

## LAS RESPONSABILIDADES EXTRA CONTRACTUALES Y LA JURISPRUDENCIA DINÁMICA

Walter FRISCH PHILIPP

SUMARIO: I. *Las responsabilidades extracontractuales en lo general*; II. *La jurisprudencia dinámica*; III. *Las responsabilidades extracontractuales creadas por la jurisprudencia dinámica en colaboración con la doctrina*; IV. *Posibilidades en el derecho mexicano.*

### I. *Las responsabilidades extracontractuales en lo general*

El Código civil vigente prevé como fuentes extracontractuales de obligaciones la declaración unilateral de voluntad (artículos 1860 a 1867), el enriquecimiento ilegítimo (artículos 1882 a 1895), la gestión de negocios (artículos 1896 a 1909) y los actos ilícitos (artículos 1910 a 1934 que incluyen también la responsabilidad objetiva), en lo que sigue, en cierto grado, a los precursores de tal ordenamiento.<sup>1</sup>

El hecho de que estas mismas instituciones se encuentren también previstas en otros ordenamientos civiles muy distintos del mexicano antes mencionado<sup>2</sup> en cuanto a origen, época y metas políticas, eco-

<sup>1</sup> Los Códigos civiles para el D. F. de los años 1870 y de 1884 regularon en sus artículos 2533 a 2550 y 2416 a 2433 la gestión de negocios y en los artículos 1574 a 1603 y 1457 a 1487 la responsabilidad por actos ilícitos, respectivamente.

<sup>2</sup> De la exposición de los motivos de este Código nos referimos a la siguiente parte característica: "La comisión alienta la esperanza de haber interpretado con fidelidad las progresistas ideas sustentadas en materia social por el C. Presidente de la República y por usted, y de haber correspondido con toda lealtad a la confianza que en ella se depositó.

Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular.

La profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico, de la preponderancia que han adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, han producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho, que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir la influencia de esas crisis.

El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de

nómicas y sociales, como son el Código civil austriaco<sup>3</sup> que regula en los artículos 1293 y siguientes a los actos ilícitos, en los artículos 1037 y siguientes a la gestión de negocios, en los artículos 1431 y siguientes y 1447 el enriquecimiento ilegítimo y en el artículo 860 la promesa al público, y el alemán,<sup>4</sup> el cual reglamenta en los artículos 812 a 822 el enriquecimiento ilegítimo, en los artículos 823 a 853 los actos ilícitos, en los artículos 677 a 687 la gestión de negocios y en los artículos 657 a 661 la promesa al público, testimonia que el derecho romano<sup>5</sup> es su cuna.

Sin embargo, tales temas no son el objeto de este estudio, el cual tiene por meta otros sectores de la responsabilidad extracontractuales que han sido creados por la jurisprudencia dinámica en colaboración con la doctrina.

Desde un punto de vista general, incluyendo tanto de las instituciones tradicionales cuanto las modernas, entendemos como responsabilidad extracontractual aquella que nace como consecuencia del in-

renovar la legislación, y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.

Nuestro actual Código civil, producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad.

Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad."

<sup>3</sup> El Código civil austriaco actual se promulgó el primero de junio de 1811, pero estaba sustancialmente formado con anterioridad a la revolución francesa y estuvo en vigencia parcial antes de dicha fecha. Esta obra legislativa nació durante la monarquía absoluta, pero su espíritu, correspondió a las ideas de la monarquía preconstitucional (*aufgeklärte Monarchie*, como escalón intermedio entre la monarquía absoluta y la constitucional), como se refleja en la parte inicial del decreto imperial de la promulgación del Código donde se refiere a la finalidad legislativa de que "se proporcione a los ciudadanos completa tranquilidad respecto al goce asegurado de sus facultades resultantes del Derecho privado."

<sup>4</sup> Este Código fue promulgado el día 18 de agosto de 1896 como primer ordenamiento civil con vigencia para toda Alemania, y nació como obra formada por el liberalismo, individualismo y materialismo, que no antes sino durante decenios posteriores obtuvo paulatinamente a través de la colaboración entre la doctrina y la jurisprudencia alemana una aplicación en la cual se toma también en cuenta el interés público (Comentario a este Código, Palandt-Danckelmann Muenchen 1972, introducción, p. 5).

<sup>5</sup> Margadant, Guillermo Floris, *Derecho Romano*, México, 1968, pp. 431 y ss., 433, 436 y 419 y ss.

cumplimiento de normas, cuando tal incumplimiento surte efectos de responsabilizar por ilicitud, sin requerir de la previa existencia de una relación contractual.

Dado el supuesto de ausencia de relación contractual, se tomarán en consideración las normas legales que establecen la obligación de constituir tal tipo de relación, como son, por ejemplo, los artículos 34 de la Ley de notariado para el D. F.,<sup>6</sup> el 14 de la Ley federal de protección al consumidor,<sup>7</sup> 33 de la Ley reglamentaria del artículo 5 constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el D. F.,<sup>8</sup> así como aquellas otras que no imponen tal obligación, pero exigen que se avise inmediatamente la negativa de asumir el encargo a la persona que lo haya ofrecido (artículos 275 a 278 del Código de comercio),<sup>9</sup> tan sólo con respecto a la fase de hechos durante la cual no se ha formado aún la relación contractual, situación ésta que es jurídicamente posible, debido a que en la aplicación de las normas citadas no puede nacer la relación contractual con anterioridad a la constitución voluntaria del vínculo contractual o a la ejecución de una sentencia judicial firme que condene a la contratación, máxime que, a pesar de las normas mencionadas, no se trata de relaciones contrac-

<sup>6</sup> Publicada en el *D. O.* de 8 de enero de 1980. En el artículo 34, de la Ley se establecen diversos casos de la obligación de la actuación notarial, es decir que se forme una relación de prestación del servicio notarial (artículos 6, 7 y 153 de la Ley).

<sup>7</sup> Publicada en el *D. O.* de 22 de diciembre de 1975. En el artículo 14 reformado según *D. O.* de 7 de febrero de 1985, se establece una obligación de vender por parte del proveedor en favor del consumidor.

<sup>8</sup> Publicada en el *D. O.* del 26 de mayo de 1945. En el artículo 33 de la Ley se fija, en ciertas circunstancias una obligación del profesionista en favor del cliente de prestar servicios profesionales, es decir la formación de la relación contractual correspondiente.

<sup>9</sup> En estas disposiciones se dice:

"Es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace por el comitente; pero en caso de rehusarlo, lo avisará así inmediatamente, o por el correo más próximo al día en que recibió la comisión, si el comitente no residiere en el mismo lugar." (artículo 275).

"El comisionista que practique alguna gestión en desempeño del encargo que le hizo el comitente, queda sujeto a continuarlo hasta su conclusión, entendiéndose que acepta tácitamente la comisión." (artículo 276).

"Aunque el comisionista rehúse la comisión que se le confiere, no estará dispensado de practicar las diligencias que sean de indispensable necesidad para la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste provea de nuevo encargado, sin que por practicar tales diligencias se entienda tácitamente aceptada la comisión." (art. 277).

"Cuando sin causa legal dejare el comisionista de avisar que rehúsa la comisión, o de cumplirla expresa o tácitamente aceptada, será responsable el comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan." (art. 278).

tuales que nazcan por ministerio de ley, por lo que la contratación voluntaria o, en su caso, la ejecución mencionada, tiene carácter constitutivo de la relación contractual.

## II. *La jurisprudencia dinámica*

Tomando en consideración el hecho de que las responsabilidades extracontractuales que se estudiarán en el siguiente capítulo fueron creadas por la jurisprudencia en colaboración con la doctrina, a continuación se hará referencia a estas dos fuentes tan importantes para el desarrollo de la vida jurídica.

Entendemos por jurisprudencia dinámica, aquella en cuyas resoluciones se plasman interpretaciones con un contenido no limitado al texto de la disposición legal aplicada, cuya esencia y finalidad —aun cuando en muchas ocasiones no expresadas en los términos legales relevantes— se proyectan en las resoluciones correspondientes a través de la consideración judicial constructiva.<sup>10</sup>

De los factores relevantes para el nacimiento y subsistencia de una jurisprudencia dinámica, consideramos importantes para la concepción de las responsabilidades extracontractuales modernas, a los siguientes:

- Razones metodológicas en la interpretación legal;
- ideas de equidad;
- lagunas en la ley y la integración del derecho;
- posición de la judicatura ante la doctrina y, por último,
- cambios en las circunstancias de vida.

De estos cinco factores, los dos primeros son de carácter interno, en tanto los tres siguientes son de carácter externo. El primero se desprende de la realización de la actividad resolutoria del juez mismo, y es inherente a ella, en tanto que el segundo viene de circunstancias externas a tal actividad y que pueden influenciarla para hacerla dinámica, como se sistematizó en nuestro estudio citado en la nota 10, en relación a otros factores más no aplicados en este trabajo.

Analizaremos en primer lugar tales factores en lo general, a fin de que más adelante se les pueda relacionar con las responsabilidades extracontractuales creadas por la jurisprudencia y doctrina.

<sup>10</sup> Así definimos en coautoría con el Lic. José Arturo González en el estudio "Los factores de una jurisprudencia dinámica" que formará parte del libro *Entorno de los métodos en jurisprudencia y legislación*.

### *Razones metodológicas en la interpretación legal*

Se hace referencia tan sólo a la interpretación judicial, la cual conduce a la aplicación del derecho, y no a la científica ni a la hecha por otros particulares, como corresponde al tema de este estudio.<sup>11</sup>

La Teoría general del derecho<sup>12</sup> se satisface con la respuesta de que el intérprete del derecho se encuentra frecuentemente en la situación de poder interpretar la misma norma legal con distintos resultados, por ejemplo, uno conforme al sentido literal y otro siguiendo cierta finalidad del legislador, supuesta por el intérprete. Lógicamente se presenta así una pluralidad de soluciones interpretativas, de lo cual dicha teoría deduce que la selección entre esa pluralidad y la preferencia que se da a cierto resultado es un acto volitivo y ya no cognoscitivo.

Sin embargo, esta posición teórica no es aplicable a la tarea del juez que resuelve, quien de todos modos deberá obtener una resolución de fondo en forma expedita (Artículos 17 constitucional; 83 del Código de procedimientos civiles, D. F., 1328 del Código de Comercio y 18 del Código civil D. F.) debidamente fundada (Artículos 14 constitucional, 19 y 20 del Código civil D. F., 1324 Código de Comercio y 82 Código de procedimientos Civiles D. F.). El motor<sup>13</sup> de esta actividad judicial es la interpretación, en cuya realización el observador comparativo-empírico descubre rasgos característicos determinados y distintivos de la Suprema Corte de un país, por ejemplo, un modo rígido de interpretación gramatical, una búsqueda en exposiciones de motivos de leyes (método subjetivo), valuaciones basadas en normas legales o ideas extrapositivas.

A fin de acercarse a la jurisprudencia dinámica en forma escalonada, a continuación se expondrán las consideraciones empíricas o pragmáticas relativas a los métodos aplicados en la jurisprudencia y sus efectos para la creación de la jurisprudencia dinámica.

La mayoría de los instrumentos o formas de *argumentación*,<sup>14</sup> no corresponden a aspectos metodológicos relevantes para el concepto de

<sup>11</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viena, 1967, pp. 364 y ss.

<sup>12</sup> Vea la nota precedente.

<sup>13</sup> Se excluye este motor en la aplicación de una jurisprudencia obligatoria, cuya observancia se opone a una actividad interpretativa propia de los jueces sometidos a la misma (art. 192 y ss. de la Ley de amparo y 103 de la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación).

<sup>14</sup> Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, pp. 6-7.

jurisprudencia dinámica. Así, el *argumentum e contrario*,<sup>15</sup> e *silentio*<sup>16</sup> a *maiore ad minus*,<sup>17</sup> a *minore ad majus*<sup>18</sup> y el principio *lex specialis derogat legi generali*,<sup>19</sup> son fórmulas para llegar a conclusiones lógi-

<sup>15</sup> Por medio del mismo se deduce de una norma legal expresa que a hechos no cubiertos por el texto legal no se aplicará dicha norma; con lo cual se excluye una aplicación por analogía, p.e., en el art. 26, fracc. III, inc. c. se estableció la competencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte en juicios de amparo directo en materia civil y mercantil "cuando el interés del negocio exceda de 25 veces el salario mínimo anual..." de lo cual infirió que existía incompetencia en los casos de cuantías inferiores.

<sup>16</sup> Esta figura parte del *silencio* del legislador, p.e., en el Código de comercio no se establece la caducidad de la instancia. De este silencio se infiere que esta figura procesal no es aplicable en el juicio mercantil, no obstante una aplicación supletoria del Cód. Proc. Civ. D. F., en cuyo art. 137 bis se establece esta figura, dado que el silencio mencionado se entenderá como negativa del legislador mercantil en cuanto a la aplicación de la figura multimencionada. Se habla, por tal motivo, en la doctrina alemana de un "silencio elocuente" que, por su implícita pero clara negativa, no podrá ser llenado por interpretaciones opuestas, como sería en este caso a través de la aplicación supletoria mencionada.

<sup>17</sup> Por medio de este argumento se sostiene que una consecuencia no expresamente fijada en la ley para cierto supuesto expresado en la ley, tampoco o todavía menos se aplicará a un supuesto de menor importancia (peso) positivo no expresado en la ley, p.e., según el art. 3006, Cód. Civ. D. F. 'las sentencias dictadas en el extranjero sólo se registrarán' si cumplen con ciertos supuestos, de lo cual se puede deducir que todavía menos se inscribirán autos judiciales extranjeros si no cumplen con tales requisitos.

<sup>18</sup> Por medio de este argumento se sostiene que una consecuencia legal y expresamente prevista para un supuesto expresado de menor importancia, se aplicará con mayor justificación a otro supuesto de mayor importancia no expresado en la ley, p.e., según el art. 165, fracc. III, LSM, los afines del segundo grado de los administradores no podrán ser comisarios en la misma sociedad anónima de lo cual se puede deducir que con mayor razón el cónyuge del administrador está excluido del cargo de comisario en la misma sociedad.

<sup>19</sup> La ley especial contiene no solamente los supuestos de la ley más general, que corresponde a la primera, sin uno o varios más por cuya existencia se destaca su carácter especial. Precisamente esta especialización de supuestos justifica aquella de la consecuencia ligada en la ley con el supuesto especializado. De esto resulta que la ley especial desplaza la aplicación de la general en cuanto al radio de la acción de la primera. Es claro que una ley especial posterior deroga para sus efectos (especializados) la general anterior, dado que en tal situación no solamente la especialidad sino también la posterioridad fundan el efecto derogatorio. Pero, opinamos que el carácter especial de una ley anterior justifica su subsistencia frente a la ley general posterior que, por lo tanto, no deroga a la primera, de lo cual se infiere que el efecto de especialidad es más fuerte que aquél de posterioridad. Esto es lógicamente sostenible dado que esta forma de derogación tácita o implícita (no expresa por una norma posterior) es solamente aplicable a normas del mismo objeto. Esta identidad no existe en el caso planteado con motivo de distinción de los supuestos legales. Otra cosa sucede naturalmente, si el texto de la norma general posterior tiene una redacción tan amplia que afecta también a la ley especial anterior. Como ejemplo nos referimos al art. 9, fracc. XII, inciso a de la Ley de sociedades de inversión (D. O., 14 de enero de 1985), según la cual "el cargo de sindico... siempre corresponderá a alguna institución de crédito" (como norma

cas mediante interpretaciones no basadas en forma directa o expresa, sino indirecta, en un texto legal.

Otra cosa sucede con las *interpretaciones extensiva y restrictiva* en relación con la *interpretación gramatical*, y no en un sentido general.

En la primera de las dos variantes mencionadas, el intérprete observa y respeta el texto legal gramatical y no se extiende en la aplicación de la norma legal a objetos no cubiertos por dicho texto mismo, con lo cual esta interpretación extensiva se distingue de la analogía, a través de la cual sí se excede el texto literal. Por lo tanto esta forma de interpretación extensiva, o en su caso restrictiva, se limita a la decisión de si se aplica una expresión legal en un sentido más amplio o restringido, cuando esa expresión tiene varias acepciones de las cuales unas tienen un significado más amplio y otras, uno más restringido. Por ello, el intérprete está siempre dentro de la interpretación gramatical y determina dentro de ésta matices más amplios o restringidos en la medida en que el texto lo permite. Esta posibilidad interpretativa es de importancia especial en aquellos casos en que se prohíbe la interpretación por analogía (artículo 14 constitucional en el derecho penal y artículo 11 del Código civil, D. F., respecto a la exigencia de que "las leyes que establecen excepción a las reglas generales" solamente podrán ser aplicadas ajustándose a la interpretación gramatical). Una jurisprudencia dinámica también puede desarrollar sus ideas dentro de los límites muy estrechos de la interpretación gramatical, sirviéndose de la posibilidad interpretativa mencionada. Sin embargo, es indispensable que la acepción, una vez elegida, sea extensiva o restrictiva, sea considerada por el juez como la única aplicable, sin que pueda aceptar varias como correctas; es decir, de la pluralidad de posibilidades debe preferirse una acepción como la única correcta y, por ende, sostenible. Como ejemplo puede citarse el artículo 1755 del Código civil, según el cual "los gastos del funeral" corresponden a las deudas mortuorias. Aquí se plantea al intérprete la cuestión de si tales gastos incluyen, según su interpretación gramatical, a los pagos para la adquisición de la tumba necesaria para el funeral. Se presentan así dos interpretaciones gramaticales como posibles, de las cuales una es más amplia, e incluye dichos pa-

anterior y especial), frente al art. 28, fracc. I, de la Ley de quiebras y suspensión de pagos en su texto modificado por la reforma (D. O. de 29 de diciembre de 1986), conforme al cual "el nombramiento del síndico podrá recaer" "en la Cámara de Comercio o en la de Industria... (como norma posterior y general). Opinamos que en los casos de quiebras de sociedades de inversión subsiste la primera disposición como norma especial, no derogada por la segunda posterior y general.

gos, dado que sin la tumba no hay funeral, y la otra es restrictiva. En la práctica, en tales ocasiones siempre se requiere una interpretación lingüística para constatar si la misma palabra da cabida a las diversas acepciones o, en caso contrario, si se trata de una interpretación por analogía. También las interpretaciones teleológica y sistemática pueden ayudar en la búsqueda de la acepción lingüística más adecuada.

Si se toman en consideración las opiniones opuestas de los críticos de tal tipo de resoluciones se advierte que los límites entre las diversas interpretaciones no siempre están bien definidos. Como ejemplo puede citarse el fallo *BGHSt*, 1, 3 de la Suprema Corte alemana referido por Larenz,<sup>20</sup> en el cual se sostuvo la opinión de que, conforme a una interpretación moderna del término "arma", utilizado por el Código penal alemán como supuesto para la aplicación de una pena mayor en el delito de lesiones, incluye también al ácido clorhídrico, y no tan sólo a los instrumentos mecánicos a los cuales probablemente se limitó a pensar el legislador penal histórico para la creación del código mencionado.

Por ello se considera que no se puede incluir en la interpretación gramatical de la expresión "gastos de funeral" a los vestidos de luto que lleven los parientes cercanos del difunto durante el funeral, pues para ello sería necesario acudir a la analogía; pero, por otra parte, si parece sostenible incluir los gastos de la ceremonia en memoria del difunto que se realice en relación con una tumba vacía, por haberse extraviado el cadáver, por ejemplo, en virtud de un siniestro o de un accidente.

El cuarto párrafo del artículo 14 constitucional ofrece otro ejemplo, en tanto la expresión "juicios del orden civil" debe ser interpretada en un sentido extensivo conforme al cual el término "civil" abarca también a lo mercantil, como indudablemente corresponde a la finalidad de la norma.

En un sentido más general, es decir como la segunda de las dos variantes antes planteadas, la interpretación extensiva y la restrictiva se entienden en forma menos específica a la expuesta e incluyen cualquier modo de interpretación (por ejemplo también a la analogía), por medio del cual se llega a un resultado extensivo o restrictivo en la aplicación de la norma.

El fallo antes citado de la Suprema Corte alemana muestra cómo, a pesar de los límites tan estrechos de la interpretación gramatical, que

<sup>20</sup> *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5a. ed., Berlín, 1983, p. 309.

aparentemente no dejan margen a varias posibilidades interpretativas, en la práctica también tal tipo de interpretación requiere de deliberación y decisión del intérprete, y ofrece a éste la posibilidad de desarrollar su pensamiento dinámico.

A través de la interpretación gramatical debe desentrañarse el significado de los términos legales que resulte desde el punto de vista legal, es decir, en el contexto del orden jurídico<sup>21</sup> que corresponda a los términos utilizados por el legislador en forma general o, en su caso, en el campo especial de que se trate. Por ello no bastará para este tipo de interpretación el que el intérprete se contente con el mero sentido gramatical lingüístico universal que puede encontrarse en un diccionario o enciclopedia no elaborados de conformidad con el orden jurídico respectivo. De conformidad con lo anterior, la Suprema Corte austriaca sostuvo en su resolución de 3 de julio de 1986 (*OeJZ*, 1987, página 371), que el uso de una enciclopedia no adaptada en el sentido anterior solamente es admisible para fines interpretativos "si falta una definición legal para las palabras objeto de interpretación". Este criterio se encontraba ya en la resolución del 12 de diciembre de 1977 (*ZfVB*, 1978, número 938, de la misma Corte), en la cual se negó expresamente la aplicación de una acepción lingüística general en los casos en que las palabras objeto de interpretación tengan una definición legal.

El cambio o desarrollo del sentido de las expresiones lingüísticas que pueden darse durante la vigencia de una ley que tiene una existencia prolongada, en ocasiones de varios siglos, presenta otro aspecto de la interpretación gramatical.<sup>22</sup>

Para la solución de la alternativa entre la aplicación del sentido lingüístico anterior y el actual, se preferirá generalmente el último, como corresponde al principio de interpretación objetiva a la cual se hará referencia más adelante, a menos de que tal aplicación conduzca a resultados insostenibles.

Para terminar con el tema de la interpretación, se hará referencia al rango que ésta tiene en comparación con los otros tipos de interpretación que se comentarán a continuación.

<sup>21</sup> Suprema Corte austriaca en Materia Administrativa del 9 de mayo de 1962, *WGH Slg NF 5795* (17) y sus resoluciones del 16 de febrero de 1977 y de 7 de septiembre de 1976 (citadas en la Gran Edición del Cód Civ. austriaco, p. 13, núm. 2) donde se deduce de la homogeneidad del orden jurídico aquella de sus expresiones legales.

<sup>22</sup> Schwind en su contribución (estudio) en el libro de homenaje al centenario de la Suprema Corte austriaca, Viena, 1950, p. 275, con ejemplos.

Si se establece legalmente la primacía de la interpretación gramatical (como lo hace, por ejemplo el artículo 14 constitucional en el campo del derecho civil), de tales disposiciones resulta ese primer lugar para tal método. Pero aun en ausencia de tales preceptos expresos tiene que aceptarse esta primacía, en tanto que en primer lugar se requiere una aplicación de tal tipo, como se infiere de la observancia del principio de legalidad que, en esencia, establece tal exigencia.<sup>23</sup>

Así por ejemplo la Suprema Corte austriaca en Materia Administrativa, sostuvo en sus resoluciones de 24 de febrero de 1977, 25 de marzo de 1977 y 29 de abril de 1977, citadas en la *Gran edición del Código civil austriaco*, página 13, que no se deberá buscar un sentido en la norma legal incompatible con su *texto*, ni aplicar los métodos histórico o teleológico ni deliberar sobre razones de política del derecho, si el *texto* legal permite un solo resultado interpretativo. Solamente en los casos de resultados basados en la interpretación gramatical que resulten carentes de sentido o aplicabilidad, deben utilizarse otros métodos de interpretación.<sup>24</sup>

La sistematización conforme a los métodos *subjetivo-histórico*, por una parte, y el *objetivo*, por la otra, es muy importante para los efectos de la jurisprudencia dinámica. El primero de tales métodos estudia las metas y motivos del legislador histórico, que se reflejan por ejemplo en las exposiciones de motivos o en otro material destinado a la introducción de obras legislativas o resultantes del procedimiento de su creación, como los debates parlamentarios o en las discusiones de las comisiones, para llegar a un modo de interpretación. Este método se limita, por tanto, al horizonte del legislador histórico mismo y por ello parece muy auténtico. En contraste, para el método objetivo no existe tal limitación. Conforme a éste no tiene valor el creador de las leyes, sino su producto, la ley misma. Lo único relevante es el contenido de la ley, que muchas veces es más rico y útil que la finalidad y las ideas más restringidas del legislador histórico, generalmente no consciente de la amplitud de significado deducible de su creación.

No existe duda de que el método subjetivo debe considerarse como superado, y que solamente pudo aplicarse en una época más estática en sus creaciones y más modesta en el desarrollo del material legislativo. Por otra parte, el método objetivo permite una mejor adapta-

<sup>23</sup> Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, "Introducción", p. 5, Larenz, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

<sup>24</sup> Resoluciones citadas en el núm. 3 de la p. 12 de la Gran Edición del Cód. Civ. austriaco, Viena, 1980.

ción de la aplicación de la ley a los cambios de las circunstancias de la vida y además posibilita una riqueza mayor en ideas interpretativas no limitadas al horizonte del legislador histórico, lo cual es específicamente coincidente con la jurisprudencia dinámica. La doctrina distingue rigurosamente ambos métodos<sup>25</sup> y considera al objetivo como más útil y moderno. En el mismo sentido se decidieron los altos tribunales austriacos,<sup>26</sup> en cuyas resoluciones se opina que, sin perjuicio de la preferencia indiscutible del método objetivo, se utilizarán todas las fuentes aptas para entender en mayor grado el contenido legal; entre otras los comentarios y fundamentaciones de los proyectos legales, pero tal material jamás podrá ser tomado en cuenta si su contenido es contradictorio con respecto al de la ley correspondiente.

Por otra parte, la interpretación basada en la *analogía* es muy positiva para obtener una jurisprudencia dinámica, debido a que "mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de casos originalmente previstos...", como consideró y expresó la Suprema Corte en la resolución que se reproduce a continuación por su excelente formulación.

MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL. Dos son las condiciones para la aplicación del método analógico. En primer lugar, la falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y, en segundo lugar, la igualdad esencial de los hechos, como en el caso en que la ley si protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a la posesión de los hijos naturales; no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales *ubi eadem ratio, eadem dispositio*. La Tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales; pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el Legislador ha señalado las fuentes, a las cuales debe el juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, los

<sup>25</sup> Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, "Introducción", p. 6, Larenz, *op. cit.*, pp. 313 y ss. y 319 y ss.

<sup>26</sup> Resoluciones de la Suprema Corte austriaca, citadas en los números 1, 2, 3 y 3 b, pp. 12, 13 y 14 de la Gran Edición mencionada del Cód. Civ. austriaco.

principios generales de derecho. En efecto, mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la *ratio legis* valga igualmente para unos y para los otros; por lo tanto, la analogía como método de interpretación o de autointegración es aceptada por nuestra legislación. Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981.

5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

3a. SALA Séptima Época, volumen semestral 151-156, cuarta parte, pág. 218.

3a. SALA Informe 1981 SEGUNDA PARTE, tesis 65, pág. 63, reproducida en mayo, Actualización VII Civil, tesis no. 459.

La doctrina alemana<sup>27</sup> y la jurisprudencia austriaca<sup>28</sup> distinguen entre la analogía basada en *una sola* norma legal, que se aplica a algún hecho similar no expresamente regulado por la ley (analogía singular o sencilla), y la analogía que descansa en varias normas legales para supuestos no idénticos, pero similares, para los cuales prevén consecuencias de igual contenido (analogía múltiple). En esta última el intérprete encuentra en ese complejo de contenido normativo expreso una *ratio legis* común, con base en la cual el legislador fijó la misma consecuencia para supuestos no idénticos sino similares. Y es esa *ratio legis* la que el intérprete considera aplicable analógicamente al caso en estudio no expresamente previsto en la ley, con lo cual se utiliza una analogía que por la extensión de normas consideradas se acerca a “los principios generales del derecho” a que se refieren los artículos 14 constitucional y 19 del Código civil D. F.

Larenz (obra citada, página 368) da el siguiente ejemplo de analogía múltiple: Las disposiciones legales prevén con respecto a varios tipos contractuales de tracto sucesivo, en forma imperativa, el derecho de cualquiera de los contratantes de desistirse del contrato “por motivo importante”. Puede considerarse que la *ratio* de tal facultad es que la subsistencia de relaciones jurídicas por largo tiempo requiere que no se perturbe la armonía entre las partes, cuya afectación deberá ser “motivo importante” para desistirse del contrato. Tal principio, obtenido por el intérprete mediante una deducción basada en varias disposiciones legales, se aplicará en forma analógica también

<sup>27</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 368; Palandt-Heinrichs, “Introducción”, p. 7.

<sup>28</sup> Resoluciones de la Suprema Corte austriaca en Materia Administrativa del 3 de noviembre de 1978, citada en número 1a., p. 18 de la edición mencionada del Cód. Civ. austriaco.

a contratos de otro tipo en cuya regulación no se establece en forma expresa tal facultad de desistimiento.

Es frecuente que en la práctica se presente al intérprete la disyuntiva de elegir entre la aplicación de la regulación *A* —prevista en la ley— al caso *B* similar —no previsto en la ley— mediante la analogía, o bien la no aplicación en virtud del *argumentum e contrario*. La decisión ha de tomarse en función de la evaluación teleológica de la situación *B*. Es decir, ponderando los motivos y finalidad legales correspondientes a *A* en comparación con *B*. Si tal ponderación conduce a una equiparación entre *A* y *B* se aplicará la analogía, en caso contrario se resolverá sin tomar en cuenta la regulación de *A*.<sup>29</sup>

En este aspecto de evaluaciones teleológicas se encuentra también el *argumentum ad absurdum*, mediante el cual se niega cierto resultado interpretativo, cuya aplicación conduciría a resultados completamente inconvenientes, incompatibles con, o contradictorios del mismo orden jurídico. En otros términos, el intérprete evalúa negativamente la interpretación no compartida por él y sostiene, con fundamento teleológico que, la ley en estudio no puede tener una finalidad con efectos tan negativos como los resultantes de la interpretación combatida.

La *interpretación sistemática* es fructífera para la jurisprudencia dinámica, ya que mediante ella se escoge de los varios sentidos deducibles de un texto legal el que se encuentre en mayor grado de conformidad con el contexto de la ley o con el orden jurídico respectivo. Tal conformidad puede presentarse desde la mera acepción de los términos legales, hasta la evaluación hecha por el legislador y deducible de sus normas. Así por ejemplo, el artículo 2 de la Ley general de sociedades mercantiles atribuye "personalidad jurídica" a las sociedades mercantiles irregulares sin limitación alguna, es decir, para demandar y ser demandadas. Sin embargo, a través de una interpretación sistemático-teológica se podría interpretar tal atribución en forma restrictiva en el sentido de que tales sociedades sólo podrán ser demandadas, más no demandar, dada la finalidad legislativa de proteger el tráfico jurídico (los acreedores de la sociedad irregular), y no premiarlas a pesar de su defecto de irregularidad, como resulta de los artículos 397 y 301 de la Ley de quiebras y suspensión de pagos, según los cuales dichas sociedades no tienen legitimación activa

<sup>29</sup> Suprema Corte austriaca en Materia Administrativa el 3 de noviembre de 1978, citada en la edición mencionada del Cód. Civ. austriaco, p. 18, núm. 1a.

para solicitar la celebración de convenio concursal ni de convenio preventivo.<sup>30</sup>

La interpretación sistemática es reconocida unánimemente por la doctrina<sup>31</sup> e incluso por la legislación tradicional, por ejemplo el artículo 6 del Código civil austriaco, según el cual "no deberá atribuirse a la ley en su aplicación otro sentido que aquel que se destaca de la acepción específica de sus palabras *en su contexto*. . .". Esta disposición da testimonio de la arraigada importancia de este método interpretativo, preceptuado ya en el siglo décimo octavo por el legislador mencionado, cuando aún no se había desarrollado una metodología de la jurisprudencia y menos aún de la legislación. De las resoluciones judiciales que exigen este modo de interpretación, mencionamos aquella del Tribunal Superior de Viena del 20 de septiembre de 1963,<sup>32</sup> según la cual el interpretador deberá suponer que el legislador no quiso, crear normas legales contradictorias al demás orden jurídico.

Un *subtipo moderno*, creado dentro del concepto más amplio de la interpretación sistemática, es la interpretación conforme a la Constitución del orden jurídico correspondiente, la cual se usa frecuentemente en la práctica jurisprudencial<sup>33</sup> y en la doctrina<sup>34</sup> en forma tal que si una ley permite dos o más interpretaciones, de las cuales una o más son compatibles y otras incompatibles con la Constitución, se aplicará una de las compatibles.

El efecto práctico de este criterio se manifiesta destacadamente en la jurisdicción constitucional, en su ramo de amparo contra leyes (control de normas), pues el tribunal constitucional respectivo deberá en primer lugar interpretar y encontrar el sentido (contenido) de la norma legal impugnada como inconstitucional, para determinar si se le puede considerar conforme con la Constitución, caso en el cual no procederá la declaración de inconstitucionalidad, salvándose así la subsistencia (en el control de normas) o la aplicación (en el amparo contra leyes) de la ley impugnada. De este método se infiere que en dicha actividad jurisdiccional, no debe limitarse al estudio de

<sup>30</sup> Frisch Philipp, *La sociedad anónima mexicana*, apartado 13 del subcapítulo sobre la sociedad irregular, texto preparado para la tercera edición.

<sup>31</sup> Larenz, *op. cit.*, pp. 310 y ss., y 197 y ss., y Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, "Introducción", p. 6.

<sup>32</sup> Publicada en la Gran Edición del Cód. Civ. austriaco, Viena, 1980, p. 14, núm. 3c.

<sup>33</sup> Resoluciones de la Suprema Corte Constitucional austriaca citadas en la Gran Edición del Cód. Civ. austriaco, Viena 1980, p. 14, núm. 3d.

<sup>34</sup> Larenz, *op. cit.*, pp. 325 y ss.; Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, p. 6.

la constitucionalidad misma, sino que previamente debe analizar el sentido correcto de la disposición impugnada como inconstitucional. Del análisis de esta cuestión preliminar depende, hasta cierto grado, la resolución principal sobre la constitucionalidad. Claro está que el intento de conservar la ley impugnada como inconstitucional, no puede llevarse al extremo de atribuir a dicha ley un sentido conforme a la Constitución que, por otra parte, no pueda deducirse de la ley mediante una interpretación fundada.<sup>35</sup>

Las exposiciones hechas hasta ahora en cuanto a aspectos metodológicos, se basan en el modo de interpretación resultante de la autoridad judicial misma como fuente autónoma o interna, es decir, sin tomar en cuenta la actuación de las partes procesales. Sin embargo, es posible que *las últimas convengan en cierto modo de interpretación*, por ejemplo, si en un contrato se pacta la interpretación gramatical para la interpretación del mismo.

Este pacto de interpretación debe surtir efectos obligatorios para el juzgador, respecto de una sentencia sobre un punto litigioso relativo al clausulado contractual.<sup>36</sup> Pero, por otra parte, no parece admisible la observancia por el juzgador de un pacto de interpretación, si el mismo no se estableció en el contrato, sino fuera de éste, con posterioridad y como un convenio con efectos con relación al modo de reconocimiento en el juicio. Tal inadmisibilidad tiene su fundamento en la norma del artículo 14 constitucional sobre interpretación, no modificable por convenios particulares.

En materia mercantil, si bien el artículo 1051 del Código de comercio establece que "El procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional" y que solamente "a falta de convenio expreso de las partes interesadas se observarán las disposiciones de este libro...", tal disposición no incluye un convenio sobre modos de interpretación, sino otros aspectos procesales. Cosa distinta sucede en el caso antes mencionado en el cual se trata de un pacto contenido en un contrato, debido a que en esta situación dicho pacto forma parte de la materia de la litis misma planteada ante el juez, es decir, forma parte del contrato mismo.

A través de los largos años de actividad jurisprudencial, en ésta se desarrollaron cambios metodológicos en cuanto al modo de inter-

<sup>35</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 326 y las resoluciones citadas en este lugar.

<sup>36</sup> Así resolvió la Suprema Corte austriaca el día 17 de diciembre de 1968 respecto a un contrato colectivo (Gran Edición del Código Civ. austriaco, p. 17, núm. 8d).

pretación de las leyes. Tales cambios se formaron por la jurisprudencia en unión con la doctrina y condujeron a modos de pensamiento interpretativo muy distintos que se distinguen entre sí en grado característico. A continuación se hará referencia a los métodos más importantes y los relacionaremos con la jurisprudencia dinámica.

En el siglo anterior dominó el método de la *jurisprudencia conceptual*,<sup>37</sup> el cual descansó en el método subjetivo-histórico, se sirvió de argumentaciones lógicas y con ello acentuó una actividad cognoscitiva en la cual no hubo lugar para elementos volitivos ni de evaluación.

Por lo que se refiere al aspecto práctico de este modo de interpretación, se partió de conceptos jurídico-científicos y se distanció en grado considerable del contenido y de las metas verdaderas del derecho positivo. Esta corriente encontró dos oposiciones, de las cuales una vino desde "los postulados sociológicos, políticos y morales de la realidad del derecho",<sup>38</sup> y la otra del positivismo de Kelsen, quien sostiene:<sup>39</sup> "Por lo tanto, no se podrá deducir de un concepto una norma, como si lo intenta en forma incorrecta la jurisprudencia conceptual."

En los siguientes ejemplos se refleja palpablemente este modo de pensamiento:

Burckhard<sup>40</sup> sostuvo al respecto, reconociendo a las personas morales todas las facultades establecidas en el derecho de familia, que: "Así como un cobrador recoge a nombre de ella (la persona moral) el dinero, se puede nombrar un representante de la misma con el objeto de que celebre el matrimonio, efectúe la cópula carnal y castigue a los hijos con palizas."

Este criterio se sostuvo a finales del siglo pasado, y en él se expresa, en forma ejemplar, el pensamiento conceptual-construido, que en nuestros días solamente causa una sonrisa, y nos muestra así la gran distancia entre éste y nuestra actualidad en la cual se busca el contenido normativo verdadero en las leyes.

A pesar de que el método conceptual ya no subsiste en nuestros días, se pronuncian todavía, de vez en cuando, resoluciones judiciales atribuibles a este tipo de pensamiento, tales como las siguientes:

<sup>37</sup> Larenz, *op. cit.*, pp. 11 a 36, y Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, p. 5.

<sup>38</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 24 donde se cita Wieacker.

<sup>39</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 363.

<sup>40</sup> En la revista *Gruenhuts*, XVIII, 30, citado en Ostheim, "Zur Rechtsfaehigkeit von Verbaenden im Oesterreichischen buergerlichen Recht". Viena-Nueva York, 1967, pp. 91 y s.

La primera fue dictada el 13 de mayo de 1986 por el Juzgado de Bielefeld, República Federal de Alemania (*NJW*, 1987, página 1089), y en él se sostuvo expresamente que los liquidadores nombrados en ocasión de la disolución de una sociedad de responsabilidad limitada deberían pedir su inscripción registral como *sucesores* de los *administradores* anteriores, a los cuales ya *no* corresponde dicha petición. El juzgador admitió expresamente que su opinión se encuentra en contradicción abierta y total con el artículo 67 de la Ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada, la cual dispone que corresponde a los administradores en forma exclusiva la legitimación para pedir la inscripción registral de referencia, pero se sigue, en contra de la ley, el criterio doctrinal y dogmático de la competencia de los liquidadores, y en tal forma el tribunal puso en primer lugar el pensamiento conceptual (extrapositivo) contra el precepto legal opuesto.

Una situación metodológicamente similar, hasta cierto grado, se da en la resolución de la Suprema Corte mexicana (de 17 de abril de 1956, Competencia número 85/55, Pleno-*Informe* 1956, página 64, mayo, Pleno, tesis 421 y mayo, Civil, tesis 1886), donde se sostuvo el carácter mercantil de sociedades cooperativas, apoyándose para tal objeto tanto en “la doctrina como la jurisprudencia italianas”. Aunque en tal resolución no se adoptó una posición opuesta —a diferencia de lo hecho en la resolución alemana antes mencionada— a las normas legales, sino que se hizo referencia a los artículos 1, fracción VI, de la Ley general de sociedades mercantiles, y 75, fracción VII, del Código de comercio, que, sin embargo, no son fundamento positivo adecuado, dado que la primera norma quedó, por falta de reglamentación en la misma ley, como una disposición vacía o programática y la enumeración de los actos de comercio (artículo 75 del Código de Comercio) *no* tiene relevancia para las *sociedades mercantiles* que, según el artículo 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, también podrán efectuar actos extramercantiles y también tener objeto extramercantil, de modo que la opinión de la Corte sostenida en esta resolución en el sentido de que “todos los actos jurídicos que” la cooperativa “realiza tienen indudablemente el carácter de mercantiles”, parece infundada en el derecho positivo mexicano, en el cual el artículo 1, fracción VI, de la Ley general de sociedades mercantiles cooperativas (*Diario Oficial*, 15 de febrero de 1938) establece como uno de los supuestos para la existencia de sociedades cooperativas “no perseguir fines de lucro”, lo cual es incompatible con las sociedades mercantiles. Por ello, si bien la resolución mexicana no

tiene un carácter conceptual tan acentuado como la alemana, sin embargo deja entrever su orientación hacia la doctrina y jurisprudencia extranjeras incompatibles con el derecho positivo mexicano.

La jurisprudencia conceptual carece de contacto con la jurisprudencia dinámica, en tanto ésta —a pesar de que su pensamiento no se limita al texto legal—, siempre intenta obtener fundamento deducible del derecho positivo, aun cuando expuesto y preparado por la doctrina.

Mientras la jurisprudencia conceptual se concentró en los conceptos y construcciones jurídicos, no siempre suficientes ni adecuados para cubrir las situaciones multifacéticas y siempre variadas de la vida, los métodos posteriores a dicha jurisprudencia se fijaron por vez primera en la fuerza creativa del mundo de los hechos y se dieron cuenta de que la teoría del método conceptual —según la cual los conceptos jurídicos, comparables a una amplia cúpula existente por encima del mundo del ser, siempre cubren cualquier situación para darle una solución obtenible mediante deducciones lógicas a partir de las normas legales— no podía corresponder a las necesidades prácticas de la vida jurídica, especialmente de la actividad judicial. Se tendió entonces a superar esa insuficiencia mediante una mayor estimación de los hechos y un acercamiento entre éstos y las normas, el cual se obtuvo mediante un entendimiento más profundo y dinámico de las últimas, tomando también en consideración sus metas no expresadas en el texto legal y la regulación legal de los intereses, muchas veces opuestos, de los sujetos que se presentan en el contenido legal. Esta regulación legal se tomó como base para la solución de los conflictos de intereses que acontecen en el mundo del ser. Con ello se obtuvo no solamente un acercamiento entre los mundos del ser y del deber ser, sino también una visión más amplia y profunda del orden jurídico.

En la metodología de la interpretación legal se distingue, en relación con las innovaciones mencionadas, entre los métodos de la *jurisprudencia de intereses* y los de la *jurisprudencia de evaluación*, ésta última sucesora de la primera.

Según el primero de tales métodos, el intérprete se sirve de una interpretación teleológica de la norma legal en estudio, para encontrar la preferencia concedida por el legislador a uno u otro de los intereses en conflicto, y aplica esta estimación, deducida del contenido normativo, al conflicto de intereses presente, análogo al regulado por la norma.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Palandt-Heinrichs, *op. cit.* p. 6, y Larenz, *op. cit.* pp. 48 y ss. 117 y ss., 207 y ss.

La segunda de las teorías, en lugar de referirse a los intereses, analiza el valor atribuido por el legislador a los objetos (conceptos) contenidos en la norma. Y aplica a la solución del caso la ponderación o estimación de dichos valores normativos o, en su caso, confronta los objetos de hechos correspondientes a dichos valores.

Parece que es esta última línea de pensamiento la que se aplica hoy en día en la labor profesional. Sin embargo, desde un punto de vista conceptual, parece que en la mayoría de los casos ambos métodos coinciden sustancialmente en sus resultados, dado que los intereses antes referidos, no pueden entenderse en un sentido subjetivo —de los sujetos respectivos— sino en el objetivizado, o sea el lado por el legislador, y este interés objetivo corresponde al valor normativo.

No existe duda alguna que estos dos últimos métodos son los más adecuados para obtener una jurisprudencia dinámica y creativa, dentro del principio de legalidad establecido en las constituciones democráticas modernas.

La aplicación de conceptos legales generales y, por lo tanto, muy amplios, como los de la "licitud", el "orden público", las "buenas costumbres", la "buena fe" y "el uso" (en México, por ejemplo los artículos 1796, 1827, fracción II, 1830, 1831, 2225 del Código civil, D.F.) se ofrece como base para una estimación judicial de evaluación fundada en el contenido de dichos conceptos.

Para tal aplicación se requiere de una ponderación, no fácil de obtener, para decidir si los hechos del caso son sometibles a uno de los conceptos legales citados, dado que tales conceptos no son fácilmente aplicables por carecer de una caracterización más concreta.

Esta situación muestra la tarea de una jurisprudencia creativa, la cual hace uso de las normas del tipo mencionado que, por otra parte, son imprescindibles para dar al juzgador un radio de acción suficientemente amplio y no restringido por medidas legislativas casuísticas.

Al respecto se ofrecen tres ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana, de autoridades judiciales inferiores a la Suprema Corte de este país, una de un tribunal superior y las otras de juzgados de primera instancia, competentes éstos para asuntos de cuantía menor, correspondientes a los juzgados menores o a los de paz mexicanos. Las sentencias permiten ver, lo cual es interesante, el modo en que tales jueces, sin la autoridad de una suprema corte, analizan problemas nuevos y difíciles.

El tribunal superior de Hamm, República Federal de Alemania, sostuvo en su resolución de 2 de diciembre de 1985 (*NJW* página 781),

la nulidad de un contrato sobre *inseminación artificial* celebrado entre un hombre casado y una mujer distinta a su esposa, con el objeto de que se transmitiera el semen del hombre artificialmente (sin cópula sexual) al óvulo de la mujer contratante, para que ésta diera a luz un niño que, después de su nacimiento y del pronunciamiento de una sentencia judicial sobre el desconocimiento de la paternidad del esposo de dicha contratante, fuera adoptado por el hombre mencionado en primer lugar y su esposa y entregado a estas personas, quienes no han obtenido hijos propios mediante sus relaciones matrimoniales. El Tribunal Superior consideró este contrato, en el cual se estableció una contraprestación de 27,000.00 marcos alemanes a cargo del contratante y a favor de la "madre rentada" (tal es el término alemán), como violatorio de las buenas costumbres y, por tanto, como nulo (artículo 138 Código Civil alemán), debido a que la creación y el nacimiento de un niño no podía ser objeto de un negocio, y en tal forma desgradado a mercancía comercial. El Tribunal se apoyó para tal conclusión en el *sistema de valores establecidos en la Constitución alemana* introducido a través del Artículo 138, aludido en el derecho civil alemán. Prevalció este criterio frente a otros, como la buena finalidad de los cónyuges previstos como adoptantes, para obtener así, a pesar de su imposibilidad de procrear hijos, un hijo cuyo padre hubiera sido el cónyuge de esta misma pareja.

En su resolución de 12 de junio de 1985 (*NJW*, 1986, página 784), el juzgado de Luedenscheid, República Federal de Alemania, sostuvo que el cónyuge de la esposa que dió a luz un niño concebido a través de *inseminación artificial* (no por cópula carnal de otro hombre), no tendrá el derecho a pedir en vía procesal el desconocimiento de su paternidad con respecto a dicho hijo, si este cónyuge y su esposa pactaron previamente con un médico que éste hiciera este tratamiento de inseminación artificial utilizando el semen de otro hombre, desconocido por dichos cónyuges, que se obligaron en el mismo convenio a tratar al niño como si fuera hijo legítimo propio. Los cónyuges no habían podido procrear hijos propios. El juez en su sentencia hizo una *ponderación de los intereses opuestos* del cónyuge, consistentes en que no quedara como padre de un hijo formalmente de él, que en verdad es de otro hombre, y los intereses del niño de tener jurídicamente un padre, máxime que en el caso de sentencia judicial de desconocimiento de paternidad, el niño tampoco podría pretender la constatación de la paternidad, de quien donó su semen para la procreación del niño, dado que su identidad era desconocida y no era constatable.

Con base en tal *ponderación de intereses*, en opinión del juzgador predominaron los del niño, motivo por el cual se desconoció al actor la legitimación para demandar el desconocimiento del niño como hijo legítimo, conforme al artículo 242 del Código civil alemán, en el cual se establece la observancia del principio de la *buena fe*, ampliamente aplicado por los tribunales alemanes.

Por último, el Juzgado de Friburgo, República Federal de Alemania, consideró en su sentencia de 25 de marzo de 1987 (*NJW*, 1987, página 1486), que un contrato sobre la actuación de una "madre rentada" es nulo, por degradar al niño de tal madre a una mercancía para cuya adquisición se pague un precio correspondiente al de un automóvil de clase mediana. En la resolución se dijo que convenios de esta clase se encuentran en contraposición con los conceptos básicos del *orden jurídico alemán*, especialmente los preceptos sobre los valores fundamentales que condujeron a la concepción de un derecho general a la integridad del individuo.

Sin embargo, no siempre se aplican nuevos criterios judiciales a nuevas situaciones de hecho, debido a que también los criterios ya conocidos pueden ser objeto de desarrollos judiciales en ampliación de los supuestos legales. Así, la Suprema Corte alemana, en su resolución de 28 de octubre de 1986 (*NKW*, 1987, página 1013), opinó que el arquitecto contratante con el dueño de un edificio, responderá ante el tercero inquilino, por daños causados a las cosas de éste que se encuentren en el departamento, en el caso de defectos de construcción (falta de impermeabilización) imputables al arquitecto. Tal responsabilidad la fundó la Suprema Corte en forma extracontractual, en la conducta ilícita del arquitecto efectuada en perjuicio del arrendatario que había ocupado el departamento con posterioridad a las construcciones hechas por el arquitecto.

Según la Corte alemana, la responsabilidad del arquitecto descansa en una obligación de asegurar los aspectos técnicos y de proteger la salud y las propiedades de terceros, en los casos en los cuales el responsable haya causado un acto que pueda ser una fuente potencial de peligro (construcción del edificio). En tal forma se estableció la responsabilidad directa del arquitecto ante los arrendatarios posteriores y no se limitó a la responsabilidad contractual del arquitecto ante el dueño del edificio, por una parte, y de este último ante los arrendatarios, por la otra.

Para concluir con los aspectos metodológicos, debe destacarse que se considera que no corresponde al concepto de jurisprudencia diná-

mica, según nuestra concepción, el *método de flexibilidad o de importancia de la justicia individual en el caso concreto*, el cual tiende a la creación de resoluciones justas, completamente adaptadas a las circunstancias del asunto en estudio. La observancia del principio de legalidad no permite coincidir con tal pensamiento, debido a que tal principio por su rigidez carece de la flexibilidad deseada por tal método, ya que las normas legales, por su carácter general, no pueden corresponder a todos los detalles de cualquier situación individual y se limitan al establecimiento de los elementos esenciales o característicos.

Esta insuficiencia lleva a los partidarios de esta corriente, también denominada como *jurisprudencia libre*, a postular que se libere al juez en el máximo grado posible del vínculo legal. El juez debería entonces obtener, por medio de su criterio extrapositivo de justicia, una solución adecuada al caso y buscar una justificación de su opinión ya formada no antes sino después, en las disposiciones del derecho positivo, que en realidad no es fuente de la resolución sino justificación posterior.<sup>42</sup>

Por tanto no incluimos este método en nuestro concepto de jurisprudencia dinámica, pues descansa en el derecho positivo mismo y se sirve de deducciones hechas a partir de éste.

Por otra parte, este método no corresponde al principio de la jurisprudencia obligatoria en México (artículos 192 y siguientes de la Ley de amparo, y 95 de la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación), que no permite tales "libertades" a los juzgadores, y persigue en primer lugar obtener otro ideal de la jurisdicción, consistente en la seguridad de la vida jurídica, es decir, que tanto los jueces como los particulares puedan confiar y tomar en cuenta que cierto caso se resolverá en determinado modo.

Lo anterior se refiere no tan sólo a los jueces inferiores sometidos a la jurisprudencia obligatoria, sino también a los que la establecen, debido a que este sistema jurisprudencial se opone, en lo general y por su propia esencia, a resoluciones basadas en ideas de justicia adaptadas al caso concreto.

Para acercarnos al funcionamiento de este sistema de la justicia individualizada, nos referimos a la resolución de la Suprema Corte de Justicia austriaca número 11, *SZ*, 57,<sup>43</sup> que tuvo por objeto la inter-

<sup>42</sup> Kelsen, *op. cit.*, pp. 255 y ss. 259 y 391; Larenz, *op. cit.*, pp. 133 y ss; Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, pp. 5 y s.

<sup>43</sup> Citada por Pfersmann en *oe JZ* 1987, p. 72.

pretación del artículo 15 del Código de comercio austriaco, que en principio coincide con el artículo 29 del Código de comercio de México, en cuanto a que el contenido registral surtirá efectos obligatorios y que nadie podrá disculparse por no estar informado del mismo, lo cual se refiere a inscripciones coincidentes con la situación extrarregistral. Tal efecto obligatorio fue restringido considerablemente por la resolución citada, según la cual, a pesar de la inscripción registral de la conversión de un socio comanditado en comanditario, no podrá éste oponer su responsabilidad, ahora limitada, a otro empresario con el cual tal socio haya estado en relación de negocios durante mucho tiempo (en el caso fueron 12 años), si no le informó a dicho empresario de su conversión de tipo de socio continuando sin cambio alguno en la forma de sus manifestaciones como socio. De tal forma la Corte austriaca protegió en grado considerable la buena fe del empresario en contra de la inscripción registral, considerando que la omisión de revisión del Registro de Comercio, en el cual sí aparecía el cambio en comanditario, no podía ser calificada *en estas circunstancias* como negligencia culpable cuya existencia, en lo general, no es motivo de justificación para disculparse contra los efectos obligatorios de las inscripciones registrales. En tal sentencia se manifiesta claramente la justicia individualizada en favor de la protección del empresario mencionado, a la cual se llega mediante una interpretación muy restrictiva del artículo 15 del código de comercio austriaco.

### *Pensamientos de equidad*

Desde el punto de vista científico-cognoscitivo del positivismo,<sup>44</sup> no existe liga entre las normas de derecho y las de la moral, “pues la ciencia jurídica no tiene la tarea de legitimar el Derecho ni la de justificar el orden normativo por medio de una moral absoluta ni a través de una relativa”. Este orden normativo es tan sólo el objeto de su conocimiento y descripción.

Sin embargo, para la política del derecho, es decir para la creación y evaluación o análisis de *lege ferenda*, las normas de la moral, y con éstas las de la equidad, tienen importancia decisiva.<sup>45</sup>

En la actividad judicial, en cuyo ejercicio se reúnen actos cognoscitivos y volitivos, frecuentemente entran en la deliberación de los jueces, dedicados a la resolución de casos concretos, los pensamientos de equidad.

<sup>44</sup> Kelsen, Hans, “*Reine Rechtslehre*”, Viena 1967, pág. 71.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, prólogo a la segunda edición.

Larenz, en el capítulo 5 intitulado: "Métodos de la integración judicial del derecho", habla en el epígrafe del inciso c<sup>46</sup> de la integración del derecho con base en un principio jurídico-ético. Consideramos que las normas de la moral son más bien un factor para la jurisprudencia dinámica que un modo (método) de interpretación del derecho, dada la procedencia extrapositiva de estas normas. No incluimos en el pensamiento ético la deducción de principios establecidos en forma fundamental por la constitución u otras leyes,<sup>47</sup> dado que tal deducción es un modo de la interpretación jurídica misma. Por tanto, nos limitamos a los pensamientos de equidad extrapositiva, como se muestra en los siguientes ejemplos:

En el artículo 14 constitucional se dispone: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."

Con relación al término "retroactivo", sin duda se considerará como retroactivo el caso de que una nueva ley exija nuevos requisitos de forma para la validez de contratos celebrados con anterioridad a la publicación de la ley.

Se llegaría al mismo resultado si se variara el caso anterior, en el sentido de que se tratara del cumplimiento aún no verificado con anterioridad a la nueva ley, de un contrato de compra-venta celebrado con anterioridad, pero cuyo cumplimiento están aún pendiente por no haber vencido el plazo.

En ambos casos, no debe destruirse el efecto de un acto jurídico anterior, independientemente del tiempo de cumplimiento, dado que la nueva ley tiene por objeto la celebración contractual ya efectuada con anterioridad. Se requiere, así, congruencia entre el contenido de la nueva ley y la verificación de los hechos correspondientes a tal contenido, para decidir si existe o no retroactividad. En los dos casos planteados se trata de la *contratación misma*, requisito de forma, razón por la cual los *efectos jurídicos* de ella no son relevantes en su relación temporal con el nacimiento de la nueva ley.

Sin embargo, sucede otra cosa si la nueva ley contiene normas relativas al pago de alimento entre cónyuges, al contenido necesario de nombres comerciales, al importe mínimo del capital social o a cualquier otra relación jurídica de tracto *sucesivo*. En todos estos casos, el contenido de la nueva ley no tiene por objeto la celebración de un contrato, sino el contenido de una obligación sucesiva, razón por la

<sup>46</sup> *Op. cit.*, pp. 404 y ss.

<sup>47</sup> Como si lo hace Heinrichs en Palandt, comentario al Cód. Civ. alemán, Muenchen, 1982, p. 200.

cual la prohibición de retroactividad requiere únicamente que la nueva ley no se aplique al tiempo anterior a su entrada en vigor, pero sí permite su aplicación posterior, como corresponde a la esencia lógica de la congruencia antes referida entre el contenido de la nueva norma y los hechos respecto de los cuales se ofrece la cuestión de retroactividad. En este sentido de la aplicación a obligaciones sucesivas resolvió la Suprema Corte austriaca el 3 de febrero de 1977, *EvB1*, 1877, número 218 y la Suprema Corte austriaca en Materia Administrativa el 21 de noviembre de 1956 (*JBl*, 1957, página 426).<sup>48</sup>

La Suprema Corte mexicana sostuvo en su resolución del 30 de noviembre de 1966 (A. D. 2408/1965, 3a. Sala, Sexta Época, Volumen CXIII, Cuarta Parte, página 23, mayo, Actualización II Civil, tesis 697), que los efectos de los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, pero del texto publicado no se infiere si se trata de relaciones contractuales instantáneas o sucesivas. Coincidimos con el criterio sustentado únicamente para el caso de las primeras, es decir, de las instantáneas.

Parece que en la resolución de la Suprema Corte mexicana del 20 de enero de 1931 (Mayo Actualización II Civil, tesis número 1059), que se transcribe parcialmente a continuación, no se tomó en consideración la delimitación anterior y, por ende, tampoco la esencia del concepto de retroactividad, por no haberse hecho la diferenciación antes expuesta:

**RETROACTIVIDAD.** Podría decirse que los efectos de una obligación, no producidos antes de la promulgación de una ley, pertenecen al porvenir y no al pasado; por con este razonamiento se confundiría la noción de pasado, en sentido jurídico, con la de pasado en sentido material, cuya distinción es esencial desde el punto de vista de la no retroactividad de las leyes. En materia de no retroactividad, la realidad jurídica no corresponde rigurosamente a la realidad material, *pues cuando una situación jurídica concreta nace, lleva en sí, virtualmente, una porción del porvenir que somete racionalmente a la ley del pasado*, en el sentido de que todas las consecuencias susceptibles de surgir de *esta situación jurídica concreta, pueden perfectamente ser consideradas como producidas desde luego*, porque forman parte de ella. Al celebrarse un contrato, se crea lo que se llama una situación jurídica concreta, que no puede destruirse con la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad,

<sup>48</sup> Citadas en la Gran edición antes referida del Cod. Civ. austriaco, pp. 11, núm. 3b.

cuando se trata de los contratos considerados tanto en sus condiciones de *existencia* como en sus *efectos*; los partidarios de las diversas tesis sobre la no retroactividad de las leyes, convienen casi unánimemente en que no debe aplicarse la ley nueva. Si una *obligación* ha nacido bajo el imperio de la *ley antigua*, esta obligación subsistirá con los caracteres y las *consecuencias que le atribuye esa ley*. Así, si en un contrato celebrado con *anterioridad* a la expedición de una ley, y por la promoción del juicio respectivo y por la realización de hechos jurídicos posteriores se crea en favor de una persona, una situación jurídica concreta, lógico es concluir que *los efectos de esos actos*, realizados *antes o después de la vigencia de la ley atacada*, deben regirse la *ley antigua*, resultando la aplicación de la nueva, *notoriamente retroactiva*, y la privación de derechos a que da lugar, violatoria de las garantías que otorga el artículo 14 constitucional, en su párrafo primero.

Amparo en revisión 4098/26. Sección 1a. Soledad Guerrero Vda. de Garcidueñas. Enero 20 de 1931. Unanimidad 5 votos.

Quinta Época, tomo XXXI, página 489.

En esta resolución se incluye aparte de la prohibición de la retroactividad otro concepto más, consistente en la protección de derechos adquiridos, según el cual no deberán afectarse en un tiempo posterior los derechos adquiridos con base en una ley anterior que se derogue por la posterior, no obstante de que se trate de relaciones sucesivas, por ejemplo: en una ley administrativa se establecen requisitos más rigurosos para la admisión al ejercicio profesional de la abogacía, en comparación con la ley precursora que es derogada por la nueva que dispone que ésta se aplique también a los abogados admitidos con fundamento en la ley anterior durante su vigencia. Según nuestro concepto lógico de la retroactividad, se contraviene la prohibición de la misma en el último caso solamente si se anula en la nueva ley la actividad profesional ejercida por abogados durante la vigencia de la ley anterior con cuyos requisitos si se habían cumplido, pero no con los de la nueva. Hasta tal punto protege la prohibición de la retroactividad, pero no un paso más. Todo lo que implique un grado mayor de protección, como en el ejemplo la admisión a la continuación del ejercicio profesional por los abogados que hubieran cumplido con la ley anterior, pero no con los establecidos por la sucesora, corresponde a otro tipo de protección, no establecida por la Constitución mexicana, que es la protección de los derechos adquiridos. Esto es importante desde el punto de vista ético, razón por la cual en la práctica las disposiciones transitorias de una nueva ley tal

como la del ejemplo, establecen facilidades o exenciones para personas afectadas por las nuevas normas, pero admitidas según la ley anterior. Pero tales facilidades no son necesarias conforme al artículo 14 constitucional, y corresponden tan sólo a postulados éticos.

Por lo anterior, consideramos que la resolución mexicana parcialmente reproducida antes, refleja un pensamiento ético en favor de la protección de los derechos adquiridos en la ampliación que hace del concepto de retroactividad.

Con el objeto de redondear y no dejar incompletas las exposiciones anteriores, relativas a las relaciones sucesivas y su distinción de las momentáneas, se hacen las siguientes observaciones:

También los actos no ejecutados según su contenido contractual en forma instantánea, por ejemplo, el pago mensual de un precio convenido en abonos, corresponden a las relaciones instantáneas, y no a las sucesivas, dado que el volumen de pago depende en este ejemplo de la cifra fijada en el contrato y determina el tiempo necesario para el cumplimiento del contrato; por ejemplo, si el precio es de \$10,000.00 y debe pagarse en 10 abonos mensuales iguales, resulta una duración de 10 meses.

Otra cosa sucede si en un contrato de arrendamiento se fija una renta de \$1,000.00 mensuales. En este caso, el importe de \$10,000.00 no se forma en virtud de una cantidad prefijada de tal cantidad, sino por el transcurso de 10 meses de los cuales cada uno produce \$1,000.00. En las relaciones instantáneas el importe total prefijado en dinero es la base de medición de la duración de la relación contractual, en tanto que en las relaciones sucesivas el motor determinante es el tiempo, del cual resulta el importe total del pago. El último vale no tan sólo con respecto a contratos pactados por tiempo definido, sino también para los de tiempo indefinido, como sucede en las dos variantes del contrato de arrendamiento, debido a que en ambos casos el factor determinante para el monto del pago de la renta es el tiempo. La prohibición de retroactividad es aplicable solamente a pagos futuros que venzan durante la nueva ley, si se trata de contratos con efectos instantáneos (por ejemplo, compra-venta en abonos) celebrados durante la vigencia de la ley anterior derogada por la nueva, pero no a pagos futuros resultantes de contratos con efectos sucesivos (por ejemplo, el arrendamiento). En el primer caso predomina el hecho de que el contrato se celebró durante una situación legal anterior a la nueva ley, y sus efectos (los abonos del precio) se atraen a dicho acto, como inmodificables por la nueva ley, en tanto que en el segundo caso (relaciones sucesivas), los efectos contractuales (pago de ren-

ta) tienen independencia del contrato y de la fecha de su celebración en el aspecto comentado.

En la siguiente resolución de la Suprema Corte mexicana, se encuentra otro ejemplo de la aplicación del pensamiento de equidad:

A pesar de que la adjudicación de la autoridad judicial en los juicios sucesorios tiene siempre carácter constitutivo y retrotraído a la fecha de defunción del autor de la herencia, debido a que solamente por medio de esta resolución judicial se obtiene la adquisición *mortis causa*, en contraposición a lo anterior, la Suprema Corte, sostuvo en sus resoluciones (Jurisprudencia 81, Sexta Época, página 260, sección primera), que los herederos de inquilinos de objetos de poco valor entran en estas relaciones de arrendamiento sin el requisito de previa adjudicación. Tal criterio, incompatible con la regulación legal, tiene la finalidad de otorgar una ayuda social, como resulta del texto de las resoluciones respectivas.

### *Las lagunas de la ley y la integración del derecho*

El concepto de estas lagunas fue creado por la política del derecho y por sus intérpretes. No hay lugar para tales lagunas en la teoría general positivista del derecho, según la cual este problema se resuelve exclusivamente por medio de razonamientos lógicos, tal como lo muestra Kelsen en sus exposiciones,<sup>49</sup> las que si un orden jurídico no contiene norma alguna con respecto a la regulación de cierta situación, por ejemplo, el robo de energía eléctrica, o si existe una reglamentación que nos parece incompleta, por ejemplo, si un Código civil establece solamente la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, sin que regule aquélla para el caso de la pérdida de la misma sucedida por caso fortuito con anterioridad a la entrega (riesgo de la pérdida por fuerza mayor), el juez resolverá —desde el punto de vista puramente lógico— con base en la existencia de una obligación *general* del vendedor en el sentido anotado, es decir que se pronuncie en *todo caso* la obligación del vendedor aludido y que no se condene en caso alguno por robo de energía eléctrica, respectivamente. Según esta opinión teórica, el orden jurídico siempre contiene base para una resolución judicial, existiendo o no norma expresa y —según el criterio del intérprete— adecuada para el caso planteado. De lo anterior resulta que la existencia de lagunas se desprende de un criterio extrapositivo de evaluación o de razones éticas,

<sup>49</sup> *Reine Rechtslehre*, Viena, 1967, pp. 251 a 255.

sociales y políticas importantes para el legislador o el intérprete del derecho.

Para la tarea práctica de interpretación, se plantea en primer lugar la cuestión de si la laguna existente en el caso en estudio, según la estimación del juzgador, la causó intencionalmente el legislador o no. En el primer caso, el silencio del legislador al respecto o la norma que parece injusta, inadecuada o incompleta, deberá interpretarse y aplicarse como se infiere directamente de la ley, por ejemplo, la falta de caducidad en el juicio mercantil como inexistencia de esta figura procesal en dicho juicio, a no ser que se trate de uno de los casos poco frecuentes en los cuales el legislador haya dejado intencionalmente a los jueces la tarea de llenar la laguna respectiva, por ejemplo, la parte final del artículo 1928 del Código civil D. F. respecto de la inexistencia o insuficiencia de bienes, es decir la cuestión de si se requiere para tal objeto propio proceso previo con demanda y ejecución, o si se puede comprobar estos supuestos en el proceso mismo que se promueva contra el Estado.

Con respecto a la diferencia entre lagunas intencionales y no intencionales, puede pensarse en los siguientes casos:

Si se utiliza un *argumentum e silentio* se llega a un resultado que niega la aplicación supletoria (artículo 1051 del Código de comercio) de un código de procedimientos civiles local que si regula la figura procesal de la caducidad, por ejemplo, el artículo 137 bis del Código de procedimientos civiles del D. F. Pero si no se piensa en tal "silencio elocuente" o, en su caso, si se considera que el carácter inadecuado o incompleto no fue *intencional*, sino resultado de *falta de previsión legislativa*, se podría intentar colmar la laguna mediante integración del derecho.

La Suprema Corte austriaca sostuvo en su resolución de 3 de noviembre de 1978, *ZfvB*, 1979, número 698,<sup>50</sup> que en caso de duda las lagunas de la ley deben considerarse como no intencionales de parte del legislador.

A pesar de que en la teoría general del derecho no se entra en los aspectos atinentes a la práctica en materia de lagunas e integración del derecho, desde el punto de vista de las tareas y necesidades de los jueces y los legisladores, estos temas son imprescindibles. Así, por ejemplo, el artículo 1 del Código civil suizo establece que:

<sup>50</sup> Citada en la Gran edición del Cód. Civ. austriaco, Viena, 1980, p. 13, núm. 3.

1) Se aplicará esta ley a todas las cuestiones jurídicas para las cuales, ella tiene según su texto o la interpretación, una disposición. 2) Si no se puede deducir de la ley precepto alguno, el juez resolverá con base en el derecho consuetudinario y, en el caso de que también falte este derecho, la resolución se dictará de conformidad con la regla que el juez establecería como legislador. 3) El juez seguirá para tal objeto a la doctrina reconocida y a la tradición.

La disposición transcrita refleja la preocupación legislativa de prever algo para el caso de insuficiencia de la propia obra legislativa.

Para los jueces es importante la determinación, definición y delimitación de las lagunas susceptibles de integración judicial, por una parte, a fin de lograr un desarrollo fructífero y constructivo de su jurisdicción, y por la otra, para observar adecuadamente los principios de la llamada división de poderes (por ejemplo, artículo 49 constitucional) y de interpretación de las leyes (artículo 14 constitucional). En otros términos, para que el poder judicial en su actividad integradora no rebase los límites constitucionalmente previstos, en perjuicio de la competencia asignada al legislador. Por ello se han desarrollado definiciones y sistematizaciones con respecto a las lagunas y la posible integración del derecho.

Kelsen<sup>51</sup> se refiere, por una parte a las lagunas auténticas, y por la otra a las técnicas. Las primeras tienen carácter propio, como sería la falta de una figura legal, en tanto que las segundas son de tipo secundario, como la falta de regulación de un detalle dentro de una obligación expresamente prevista en la ley.

Palandt-Heinrich<sup>52</sup> distinguen las lagunas ya existentes en el momento de la creación de la ley en estudio, de aquellas originadas posteriormente en virtud de los cambios económicos o técnicos. Siguiendo el método objetivo de interpretación, ambos tipos de lagunas pueden ser en colmadas por los jueces.

Larenz<sup>53</sup> se ocupa en forma más extensa y detallada de este concepto, como corresponde a las diferenciaciones y concepciones de la práctica, y distingue entre lagunas abiertas y las cubiertas, diferenciación que parece coincidir con la arriba hecha por Kelsen entre las auténticas y las técnicas. En el caso de lagunas abiertas, la ley carece evidentemente de norma aplicable, en tanto que en las cubiertas sucede una falta de elaboración normativa más diferenciada o detalla-

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p. 254.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 7.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, pp. 351 y ss.

da. Estas últimas se colman a través de conclusiones restrictivas o extensivas. Así, por ejemplo, la disposición del artículo 2226 del Código civil del D. F. sobre la destrucción *retroactiva* de los efectos de los actos afectados de nulidad, no es aplicable, según nuestra opinión,<sup>54</sup> a los actos celebrados con terceros en el caso de sociedades no inscritas en el Registro de Comercio que sean anuladas, como lo exige la protección de los contratantes (especialmente acreedores) de tales sociedades, razón por la cual dicha norma del artículo 2226 del Código civil del D. F. debe ser interpretada en forma restrictiva, excluyendo del efecto retroactivo los efectos de los actos mencionados, a los cuales debe aplicarse un efecto no retroactivo (*ex nunc*). A estas formas de pensamiento judicial se llega mediante consideraciones teleológicas deducidas de otras normas o principios contenidos en las leyes mismas. Así, en el ejemplo expuesto se trata de la protección del tráfico jurídico. Por este motivo Larenz dice que se trata de una integración inmanente en la ley.

El grado de la trayectoria de la integración del derecho, depende de la posibilidad de que se supere a la ley, y en su nivel superior puede conducir a la creación de *nuevas instituciones*, como la culpa *in contrahendo*,<sup>55</sup> a la cual se hará referencia más adelante. En este nivel superior, el intérprete ya no dispone de fundamento concreto inmanente en la ley misma para llegar a sus conclusiones, sino que se sirve de ideas o principios deducidos del orden jurídico considerado como un todo. Por ello el contacto con el fundamento positivo ya no es directo y concreto, sino de una dimensión global, y en la misma proporción aumenta el radio de acción del juez y el límite de esta actividad de integración aparece en el momento en el cual ya no se trata de la introducción y formación de ideas jurídicas, sino políticas, pues la decisión sobre éstas corresponde exclusivamente al legislador.<sup>56</sup>

Como ejemplo de este tipo de jurisprudencia, incluso considerada como "libre" por los partidarios de un método interpretativo más moderado y limitado en su radio de acción, se hará referencia a la resolución de la Suprema Corte alemana, de 25 de febrero de 1982 (*NJW*, 1982, página 1703), en la cual se formaron los siguientes criterios, no compatibles con el texto de la ley alemana sobre sociedades anónimas:

<sup>54</sup> Frisch Philipp, *La sociedad anónima mexicana*, Apartado 3 y 5 en el subcapítulo sobre la sociedad irregular, texto preparado para la tercera edición.

<sup>55</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 406.

<sup>56</sup> Larenz, *op. cit.*, pp. 410 y ss.

a) La Corte sostuvo que el consejo de administración, en situaciones excepcionales, no está solamente facultado sino también obligado a solicitar una resolución de la asamblea general de accionistas, sobre si se efectúa o no una operación muy trascendente en los derechos e intereses de los accionistas, por ejemplo, la enajenación de una empresa que representa la parte más valiosa del patrimonio social, a una sociedad filial de la sociedad matriz a la cual pertenecen la asamblea y el consejo mencionados. Este criterio no está sustentado por el texto del artículo 119 de la ley de la materia, el cual dice: "La asamblea general de accionistas únicamente podrá resolver sobre cuestiones de la administración, si el consejo de administración lo exige."

Lo anterior corresponde a la división de competencia de los órganos de la sociedad anónima del derecho alemán, que es un sistema distinto al sistema jerárquico de supremacía de la asamblea seguido por el derecho mexicano (artículo 178 LSM). Sin embargo la Corte consideró que el consejo viola su obligación de administrar diligentemente, si no solicita la resolución de la asamblea haciendo uso de su derecho para pedirlo, según la disposición transcrita, cuando se trate de asuntos muy trascendentes a los intereses de los accionistas.

b) En el caso de que el consejo de administración enajene la empresa antes mencionada —que representa la parte más valiosa del patrimonio social de la matriz— a una sociedad filial, en la cual participa como único accionista la misma sociedad matriz, sin el previo consentimiento de la asamblea, esta sociedad —la matriz— está obligada frente a cada uno de sus accionistas a que previamente se obtenga de la asamblea general de accionistas de la misma sociedad matriz una resolución para aumentar el capital social de la sociedad filial, aprobada por la misma mayoría calificada como si se tratara de un aumento de capital de la sociedad matriz misma.

El texto legal según el cual, para aumentos del capital social se requiere únicamente la resolución de la asamblea general de accionistas de la sociedad misma cuyo capital se vaya aumentar (artículos 182 y siguientes de la ley de la materia, que tampoco fija un requisito igual al establecido por la resolución comentada en su parte relativa a empresas agrupadas), tampoco da fundamento a la exigencia establecida en esta resolución.

La Corte fundamentó su resolución en la siguiente forma:

La ley protege expresamente en su libro tercero, sobre empresas agrupadas, los intereses de los accionistas minoritarios de la sociedad que, como controlada, quedará subordinada a otra sociedad —la con-

troladora— mediante la celebración de un contrato empresarial (artículos 304 a 307), así como los de la sociedad controlada misma y de sus acreedores (artículos 300 a 303). Además, existen disposiciones legales expresas que regulan los límites y responsabilidades en el ejercicio de la administración de la sociedad controlada por parte de la controladora, tanto en los casos en que existe el contrato empresarial (artículos 308 a 310), cuanto en los que falta tal contrato (control de *facto*: artículos 311 a 318). Pero, por otra parte, la ley no contiene precepto alguno para la protección de los accionistas de la controladora en relación con la administración de la controlada (la sociedad filial antes mencionada, que adquirió la empresa tan valiosa de la sociedad matriz, sin consentimiento de su asamblea general). Esta falta de normas protectoras se consideró en la resolución como una “laguna en el Derecho sobre las sociedades por acciones, que debe ser colmada apoyándose para tal objeto en el sistema y en las evaluaciones existentes en este derecho.”

En la misma resolución se continúa diciendo que *si se esperara una reforma legal por medio de la cual se creara una protección de los accionistas afectados en el sentido anterior, sin que se formara la misma en la resolución misma a través del pensamiento judicial, se restringiría excesivamente la necesaria integración del derecho por el poder judicial*. Así, la protección de los accionistas de la controladora (matriz), pareció necesaria a la Corte, dado que el consejo de la misma sociedad podría —con base en su autonomía frente a la asamblea general que existe en el derecho alemán como consecuencia de la división de competencias en la administración de la sociedad anónima— efectuar actos con efectos negativos para dichos accionistas, como representante de la matriz en su carácter de accionista único de la filial, por ejemplo, en las resoluciones de la asamblea general extraordinaria de la filial, sobre aumentos de su capital social, con lo cual se perjudicaría la situación de los accionistas de la matriz, quienes en virtud de la constitución de la filial y de la adquisición de la empresa —antes perteneciente a la matriz— por parte de la filial ya no tendrían liga directa dentro de su propia sociedad (la matriz) con su patrimonio, sino solamente una liga indirecta a través de la filial, ahora propietaria de la empresa. Precisamente esa relación indirecta deberá ser reforzada y encauzada a través de la imposición judicial, establecida en la sentencia citada, según la cual los aumentos del capital social de la filial requieren del consentimiento previo de la asam-

blea general de la matriz, aprobado en la misma forma que si se tratara de los aumentos de capital de la matriz misma.

### *Posición de la magistratura frente a la doctrina*

Como expresamos en unión del Lic. José Arturo González en el prólogo de la obra *En torno a los métodos en jurisprudencia y legislación*, estamos convencidos de que, para la prosperidad de la vida jurídica, es necesaria una colaboración estrecha entre la doctrina y la magistratura, a fin de que aquélla no se pierda en exposiciones inactuales, lejos de nuestro derecho positivo, y de que ésta puede servirse de ideas y conceptos formados constructivamente por la doctrina. Como resultado de tal colaboración deberá obtenerse, por una parte una actividad judicial con nivel científico, y por la otra una teoría actualizada y útil para la práctica.

Esta forma de cooperación cristaliza prácticamente en el desarrollo de la jurisprudencia dinámica. En la doctrina se plantean problemas, nuevos aspectos y modos de solución suscitados por las circunstancias cambiantes de la vida, que requieren urgentemente decisiones judiciales actualizadas, que en muchas ocasiones se deliberan, ponderan y proponen concretamente en la doctrina. En unos casos se trata de nuevas cuestiones de interpretación, en otros, de falta de medidas legislativas que no podrán ser tomadas por el legislador tan rápidamente, por lo que jueces y doctrina deben reaccionar con mayor prontitud y eficacia en favor de la vida jurídica. Si en un país ya está encarrilada la cooperación armónica entre la doctrina y la magistratura, ésta espera las propuestas de la primera para la solución de nuevos problemas, que requieren de la toma de una nueva posición por un tribunal de jerarquía elevada.

En la mayoría de los casos, las opiniones o propuestas de la doctrina, tienen un carácter *preparatorio*, es decir que se forman con anterioridad a las resoluciones judiciales en las cuales se toman en consideración, pero no faltan los casos en los cuales una resolución judicial, tomada como primer paso con relación a un tema interesante, provoca como eco una reseña científica del contenido de la sentencia misma y del tema.

A la actividad *preparatoria* de la doctrina se refiere Danckelmann, en Palandt, obra citada en página 5, en forma general, y sostiene que en la aplicación del Código civil alemán, que nació como obra legal del individualismo, se mostró siempre un rasgo más acentuado de la protección del interés público, y que la mayoría de estas nuevas

ideas interpretativas fueron preparadas por la ciencia jurídica y posteriormente aplicadas por los tribunales.

Un ejemplo de la actividad *preparatoria* de la doctrina, se muestra en la resolución de la Suprema Corte alemana en Materia Laboral, del 6 de diciembre de 1986, 3AZR 251/67,<sup>57</sup> en la cual se planteó la cuestión de la posible inconstitucionalidad de cierta disposición legal a fin de que se suscitara, con base en tal planteamiento, "una discusión de la doctrina sobre este problema de la posible inconstitucionalidad, para la preparación de resoluciones posteriores". La parte citada de la resolución implica una invitación expresa a la doctrina para que opine en sus estudios sobre la cuestión con el objeto de que la Corte obtenga *material para resoluciones futuras*. El carácter de invitación se manifiesta claramente, si se toma en consideración que el problema de posible inconstitucionalidad se planteó como *obiter dictum*, es decir, como consideración no necesaria para la resolución del caso mismo, sino sólo como exposición contenida en los puntos considerativos del fallo, pero sin relevancia para los puntos resolutivos o, en otros términos, sin que se haya aplicado tal consideración como fundamento de los puntos resolutivos del fallo, los cuales descansan en otro fundamento establecido también en los puntos considerativos.

Por último, en la resolución del 25 de febrero de 1982 (*NJW*, 1982, página 1703), la Suprema Corte alemana estableció varios criterios que nunca se hubieran podido obtener a través de una interpretación gramatical, lo que atribuye a tal fallo el carácter de jurisprudencia dinámica, por una parte, en tanto en que en el texto de esta resolución —ya analizada anteriormente— la Corte se apoyó directamente en opiniones doctrinales *previas*. Los hechos del caso fueron —como ya se expuso— que el consejo de administración de una sociedad anónima enajenó la parte más valiosa de su propio patrimonio —una empresa—, sin consentimiento previo de la asamblea general de accionistas, como aportación para la constitución de una sociedad filial de dicha sociedad anónima.

Dada la división de competencias en la sociedad anónima alemana, según la cual el consejo de administración no está sometido en su actividad administrativa, en lo general, salvo algunas excepciones no aplicables al caso, a la asamblea de accionistas (artículos 76 y 119 de la Ley alemana sobre sociedades por acciones), y ésta "únicamente po-

<sup>57</sup> Publicada en *NJW* 1969, 678; en *BB*, 1969, 312; en *AP* núm. 8 al art. 75b *HGB*, y en *Betrieb*, 1969, 443, 1970, 396.

drá resolver sobre cuestiones de la administración, si el consejo *lo solicita*", la operación mencionada pareció, según el texto legal, válida. Sin embargo, la Corte alemana considero, *basándose expresamente en opiniones doctrinales citadas*, según las cuales en operaciones muy importantes, tales como el asunto fallado, el consejo no solamente tiene el derecho de pedir la autorización de la asamblea (como resulta del texto legal citado), sino la *obligación* de solicitarla previamente.

Además, en ese mismo fallo, la Corte alemana consideró que, para la protección de los accionistas de la sociedad matriz, deberá obtenerse la autorización de la asamblea general de accionistas de la sociedad matriz para las operaciones de la sociedad filial muy importantes para los accionistas mencionados, aplicando las normas legales y estatutarias en la misma forma que si se tratara de una operación de la sociedad matriz. En tal forma se estableció un "brazo alargado" de la matriz en favor de sus accionistas, para proteger los intereses indirectos de éstos en la gestión de la filial desprendida patrimonialmente de la matriz sin la previa aprobación de tales accionistas expresada mediante una resolución de asamblea. En la sentencia se consideró como uno de esos asuntos importantes para los accionistas de la matriz, a los aumentos de capital de la sociedad filial, debido a que a través de la modificación del capital se presenta la posibilidad de que ingresen nuevos accionistas en la filial, en perjuicio de los socios de la matriz, sólo participantes en la filial en forma indirecta.

La Corte alemana también se fundó expresa y detalladamente en proposiciones que ya se habían presentado en *publicaciones de la doctrina* con respecto a todas estas ideas.

### *Cambios en las circunstancias de la vida*

La actividad judicial forma un puente entre nuestro mundo y el del deber, mediante la aplicación de normas legales a hechos de aquél. En varias ocasiones resultan tensiones de esta actuación. Especialmente cuando el contenido legal no corresponde a las conveniencias, necesidades o criterios existentes en el territorio en el cual se lleva a cabo tal aplicación.

Esta divergencia puede también resultar de cambios en las circunstancias de la vida; es decir, puede suceder que cierto contenido legal o modo de interpretación, considerado anteriormente como satisfactorio, se vuelva inaceptable o insostenible. Dicho cambio es un factor

determinante para la interpretación legal, dado que los jueces tienen, justificadamente, a la creación de sentencias cercanas a la vida y no a las anacrónicas. En algunos de estos casos de tensión, aparece como causa de la divergencia la ley misma, por ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio entre los católicos; en otros aparece como causa la interpretación. Como un ejemplo de esto último, nos referiremos a uno tomado de la jurisprudencia alemana y expuesto por Larenz (obra citada en página 309): En el derecho penal alemán se establece como supuesto o modalidad para una pena mayor del delito de lesiones corporales, el que éstos se cometan por medio de *arma* o de una herramienta peligrosa. La Corte consideró, como ya se expuso, que el uso del ácido clorhídrico es actualmente calificable como "*arma*" en el sentido legal correspondiente.

La Corte admitió en sus puntos considerativos que, en el uso lingüístico *más antiguo* se abarcó en la palabra "*arma*" únicamente a medios de funcionamiento mecánico, pero que, dado el desarrollo técnico son calificables como "*arma*" los medios químicos, por lo que, según la Corte, esta aplicación de la acepción lingüística moderna está más acorde con el sentido y la meta de la disposición legal, sin que se exceda la prohibición de la interpretación por analogía en el derecho penal, ya que la sentencia se queda en el método gramatical y solamente se utiliza un sentido lingüístico más amplio, pero cubierto por la *misma palabra* "*arma*" interpretación gramatical extensiva). En la práctica podrá modificarse o corregirse una pequeña insuficiencia legal, mediante un nuevo modo de interpretación (por ejemplo del término "*arma*"), en tanto que las situaciones legales negativas de mayor grado (por ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio católico), son irreparables por los jueces.

Por lo tanto, la fuente de tensiones es el cambio de los hechos, de los acontecimientos sucedidos en una época posterior frente al contenido legal creado en una era anterior. El cambio del modo de interpretar no es fuente, sino sólo un medio para adaptar el contenido legal a las necesidades o conveniencias modificadas, actuales. Por tal motivo, no parece preciso el término utilizado por Larenz en el epígrafe relativo, obra citada, página 334, en el que habla de "El cambio de la situación *normativa*", sino más bien se debería hablar de "El cambio de la situación o circunstancias de la *vida*".

Este cambio podrá darse en forma brusca, por ejemplo, la inflación monetaria en Alemania y Austria después de la Primera Guerra Mundial, o paulatina, como la posición de la mujer como esposa en vías

de su emancipación en Austria, o el desarrollo político-social del liberalismo e individualismo de este siglo hasta el pensamiento social y la toma en consideración del interés público actuales en Alemania.

Cada una de tales situaciones y evoluciones exigió grandes esfuerzos de la magistratura, la cual tuvo que reemplazar la inactividad legislativa para obtener cierta adecuación de la vida jurídica a la realidad, como se mostrará a continuación.

En la época inflacionaria, los jueces alemanes se enfrentaron a la difícil situación de que el Código civil alemán descansa en el principio nominalista,<sup>58</sup> no en el del valor adquisitivo,<sup>59</sup> por lo que se refiere al cumplimiento de obligaciones pecuniarias. Esto condujo a una deformación profunda del mecanismo económico, en perjuicio de los acreedores que habían confiado en el valor material de sus derechos crediticios, en tanto que los deudores pudieron burlarse de sus obligaciones y liberarse de las mismas sin esfuerzo alguno.

Esta situación exigió una reacción decidida por parte del poder judicial alemán, que se obtuvo mediante la revaluación de las obligaciones pecuniarias para obtener la estabilidad de su valor económico, lo cual se hizo en contra del principio del valor nominal o nominalista, apoyándose para tal objeto en el texto del artículo 242 del Código civil alemán, cuyo contenido coincide con el artículo 796 del Código civil del D. F., exigiendo ambas disposiciones que el cumplimiento contractual se haga también "conforme a la buena fe".

La Corte alemana aplicó esta norma con el objeto de exigir la revaluación mencionada, debido a que tanto acreedores cuanto deudores habían confiado de buena fe en determinado valor económico de su relación contractual, cuya conservación sólo podía obtenerse mediante la aplicación del principio del valor adquisitivo, y no del nominal. Este gran paso lo dio la Suprema Corte alemana, mediante la resolución de 28 de noviembre de 1923, *RG*, 107, 78. Esta sentencia fue —desde un punto de vista metodológico— el principio de una época de interpretación judicial más dinámica y constructiva. Así se respondió en forma expedita, a situaciones económicas apremiantes.

Otra cosa sucedió en el desarrollo de la jurisprudencia alemana relativa a la aplicación del Código civil alemán, pues en tal caso se dio una evolución paulatina que llevó a una interpretación en la cual

<sup>58</sup> p.e. en México el art. 7 de la Ley monetaria respecto a obligaciones en moneda nacional.

<sup>59</sup> p.e. en México el art. 8 de la Ley monetaria respecto a obligaciones en moneda extranjera.

se tomó en consideración en mayor grado el interés público, en varias ocasiones antepuesto al individual. Este ritmo paulatino correspondió al del cambio político y socioeconómico. En el *Comentario Palandt* al Código civil alemán, Muenchen, 1972, página 5, Danckelmann expone al respecto:

Este desarrollo sucedió... casi siempre a pesar de que no se modificó el texto legal, mediante una evolución casi imperceptible, pero que, sin embargo, se dio constantemente. Dicha evolución fue en lo esencial el producto de la jurisprudencia de nuestros supremos tribunales, cuyos pensamientos fueron preparados en la gran mayoría de los casos por la ciencia jurídica. El instrumental para la introducción de las nuevas ideas judiciales, se encontró en la gran mayoría de los casos, en la interpretación de las llamadas disposiciones generales de la ley, especialmente en los artículos 138, 157, 242 y 826 del Código civil alemán, que establecen como base normativa a las "buenas costumbres", la "buena fe" y "el uso", respectivamente.

Otro ejemplo muy característico de la actividad judicial como puente entre textos legales anticuados, pero todavía subsistentes y superados por el motor de los hechos, mucho más dinámico que el ritmo legislativo, se encuentra en la interpretación del artículo 91 del Código civil austriaco, el cual estuvo en vigor desde el inicio de tal ordenamiento hasta su modificación hecha por Ley federal sobre el nuevo orden de los efectos legales personales del matrimonio, de 1 de julio de 1975 (*D. O. austriaco* número 412/1975) que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1976. El texto anterior estableció, desde el año de 1811 hasta 1975, que:

El esposo es la cabeza de la familia. En este carácter, tiene en primer lugar el derecho de dirigir la comunidad familiar. Por la otra parte, le corresponde la obligación de proporcionar a la esposa su adecuada alimentación y representarla en todos los sucesos.

De tal texto resultó que el esposo en ningún caso tuvo derecho a alimentos frente a su esposa, y que la obligación del primero existía independientemente del patrimonio y de los ingresos de la mujer. Así, el "hombre pobre" también tuvo que alimentar a su "esposa rica". Schwind<sup>60</sup> expone al respecto:

<sup>60</sup> "Fortbildung des Familienrechts durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes als Beispiel fuer allgemeine Probleme der Rechts auslegung".

El Código civil austriaco se retrotrae, en sus trabajos preparatorios, por mucho tiempo, a antes de la Revolución francesa. La conclusión de su elaboración coincide con la época de la lucha intelectual y política contra las ideas de la revolución...

La estructura familiar en la cual pensaron los creadores del Código civil austriaco, fue absolutamente patriarcal. La mujer... era completamente dependiente de su esposo. En virtud de la dependencia... de la esposa, su cónyuge tuvo la tarea de proporcionarle la alimentación sin tomar en consideración si ella necesitaba o no los recursos de su esposo...

...Ya después de la Primera Guerra Mundial, se aumentó el número de matrimonios en los cuales los dos cónyuges ganaron, cada uno en su propia ocupación, los recursos necesarios para su vida común. Esto correspondió también a las necesidades de esta nueva época.

Especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, frecuentemente se originaron situaciones en las cuales la mujer tuvo que asumir en forma exclusiva la tarea de obtener los recursos mediante su propia ocupación...

Sin embargo, la ley no se cambió, y *su interpretación exigió soluciones adecuadas al nuevo sentimiento jurídico.*

La Suprema Corte austriaca tuvo que encontrar una solución adecuada, al problema causado por la tensión entre la disposición legal reproducida y las nuevas circunstancias de la vida. Tal tarea la hizo en su resolución de 19 de febrero de 1924, SZ., VI, 63, SpR, Nr. 16, en la cual se fundó en el Art. 44 Cód. Civ. austriaco, el cual impone a los cónyuges, entre otras obligaciones, la de ayudarse *mutuamente*. Es interesante hacer notar que la Corte en esta resolución aplicó el método de interpretación objetivo, y no el subjetivo-histórico, apartándose de la voluntad subjetiva del legislador histórico, y buscando fundamento en el ordenamiento legal objetivo, tal como se ofrece a la vista del juez, el cual encontró en el Art. 44 mencionado (concretamente en la expresión ayuda *mutua* de los cónyuges), un argumento para desvirtuar el efecto insoportable causado por el anticuado Art. 91 (obligación alimentaria absoluta del esposo). *La Corte admitió expresamente la posibilidad de que su argumentación no correspondiera a la voluntad del legislador histórico, y prefirió abiertamente el método objetivo.*

Esta resolución austriaca y la alemana antes mencionada sobre la revaluación de los créditos en la época de inflación, son pasos decisivos y perfilados en el desarrollo metodológico de la jurisprudencia, ocasionados prácticamente por la presión del cambio de los hechos, que

exigían un esfuerzo máximo a la actividad judicial.

Si ahora se revisa el instrumental metodológico usado por los jueces en su tarea de adaptar las normas a los cambios, resulta que los altos tribunales, basados en consideraciones sobre el derecho positivo, buscaron y encontraron dentro del mismo derecho positivo disposiciones que le sirvieron de argumento en contra de la aplicación de otra disposición del mismo ordenamiento que parecía inconveniente a los juzgadores, sin acudir a argumentaciones extrapositivas, con lo cual lograron tranquilizar su conciencia que exigía proceder conforme al principio de legalidad. En los dos casos expuestos, las Cortes austriaca y alemana se sirvieron de los artículos 44 del Código civil austriaco ("ayuda mutua") y 242 del Código civil alemán (la "buena fe"), respectivamente. También la cuestión de la prohibición de la analogía en el derecho penal alemán (resolución relativa al término legal "arma"), quedó dentro de los límites de la legalidad, y la Corte acudió a la interpretación *gramatical extensiva*, que mostró la aplicación del método objetivo y negó expresamente el método subjetivo conforme al cual los creadores de la disposición legal pensaron el término "armas" para referirse solamente a las mecánicas y no a las químicas.

Ya de lo anterior resulta que, una jurisprudencia dinámica requiere imprescindiblemente del método objetivo, y que no puede operar dentro de los estrechos carriles del subjetivo.

Las resoluciones de la Suprema Corte austriaca, de 22 de diciembre de 1954 y el 18 de mayo de 1955,<sup>61</sup> coinciden con este postulado, pues en ellas se sostiene que una ley debe ser interpretada de conformidad con la situación existente al tiempo de su aplicación, y no al de su creación. Este criterio se confirma también en las resoluciones de la misma Corte de 26 de enero de 1923, 24 de octubre de 1933, 26 de marzo de 1957, 16 de septiembre de 1960 y 4 de noviembre de 1971,<sup>62</sup> en las cuales opina que una ley publicada deberá ser interpretada partiendo *de sí misma*, y que se encuentra en su texto, su sistema y su correlación con otras leyes, *por encima de la opinión de las personas que la hubieran redactado*.

<sup>61</sup> Citadas en la Gran edición del Cód. Civ. austriaco, Viena 1980, bajo el núm. 1 del art. 6.

<sup>62</sup> Citadas en la obra anterior bajo el núm. 2 al art. 6.

### III. *Las responsabilidades extracontractuales creadas por la jurisprudencia dinámica en colaboración con la doctrina*

#### 1. *La culpa in contrahendo (la culpa en la contratación)*

Esta culpa consiste en la falta de aplicación del grado necesario de diligencia y orientación de un sujeto para con otro, ocurrida en las conversaciones y gestiones realizadas por ambas partes como conducta preparatoria para la constitución de una liga contractual entre ellas, por ejemplo una sociedad mercantil no informa a la otra desde el principio del impedimento resultante de la prohibición de actos *ultra vires*,<sup>63</sup> opuesto a la contratación proyectada, o una sociedad prevista como vendedora e instaladora profesional de una planta industrial de un presunto cliente, no orienta a éste sobre el principio de imposibilidad de contratación del negocio previsto por ambas partes, sea que tal imposibilidad tenga su fundamento en razones jurídicas (imposibilidad de obtener de la autoridad administrativa el permiso necesario para el establecimiento de la planta en la zona respectiva) o técnicas (inexistencia insuperable de la energía eléctrica necesaria para el funcionamiento de la planta mencionada). En tales situaciones, la parte culpable responderá de los daños y perjuicios que la otra parte haya sufrido por la confianza depositada en la conducta de la culpable, por ejemplo, inversiones efectuadas para las conversaciones precontractuales o para la preparación de la realización del negocio proyectado, como la compra de un terreno destinado al establecimiento de la planta referida.

No obstante que, en lo general,<sup>64</sup> se incluyen en esta responsabilidad tanto los casos en los cuales no se haya llegado a la celebración del negocio jurídico proyectado, en virtud de la terminación negativa de las conversaciones preparatorias infructuosas, como aquellos otros de contratación nula y, por último, aquellos de contratación válida, en este estudio nos limitaremos a los primeros, pues precisamente en ellos se manifiesta la situación *extracontractual*, para cuya solución no son aplicables las normas legales sobre responsabilidad civil por comisión, especialmente dolosa (intencional), de actos ilícitos extracontractuales y dada además la inaplicabilidad absoluta de las normas sobre la responsabilidad objetiva en el tema planteado.

<sup>63</sup> Vea los arts. 26, 27, Cód. Civ. D. F., y 10 LSM, que se oponen a la validez de negocios jurídicos no cubiertos por el objeto social fijado en los estatutos de uno de los contratantes.

<sup>64</sup> Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, p. 297 y ss.

La culpa *in contrahendo* no alcanzó la forma de institución reglamentada en las obras legislativas tradicionales civiles ni mercantiles.<sup>65</sup> Se trata, por tanto, de una laguna legal, concepto éste que describimos en lo general como uno de los factores externos para una jurisprudencia dinámica realizada mediante la actividad integrativa para colmar la laguna.

Esta jurisprudencia se manifiesta como creadora de la institución de la culpa *in contrahendo*, en el nivel de la integración superior, es decir, con una trayectoria amplia para cuya fundamentación se requiere tomar en consideración la teleología de disposiciones legales *múltiples* y *dispersas*, con el objeto de deducir de ellas la existencia de la obligación de observar una conducta diligente, cuidadosa y ponderada por parte de los presuntos contratantes, mediante la cual tomen en consideración, recíprocamente, la situación, intereses e intenciones de la otra parte. Esta institución, formada por la estrecha colaboración de la jurisprudencia dinámica y la doctrina, pertenece ya al repertorio fijo y asegurado de la vida jurídica en Alemania y Austria.<sup>66</sup>

## 2. La responsabilidad de los productores

Este tipo general<sup>67</sup> de responsabilidad fue creado, en la gran mayoría de los países, a través de la jurisprudencia y no de la legislación. El factor causal para esta creación dinámica, es un cambio en las circunstancias de la vida, consistente en la industrialización de nuestra vida económica, en cuyo transcurso se desarrolló una producción de artículos en grandes masas, y un productor que se acerca en forma muy

<sup>65</sup> Otra cosa sucede en leyes *modernas*, como en el art. 11, núm. 7 de la Ley alemana sobre las condiciones contractuales generales, donde se refiere expresamente a la responsabilidad por daños causados culpablemente por la violación de obligaciones sucedida en las *conversaciones efectuadas para la celebración de contratos*.

<sup>66</sup> Palandt, *op. cit.*, pp. 297 y ss.; Welser, en *OeJz*, 1986, pp. 724 y s. y resoluciones de la Suprema Corte austriaca de 5 de mayo de 1954, Gran Edición del Cod. Civ. austriaco, p. 1392, núm. 54, de 21 de febrero de 1973, p. 790, núm. 1a., de 6 de julio de 1976, p. 750, núm. 19, y de 8 de octubre de 1975, p. 750, núm. 19a. En la resolución de la Suprema Corte alemana del 17 de noviembre de 1986, *NJW*, 1987, p. 641 se refiere expresamente a "la relación precontractual basada en una confianza" entre las personas que actúen posteriormente como contratantes, relación ésta que obliga a la parte profesionalmente perita de que informe y oriente a la otra sobre la importancia y las características económicas del negocio proyectado.

<sup>67</sup> El carácter general implica la aplicación de esta responsabilidad a productos de cualquier índole, y se distingue de reglamentaciones especiales limitadas a ciertos tipos de productos, como la Ley alemana sobre medicamentos (*D.O.* alemán p. 2445 de 1976) que en su art. 84 establece la responsabilidad de productores respecto de medicamentos.

intensa, con el gran impacto de la publicidad moderna, a los consumidores, los cuales son motivados a la compra por el producto como tal y no por el vendedor, cuyo papel se reduce siempre en este aspecto al de un simple distribuidor, sin el interés decisivo sobre éste por parte del cliente. Partiendo de esta situación y de una ponderación equitativa basada en la primera, se formó en la jurisprudencia por vía integrativa la institución de la responsabilidad directa del productor frente al consumidor, sin que exista entre ambos liga contractual alguna. Se llega así a la existencia simultánea de, por una parte, la responsabilidad contractual del vendedor frente al consumidor, que tiene por objeto el saneamiento por defectos de la cosa vendida (por ejemplo Artículos 2142 y siguientes del Código civil del D.F.), y por la otra la del productor ante el mismo consumidor con respecto al mismo objeto, respecto de los daños que se originen en perjuicio de aquél, con motivo del uso del producto a causa de sus defectos de construcción o fabricación o de la falta de instrucciones correctas y completas.<sup>68</sup>

Esta responsabilidad directa también corresponde a la situación económica de mayor solvencia del productor, comparada con la del vendedor o distribuidor contratante con el consumidor, y proporciona a éste un fondo de satisfacción económica mucho más amplio.

El fundamento jurídico para lo anterior, se obtuvo de la atribución de un carácter ilícito a la introducción al tráfico jurídico y comercial de productos defectuosos, violatoria de su obligación —supuesta y formada por esta jurisprudencia— de no hacer tal introducción y de que contribuya a la seguridad del tráfico mencionado. Se trata, por tanto, de una interpretación e integración fructífera de las normas atinentes a las "obligaciones que nacen de los actos ilícitos",<sup>69</sup> tales como los artículos 1910 y siguientes del Código civil del D.F.

### 3. *La responsabilidad postcontractual*

En la doctrina<sup>70</sup> y en la jurisprudencia,<sup>71</sup> se desarrolló el principio de la subsistencia de ciertas obligaciones contractuales, no obstante que el contenido propio y principal del contrato correspondiente ya no surtiera efectos, bien fuera por el cumplimiento correspondiente o por su expiración, esta última por ejemplo, por la extinción de un derecho con-

<sup>68</sup> Palandt-Thomas, *op. cit.*, pp. 852 y ss.

<sup>69</sup> Título del capítulo V, título primero, libro cuarto del Cod. Civ. D.F.

<sup>70</sup> Palandt-Heinrichs, *op. cit.*, p. 303.

<sup>71</sup> Vea las resoluciones citadas en Palandt-Heinrichs según la nota precedente y la de la Suprema Corte austriaca de 4 de octubre de 1986, *EvBl*, 50/87.

tractualmente fijado por el tiempo de vida de la persona facultada. A través de este principio se obtiene una base normativa para dicha subsistencia, a pesar de que el vínculo jurídico del contrato —quizá aparentemente— ya no subsiste. Esto se hace con el objeto de hacer exigible la observación u omisión de cierta conducta, respectivamente, en forma prolongada, de acuerdo con el espíritu del contenido contractual, cuyo fondo principal ya no subsiste. Como ejemplos tomamos de las fuentes citadas en las dos últimas notas los siguientes casos prácticos: obligación de no oponerse a la cancelación registral de un derecho de preferencia por el tanto, expirado por ministerio de ley, en virtud de la muerte de la persona contractualmente instituida como titular del mismo derecho; obligación del vendedor ante el comprador de parte de un terreno no construido de no levantar sobre la parte restante construcción alguna; obligación del exarrendador frente al exarrendatario de guardar los objetos que este último haya dejado en la habitación, no obstante la desocupación y terminación de la relación inquilinaria.

La doctrina y la jurisprudencia sostienen que la liga contractual anterior reunió a las partes hasta grado tal que también con posterioridad a dicha liga deberán observar ciertas posiciones de lealtad entre sí, cuyo incumplimiento causa responsabilidad jurídica. Se admite que, en estricta verdad, conceptualmente no se trata de obligaciones originadas propiamente en el tiempo poscontractual, sino de efectos emanados en forma accesoria del contrato mismo, cuyo contenido principal ya terminó. Sin embargo, es mérito del pensamiento comentado el preservar de una visión muy corta e infundada, según la cual en los ejemplos planteados la relación contractual ya ha terminado, de modo que ya no existiría fundamento jurídico alguno para exigir responsabilidades postcontractuales.

Tal línea de pensamiento fue creado por la jurisprudencia dinámica, a través de razonamientos metodológicos cuya trayectoria condujo a consideraciones teleológicas de normas legales y contractuales, más allá de la vieja, rígida y corta interpretación anterior, y además en consideraciones de equidad.

#### IV. Posibilidades en el derecho mexicano

##### 1. *La culpa* in contrahendo (*la culpa en la contratación*)

Es comprensible que esta institución jurídica no se haya creado en un modo general y sustanciado en el Código civil del Distrito Federal,

dado que su cristalización corresponde más bien a la doctrina y la jurisprudencia, las cuales podrían servirse como punto de partida tomado del derecho positivo para deducir, con fundamento en éste, la creación de dicha institución las siguientes disposiciones:

Artículo 640 del Código civil del D.F. (sobre la responsabilidad de los menores "si han presentado certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar como mayores o han manifestado dolosamente que lo eran");

Artículo 1802, segundo párrafo, del Código civil del D.F. (sobre la responsabilidad de representantes aparentes, sin poder, frente al contratante);

Artículo 10 de la Ley general de títulos y operaciones de crédito (con contenido análogo al del Artículo últimamente citado);

Artículos 275 y 277 del Código de comercio (sobre las obligaciones de los comisionistas de avisar inmediatamente su negativa a aceptar encargos y de practicar, también en los casos de no aceptación, diligencias indispensables, de lo cual es deducible la obligación de una conducta diligente en la fase precontractual);

Artículos 1833 y 2232 del Código civil del D.F. (sobre la obligación de otorgar el acto jurídico en la forma legalmente necesaria, "si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable", de lo cual es deducible la amplia protección legal a la voluntad contractual de las partes, la cual no deberá ser afectada por una inadecuada conducta culpable de una de las contratantes, que sea incompatible con la transparencia de las conversaciones precontractuales necesarias para obtener la finalidad contractual; y

Artículos 5 a 9, 10, 12 y 13 de la Ley federal de protección al consumidor (sobre las obligaciones de los proveedores de "informar clara, veraz y suficientemente al consumidor" respecto de los bienes o servicios y de "incorporar en los productos peligrosos, o en instructivo anexo a los mismos, las advertencias e informes para que su empleo se realice con la mayor seguridad posible...", de lo cual puede deducirse la obligación precontractual de observar una conducta diligente).

## 2. *La responsabilidad de los productores*

El Código civil del D.F. y el de Comercio no establecen este tipo de responsabilidad extracontractual de los productores.

Las disposiciones sobre "las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" (artículos 1910 y siguientes del Código civil), hasta ahora no se han aplicado con el objeto de establecer tal responsabilidad de los pro-

ductores. Si en la práctica éstos otorgan pólizas de garantía en favor de los consumidores finales, o sea los compradores de los distribuidores, en este aspecto no se trata de una responsabilidad del productor en el sentido conceptualizado por la jurisprudencia dinámica, conforme a la cual tal responsabilidad existe por *ministerio de Ley* y, por ende, sin necesidad del otorgamiento de la póliza.

En el artículo 36 de la Ley federal de protección al consumidor se establece una responsabilidad en vía *de regreso* del productor en favor del comerciante, en el caso que éste hubiera reparado el daño sufrido por el consumidor. Esta figura tampoco corresponde a la responsabilidad del productor mencionada en el último epígrafe, dada la falta del carácter directo de tal responsabilidad existente entre el productor y el consumidor final.

Para la creación jurisprudencial de la responsabilidad comentada, se podría tener apoyo en los siguientes fundamentos:

Los productores tienen la *obligación* de otorgar póliza de garantía en los términos del artículo 6, fracción II y IV de la ley últimamente citada. Esta finalidad del legislador de establecer una relación de responsabilidad directa del productor al consumidor final en el caso de otorgamiento de garantía, podría ser perfeccionada a través de la concepción judicial de una responsabilidad directa general *existente en forma automática*.

En los Arts. 5 a 9, 10, 12 y 13 de la ley mencionada, se establece una responsabilidad directa y existente por ministerio de ley, de los productores frente a los consumidores en los casos de falta de información y de advertencias incurridas en la publicidad.<sup>72</sup> No obstante que dicha responsabilidad no corresponde al concepto verdadero y completo de la creada en muchos países por la jurisprudencia dinámica y leyes especiales, pues esta última *no se limita a los defectos de la publicidad*, en tales disposiciones se puede ver un indicio conducente al concepto aún no formado por completo por el legislador mexicano. La jurisprudencia podría crear un puente de prolongación entre dicho indicio y la responsabilidad del productor, presentada antes como una de las creaciones de la jurisprudencia dinámica.

<sup>72</sup> Frisch Philipp, exposición sobre el derecho mexicano, respecto a la responsabilidad de los productores, en la recopilación internacional de esta institución, Friburgo. República Federal de Alemania, 1984.

### 3. *Responsabilidad postcontractual*

Hasta ahora las resoluciones de la Suprema Corte mexicana no han formado la responsabilidad poscontractual como una institución propia. No obstante, se han presentado ante este tribunal casos en los cuales, apoyándose en la relación contractual misma, resolvió y llegó a los mismos resultados a que las ideas de la institución mencionada; por lo tanto se trata de una práctica casuística.

Sin embargo, lo establecido en el artículo 1796 del Código civil del D.F. (“Los contratos... obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las *consecuencias* que según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”) ofrece un fundamento para la creación institucional de la responsabilidad postcontractual.

El artículo 2458 del Código civil dispone, en un grado más concreto de la responsabilidad poscontractual, que: “*Terminado el arrendamiento*, tendrá a su vez el arrendatario saliente, derecho para usar de las tierras y edificaciones por el tiempo absolutamente indispensable para...” Parece que de esta disposición casuística podría desarrollarse un concepto más amplio de la responsabilidad postcontractual.

Por lo tanto concluimos:

Las ideas y el método que se plasman en la jurisprudencia dinámica, corresponden al nivel moderno deseable en los ramos de la doctrina y la jurisprudencia. Las universidades tienen la tarea de impartir cátedra a la juventud estudiantil, con responsabilidad hacia el mañana, conforme al nivel de hoy,<sup>73</sup> y no de un ayer anacrónico.

<sup>73</sup> Respecto a las obligaciones preconceptuales (*culpa in contrahendo*) y postcontractuales, referidas en este trabajo como uno de los campos de la jurisprudencia dinámica, encontramos después de la terminación del mismo un libro publicado por el Instituto Suizo de Derecho comparado, Zurich 1986, con el título: *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif. La responsabilité pré-et post contractuelle. Droit international public et privé*, que nos confirma la actualidad de los temas.