

N° 200
AÑO LXIV
JULIO-DICIEMBRE 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 -



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

**LA INTERPRETACION SEGUN EL TITULO PRELIMINAR
DEL CODIGO CIVIL**

*(DISCURSO LEIDO EL DIA 18 DE NOVIEMBRE DE 1996 EN LA
SESION INAUGURAL DEL CURSO ACADEMICO 1996-1997)*

EXCMO. SR. D. JUAN BMS. VALLET DE
GOYTISOLO*
Presidente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de Madrid

***I. CUAL ES EL SIGNIFICADO –PLENO O RESTRINGIDO– DE LA PALABRA
INTERPRETACION EN EL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL***

En el discurso inaugural del pasado curso traté de mostrar cómo, en el pasado siglo, se padeció una reducción del sentido de la palabra *interpretación*. Su concepto quedó restringido únicamente a recoger la *subtilitas intelligendi* de las normas, en especial de la ley, siendo así que ese entendimiento no constituye sino una de las partes integrantes del objeto de la interpretación entendida en sentido pleno, razón por la cual prefiero denominar a esa operación parcial: "intelección de las normas" ¹.

Específicamente en el derecho, la intelección de las leyes no puede separarse de la realidad a la que ellas se refieren; ha de ser puesta en relación con los hechos concretos, pues respecto a ellos se orienta la interpretación con el fin de hallar lo que constituye su configuración justa; y, además, esto no puede lograrse sin la luz de los principios éticos y los tradicionales que iluminan su significado en relación con la realidad viva.

* Publicado con la autorización del autor, quien es vastamente conocido en el mundo jurídico y antes hemos tenido oportunidad y el honor de contar con otros trabajos suyos.

¹ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, 37, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces y Fundación Cultural del Notariado, 1996, págs. 192 y sigs.

Recordemos que Saavedra Fajardo² escribió que, en "el juicio de la justicia", las leyes "no pueden darse a entender por sí mismas, y son cuerpos que reciben el alma y el entendimiento de los jueces, por cuya boca hablan, y por cuya pluma se declaran y aplican a los casos, no pudiendo comprenderlos todos".

La intelección de las leyes no es posible sino en relación con los hechos, en el ámbito de la naturaleza de cada cosa (de la institución de que se trata) y de lo captable del orden racional en todas las cosas, iluminado todo con la luz del sentido y la razón de justicia que es guiada por los principios que la expresan.

No obstante, como en un acto y de una sola mirada no podemos observar todas las operaciones que comprende la interpretación, para poder analizarlas debemos proceder a su examen una por una, separadamente, pero efectuando una continua interacción entre ambas operaciones a medida que vamos avanzando en la interpretación.

¿En cuál de estos dos sentidos, pleno o restringido, habla de la interpretación nuestro Código Civil en su versión vigente?

En la reforma del título preliminar del Código Civil español del año 1974, el artículo 3, 1, recibió esta nueva redacción: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"³.

Creo que conviene centrar la imprescindible consideración de este artículo con una cuestión previa básica, que se refiere precisamente a lo que venimos contemplando, o sea, a si la interpretación de la que habla el artículo 3, 1, excede o no de la intelección de las normas.

A este respecto creo que merece la pena traer a colación que mi inolvidable antecesor Antonio Hernández Gil⁴ había indicado que, entre otros

² Diego Saavedra Fajardo, *Idea de un príncipe político cristiano*, Empresa XXI; cfr. en "Biblioteca de autores españoles", vol. 25, Col. Rivadeneira, Madrid, Ed. Atlas 1947, págs. 56 y sigs.

³ La sección primera de la Comisión codificadora, presidida por Castán Tobeñas y de la cual tuve el honor de formar parte, había dejado redactado en julio de 1966, según la copia que guardo en una carpeta, el siguiente texto: "Art. 3º, 1. La ley se interpretará según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma".

Como se ve, en el texto elevado a ley se sustituyó: "La ley se interpretará" por "Las normas se interpretarán"; y se intercaló "y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas".

⁴ Antonio Hernández-Gil, "Génesis y aportaciones del nuevo título preliminar del Código Civil", III, c, en "Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código civil", Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia de Cataluña, Barcelona, 1976, págs. 16 y sig., recogido en sus *Obras completas*, vol. I, págs. 382 in fine y sigs.

reparos, puede ponerse al artículo 3, 1, C. C. que "aglutina términos y conceptos sin marcar suficientemente una separación nítida entre el *objeto* de la interpretación o campo de proyección de ésta, los *medios* o *criterios* interpretativos, y el *fin*, *meta* o *resultado a perseguir*. Así, empieza diciendo que "las normas se interpretarán", con lo que éstas parecen como el objeto, pero luego menciona la realidad social y no se discrimina con la claridad deseable si la misma es un medio interpretativo o bien una designación más amplia y menos formalista del objeto en el que habrán de figurar las normas integradas en la realidad social. La expresión con que termina el precepto ("atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas") parece remarcar la idea de fin o resultado de la interpretación y, sin embargo, también actúa de medio".

Por mi parte, voy a poner en relación esta última observación de Hernández Gil con lo dicho antes por él mismo, acerca de que en la mención, hecha de la "realidad social" por el artículo 3, 1, "no se discrimina con la claridad deseable si la misma es un medio interpretativo en el sentido intelectual [de la ley], o es una designación más amplia y menos formalista del objeto en el que habrán de figurar las normas integradas en la realidad social".

Pienso, que este artículo 3, 1, además de señalar los elementos básicos de la intelección de las normas legales, recoge también algunas pautas interpretativas en su genuino y pleno sentido de "explicación" del derecho subyacente en los hechos. Y, al hacerlo, conecta esos elementos interpretativos con los estrictamente intelectivos de las normas. Esto me parece perfectamente correcto porque –como expuse el pasado año⁵– el conjunto de las operaciones interpretativas forman una unidad que en la realidad es inescindible y sólo intelectivamente es posible distinguir la intelección de las normas y la explicación jurídica de los hechos.

Por lo demás, la intelección de las normas suele mostrar una pauta interpretativa, pero también, a veces, su insuficiencia resulta evidente para ofrecerla satisfactoriamente en el caso de que se trate. Por lo tanto, en esos casos resulta necesario acudir a otros medios interpretativos. No olvidemos que, en el mismo título previene:

- El artículo 1, 4, que los principios generales, además de su función supletoria o integrativa, tienen "carácter informador de todo el ordenamiento jurídico";
- El artículo 1, 6, que la jurisprudencia "complementará el ordenamiento jurídico".
- El artículo 3, 2, que la equidad "habrá de ponderarse en la aplicación de las normas",
- Y el artículo 4, 1, que procede la aplicación analógica de las normas

⁵ *Panorámica general de la interpretación jurídica*, Madrid, R.A.J. y L. 1995, 33, págs. 91 y sigs.

“cuando éstas no contemplan un supuesto específico [es decir, el planteado en el caso en el cual su intelección muestra su insuficiencia], pero regula otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón”.

Es cierto que, conforme expresa el artículo 1° del Código Civil, entre las denominadas fuentes del derecho⁶, la ley tiene asignado mayor papel en la interpretación, por lo cual continuamente debemos inteligir su sentido. Pero, también, resulta que, de una parte, debemos atender cuidadosamente a los principios, las pautas de valor, las costumbres y la denominada “doctrina legal” elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, de otra parte, no podemos efectuar nada de esto sin tener presente la realidad de las cosas y, en concreto, el caso que tenemos que conformar jurídicamente.

a) Por lo que se refiere a los *principios generales* del derecho no se puede operar con ellos “cerebrinamente” para resolver el caso de que se trate, sino que se ha de proceder por sucesivas concreciones, basadas en criterios teleológico-objetivos, orientados con determinadas pautas de valor, concordándolas en la naturaleza de la cosa.

Por otra parte, los *principios generales* vienen a constituir lo que, analógicamente, he denominado “gran parlamento de los principios”⁷; en el cual se van concertando entre sí y concretando por grados, en contacto con la naturaleza de las cosas y de cada cosa⁸; y, a su vez, las pautas de valor se llenan de contenido sustantivo en los diversos casos concretos, formando así módulos-tipo que servirán para ponderar los nuevos casos que se presenten, comparándolos con ellos⁹.

Mientras las leyes están escritas y su texto publicado en el *Boletín Oficial* correspondiente (art. 2, 1, C. C.), no sucede lo mismo con los principios. De éstos, unos están simplemente enunciados, ya sea en la Constitución (arts. 1, 10, 1, 53, Const. 1978), o bien en algún código o en una ley –como en el Código Civil español ocurre con el principio de la buena fe (art. 7, 1, C. C.)– o, incluso, son delineados en rasgos muy generales –tal como sucede con el principio del abuso del derecho (art. 7, 2, C. C.). Otros principios no están designados *nomínatim*, pero su existencia puede inducirse implícitamente de lo determinado por algún o algunos preceptos legales (*v. gr.*: del art. 675, 1, C. C., resulta que la voluntad del testador es ley de la sucesión; el art. 1250 muestra el de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y el 1902, el de la responsabilidad por culpa o negligencia), o bien cabe inducirlos de lo previsto en una pluralidad de normas legales, como ocurre con los principios del *favor testamenti* (arts. 11, 1,

⁶ Cfr. mi estudio, *Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”*, A.D.C., XXXIV-IV, 1981, págs. 825-901, o en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 21-148.

⁷ Cfr. *Metodología*, cit. II Parte sistemática, 173, págs. 101 y sigs.

⁸ *Ibid.*, 174, págs. 909 y sigs.

⁹ *Ibid.*, 175, págs. 917 y sigs.

inciso 2; 715, inciso final; 737, 742, 2 y 792), del *favor voluntas testanti* (arts. 9, 8, inciso final, y 786 C. C.), del *favor partitionis* (arts. 1073, 1074, 1075, 1079, 1080 C. C.), del enriquecimiento sin causa (arts. 1304, 1763, 2; 1688, 1698, 2, inciso final; 1894). Pero además existen principios y valores ético-jurídicos no sólo ultralegales sino incluso ultraconstitucionales¹⁰.

La intelección de los principios generales, por la propia naturaleza de éstos, no se apoya en texto alguno expresivo del mismo, ni puede determinarse con valor oficial. Aunque, sin duda, para entenderlos pueden ayudar tanto las referencias legales como las descripciones doctrinales y, en especial, las aplicaciones jurisprudenciales. Su intelección es inseparable, en cada caso, de la norma que se interpreta o bien de la laguna normativa o teleológica que con él debe llenarse, y es preciso considerar cuál es su fundamento, precisar su delimitación, complemento y adecuación en relación con los otros principios –efectuado, como hemos dicho, en el denominado analógicamente “parlamento de los principios”–, así como en relación con la naturaleza de las cosas y de la cosa concreta de que se trate¹¹ atendiendo a las específicas circunstancias del caso que se deba resolver.

Podemos decir, incluso, que en la interpretación, la *intelección* de los principios, más aún que la de la ley, es inseparable de la *explicación* del caso al que proyectamos su luz. Esta iluminación del caso con la luz del principio en su proyección a su realidad, resulta determinante no sólo de la explicación de ésta sino también de la intelección del mismo principio; ya que no puede basarse en ningún texto ni en voluntad de legislador alguno.

b) Respecto de las *pautas de valor*, de modo semejante, podemos decir que su intelección es asimismo indisoluble de la explicación de los hechos, con la ponderación del caso, que permite encajarlo en el tipo, o dentro de la serie de tipos, que mejor se les adecue. Esta explicación debe efectuarse atendiendo de igual modo a la naturaleza de las cosas y de la cosa de que se trate, poniéndolas en relación con los textos legales y jurisprudenciales que, expresa o tácitamente, nos remiten a la pauta de valor que debemos emplear¹².

c) La *jurisprudencia o doctrina jurisprudencial*, cuando ha sido reiterada por el Tribunal Supremo, viene –como es sabido– a positivizar provisoriamente la denominada “doctrina legal”.

Castán Tobeñas¹³, treinta años antes de la reforma, efectuada en 1974, del título preliminar del Código Civil, había dicho que es misión de la jurisprudencia la de velar “por la certidumbre y estabilidad de las reglas jurídicas, a la

¹⁰ Cfr. mis obras *Metodología de las leyes*, 179, Madrid, EDERSA, 1991, págs. 460 y sig., *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, 266, cb y cc, párrafos que llevan las notas 42 y 45, págs. 1405 y sigs.

¹¹ *Ibid.*, 172, págs. 897 y sigs.

¹² *Ibid.*, 173, págs. 901 y sigs.

¹³ J. Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus 1947, IV, II, 2, pág. 367.

vez que por el progreso del derecho y su adaptación a las circunstancias históricas y sociales de cada momento, vinculando el derecho a los principios e ideales permanentes, al mismo tiempo que a las realidades e ideales concretos y novedosos". De ese modo, se "puede lograr la armonía de todos esos elementos contradictorios que se agitan en el fondo de la vida jurídica".

Esta natural contraposición, observada por Castán, entre las finalidades que tiene la jurisprudencia de dotar de *certidumbre* al derecho y de *adecuar* la ley a la realidad viva, conlleva que, de una parte, "es ineludible mantener" la jurisprudencia sin variarla; pero, de otra parte, también conlleva que sea preciso modificarla, cuando "las circunstancias del vivir, un inequívoco error, o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la procedente rectificación". Así lo dijo, con esas mismas palabras, la sentencia de 1 de febrero de 1958.

Karl Larenz¹⁴, desde la perspectiva que en Alemania le ofrece la jurisprudencia de los más altos tribunales federales, advirtió de "cuán peligrosa es la praxis" de "anteponer a las resoluciones las tesis formuladas en forma jurídica", en ellas; pues, "no son otra cosa que destilaciones de los fundamentos de las resoluciones que, por su parte, están referidos al caso y precisan de interpretación en gran medida. Con su formulación en forma de norma jurídica, se suscita la apariencia de que, desligadas del hecho resuelto, les corresponde el carácter de una regla ya establecida que es permanentemente aplicable. Se desconoce, al respecto, que el juez, que justamente tiene por cierto a la vista, en primer lugar, el caso por resolver, está aún mucho menos en situación de examinar todas las posibilidades futuras de aplicación de su 'Tesis' que el legislador. El Tribunal Supremo Federal se ve, pues, también precisado a restringir o corregir continuamente las tesis por él establecidas".

Por mi parte, quiero recordar que esta evidencia había sido advertida, hace siglos, por el jurista olotense J. P. Fontanella¹⁵, al decir que sentencia alguna "*ultra non extendatur quam importat verborum sonus*", pues "*minima mutatio facti mutat totum ius*".

Todo esto nos muestra que el entendimiento de la jurisprudencia es inseparable, por una parte, de la intelección no sólo de las leyes sino también de los principios generales, y, por otra parte, de su concreción y explicación con relación a los hechos y a la naturaleza de las cosas, en la que éstos se tipifican o de los cuales resulta su atipicidad.

La interpretación entendida en sentido restrictivo como intelección de las normas y de los principios es, pues, inseparable siempre de la genuina interpretación en su pleno sentido de explicación del derecho que subyace en el hecho del caso que se contempla.

¹⁴ Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*; cfr. traducción al castellano de la edición definitiva, Barcelona, Ariel 1980, parte segunda, IV, 4, b, págs. 357 y sig.

¹⁵ Joannis Petrus Fontanella, *Decisiones Sacri Regio Senatus Cathaloniae*, Desc. XCVIII, 5.

Un análisis de los preceptos y criterios interpretativos indicados en el título preliminar del Código Civil creo que confirma cuanto hemos venido diciendo de la amplitud de perspectiva con la que éste contempla la interpretación; e, inversamente, convence de que tan necesario es que la diagnosis del hecho vaya acompañada de una intelección de las normas, aunque sea aún provisional, como también que ambas vayan enlazadas desde la "precomprensión", y sigan hermanadas hasta la conclusión del proceso interpretativo.

Ha explicado Arthur Kaufmann¹⁶ que, en 1962, Armin Kaufmann, en una conferencia titulada "Problemas del conocimiento jurídico científico según el modo del derecho penal", desarrolló la tesis –ya formulada por su maestro Hans Welzel– de que, en el plano axiológico, no es posible llegar a conclusiones seguras acerca de contenidos jurídicos concretos sino en tanto existan previamente, en el plano ontológico, "estructuras lógicas materiales (*schlogische structuren*) que podemos conocer con certeza mediante la experiencia"; y, además, que "interpretar significa ir más allá de lo estatuido positivamente, reflexionando según criterios de rectitud que no se pueden extraer del derecho positivo". Es así porque toda interpretación efectuada partiendo del derecho positivo requiere "formarse idea sobre una parte del derecho justo".

Añade, por su parte, Arthur Kaufmann que para determinar el derecho justo resulta necesario dar dos pasos: uno, *descubrirlo* de conformidad a una norma, y, otro, "determinar lo que es derecho justo" –como dice con aparente tautología.

El descubrimiento de lo que es derecho según una norma nos muestra¹⁷ por qué "cualquier actividad interpretativa que no quede limitada a declarar la existencia de la disposición y su tenor literal o el contenido de una costumbre, cualquier interpretación en el sentido más genuino del término, siempre es algo más que mera aplicación del derecho; es descubrir el derecho".

"Quiere esto decir –explica– que el derecho concreto, el realmente existente, el derecho histórico, únicamente *nace* [entiendo yo que, dicho más propiamente, *se revela*] cuando la indicada 'materia prima' –que no es sólo la norma legal abstracta, sino también el caso bruto– es 'elaborada' mediante la interpretación, que hace de la norma un tipo, y la construcción, que hace del caso un hecho tipificado. Hasta entonces no hay derecho [yo prefiero decir 'no ha sido descubierto el derecho']; éste 'nace' [dice él y yo prefiero decir 'se revela']". Siempre se revela por un *procedimiento*, por el cual se "aprehende el sentido". Además, como también nos advierte, es necesario que, al interpretar, "se añadan otras elucubraciones destinadas a encontrar la forma por la cual el 'qué' del derecho justo se corresponde con el 'cómo' de conocerlo".

¹⁶ Arthur Kaufmann, "En torno al conocimiento científico del derecho", I, en *Persona y Derecho*, 31, 1994, págs. 9 y sigs.

¹⁷ *Ibid.*, V, págs. 24 y sigs.

Los autores españoles que han comentado el vigente artículo 3, 1, del Código Civil, han partido, en general, de la distinción tradicional de los elementos literal, lógico, histórico y sistemático, incrementados por el sociológico y el teleológico, que han sido considerados posteriormente por sectores importantes de la doctrina. Pero incluso estos sectores han seguido examinando aquellos cuatro elementos, así incrementados con los otros dos, centrándolos como modos de intelección del texto de las normas. Sin embargo, en la hermenéutica moderna se tiene en consideración el texto precisamente en relación con la realidad fáctica que trata de expresar y, tratándose de una interpretación jurídica, se efectúa con el fin, último y primordial, de llegar a un resultado justo. Por eso, voy a tratar aquí de sobrepasar aquella perspectiva de la intelección de las normas conectándola con el entero proceso interpretativo del cual aquélla sólo es una parte integrante e inseparable.

II. EL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS

El *sentido propio de las palabras*, al que se remite en primer lugar el artículo 3, 1, debe examinarse conforme la moderna semiótica y conjugadamente en sus aspectos *semántico*, *pragmático* y *sintáctico*; esto es: en relación con las cosas significadas, con quienes las emplean y con quienes son sus destinatarios, y de las palabras entre sí, atendiendo a la función que cada una debe desempeñar en la oración gramatical. Estos aspectos en su conjunto, y sólo en su conjunto, dan su completo sentido propio a las palabras en tanto éstas forman un *texto*. O sea, el sentido de las palabras para poder entender lingüísticamente un texto cualquiera y, por lo tanto, también el de una norma jurídica, sólo se obtiene examinándolas, cada una y todas ellas, en sus tres expresadas relaciones, y considerándolas inseparablemente.

Tal como ha dicho Hernández Gil, para conocer el *sentido* de las palabras han de tenerse en cuenta factores de todo orden¹⁸, considerando factores fundamentales todos aquellos que sirven para poder pasar de los signos significantes –que son cada palabra de por sí y todas en relación sintáctica– a sus significados; y, además, aquellos factores que determinan cuál es el sentido propio de la finalidad pragmática que les corresponde, que es la de alcanzar una solución justa en cada una de las determinaciones que se realicen de la norma.

En este segundo aspecto, o sea el correspondiente a la finalidad de obtener una interpretación justa, es preciso que esa finalidad sea iluminada por los principios generales, tanto ético-jurídicos como jurídico-tradicionales. Recordemos la certera observación de Federico De Castro¹⁹ de que, dado el “carácter informador del ordenamiento jurídico”, de que habla el artículo 1, 4: “Los princi-

¹⁸ Antonio Hernández Gil, *loc. cit.*, IV, C, pág. 17.

¹⁹ F. de Castro, *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I, 3ª ed., Madrid, I.E.P. 1955, III, IV, 3, pág. 464.

pios informan todas las normas formuladas; las convierten de un *flatus vocis* o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas en un inconexo articulado".

a) El aspecto semántico del sentido propio de las palabras sin duda es lo primero que conviene establecer poniendo en paralelo, de una parte, lo que los hermeneutas dicen de todo relato o narración y, de otra, lo significado específicamente por la norma que debemos aclarar.

En todo relato "se dice algo acerca de cierta cosa", algo que –según explica Paul Ricoeur²⁰– "se refiere a un mundo que se pretende describir, expresar o representar"; "es la venida al lenguaje de un mundo por medio del discurso". En efecto, el problema hermenéutico "no sólo es un problema de correcto dominio del lenguaje" –como dice Gadamer²¹–, porque la "adecuación de la palabra" sólo puede juzgarse "desde el conocimiento de las cosas". Es decir, obtiene realidad mediante el denominado –por el mismo autor²²– "lenguaje de las cosas"²³. Se trata, por lo tanto, de algo distinto de lo pretendido por la teoría subjetiva de la interpretación; no de comprender, como ésta pretende, la verdadera intención del autor del texto, sino "la comprensión de las cosas de las que habla el texto".

La comprensión de las cosas de que habla el texto, para lograr el verdadero entendimiento de ellas, requiere que se las contemple intelectualmente, no de modo amorfo e informe sino ordenada y distintamente –sean cosas materiales, conjuntos o complejos de ellas, relaciones, hechos, actos, conductas, instituciones– con sus causas, estructura, naturaleza, fines, cualidades, valores, clasificadas en tipos y series de tipos, lo cual, ni más ni menos, es contemplar la naturaleza de las cosas enmarcando aquella que tiene la propia de la cosa a la cual se refiere la norma. Por eso Larenz²⁴ la denomina interpretación "conforme a la cosa", que sólo puede lograrse –dice– "si se toma en consideración, en su singularidad y en su especial estructura, la cosa de cuya regulación se trata en la norma que se interpreta". Así, recalca: "Cuando la 'naturaleza de la cosa' diseña una regulación, también ella es criterio teleológico-objetivo de interpretación".

En ese sentido, podemos decir, con Hernández Gil²⁵, que "el dato normativamente establecido es completo en su significación fáctico-jurídica". Solamente si es entendido así se completa su sentido.

• •

²⁰ Paul Ricoeur, *Du texte a l'action*, Paris, Eds. du Seuil 1986, *La fonction hermeneutique de la distantation*, págs. 193 y sigs.

²¹ Gadamer, *Verdad y Método*, vol. I, cfr. vers. en castellano, Salamanca, Ed. Sígueme, 1984, 13, pág. 489 y págs. 489 y sigs.

²² *Ibid.*, "La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas", op. cit., vol. II, Salamanca, Ed. Sígueme, 1992, págs. 71-80.

²³ *Ibid.*, vol. I, 6, 1, b, pág. 248.

²⁴ Karl Larenz, op. cit., parte segunda, IV, 2, d, págs. 331 y sigs.

²⁵ Antonio Hernández Gil, *El abogado y el razonamiento jurídico*, VI, 3; cfr. en *Obras completas*, Madrid, Espasa Calpe, 1987, pág. 731.

Como dice Larenz²⁶, toda interpretación de un texto ha de comenzar por entender el sentido de sus palabras; pues, "una interpretación que no radica en la esfera del posible sentido literal de las palabras, ya no es interpretación, sino modificación de sentido"; "pertenece a la región del desarrollo del derecho".

Yo creo que debe matizarse que, sin haber efectuado la interpretación a través de las palabras de la ley no puede lograrse una intelección de ésta; pero, aunque se efectúe a través de otros elementos interpretativos, también sigue siendo interpretación.

En todo caso, la propiedad del lenguaje empleado señala el límite de la norma; o sea, muestra cuál es su alcance normativo. Por lo tanto, deslinda la norma de aquello que se halla fuera de su ámbito.

El mismo Larenz, al ocuparse del análisis semántico de las palabras, continúa indicando que la riqueza de matices, la flexibilidad y la capacidad de adaptación del lenguaje es, a la vez, "su punto fuerte y su punto débil", ya que el sentido literal puede ofrecer "un número más o menos grande de posibles significados y variantes de significado".

En primer lugar, tenemos la posibilidad de que el lenguaje haya sido empleado en sentido general, común y corriente o bien en sentido técnico-jurídico²⁷.

Entienden Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón²⁸ que para determinar el significado de la expresión "sentido propio" de las palabras empleadas por la ley, han de ser entendidas en sentido vulgar, o sea, en sentido contrapuesto a "un sentido especializado o técnico", "que pueden poseer las palabras en determinados lenguajes y, en especial, en el lenguaje jurídico".

Por otra parte, en el uso del lenguaje cabe distinguir una esfera nuclear o estricta y otra esfera *marginal* o amplia. "Sobrepasar la esfera marginal, concebida tan amplia como fuese posible —dice Larenz²⁹— ya no es interpretación [yo digo que no es interpretar por mediación de la ley, en tanto sobrepasa su intelección], lo mismo que excluir aquellos fenómenos que indudablemente se inscriben en la esfera nuclear. En el primer caso podría tratarse de una analogía; en el segundo, de una reducción teleológica de la ley".

Por su parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón contraponen sentido *propio* y sentido *figurado* de las palabras: "El sentido propio parece ser el sentido originario y más antiguo que la palabra tiene entre los conocidos, mientras que el sentido *figurado*, al suponer una figuración, en alguna medida parece indicar un significado más reciente y metafórico".

²⁶ Larenz, *loc. ult. cit.*, a, págs. 316 y sigs.

²⁷ Con referencia al Código Civil español, A. Hernández Gil, *El lenguaje en el Código Civil*, 24, en *Obras completas*, vol. 6, 1989, págs. 406-411.

²⁸ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema del derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1982, 11, VI, A, pág. 199.

²⁹ Larenz, *loc. ult. cit.*, 4, a, págs. 350 y sigs.

b) El aspecto *pragmático* de las palabras las contempla en su relación con los sujetos que las emplean y con aquéllos a quienes van dirigidas. Por ello, primer lugar, conlleva la determinación de si la norma es imperativa, declarativa, expositiva o definitoria, determinación que es esencial y previa para interpretar "a través" de cualquier norma *legal*.

En este primer aspecto, hoy la concepción de la interpretación como averiguación de la voluntad del legislador viene siendo abandonada por las tendencias hermenéutico-jurídicas que vienen predominando en la segunda mitad de ese siglo. No tan sólo ha sido así por la indeterminación de su autor³⁰ y por la falacia de que, por el solo hecho de haber sido aprobadas por el Parlamento, se las considere expresión de la voluntad del pueblo³¹, sino también por razones inherentes a la propia esencia de la interpretación. Así, hoy, la concepción intersubjetiva de la interpretación es rechazada por autores de tendencias tan diversas como son, *u. gr.*, Federico De Castro³², Betti³³ y Gadamer³⁴. Y, de tal modo, esas razones confluyen no sólo con la tesis de la interpretación objetiva de la ley³⁵ —iniciada a finales del siglo pasado por Kholer, Wach y Binding³⁶— sino también con la concepción clásica de la *mens* y la *ratio legis*.

Esto no excluye la conveniencia de indagar la intención de los miembros redactores de los anteproyectos de leyes y de los componentes de la comisión redactora del proyecto; ni la utilidad de analizar las discusiones producidas en los cuerpos legislativos y las finalidades indicadas en las "exposiciones de motivos" o en los mismos cuerpos legales. Todo esto, juntamente con otros datos, puede ayudarnos a conocer la finalidad objetiva y las razones a las que responden las normas legales. Son datos éstos que corresponden a los "antecedentes históricos y legislativos", a que después debemos referirnos.

En el otro extremo de la relación pragmática de las palabras contenidas

³⁰ Cfr. Joan Carbonnier, *Derecho civil*, cfr. ed. en castellano, Barcelona, Bosch, 1960, I, II, págs. 20 y sigs. y, en síntesis, en mi *Perspectiva histórica*, 290, pág. 1065.

³¹ G. Ripert, *La régime démocratique et le "droit civil moderne"*, Paris, Libr. Gral. de Leg. y Jurispr., 1963, 6, pág. 147, y 12, págs. 268 y sigs., o, en síntesis, en mi *Metodología de las leyes*, 35, pág. 82.

³² Cfr. F. De Castro, Parte general, IV, I, III, 2, b, págs. 497 y sigs., o en panorámica, en mi *Metodología de la determinación del derecho II*, Parte sistemática, 153, con la síntesis de sus conclusiones en el texto correspondiente a la nota 507.

³³ Cfr. Emilio Betti, *Teoría generale della interpretazione*, 96, Milano, Guiffè, 1990, págs. 817 y sig. e *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cfr. ed. esp., Madrid, EDERSA, 1975, págs. 114 y sig.

³⁴ Cfr. H. G. Gadamer, *Verdad y Método*, vol. I, I, 1, b, págs. 245 y sigs.; y, más concretamente, en "Hermenéutica e historicismo", I, en *op. cit.*, vol. II, págs. 605 y sigs.; o, en síntesis, en mi *Metodología*, *ult. cit.*, II Parte sistemática, 95.

³⁵ En ese sentido, cfr. también Díez-Picazo y Gullón, *loc. ult. cit.*, V, págs. 195 y sigs.

³⁶ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, I Perspectiva histórica, 248, a, págs. 875 y sigs.

en las normas, se halla su destinatario. La importancia que éste tiene en la interpretación fue ponderada y resaltada por Bierling a fines del siglo pasado³⁷. Ahora es mostrada su importancia por la teoría hermenéutica de la recepción³⁸ que viene hoy a confirmar el valor interpretativo de las leyes que el derecho romano y el *ius commune* reconocían antaño a las costumbres, y que ogaño se mantiene operante en aquellos territorios hispánicos donde se viven derechos civiles peculiares, forales o especiales.

c) El aspecto *sintáctico* del sentido propio de las palabras sirve también para ordenar la recíproca relación de éstas, y determinar el sentido propio del texto de cada norma como conjunto sintáctico.

Equivale al juicio del denominado *elemento lógico* de la interpretación, según había sido concebido reductivamente por el positivismo jurídico que –como decía Castro Bravo³⁹– sólo lo dejaba “circunscrito a la relación abstracta formal de las distintas partes de la norma y a las conclusiones que pueden obtenerse con el mero razonar lógico”. Sin embargo, es de notar que este reduccionismo se contraponía a la doctrina que aun mantuvo Savigny, quien por elemento lógico entendía el dirigido a buscar el fin o el motivo de la ley. Otros autores, como Degni, estimaron indispensables ambos aspectos, e indicaban –según refiere Castán Tobeñas⁴⁰– que la interpretación lógica se realiza de dos modos: “Con los elementos mismos de la fórmula legislativa (lógica interna) y con los elementos que radican fuera de esta fórmula, pero que circundan y forman el presupuesto de la misma (lógica externa)”.

Parece que, en el texto del artículo 3, 1, del Código civil, quedan reconducidos separadamente estos elementos lógicos: el interno, dentro del “sentido propio” de las palabras, representado por su sintaxis; y el externo, en la referencia que su inciso final hace al “espíritu y finalidad” de las normas.

Sin embargo, ocurre que la lógica interna de una norma muchas veces no consigue explicar razonablemente el sentido de las palabras de la ley. Larenz⁴¹ ha expuesto claramente que, entre las múltiples variantes de significado que pueden corresponder a un término según el uso del lenguaje, la determinación de aquella que le corresponde en cada caso “resulta, por regla general aunque no siempre, del contexto en que es usado. La conexión de significado de la ley determina, en primer lugar, que se comprendan de la misma manera las frases y palabras individuales, como también, al contrario, la comprensión de un pasaje del texto es codeterminado por su contenido”. Es decir, se obtiene ya sea por su

³⁷ *Ibid.*, 248, b, págs. 877 y sigs.

³⁸ Cfr. mi comunicación “Reflejo de las teorías hermenéuticas de la recepción y la deconstrucción en la interpretación del derecho”, del Pleno de Numerarios de esta Real Academia del día 25 de marzo último, pendiente de aparecer en A.R.J. y L., 26, 1996.

³⁹ F. De Castro, ob., vol. y par. últ. cits., IV, IV, 2, b, pág. 522.

⁴⁰ J. Castán Tobeñas, *op. cit.*, III, III, 4, C, pág. 230.

⁴¹ K. Larenz, ob. y par. últ. cits., IV, 2, b, págs. 321 y sigs.

significado semántico –referido a las cosas que se mencionan en el texto– o bien de conformidad con el “círculo hermenéutico” –como dice Larenz–quien sigue diciendo que una ley consta, las más de las veces, “de normas jurídicas incompletas –a saber: aclaratorias, restrictivas y remisivas– que sólo juntamente con otras normas se complementan en una norma jurídica completa o se asocian en una regulación”.

Sin embargo –como continúa observando– aún no basta esto, pues la conexión de significado de la ley debe completarse con la denominada interpretación sistemática, llegando “a una *concordancia objetiva* [no meramente lógica] entre los preceptos legales singulares”. Es más: “La conexión de significado de la ley, y también la sistemática conceptual a ella subyacente, sólo es comprensible si se atiende también a los fines de su regulación”; y sólo “plenamente muchas veces cuando se retorna a la teleología de la ley y al ‘sistema interno’ subyacente de las decisiones valorativas y principios determinantes. Con ello se confirma la observación de Friedrich Müller (*Juristische Methodics*, pág. 151) de que ‘las reglas tradicionales de interpretación’ no podrán ser aisladas como ‘métodos’ independientes en sí. Más bien se manifiestan en el proceso de concretización, ‘no sólo complementándose y apoyándose unas a otras, sino entretreídas siempre objetivamente unas con otras ya desde un principio’. Esto debería dar que pensar a quienes opinan que el intérprete puede elegir entre diferentes métodos’.

III. LA RELACION CON EL CONTEXTO

El “sentido propio de las palabras” se ha de poner “en relación” –según el artículo 3, 1, C. C.–, ante todo, “con el contexto”.

Los autores que han comentado este inciso del Código Civil, en general han identificado el “contexto” con el elemento *sistemático*.

Enrique Ruiz Vadillo⁴² ha dicho que la referencia al contexto “tiene una proyección plural y se ha de utilizar en círculos concéntricos. Es decir, contexto no debe ser sólo el resto del texto en que está situada la ley concreta que se ha de someter a interpretación [yo pienso que este texto de la ley no es sino el aspecto sintáctico del “sentido propio de sus palabras”]; contexto “es la ley especial completa”, sea comprendido “desde la subsección al título, lo es –o puede serlo– el código completo, y aun el ordenamiento jurídico en general, debiendo, a mi juicio –dice–, utilizarse este medio interpretativo de manera jerárquica, en relación a la proximidad que ocupa la expresión interpretable y el contexto coadyuvante, de tal manera que gozaría de más prioridad cuanto más

⁴² Enrique Ruiz Vadillo, *Aplicación de las normas jurídicas (Estudio de los artículos 3° y 4° del Código Civil según la reforma de 31 de mayo de 1974)*, II, 2, 1, R.G.D. XXXI, 1975, pág. 233.

cerca esté, desde un punto de vista estructural formal, de la palabra cuyo significado se trata de indagar"; y también incluye –dice– "la colocación del precepto, en el que la palabra figura dentro del organigrama jurídico y, por supuesto, aunque sin extremar su valor, la rúbrica del título, capítulo, sección, etc., donde se inserta".

Se trata, según formuló esquemáticamente Pablo Salvador y Coderch⁴³, del "elemento sistemático y, quizás, lógico".

Pero "contexto" puede tener otro significado que apuntan otros autores:

Así, L. Díez-Picazo y A. Gullón⁴⁴, después de recoger y glosar la opinión de Ruiz-Vadillo, entienden que, según ella, el contexto "sería de este modo todo el conjunto de textos reguladores de la materia (sent. de 23 de junio de 1940)"; pero apostillan que "cabe hablar también del contexto como aquello que está fuera del texto, lo cual vendría a referir de otra manera lo que más adelante llama el legislador la 'realidad social'".

Y, por otra parte, Puig Brutau⁴⁵ ha entendido que la interpretación *sistemática* no sólo "relaciona" la norma que se contempla "con todas las que integran la misma institución jurídica", sino también "cada institución con las demás, hasta llegar a los principios fundamentales del sistema". Así, muestra una concepción que excede de la meramente exegética y se aproxima más a la concepción de Savigny, en su *Sistema*, o a la de Roca Sastre con su denominado "derecho institucional".

Estas dos doctas observaciones me reconducen allí donde, en un principio, pensaba comenzar.

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra "contexto", del latín *contextus*, tiene tres significados: "1. Orden de composición o tejido de ciertas obras; 2. Por extensión, enredado, maraña o unión de cosas que se enlazan y entretrejen; 3. Serie del discurso, tejido de la narración, hilo de la historia".

Como vemos, tanto en el sentido ordinario como en el figurado, la palabra contexto se puede referir tanto a la composición o a la narración como a ciertas obras o al hilo de la historia; y, por extensión, a "enredo, maraña o unión de cosas que se enlazan". Incluso vemos que la narración viene a ser no sólo un tejido de palabras, sino el modo como se relatan las cosas o los hechos que se narran. El contexto puede, pues, referirse sea a la composición gramatical, sea a cosas o a hechos, o bien a la relación entre el tejido de la narración y las cosas, obras o hechos narrados.

⁴³ Pablo Salvador y Coderch, "Comentario al art. 3 C. C., III, 2, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. I-1°, EDERSA, 1992, pág. 520.

⁴⁴ Díez-Picazo y Gullón, *loc. ult. cit.*, 3, pág. 200.

⁴⁵ J. Puig Brutau, *Compendio de derecho civil*, vol. I, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1981, V, II, pág. 96.

En su *Diccionario de filosofía*, Ferrater Mora⁴⁶, al ocuparse de esa palabra contexto comienza por explicar su significado etimológico: "El verbo latino *contextere* significa 'tejer', 'entreteter', 'entrelazar'. Los hilos tejidos y entrelazados forman una textura, la cual es una contextura. Se habla por ello de la contextura –así como de la textura– de un material". De ahí los distintos sentidos figurados con los que hoy usualmente es empleada esta palabra, como son:

- "contextura de una obra escrita, entendiéndose por ella una cierta configuración, esto es, una cierta organización";
- " 'contexto', en relación con un 'texto', donde el texto puede, y es, frecuentemente, algo dicho y escrito, pero es también, o concomitantemente, el sentido de lo dicho o escrito";
- y, por extensión, "una estructura dentro de la cual figura algo que sin el contexto resultaría ininteligible o menos inteligible".

Es decir, filosóficamente no sólo se mantienen sino que resultan más claramente explicadas las tres significaciones comunes del diccionario de la palabra "contexto".

Centrado en la lingüística, el significado de contexto, dice Ferrater, "se habla de contexto cuando, dada una expresión determinada, esta expresión es analizada dentro de la estructura lingüística, que puede ser específica o bien puede alcanzar la totalidad de un lenguaje dado".

Ahora bien, los lingüistas hablan no sólo de contextos lingüísticos sino también extralingüísticos o extraverbales, ya sean semánticos –que, a su vez, "pueden estar o no fundados en un contextualismo pragmático–, o bien pragmáticos"; y es así posible hablar de "contexto social, histórico, político, económico, vital, etc."

En el primer caso, el contexto semántico incluye, en el primer sentido, la estructura lingüística significante y, en el segundo, también las cosas, las obras o los hechos significados.

El contexto pragmático del lenguaje incluye no sólo los elementos propiamente lingüísticos y gestuales, sino también formas y formaciones sociales, etcétera. Estas últimas tienen relación contextual en sentido *fenomenológico*, que –indica Ferrater– fue observado por Husserl y ha sido elaborado por autores como Schutz y Aaron Gurwitsch. Este "lo considera en estrecha relación con el contexto 'gestaltista' o 'la contextura de la *Gestalt*' ", y entiende que hay "una especie de correlación entre la continuidad de la conciencia y la del contexto". El contextualismo pragmático puede estar relacionado con alguna forma de la "experiencia del contexto", "ligada a su vez con estructuras como 'formas de vida', 'formaciones sociales', etc."

⁴⁶ José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía del derecho*, Ed. Barcelona, Círculo de Lectores, 1991, voz "Contexto", págs. 615 y sig.

Trasladando a la intelección de las normas el significado de "contexto", comprendemos que éste alcanza elementos lingüísticos y extralingüísticos, tanto a través de los significados semánticos de las palabras como por su relación pragmática con los autores y los destinatarios de la norma, comprendiendo las "formas de vida" y las "formaciones sociales" de éstas. Con esta perspectiva tienen razón tanto Díez-Picazo y Gullón, al incluir en el contexto "la realidad social", como Puig Brutau, comprendiendo en él "la misma institución jurídica y cada institución con las demás hasta llegar a los principios fundamentales del sistema".

A la vista de esta perspectiva, creo que resulta útil recoger el símil de Ruiz Vadillo del conjunto de círculos concéntricos que forman el contexto de una norma, pero dándole un significado más amplio que comprenda tanto los contextos normativos como los contextos extranormativos.

Por ello, debemos examinarlos separadamente, advirtiendo que esos círculos concéntricos no son impermeables, no forman compartimentos estancos ni los más próximos al centro tienen una absoluta prioridad contextual respecto de los más lejanos, pues éstos pueden informar a aquéllos en ciertos casos, y algunos siempre los informan.

a) Los *contextos normativos* constituyen, también, el denominado *elemento sistemático* de la interpretación. Producen lo que Larenz⁴⁷ denomina *conexión de significado* de la ley, más allá del sentido del texto de la norma; pues éste incluye:

1° Cuando se trata de una norma incompleta, aquellas otras normas que la completan o se asocian en una misma regulación (44).

2° Aquellas otras normas, cualesquiera que sea su colocación, situadas en el mismo código o en otra ley, que puedan entrar en concurrencia con la que se trata de inteligir.

3° Las que integran el capítulo, el título y la sección en la cual se halla la norma de referencia, así como las denominaciones que figuran en sus respectivos epígrafes.

4° Cualquiera otra disposición legal del ordenamiento jurídico que pueda contribuir a afinar o delimitar el sentido de la que es objeto de intelección.

5° Las costumbres que se refieran a la misma materia que el texto inteligido; y con mucha más fuerza en los derechos civiles especiales y forales,

⁴⁷ Cfr. Larenz, *loc. últ. cit.*, pág. 321.

puesto que en ellos las costumbres racionales tienen eficacia contra ley y valor interpretativo en el caso de ser según ley.

6º La jurisprudencia del Tribunal Supremo que –como dice el art. 1, 6, C. C.– puede “complementar” la norma legal de que se trate.

7º Y los principios generales de derecho, porque dado su “carácter informador del ordenamiento jurídico” –indicado en el artículo 1, 4, C. C.– convierten las normas –según F. De Castro⁴⁸ dice, y yo no me canso en repetir–, que “de *flatus vocis* o de pintados signos en mandatos o reglas de conducta y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un contexto articulado”. Es decir, constituyen el medio de ordenación jurídica tanto del texto como del contexto de las normas.

Por otra parte, estos principios generales hacen de puente entre el contexto normativo y el contexto extranormativo, porque –como asimismo dice F. De Castro, en la frase siguiente de las que acabamos de transcribirle– también: “Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas”.

b) Los *contextos extranormativos* pueden subdividirse en pragmáticos y semánticos.

ba) Los *contextos pragmáticos*, que resultan muy próximos a los *contextos fenomenológicos*, se centran fundamentalmente en la función de determinar lo que el propio artículo 3, 1, denomina “espíritu y finalidad” de las normas en relación con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, según indica en el mismo párrafo.

bb) El *contexto semántico* corresponde al significado de la realidad –cosas, hechos, obras, conductas, relaciones, actos, etc.– a la cual, en una relación semejante, se refiere el contexto normativo; pero aquí ofrece una mayor perspectiva panorámica por cuanto debe ser contemplada toda esa realidad como objeto de interrelación a través de todo el orden jurídico, desde los principios generales hasta aquella ley en la que se halla comprendida. Notemos que se trata de una perspectiva de aquella realidad semánticamente significada, no amorfa ni informe sino estructurada. Es decir, ontológicamente conforme la naturaleza de las cosas, atendidos sus fines y valores, ya ordenada, sistematizada y planificada en tipos y series de tipos estructurados atendiendo al contenido y a la finalidad, reflejada en las diversas instituciones jurídicas a las cuales se refieren las normas.

Así se obtienen los denominados criterios *teleológico-objetivos*. Esto responde a que –como explica Larenz⁴⁹– el legislador intenta, en muchos casos,

⁴⁸ F. De Castro, vol. últ. cit., III-IV, III, 4, pág. 464.

⁴⁹ K. Larenz, *loc. últ. cit.*, d, págs. 331 y sigs.

realizar los "fines objetivos del derecho", y "la mayoría de las leyes aspiran a una regulación que sea 'conforme con la cosa'. Sólo cuando se supone esta intención en el legislador, se llegará, por la vía de la interpretación, a resultados que posibiliten una solución 'adecuada'".

Como vemos el "contexto" de las normas ofrece y facilita una perspectiva y unas posibilidades interpretativas que exceden mucho de las mostradas por el denominado elemento sistemático.

IV. LA RELACION DE LA NORMA CON LOS ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS

El artículo 3, 1, del Código Civil –después de decir "en relación con el contexto"–, sigue: "los antecedentes históricos y legislativos".

Algunos autores, entre los antecedentes históricos, subdistinguen: los próximos y los remotos. De modo semejante, también respecto de los antecedentes legislativos, al observar las leyes históricamente antecedentes, podrían hacerse distinciones cronológicas referidas a la manera como aquéllas han sido anteriormente entendidas en el ambiente histórico de cada momento de la tradición jurídica vivida.

Asimismo ese ambiente histórico debe diferenciarse al observar los propios antecedentes legislativos; y así cabe distinguir, de una parte, las leyes que han sido precedentes próximos de la que se trata de inteligir y que ésta ha completado, modificado o derogado; y, de otra parte, los respectivos trabajos preparatorios, las discusiones parlamentarias, y las exposiciones de motivos. Conviene analizar por separado todos estos elementos.

Ahora bien, para observarlos, podemos adoptar enfoques muy diversos, según se trate de entender la ley conforme la voluntad e intención del legislador (*voluntas legislatoris*), o bien, la inteligimos objetivamente, conforme la denominada *voluntas legis* o, más propiamente, según la *mens* y *ratio legis* en relación con la *ratio iuris*. Criterio este último al cual me he adherido y sigo adheriéndome.

a) Es evidente que no cabe razonablemente buscar en la legislación remota la voluntad vigente del legislador histórico. Casals Colldecarrera lo había explicado gráficamente⁵⁰: "Nosotros, los juristas de Cataluña, que seguimos invocando preceptos del *Corpus*, no hemos pensado jamás en estar obedeciendo la voluntad de Justiniano".

Por otra parte, esta legislación antigua no puede separarse del modo como fue entendida y explicada por los juristas que la glosaron o comentaron, ni de la forma como fue vivida y del modo como se juzgó en aquellos supuestos en los que se la estimó aplicable.

⁵⁰ Miguel Casals Colldecarrera, "La interpretación", en "Ciclo de conferencias...", cit. *supra* en nota 4, pág.134.

Sin embargo, es indudable que muchas veces las razones expuestas en los textos legales antiguos ayudan a comprender cuáles fueron originariamente su *mens* y su *ratio legis*.

Puede plantearse si las compilaciones y códigos que recogen estos textos legales antiguos les revisten de una nueva *voluntas legislatoris*, propia del compilador o del codificador. Aparte de la antes referida dificultad de determinar cuál es esa nueva voluntad y a quién corresponde, debemos insistir en la distinción entre normas imperativas y declarativas; y sólo en el primer caso, cuando la norma compilada o codificada introduzca modificaciones en la antigua, podría discutirse si la compilada es investida de una nueva *voluntas legis* o bien si sólo se ha tratado de efectuar una adecuación a las nuevas circunstancias de la antigua *ratio legis*.

b) Respecto del derecho antiguo, formado por costumbres, normas del *ius commune*, opiniones de los autores o resoluciones de los antiguos tribunales, Savigny, en su *Sistema*, no planteaba otra tarea hermenéutica –como explica Gadamer⁵¹– sino “la de comprobar su sentido originario y aplicarlo como correcto”. Esto le hace comentar: “Igual que Schleiermacher no veía problema alguno en que el intérprete se equipare con el lector originario, también Savigny parece que ignoraba que se produce una tensión entre sentido jurídico originario y actual.

“El tiempo se ha encargado de demostrar con suficiente claridad –sigue Gadamer– hasta qué punto esto es una ficción insostenible. Ernst Forthoff ha demostrado, en una valiosa investigación, que por razones estrictamente jurídicas es necesario reflexionar sobre el cambio histórico de las cosas, pues sólo éste permite distinguir entre sí el sentido original del contenido de una ley y el que se aplica en la praxis jurídica (*Recht und Sprache*, Abhandlung der Königsberger Gelchsten Gesellschaft, 1940). Es verdad que el jurista siempre se refiere a la ley en sí misma; pero su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso al que se trata de aplicarla. Ciertamente, para determinar con exactitud este contenido normativo no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario, y, por eso, el intérprete tiene que implicar el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador. Sin embargo, no puede sujetarse a lo que, por ejemplo, los protocolos parlamentarios le enseñarían respecto a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario, está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que, en consecuencia, la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo”.

Esto fue, ni más ni menos, lo que hicieron los comentaristas con los textos romanos que ellos adecuaron al mundo bajo-medieval en el que vivían.

⁵¹ H. G. Gadamer, *Verdad y método*, vol. I, 10, 3, págs. 328 y sigs.

Gadamer compara y contrapone la posición hermenéutica del historiador con la del jurista. "Sólo hay conocimiento histórico cuando el pasado es entendido en su continuidad con el presente, y esto es lo que realiza el jurista en su labor práctica normativa cuando intenta realizar la pervivencia del derecho como un *continuum* y salvaguardar la tradición de la idea jurídica".

Betti⁵² viene a decir eso mismo. Pero con la sustancial diferencia de que, mientras Gadamer atiende al "cambio histórico de las cosas", lo que específicamente Betti observa es el cambio operado en la atmósfera cultural de valores que envolvía a los autores de la ley con respecto de la nueva atmósfera cultural, en la que se hallan inmersos los intérpretes, atendiendo asimismo a las sucesivas variaciones producidas en la atmósfera cultural desde el uno al otro momento.

c) En las compilaciones y códigos actuales llega el derecho antiguo a través de la propia tradición jurídica, formándose un conjunto de principios –los que F. De Castro denomina principios tradicionales–, y de instituciones, elaboradas en la práctica vivida y discernidas por la doctrina y la jurisprudencia, que contienen un rico depósito de problemas, resueltos casuísticamente en tiempos pasados, con los cuales se han ido perfilando aquellas instituciones.

Por lo que se refiere al Código Civil, como dice Castro Bravo⁵³:

"En nuestro derecho, la antigua legislación y la doctrina de nuestros juristas clásicos prestan un doble servicio: 1º) Para conocer el espíritu tradicional. 2º) Para interpretar el Código Civil, en cuanto éste ha de contener el 'sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio' (base 1, Ley de Bases). En la jurisprudencia se usa de ambos modos, hablándose indistintamente de elemento histórico y de tradición jurídica. (Así, entre otras, S.T.S. de 23 de junio de 1940, 27 de junio de 1941, 11 de noviembre de 1944, 5 de junio de 1945; S.T.S. [Soc.] de 22 de diciembre de 1946)".

Sin embargo, en España ha de hablarse de las tradiciones jurídicas hispánicas en plural, diferenciándose la tradición del derecho común y la de cada uno de los derechos especiales y forales.

Castán Tobeñas⁵⁴, al observar lo ordenado en la base 1ª de la ley de 11 de mayo de 1898, pensó que, "a pesar de esta disposición, los autores de nuestro Código tomaron por modelo los preceptos de Códigos extranjeros que precedieron al nuestro, especialmente el francés"; por lo cual, él entendía que se debe "acudir también a éstos para descubrir el sentido de muchas instituciones y normas".

Creo que aun cuando haya de buscarse los orígenes foráneos de estas instituciones y normas, para encontrar su originario sentido, no obstante en la

⁵² Betti, *Teoría general*, 55, págs. 817 y sig., 823 y sigs., e *Interpretazione*, 7 y 8, ed. it., págs. 112-123, y ed. esp., págs. 111-118.

⁵³ F. De Castro y Bravo, *op. y vol. cit.*, IV, 1, 2, pág. 526.

⁵⁴ José Castán Tobeñas, *loc. ult. cit.*, E, pág. 245.

interpretación no debe operarse conforme los principios de ese derecho extranjero, sino preferentemente a la luz de los principios tradicionales del derecho español, razón por la cual ciertas normas que literalmente son muy parecidas a las de códigos extranjeros pueden tener un sentido diferente al que tienen éstos. Así, *v. gr.*, creo haberlo comprobado respecto del artículo 2.279 del *Code Civil* francés, con respecto al sentido que considero correcto de los artículos 464, 1, y 1.955, 1, de nuestro Código Civil⁵⁵.

d) Los antecedentes históricos próximos están constituidos –según dicen Díez-Picazo y Gullón⁵⁶– por “la legislación anterior a la que la norma viene a sustituir”. Creo que, sin duda, esas leyes modernas que han sido derogadas por aquella en la que se incluye la norma que trata de comprenderse, o bien los artículos originarios del Código Civil que han sido sustituidos por otros de nueva redacción, pueden ayudarnos para el entendimiento de éstos. Pero no del mismo modo que la legislación antigua que el Código codificó, sino de modo muy distinto, observando previamente cuáles son sus diferencias. Estas nos podrán mostrar a veces aquello que ha querido corregir y rectificar la norma actual y lo que no ha pretendido modificar sino, en todo caso, sólo aclarar. De ese modo, nos podrá mostrar también cuánto ha de ser variado y aquello que debe conservarse de la doctrina y la jurisprudencia que en torno de la norma anterior se desarrollaron.

e) Los trabajos preparatorios, proyectos y anteproyectos, las exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, que constituyen los antecedentes legislativos, así mismo son contemplados de diverso modo según se pretenda descubrir ya sea la *voluntas legislatoris* o bien la *mens* y la *ratio legis*.

Sin embargo, aun en aquella primera dirección, una de las figuras más representativas de la escuela de la exégesis, F. Laurent⁵⁷, diría acerca de las discusiones mantenidas en torno del *Code Civil des français* que “es un mal concederles demasiada importancia, transportando al *Code* todo lo dicho por el Tribunado o lo dicho en el Consejo de Estado. Ante todo, debe recordarse que ni uno ni otro hacían la ley; el Cuerpo era quien la hacía, aunque permanecía mudo, no tomando parte alguna en los trabajos preparatorios. Se le comunicaban las actas, que probablemente no se leían, escuchaba los discursos de los oradores del gobierno y del Tribunado, que exponían los motivos de los proyectos de ley; después, normalmente votaba su adopción. ¿Cómo saber con ese modo de proceder cuáles eran las intenciones del legislador?”.

⁵⁵ Cfr. mi estudio *La equivalencia de posesión y título en el artículo 464, 1, del Código Civil*, 1; cfr. en *Estudios sobre derecho de cosas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Montecorvo, 1973, págs. 397 y sigs.

⁵⁶ L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, *loc. cit.*, C, pág. 204.

⁵⁷ Laurent, *Principes de droit civil français*, Bruxelles Brylant-Christophe, 1887, 275, págs. 348 y sigs.

Debe recordarse también⁵⁸ lo que, con otra perspectiva, en la misma Francia, ya en este siglo, han dicho con notable contundencia Georges Ripert y Jean Carbonier, respecto de la autoría de las leyes aprobadas parlamentariamente.

En Alemania, Enneccerus⁵⁹ denomina "materiales legislativos" a los trabajos previos, los proyectos, los motivos, las memorias y las deliberaciones en las comisiones legislativas o parlamentarias, "que precedieron al acto legislativo, ejerciendo influencia sobre el mismo". Y de ellos dice que "no tienen una importancia independiente sino que sólo pueden ser tomados en cuenta cuando el pensamiento que de ellos se deriva ha hallado una expresión, aunque sea incompleta o ambigua, de la ley".

Pero –advierte– que "dentro de estos límites suelen ser de gran valor. Dan con gran frecuencia puntos de apoyo muy luminosos sobre el pensamiento dominante en la ley, pero no procuran nunca certidumbre plena de que se tuvieran en cuenta todos los factores de la legislación o de que todos los aprobasen. Pero, incluso cuando esto fuese demostrado, no debe ser seguido si lo desaconsejan otras razones preponderantes, fundadas en el tenor literal de la ley, en la conexión con el resto del contenido de la misma, en la oportunidad, en la equidad o en la congruencia".

Más recientemente, Larenz⁶⁰ ha distinguido, "de un lado, la intención reguladora, los fines y su jerarquía, así como las decisiones fundamentales del legislador, y, de otro lado, las concretas ideas normativas de las personas participantes en el asesoramiento y redacción del texto legal. Sólo los fines, establecimiento de valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre los que de hecho han tomado posición los participantes en el acto de legislación puede ser denominada 'voluntad del legislador', que se realiza mediante la ley" ... "En cambio, las ideas normativas concretas –es decir, las ideas claras sobre el significado y el alcance precisos de una disposición particular o de un término particular– pueden recibirse a lo sumo como opiniones de los autores del texto legal y de los miembros de las comisiones asesoras. Pero éstas no son ni individualmente ni en su totalidad el legislador. Sus opiniones son, no obstante, de gran valor para la interpretación". Pero "estas opiniones no representan pauta alguna vinculante para el intérprete, quien más bien se ha de apartar de ellas no raras veces porque las ideas normativas de los autores de la ley, por regla general, quedan rezagadas frente a las posibilidades de aplicación de la norma incluso cuando no se apoyan de antemano en una evaluación equivocada de la situación normativa".

⁵⁸ Supra, textos correspondientes a las notas 30 y 31.

⁵⁹ Ludwig Enneccerus, *Derecho civil (Parte general)*, ed. en castellano, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1943, vol. I-1°, 50, pág. 207.

⁶⁰ K. Larenz, *loc. ult. cit.*, c, pág. 326.

Según explicó F. De Castro⁶¹: "Las exposiciones de motivos, los preámbulos expositivos no son ley, llevan la autoridad de haberlos redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan también en cuanto datos sobre el origen del precepto". Pero, en cuanto a la finalidad, lo que se ha de buscar es "la finalidad actual de la norma, no lo que tuviera en el momento del origen, *occasio legis*".

Por mi parte entiendo que la utilidad de todo este material legislativo consiste en que pueden servirnos para conocer la *mens* y la *ratio* de la norma. En este sentido pueden ayudarnos –y a bastantes nos han ayudado– así como los comentarios de los redactores de los proyectos legislativos (García Goyena, Alonso Martínez, especialmente), y no sólo de los últimos, sino los penúltimos y antepenúltimos.

V. ATENCIÓN A LA REALIDAD DEL TIEMPO EN QUE HAN DE SER APLICADAS

El artículo 3, 1, prosigue: "Y a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas". La exposición de motivos de la ley que modificó el título preliminar del Código Civil, explica que, con este inciso, se "introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos". Según comentó A. Hernández Gil⁶²: "Lo que principalmente muestra la realidad social es el cambio. Luego su utilización como elemento interpretativo introduce un factor de movilidad en el entendimiento de las normas, lo que si impide los efectos de un estancamiento rígido, crea también comprensibles peligros".

Tradicionalmente la adecuación de las leyes a las cambiantes circunstancias de la realidad se lograba por las costumbres y por su valor interpretativo. Pienso que sigue siendo así en los territorios hispánicos de derecho especial o foral⁶³; y creo que tampoco en el derecho común esa atención debiera desatenderse –con tal de que no confundamos las costumbres jurídicas, caracterizadas por su racionalidad, con la degradación de las costumbres que, por desgracia, viene observándose. No debe identificarse ese elemento de cambio con el denominado "estar a los hechos", olvidándose de la función rectora y educativa propia de la ley⁶⁴.

⁶¹ F. De Castro, *loc. cit.*, págs. 526 *in fine* y sig.

⁶² A. Hernández Gil, *Genesis y aportaciones del nuevo título preliminar*, IV, C, "Conferencias...", cit., pág. 17.

⁶³ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, 167, c. 2, págs. 876 y sig.

⁶⁴ Cfr. mi *Metodología de las leyes*, 98, nota 106, pág. 231.

Ahora bien, creo que si bien el cambio es un elemento que parece directamente contemplado en este inciso, al referir la realidad al tiempo en que las normas han de ser aplicadas, haciendo pensar con ello que se atiende a un tiempo distinto de aquel en que la norma se promulgó, no obstante es preciso evitar que esta reflexión pueda hacernos reducir esta perspectiva del momento actual tan sólo al fenómeno del cambio. En efecto, cabría preguntar por qué razón las normas sólo pueden entenderse en relación a la realidad social cuando ésta ha cambiado. ¿Es que, en otro caso, han de inteligirse abstractamente? Ya hemos visto antes, al tratar del sentido de las palabras y de su relación con el contexto, que las normas, como cualquier otro texto, no pueden entenderse sino en relación con las cosas, hechos, conductas e instituciones a las que se refieren.

Según advierte A. Kaufmann⁶⁵, "las normas deben ser puestas en relación con la situación de la vida, deben ser hechas *justas para el caso*. Lo que llamamos interpretación es la averiguación del sentido tradicional de la norma. Este sentido no radica, como cree la teoría tradicional [desde el positivismo], sólo en la ley, en los conceptos legales abstractos y, por ello, vaciados de sentido. Para indagar tras este sentido se debe más bien recurrir a algo comprensible, a las pertinentes situaciones concretas de la vida. El "sentido de la ley" nunca se deja descubrir sin el sentido, sin la "naturaleza" de la situación que se juzga.

"De ahí que el 'sentido de la ley' no sea nada 'firme', sino que cambia —a pesar de que el tenor continúe igual— con las situaciones vitales, con la vida misma".

Sólo que aquí, al calificar de "social" la realidad que debe tenerse en cuenta, según específicamente se indica, esta realidad es referida a un ámbito muy general. Creo que comprende, por lo tanto, toda clase de elementos —físicos, económicos, políticos, sociológico, consuetudinariamente vividos, morales, ideales— que redunden en la vida social.

Naturalmente, y sin duda alguna, es cierto que ese aspecto interpretativo se observa mejor y más vivamente en épocas de cambio. Entonces se comprende esto de modo más claro si la norma es puesta en relación con el tipo de cambio que se ha producido en el momento de interpretarla. Pero eso no debe hacernos perder la perspectiva general, tanto estática como dinámica, referida igualmente tanto al ámbito de las ideas y valores como al de las realidades fácticas que inciden en el funcionamiento de las instituciones jurídicas.

Por eso, creo que tanto comprende los elementos que Castán Tobeñas⁶⁶ denominaba *elemento sociológico* y *elemento práctico (técnico-económico)*,

⁶⁵ A. Kaufmann, *Analogía y naturaleza de la cosa*, vers. en castellano, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, VI; pág. 84.

⁶⁶ José Castán Tobeñas, *loc. cit.*, G. y H., págs. 248 y sigs.

como a los que Larenz⁶⁷ llamó *criterios teleológicos objetivos*, caracterizados por orientar la interpretación a lo que sea "conforme a la cosa".

Ciertamente, fue en un tiempo de cambio cuando el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de diciembre de 1932, reparó en el denominado elemento sociológico, considerando que "si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan, merced a esos elementos clásicos [gramaticales y lógicos], sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento *sociológico*, integrado por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos– que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico; y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva, o han obtenido el reconocimiento de manera inequívoca en la ley suprema del Estado". [Como vemos, esta consideración se refería a los nuevos principios políticos o al cambio producido en los principios generales tradicionales, en virtud de la entonces reciente Constitución republicana o bien por ser inducidos de los cambios legislativos].

La sentencia de 21 de noviembre de 1934 declaró que "es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos (gramatical y lógico) sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse sociológico, integrado por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos– que revelan y completan las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico". Por lo cual, como también había indicado en sentencia de 24 de abril de 1926, "debe cambiar, en su caso, de acuerdo con los nuevos principios".

Después de la reforma del título preliminar, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 1976, declaró que "el realismo jurídico, la vida jurídica", necesita para su plenitud "superar todo sistema de aplicación literal", y, en sentencia de 26 de octubre de 1979, afirmó que todo el ordenamiento jurídico está preñado de "pragmatismo en su acepción más correcta".

Karl Larenz⁶⁸, al ocuparse de la interpretación de "factores codeterminantes", incluyó *el cambio de la situación normativa*, considerando como tal,

⁶⁷ K. Larenz, *loc. ult. cit.*, d, págs. 331 y sigs.

⁶⁸ *Ibid.*, 3, b, págs. 345 y sigs.

cuando se produce el supuesto de que "las relaciones de hecho o costumbres que el legislador histórico tenía a la vista y conforme a las cuales había proyectado su regulación" han variado de tal modo que la norma ya no se "ajusta" a las nuevas relaciones. Así lo estimó porque: "Toda ley está, como hecho histórico, en relación activa con su tiempo. Pero el tiempo no está quieto; lo que en el momento del nacimiento de la ley operaba de modo determinado, deseado por el legislador, puede operar posteriormente de un modo que ni el legislador ha previsto ni, si él hubiera podido preverlo, hubiera estado dispuesto a aprobar". Es cierto que, a continuación, advertía que "no todo cambio de relaciones comporta también de inmediato una modificación del contenido normativo. Más bien existe primeramente una relación de tensión que sólo impele a una solución –por vía de una interpretación modificada o de un desarrollo judicial del derecho– cuando la insuficiencia de la comprensión pretérita de la ley ha llegado a ser evidente".

En el derecho romano y en el *mos italicus*, el momento de este cambio lo determinaba decisivamente la costumbre, con tal de que ésta fuera racional y no una corrupción de la ley. Lo mismo creo evidente que debe entenderse en los territorios hispánicos de derecho especial o foral. Siendo más discutible si, con el apoyo del inciso que ahora examinamos, también es así –como creo yo– en el derecho común español.

Más claros resultan, según el mismo Larenz, los casos en que "el fin originario de la ley ha llegado a ser inalcanzable o superfluo". Pero de este supuesto nos ocuparemos al comentar el inciso siguiente que se halla muy íntimamente entrelazado con éste.

Junto a estos cambios de las relaciones de hecho o costumbres, sitúa Larenz⁶⁹: la existencia de cambios de estructura de todo el orden jurídico, una clara tendencia en la legislación más reciente, una nueva comprensión de la *ratio legis* o de los criterios teleológico-objetivos y la necesidad de adecuación del derecho preconstitucional a los principios constitucionales, que pueden ocasionar cambios en la interpretación. Así mismo, señala que esos cambios pueden no producirse de golpe, sino de forma paulatina, aunque de modo continuo, en cuyo supuesto cabe que durante un "tiempo intermedio" puedan ser "defendibles" dos interpretaciones; es decir, la constante y la modificada en adecuación al cambio.

En estos últimos supuestos, pienso yo que el factor del cambio puede considerarse dimanante del contexto normativo o sistemático general del ordenamiento jurídico.

Creo que, en suma, esa atención a la *realidad del tiempo en que las*

⁶⁹ *Ibid.*, págs. 349 y sig.

normas han de ser aplicadas no es sino un corolario de la esencia misma de la función jurídica interpretativa, consiste en *poner las normas en relación con la vida*, para que su *concreción*, en el caso enjuiciado, *resulte justa*. Por ello, esta atención debe ser puesta en contraste con los contextos que hemos denominado extranormativos de la propia suma. Es decir, tanto con los denominados elemento *sociológico* y elemento *práctico* –mejor que *técnico-económico*– como con la *conformidad a la cosa* en un sentido *teleológico-objetivo*. Naturalmente, se trata de poner, en cada momento, la norma en relación con la vida, tanto cuando entra en vigor, como más tarde durante su vigencia, posiblemente en contextos y circunstancias muy diferentes.

Ambos momentos, con sus respectivos contextos, no pueden dejar de ser tenidos en cuenta y, por ello, puede decirse que si cada ley, “como hecho histórico”, está “en relación con el tiempo”, su intelección también ha de estar en relación con el tiempo y continuadamente con el movimiento histórico. Por eso, en el momento en que haya de enjuiciarse cualquier hecho con una norma promulgada en otro tiempo histórico, será precisa una específica consideración de su *ratio legis* y de los criterios teleológico-objetivos.

Esto conllevará que, al ser las normas legales elementos inmóviles⁷⁰, y dado que su intelección requiere la comprensión de *elementos extrínsecos a ella*, ubicados en su *contexto extranormativo*; y, puesto que éste en el momento de la interpretación puede ser diferente del tenido en cuenta al promulgarla, evidentemente esto dará lugar a que ese cambio haya de tenerse en cuenta en la interpretación. Por ello pueden resultarnos actuales los viejos principios “*cesante causa legis, cessat etiam lex*” y “*ubi deficit interese ubi lex deficit*”. No obstante –aún carente ya de *potestas*–, la *ratio* de esa ley puede seguir sirviéndonos de base para encontrar la adecuada solución interpretativa a la luz de los principios que informaron aquella *ratio*.

VI. EL ESPIRITU Y LA FINALIDAD DE LAS NORMAS

El artículo 3, 1, termina con estas palabras: “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Este inciso corresponde al denominado *elemento teleológico*, “derivado –como, siguiendo a Edmund Mezger (*Tratado de derecho penal*, ed. Madrid, 1935, col. I, pág. 149, nota 5), dijo Castán Tobeñas⁷¹– del fin de la ley. Toda disposición del derecho es siempre el medio para obtener un fin y, por consiguiente, ha de ser interpretada dándole el significado que exija su cualidad de medio utilizable para la consecución del fin perseguido o, lo que es igual, atribuyéndole el sentido que mejor responda a la realización del resultado que por ella se quiera obtener.

⁷⁰ Cfr. mi cit. discurso inaugural del pasado Curso 1995-1996, 21, págs. 59 y sigs.

⁷¹ Castán Tobeñas, *loc. cit.*, C, págs. 240 y sigs.

"El motivo o razón, y el fin de la norma, indisolublemente unidos a este respecto, constituyen la *ratio legis* de que la doctrina clásica y moderna viene hablando, y que no ha de confundirse con la *occasio legis*, que sólo significa la circunstancia histórica que determinó la formulación del precepto legal y que tiene importancia muy secundaria en orden a la función interpretativa".

En el *mos italicus*, la *mens* y la *ratio legis* se tuvieron en cuenta en relación con la *ratio iuris*. De ese modo se trataba, en suma, de dar forma justa al hecho objeto de la interpretación, y, cuando era preciso, se alcanzaba la equidad.

En este siglo –después de haberse mantenido el debate en el cual las teorías objetivas ya venían ganando terreno a las teorías subjetivas, que identificaban la finalidad de la ley con la *voluntas legislatoris*–, exponía Castán Tobeñas que "el análisis de los motivos y finalidades de la norma jurídica supone una delicada y compleja apreciación de intereses prácticos y de ideales éticos y culturales. Sobre todo, exige ahondar en las realidades de la vida, en sus exigencias económicas y sociales. Y en esta idea fundamental están conformes los representantes de las más opuestas escuelas". Como muestra de este aserto y a continuación citó textos de Pacifici-Mazzoni, Ferrara, Reichel, Vazserra, Giner y Calderón, Lois Estévez.

"Bien se ve –concluía Castán Tobeñas– que por esta doctrina –a la vez clásica y moderna– entra en juego la equidad como instrumento de interpretación de la ley (equidad interpretativa), obligando al juez, en presencia de un texto positivo, a adoptar, en tanto lo permita el sentido de éste, interpretación lógica que corresponda a la justicia. La hermenéutica jurídica ha de proponerse, en primer lugar, descubrir el fin *concreto* perseguido por la norma; pero en cuanto éste no se presente claro y no pueda, por consiguiente, servir de criterio decisivo, ha de atender aquélla al fin *general* del ordenamiento jurídico (la *justicia*) en relación con las particularidades del caso de que se trate (idea de la equidad)". En consonancia con esto citó la S.T.S. de 20 de marzo de 1945, que aplicó al antiguo principio "*aequitas in dubio praevalet*".

Federico De Castro⁷² atribuyó valor preminente al fin de la ley, que dice: "No es éste, en realidad, un medio o elemento de la interpretación: es el objeto que la interpretación persigue y a cuya consecución han de coadyuvar los verdaderos medios de interpretación".

Recordando lo dicho en la *Partida* 1, 1, 13 "el saber de las leyes no es *far* solamente aprender a decorar las letras dellas", y que se ha de tomarlas "a la mas sana parte e mas provechosa", señaló De Castro que esta indicación "ha sabido aplicarla a la jurisprudencia buscando la *ratio legis* de cada disposición, aquilatando su valor entre las otras normas y teniendo presente siempre su última finalidad de realizar la justicia".

⁷² F. De Castro, *loc. ult. cit.*, págs. 522 y sig.

Debe destacarse, en este sentido, la S.T.S. de 26 de noviembre de 1929 que en su primer considerando, siendo ponente el magistrado Manuel Pérez y Rodríguez, declaró que "si la justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad, pues, aparte de requerirlo así razones de orden lógico y jurídico, lo contrario equivaldría a proclamar la necesidad de subordinar a la apreciación rigorista de requisitos representativos de una mayor o menor solemnidad de realización del fin supremo de la justicia, a que la disposición legal debe ante todo y sobre todo responder, y el cual fin únicamente ha de estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplique en forma tal que permita, usándose por el juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias especiales del caso, dándose lugar a que impere y se realice la efectividad del derecho, sin que ello resulte en oposición ni mucho menos contrariando al texto de la ley, y siempre que sus términos de redacción así lo consientan, al no ser tan terminantes, claros y preceptivos que incuestionablemente excluyan toda interpretación".

Después de la reforma del título preliminar de 1974, la S.T.S. de 26 de octubre de 1979 ha considerado que deben interpretarse las normas "en armonía con el ordenamiento jurídico todo, que está preñado de intencionalidad y pragmatismo en su acepción más correcta de esa finalidad que el artículo 3, 1, del Código Civil recomienda tener en cuenta en la faena del desvelamiento del sentido último de las normas, es decir, el que viene determinado por el fin a cuyo cumplimiento tienden, y sin el cual, lógicamente, carecerían de sentido".

Volviendo los ojos a la doctrina alemana vemos que –según Larenz⁷³– interpretación teleológica "quiere decir interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación". Al respecto "el intérprete ha de tener siempre ante la vista la totalidad de los fines que sirven de base a una regulación. Lo cierto es que estos fines han sido, las más de las veces, tenidos en cuenta por el legislador, pero éste no necesita haber examinado todas las consecuencias derivadas de ello en particular. Al partir, por cierto, el intérprete de los fines establecidos por el legislador histórico, pero examinando ulteriormente sus consecuencias y orientando hacia ellos las disposiciones legales particulares va ya más allá de la 'voluntad del legislador', entendida como hecho histórico, y de las concretas ideas normativas de los autores de la ley, y entiende la ley en su propia racionalidad".

Como vemos, Larenz, al apreciar cuáles son los fines de la ley, alcanza una perspectiva muy próxima a la concepción realista de la *mens* y la *ratio legis*⁷⁴, conjugadas con la *ratio iuris* o razón de justicia, así como muy cercana de la interpretación objetiva de Wach, Kholer y Binding y, también, de la nueva direc-

⁷³ K. Larenz, *loc. ult. cit.*, c, pág. 330.

ción hermenéutica propugnada por Gadamer y por Betti, aunque desde perspectivas muy distintas entre sí.

Entre esos fines –según dice Larenz⁷⁵–, algunos son fines objetivos del derecho, conformes “con la cosa”, constituyendo los criterios de interpretación *teleológico-objetivos*: unos conforme a la *naturaleza de la cosa*, y otros orientados a los *principios ético-jurídicos*, para cuyo alcance y armonía debe atenderse a la *ratio legis* del “sistema interno”, expresión que quiere decir “tanto el fin como el ‘fundamento racional’, el principio de una regulación”, que “no siempre es conocido de antemano por el legislador, sino que, de vez en cuando, sólo posteriormente es elaborado por la ciencia”.

Junto al elemento teleológico, Larenz tiene en cuenta elementos axiológicos, como muestra al tratar de la relación recíproca de los criterios de interpretación. Allí indica⁷⁶ que, si no son suficientes el criterio *literal*, la *conexión de sentido*, el ajuste a la *intención reguladora* del legislador y el fin de la norma respectiva (interpretación histórico-teleológica), entonces “el intérprete ha de recurrir a los criterios *teleológico-objetivos*, incluso cuando el legislador no ha sido quizá plenamente consciente de ello: la ‘naturaleza de la cosa’, las estructuras objetivas del sector normativo y los principios jurídicos inmanentes al orden jurídico. El postulado de justicia, de que aquello que ha de valorarse igual ha de tratarse igual, requiere, además, dentro de los límites de lo posible, evitar contradicciones de valoraciones. Por ello, el intérprete ha de dar preferencia, en el marco del posible sentido literal y de la conexión de significado (del contexto), a aquella interpretación con la cual se evite una contradicción de valoración dentro del orden jurídico”.

En la cúspide del elemento finalista tenemos, sin duda, la que Larenz⁷⁷ denomina *la aspiración a una resolución justa del “caso”* que ha de resolverse en concreto, porque: “Todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de justicia, sólo desde la cual es capaz de justificar en última instancia su pretensión de validez (en el sentido normativo)”. Por ello, añade: “Es lícito someter la ley a la tendencia de posibilitar soluciones que satisfagan a la justicia”.

Ahora bien, esto ha de hacerse –dice– “efectuando un necesario ‘rodeo’ en torno a la ley rectamente entendida”, que el mismo Larenz explica del modo siguiente:

“Para algunos jueces es obvia la tentación de dejar de lado, debido a esta meta [de la solución justa del caso], el complicado y no siempre satisfacto-

⁷⁴ El Tribunal Supremo, antes y después de la reforma del título preliminar, para interpretar ha acudido frecuentemente a la *ratio* o *ratio legis*, o a la *mens legis*; cfr. las numerosas sentencias que cita como muestra, Miguel Angel Pérez Alvarez, *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del art. 3, 1 del Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 1994, III, 3, 1, Quinta, págs. 97 y sigs., y IV, 4, 1, pág. 197 y su nota 240.

⁷⁵ Larenz, *loc. cit.*, d, págs. 331 y sigs.

⁷⁶ *Ibid.*, I, 5, pág. 343.

⁷⁷ *Ibid.*, 3, a, págs. 345 y sigs.

rio camino relativo a la interpretación y aplicación de la ley, y tomar la resolución inmediatamente, de su 'pronunciamiento' judicial, de su sentimiento de justicia agudizado por las experiencias de su actividad judicial, de su propia comprensión de lo que es 'justo' y 'equitativo'. La fundamentación de la resolución se efectúa posteriormente, con lo cual la resolución antes articulada determina el camino".

Larenz rechaza ese camino: "No puede ciertamente impedirse al juez que se forme una preopinión en relación con la resolución que ha de encontrar. Puede esperar hallarla confirmada en la ley. Pero la fidelidad a la ley, a la que está obligado, exige de él la disposición a permitir que su preopinión sea rectificadas por la ley".

No obstante, esto no quiere decir –sigue indicando– que la aspiración a una resolución "adecuada al caso" no tenga gran importancia. De ella "parte continuamente el impulso para examinar detenidamente de nuevo la interpretación de la ley y hallar nuevos puntos de vista". En algunos casos, "no existe, en absoluto, solución alguna que sea la única justa. Pero existen resoluciones que son evidentemente injustas". Esto significa "una señal de alarma"; y la aspiración a una justicia del caso será "un factor legítimo en el proceso interpretativo de la ley y desarrollo judicial del derecho, en tanto no induzca al juez a manipular la ley según sus convicciones" ... "Las indicaciones metódicas ayudan poco aquí en caso de conflicto, continuamente posible, entre la fidelidad a la ley, que le está preceptuada [al juez], y la justicia del caso, por él buscada, el juez sólo puede, en último término, fallar según su propia conciencia".

Estas últimas reflexiones transcritas de Larenz nos muestran que el fin de la ley viene a resultar la coronación de su contexto, tanto sistemático como histórico-sociológico, atendida la naturaleza de la cosa a la cual debe adecuarse la solución justa del caso. Es decir, nos muestra: de una parte, la conjunción inseparable de todos los elementos interpretativos, y, de otra, que la finalidad objetiva de las normas –como hemos visto que indicaba E. De Castro– más que un elemento interpretativo es, a la par, el punto de partida al que se orienta y el punto de llegada final de la interpretación, es su objeto. Requiere un continuo ir y venir de los principios generales al hecho del caso, pero utilizando en ese recorrido la mediación de la norma o normas más adecuadas, observando éstas desde la perspectiva de todos los elementos interpretativos y de las pautas de valor referidas tanto a la conducta de todas y cada una de las partes como al hecho considerado en sí mismo.

Para eso, es preciso que –como de la investigación dice A. Kaufmann⁷⁸– la interpretación jurídica sea siempre "reconducida a los tipos pensados por la ley, a los modelos que le sirven de fundamento. La esencia de la "interpretación teleológica" consiste en trabajar, no con los conceptos legales abstractamente

⁷⁸ A. Kaufmann, *op. ult. cit.*, VII, pág. 99.

definidos, sino con los tipos que se ubican tras de ellos". Así, al interpretar, se "argumenta a partir de la 'naturaleza de la cosa'".

Es decir, el "rodeo" a través de la ley, al que se refiere Larenz, debe efectuarse con el fin de captar su teleología objetiva, observándola en la naturaleza de las cosas ínsita en los tipos contemplados por la ley. Así se puede comprobar aquello que en el hecho del caso al que se refiere la interpretación, coincide o difiere del hecho-tipo de la norma, ponderando la diferencia con el buen sentido y la razón práctica de un jurista prudente.

Así se vuelve hoy a conectar la *ratio legis* con la *ratio iuris* suma, que es la de hacer justicia en concreto, razón final del derecho, tal como hacían los juristas del *tus commune mos italicus*.

VII. ¿COMO SE PONEN EN CORRELACION HECHOS Y DERECHO, Y QUE ES PRECISO CUESTIONAR PARA HALLAR LA INTERPRETACION MAS ADECUADA?

Desde el primer esbozo del círculo hermenéutico de la precomprensión, están interrelacionados hecho y derecho; y esta interrelación progresa a medida que ese círculo se perfila más claramente y se abre en un espiral, en el cual: los hechos se van observando, calificando y valorando jurídicamente, y así el derecho se intelige en relación con el hecho del caso. Esta interrelación dinámica culmina con la formulación de la *quaestio*.

Las normas separadas de los hechos a los que se aplican no son –según dijo Dewey– sino "un pedazo de carta" o "una voz en el aria"; y asimismo son "flatus vocis" o "pintados signos"⁷⁹ –lo que repetimos según lo escribió De Castro y Bravo– si no están informadas por los principios jurídicos, que hacen "un conjunto orgánico de las frases descosidas de un contexto articulado"⁸⁰. Cuando antes recordé esto, me permití acotar que –desde mi perspectiva– esa conversión de las normas en expresivas se produce al ser éstas iluminadas con la luz de los principios y, con ella, simultáneamente son proyectadas a la realidad concreta de los hechos del caso objeto del juicio jurídico. Observadas las leyes con esa luz, en su ajuste con las cosas, es como ocurre lo que explicó Saavedra Fajardo⁸¹.

Esta múltiple atención a los hechos y a los principios rectifica la concepción que tuvo el positivismo legalista de la "aplicación" de la norma legal, efectuada deductivamente como si fuese absorbido el hecho en la norma que lo "subsumiría. Como ha destacado A. Kaufmann⁸², "subsumir" significa "que la norma y la situación concreta de la vida son 'puestas en correspondencia'. Pero

⁷⁹ Cfr. Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, ed. en castellano, Madrid, Pirámide, 1982, vol. 3, cap. 13, 2, págs. 214 y sigs.

⁸⁰ F. De Castro, *op. cit.*, III, IV, III, 4, pág. 464.

⁸¹ Diego Saavedra Fajardo, *loc. cit.*, *supra* nota 2.

⁸² A. Kaufmann, *op. cit.*, VI, págs. 81 *in fine* y sigs.

esto no es posible, sin más, mediante un simple silogismo, porque norma y situación no son iguales: la norma reposa en el plano del deber-ser formulado, y la situación en el de la facticidad empírica. De ahí que antes de ser incluidas en un silogismo, deban ser *iguales*". Es decir: "La situación formulada conceptualmente en el supuesto de hecho legal debe ser puesta en relación con la situación concreta de la vida real, de modo que su similitud sea establecida mediante un procedimiento *tipológico*"; es decir, ha de ser "puesta en analogía". Así —advierte—, la llamada "subsunción" en nada difiere de la "conclusión analógica" referida a situaciones de hecho".

Esa puesta en analogía de "la situación de la vida y el supuesto legal" concluye con "una decisión 'teleológica'". Se trata, así, de "una *adaptación*, un *poner-en-correspondencia*, una *asimilación* de situación de la vida y norma".

De ese modo, "la subsunción no es entendida como un silogismo lógico, sino como la preparación de una situación de la vida desde puntos de vista normativos", que se efectúa mediante "*puntos de relación* para la comparación", mediante la comparación del *hecho del caso* con el *hecho tipo* de la norma.

Como dijo Casals Coldecarrera⁸³, en la moderna metodología, dentro del proceso de concretización es articulada la base fáctica —o sea, el hecho del caso— con una norma preexistente, que descansa en un presupuesto fáctico general, que constituye la base estructural de la norma. Así se trata de aproximar el *hecho del caso* y el *hecho tipo de la norma*.

Pero —según advirtió Antonio Hernández Gil⁸⁴—, "la conexión hechos-derechos no es una nueva operación de ensamblaje de aquéllos, ya establecidos, y éste, el derecho, ya determinado". Es necesaria, previamente, "una labor de aquilatamiento y de precisión. Las piezas han de ser puestas en disposición de integrarse. La acomodación presupone el reajuste. El hecho no es un troquel uniforme. Los hechos han de ser condensados y definidos en su dimensión jurídica. Este ensamblaje o conexión (...) no es un mero encuentro —un choque o una tangencia— porque la acomodación de los factores supone una última y definitiva decantación al nivel de la correspondencia que, a su vez, se desarrolla en diversas fases".

Aquí, la fase final de calificación y valoración requiere una previa formulación de la *quaestio*, que normalmente comprende varias preguntas para que, respondiendo a ellas, podamos establecer cuáles son las previsible *consecuencias* jurídicas, tanto si esta formulación se efectúa para determinar negocialmente una *res iusta* como para decidir *quod iustum est* en el caso conflictualmente debatido.

⁸³ M. Casals Coldecarrera, *Metodología de la aplicación del derecho*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1983 (discurso de ingreso), VI, 3, pág. 141.

⁸⁴ A. Hernández Gil, *El abogado y...*, VI, 4, en *Obras completas*, vol. 1, pág. 733.

A esta fase de la interpretación llegan los hechos del caso ya jurídicamente objetivados; y, a su vez, el contenido de derecho –como conjunto de principios, normas y pautas de valor– llega ya seleccionado e inteligido en relación al caso. Se trata, ahora, de un reajuste final de hechos y derecho. Este lo centraba Hernández Gil en la *calificación*, y Casals Colldecarrera en el *juicio de valor*.

Para aquél⁸⁵, calificar es “determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. Todo efecto tiene un presupuesto normativo en cuyo ámbito es pertinente; determinar si concurre o no el presupuesto es calificar”.

Según Casals⁸⁶, en el juicio de valor, “el nudo de la cuestión se ha trasladado a la justificación de los puntos de valoración y a la jerarquía de los valores aplicables”. En esto seguía a Larenz, en su explicación⁸⁷, efectuada de modo muy claro, acerca de la evidente necesidad de un juicio de valor para poder coordinar el hecho con el supuesto de hecho de la norma legal, pues aquél ha de enjuiciarse “según una pauta de valor, que primero ha de ser concretada” y que, para ello, “precisa ser llenada de contenido”.

“Por ‘valorar’ o ‘evaluar’ –dice Larenz⁸⁸– se ha de entender, ante todo, un acto de toma de posición. El objeto que ha de ser evaluado se enjuiciará al respecto como apetecible o no apetecible, razonable o no razonable, preferible a otro o colocable detrás de él. Algo que todos los hombres o todo hombre inteligente considera apetecible, se llama ‘bien’, por ejemplo la paz, la salud, la independencia, la ausencia de coacción y necesidad. Una actuación que fomenta o contiene éste y otros bienes, la aprobamos; una actuación contraria, la desaprobamos. La aprobación o desaprobación hallan su expresión en un juicio de valor, que puede ser de naturaleza moral, o, si se orienta por principios específicamente jurídicos, es de naturaleza jurídica”.

Una cuestión primordial acerca de la valoración es la de determinar si ésta ha de ser puramente emocional y subjetiva, o bien si cabe que se objetivice. Larenz es de esta segunda opinión. Entiende que, “si ya los juicios de valor morales, según su sentido, abrigan la pretensión de tener que ser afirmados por todo el que sea inteligente, de ser ‘válidos’ en este sentido, con más razón debe regir esto para los juicios de valor jurídico, que resultan de la apelación a las pautas de valoración del orden jurídico.

“La cuestión es cómo, y en qué grado, puede justificarse esta pretensión mediante ponderaciones hechas inteligentemente y orientadas al derecho”. La tarea del jurista “es precisamente la ‘cosificación’ de las valoraciones. A él incumbe, por ello, un valor ligado a principios jurídicos”.

Es cierto –como reconoce el mismo Larenz– que de esos principios generales valorativos no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones concre-

⁸⁵ *Ibid.*, 5, b, pág. 740.

⁸⁶ Casals Colldecarrera, *loc. ult. cit.*, 4, pág. 150.

⁸⁷ K. Larenz, *op. y par. cits.*, III, 3, d, págs. 283 y sigs.

⁸⁸ *Ibid.*, págs. 285 y sigs.

tas. Es preciso llenarlos de contenido, para lo cual sirven los métodos de comparación de casos y de tipificación. Es útil el método –que tantas veces también yo he preconizado– de recorrer en doble dirección el camino, de ida y vuelta, desde las ideas jurídicas generales a los casos y de éstos a aquéllas. Si bien es cierto que casi ningún caso particular es idéntico a otro en todos sus aspectos, no obstante cabe equiparar muchos casos a otros en ciertos rasgos y en alguna medida. Asimismo resulta útil ponderar las diferencias, incluso de matiz, existentes entre ellos en cuanto puedan incidir en la determinación de la *quaestio*.

Este método comparativo es preciso aplicarlo siempre para matizar tanto la identidad como las semejanzas y las diferencias entre el *hecho del caso* y el *hecho tipo de la norma*.

En el discurso del año pasado hablé del carácter instrumental⁸⁹ e inmóvil⁹⁰ de las normas legales. Frente a esta tesis, puede objetarse que del inciso penúltimo del artículo 3, 1, del Código Civil cabe inducir que las normas tienen carácter móvil, puesto que él se refiere a la realidad del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. Sin embargo, no creo que exista tal incompatibilidad. Esta sólo resulta si se pretende que todos los casos deban resolverse aplicando alguna norma legal. Pero, pienso que no es así, ante todo porque la determinación del derecho se efectúa, muchas veces, a través de los principios y de anteriores determinaciones jurisprudenciales. Aparte de aquellos supuestos en los cuales la determinación interpretativa del derecho se decide por equidad, aunque sea atendiendo, naturalmente, también a los principios.

Por otra parte, indudablemente es cierto que la realidad del tiempo en que las normas han de ser aplicadas debe tenerse en cuenta al interpretar –entendida la interpretación en el sentido genuino de esta palabra– e incluso para intelegir el ámbito que abarcan las normas, deslindándolo de aquél al que ellas no resultan adecuadas, por lo cual su regulación no puede alcanzarle. En consecuencia, en ese caso, debe determinarse la solución: acudiendo a los principios generales del derecho, atendiendo a la tradición jurídica –en especial a la jurisprudencial– y ponderando la equidad.

Ahora bien, nada de esto debe efectuarse prescindiendo de las normas, como si éstas no existieran, sino que –aun cuando no sean directamente aplicables– han de tenerse presentes, aunque sólo sea colateralmente. Incluso en caso de recurrirse a la equidad, debe de operarse teniendo en cuenta el derecho vivido, conforme hizo la doctrina del *ius commune*, expresada, con muy buena síntesis, por Mieres⁹¹, al decir: “*aequitas debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi*”.

De lo contrario se correrá alternativamente uno de estos dos riesgos: el

⁸⁹ Panorama general, 18, págs. 49 y sig.

⁹⁰ Ibid., 21, págs. 59 y sigs.

⁹¹ T. Mieres, *Apparatus super constitutionibus curialis Cathaloniae*, 2ª ed., II, VIII, II, 30, pág. 162.

de caer en el subjetivismo o bien el de perderse en razonamientos meramente cerebrinos, desatendiendo aquellas razones que en la realidad vivida han podido irse ponderando y contrastando con leyes, costumbres y jurisprudencia. Sólo desatendiéndolo se atenta contra la seguridad jurídica.

Asimismo –como seguía diciendo Mieres en el mismo texto– debe efectuarse "*non restringenda ad solas personas inter quas agitur*". Lo cual no sólo es requerido por la seguridad jurídica, sino también por la justicia misma, que no solamente tiene función conmutativa sino además distributiva y, por encima de ambas, general o legal. Entendida así la interpretación, la justicia objetiva y la seguridad jurídica, coinciden, por encima de la aparente seguridad que pretende basarse en el seguimiento literal de los textos legales.

A medida que la calificación tipológica y la valoración de los hechos del caso se van efectuando, se plantean nuevas preguntas, sea en mayor o menor número y de más o menos fácil o difícil respuesta. Precisamente, al formularlas, centrarnos la *quaestio*.

Casals Coldecarrera⁹² destacó la importancia que, para esa formulación, tiene la concurrencia de circunstancias referidas a la conducta –que, propiamente hablando, es la valorada– de los sujetos intervinientes en el hecho calificado.

Las preguntas deben referirse:

– al tipo al cual corresponde el hecho del caso y a su relación con los diversos hechos-tipo regulados por normas jurídicas o contemplados jurisprudencialmente;

– y a la determinación de las pautas de valor aplicables a la conducta de los sujetos y a su grado de estimación.

Esto requiere, necesariamente, que el intérprete las contemple desde una perspectiva elevada, a fin de que su visión alcance una amplitud tal que le permita abarcar los principios generales. Pero, consecuentemente, esto suscitará nuevas preguntas acerca del juego de esos principios, relacionándolos entre sí, y con las normas que puedan facilitarnos o aproximarnos a la solución buscada; y, específicamente, debe contemplarse el posible encaje del caso en ellos, o bien cuál es el grado de equidad al que debe llegarse.

No debemos olvidarnos de la naturaleza dialógica que requiere la interpretación jurídica para que ésta progrese⁹³. Consecuentemente, antes de dar respuesta a cada una de las preguntas que la *quaestio* suscita, es preciso sopesar las razones argüidas en pro y en contra de cada una de sus posibles respuestas. Luego, debe tratarse de ponderarlas, contraponiendo unas con otras, observando sus fundamentos, sus consecuencias y, en especial, su justicia en el caso con-

⁹² Casals Coldecarrera, *loc. ult. cit.*, págs. 157 y sigs.

⁹³ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, 100, págs. 511 y sigs.

templado. Del acierto en las preguntas resultará el interés de las respuestas, y la luz de sus razones facilitará el hallazgo de las soluciones precisas para resolver del modo más justo, o lo más ajustadamente posible, aquel hecho al cual debemos dar forma jurídica, ya sea configurando la *res iusta, inter volentes*, o bien determinando, *inter nolentes*, en el caso debatido *quod iustum est*.

No debemos dejarnos ahogar por el número de las opiniones, ni arrastrar por la calidad de sus emitentes, sino por el peso de las razones respectivas.

Así, para poder contemplar más lúcidamente la *quaestio*, desbrozaremos el camino con las oportunas preguntas que, si les damos respuestas adecuadas, nos facilitarán la más justa solución del caso.

VIII. LA ANALOGIA

Antes de la reforma del título preliminar de 1975, la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo venía aceptando la determinación del derecho por analogía (sents. de 3 de febrero de 1911, 13 de diciembre de 1913, 13 de marzo de 1916, 24 de junio de 1924, 5 de diciembre de 1925, 28 de marzo de 1944, entre otras). Castán Tobeñas⁹⁴, siendo presidente de este más Alto Tribunal, escribió con toda claridad: "El Tribunal Supremo acepta sin escrúpulo el procedimiento analógico, aplicándolo como principio del derecho a través del axioma de que 'donde existe la misma razón debe ser idéntica la regla aplicable'".

Después de la reforma del Código Civil de 1974, el innovado artículo 4, 1 y 2, dice:

"Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

"Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal, no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas"⁹⁵.

Además, la *analogia turis* –según Díez-Picazo y Gullón Ballesteros⁹⁶–

⁹⁴ J. Castán Tobeñas, *op. cit.*, sec. 3ª, V, 4, F, pág. 326.

⁹⁵ Un examen de aquellas normas de las cuales no cabe hacer extensión analógica, además de las indicadas en el artículo 4, 2, C. C., ha sido cuidadosamente efectuado por María José Falcón Tella (*El argumento analógico en el derecho*, IV, Madrid, Civitas, 1991, págs. 189-284), que extiende su estudio a los derechos penal, civil, mercantil, internacional, tributario, constitucional, administrativo, canónico, procesal y del trabajo.

Arthur Kaufmann, *op. ult. cit.*, VII, págs. 101 y sig., explica que la analogía no está prohibida en el derecho penal, sino en el ámbito del principio *nullum crimen sine lege*, que significa que el tipo de la acción punible debe ser establecido por la ley. Pero este principio no implica una prohibición estricta de la analogía, para lo cual sería preciso que el delito pudiera ser establecido "mediante conceptos unívocos excluyentemente definidos". Por ello, entiende que "la analogía está permitida en el derecho penal hasta el límite del tipo de ilicitud". Se dirá -advierte- que, en ese caso, "se puede hablar, en vez de analogía, de 'interpretación teleológica'; pero, con esto, el asunto no cambia nada".

⁹⁶ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema*, vol. I, 12, III, pág. 214.

“hay que entenderla implícita en los principios generales de derecho, en este caso del derecho positivo, cuando han de aplicarse como fuentes del derecho”.

Es de observar que Norberto Bobbio⁹⁷ entendía que la *analogía legis* y la *analogía iuris* se diferencian funcionalmente del siguiente modo:

– La estructura de aquélla forma un *quaterno terminorum*, estableciéndose la similitud, a través del cuarto término, en la línea superior del rectángulo.

– En cambio, la *analogía iuris* es integrada por un proceso ascendente de abstracción y otro descendente de subsunción, formando un triángulo en cuyo vértice superior se halla el principio general común.

Esa dualidad, ya antes había sido negada. Blas Pérez y José Alguer⁹⁸ estimaron que la analogía siempre “crea un principio más amplio que el contenido en la norma extendida y, por tanto, más general que ella; y que representa la indagación de un principio superior que, subordinando a él los dos datos particulares, puede coordinarlos”. En consecuencia, concluían: “La distinción entre *analogía legis* y *analogía iuris* sólo tiene, ..., el valor relativo y de puro matiz que hemos asignado a la distinción entre normas particulares y generales”.

Después, Boscarelli⁹⁹ rechazó radicalmente y “consideró del todo ilusoria la pretensión de distinguir entre *analogía legis* y *iuris*”.

Notemos que, en todo caso, la diferencia estructural entre *analogía legis* y *analogía iuris*, afirmada por Bobbio, queda difuminada para aquellos autores que –como F. De Castro y E. Betti– consideran que la analogía siempre está basada en un principio superior, sea de mayor o de menor grado, que determina una paridad de *ratio decidendi*.

Federico De Castro¹⁰⁰ explicó así la diferencia entre una y otra forma: “Se hablará de *analogía legis* cuando es suficiente acudir a las reglas de sólo otra institución, y de *analogía iuris* en el caso de que sea necesario utilizar reglas de varias instituciones”.

A su vez, Atienza¹⁰¹ matiza, al subdistinguir que podría hablarse “de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo,

⁹⁷ Norberto Bobbio, voz “Principi generali de diritto”, en *Novissum Digesto Italiano*, XIII, 1966, págs. 895 y sig.

⁹⁸ Blas Pérez González y José Alguer Micó, *Notas al vol. I del Tratado del derecho civil*, de L. Enneccerus H. K. Nipperdey, Barcelona, 2ª tirada 1943, pág. 223.

⁹⁹ Marco Boscarelli, “La analogía jurídica”, 3 B, *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, 8, 1954, pág. 654, nota 116.

¹⁰⁰ F. De Castro, ob. y vol. cit., IV, VI, 3, pág. 359 y su nota 5, párr. 2º.

¹⁰¹ Manuel Atienza Rodríguez, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, 7, Conclusión, 18, Madrid, Civitas, 1986, pág. 185, párrafo que lleva la nota 9.

las que se refieren a una determinada institución (*analogia iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogia iuris*)".

En suma –como había concretado Baratta¹⁰²– “la diferencia no es de naturaleza”, sino que sólo dimana de “la mayor o menor generalidad del principio adoptado para obtener la máxima decisión”, en el medio eurístico al que se recurre, a fin de hallar aquel principio mediador.

Visto esto, es posible y conveniente observar la estructura formal de la analogía.

En el derecho romano clásico la analogía se basaba en la semejanza del caso cuestionado con otro resuelto de determinado modo, sea en una ley, en una disposición pretoria o bien en una *interpretatio* efectuada en anteriores *responsae*. Hoy la analogía puede basarse en una norma, sea legal, consuetudinaria o bien jurisprudencial que constituya doctrina legal.

Estas normas –o mejor la solución dada por ellas a su caso respectivo– pueden constituir un *punto de referencia* para tratar de resolver otro caso –que es el *referente*– no resuelto satisfactoriamente en otras normas (a causa de padecerse una laguna, sea ésta normativa o bien teleológica). Entonces, la similitud entre ambos casos es el *síntoma* de que puede existir analogía. Pero, para que la haya, es esencial que esta *similitud* responda a una *ratio* que sea *común* a ambos supuestos normativos.

Esta *ratio*, sin duda, debe ser jurídica –es decir, debe ser una *razón de justicia*, lo cual no significa que tenga su fundamento en una concepción idealista, meramente ideológica. Ni, por el contrario, tampoco tiene una base positivista; pues los principios generales del derecho no siempre se inducen del ordenamiento legislado y, por otra parte, los más altos principios son supralegales.

Lo fundamental es que toda *ratio* responda, en líneas generales, a un principio, ya sea éste el principio específico de una institución, el de un conjunto de instituciones de derecho (*v. gr.*, los que fundamentan el derecho de obligaciones o de sucesiones), el de una disciplina jurídica (derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc.), los del derecho en general (principios generales del derecho) o bien ético-jurídicos, y que aquella razón los ponga en relación con una situación real viva.

Esa *ratio*, puede consistir en la *atribución* a un sujeto de una *cualidad* (buena fe o mala fe), o de una calificación (culpa, dolo, morosidad, diligencia sea la de un buen padre de familia o la de un buen comerciante), o bien en la *determinación* de cierta *proporcionalidad* (tratándose de la justicia distributiva), o, en fin, de una *similitud* o *identidad* de razón entre dos casos. Naturalmente, el *quid* radica en que se trate de una *razón suficiente*.

Ahora bien, por otra parte, ante la perspectiva que ofrece la analogía,

¹⁰² A. Baratta, “Note in tema d’analogia giuridica”, 2, *Studi in onore de Emilio Betti*, 3, vol. I, Milán, Guiffre, 1962, págs. 576 y sig.

podría objetarse que, al observarla desde la concepción de los principios de derecho, cabría decir de éstos lo mismo que Paulo¹⁰³ dijo de las reglas de derecho: "Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat". Para soslayar esta objeción, en general, la *Wertungsjurisprudenz* trata de ajustar cada principio mediante concreciones tipológicas efectuadas conforme a la naturaleza de la cosa¹⁰⁴, o bien, desde otras perspectivas, se opera atendiendo a los elementos de hecho que resulten decisivos.

En la perspectiva de la naturaleza de las cosas –como fue la que tuvieron juriconsultos romanos clásicos y los comentaristas y conciliadores cultivadores del *mos italicus*– para determinar una *ratio* suficientemente justificativa de la analogía¹⁰⁵, ha de atenderse a la cosa en sí misma y a las consecuencias de la misma dimanantes, para poder así precisar y concretar, en cada caso, si existe una identidad o una similitud de razón suficiente para que pueda invocarse la analogía. Cierta variación en el supuesto de hecho podrá dar lugar a que ya no haya identidad de *ratio* suficiente para que, por analogía, quepa acudir a aquel principio –más o menos general o concreto– a fin de que rija el supuesto de referencia; pues, tal carencia, debida a esa variación, subjetiva u objetiva, dará lugar a que aquel principio no resulte ajustado en el caso que se trata de resolver. Estas variantes pueden dimanar, en cada supuesto de hecho, de alguna diferencia que sea jurídicamente relevante, o bien de la incidencia, en él mismo, de algún elemento valorativo, que no se halle en el supuesto de hecho de la norma tomada como punto de referencia. Así, *u. gr.*, puede interferirse algún género de culpa, abuso del derecho, actos propios, enriquecimiento injusto, etc., o bien de buena fe, error sustancial o cuantitativo, etc.

Como ha mostrado Arthur Kaufmann el pensamiento tipológico, inherente a toda reflexión basada en la naturaleza de las cosas, brinda una serie de tipos que facilitan los razonamientos analógicos¹⁰⁶.

En apoyo de este aserto es de resaltar que, entre los razonamientos dialécticos o retóricos a los que hoy se vuelve, según Perelman¹⁰⁷, debe dejarse un sitio relevante a los argumentos que se fundan en la estructura de lo real, tales como son el razonamiento por medio de ejemplos o bien el modelo y la analogía, merced a los cuales "se extraen regularidades, leyes o estructuras, que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real".

El mismo Perelman¹⁰⁸, frente al razonamiento deductivo, por "encadenamiento de ideas", utilizado por Descartes, opone que éste "no es más sólido que

¹⁰³ Paulo, Dig., 50, 17, 1.

¹⁰⁴ Cfr. la Parte Sistemática de mi *Metodología*, II, últ. cit., 35, págs. 177 y sigs.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 179, párrafos que siguen a las notas 209 a 215, págs. 933 y sigs.

¹⁰⁶ A. Kaufmann, *op. ult. cit.*, VII, págs. 90 y sigs.

¹⁰⁷ CH. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 67; cfr. ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 169 y sigs.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 68, págs. 171 y sigs.

el más débil de sus eslabones", mientras que, a diferencia de él, el razonamiento analógico no contempla la argumentación "como una cadena, sino como un tejido", por lo cual "no es difícil admitir que la trama de éste puede ser más sólida que cada uno de los hilos que entran a formarla". Aceptar la analogía, dice, "es aceptar las consecuencias que de ella se desprenden, sea para estructurar o bien para evaluar los elementos de lo real".

A su vez Schwars-Lieberman¹⁰⁹ ha dicho que el razonamiento observado en el procedimiento analógico "es un razonamiento comparativo. Surgido de la comparación, fija los encadenamientos sucesivos que son comparativos. Se trata efectivamente de una jerarquía de sistemas de reenvío; pero, a diferencia de lo que dice la teoría pura del derecho, no es en función de un sistema formal de criterios positivistas de normas, desde la ley hasta la "norma fundamental", sino en función de agrupaciones de puntos de enlace que establece el razonamiento, la conciencia de los hombres, la sociedad...".

Ese es el modo –según después¹¹⁰ explica– como "captamos la 'lógica de la cosa' (ya que esto es precisamente la 'naturaleza de la cosa')".

"La naturaleza de las cosas, en su 'relevancia' para el derecho, resulta –dice¹¹¹– de una tipicidad, de efectos relacionales y de juicio acerca de ellos... Esta tipicidad después de haber superpuesto un suficiente número de casos reconocidos como similares, establece (como todas las demás) la abstracción de los datos regulares (típicos, 'definitivos'). De ahí se obtiene la estructura lógica que es la base ontológica que nos facilita el juicio acerca de la identidad, similitud o proporcionalidad de razón que fundamenta el tratamiento por analogía".

Como vemos, con esos razonamientos comparativos, en una perspectiva tipológica de lo real, se descubren, observan y comprueban tanto la laguna teleológica o axiológica como, a la vez, la analogía que sirve para cubrirla.

IX. LA EQUIDAD, DESPUES DE LA REFORMA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL DE 1973 Y 1974

En esta reforma del título preliminar del Código Civil, el artículo 3, 2, ha quedado redactado en estos términos: "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

Bastantes años antes, el texto que había redactado la Sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación, de conformidad a la ponencia del propio Castán Tobeñas y bajo su presidencia, había propuesto –según la copia que (como miembro de aquella comisión que fui e intervine en aquellas

¹⁰⁹ Schwars-Lieberman Von Wahlendorf, *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, Paris, La Haya, Mouton, 1973, cap. L'analogie, 11, pág. 180.

¹¹⁰ *Ibid.*, cap. "Logique et rethorique", 1, pág. 113.

¹¹¹ *Ibid.*, "L'analogie", 10, págs. 177 *in fine* y sig.

sesiones) conservo en una carpeta el siguiente texto: "Aplicará el juez las normas con un criterio de equidad cuando la ley se remita a ella o así resulte del propio ordenamiento jurídico en relación con las concretas circunstancias de hecho contempladas en su significado social y humano".

En cualquiera de estas redacciones –tanto con la expresión referida a cuando "así resulta del propio ordenamiento jurídico en relación con las concretas circunstancias de hecho contempladas en su significado social y humano", como si (según hoy dice el texto legal) se da el supuesto de que "la ley expresamente lo permita", con la limitación de que en otro caso los tribunales no "podrán descansar de manera exclusiva con ella"–, ocurre que la equidad se apoya (tal cual debe siempre ser) en algún principio general de derecho, los cuales tienen "carácter informador del ordenamiento jurídico" –como dice el artículo 1, 4, del Cód. Civ.–. Siendo así la equidad nunca descansará exclusivamente en sí misma –pues entonces sería tanto como una equidad cerebrina o meramente sentimental– pues siempre se apoya en algún principio más o menos general informador del propio ordenamiento jurídico.

Creo que este sentido, en el que entendemos el artículo 3, 2, queda confirmado por la *Exposición de motivos* del texto articulado del mismo título preliminar; pues explica que, en este título, la equidad "no aparece invocada como fuente del derecho, le incumbe un cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente, una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad. Queda exceptuada la hipótesis de que la ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad, mas para ello se requiere la existencia de una norma, concretamente atributiva de valor a la equidad bien distinto del que en términos generales le viene reconocido con alcance únicamente interpretativo y colaborador".

Conviene observar las diversas cuestiones que suscita esta recepción de la equidad en el texto del Código Civil.

A) La primera se refiere a si, con ella, se innova o modifica algo de lo que ya venía haciéndose en la práctica, en especial en la judicial.

En un fino y brillante artículo, Luis Pastor Ridruejo¹¹², negó que el nuevo artículo 3, 2, del Código Civil implicase una novedad en el sistema jurídico español; pues, aún cuando el nuevo título preliminar no hubiera aludido en absoluto a la equidad, "se trataría siempre de un principio que debe ser utilizado en la aplicación del derecho". Sólo se ha dado, pues, "carácter positivo a una idea rectora cuya vigencia no nace de esta operación, sino de una filosofía jurídica profunda y, en suma, de una convicción social radical".

¹¹² Luis Pastor Ridruejo, "La introducción de la equidad en el título preliminar del Código Civil", en *El título preliminar del Código Civil*. Estudios promovidos por la Academia Matritense del Notariado, Madrid, EDERSA, 1977, vol. I, págs. 205 y sigs.

En una perspectiva realista de la equidad, a través del reformado título preliminar del Código Civil, J. J. Pintó Ruiz¹¹³, enfocándola con su gran experiencia vivida en la práctica forense, la ha considerado como "un *principio directivo* que actúa inmediatamente en la aplicación de la norma, *presionando a que, como fuere, se obtenga un resultado justo* en el caso", "teniendo en cuenta todas las circunstancias y todos los hechos sensibles a la solución del caso", que juega cuando el jurista experimentado "siente la luz roja que le demanda revisión de su raciocinio".

B) Otra segunda cuestión suscitada con posterioridad a la reforma de 1974, ante la dualidad de formas de su actuación referidas en la norma del artículo 3, 2, del Código Civil, trata de explicar cual es su función como *medio para ponderar la aplicación de las normas*.

En este aspecto —como dijo el mismo Pintó— la equidad ha sido estimada como *elemento interpretativo*, con el fin de "inspirar siempre con ella la interpretación de las normas", o bien con el de "examinar si procede o no su aplicación", entendiéndose más probable la primera alternativa¹¹⁴; o bien como "criterio interpretativo o hermenéutico", mediante un "engarce de la equidad con los principios generales del derecho" que, al informar éstos el ordenamiento jurídico, permite que aquélla "pueda en cada caso intervenir como un factor de corrección o de rectificación de las consecuencias de la aplicación rigurosa de una norma jurídica"¹¹⁵. Significa así que cada caso "comporta la aplicación de los principios generales", de modo tal que "debe resolverse con arreglo a la norma que le sea aplicable, pero no a tenor de la pura letra del precepto, sino según su espíritu, averiguando mediante la interpretación¹¹⁶; y, asimismo, "como criterio de interpretación", que "perfila la problemática del caso"¹¹⁷. De dicha manera "ayudará al intérprete a superar las dudas, decidiéndose por aquella solución más adecuada a las circunstancias del caso"¹¹⁸.

C) Asumido esto, algunos autores todavía inquietan si la equidad incluso puede actuar de instrumento para superar la aplicación de una ley que resulte injusta. Lacruz y Sancho entendieron que "no hay razón para cambiar el concepto antecedente de la equidad"¹¹⁹; y a este criterio se suma Torralba Soriano¹²⁰. Por

¹¹³ José J. Pintó Ruiz, "Sentido de la equidad en el título preliminar del Código Civil", en *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil*, Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia de Cataluña, 1975, págs. 153-203.

¹¹⁴ *Ibid.*, II, 5, págs. 174 y sigs.

¹¹⁵ *Ibid.*, 10, págs. 186 y sig.

¹¹⁶ *Ibid.*, II, 11, pág. 183.

¹¹⁷ *Ibid.*, IV, págs. 189 y sigs.

¹¹⁸ *Ibid.*, págs. 200 y sigs.

¹¹⁹ José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, revisado por F. de A. Sancho Rebullida, I, I, 70 ed., Barcelona, Bosch, 1982, págs. 190 y sig.

¹²⁰ V. Torralba Soriano, Comentario al art. 3, 2, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por M. Albaladejo, núm. I-1°, 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1992, V, 2, A, pág. 547.

su parte, Díez-Picazo y Gullón¹²¹ admiten que “la equidad, engarzada a los principios generales, puede ser factor de corrección o rectificación de las consecuencias de la aplicación rigurosa de las normas jurídicas”. Y Albaladejo¹²² ha explicado que “también puede ocurrir que por las circunstancias especiales del caso que sea, acontezca que aplicarle el precepto resulte inequitativo. Entonces, aunque no diga la ley que tal precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduce del mismo resultado injusto que la aplicación acarrearía. E improcedente la aplicación en cuestión, se produce un vacío legal que hay que llenar con el principio que inspira el precepto”. De ese modo, “es despojado éste de las *particularidades* de regulación que le hacen inadecuado”, y ésa “es la forma de aplicar los principios generales”.

Visto el orden de prelación de fuentes, expresado en el artículo 1 del Código Civil, los medios de interpretación señalados en el artículo 3, 1, y el recurso a la analogía indicado en el artículo 4, ya después de la reforma de 1974, el entonces presidente de la Audiencia territorial de Cáceres Carlos Entrena Klett¹²³ preguntó: “¿Qué hacer en las situaciones patológico-jurídicas? ¿Cómo comportarse el juez ante el vacío legal, el anacronismo, el radicalismo, o la antinomia?”.

A su juicio: “el vacío legal no existe en la conciencia del legislador; pues, si así no lo pensase, no obligaría a fallar al juez en los casos de insuficiencia de la ley”, y habría previsto otros medios supletorios además de los expresados en el artículo 1.

Por eso –concluye–, en los artículos 1 y 3 del Código Civil se dan “todas las posibilidades legales para que el juez no pueda considerarse inerte para cumplir su ‘absoluta’ obligación de fallar”.

Dado que el último nivel de la bóveda legal lo constituyen –sigue Entrena– la “aplicación analógica” acudiendo a los principios generales de derecho (*analogía iuris*, como decía De Diego), actuando aquéllos al nivel de “reglas ético-jurídicas no incluidas explícitamente en el derecho positivo” pero “avaladas por la experiencia y aceptadas comúnmente por muchos autores”, ellas se “identifican con la equidad”. La diferencia –observa– es que aquéllas son “reglas abstractas que nos llevan a la justicia”, y la equidad “es el sentido de la justicia orientado al caso concreto”.

Como muestra de la actividad correctora de la ley efectuada por el Tribunal Supremo –aún sin mencionar la equidad, pero indudablemente sólo en aras de ella–, había señalado Castán Tobeñas¹²⁴, poniéndolo como ejemplo –que,

¹²¹ L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema del derecho civil*, I, ed. 1982, 12, V, págs. 216 y sig.

¹²² Manuel Albaladejo, *Derecho civil*, I, I, Barcelona, Bosch, ed. 1985, 16, 7, págs. 123 y sig.

¹²³ Carlos M^o Entrena Klett, *La equidad y arte de juzgar*, Pamplona, Aranzandi, 1979, IX, págs. 71 y sigs. Hay una 2^a ed. de 1990 corregida y revisada.

¹²⁴ José Castán Tobeñas, “La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad”, *R.G.L. y J.*, 101, 1953, E, b, págs. 404 y sigs.

dice, ya fue indicado por Blas Pérez y José Alguer¹²⁵-, la interpretación contra el texto del artículo 149 del Código Civil -que da opción al obligado a prestar alimentos, entre pagar lo que se fije o recibir y mantener en su casa al alimentario-. A pesar de que esta norma no distingue, la jurisprudencia dejó sin efecto esa opción en el caso de que, a juicio de los tribunales, una causa moral justificada se oponga al traslado del alimentista a la casa del obligado a prestar los alimentos (sents. de 11 de mayo de 1897, 25 de noviembre de 1899, 5 de julio de 1901, 31 de enero de 1902, 5 de diciembre de 1903, 2 de abril de 1910, 17 de noviembre de 1914, 5 de abril de 1923, 24 de enero de 1927). Y añadió el supuesto de la sentencia de 27 de mayo de 1914 que, "muy lógicamente", en contra de la letra del artículo 685 del Código Civil, consagró que cuando el testador no sea conocido por el notario pueden ser testigos de conocimiento dos de los instrumentales. Castán apostilló: "No son estos casos los únicos que cabría reiterar. Es muy destacado el de aquella jurisprudencia que limitó la disposición de la antigua Ley hipotecaria, y concretamente el precepto del artículo 27, no permitiendo que pudiesen alegar su calidad de terceros hipotecarios quienes tuviesen conocimiento de las condiciones en que hubo de verificarse la adquisición aunque éstas no constasen en el registro".

A su vez, Entrena Klett¹²⁶ ha puesto otros ejemplos del empleo, "explícito o implícito", que había hecho nuestro Tribunal Supremo de la equidad más allá de la ley: la sentencia de 6 de diciembre de 1912 que abrió paso, por primera vez en España, a la indemnización del daño moral por vía civil, ratificada en sentencias de 14 de diciembre de 1917, 11 de marzo de 1928, 31 de marzo de 1930, 25 de junio de 1945, 9 de diciembre de 1949, 21 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1962, 24 de noviembre de 1970, 27 de enero de 1973; la sentencia de 27 de febrero de 1924 que consideró al juez autorizado "para establecer la regla de derecho aplicable al caso sometido a su decisión cuando no existe ley o ésta es deficiente y para interpretarla si es oscura la existente". También citó sentencias que admiten "la teoría, tan equitativa como necesaria de aplicación muy cautelosa, que supone implícita en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*" (14 de diciembre de 1945), o la invocación del eterno principio "*aequitas in dubio praevalet*" (26 de noviembre de 1942); la que concatenó la equidad con el principio "nadie puede a costa de otro enriquecerse sin causa" (12 de enero de 1948); la que admitió el empleo de materiales traslúcidos para la construcción (17 de febrero de 1986); la que determinó la atribución a los nudos propietarios -antes de la vigencia de la primera Ley del régimen jurídico de sociedades anónimas- del derecho de preferencia a la suscripción de nuevas acciones y distribución de rentas, diciendo que "responde, además, a consideraciones de

¹²⁵ Blas Pérez González y José Alguer Micó, *Notas a la edición en castellano del Derecho civil (parte general)* de L. Enneccerus y H. C. Nypperdey, vol. I-1º, 1ª ed., 53, II, pág. 230.

¹²⁶ C. Entrena Klett, *op. cit.*, VII, págs. 50 y sigs.

equidad que no pueden ser desconocidas", por las cuales "debe buscarse el equilibrio entre las ventajas y los riesgos" (23 de enero de 1947); la que completó el laconismo del artículo 1.111 del Código Civil, al precisar que, "conforme las normas de lógica y equidad, el acreedor no debe inquietar a terceros que no sean directamente responsables, mientras no pruebe cumplidamente que el deudor carece de bienes" (10 de diciembre de 1948); la que, ante la colisión de los artículos 51 y 69 originarios del Código Civil (acerca de la no producción de efectos del matrimonio del bigamo y de la producción de efectos del matrimonio de buena fe), adujo que "la doctrina científica faculta a los Tribunales, en cada materia, para elegir con prudente arbitrio la norma adecuada que permita resolver cada caso con espíritu de equidad y atendiendo todas las particularidades del mismo" (7 de marzo de 1972).

Como ejemplos de equidad no sólo más allá sino correctiva de la ley, invocó las sentencias de 11 de febrero de 1946, que se apoyó en el principio "*in dubio pro benignitas habetur*"; de 31 de mayo de 1948, que moderó el rigor del artículo 361 del Código Civil "por fundamentarlo así una fundamental razón de equidad".

D) Para fijar *el alcance del empleo de la equidad por los tribunales después de la vigencia del nuevo artículo 3, 2, del Código Civil* se ha hecho preciso determinar cuál es el sentido que tiene su expresión de que la equidad "habrá de ponderarse en la aplicación de las normas".

Poco después de entrar en vigor el nuevo artículo 3, 2, Pintó Ruiz¹²⁷ indicó que la equidad ya antes venía operando en la aplicación del derecho del siguiente modo: "Ante la fuerte presión íntima que proporciona el repudio de la iniquidad, que se predica de cualquier hombre justo, el *iudex* ora acudía a la equidad sin decir su nombre, ora la mencionaba, ora le daba una función interpretativa pero directiva, de forma tal que imponía una interpretación conducente a que se obtuviera el resultado no inicuo, es decir, razonable y, por ende, justo, ora hipertrofiando los requisitos de aplicación de una norma excluía su aplicación en el caso concreto para evitar un resultado específico injusto, ora sin aludir a la equidad expresa ni tácitamente, pero buscando un resultado que expulsase la iniquidad, utilizaba más o menos rebuscados o retorcidos argumentos doctrinales y diversos fundamentos que no son más que justificaciones formales y externas de la fuerte actuación de este principio directivo de sensibilización al caso concreto que es la equidad". Por ello, concluía Pintó que, "en la práctica, como esta manera de buen juzgar ya existía, y este sutil bien juzgar es irregulable, la mención de la equidad tiene valor de una especie de espaldarazo a la actuación anterior". Por eso, como reiteró páginas después¹²⁸, "el nuevo título preliminar no aporta más de lo que se hacía, pero lo conciencia y advierte".

Por esta misma razón parece evidente que el hecho de que el artículo

¹²⁷ Pintó Ruiz, *loc. ult. cit.*, III, d, págs. 194 y sig.

¹²⁸ *Ibid.*, IV, 3, pág. 201.

3, 2, autoriza para entender la equidad, tan sólo, como modo de ponderar la aplicación de las normas, no por ello circunscribe su función a ser meramente intelectual de éstas.

Nótese que el primer supuesto del artículo 3, 2, viene aclarado, precisamente, por la delimitación que el mismo precepto hace del segundo supuesto, al decir que en él "descansa" la equidad "de manera exclusiva en ella". Así, lógicamente resulta que, conforme el primer inciso, en su supuesto la equidad puede descansar en cualquiera de las fuentes del ordenamiento jurídico, o sea, en alguna ley o costumbre o en un principio general de derecho. Esto nos lleva a tener que precisar cómo en este caso debe determinarse la equidad.

A este respecto, había explicado Federico De Castro¹²⁹ que el supuesto de la aplicación de la equidad "es la *inadecuación* (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo"; y esa inadecuación resulta por un principio de justicia "que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule no por esa regla, sino por el principio de justicia". Por eso, entendía De Castro¹³⁰ que la equidad "puede alegarse en todo caso en que se puede recurrir a los principios de justicia", del mismo modo que, respecto a todos los principios de derecho, "cabe alegar su infracción en el recurso de casación, tanto sobre lo que sea equidad como sobre su contenido y alcance; lo que, naturalmente, escapa a su alcance es la valoración de los hechos que califican un acto o una conducta".

A su vez, ya Castán Tobeñas había considerado que el juez puede recurrir a la equidad *praeter legem*, "al no haber ley ni, por consiguiente, interpretación posible", haciéndolo entonces "por intuición directa del caso y de las exigencias que dimanen de la naturaleza misma de las cosas", o bien deberá "buscar científicamente en el manantial jurídico profundo del medio social interesado la norma que en el caso específico deba aplicarse"¹³¹; y, en caso de equidad judicial correctora, "cuando la ley estimada injusta no parezca *exactamente* aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él)", se debe "prescindir de ella y acudir a los principios generales de derecho"¹³².

En el mismo sentido, Albaladejo¹³³ señala que, en el supuesto de que un precepto resulte inequitativo por las circunstancias especiales del caso, "su inaplicabilidad se deduce del propio resultado injusto que la aplicación acarrearía. E, improcedente la aplicación en cuestión, se produce un vacío legal que hay que llenar con el principio que inspira el precepto, es decir, despojando a éste

¹²⁹ F. De Castro y Bravo, ob. y vol. cit., IV, IV, págs. 471 y sig.

¹³⁰ *Ibid.*, pág. 473.

¹³¹ Castán Tobeñas, *loc. ult. cit.*, III, D, pág. 386.

¹³² *Ibid.*, E, b, pág. 398.

¹³³ Albaladejo, *loc. ult. cit.*, pág. 124.

de las *particularidades* de la regulación que le hacen inadecuado, lo que es la forma de aplicar los principios generales”¹³⁴.

E) En fin, cuando la aplicación de la *equidad sea expresamente permitida por la ley* –supuesto del inciso segundo del artículo 3, 2–, según dice este último, los Tribunales “podrán descansar exclusivamente en ella”.

Antes de la reforma Castán Tobeñas consideraba¹³⁵ que la *equidad autorizada por delegación legislativa* no solamente puede serlo por referirse nominalmente la ley al arbitrio de equidad o simplemente al arbitrio del juez, sino también cabe establecerla mediante la disposición de normas elásticas de *derecho equitativo* (*standars* jurídicos, *prototipos* de conducta, *directivas*, *máximas de experiencia*, *conceptos válvula*); “pues la norma flexible permite y obliga al juzgador a decidir el caso teniendo en cuenta todas las circunstancias del mismo, realizando aquella justicia individualizada y humana que no es otra cosa que la equidad”. Y, en el caso de que la norma adopte la indicada configuración flexible, “obliga al juez a tomar en consideración el tipo medio de conducta social correcta que impere en la categoría determinada de actos de que se trata” (buenas costumbres, buena fe, conducta de buen padre de familia, realidad social, etc.).

Después, Entrena Klett¹³⁶ ha efectuado una cuidadosa enumeración de normas legales, principalmente del Código Civil, que directa o indirectamente se remiten a la equidad, mediante:

– Remisiones a: los conceptos de “justa causa” (arts. 44, 1º, y 85 [éstos del texto originario del año 1889], 1.243, 3, 1.707, 1.901); “motivos graves” (arts. 1.701, 5); “grave perjuicio” (art. 398, 3º);

– Facultar al juez para obrar conforme a su libre y ponderado criterio (arts. 181, 182 [originario], 296, 1.103, 1.128), o para actuar conforme los condicionamientos legales (art. 1.726);

– Remitirse a los conceptos de: “buen padre de familia” (arts. 1.104, 2º; 1.555, 1.801, 1.899, 1º); “buena fe” (art. 7, 1º, 1.258); “interés de la familia” (art. 70); “buenas costumbres” (1.116, 1.316); “moral” (1.255); “orden público” (12, 3º); “realidad social” (art. 3, 1º), al que calificó de “concepto nuevo con el que se quiere aludir a los usos y convicciones de todo orden vigentes en el momento de la aplicación de la norma”;

– O hacer referencia específica y concreta: a la *equidad* (arts. 1.154, 1.690 y diversas leyes especiales, como: la de usura de 23 de julio de 1908; la de

¹³⁴ Carlos Entrena Klett, en la 2ª ed. de su *op. cit.*, Pamplona, Aranzadi, 1990, VII, págs. 71-112, estudia la posición de la jurisprudencia después de la reforma de 1974, repasando las sentencias de todas sus salas dictadas después de aquella.

¹³⁵ Castán Tobeñas, *loc. ult. cit.*, C, b, págs. 383 y sigs.

¹³⁶ Entrena Klett, *op. cit.*, VIII, C, págs. 64 y sigs.

23 de octubre de 1939, derogatoria de la de divorcio; arts. 59 y 149 de la Compilación de Aragón; Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, art. 16, 2º y 3º); la "temeridad" (en incontables leyes procesales); a "justas causas" (Ley de 17 de julio de 1965 sobre ventas a plazo de bienes muebles), y, especialmente, al "saber y entender" de los árbitros como base del fallo en el arbitraje de equidad (Ley de 22 de diciembre de 1953) [resolver "en equidad", dice la vigente Ley de 5 de diciembre de 1988]; al "ponderado arbitrio judicial", que tiene amplio campo de acción en el derecho penal para la aplicación de atenuantes, determinación de indemnizaciones, fijación de penas dentro de las escalas de delitos y penas, analogía a beneficio del reo, que tiene precedentes en la Partida 7, 21, 8 y 9.

Podrían añadirse muchas más referencias. Basta aquí citar, en materia de interpretación de los contratos, las referencias: al "plazo prudencial" (art. 1.128 del Cód. Civ.); a la "omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse" (art. 1.281 del Cód. Civ.); a que las "cláusulas oscuras": "no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (art. 1.288); a la "menor transmisión de derechos e intereses" en los contratos gratuitos o la "mayor reciprocidad de intereses" en los onerosos (art. 1.289).

La indicación del artículo 3, 2, de que, en esos casos de equidad autorizada por la ley, "los tribunales podrán descansar de manera exclusiva en ella", no creo que deba ser entendida sino como expresión de la innecesidad de "invocar" otros fundamentos, es decir, no es preciso explicar el porqué de la solución equitativa. Pero pienso que en modo alguno cabe considerar que se conceda al juez un mero arbitrio libérrimo, ni que se le permita una actuación intuitiva no contrastada. Muchos de los textos legales que se remiten a la equidad señalan al juzgador un módulo, una pauta de valor, como hemos visto; y esas pautas, que se fundamentan en un principio general, han venido siendo delimitadas por la jurisprudencia. Casals Coldecarrera¹³⁷ explicó muy bien cuál es el modo adecuado de operar en esos casos: el precepto legal "inscribe la función de la equidad" ... "específicamente en la resolución del derecho del caso"; y el tribunal opera: "a) Dotando de contenido las llamadas 'pautas de valoración' "; y b) "En la estructuración del propio juicio de valor decisorio del caso enjuiciado, para la obtención de un resultado que califique de justo".

Manuel Albaladejo¹³⁸ ha explicado ese supuesto, partiendo de que la norma que explícita o implícitamente autoriza a jueces y tribunales para resolver equitativamente, "se remite al principio general que inspira el precepto concreto, para que aplicándose aquél, y no éste, el caso quede resuelto -a tenor de sus peculiares circunstancias- de la forma que, inspirándose en tal principio, habría sido resuelto por un precepto específico que hubiese tenido exactamente en cuenta aquéllas"... "Se trata ni más ni menos de una laguna voluntaria que se

¹³⁷ Casals Coldecarrera, *Metodología*, VI, 6, págs. 205 y sig.

¹³⁸ Albaladejo, *Derecho civil*, I-I, 10ª ed., 16, 7, pág. 124.

deja libre de regulación legal singular, remitiendo, mediante otra disposición legal, a un principio general para llenarla”.

Lo que ocurre es –creo– que ese principio tenido en cuenta queda implícito o, a lo más, es indicado indirectamente a través de la pauta de valor enunciada, que debe ser tomada como criterio directivo o que se halla implícita en la norma.

No es necesario que la resolución lo enuncie.
