

**UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA  
FACULTAD DE DERECHO**

**EL ELEMENTO VALORATIVO EN LA  
INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR:  
ELISENDA DE VILLAMOR MORGAN-EVANS.**

**DIRECTOR DE TESIS:  
CARLOS DE VILLAMOR MAQUIEIRA. Catedrático de Filosofía del  
Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres.**

**CÁCERES. 2.001.**

Edita: Universidad de Extremadura

Servicio de Publicaciones

c/ Pizarro, 8

Cáceres 10071

Correo e.: [publicac@unex.es](mailto:publicac@unex.es)

<http://www.pcid.es/public.htm>

INDICE.

**INTRODUCCIÓN.....13**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

1.1.-LOS MODELOS DE DECISIÓN JURÍDICA.....26

1.2.-EL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.....28

1.3.-LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FRENTE A LA  
FICCIÓN DE LA CLARIDAD DE LOS TEXTOS JURÍDICOS.....35

1.4.-LOS USOS LINGÜÍSTICOS COMO LÍMITES NEGATIVOS A  
LA INTERPRETACIÓN DE LOS ENUNCIADOS  
LEGISLATIVOS.....51

1.5.-LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMO ASPECTO  
PARCIAL DEL PROBLEMA DE LA DECISIÓN JURÍDICA.....55

1.6.-EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.....	60
1.7.-LAS DIFICULTADES DE CONTROL DEL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	67
1.8.-LA VINCULACIÓN JUDICIAL A LOS VALORES Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA JURÍDICO.....	76
1.9.-LA POSITIVIZACIÓN JURÍDICA DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS NORMATIVOS.....	81
1.10.-REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.....	94
1.10.1.- Criterios de preferencia cuando existen intereses en conflicto.....	97
1.10.2.- Lógica del derecho.....	99
1.10.3.- Deficiencias de la materia legislativa.....	102

1.11.-REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS.....	103
1.12.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	105
1.13.-REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA.....	107
1.13.1.- Interpretación interna.....	111
1.13.2.- Interpretación externa.....	113
1.14.-REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	114
1.15.-REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS.....	124
1.16.-EL PROBLEMA INTERPRETATIVO EN RELACIÓN A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	126

1.17.-LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO LABORAL.....	129
--	-----

1.18.-REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.....	137
--	-----

1.18.1.- El Título Preliminar del Código civil y la Constitución.....	140
---	-----

1.18.2.- Métodos de interpretación de la Constitución.....	141
--	-----

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **LA INCARDINACIÓN DEL ELEMENTO VALORATIVO EN LA LEY. LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE EMILIO BETTI. LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE VITTORIO FROSINI.**

INTRODUCCIÓN.....	151
-------------------	-----

<b>A.- LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE EMILIO BETTI.....</b>	<b>152</b>
A.2.1.-INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO DE EMILIO BETTI.....	152
A.2.2.-VINCULACIÓN A LA NORMA E IMPORTANCIA DEL ELEMENTO EMOCIONAL VALORATIVO PARA SU INTERPRETACIÓN.....	159
A.2.3.-CRÍTICA AL DOGMA DE LA VOLUNTAD LEGISLATIVA Y AL AFORISMO IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO.....	166
A.2.4.-FINALIDAD TELEOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.....	173
A.2.5.-LAS LAGUNAS DEL DERECHO Y CRITERIOS PARA SU INTEGRACIÓN JURÍDICA.....	178
A.2.6.-EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA.....	185
<b>B.- LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE VITTORIO FROSINI.....</b>	<b>188</b>
B.2.1.-ESPÍRITU DE LA LEY.....	191
B.2.2.-DIMENSIÓN OPERATIVA DE LA ACTIVIDAD HERMENEÚTICA.....	196

B.2.3.-INTERPRETACIÓN JURÍDICA: ACTIVIDAD DEMIÚRGICA .....	201
B.2.4.-EL CÍRCULO HERMENEÚTICO.....	204
B.2.5.-DE LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN A LA TÉCNICA DE LA LEGISLACIÓN.....	207
B.2.6.-EL MENSAJE LEGISLATIVO.....	208
B.2.7.-EL CONOCIMIENTO DEL MENSAJE LEGISLATIVO.....	212
B.2.8.-INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL MENSAJE LEGISLATIVO.....	215
B.2.9.-LA INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. .....	217
B.2.10.-LA INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.....	221
B.2.11.- INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN V. FROSINI.....	222
B.2.12.-TÉCNICA LEGISLATIVA COMPARADA.....	225
B.2.13.-LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS.....	230



## **CAPÍTULO TERCERO.**

### **LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL. EL PUNTO DE VISTA DE FRANÇOIS GÈNY.**

3.1.-LOS ORÍGENES DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.....	233
3.2.-LA REACCIÓN CONTRA EL MÉTODO TRADICIONAL.....	235
3.3.-LA FORMULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. LOS LÍMITES DE LA LEY ESCRITA COMO FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN JURÍDICA.....	243
3.4.-LAS PECULIARIDADES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL ÓRGANO JUDICIAL.....	249
3.5.-LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DECISIÓN JURÍDICA: .....	255
3.5.1.-La reivindicación del concepto de naturaleza de las cosas.....	255
3.5.2.-Los elementos de la libre investigación científica puestos por la razón y la conciencia.....	259

3.5.3.-Los elementos positivos de la libre investigación científica.....272

3.6.-LA OPERATIVIDAD JURÍDICA DEL MÉTODO DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.....277

**CAPÍTULO CUARTO.**

**LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN. EL PUNTO DE VISTA DE BENJAMÍN NATHAN CARDOZO.**

4.1.-INTRODUCCIÓN.....282

4.2.-EL INTERÉS FILOSÓFICO EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JURÍDICA DE BENJAMÍN NATHAN CARDOZO.....289

4.3.-EL SISTEMA DE MÉTODOS.....297

4.3.1.- El método filosófico.....298

4.3.2.- El método histórico-evolutivo.....	302
4.3.3.- El método de la costumbre.....	303
4.3.4.- El método de la sociología.....	309
4.4.-LAS PARADOJAS DEL DERECHO.....	314
4.4.1.- La estabilidad y el progreso.....	314
4.4.2.- El contraste entre intereses opuestos.....	315
4.4.3.- El individuo y la sociedad.....	317
4.4.4.- La libertad y el gobierno.....	319
4.4.5.- La imitación o la creación.....	323
4.5.- LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y B. N. CARDOZO.....	325

## **CAPÍTULO QUINTO.**

### **LAS IMPLICACIONES AXIOLÓGICAS DE LAS CONSIDERACIONES DE LA NORMA JURÍDICA COMO RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS.**

5.1.-HACIA UN NUEVO ENFOQUE EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO.....	330
5.2.-LA ENTRADA EN CUESTIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	334
5.3.-LA DOCTRINA DE LA NORMA JURÍDICA COMO RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS.....	348

## **CAPÍTULO SEXTO.**

### **LA INCIDENCIA DE LOS VALORES JURÍDICOS EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.**

6.1.- INTRODUCCIÓN.....	356
-------------------------	-----

6.2- LA INTEGRACIÓN NORMATIVA COMO CAUCE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA.....	358
6.2.1.-El papel histórico en la interpretación.....	360
6.2.2. La integración como forma interpretativa.	364
6.3.- EL SENTIDO DE LA DISCRECIONALIDAD JURÍDICA.....	367
6.3.1.- La discrecionalidad soberana del poder legislativo.....	368
6.3.2.- La discrecionalidad administrativa.....	369
6.3.3.- La discrecionalidad técnica.....	370
6.3.4.- La discrecionalidad de carácter supletorio.....	370
6.4.-LAS LIMITACIONES DEL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO EN EL DERECHO.....	375
6.4.1.- El carácter de la interpretación analógica.....	376
6.4.2.- El fundamento de la extensión analógica.....	377

6.4.3.- Los límites de la interpretación analógica.....	380
6.4.4.- Distinción entre la analogía y la interpretación extensiva.....	383
6.5.- LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA COMO INSTRUMENTO PARA LA MÁS EFICAZ DETERMINACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA.....	385
6.5.1.- Diferencias entre la interpretación auténtica de la sentencia, del acto administrativo y del negocio de derecho privado.....	390
6.5.2.- La libertad del juez.....	393
6.6.-EL CARÁCTER AXIOLÓGICAMENTE REGLADO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	397
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>408</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>418</b>

## **-INTRODUCCIÓN.**

El método tradicionalista de la interpretación jurídica de aplicación de la mera letra de la ley debido a la influencia del positivismo, ha tenido un peso profundo en la historia, sobre todo desde la codificación francesa. La mayoría de juristas teóricos y prácticos niegan la incorporación de problemas axiológicos y de principios generales del derecho en el ámbito de la interpretación y la aplicación del derecho, indicando que son elementos extrajurídicos que perjudicarían a la seguridad y a la certitud del derecho.

El propósito de este trabajo es señalar que el proceso de interpretación para la posterior aplicación de la norma jurídica está necesariamente impregnado de elementos valorativos puesto que siempre el órgano judicial es quien decide la controversia jurídica ya sea mediante la ley como sucede en nuestro sistema, ya sea mediante el precedente judicial como es el caso del sistema anglosajón.

La decisión del órgano judicial significa que está incorporando su sistema de valores debiendo ser los principios jurídicos los que determinen su sentido general.

En el capítulo primero, se analiza el problema de la interpretación jurídica, debido a que a pesar de tener un regla hermenéutica en nuestro Código civil en su artículo 3.1., no deja de ser confusa, ya que el elemento valorativo es un

elemento del que no puede prescindir la realización de ninguna operación interpretadora dando entrada a elementos exteriores del ambiente social o a elementos subconscientes de la personalidad propia del intérprete. Los primeros elementos serán necesarios para llegar a una interpretación jurídica satisfactoria, práctica y eficaz, mientras que los elementos subconscientes entrarán inevitablemente en juego puesto que estamos hablando de personas; sin embargo con el reconocimiento de todos esos elementos que influyen en la decisión judicial se podrán encontrar unas bases sólidas para otorgar al derecho de la mayor certitud posible.

Se analiza el interés que existe en interpretar el derecho pero del escaso reconocimiento otorgado a la interpretación de los hechos, cuando precisamente la norma se debe actualizar en relación a estos, realizando un análisis interpretador de todos los aspectos que influyen en la decisión jurídica.

El ámbito de la interpretación jurídica es muy amplio y existen, ciertamente, problemas que parten desde el primer momento cuando se lee una norma jurídica, debido a que significado debe asignarse a las palabras de la ley. Debido a ello, el análisis debe ser pormenorizado dando la justa relevancia tanto a los aspectos jurídicos como a los hechos. Esto es así, porque no se puede aplicar ninguna norma jurídica sin darles un anterior significado, lo que implica la entrada en juego del sistema de valores, lo cual es analizado.



En estos términos, es lógica la declaración de ficción del aforismo “in claris non fit interpretatio”, al igual que la declaración que en derecho no se puede hablar de silogismo, sino de creación por parte del intérprete, porque existe el elemento valor, necesario para amoldar e interpretar la norma jurídica al momento específico en que debe ser aplicada ya que el fin de la norma es que sea eficaz.

Por lo tanto, no se defenderá en ningún momento la aplicación de la voluntad legislativa del legislador que creó en aquel momento la norma determinada sino siempre es respetará aquella norma pero adecuándola a las condiciones que se exijan en el presente.

Se analiza, igualmente, el límite para la legitimidad del ejercicio del poder judicial en su poder de decisión consistiendo éste en el sometimiento de los valores al sistema constitucional. Los valores superiores constituyen normas que operan sobre el conjunto de los problemas de la vida social, no haciendo falta que resulten positivizados, pero si que resultará conveniente.

Seguidamente se hace un breve análisis de la interpretación jurídica en diferentes manifestaciones - ley, costumbre, acto administrativo, sentencia, negocio jurídico, testamentos, derecho laboral...- haciendo un estudio de la influencia de diversos factores que provocan al juez actuar en un sentido o en otro respecto su decisión judicial, como son

influencias exteriores, por un lado, y por el otro, influencias internas del propio juez.

Cerraremos el capítulo con el problema de la interpretación de la Constitución que pone ante todo de relieve la necesidad de interpretar valores y principios y la necesidad de acudir a elementos extranormativos.

Esta necesidad se plasmará en la aparición de dos movimientos interpretativos muy relevantes respecto el término valor; movimientos que toman como base el hecho de no sumirse a la letra de la ley en el momento de interpretar la norma jurídica, debiendo darle el verdadero significado a éstas por medio del elemento valorativo: la primera corriente, que puede ser llamada “Espíritu de la ley” que se centra en la interpretación jurídica basada no en el texto de la ley, sino en su espíritu, pero siempre tomando como referente la propia norma jurídica. Y la segunda corriente llamada “Libre investigación científica” de la ley, cuya interpretación de la ley debe trascender la norma cuando no existe ley aplicable.

Así, en los capítulos siguientes, se hace un análisis de estos principales movimientos que han existido en la interpretación jurídica cuya base fundamental es la idea de incorporar valores y principios en la decisión judicial.

Por lo tanto, en el capítulo segundo “la incardinación del elemento valorativo en la ley”, se analiza el movimiento del

“espíritu de la ley”, que contribuyó a configurar una nueva concepción del derecho alejada del positivismo, así como de concepciones idealistas con gran fe en los valores objetivos del derecho. Se trata de la búsqueda del espíritu de la ley orientado a la realización de los valores y principios jurídicos, pero siempre realizando dicha búsqueda con una vinculación a la propia norma, no separándose de ella, pero sin aplicar la mera letra de la ley; aplicación ésta muy utilizada hasta entonces, pero en la que no se veía el verdadero contenido de la ley.

Dicho estudio se realizará a través de los máximos representantes del movimiento: Emilio Betti y Vittorio Frosini, quienes no se separan del entramado dogmático puesto que lo ven fundamental para la búsqueda de certidumbre y seguridad en el derecho, pero esta forma representativa de la ley deberá ser siempre fuente de valoración jurídica.

Ambos autores aplican la ley no sólo desde su comprensión lógica, donde se anclan los defensores de la aplicación mera de la letra de la ley y los defensores del aforismo “*in claris non fit interpretatio*”, sino desde una comprensión teleológica que es inmanente a ella, orientación que atribuye un juicio de valor a la norma, puesto que el valor de ésta es ser apta para conseguir su finalidad.

Su preocupación fundamental es el no olvidar nunca la perspectiva de las necesidades y exigencias de la sociedad para obtener una correcta interpretación y aplicación jurídica,

donde el intérprete ya no es mero espectador sino que es un elemento vivo y operante.

Esto es, la vinculación a la norma debe responder a las exigencias axiológicas de una valoración normativa insita en la ley, desde una reconstrucción histórica.

Se analiza la existencia de estos dos mundos – el de la letra de la ley (palabras del legislador) y el espíritu de ésta (palabras del intérprete) – oponiendo las palabras de la ley, que permanecen inmutables en los textos legislativos y la intención de la ley, diversificada según la interpretación que de ella se haga.

Emilio Betti y Vittorio Frosini consideran la legislación y la interpretación las dos fuentes del derecho: de la legislación emanan las reglas promulgadas y de la interpretación las no promulgadas, es decir, la vinculación a la norma relacionándola con la práctica social. En este panorama, veremos, por lo tanto, la necesidad de los principios generales del derecho, paradigmas que constituyen el fundamento último donde hay que remontarse.

Seguidamente, en el capítulo tercero y cuarto, se estudia el segundo movimiento relevante en la búsqueda del elemento valorativo: el movimiento llamado “Libre investigación científica”. Se analiza cómo la interpretación jurídica va más

allá de la norma legal, se aparta de ella cuando no hay solución directamente aplicable.

Debido a ello, la decisión tendrá una base extralegal a diferencia del anterior movimiento pero siempre teniendo como fundamento los elementos objetivos del derecho, en definitiva, los valores y principios jurídicos. “La libre investigación científica” propugna la incorporación del elemento valorativo a la decisión jurídica desde fuera de la ley, no ya desde la misma norma.

Analizamos esta visión de la interpretación jurídica a través de dos modelos emblemáticos que coinciden en el tiempo y en diferentes lugares: Francois Geny en Francia en el sistema jurídico continental y Benjamín Nathan Cardozo en el sistema anglosajón. Ambos autores junto a Eugen Ehrlich en Alemania forman el conjunto más representativo de dicho movimiento, siendo curiosa la coincidencia de sus tesis en el tiempo, estando en lucha contra el método tradicional de interpretación y su perdurabilidad sin necesidad de evolucionar en el tiempo.

Debido a esto, los autores constatan la preocupación por los problemas relativos al método, no queriendo descuidar la necesidad de certeza y solidez de los textos jurídicos pero reconociendo que la fórmula legal resulta, muchas veces, insuficiente.

Así, en el capítulo tercero se presenta cómo Geny señala la necesidad de acudir más allá de las fuentes formales para buscar la solución jurídica, por encima del método tradicional pero reconociendo la superioridad jerárquica de la ley escrita siempre que ésta exista.

Se analiza la posición del autor de acudir a términos externos para plasmar la decisión jurídica, afirmando que el juez no es libre pues está condicionado. Así, plasmará sus creencias personales y su sistema de valores no debiendo desprenderse de los elementos objetivos del derecho.

El problema está en encontrar dichos elementos objetivos del derecho; de esta forma, se observará cómo Geny propone un estudio para asentar unas bases sólidas desde donde podrá actuar el juez, conjugando ideas de justicia, utilidad, y de naturaleza de las cosas desde una visión sociológica e incluso psicológica.

En el capítulo cuarto, se analiza la visión de Benjamín Nathan Cardozo, siendo fundamental su posición de juez en el mundo anglosajón, ya que nos acerca de forma directa a los problemas judiciales. Cardozo hace alusión igualmente a la interpretación del estudio de un método pero basándose no ya en la ley como primera fuente sino en el precedente, pero que deberá ser abandonado cuando sea inconsistente con el sentimiento de justicia o con el bienestar social.

Cardozo indica la falta de libertad inconsciente del juez, debido a la existencia de elementos subjetivos que hacen hablar del juez como creador del derecho, a pesar de la búsqueda de una justicia objetiva. Se estudia la necesidad del autor de acudir a datos sociológicos para la búsqueda de la aplicación de una ley, debiendo tener en cuenta conceptos como el de utilidad, libertad, recta conducta y justicia, conceptos amplios a los que hay que dar su correcto sentido en el caso concreto; conceptos que pueden dar lugar a lo que el autor ha denominado “las paradojas del derecho”: paradojas que se analizan en las dicotomías – estabilidad o progreso - individualidad o sociedad - libertad y gobierno - imitación o creación -.

El tratamiento a estas paradojas como veremos no es irreconciliable, ya que la función judicial es búsqueda y comparación. Así, adentrándonos en la búsqueda de las flaquezas del juez con su sistema de valores será más fácil encontrar una justicia objetiva en base a intereses sociales.

Sin embargo, estos dos movimientos no son los únicos que incorporan el elemento valorativo al proceso de aplicación del derecho. Existe un tercer movimiento, movimiento que incorpora el elemento valorativo a la decisión del juez, no ya en la interpretación de la misma, ni al margen de la misma, sino que el juez conformaría el contenido de la norma jurídica en cuestión.

De esta forma, en el capítulo quinto, se analiza como los enunciados normativos y no ya las normas jurídicas son lo que han de interpretar los jueces. Las normas constituyen precisamente el resultado de dicha interpretación. Así, se diferencian el enunciado normativo y las normas jurídicas, asumiendo que el primero no tiene ningún significado sino que es el intérprete quien al determinar el significado crea la norma jurídica.

Así, se rompe con la idea tradicional de unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico en la obra de los profesores Giovanni Tarello y Ricardo Guastini a mediados de los años setenta, trasladando el problema del elemento valorativo en la aplicación del derecho desde el campo de la interpretación de las normas jurídicas con el que tradicionalmente lo ha ubicado la doctrina jurídica hasta el ámbito de la propia creación normativa de la norma en cuestión. De esta forma, comprobaremos que los miembros de la judicatura y la doctrina científica no han dejado de incorporar a la norma su propia escala de valores.

En el sexto y último capítulo se analiza la incidencia de los valores jurídicos en la determinación del contenido de la decisión judicial para ver en qué sentido y con qué alcance opera el elemento valorativo y dentro de estos parámetros, otra cuestión importante será analizar el grado de discrecionalidad otorgado al juez desde un visión del poder legislativo, administrativo, técnico; así como un examen de la cuestión de



la integración normativa, de la analogía, donde veremos que son actividades personales en los que el intérprete pone en acción un sistema de valores incorporando su propia subjetividad; son métodos indiscutibles de la interpretación para recabar la decisión judicial ya que se reconoce que no existe un ordenamiento jurídico completo.

Igualmente, se estudia la interpretación auténtica como instrumento de determinación de la decisión jurídica.

Así, vemos que el trabajo del intérprete consistirá en no atenerse ni a la mera letra de la ley y ni siquiera a la norma particular concreta, sino que debe superar la singularidad de la norma jurídica para unirla a la totalidad del derecho, una visión de éste en todo su conjunto, existiendo una colaboración del intérprete hasta el punto de poder hablar de creación del derecho.

Dicha creación del derecho en la decisión judicial no puede ser tomada como una creación libre sin vinculación al sentido que tiene el derecho, sino que debe ser una decisión implicada en valores y principios que deben ser constitucionales; criterios fundamentales, como se verá, para la determinación de la decisión judicial.

Nuestro trabajo consiste precisamente en resaltar la necesidad de aplicar valores en la interpretación de la norma jurídica en nuestros tiempos. Se debe intentar buscar la

solución idónea a la controversia haciendo un estudio de los problemas axiológicos implícitos en ella y en base a los principios generales del derecho. Esta aplicación de la norma conforme a elementos ajenos a la mera letra de la ley no darán inseguridad al derecho como muchos teóricos y prácticos creen.

Por ello, es necesario ver cómo los valores y principios deben ser el criterio fundamental para determinar el contenido de la decisión judicial y cómo al problema de la discrecionalidad que se le otorga al juez, se le dará un correcto uso cuando el único campo de actuación de éste sean los valores y principios constitucionales.

## **CAPÍTULO PRIMERO.**

### **LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

## **CAPÍTULO I.**

### **LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

#### **1.1.-LOS MODELOS DE DECISIÓN JURÍDICA.**

El problema general del derecho es un problema de decisión; el derecho cumple funciones muy diferentes en relación al grupo social cuya vida regula; pero en el cumplimiento de estas decisiones, está ante todo decidiendo, está adoptando soluciones, bien ante problemas que ya se han planteado y que requieren una urgente respuesta, o bien ante problemas que aunque no se han planteado todavía pueden plantearse en el futuro y se entiende que han de ser atendidos por el derecho al objeto de evitar precisamente que se produzcan. Las leyes en sentido amplio (entendidas como regulación jurídica escrita, dictada por la autoridad competente cualquiera que sea el puesto que ocupe en la escala jerárquica de las fuentes del derecho), constituyen respuestas que el derecho da ante hechos que aún no se han producido y que se pretende que sean valorados precisamente con arreglo a lo dispuesto en el texto legislativo; en este sentido establecen regulaciones generales y abstractas que no pueden atender normalmente a las peculiaridades de cada uno de los casos que se resolverán con arreglo a ellas.

Las sentencias judiciales, por el contrario, constituyen respuestas precisas ante conflictos o problemas que ya se han

planteado y que exigen una respuesta concreta por parte del órgano judicial correspondiente.

Pero ambas, tanto las leyes en sentido amplio como las sentencias judiciales son formas de manifestación del derecho que tratan de atender los problemas jurídicamente relevantes desde perspectivas diferentes. La pretendida “polaridad entre el normativismo y el decisionismo”<sup>1</sup> es, en realidad, una polaridad entre dos modos diferentes de decidir, la decisión abstracta y general de la ley y la decisión concreta y precisa de la sentencia judicial. Se trata de dos modos de decidir jurídicamente que son igualmente relevantes puesto que el derecho ha de atender a los problemas jurídicos que ya se han suscitado y que requieren una respuesta concreta y a los problemas jurídicos que puedan suscitarse, estableciendo en este caso, pautas para la solución concreta del problema en el caso de que se de el supuesto de hecho previsto por la propia norma jurídica. Las normas jurídicas actúan, así, como guías o modelos de acción para el juez, que al dictar su sentencia, habrá de tener en cuenta de manera ineludible la previsión contenida en la decisión legislativa.

El hecho de que en el caso de la decisión legislativa nos encontremos ante hechos futuros cuya regulación se prevé de antemano, marca diferencias entre la decisión legislativa y la

---

<sup>1</sup> A. CATANIA. *Decisione e Norma*. Casa Editrice Eugeni Jovene, Napoli, 1979. Pág. 50.

decisión judicial, si bien no afectan tales diferencias a la común naturaleza decisional de ambas actividades. En los dos casos, nos encontramos ante hechos, futuros inciertos en un caso y ciertos por haberse ya producido en el otro, que se entienden relevantes para el grupo social y que requieren una respuesta jurídica.

## **1.2.- EL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.**

Esto pone de relieve que el derecho actúa sobre hechos y que sólo tiene un sentido en relación a ellos, valorándolos y determinando de la forma más adecuada las consecuencias que pueden derivar a los sujetos que lo realizan por sus acciones. Lo que trata de hacer el derecho es aplicarse a unos hechos que el grupo social considera jurídicamente relevantes, estableciendo respuestas para el caso de que los hechos tengan lugar.

Los textos legislativos constituyen entonces, un presupuesto de la decisión judicial en la medida en que el juez ha de actuar conforme a los presupuestos establecidos con carácter general y abstracto por la ley. Pero la ley requiere que se determine con precisión su significado, puesto que sólo sabiendo que es exactamente lo que la ley dice, puede ésta ser

aplicada a los problemas concretos que demandan la solución jurídica.

En general, la labor de determinación del significado de los textos jurídicos es reconocida con el nombre de interpretación jurídica<sup>2</sup>. Esta constituye, en definitiva, un instrumento imprescindible para poder llevar a cabo la aplicación del derecho. La interpretación es, así, comúnmente entendida en función de la aplicación del derecho, de la necesidad de dar respuesta a los hechos que se estiman como jurídicamente relevantes<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Hay que decir, no obstante, que la expresión interpretación jurídica se usa muchas veces de manera indistinta para hacer alusión tanto a la actividad interpretativa, esto es, a la operación consistente en determinar el significado del texto jurídico de que se trate, como al resultado de llevar a cabo esa operación. En este sentido se habla de interpretación actividad y de interpretación producto. Así lo expresan, por ejemplo M. JORI- A. PINTORE. *Manuale di teoria generale del diritto*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1988. Pàg. 169: “La interpretación en general es entendida comúnmente como la actividad de determinación del significado de los enunciados lingüísticos, y también como el resultado de tal actividad” y R. GUASTINI. *Reencuentro con la interpretación* en R. GUASTINI, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de J. Ferrer i Beltrán. Gedisa Editorial, Barcelona, 1999. Págs. 202-203: “Se estiliza el término interpretación para referirse: a) Por un lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad). b) Por otro, al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto)”.

<sup>3</sup> K. LARENZ. *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero. Editorial Ariel, Barcelona, 1980. Pág. 200: “Las normas jurídicas son interpretadas, por regla general, para aplicarlas a hechos concretos”.

La conexión entre el texto legislativo y los hechos no puede prescindir de la interpretación del primero, la cual actúa como un “filtro” necesario entre la norma jurídica y su aplicación<sup>4</sup>. Filtro que resulta especialmente significativo en el caso de la aplicación judicial del derecho, pero que es igualmente constatable en los casos en que los destinatarios del derecho proceden a su aplicación pacífica acatando y observando las conductas prescritas por la norma jurídica<sup>5</sup>.

En realidad, la expresión aplicación del derecho, que es normalmente reservada a los casos de aplicación de las normas jurídicas por parte de los órganos judiciales, tiene un sentido bastante más amplio. El profesor Benito de Castro ha señalado a este respecto que la expresión aplicación del derecho se puede utilizar adecuadamente al menos en tres supuestos diferentes: los casos en que los destinatarios del derecho acatan las normas llevando a cabo sin problemas el comportamiento exigido por ellas, los casos en que se produce

---

<sup>4</sup> J. CHEVALIER. *Les interprètes du droit* en P. AMSELER (volume publié sous la direction de), *Interprétation et droit*. Etablissement Emile Bruylant, Bruxelles, 1995. Pág. 115.

<sup>5</sup> Una explicación detallada del significado de la interpretación como intermediación a partir del análisis de la etimología de la palabra interpretación en R. TAMAYO Y SALMORÁN. *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*. Editorial Themis, México, 1992. Págs. 333-334. Véase también en relación a la etimología de la palabra interpretación, R. J. VERNENGO. *Interpretación del Derecho*, en E. GARZÓN VALDES- F. J. LAPORTA. *El derecho y la justicia*. Editorial Trotta, -Consejo Superior de Investigaciones Científicas- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996. Pág. 239.



la inobservancia de la norma con la consiguiente sanción por incumplimiento adaptando el destinatario del derecho su conducta a la sanción que le viene impuesta, y los casos en que los órganos competentes dictan disposiciones o decisiones jurídicas en desarrollo de una norma que ocupa un nivel más alto en la jerarquía de las fuentes del derecho, subrayando el carácter de “aplicación del derecho en sentido estricto” de la aplicación judicial en la que “son las autoridades y órganos competentes los que proyectan o concretan la regla de conducta contenida en los preceptos generales sobre los casos concretos de la vida real, llegando a imponer a los obligados (incluso por la fuerza si fuese necesario), la conducta considerada como exigida”<sup>6</sup>.

Pero, sea cual sea el sentido que se le quiera dar a la expresión aplicación del derecho, ésta no puede prescindir de la interpretación de los enunciados normativos, de tal manera que puede decirse que la interpretación jurídica se presenta en realidad como un “momento específico del proceso de aplicación del derecho cualquiera que sea el sujeto que pueda proceder en cada caso a su realización”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> B. DE CASTRO. *Teoría del Derecho*, en A. FERNANDEZ GALIANO – B. DE CASTRO CID. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. Editorial Universitas, Madrid, 1999. Pág. 216.

<sup>7</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Taller Ediciones J.B. Madrid, 1996. Pág. 449.

El papel relevante que se atribuye normalmente a la interpretación jurídica<sup>8</sup> tiene mucho que ver con su propia necesidad, tanto con vistas a la resolución adecuada de los problemas jurídicos como a la indicación del sentido preciso que adquieren las palabras de la ley cuando es el propio destinatario del derecho el que acata voluntariamente el modelo de conducta establecido por la norma jurídica. Y es que en última instancia aplicar una norma jurídica supone “poner en práctica su contenido regulativo, acomodándolo a los hechos sociales y acomodando estos a ella”<sup>9</sup>, contenido regulativo que resulta precisamente de la propia actuación interpretadora.

No cabe duda, sin embargo, de que siendo la interpretación del texto jurídico un presupuesto necesario para la aplicación del derecho, es también un proceso que se encuentra directamente condicionado por el caso concreto que se plantea y que ha de ser resuelto conforme a derecho. Así, la norma jurídica se actualiza en relación a los hechos que se juzgan asumiendo su significado preciso como regulación jurídica aplicable al caso y en función del propio caso.

---

<sup>8</sup> R. TAMAYO Y SALMORÁN. *Elementos para una Teoría general del Derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*. Cit. Pág. 337, señala en este sentido que “el problema de la interpretación jurídica, si no agota la ciencia jurídica dogmática si constituye su parte más importante y fundamental”.

<sup>9</sup> M. RODRÍGUEZ MOLINERO. *Introducción a la ciencia del derecho*. Librería Cervantes, Salamanca, 1991. Pág. 198.

El problema es que al constituir una regulación general y abstracta, la norma jurídica no puede incorporar en su presupuesto de hecho, todos los aspectos y matices que pueden plantear los muy diferentes casos que se dan en la vida social. Por eso surge la necesidad de concretar el significado de la norma jurídica para el caso concreto atendiendo a las posibles particularidades no previstas en el texto normativo que, sin embargo, han de ser tenidos en cuenta por el intérprete-aplicador del derecho, a la hora de dictar su sentencia sobre el caso que ante él se presenta. El problema lo ha visto con mucha claridad Karl Larenz cuando señala que: “En la interpretación de las normas jurídicas se trata aparentemente de un proceso en el que la norma aplicable se coloca en cierto modo como un metro plegable sobre el hecho enjuiciable y éste es medido por él... Esto presupondría, que el hecho enjuiciable constara, en todos sus elementos ya antes de todo enjuiciamiento jurídico, y que fuera de tal condición que pudiera ajustarse exactamente al modelo dado en la norma. Tampoco esto ocurre. La mayor parte de los hechos son sumamente complejos. La norma, que tiene que simplificar porque quiere abarcar muchos hechos, aprehende de cada hecho particular sólo unos aspectos o elementos. Todos los demás, los desatiende. Pero esto conduce, no raras veces, a la pregunta de si algunos de los elementos desatendidos en la norma, son, sin embargo, tan relevantes en cada hecho concreto, que su consideración sea aquí ineludible, si no se

quiere (partiendo de la idea del Derecho) tratar lo desigual como igual y, por ello, resolver injustamente”<sup>10</sup>.

Es evidente que el significado de la norma jurídica que resulta del proceso de interpretación del derecho, no puede ser tan elástico como para variar significativamente en función del intérprete y de los hechos a los que trata de aplicarse en cada caso el ordenamiento jurídico. Hay convenciones generalmente admitidas, en relación a los usos del lenguaje, que actúan como límites a dicha elasticidad. Así, hay que asumir ciertamente que “cuando las normas se aplican, se aplican porque se les asigna significado para un caso particular, y no se las aplica cuando el significado de una norma no permite que se juzgue a su tenor un caso particular”<sup>11</sup>. Ello no impide, sin embargo, que el texto de la ley, que en principio se presenta como la regulación directamente aplicable a cada uno de los supuestos, acabe muchas veces sustituido o en todo caso, matizado por “una malla, alrededor del texto, de interpretación, restricciones y complementos, la cual regula su aplicación en particular y que ha variado ampliamente su contenido tal como éste ha de

---

<sup>10</sup> K. LARENZ. *Metodología de la ciencia del derecho*. Cit. Pág. 200.

<sup>11</sup> U. SCHROTH. *Hermenéutica filosófica y jurídica*. Traducción de J. A. GARCÍA AMADO en A. KAUFMAN, W. HASSEMER (edición a cargo de); G. ROBLES (edición española a cargo de). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Madrid 1992. Pág. 294.

considerarse decisivo en adelante, en casos extremos, casi hasta desfigurarlo”<sup>12</sup>.

En definitiva, el sometimiento del juez al derecho marca un límite ineludible a la actuación judicial. Pero es también un límite difícil de precisar. Y por otro lado es igualmente difícil controlar la actuación del juez cuando las propias normas jurídicas a las que se supone que está sometido el juez en su actuación tiene de por sí un contenido elástico e impreciso cuya determinación puntual depende directamente de la personalidad del propio juez (en último término, de cada uno de los jueces que aplican la norma de que se trate) y además sólo se actualiza en relación con el hecho o con los hechos jurídicamente relevantes que se entiende que se han de valorar con la norma.

### **1.3.- LA INTEPRETACIÓN DEL DERECHO FRENTE A LA FICCIÓN DE LA CLARIDAD DE LOS TEXTOS JURIDICOS.**

Evidentemente el sometimiento del juez al derecho y la correspondiente posibilidad de un control resultarían muy evidentes en el caso de que se admitiera la idea de la no

---

<sup>12</sup> K. LARENZ. *Metodología de la ciencia del derecho*. Cit. Pág. 201.

necesidad de interpretar los textos jurídicos por resultar su significado suficientemente claro y autoevidente.

Los partidarios de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos parecen admitir esta posibilidad, si no para todos los textos jurídicos, sí al menos para aquellos que en su opinión carecen de oscuridad. Es esta una teoría que ha encontrado un cierto eco entre los teóricos del derecho. Sus tesis fundamentales pueden ser resumidas siguiendo a Michel van Kerchove en las siguientes ideas:

1. “Existen textos claros cuyo sentido es en si y objetivamente manifiesto, evidente o de inmediato.
2. Al derivar el lenguaje jurídico del lenguaje usual, los términos que el legislador no hubiera definido explícitamente, conservan el sentido en principio inmediato que poseen en ese lenguaje.
3. La oscuridad de un texto sólo puede provenir de la ambigüedad o de la indeterminación del sentido usual de sus términos.
4. La claridad de un texto es la regla, o al menos el ideal que debe y puede realizar cualquier legislación escrita; su oscuridad es al contrario la excepción, o en todo caso, un accidente debido a una expresión defectuosa que se hubiera podido evitar.

5. El reconocimiento del carácter claro u oscuro de un texto no implica ninguna interpretación preliminar del mismo; proporciona por el contrario el criterio que permitirá determinar si semejante interpretación es necesaria (y legítima) o no”<sup>13</sup>.

En realidad, parece de todo punto lógico que si las palabras de la ley, son suficientemente claras, cualquier operación interpretativa está de más, no hace más que complicar un problema que la propia ley nos trae resuelto de antemano. De ahí, el viejo adagio latino que señala que “in claris non fit interpretatio”, y la pervivencia que el mismo ha encontrado entre los juristas a lo largo de los siglos.

Las cosas, sin embargo, resultan mucho más complicadas de lo que los partidarios de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos quieren creer. Si nos remontamos al tiempo, observaremos que en un primer momento, el adagio “in claris nos fit interpretatio” no aludía directamente a la supuesta falta de necesidad de la interpretación de los textos de los que se predicaba la claridad, sino que venía a reflejar la idea de la prioridad de la ley como fuente del derecho, sobre la

---

<sup>13</sup> M. VAN KERCHOVE. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Casation de Belgique*, en M. VAN KERCHOVE, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1978. Págs. 13-14.

doctrina científica en su pretensión de interpretar el derecho vigente<sup>14</sup>.

La entrada en vigor del Código civil de Napoleón trajo consigo un replanteamiento del sentido y de la comprensión del orden judicial al quedar sacralizado el texto legal (el Código civil) como la fuente del derecho por excelencia. La traducción directa del derecho vigente que habría de ser entendido conforme expresaba la propia letra de la ley. En este sentido, la denominada escuela de la exégesis francesa pasaba a asumir a la letra del código como el único derecho existente entendiendo que la decisión judicial tenía que ser la simple aplicación a los hechos del texto de la ley, al menos en los casos en que este no ofreciera contradicciones que hicieran inviable su aplicación automática<sup>15</sup>. Quedaba así, sólo para el caso, de que el texto pudiera ofrecer soluciones diferentes ante hechos semejantes la posibilidad de eludir la aplicación directa de la ley, aludiendo, eso sí, a los instrumentos que permitieran detectar la voluntad del legislador en la regulación del supuesto concreto<sup>16</sup>. Es así como el principio “in claris non fit

---

<sup>14</sup> L. PRIETO SANCHIS. *Ideología e interpretación jurídica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.993. Págs. 82-83.

<sup>15</sup> Véase J. BONNE CASE. *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Traducción de J. M. Lajica, Méjico, 1994 y G. TARELLO. *La escuela de la exégesis y su difusión en Italia* en G. TARELLO *Cultura jurídica y política del derecho*, traducción de I. ROSAS ALVARADO, fondo de cultura económica, Méjico, 1.995. Págs. 63 y ss.

<sup>16</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del derecho*. Cit. Pág. 47: “De hecho, lo normal es que las obras siguieran el orden de materias que reflejan los títulos, e incluso en muchas ocasiones, los mismos artículos, del código,



interpretatio” se constituía en la doctrina de los representantes de la escuela de la exégesis como la priorización de “una interpretación declarativa frente a cualquier intento de corrección extensiva o restrictiva”<sup>17</sup>.

Hoy, este principio no puede ser sostenido porque se es consciente de que el texto jurídico presuntamente claro, opera en relación a hechos de naturaleza muy diferente que pueden requerir también valoraciones de muy distinto signo, incluso comprensiones igualmente diferentes del propio tenor del texto legislativo. Además, no se entiende que pueda considerarse a un texto como claro si no es como consecuencia de la previa interpretación que de ese mismo texto se haga.

Así, es como se dice, la claridad del texto es la consecuencia directa de la interpretación de la letra de la ley, lo que no parece compatible con el hecho de que se mantenga al mismo tiempo que donde hay claridad del texto legislativo,

---

consagrando de esta manera no sólo al código, a la ley positiva, como único derecho auténtico, sino también al comentario del código (liberado de cualquier inclinación conceptualista) como la forma legítima de explicación del único derecho auténtico. Esta sublimación de la letra de la ley sólo cedía en los casos puntuales en que se detectaban contradicciones en su texto para cuya solución se habilitaba, también como único método adecuado, el recurso al análisis de los trabajos preparatorios de la ley en busca de la determinación precisa de la voluntad del legislador, la cual convenientemente traducida en el código constituía la regulación completa y perfecta de cualquier hipotético conflicto que debiera resolver el juez o considerar el teórico del derecho”.

<sup>17</sup> L. PRIETO SANCHIS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 85.

no cabe la realización de ningún tipo de interpretación del mismo. El propio principio de la claridad de los textos legislativos constituye, en este sentido, un ejemplo vivo de ficción jurídica que desde un punto de vista teórico, no puede resultar sostenible, al menos, en su consideración de principio que excluya la necesidad de interpretación de los textos contenidos en las disposiciones jurídicas<sup>18</sup>.

La doctrina del sentido claro de los textos jurídicos y la consiguiente exclusión de la necesidad de interpretarlos constituye, en este sentido, una visión irreal de funcionamiento del ordenamiento jurídico, que siempre requiere la atribución de significado a unos textos jurídicos que mientras no sean interpretados no pueden resultar operativos, ni constituir la base para ninguna decisión judicial sobre ningún supuesto planteado. Está claro, que ello sugiere echar por tierra, la visión del texto de la ley, como un texto puro e incontaminado de cualquier referencia personal y valorativa. Pero supone sobre todo, tener en cuenta, la realidad de las cosas, admitiendo la intervención del factor humano, con todo lo que todo ello pueda suponer de indeterminación de la sentencia judicial, incluso de la interpretación de la ley, en la medida que

---

<sup>18</sup> M. VAN KERCHOVE. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Casation de Belgique*. Cit. Pág. 50: “no parece que haya otro término para calificar al uso que hace de la noción de claridad la referida doctrina del sentido claro de los textos, aún largamente acreditada por nuestro Tribunal Supremo que el de ficción jurídica. Como toda ficción jurídica, la de la claridad textual absoluta, o incluso, solamente independiente de toda interpretación previa, nos resulta teóricamente indefendible”.

se entiende, como bien ha señalado Roberto J. Vernengo con “las decisiones de los jueces son a la postre, decisiones que toman seres humanos para modificar las expectativas de otros hombres”<sup>19</sup>.

Lejos de cualquier tentación decisionista, tendente a atribuir un injustificado poder discrecional al juez a la hora de determinar el sentido de la norma legal, la negación del sentido claro de los textos jurídicos con su consiguiente consideración como una ficción jurídica indefinible no hace más que inmunizarnos frente al ejercicio dogmático del poder del juez que amparándose en la presunta claridad de los textos legislativos pretendiera ilegítimamente evitar el control que el propio grupo social ha de realizar de sus decisiones, denunciando el posible sentido irracional de las mismas que pudiera justificar su anulación<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> R. J. VERNENGO. *Interpretación del derecho*. Cit. Pág. 258.

<sup>20</sup> M. VAN KERCHOVE. *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Casation de Belgique*. Cit. Págs. 49-50. “Finalmente, si la doctrina del sentido claro de los textos permite eludir los problemas de interpretación sin resolverlos, hay que admitir que éstos son resueltos por otras vías y que esta doctrina, desde este punto de vista, tendrá todavía una tercera función, a la que podría llamarse una función de disimulación. ¿Pero qué puede disimular? Será tanto la diversidad de criterios de la que una interpretación es tributaria, tanto la pluralidad o indeterminación de conceptos usuales de un término. De una forma general y más fundamental, se dará la existencia en el Tribunal Supremo de una elección verdadera entre diversas interpretaciones posibles cuyo carácter particularmente creador pone en juego a la vez el ideal de seguridad jurídica de la que hemos hablado y una concepción tradicional de su misión de la que parece no querer separarse abiertamente”.

La falsa transparencia de los textos constituye, así, el abrigo – aparentemente el más inocente- detrás del cual se puede disimular el

Se ha sostenido que la permanencia del principio “in claris non fit interpretatio” en la vida jurídica tiene su razón de ser en el hecho de que en la misma operan no sólo los técnicos del derecho, sino también otros individuos que no tienen otro tipo de conocimiento especializado acerca del funcionamiento del fenómeno jurídico<sup>21</sup>. Y para ellos, siempre resulta más cómodo pensar en las normas jurídicas como una serie de textos claros y sencillos de aplicar que sólo en algunos momentos concretos presentan problemas de interpretación, sobre todo, por la complejidad de los problemas a que se enfrentan.

---

ejercicio dogmático de un poder que espera ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a cualquier control verdaderamente racional así como a toda decisión. En conclusión, parece que no haya más que un término para calificar el uso que hace la doctrina de la noción de claridad, del “sentido claro de los textos”, todavía fuertemente acreditado por nuestro Tribunal Supremo, y es el de ficción jurídica. Como cualquier ficción jurídica, la de la claridad textual absoluta, o incluso independientemente de cualquier interpretación anterior, nos parece teóricamente indefendible. Sin embargo, como ficción jurídica, reconocemos con Kelsen, que en miras de este o aquel punto de vista político, esta ficción univocidad de normas jurídicas puede presentar grandes ventajas.

<sup>21</sup> L. MIRAUT MARTIN. *Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos* en Revista de ciencias jurídicas de la universidad de las Palmas de Gran Canaria nº 3, 1998. Pág. 212: “Sin embargo, sigue operando con más o menos fuerza en la vida jurídica (el principio in claris non fit interpretatio) porque sigue operando la ficción de la claridad de los textos jurídicos. La pervivencia de este principio se explica sobre todo, porque en la vida jurídica no solo actúan los operadores jurídicos sino también otras personas no especializadas en el conocimiento del derecho, que precisamente porque no son especialistas no han asumido todavía la falta de fundamento de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos”.

La circunstancia de que sean estos individuos ajenos al conocimiento técnico del derecho quienes en gran medida asumen la idea de la claridad de los textos jurídicos hace aún más peligrosa a esta doctrina porque, como es lógico, las personas no iniciadas en el conocimiento del derecho, tiene menos posibilidad de enfrentarse con éxito a la operación encubridora que puede desarrollar el principio “in claris non fit interpretatio”. Esto ha provocado que en general la doctrina jurídica rechace en nuestros días la vigencia de esta máxima jurídica y la consiguiente prohibición de interpretar los textos normativos que se entiende que resultan absolutamente claros y que no plantean ningún problema para su aplicación inmediata por parte del órgano juzgador.

El planteamiento de la doctrina civilista, que durante muchos años ha representado al sector doctrinal que en mayor medida se ha ocupado de los problemas de la interpretación y de la aplicación del derecho es suficientemente esclarecedor a este respecto.

Así ya, José Castán Tobeñas señalaba en su Derecho civil español común y foral que: “No sólo requieren interpretación las leyes conocidamente dudosas. La doctrina moderna rechaza la máxima in claris non fit interpretatio, todavía reconocida algunas veces en la jurisprudencia de nuestros tribunales y entiende que la interpretación se aplica a todas las leyes sean claras u oscuras porque no hay que confundir la interpretación con la dificultad de la

interpretación. La inteligencia de un texto, dice Ferrara, puede ser o más o menos fácil (y, por lo demás, la facilidad está con la persona que interpreta); pero esto no quita que la ley se presente siempre como un texto rígido que debe ser animado e iluminado en su sentido interno, por la actividad interpretativa”<sup>22</sup>.

De igual modo, José Puig Brutau, después de reconocer que el criterio *in claris non fit interpretatio* es muchas veces una llamada a no tergiversar el texto de la ley en el ámbito de la interpretación, reconoce, no obstante, que: “Las palabras pueden tener diversos sentidos y muchas veces el intérprete ha de resolver cual de ellos es admisible, lo que ya no puede considerarse como una interpretación estrictamente literal”<sup>23</sup>. Y en este sentido asume la idea del profesor José María Rodríguez Paniagua quien considera que la caracterización de un enunciado normativo como claro lo que hace es constatar que el resultado de la interpretación gramatical resulta razonable, todo lo cual requiere lógicamente la previa interpretación finalista del texto legislativo en cuestión<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho civil español común y foral*. Tomo 1. Vol. 1. Editorial Reus S.A. Madrid, 1984. Pág. 584.

<sup>23</sup> J. PUIG BRUTAU. *Compendio de derecho civil*. Vol. 1. Editorial Bosch, Barcelona, 1.987.

<sup>24</sup> J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA. *Ley y derecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.976. Pág. 93.

Por su parte, José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano y Jesús Delgado Echeverría, después de señalar el sentido tradicional del principio *in claris non fit interpretatio*, dirigido a impedir que los operadores del derecho manipularan en su propio beneficio textos legislativos cuyo significado resultaba evidente y manifiesto, sentido que así expresado, no puede dejar de resultar aceptable a los juristas, expresa, no obstante, que la determinación de que el texto legislativo resulta realmente claro “es ya una operación hermenéutica y a veces un periodo aparentemente unívoco puede representar una regulación distinta de la que se desprende de su sentido literal, al ponerse éste en relación con su circunstancia histórica, con la finalidad de la regulación y con el sistema en que se inserta; la ley no es como las fórmulas matemáticas o físicas que son inequívocas y dan cuenta inmediatamente de toda su posible virtualidad”<sup>25</sup>.

Todo ello les lleva a concluir acerca de la necesidad lógica de la interpretación de las normas jurídicas, “incluso cuando las palabras compongan periodos de significación literal claro y unívoco, pues aún entonces el sentido del precepto puede no coincidir con el que se desprende de su letra”<sup>26</sup>. De ahí la exigencia de que el principio *in claris non fit*

---

<sup>25</sup> J. M. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, I. J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Elementos de derecho civil. Introducción a la parte general del derecho civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 1988. Págs. 268-269.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Pág. 269.

interpretatio sea entendido en su sentido flexible como prohibición de atribuir a las palabras de la ley significados irracionales que se separen del significado usual de las palabras, y es que de otro modo, dicho principio “entendido a la letra no tiene sentido, porque todo hecho significativo precisa una comprensión por parte del sujeto preceptor y en la interpretación consiste en eso<sup>27</sup>.”

Este mismo rechazo a la utilización del principio in claris non fit interpretatio en su significado tradicional, como prohibición de la interpretación de los textos claros es mantenido también en la actualidad por la generalidad de los cultivadores de la teoría y de la filosofía del derecho. Así, Luis Prieto Sanchís señala que la decadencia del principio “no obedece a que haya dejado de creerse en la posibilidad de leyes claras, sino de modo principal a que ya no se concibe la interpretación como una tarea meramente intelectual y descubridora de un significado propio e independiente de la enunciados normativos”<sup>28</sup>. Rafael de Asís Roig afirma que “prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación tienden a recalcar que la claridad de las normas es algo que viene después de la interpretación y no antes”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibidem. Pág. 268.

<sup>28</sup> L .PRIETO SANCHÍS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 83.

<sup>29</sup> R. DE ASÍS ROIG. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Editorial Marcial Pons, Madrid,1995. Pág. 179.



Benito de Castro, por su parte, indica que “la necesidad de interpretación no afecta sólo a las normas especialmente obscuras, imprecisas o difícilmente inteligibles, cualquier texto normativo, incluso el mejor formulado y el más claro necesitaría ser desentrañado en su sentido. Resulta patente en consecuencia la inexactitud de esa apreciación o principio tradicional de que la interpretación resulta innecesaria ante las normas jurídicas claras (*interpretatio cessat in claris*)”<sup>30</sup>.

Ramón Soriano indica que ni siquiera el brocardo hermenéutico latino *in claris non fit interpretatio* es hoy sostenible. Por el contrario, las normas son cada vez más complejas y en la misma medida se impone la necesidad de la interpretación de su significado y su alcance antes de ser aplicadas.

La interpretación jurídica, es, pues, una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico, ya sea o no su expresión clara, porque no sólo hay que interpretar su contenido en si mismo, sino la relación sistemática de las normas, sus antecedentes históricos, los fines sociales, que pretendía cumplimentar, etc.<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> B. DE CASTRO CID. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 165.

<sup>31</sup> R. SORIANO. *Compendio de teoría general del derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1.993. Págs. 245-246.

Por otro lado, Ignacio Ara Pinilla señala que: “Aún cuando las reglas de la sintaxis gramatical responden a un sistema establecido bastante tecnificado que permite eliminar muchas ambigüedades, en el terreno semántico la situación es muy diferente, requiriéndose para poder fijar el sentido exacto de las disposiciones, la utilización combinada del resto de los criterios interpretativos. Obvio es que esta idea colisiona frontalmente con el adagio jurídico que excluye la necesidad de la interpretación cuando los términos que integran el enunciado normativo resultan claros (*in claris non fit interpretatio*). Pero es que la naturaleza convencional del lenguaje y la necesidad de adecuar el sentido del enunciado jurídico a las diferentes situaciones que puedan caer dentro de su ámbito de regulación hacen absolutamente indefendibles este tipo de afirmaciones”<sup>32</sup>.

Manuel Segura Ortega indica: “Hoy ya nadie sostiene que la interpretación sólo afecta a un tipo de normas (las que son confusas y oscuras) sino que, por el contrario, se afirma que todas las normas, absolutamente todas, debe ser interpretadas. Pero adviértase que esta afirmación no se hace sólo por el hecho de que en la actualidad las normas jurídicas sean cada vez más complejas, sino que también se defiende la idea de que las normas aparentemente claras y sencillas

---

<sup>32</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 459.

necesitan ser interpretadas”<sup>33</sup>. Nuria Belloso Martín dice que “el brocardo latino *in claris non fit interpretatio* no es hoy sostenible. Por el contrario, las normas son vez más complejas y por ello se impone la necesidad de la interpretación de su significado antes de ser aplicadas”<sup>34</sup>.

Por otro lado, Luis Martín Roldán y Jesús Aquilino Fernández Suárez indican que “el clásico principio de que *in claris non fit interpretatio* hoy día es totalmente rechazado tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial porque parte de unos presupuestos ideológicos falsos. Yo diría que la claridad de los preceptos es inversamente proporcional a la inteligencia o preparación científica del intérprete mientras que la necesidad de la interpretación es directamente proporcional”<sup>35</sup>.

El rechazo a esta estilización del principio *in claris non fit interpretatio* no sólo se ha dejado sentir en el ámbito de la doctrina jurídica. Ha llegado también a los tribunales de justicia, aun cuando muchas sentencias siguen todavía

---

<sup>33</sup> M. SEGURA ORTEGA. *Teoría del Derecho*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.995. Pág. 207.

<sup>34</sup> N. BELLOSO MARTIN, *La interpretación y la aplicación del derecho. El poder judicial: creación y aplicación del derecho*, en N. BELLOSO MARTÍN- J. SANTAMARÍA IBEAS. *Materiales para prácticas de teoría del derecho*. Editorial Dykinson, Madrid, 1.997. Pág. 88.

<sup>35</sup> L. MARTINEZ ROLDAN – J. A. FERNANDEZ SUAREZ, *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel, Barcelona, 1.994. Págs. 280-281.

refiriéndose en ocasiones al principio. Lo cierto es, sin embargo, que ya en el año 1972 señalaba el Tribunal Supremo que la interpretación del principio *in claris non fit interpretatio* debía adquirir un significado netamente diferente al que tradicionalmente se le venía reconociendo. Así, en su sentencia de 12 de junio del citado año señala que “resulta casi insoslayable que para aplicar cualquier precepto legal a un caso práctico se precisa una tarea encaminada a indagar el sentido y alcance del precepto, porque incluso cuando se invoca el principio *in claris non fit interpretatio* es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que es clara, sencilla y sin ambigüedades”.<sup>36</sup>

De todos modos, una cosa es pensar que la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos carezca en nuestros días de fundamento, resultando incluso peligrosa, por lo que pueda suponer de creencia errónea y encubridora para los destinatarios del derecho, y otra muy distinta, pensar que el significado de las palabras que puedan utilizar los textos legislativos resulte absolutamente libre, cayendo sobre la decisión plenamente discrecional del intérprete su decisión. La verdad es que aunque no hay una claridad previa de los textos jurídicos, si hay, por lo menos, algunos significados que pueden ser desterrados por resultar absolutamente ajenos a los usos lingüísticos de la comunidad social de que se trate. Es por

---

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1.972.

eso, que se propone tradicionalmente como uno de los criterios de interpretación de las normas jurídicas el que la misma se atenga al sentido propio de las palabras.

#### **1.4.- LOS USOS LINGÜÍSTICOS COMO LIMITES NEGATIVOS A LA INTERPRETACIÓN DE LOS ENUNCIADOS LEGISLATIVOS.**

Hay que entender, en cualquier caso, que la expresión “sentido propio de las palabras” no se puede entender de el sentido de que éstas tengan un significado inmanente que le sea atribuido de manera definitiva e invariable. Las palabras no guardan con su significado una relación mecánica y precisa.

El significado de las palabras y también el significado de las palabras que utilizan los textos legislativos es un significado variable en el tiempo cuya determinación está directamente vinculada además con el contexto en que se usan las palabras, y tratándose de las palabras de la ley, con el supuesto o los supuestos concretos que se tratan de medir con arreglo a la citada ley. En este sentido, hay que entender que la expresión sentido propio de las palabras, resulta equivalente al sentido usual de las palabras. Así, si se dice que el intérprete del derecho ha de entender el texto legislativo conforme al sentido propio de sus palabras no se está asumiendo en modo alguno que las oraciones comprendidas en la disposición

jurídica de que se trata resultan claras en su significado, pero sí se le está diciendo al órgano encargado de la aplicación del derecho que no se puede inventar un significado diferente de las palabras al que es normalmente aceptado en la comunidad social de que se trate.

Es verdad, de todos modos, que el significado usual de las palabras puede ser distinto en el uso de los técnicos del derecho (los abogados, los jueces, funcionarios públicos, etc...) y en el uso del hombre de la calle. Hay palabras que el derecho toma del lenguaje natural tecnicizándolas en un sentido diferente al usual de tal manera que el nuevo significado pasa a ser un significado usual entre los juristas, distinto al significado que usualmente adquieren las palabras en el habla cotidiano de los miembros del grupo social. Aquí, sí se puede plantear un problema al intérprete del derecho, que habrá de tener en cuenta, en todo caso, la percepción que el destinatario de las normas jurídicas pueda tener de los términos lingüísticos que usan los textos legislativos si bien es común entender que el significado técnico jurídico de las palabras de la ley tendrá lógicamente un carácter preferente<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> M. ROGRIGUEZ MOLINERO. *Introducción a la ciencia del derecho*. Cit. Pág. 226: “A este respecto hay que decir que las ventajas del lenguaje general o común son su flexibilidad, su riqueza de matices y su mayor capacidad de adaptación a la materia jurídicamente regulable. Pero estas mismas cualidades constituyen la causa de sus inconvenientes; pues las palabras de que se sirve permiten un número mayor o menor de significados, que dificultan mucho la labor interpretativa, máxime cuando el significado plasmado en la norma jurídica es obvio. En cambio, los términos de un lenguaje técnico otorgan mayor precisión y mayor seguridad a la regulación jurídica. Pero, a la inversa, son también

De cualquier modo, lo importante en este momento, es reseñar, que no existe claridad de los textos jurídicos que no deriven necesariamente de la realización de una previa operación interpretativa, y que a la hora de llevar a cabo la citada interpretación de la norma jurídica, el intérprete habrá de tener en cuenta como un criterio más (un criterio que no tiene, sin embargo, carácter excluyente) la conveniencia de no separarse de las convenciones lingüísticas del grupo social, esto es, en definitiva, la conveniencia de no separarse del significado usual de las palabras comprendidas en los textos legislativos.

Desde este punto de vista, la separación del sentido usual de las palabras, constituirá una desviación de la función que se la atribuye al órgano judicial al pedirle a éste, que

---

menos flexibles, tienen menos capacidad de adaptación y poseen menos riquezas de matices; además, no pueden existir términos de tal condición para referirse a todos los objetos que se mencionan en la regulación jurídica. Todo esto es obviamente aplicable al lenguaje técnico-jurídico. Así ocurre, por ejemplo, con los términos contrato, crédito, propiedad, posesión, herencia, legado, testamento, anulabilidad, impugnabilidad, etc., etc. Cuando se trata de términos del lenguaje común que tienen un significado específico en el lenguaje técnico-jurídico, participan de las ventajas e inconvenientes de uno u otro lenguaje según el sentido que se les otorgue. Tal ocurre, por ejemplo, con las palabras como cosa, acuerdo, causa, obligación, proceso, nulidad, etc., tan corrientes en el lenguaje común, pero que en el lenguaje técnico-jurídico tienen un significado muy preciso. Así la palabra “cosa” en Derecho significa propiamente “objeto de negocio”. En estos casos, surge inevitablemente saber cual de los dos significados de los términos prevalece, si el que corresponde al uso general del lenguaje o el que corresponde al uso específico del lenguaje técnico-jurídico. Es obvio que, por regla general, debe prevalecer el significado técnico-jurídico, a no ser que el contexto y

enjuicie los hechos con arreglo a una premisa normativa, que le viene dada de antemano, y a la que se entiende debe quedar directamente vinculado.

Pero si el órgano judicial se encuentra vinculado entre otros criterios por el criterio de entender las palabras de la ley, conforme a su significado usual, hay que entender también, que ello no impide que en la determinación final del significado de la ley, entren en juego aspectos inequívocamente valorativos, y es que también hay, usos diferentes e igualmente admisibles de las palabras, y también lógicamente de las palabras de la ley.

El significado usual de las palabras no es una verdad definida, de una vez por todas, y no nos conduce, por consiguiente, a una solución exacta e incontrovertida. Lo que sí hace es eliminar la posibilidad de que el intérprete de las normas jurídicas atribuya a éstas, significados inaceptables, desde el punto de vista del grupo social al que van destinadas las propias normas. Constituye, en este sentido, al menos, un límite negativo para la atribución de un significado a las palabras de la ley. Un límite que debidamente considerado en conjunción con los demás criterios interpretativos no puede superar el órgano decisor en su labor interpretativa, pero que de ninguna manera puede resolver, por si solo, el problema crucial de la interpretación del derecho, y de la decisión

---

los demás criterios interpretativos induzcan a pensar que el término fue utilizado en el significado del uso general del lenguaje”.



judicial correcta. La entrada en juego del elemento valorativo se hace a este respecto inevitable, por ser en última instancia, el órgano judicial quién desde la perspectiva de sus propias creencias y valores personales, termina atribuyendo a las palabras de la ley, su sentido final.

### **1.5.- LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMO ASPECTO PARCIAL DEL PROBLEMA DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

El problema de la decisión jurídica y de la consiguiente entrada en juego de los elementos valorativos de la misma, es sin embargo, mucho más amplia que el que hemos venido indicando hasta este momento. La determinación del significado de las palabras de la ley, constituye, un momento concreto del proceso global que lleva a la decisión judicial. Un momento crucial, desde luego, pero que en si mismo, no resume toda la complejidad, las dificultades inherentes al problema. En este problema están implicados hechos, que también han de ser enjuiciados y precisados. No basta, por tanto, precisar qué es lo que dice la norma, sino que también hay que precisar, cuales han sido los hechos, qué relevancia jurídica tienen, cuál es la calificación jurídica que merecen desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de que se trate y cuales son las consecuencias que, conforme a derecho, habrán de ser imputadas a la realización de tales hechos.

El profesor Luis Prieto Sanchís ha expresado de forma adecuada la complejidad de esta cuestión al señalar que: “En realidad, la tarea del juez no comienza con la atribución de significado a un enunciado normativo. Ese constituye, tal vez, el momento central, pero para llegar a él, han de verificarse algunas operaciones que con frecuencia condicionan o casi prejuzgan el resultado final. Tales operaciones suponen una cualificación jurídica provisional de los hechos y una individualización de la norma o segmentación del sector normativo relevante; labores que pueden presentar una dificultad variable, pero que no implican, en todo caso, adopción de decisiones y utilización de criterios valorativos que no son reconducibles a las reglas de la inferencia lógica. La complejidad es considerable si tenemos en cuenta que en esta fase se entrecruzan apreciaciones fácticas y normativas, ya que los hechos han de ser ponderados a la luz de criterios legales y éstos a su vez, identificados en función de los hechos”<sup>38</sup>.

La doctrina del silogismo judicial trataba de superar estos problemas negando la propia existencia de los mismos. Para ella, la cuestión estaba clara, dado un determinado hecho, situación, que eran considerados jurídicamente relevantes, al órgano judicial no le correspondía otra función que el buscar

---

<sup>38</sup> L. PRIETO SANCHIS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 88.

en el conjunto de las normas jurídicas que formaban el orden vigente, alguna norma concreta que contemplara especialmente el problema de que se trataba, y a continuación aplicar de una manera mecánica e inexorable la consecuencia jurídica que la propia norma preveía para el caso. Así, dado un determinado hecho jurídicamente relevante, el hecho se subsumía en el supuesto previsto por la norma, recayendo sobre él, los efectos que la propia rama atribuía al supuesto de hecho que contemplaba.

En este contexto, la labor de los jueces no tenía nada de creativa, al ser entendidos estos, conforme a la vieja fórmula que expresaba Montesquieu en su obra “Del espíritu de las leyes” como “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>39</sup>.

Hoy en día, parece claro que, al margen de los problemas que presentan la interpretación de los textos legislativos, que sirven para enjuiciar los hechos, también la aplicación del derecho encuentra problemas en relación a los propios hechos. La previa determinación de los hechos, supone ya en si una opción que el órgano judicial habrá de optar conforme a determinados criterios, que garantizan la mayor verosimilitud de la opción aceptada. Es una opción que en todo

---

<sup>39</sup> MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, traducción de M. BLAZQUEZ y P. P. DE VEGA. Editorial Tecnos, Madrid, 1.980. Pág. 156.

caso, no puede garantizar el acierto del juez, entre otras cosas, porque el criterio adoptado por el juez a este respecto se basa, en muchas ocasiones, en una serie de indicios ajenos a su propia percepción personal; es así, como puede afirmarse con razón que “la verdad jurídica no puede ser fijada por el tribunal al modo que el científico nos propone una verdad física o natural: ante todo, porque el juez no opera directamente sobre los hechos, sino que recibe una información de las partes que es al mismo tiempo redundante y con mucha frecuencia contradictoria, lo que puede provocar una imagen distorsionada de la realidad que en todo caso ha pasado ya por el tamiz de la valoración”<sup>40</sup>.

Por lo demás, es evidente también que el órgano judicial encuentra obstáculos adicionales a su labor de indagación de los hechos realmente acaecidos al no poder utilizar otros medios de prueba que los que el propio ordenamiento jurídico admite de forma tasada, lo cual no excluye, sin embargo, la posibilidad de que los indicios obtenidos de manera jurídicamente irregular pueden a la postre resultan efectivos con vistas a la configuración final que el juez se hace de los hechos que han de constituir el fundamento de su propia decisión<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> L. PRIETO SANCHIS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 97.

<sup>41</sup> Ibidem. Pág. 98: “No cabe duda de que las reglas que regulan la prueba, y por tanto limitan y filtran la comunicación entre norma y hecho responden a valores atendibles de orden y seguridad jurídica, pero es

Lo importante es destacar en todo caso que la labor del juez no se limita a determinar el significado de la norma, sino que ha de contemplar la propia norma en relación con una serie de hechos que a él mismo le corresponde también en última instancia determinar a los efectos de adscribirle la consecuencia jurídica correspondiente. De ahí que haya que plantear junto al problema de la interpretación del derecho también el problema de la interpretación de los hechos y de la posible conjugación entre ambos tipos de interpretación<sup>42</sup>.

---

cierto también que su operatividad reposa en parte sobre un sistema de presunciones.

Ciertamente, no cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos hechos se consolide con informaciones “irregulares”, es decir, provenientes de otros funcionarios, de la opinión pública o incluso adquiridas de forma directa por el juez. En este aspecto, algunas disposiciones legales nacidas con otra finalidad pueden contribuir a dar verosimilitud a unos hechos; así sucede, a mi juicio, con la agravante de reincidencia que establece el nº 15 del artículo 10 del código Penal; es indiscutible que el haber sido condenado por numerosos delitos no prueba absolutamente nada acerca de unos nuevos hechos, pero quizás resulte difícil en ocasiones sustraerse al peso del prejuicio. Como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los “resultados” de hechos probados, pero ello no significa que no ejerza alguna influencia sobre el juez”.

<sup>42</sup> V. PETEV. *Interprétation des faits et interprétation du droit* en P. AMSELEK (volume publié sous la direction de), *Interprétation et Droit*. Cit. Págs. 51 y 55. Véase también en relación con este problema M. GASCÓN ABELLÁN. *Los hechos en el Derecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

## **1.6.- EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES.**

En cualquier caso, se le quiera o no llamar interpretación de los hechos lo cierto es que el órgano encargado de la aplicación del derecho no puede dejar de considerar los hechos que constituyen el objeto del juicio. Hechos de cuya producción y de las circunstancias en que se produjeron no se puede tener constancia precisa al ser hechos cuya realización no es en modo alguno imputable al juez (éste valora jurídicamente los hechos pero no los lleva a efecto), resultando por lo demás evidente que es el propio órgano judicial el que en última instancia va a decidir con carácter oficial cuáles son los hechos acaecidos, además de, lógicamente, cuál es la valoración jurídica que a tales hechos les corresponde.

Es evidente que en el desarrollo de tales funciones (determinación de los hechos, calificación jurídica de los mismos, determinación de la norma aplicable y representación del significado exacto del enunciado normativo) el juez opera con un mayor o menor margen de discrecionalidad según los casos, pero siempre termina realizando una labor inequívocamente creadora.

Ha tenido mucha influencia a este respecto, la distinción entre los denominados casos difíciles y los casos

fáciles a partir de la idea de H. Hart de la zona de penumbra<sup>43</sup>. Genaro Carrió la plantea en los siguientes términos: “las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y para proporcionar pautas o criterios para guías o juzgar éstas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso marginal o atípico. En su presencia, quien trata de orientar su conducta según la regla, o apreciar el comportamiento ajeno a la luz de ella, se siente desconcertado. El caso no está claramente incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos o paradigmáticos, ni claramente excluido de ella: por lo tanto, cualquier descripción honesta de lo que ocurre cuando un intérprete (un juez, un funcionario o un particular) trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de una regla, tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan los mismos problemas”<sup>44</sup>.

Es verdad que existen muchos casos cuya solución se presenta más o menos clara desde el punto de vista jurídico. Son muchos también los autores que valorando la distinción

---

<sup>43</sup> H. L. A. HART. *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, en H. L. A. HART, *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, traducción de G. R. CARRIÓ, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.962.

<sup>44</sup> G. R. CARRIÓ. *Sobre la interpretación en el derecho* en G.R. CARRIÓ. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.990. Págs. 55-56.

apuntada entre los casos fáciles y los casos difíciles, entienden sin embargo, que los casos difíciles tiene un carácter marginal. Así, por ejemplo Mario Jori y Anna Pintore, cuando señalan que: “Para tener una imagen equilibrada de los problemas, de la interpretación jurídica hay que recordar que siempre es posible imaginar o encontrar casos que pongan en crisis al intérprete de la mayor parte de los textos jurídicos”. Se trata de los denominados casos difíciles, indicados a menudo con la expresión inglesa “hard cases”, sin embargo, conviene tener presente también que la mayor parte de las situaciones jurídicas encaja pacíficamente en la reglamentación jurídica, y precisamente por esto, tales casos fáciles, son menos evidentes y, desde luego, menos discutidos (por lo demás, llegan menos frecuentemente a los tribunales, y sobre todo, a los tribunales de ámbito superior)”<sup>45</sup>.

En nuestro ordenamiento no se interpretan primeramente los hechos en su particularidad, sino que nuestro sistema jurídico selecciona unas ciertas típicas situaciones de hecho (con eficacia no normativa), las cuales valora e hipotiza (adquiriendo eficacia normativa).

Es interesante este punto, el de la interpretación de los hechos, pues no es lo mismo valorar una situación a un hecho subsumiéndolo en la interpretación que se le da a una

---

<sup>45</sup> M. JORI - A. PINTORE. *Manuale di teoria generale del diritto*. Cit. Pág. 182.



determinada norma, que hacer todo lo contrario, subsumir la norma en el hecho.

La interpretación de los hechos que está infravalorada tiene una importancia fundamental, pues nos adentramos en un campo nuevo a explorar. ¿Qué significado tienen los hechos? Debemos empezar a preguntarnos por el sentido de los conceptos; “los conceptos jurídicos fundamentales no son únicamente herramientas profesionales de los juristas, pertenecen al fondo común de conceptos que todos necesitamos para relacionarlos con nuestros semejantes, se trata de instrumentos para conseguir algo práctico pero también constituyen ingredientes esenciales de nuestra percepción de la comunidad en que vivimos, y del mundo en general... Tenemos que empezar a partir de algunos hechos de la realidad, y buscar información adicional sin ideas preconcebidas sobre el resultado, preguntándonos cómo se utilizan los términos en el lenguaje corriente como en el lenguaje jurídico profesional”<sup>46</sup>. Hay que tener en cuenta la existencia de imperfecciones en el lenguaje natural, por lo que se puede llegar a tener conclusiones aparentemente diferentes o incluso percepciones muy distintas ante un mismo hecho.

Con todo ello, no podemos dejar de lado a la ciencia sociológica del Derecho, en un siglo sobre todo de acelerado

---

<sup>46</sup> K. OLIVECRONA. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Editorial Labor, Barcelona 1.980. Pág. 134.

cambio en el que las condiciones de la realidad social se modifican sin cesar a causa, ante todo, del incesante cambio tecnológico.

Fue Arthur Nussbaum quien acuñó el término de “hechos jurídicos” expresando en él “la investigación sistemática de las condiciones fácticas de carácter social, político y de cualquier otro tipo de las que surgen las reglas jurídicas particulares y el examen de los efectos sociales, políticos y de cualquier otra clase producidos por aquellas normas<sup>47</sup>”.

El objeto de investigación son los acontecimientos reales por lo que no podemos infravalorar la importancia de la investigación de los hechos jurídicos, ya que se impone, buscando la lógica del derecho y la lógica de los juristas; ya comentó Bobbio en su conocido trabajo “Derecho y lógica” (1965) que hay que buscar el sentido y el por qué de las argumentaciones jurídicas.

“La lógica de los juristas analiza las reglas de inferencia válida para deducir conclusiones normativas a partir de premisas normativas en el contexto de un “determinado ordenamiento jurídico”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> M. REHBINDER. *Sociología del derecho*, Editorial Pirámide. Berlín 1.981. Pág.7.

<sup>48</sup> C. ALARCÓN CABRERA. *Lecciones de la lógica jurídica*. Editorial Mad. Sevilla. 2.000. Pág. 68.

La competencia legislativa tiene como objeto la disciplina jurídica de la conducta en la vida social y la competencia jurisprudencial tiene como objeto el interpretar y conocer las normas jurídicas.

En la competencia jurisprudencial se trata de obtener una correcta inteligencia del contenido preceptivo de las normas jurídicas, es muy importante la “ratio iuris”, mientras que la competencia legislativa esta importancia no se puede asumir, si que es necesario disciplinar conductas mediante operaciones lógicas de seleccionar los elementos más importantes, pero la misión de la ley no es el determinar un mero saber sino el determinar conductas.

Una vez emanada la motivación lógica, la norma no puede quedar reducida a una representación de una serie de conceptos. Hay que hacer revivir la norma y ello se hace mediante las normas de interpretación, no se trata de disciplinar el convencimiento o la conciencia, lo que se disciplina es la actividad a desarrollar para llegar a ese convencimiento y llegar al “quid iuris”, convencimiento que sólo puede llegarse “a la luz de la verdad”.

Así, las normas de interpretación (a excepción de la interpretación auténtica) no imponen la conclusión de un

---

juicio lógico, sino que establece los límites y criterios para encontrar la conclusión, el por qué, libremente.

Determinar cuáles son los hechos relevantes para el Derecho en base a qué concepto debe ser estudiado igualmente por la interpretación. Pero, para llegar a un pleno análisis del asunto debe ser estudiado en relación a la norma pues realmente no hay una estricta separación entre las cuestiones normativas y las cuestiones fácticas, sino que existe una zona de transición<sup>49</sup> a la que los hermenéuticos han llamado “círculo hermenéutico”<sup>50</sup>.

Por ello “interpretación de los hechos” alude a la inclusión de un determinado caso real en el supuesto de hecho de una norma (lo que podría llamarse “calificación de los hechos”). La “interpretación de los hechos” respecto su veracidad, es decir, respecto si han tenido o no lugar en la realidad, la mayoría de la doctrina lo considera irrelevante

---

<sup>49</sup> I. LIFANTE VIDAL . *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1.999. Pág. 129. En este sentido, igualmente el realismo jurídico norteamericano, quienes defienden esta posición, no desde la interpretación de los hechos aisladamente como lo hace KELSEN, sino desde la conjunción de norma y hecho.

<sup>50</sup> La denominación de “espiral hermenéutico” es utilizada corrientemente por BETTI y FROSINI. FROSINI, *la letra y el espíritu de la ley*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1.995. Pág. 50.

pues se trataría de “probar los hechos” y no de interpretación<sup>51</sup>.

### **1.7.- LAS DIFICULTADES DE CONTROL DEL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.**

De cualquier modo, sean o no sean muchos los casos difíciles, y sea mayor o menor, la dificultad que pueda presentar el caso, lo cierto es que no cabe expresar que un caso es fácil si previamente no se ha realizado la labor interpretativa de las normas jurídicas implicadas. Igual que veíamos antes, que no cabe tampoco hablar de texto claro de la ley si no es precisamente como consecuencia directa de la realización de la labor interpretativa.

En esta determinación de la mayor o menor facilidad o dificultad de los casos, entra lógicamente también, como presupuesto necesario la determinación y cualificación jurídica de los propios hechos. Y en el desarrollo de todas estas funciones, el juez en tanto que órgano encargado de la aplicación del derecho, cumple una función que no puede dejar de ser valorativa y personal, incorporando a las distintas fases del proceso judicial sus propias concepciones ideológicas y, en definitiva, su propio sistema de valores. Es así como se puede

---

<sup>51</sup> I. LIFANTE VIDAL alude a ALEXI señalando la distinción y la conexión entre la norma y el hecho.

decir, que la labor de aplicación del derecho, con su momento específico de interpretación de las normas jurídicas es siempre una labor en la que interviene necesariamente el elemento valorativo en la particular posición personal que puede sostener con respecto a él el órgano judicial.

A esta idea se refiere Ignacio Ara cuando señala “el juez incorpora siempre aspectos personales al resultado o ejercicio de su función, aspectos que no sólo tienen que ver con el mayor o menor conocimiento de la regulación jurídica vigente en un determinado territorio, en un momento dado, sino también con sus gustos y preferencias, su capacidad de análisis, sus inquietudes, sus datos de observación, el respeto que para él tiene la palabra dada, su mayor o menor ingenuidad o perspicacia, su espíritu conformista o emprendedor, y muy fundamentalmente con su propio sistema de valores”<sup>52</sup>. La consideración de los órganos judiciales como órganos sometidos en alguna medida a la peculiar personalidad de quien los ocupa, se presenta, desde luego, a los no iniciados en el estudio del fenómeno jurídico como una situación “hasta cierto punto escandalosa”<sup>53</sup>. Es una situación que ha tratado de paliarse a través del instrumento de la motivación de las decisiones judiciales.

---

<sup>52</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 465.

<sup>53</sup> *Ibidem*. Pág. 468.

Pero la verdad es que las posibilidades que tiene la propia motivación de las decisiones judiciales para controlar de racionalidad de las mismas, son bastante limitadas, aún constituyendo, ciertamente, el instrumento o la motivación un elemento eficaz para conseguir que el órgano judicial se aproxime lo más posible en el dictado de sus soluciones al ideal de la decisión jurídica racional.

El profesor Luis Prieto Sanchís se ha planteado el problema de la motivación de las decisiones preguntándose si la misma es un medio idóneo para la crítica de las propias sentencias judiciales o si se trata, simplemente, de un elemento de carácter simbólico o formal. El profesor Luís Prieto Sanchís muestra, a este respecto, una postura bastante escéptica, reconociendo, no obstante, pleno sentido a dicho instrumento, pero siendo igualmente consciente de sus limitaciones. Así, señala que: “En la actualidad, sin embargo, creo que el estilo de la jurisprudencia, sobre todo de la ordinaria, no facilita precisamente el desarrollo de todas las posibilidades de la censura social y especializada, y ello al menos por dos razones que aparecen íntimamente vinculadas. En primer lugar, y además de utilizar un género literario de difícil comprensión y a veces farragoso, las resoluciones judiciales suelen presentarse, casi sin excepción, como una consecuencia lógica de la aplicación de la ley; por innovador que sea el fallo, la argumentación que lo fundamenta pretende aparecer como una operación exclusivamente técnica. De otra parte, la motivación suele omitir o presentar de forma encubierta los valores o

principios políticos que han determinado la elección, mejor dicho, no parece que exista tal elección, sino que los distintos pronunciamientos de la sentencia aparecen como el resultado ineludible de subsumir unos hechos probados sin sombra de duda en una norma cuyo significado es también claro e indiscutible”<sup>54</sup>.

Nuestro texto constitucional, ha recogido puntualmente el deber de motivar las sentencias, que incumbe a los órganos judiciales en el art. 120-3, que señala que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. Es ésta, como decimos, una disposición que, ciertamente, constituye un límite al poder creador de los jueces y una garantía para su control. Pero es una garantía muy limitada, que no permite ni mucho menos asegurar la corrección de la decisión jurídica ni del funcionamiento del sistema judicial.<sup>55</sup> Esto hace que surja como una imperiosa necesidad, prestar atención a la actividad que desarrollan los jueces desde el

---

<sup>54</sup> L. PRIETO SANCHIS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 126.

<sup>55</sup> Sobre la motivación de las decisiones positivas véase el artículo de J. J. GIL CREMADES, *La motivación de las decisiones jurídicas*. En A.A.V.V., *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*, México, 1.980. Págs. 415 y ss; J. A. FERNÁNDEZ SUAREZ. *Sentido y función de la motivación de las decisiones judiciales*, en J. AYLLON, G. ESCALONA, M. E. GAYO, *Homenaje al profesor Antonio Fernández Galiano*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1.995. Págs. 299 y ss; y, en general, los trabajos comprendidos en CH PERELMAN – P. FORIES, *La motivation des décisions de justice*, Editorial Bruylant, Bruxelles, 1.978.



punto de vista de la propia legitimación de su actuación y de los resultados que ofrece la misma. Ante todo, por lo paradójico que pueda ser representarnos a los miembros del poder judicial como órganos creadores de derecho a través de sus sentencias al no estar estos nombrados con arreglo a un procedimiento que garantice la representatividad de las ideologías dominantes en el momento.

Así, se ha señalado que “no parece en principio, muy razonable que se reconozca libre capacidad creadora del derecho a quienes de hecho carecen de legitimidad democrática, ocupan una posición profesional para la que no han sido elegidos a través del conveniente procedimiento democrático representativo (los ciudadanos no participan en ninguna votación destinada a designar a los jueces, como sucede, por el contrario, en el caso de la elección de los miembros del parlamento, esto es, de los legisladores), sino a través de un sistema de selección aparentemente neutral en el terreno ideológico valorativo que atiende fundamentalmente a los conocimientos técnicos que disponga el aspirante”<sup>56</sup>.

En realidad lo que sucede, es que el modo de selección de los jueces constituye un procedimiento de evaluación de conocimientos técnicos que puede resultar idóneo para garantizar que el juez desarrolle al máximo las posibilidades

---

<sup>56</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 468.

que el ordenamiento jurídico le ofrece para cumplir fielmente su función de sometimiento al imperio de la ley, conforme, por lo demás, proclaman los diferentes textos constitucionales, en sus disposiciones relativas a la organización del poder judicial<sup>57</sup>.

Pero la presunta idoneidad se produce sólo por lo que supone de conocimiento del texto de la ley y no de los valores y creencias dominantes en el ámbito social en el que va a tener lugar la aplicación del derecho. Si se admite que el grado de sujeción del poder judicial “es diferente al del legislativo” al entender que éste último “posee unos límites normativos menores que los del juzgador, y normalmente, salvo determinados casos, el marco de decisión de éste está formado precisamente por el producto de los autos normativos legislativos”<sup>58</sup>.

Hay que asumir, desde luego, que los integrantes del poder judicial habrán de poseer una determinada capacitación técnica, unos conocimientos de los textos legislativos al objeto de poder aplicar las normas jurídicas a los supuestos de hecho

---

<sup>57</sup> Así, en el texto constitucional español el artículo 117-1, al señalar que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

<sup>58</sup> R DE ASÍS ROIG. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Cit. Pág. 279.

que en cada caso se planteen para que éstos den la correspondiente respuesta jurídica.

Pero, como vemos, el problema de la aplicación del derecho es mucho más rico y complejo, y por consiguiente también mucho más difícil que el que podría sugerir la teoría del silogismo judicial. Es un problema, ante todo, valorativo en el que el juez incorpora de alguna manera un peculiar sistema de valores y su propia personalidad como sujeto creador de derecho. De ahí los reparos que pueda producir la aparente ausencia de legitimación democrática de los jueces. Decimos aparente ausencia porque no cabe duda de que, a pesar de las apariencias, los principios democráticos, que el propio sistema constitucional proclama, tiene algún tipo de presencia en el funcionamiento del poder judicial<sup>59</sup>. Pero ello

---

<sup>59</sup> LUIS PRIETO SANCHÍS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 118-119: “Ciertamente, tampoco es exacto que la vida de la Justicia discorra por completo al margen de los principios democráticos. De un lado, el art. 125 de la Constitución prevé la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través de la institución del jurado que, al margen de que pueda propiciar una mayor conformidad del Derecho Judicial con los valores sociales vigentes, permitirá tal vez un cierto grado de vulgarización o destecnificación de los modos de actuar y argumentar dentro de la práctica forense. A ello debe añadirse la introducción de principios electivos par la designación de los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder judicial; elección, que, además, quiebra los moldes gremiales al dar entrada en dichos órganos a juristas no procedentes de la carrera judicial.

Con todo, es preciso reconocer que, desde una perspectiva democrática, el Derecho judicial presenta una legitimidad indirecta, mediatizada y, en definitiva, débil. Pienso, sin embargo, que el problema resulta menos grave si se contempla desde la óptica constitucional; al fin y al cabo, tampoco es cierto que la ley se justifique exclusivamente por su origen democrático, sino que encuentra su fundamento en la propia Constitución, concebida aquí como depósito de la soberanía popular. En

no impide tampoco que se reconozca que en algún sentido resulta ciertamente evidente que “en un sistema político en el que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado (artículo 2 de la Constitución), la primera enfermedad que padece el derecho judicial, al menos desde que se toma conciencia de su creatividad, es que carece de un fundamento democrático”<sup>60</sup>.

Todo ello hace que al margen de la existencia del sistema estrictamente jurídico de control de la actividad jurisdiccional en su doble vertiente de control de la legalidad del auto jurisdiccional<sup>61</sup> y de control jurídico de la responsabilidad del órgano judicial<sup>62</sup> se imponga la necesidad de apurar al máximo las posibilidades de control externo del mismo siempre dentro de los límites expresados por la propia configuración normativa del ordenamiento jurídico y por la necesidad de que sea fundamentalmente éste el que marque las coordenadas dentro de las que habrá de moverse no sólo la

---

este sentido, el poder judicial, que por cierto, es el único poder que figura con este nombre en la Constitución española encuentra la base de su legitimidad en los arts. 117 y siguientes, o lo que es lo mismo, son las condiciones de independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento a la ley, unidad, exclusividad, publicidad, oralidad, obligatoriedad de motivar las decisiones, etc., las que definen y autorizan el desarrollo del Derecho judicial”.

<sup>60</sup> Ibidem. Pág. 118.

<sup>61</sup> M. BELLOSO MARTÍN. *El control democrático del poder judicial en España*. Moinho do verbo Editora, Curitiba-Paraná (Brasil), 1999. Págs. 119 y ss.

<sup>62</sup> Ibidem. Págs. 124 y ss.

actividad de los órganos judiciales sino también, y de manera característica, el control de la ya referida actividad jurisdiccional<sup>63</sup>. Todo ello teniendo lógicamente en cuenta que, como bien ha señalado Nuria Beloso Martín, la legitimidad de los tribunales “es más de ejercicio que de origen, lo que significa que cualquier forma de fiscalización habrá de proyectarse, no en el acto de su designación, como sucede con el legislador, sino en la crítica de su comportamiento”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> N. BELLOSO MARTÍN. *El control democrático del poder judicial en España*. Cit. Pág. 72. Llama, de todos modos, la atención sobre los peligros de este control externo de actividad del Poder Judicial y la consecuente necesidad de imponer, en la medida de lo posible, un control preferiblemente interno de la misma: “los peligros, que puede acarrear un control externo sobre el poder Judicial (pérdida de independencia, sentencias partidistas e interesadas) son característicos de un tipo de control político, regido más por los intereses de partido que por la utilización de mecanismos jurídicos o por la obtención del bien común. Ello no implica que el control político sea contra legem, es decir, sea contrario al control jurídico o que no se respete la ley. El hecho de que, según la legislación, actual sea el Poder Legislativo el que nombre a los veinte miembros del C.G.P.J. implica indudablemente un control político por parte del Poder Ejecutivo (que es quien determina la composición del legislativo) sobre el Poder Judicial, pues es ésta la que así lo ha determinado. Todo ello,... nos hace preferir un tipo de control interno, y en la medida de lo posible, prescindir del externo, aunque somos conscientes de que una cierta dosis de control externo sobre el Poder Judicial resulta inevitable”.

<sup>64</sup> *Ibidem*. Pág. 138.

## **1.8.- LA VINCULACIÓN JUDICIAL A LOS VALORES Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA JURIDICO.**

Pero, la propia legitimidad de ejercicio de la actividad de los órganos del Poder Judicial, se producirá sólo en la medida en que tales órganos se atengan también a los valores que el propio sistema constitucional contiene, de tal manera que el control democrático del Poder judicial es también el control que se avanza a partir del reconocimiento de la estructura democrática del estado y del significado democrático de las normas que integran el propio ordenamiento jurídico.

Pero las referidas normas, no pueden tampoco verse en su sentido estrictamente literal, sino también en el sentido de plasmación de un conjunto de valores y de principios que les dotan de significado y que se desprenden de manera más o menos directa del propio texto normativo.

El problema, en este sentido, es que la actividad judicial se reconduzca, de la manera más estricta posible, a los valores y principios que dan sentido a ese conjunto de disposiciones jurídicas concretas y no a otros elementos normativos de otra índole diferente. Coincidimos, por consiguiente, en este punto, con el profesor Luís Prieto Sanchís cuando señala expresamente que “desde el punto de vista y el argumento no es en absoluto original, que los jueces recurran a elementos

normativos, no literalmente recogidos en la ley, no sólo resulta inevitable, sino también plausible, pero siempre que esos estándares de conducta, principios o valores puedan ser razonablemente inferidos de la ley o de la Constitución, mejor aún si se hallan explícitamente recogidos en una norma positiva”<sup>65</sup>.

En este sentido, resueltamente ciertamente loable, un sistema constitucional como el de nuestro país, que ha tenido especial cuidado en positivizar el conjunto de principios y de valores superiores de su propio ordenamiento jurídico. Nuestro texto constitucional constituye, en nuestra opinión, un modelo a seguir para garantizar que la resolución de los problemas se produce con arreglo a valores sin dejar de ser por ello, una resolución estrictamente atendida al conjunto del sistema jurídico en cuestión. Así, se ha podido decir que: “La Constitución española supone la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran al ordenamiento y que, de no existir, tendrían, entonces sí, que ser creadas por los órganos de aplicación del derecho. Los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan así, una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces, que deberán ponderar los criterios en conflicto no a la luz de su conciencia, supuestamente portadora del sistema jurídico de la comunidad, sino atendiendo a la ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional. En

---

<sup>65</sup> LUIS PRIETO SANCHÍS. *Ideología e interpretación jurídica*. Cit. Pág. 121.

otras palabras, cuando el tribunal se halla, por ejemplo, ante una laguna normativa o ante una contradicción entre dos leyes, la obligada observancia de los valores superiores, no propicia el libre decisionismo, sino que fortalece el papel de la Constitución como plasmación de la filosofía jurídica que inspira todo el sistema de convivencia”<sup>66</sup>: los valores superiores, constituyen, por consiguiente en la medida que se encuentran positivizados en el más alto rango jurídico, esto es, en el nivel constitucional, auténticas normas jurídicas, que como tales han de ser aplicadas en relación a los diferentes problemas que pudieran suscitarse en el desarrollo de la vida social.

Pero se trata de, también, de normas jurídicas de un tipo muy peculiar y característico. Son normas que no disponen de un presupuesto de hecho preciso, al que haya que aplicar de una manera, más o menos directa, la consecuencia jurídica legalmente prevista. Y sin embargo, son normas que operan sobre el conjunto de los problemas de la vida social. En este sentido, son normas que involucran a cualquier desarrollo de la actividad jurisdiccional a la hora de presentarse a los problemas concretos, atribuyéndoles la correspondiente solución jurídica. En este sentido, los valores superiores y los principios que recoge nuestro sistema constitucional son ante todo normas orientadoras de la actividad interpretativa de los tribunales. Normas jurídicamente vinculantes, para todos los

---

<sup>66</sup> Ibidem. Pág. 122.



destinatarios del derecho, desde luego, pero que desarrollan su función primordial en el terreno de la interpretación del derecho, esto es, en el terreno de la interpretación del conjunto de normas que se entienden presididas por los ya referidos valores superiores y principios constitucionales.

Así mismo también, en este punto, las palabras del profesor Luís Prieto Sanchís cuando señala que “debe tenerse en cuenta que los valores superiores y las disposiciones de principio no tienen por objeto primordial resolver conflictos jurídicos concretos, sino que su específica misión consiste precisamente en condicionar y orientar el proceso interpretativo; sin que ello obste para reconocerles auténtica fuerza normativa, lo cierto es que los valores solo adquirirán pleno sentido como pautas de interpretación, como normas de clausura material del sistema.”<sup>67</sup>. Son normas que, como tales, vienen a reconocer que también la actividad creadora de derecho, que desarrollan los órganos del poder judicial ha de estar sometida a los valores jurídicos y no sólo a las determinaciones más precisas que puedan contener las distintas fuentes del derecho, en la medida en que se hace cada vez más presente la idea de que “ningún tribunal puede alegar que los valores superiores resultan inaplicables al no resolver el supuesto de hechos concreto, porque su función no consiste en dar solución a ningún conflicto, sino en proyectarse

---

<sup>67</sup> Ibidem. Págs. 122-123.

siempre, de un modo implícito o explícito, sobre el momento creativo de la decisión judicial”<sup>68</sup>.

En este sentido, constituyen un recordatorio para los órganos judiciales de que su actividad ha de inspirarse en los valores que fundamentan a las propias normas jurídicas. Pero lo cierto es que, el referido deber de los jueces de proceder a una interpretación del derecho con arreglo a valores, no necesita que tales valores superiores y principios constitucionales resulten positivizados, aunque si resulta ciertamente conveniente que se produzca su positivización jurídica, y a ser posible, tal y como paradigmáticamente sucede en nuestro propio ordenamiento, en el nivel constitucional.

La aplicación de los valores inherentes al sistema jurídico, esto es, de los valores que se desprenden de sus propias normas jurídicas y que en cierto modo, inspiran y fundamentan su contenido habría de producirse de igual modo en el caso de que el texto constitucional en cuestión, no hubiera procedido a plasmar en sus propias disposiciones de una manera literal a tales valores y principios.

La interpretación del derecho conforme a los valores del sistema jurídico en cuestión constituye, así, una exigencia del propio sistema, exigencia de lo que en modo alguno puede

---

<sup>68</sup> Ibidem. Pág. 123.

desprenderse el órgano judicial, ni a la hora de dotar de significado a los enunciados normativos que pretenda aplicar ni tampoco, desde luego, a la hora de considerar los hechos jurídicos producidos, las circunstancias y el contexto en el que tuvieron lugar y su correspondiente calificación jurídica.

Los valores jurídicos resultan, de este modo, un elemento insoslayable del propio proceso de aplicación del derecho en los diferentes fases que lo integran. Se trata, en cualquier caso, de un elemento que, con frecuencia, reconocen las normas que proclaman los criterios de interpretación de las leyes en los diferentes sistemas jurídicos.

### **1.9.- LA POSITIVACIÓN JURIDICA DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS NORMATIVOS.**

Es muy frecuente que los ordenamientos jurídicos contemporáneos incorporen dentro de su propio contenido normativo, la especificación de algunos criterios interpretativos. En este sentido, se puede decir que se trata de normas sobre la interpretación de las normas jurídicas.

Es el caso, por ejemplo, del ordenamiento jurídico español, que refiere en su art. 3.1. del C.c, a partir de la redacción establecida tras la reforma de su título preliminar en

el año 1974<sup>69</sup> que, “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 aquellas”, añadiendo a continuación el referido artículo en su n° 2 que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar exclusivamente en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Dejando al margen esta última mención del artículo 3.2., que no incorpora el sentido propio un criterio de interpretación de las normas jurídicas, hay que decir que el art. 3.1, del Código civil viene a plasmar lo que comúnmente ha sido entendido como los criterios clásicos o tradicionales de la interpretación del derecho. Establece en este sentido, un catálogo de criterios que no puede considerarse como novedoso, sino más bien como globalizador, aunque lo hace de una forma un tanto desordenada y confusa, sin expresar en qué manera han de combinarse los criterios de interpretación de las normas, si alguno o algunos de tales criterios han de tener un carácter preferente en el desarrollo de la actividad interpretativa y si pueden existir supuestos para los que sea de

---

<sup>69</sup> La reforma del Título Preliminar del Código civil se produce conforme a la Ley de Bases de 17 de Marzo de 1.973 y texto articulado de 31 de Mayo de 1.974.

aplicación algún criterio quedando excluida la utilización de los demás<sup>70</sup>.

Se trata, no obstante, de un catálogo de criterios que ha resultado eficaz, en el sentido de haberse asumido, como tal, por la jurisprudencia. Los tribunales de justicia han venido así, a reconocer expresamente, el carácter vinculante que para la realización de su propia actividad interpretativa de las normas jurídicas tiene el enunciado contemplado en el artículo 3.1. del Código civil<sup>71</sup>.

Un primer problema que plantea este catálogo de criterios de interpretación es el hecho de que el mismo venga expresado en una disposición jurídica con rango de Ley Orgánica, cuando parecería razonable pensar que al constituir

---

<sup>70</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 463, señala en este sentido la relación al tenor del artículo 3-1 del Código Civil que “se trata como puede verse, de una disposición jurídica abigarrada y compleja que yuxtapone desordenadamente las directrices o criterios que hemos venido señalando (las directrices o criterios interpretativos)”.

<sup>71</sup> P. SALVADOR CODERCH. *Comentario al art. 3.1. del C.c.*, en M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART (dirigidos por) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editorial de Derechos Reunidos, Edersa, Madrid, 1992. Págs. 516-517. Señala que: “El párrafo primero del presente artículo tres del código civil es una de los textos más citados por la jurisprudencia del Tribunal supremo y constituye, probablemente, la innovación más notable de entre las introducidas por el Decreto 1836/1974, de 31 de Mayo, por el que se sancionan por fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil. Situado en aquel título en su capítulo II, titulado “Aplicación de las normas jurídicas” es el primer intento de regulación de la interpretación en el Código civil español, y en los dos de los más lustros que lleva vigente ha sido utilizado profusamente para proponer y justificar determinadas soluciones interpretativas”.

la actividad interpretativa una actividad destinada a dotar de significado a los diferentes enunciados jurídicos, esto es, en última instancia una actividad que se proyecta sobre el conjunto de los hechos normativos haciendo así posible su aplicación a los supuestos de hechos planteados ante los tribunales, referido al catálogo de criterios tuviera su ubicación natural en el texto constitucional.

La situación, se explica, sin embargo, si se tiene en cuenta que este sistema que, por otro lado, tiene precedentes en otros ordenamientos jurídicos diferentes<sup>72</sup>. Fue establecido con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo orden constitucional español, lo que hacía que determinados preceptos del Título Preliminar del Código civil tuviesen un carácter materialmente constitucional<sup>73</sup>, como consecuencia de una cierta inercia histórica que a falta de un texto constitucional vigente en nuestro país, asumía quizás de manera inoportuna una función redimensionada y poco

---

<sup>72</sup> Así, por ejemplo sucede en el caso del artículo 12 del Código civil italiano del año 1942, cuando señala que “en la aplicación de la ley no se la puede atribuir otro sentido que el que resulta manifiesto del significado propio de las palabras, según la conexión de entre las mismas, y de la intención del legislador”.

<sup>73</sup> Véase a este respecto M. HERRERO DE MIÑÓN. Los aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil. *Revista de Estudios Políticos*, Nº 198, 1.979. Págs. 89 y ss.; También L. PRIETO SANCHÍS. *El ordenamiento jurídico en la Constitución*, en G. PECES BARBA y L. PRIETO SANCHÍS. *La Constitución española de 1.978. Un estudio de derecho y política*. Fernando Torres Editor, Valencia 1.981. Pág. 93, quien señala que “en realidad los preceptos de dicho título no tienen aspectos constitucionales, sino que lo son materialmente”.

actualizada del significado que el derecho civil adquiere en nuestros días. Todo lo cual, no era sólo aplicable a la formulación expresa de los criterios de interpretación de las normas jurídicas, sino también al propio enunciado de las fuentes del derecho que contenía el propio Título Preliminar<sup>74</sup>. Este hecho plantea, al margen ya de la propia extrañeza que pueda provocar la incorporación de los criterios interpretativos en una norma de rango inferior al texto constitucional, una dificultad adicional cuando lo que se trata de interpretar es una disposición jurídica constitucional, ya que la aceptación en sus propios términos de los criterios establecidos en el art. 3.1 del

---

<sup>74</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho* Cit. Págs. 291-292. La explicación de este aparente desenfoque con respecto a lo que acerca de la ubicación formal del catálogo de las fuentes del derecho parecen mandar los cánones de la teoría jurídica, radica en buena medida en el redimensionamiento de la función que al derecho civil correspondería en los países de nuestra órbita cultural en la fecha de entrada en vigor del Código civil Español (1.889) como derecho común que, en cierto modo, condensaba el régimen jurídico general. El cambio de circunstancias que ha operado en nuestros días el tránsito a una concepción articulada del fenómeno jurídico en la que el derecho civil pierde su carácter globalizante para presentarse como una disciplina jurídica parcial que, al igual que el resto de las disciplinas jurídicas, encuentra el punto de referencia de la validez de sus disposiciones en la regulación que establece la Constitución no ha llegado, sin embargo, a descomponer la situación originaria. Y es que la deslegitimación democrática del régimen constitucional anterior a la entrada en vigor de nuestro texto constitucional y la incomodidad que para los constituyentes de 1.978 suponía la alteración de una regulación aparentemente consolidada que debía hacerse compatible con la nueva distribución de poderes que instituía la Constitución han conducido a la perpetuación de una situación cuya inconsecuencia no puede dejar de incomodar al estudioso del ordenamiento jurídico español que no se encuentra familiarizado con las circunstancias históricas que han determinado el estado de la cuestión. Se pierde, así, la oportunidad de terminar con el desfase que comporta la contradicción entre el rango jurídico formal, en el nivel legislativo ordinario, y el contenido materialmente constitucional de la regulación general de las fuentes del Derecho en el Código civil español.

Código civil español, por el simple hecho de reconocer a estos criterios como los criterios generales de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico supondría una alteración flagrante de su propio sistema de fuentes<sup>75</sup>. Tanto más, cuando el propio texto constitucional establece un criterio propio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales, al expresar en su artículo 10.2 que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que nuestra Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. No cabe duda de que este tipo de supuestos lo que hacen es poner de manifiesto la necesidad de entender todo el sistema jurídico en clave constitucional, asumiendo como presupuesto de cualquier actuación creadora del derecho el sometimiento ante todo a lo que el texto constitucional pueda expresar. De aquí, pues, que no pueda decirse en modo alguno, que los criterios recogidos en el Título preliminar del Código civil puedan tener un valor jurídico jerárquicamente superior al del texto constitucional, sino, a lo sumo, que tales criterios operarán llegado el caso, como elementos extranormativos que pueden imponer la propia actuación interpretadora del derecho, sean cuales sena los enunciados normativos que vayan a interpretarse en cada caso.

---

<sup>75</sup> Ibidem. Pág. 464.



Así lo ha entendido, en su análisis del artículo 12-1 del Código civil italiano que, como vemos, vendría a constituir la regulación de la interpretación jurídica en general en dicho país, el profesor Riccardo Guastini cuando, después de reconocer que la mayor parte de la doctrina jurídica italiana considera que las reglas establecidas por la referida disposición son aplicables al conjunto del ordenamiento jurídico italiano, y por consiguiente, también a su texto constitucional<sup>76</sup>, señala, no obstante, que esta opinión “se apoya en la ingenua asunción de que semejantes reglas de interpretación son, no ya normas de derecho positivo (esto es, disposiciones arbitrarias de un legislador), sino métodos naturales de interpretación, e incluso los únicos métodos interpretativos practicables: aplicables como tales, a cualquier fuente del derecho sin distinción, no guardando ninguna relación de dependencia con lo que al respecto pudiera disponer ninguna prescripción legislativa”<sup>77</sup>.

Interesa resaltar, de cualquier manera, que la jerarquía normativa que reconoce el superior nivel del texto constitucional sobre cualquier otra disposición legislativa (y en concreto en nuestro caso sobre el Código civil español) no puede en ningún caso ser alterada, sobre la base de que lo que se esté regulando a través de la correspondiente ley ordinaria

---

<sup>76</sup> R. GUASTINI. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè Editore, Milano, 1.993. Pág. 392.

<sup>77</sup> *Ibidem*. Págs. 392-393.

sean los criterios de interpretación del derecho al margen, claro está, del valor extranormativo, y por consiguiente supralegal que puedan tener los criterios de interpretación del derecho que puntualmente puedan resultar positivados en una disposición jurídica que tenga el rango de ley ordinaria.

Asumimos en este punto la idea expresada por Ignacio Ara Pinilla cuando en relación al problema mencionado señala que: “Obvio es que en tales supuestos queda fuera de lugar la interpretación del precepto referido, lo que no obsta, con todo, a que los criterios aludidos puedan seguir desplegando su función no ya por imperativo legal sino por exigencia de la propia lógica de la interpretación jurídica. Y es que su operatividad como utensilios de trabajo para descubrir el contenido normativo adecuado al caso, les consolida como apoyos racionales extralegales para la indagación del significado de la ley, que constituye, en este sentido, la realidad jurídica primaria que debe el intérprete descifrar. De ahí, el valor puramente indicativo y hasta cierto punto superfluo de las catalogaciones generales de criterios interpretativos que incorporan las disposiciones jurídicas”<sup>78</sup>. En definitiva, pues se pone así de manifiesto que las normas jurídicas requieren ser interpretadas con arreglo a unos determinados criterios y que estos criterios se imponen por la propia necesidad de la actividad interpretadora del derecho esto es, con independencia de que tales criterios pueden o no

---

<sup>78</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Págs. 464-465.

resultar enunciados en alguna disposición particular del ordenamiento jurídico<sup>79</sup>.

Por lo demás, si se considera, como así debe ser, que la norma que incorpora los criterios de interpretación jurídica (en este caso la norma del artículo 3.1 del Código civil español) forma parte del propio sistema jurídico, es evidente que semejante norma requerirá también la realización de su correspondiente interpretación, al igual que la requieren todas las demás normas del ordenamiento jurídico. Y es evidente también, que este tipo de catálogos de criterios de interpretación jurídica encuentran también considerables dificultades de interpretación, al utilizar expresiones cuyo significado resulta enormemente discutible<sup>80</sup>.

Lo cierto es, en cualquier caso que cada una de las disposiciones jurídicas habrá de ser interpretada del resto de

---

<sup>79</sup> Sobre este problema ha señalado R. GUASTINI. *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni nulle Preleggi*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1989. Pág. 85, señala a este respecto que “en rigor, la interpretación, en tanto que operación intelectual no puede ser propiamente regulada, sino sólo orientada, de tal manera que parece que puede decirse que la disposición que comentamos (el artículo 12 del Código civil italiano) regula no tanto la interpretación, sino más bien el modo de justificarla o argumentarla predisponiendo, así, una solución a las posibles controversias interpretativas”.

<sup>80</sup> Así lo expresa en relación al sistema jurídico italiano M. JORI – A. PINTORE. *Manuale di Teoria Generale del Diritto*. Cit. Pág. 181: “Es además evidente que estas normas encuentran enormes dificultades en su misma interpretación, sobre todo en cuanto están a menudo basadas en una terminología vaga o simplemente discutible: como la de significado literal o la de significado propio de las palabras del artículo 12 (del Código civil italiano)”.

las normas que integran el ordenamiento en cuestión, produciéndose así entre la norma que se ha de interpretar con arreglo a los criterios explicados en el art. 3-1 del Código civil, y la propia norma que contiene los criterios de interpretación, una recíproca implicación, un “condicionamiento mutuo de sus respectivas interpretaciones”<sup>81</sup> que vino a mostrar la necesidad de tomar en consideración los diferentes criterios interpretativos en función de la propia naturaleza de cada una de las disposiciones del ordenamiento jurídico, asumiendo la idea común de que ninguno de los criterios interpretativos (que sean o no enunciados en una determinada norma del ordenamiento jurídico es relativamente indiferente a este respecto) puede resultar autosuficiente, debiendo ser tomado en consideración conjuntamente con el resto de los criterios.

---

<sup>81</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 464: “No debe, sin embargo olvidarse que al expresar el catálogo de criterios interpretativos este precepto está superponiendo el enunciado jurídico que se pretende interpretar con nuevo enunciado que se encuentra igualmente precisado de interpretación. De ahí, que por exigencia del propio criterio sistemático que requiere la consideración global del enunciado en el conjunto del ordenamiento jurídico, la interpretación del primero tenga que contar también con lo dispuesto en la regla general interpretativa de nuestro derecho, la cual deberá, a su vez, ser interpretada en función de las exigencias que, con arreglo al mismo criterio sistemático, impone aquél. Queremos con ello resaltar que entre el precepto que se quiere aplicar al supuesto en cuestión y el que contiene los criterios interpretativos se produce una mutua implicación que deriva en el condicionamiento mutuo de sus respectivas interpretaciones. La consecuencia de esta situación no puede ser otra que la obligatoriedad de tener en cuenta los criterios referidos atribuyendo un mayor o menor alcance a su acción en función de las peculiaridades que pueda presentar cada caso”.

Asumimos en este punto las palabras del profesor Benito de Castro cuando señala que los métodos tradicionales de interpretación del derecho “pierden su pretendida importancia y su protagonismo de sistemas autónomos, autosuficientes y exclusivos para convertirse en simples instrumentos auxiliares de los que el intérprete puede y tiene que hacer uso en la medida en que le sean útiles para desempeñar su función específica”<sup>82</sup>.

Esta funcionalidad del criterio o de los criterios interpretativos en relación a los diferentes enunciados jurídicos que se trata de interpretar constituye el factor determinante para la adecuada conjugación de los criterios interpretativos, lo que en última instancia, no hace más que mostrar que el problema del método correcto de interpretación del derecho, constituye en buena medida “un falso problema”<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> B. DE CASTRO CID. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 230.

<sup>83</sup> Ibidem. Pag. 231: “Tal como han puesto de relieve las doctrinas actuales, los tradicionales métodos de interpretación no son caminos separados y excluyentes; su sentido es actuar como criterios o instrumentos complementarios que han de ser utilizados al mismo tiempo en el complejo proceso de la interpretación jurídica. Desde este punto de vista, la pregunta por el método correcto de interpretación jurídica aparece en buena medida como un falso problema. Por otra parte, es claro que la funcionalidad concreta y el peso que tenga cada uno de los varios criterios interpretativos dependerá fundamentalmente del carácter o naturaleza de las normas jurídicas que van a ser interpretadas, puesto que no se puede olvidar que, según cual sea el sector del ordenamiento que se trata de interpretar, predominarán unos u otros criterios y será de un tipo o de otro la interpretación que se lleve a cabo. Por eso, debe tenerse en cuenta que la aplicación de uno u otro criterio interpretativo a cada una de las parcelas del ordenamiento jurídico no es un problema

No hay un criterio de interpretación de las normas jurídicas preferidas a los demás, ni hay una medida exacta de distribución de la fuerza que en cada caso puede desarrollar cada uno de los criterios expresados en relación a la interpretación de las normas jurídicas. Todo dependería, en última instancia, de la naturaleza de la norma jurídica que se vaya a interpretar y del propio supuesto de hecho en que vaya a recaer en cada caso, la aplicación de la norma en cuestión.

Pero lo que sí está claro es que a la hora de precisar que es lo que en cada caso nos está expresando el enunciado normativo de que se trate, son traídos en causa en principio los distintos criterios interpretativos en la medida en que cada uno de ellos aporta elementos significativos a la realización de la compleja operación de interpretación del derecho.

No vamos a entrar en la consideración global de los distintos criterios de interpretación de las normas jurídicas porque ello constituiría un trabajo mucho más ambicioso de lo que nosotros nos proponemos en este momento. Lo que sí queremos destacar, y esto sí constituye el objetivo de nuestro trabajo de investigación es que el elemento valorativo constituye un elemento del que no puede prescindir la

---

totalmente intrascendente, puesto que no todos los medios de interpretación son igualmente adecuados para todos los supuestos. En este punto, se han llegado incluso a planteamientos radicalmente contrapuestos a los que se venían haciendo hasta no hace mucho”.

realización de ninguna actuación interpretadora, porque en última instancia las normas jurídicas reflejan en mayor o menor medida determinados valores y finalidades que determinan en buena medida el propio significado que corresponde atribuirles, debiendo por lo demás, ser a su vez interpretadas en función de los propios fines del ordenamiento jurídico en su conjunto, con lo que, como vemos, la interpretación de las normas jurídicas acaba requiriendo también una consideración sistemática de los fines del ordenamiento jurídico.

Así parece reconocerlo la profesora Marina Gascón Abellán cuando en relación al argumento teleológico señala que: “La hipótesis de este argumento es que las normas jurídicas no son simples mandatos, sino que forman un conjunto sistemático dotado de fines que se consideran objetivos a perseguir por la comunidad. Por ejemplo, la libertad y la igualdad reales y efectivas (art. 9.2º C.E.), el pleno empleo (art. 46 C.E.) o la preservación del patrimonio histórico (art. 40.1º C.E.). En consecuencia, deberá preferirse aquella interpretación que resulte más favorable al logro de tales fines”<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> M. GASCON ABELLÁN. *Interpretación y creación judicial del Derecho. La incidencia del Tribunal Constitucional en el sistema de fuentes* en J. BETEGON, M. GASCON, J. R. DE PARAMO, L. PRIETO, *Secciones de Teoría del Derecho*. Editorial MC. Graw-Hill, Madrid, 1.997. Pág. 365.

Evidentemente, esta consideración sistemática de los objetivos y fines que se propone el ordenamiento jurídico en su conjunto nos obliga ya a plantearnos directamente el problema específico de la interpretación constitucional. Al ser precisamente el texto constitucional el alojamiento natural del conjunto de valores y principios que en última instancia, se considera que hay que tomarse en consideración con vistas a la fijación definitiva de cada uno de los enunciados normativos del sistema jurídico en su conjunto<sup>85</sup>.

Pero antes de penetrar en el problema de la interpretación de la Constitución vamos a realizar una breve referencia a los problemas que suscita la interpretación de los diferentes formas de manifestación del derecho.

#### **1.10.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.**

El objetivo de la interpretación jurídica es la ley, el hacer claro su sentido, es decir, comprender la “mens legis” o la “vis ac potestas” no de “la voluntad legislativa”; esta voluntad debe siempre prever los efectos que va a producir la norma,

---

<sup>85</sup> Véase a este respecto A. LLAMAS GASCON. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993; L. PAREJO ALFONSO. *Constitución y valores del ordenamiento*, Editorial Curia, Madrid, 1.991; G. PECES BARBA. *Los valores superiores*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.984.



relacionándola con la vida práctica actual que le da a la norma un sentido nuevo, por lo que no puede hablarse de “voluntad legislativa” que alude tanto a aspectos objetivos de la realidad existente en ese momento, como los subjetivos del proceso psicológico individual del legislador.

Sólo debe asumirse la “voluntad” del legislador cuando se considere la ley objetiva e independientemente del legislador, por ello, no debe hablarse de la “voluntad legis”, pero sí puede hablarse de una “voluntad colectiva” como la “voluntad general”<sup>86</sup> de Rousseau. Podemos poner como ejemplo claro la costumbre, la cual está basada en una creencia general, es decir en una voluntad general, pero nunca una individual. Con todo esto vemos que la intención o voluntad del legislador no sería su voluntad, sino el fin práctico que la ley se propone conseguir, excepto en los contratos, que son ley entre las partes, el objetivo es la “común intención de las partes” que para saber exactamente de qué se trata hay que acudir no sólo al texto y la letra sino también

---

<sup>86</sup> Para Rousseau, quien parte de los postulados fundamentales de la Escuela del Derecho Natural, para quien el estado de naturaleza del hombre es el ser libre pero que necesita el pacto del “contrato social” para determinar los derechos que se reservan y los que entregan a la sociedad que ellos han creado, construye una sociedad en la cual el hombre reencuentra la plena libertad de la naturaleza y en donde se alcance una síntesis reconciliadora entre libertad y poder. Para Rousseau el hombre, por el contrato social, se compromete totalmente sin retener nada para él. En esta condición, los hombres se encuentran todos iguales en el seno de la sociedad, tan iguales como lo eran en el estado de naturaleza. La igualdad hace imposible la subordinación de un hombre a otro, entonces, ¿donde reside el poder? La respuesta es en la “voluntad general”. En el contrato social los hombres han decidido someterse a ello, por lo que el hombre sigue libre.

acudir a los pactos antecedentes, comportamientos para poder tener una visión global de lo que es la común intención en aquel momento, sin embargo en la interpretación de la ley no se puede acudir a medios extratextuales pero sí a su precedente histórico, siempre tomando como base el significado propio de las palabras, no olvidando que en la interpretación de la norma existe un primer momento lógico (cómo se ha hecho la norma) y un momento teleológico (el fin de la norma), primero una nos sitúa en el momento histórico en el que fue escrita la norma y en el momento teleológico se plantea cuáles son los intereses en juego y cuáles son los valores y su jerarquía que debe atender por medio de qué criterio de valoración.

Con esto, podemos llegar a la conclusión que se rechaza una concepción estrictamente subjetiva de la “razón del Derecho”, la “ratio iuris” es fundamental pero no hay que separarla de su momento sociológico, pues si así se hiciera, el intérprete podría caer en el abuso de escoger entre los posibles intereses , aquél que más le guste.

Al mencionar la palabra “intereses” puede sugerirnos la cuestión de qué es lo que ocurre cuando existen intereses en conflicto. Veámoslo.

### 1.10.1.- Criterios de preferencia cuando existen intereses en conflicto.

En primer lugar debe verse cuál es el interés de la ley: es un interés público social en frente al individual, como asienta la Constitución en el preámbulo “La Nación Española”, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Existe una tutela del interés social efectiva.

¿Pero qué ocurre cuando hay intereses privados de igual grado? Como pueden ser: conflictos entre herederos y tercer adquirente de buena fe del heredero aparente, conflictos entre acreedor y deudor que paga de buena fe al legitimado aparente, conflictos entre acreedores del enajenante simulado y del adquirente simulado, conflictos entre acreedores privilegiados. La solución se hace en base a criterios de valoración: anterioridad de goce y transcripción, apariencia de goce y transcripción, buena fe, onerosidad del título, equidad, interés social, por criterios de sociabilidad.

En el Derecho privado es muy importante el interés al que deben servir las autonomías privadas: la “causa” del

negocio jurídico en particular del contrato, que debe tener una función económico-social.

Cuando la “común intención de las partes”, esté dirigido a fines ilícitos, la causa también será ilícita<sup>87</sup> operando una desviación del contrato respecto su destino social, de ahí la nulidad del contrato concluido, al ser una desviación de su función típica, pero “la nulidad no puede nunca ser pronunciada, si el acto ha conseguido el efecto a que es destinado<sup>88</sup>”, exigiendo la interpretación una discrecionalidad a la hora de tutelar el interés, dentro del oficio del Derecho privado.

Respecto la “ratio iuris” en la responsabilidad extracontractual<sup>89</sup> es el interés social de pacífica convivencia. Aún no habiendo carácter de obligación jurídica, cuando haya un “daño injusto, hay que tomar medidas contra él, por la

---

<sup>87</sup> Artículo 1.275 del Código civil: “Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

<sup>88</sup> CARNELUTTI, *Instituto de derecho procesal civil*, 1.942 n.329. Pág. 513.

<sup>89</sup> La responsabilidad extracontractual surge ante la necesidad de convivencia y se imponen una serie de deberes entre los ciudadanos que aún sin tener carácter de obligaciones jurídicas asumen relevancia jurídica cuando hay una lesión en la esfera jurídica ajena. La responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en los artículos 1.902 a 1.910 del Código civil.

necesidad de corrección y prudencia que existe, es decir interesa el derecho del respeto ajeno<sup>90</sup>.

Por otro lado existe otro interés fundamental. Se trata del familiar, que sin embargo, puede llegar a ser desbancado si existe un interés individual moral de personas extrañas a la familia: el interés familiar a la estabilidad del vínculo matrimonial es un bien jurídico que puede no ser válido si se da la existencia de ataque a normas de orden público. Por ello, a parte de familiares, pueden impugnar el matrimonio quien tenga interés legítimo que será moral y no individual, por lo que entra en conflicto el interés familiar general con el moral individual<sup>91</sup>; Esto es una reseña para dar una idea de la orientación que a la interpretación de la ley puede corresponder en una valoración comparativa de intereses, a través de la lógica del Derecho.

### 1.10.2.- La lógica del Derecho.

Para entender el sentido de la ley, es indispensable<sup>92</sup>:

---

<sup>90</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.975. Pág.269.

<sup>91</sup> Artículo 74 del Código civil: “ La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella...”.

<sup>92</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 249.

- La lógica del lenguaje, si son declaraciones (interpretación filosófica).
- La lógica del comportamiento si es por costumbre (interpretación psicológica).
- La lógica de la materia disciplinada (interpretación histórica y técnica, “la naturaleza de las cosas”).
- La lógica del Derecho considerado en un momento lógico y teleológico (interpretación lógica y teleológica, coherencia con otras normas y con los principios generales del Derecho y con el problema práctico).

La lógica de la lengua usada por la ley, es objeto de interpretación, interpretación que no es fin en si misma sino que puede ser la interpretación filológica (que simplemente fija el pensamiento) o la interpretación histórica, donde ambas son reconocitivas.

La interpretación en función normativa opera en una especificación o, integración del precepto a interpretar ; es un instrumento para un fin ulterior el cual también se aplica a la lógica del Derecho. No se debe cambiar nunca la lógica del derecho por la lógica formal silogística no olvidando la importancia de hacer una valoración comparativa de intereses.

Nos podemos preguntar, ¿Y si la interpretación normativa no es necesaria pues está muy claro el sentido que se le quiere otorgar a la norma, o lo que es lo mismo “in claris non fit interpretatio”? El citado aforismo pretende decir que cuando la enunciación es clara, no hay necesidad de nada más, cuando en realidad es necesario un juicio lógico y seguidamente el teleológico, con una valoración de intereses. Esta valoración no es necesaria en otros tipos de interpretación, como la reconocitiva, la reproductiva o la representativa<sup>93</sup>, sin embargo la interpretación jurídica es un instrumento destinado a disciplinar. Por ello, siempre será necesario ver cómo funciona, si se adapta al fin y ver si resuelve el caso práctico. Hay que indagar la “ratio iuris”, no es suficiente el quedarse anclado en el primer juicio lógico pues la lógica del Derecho es algo más que una pobre lógica formal: hay que considerar el momento teleológico o valoración comparativa de intereses.

La valoración de claridad debe ser siempre un resultado del proceso interpretativo, pues la palabra “claro” es tan sólo un concepto relativo<sup>94</sup>, considerarlo sólo desde un punto de

---

<sup>93</sup> Cuando hablamos de interpretación reconocitiva nos referimos a la filosófica o histórica y cuando lo hacemos de interpretación reproductiva o histórica a la interpretación dramática, musical o de traducción; como vemos es muy diferente a la interpretación integrativa y especificativa de la norma jurídica.

<sup>94</sup> La claridad para quienes tienen el prejuicio del silogismo puede ser un concepto absoluto y no relativo. Los silogistas creen, por tanto, en el aforismo “in claris non fit interpretatio”.

vista formal es un procedimiento contrario al cánón hermenéutico de la totalidad, encuadrado al fin de la convivencia social.

### 1.10.3.- Deficiencias de la materia legislativa.

La materia jurídica tiene sus deficiencias y para solucionar éstas, necesita de criterios de integración, como son los principios generales de Derecho.

No debe buscarse la plenitud de la norma, sino la coherencia, para ello es necesaria una interpretación y un posterior desarrollo. Existen autores que niegan la existencia de lagunas<sup>95</sup>, asentando que la norma que no conlleva una subsunción en un supuesto de hecho legal, o no existe o no tiene relevancia jurídica, pero esto no puede ser así ya que las lagunas del derecho deben encontrar ante el hecho concreto una adaptación en el sistema jurídico integrando el caso determinado en el ordenamiento jurídico.

La duda de que el caso es realmente “dudoso” debe hacerse semejando el caso con los disciplinados mediante la analogía, los valores imperantes y bajo la ley de los Principios Generales del Derecho.

---

<sup>95</sup> Sean lagunas de previsión (defecto de disciplina legal), de valoración (inadecuación de la disciplina), sean de colisión (dependientes de alternatividad) o de contraste (sobrevenido entre normas discrepantes).



Como vemos, es en primer lugar la analogía, el método a seguir a través de la correspondencia de valoración y de la “ratio iuris” (analogía legis). En segundo lugar utilizaremos la “autointegración” si todavía el caso permanece oscuro, a través del cánón de la totalidad (analogía iuris). En tercer lugar se acudirá a la “heterointegración” que es admitida al juez sólo en vía excepcional: cuando la decisión se remite a una apreciación según equidad, y siempre teniendo en cuenta los principios generales del Derecho.

### **1.11.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSUECUDINARIAS.**

A la costumbre se le puede definir como el valor social del comportamiento concorde a la fuerza normativa del hecho. Pero, ¿quién es el competente para discernir? “Hay que buscar la naturaleza de las cosas y la procedencia es la conciencia social de la época que determina la necesidad que hay de reconocer una línea de conducta colectiva en presencia de ciertas situaciones históricas y sociológicas”<sup>96</sup> de acuerdo con la Escuela Histórica del Derecho.

---

<sup>96</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 303.

Lo importante es que existe una convicción absoluta que se refleja en el comportamiento concorde de los miembros de la comunidad.

Diferencia de las normas consuetudinarias con las normas legales:

En la ley, el derecho de forma a través de la autoridad social que delega en el régimen de soberanía la legislación de las normas con miras a dar a dicha norma jurídica un largo plazo de existencia.

En la costumbre, el derecho se forma ya no a través del régimen soberano sino a través del régimen de autonomía por medio de una valoración común y autónoma. Una segunda clase de costumbre, es la costumbre jurídica de decisiones repetidas de la jurisprudencia. Es lógico que cuando han existido conflictos de interés y han sido sometidos a decisión unitaria, los criterios establecidos para su composición devienen también uniformes y asumen el carácter de “precedentes” que es el esqueleto de un derecho consuetudinario. La costumbre jurídica resulta de aquella convicción común y se refleja en la “opinio necessitatis”, que no es una apreciación particular, sino de la comunidad y es aquí donde se centra la interpretación, siendo necesario hacer una valoración comparativa de los intereses en juego, escogiendo el interés fundamental y viendo el alcance de la máxima, su sentido y el criterio de valoración de aquella ,

siendo este último fundamental porque hay que ver si la necesidad social reconocida en aquella “opinio necessitatis”, tiene un alcance más amplio o diverso del que sugiera la situación de hecho.

### **1.12.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.**

Los actos jurídicos<sup>97</sup> operan exclusivamente en el espacio del ordenamiento jurídico como:

a. Provisiones o actos de soberanía, en situación de la ley. Son los actos vinculados<sup>98</sup>.

b. Actos de autonomía o discrecionales, bajo la disciplina de la ley.

Dichos actos afirman una “máxima de conducta” y necesitan una interpretación normativa dirigida a aclarar cualquier duda.

---

<sup>97</sup> Ver E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 311 y ss.

<sup>98</sup> Actos vinculados como son la admisión, concesión, autorización, aprobación, dispensa, renuncia, expropiación, certificación, apreciación.

a.- La interpretación en los actos de soberanía trata de verificar si el precepto individual constituye una individualización apropiada del precepto general de la ley. Esta interpretación asume carácter deontológico<sup>99</sup> (y no histórico). Se aleja de la función reconocitiva y está destinada a una valoración crítica. Estos actos de soberanía se someten a una rigurosa tipicidad legal en cuanto a su competencia y estructura, siendo su objetivo, el interés público a resolver; por ello es muy importante, la motivación lógica.

En los actos vinculados es necesario confrontar el supuesto particular con el tipo abstracto previsto en la ley; la interpretación actúa como medio de apreciación de la situación de hecho que corresponde al supuesto legal.

b.- En los actos discrecionales el intérprete debe verificar si los hechos corresponden a las previsiones legales, examinando la valoración de los motivos, presupuestos, objeto, causa, autoridad, legitimación, siendo una línea de mérito y no de legitimidad como en los actos vinculados, la

---

<sup>99</sup> El término deontología fue creado por Jeremy BENTHAM para designar una ciencia de la “conveniente”, es decir, una moral fundada en la tendencia a perseguir el placer y huir del dolor y que prescinde de toda apelación a la conciencia, al deber etc. “La tarea del deontólogo – dice Bentham- es enseñar al hombre la manera de dirigir sus emociones de modo que queden subordinadas, en cuanto sean posibles, a su propio bienestar”. Muy distinto de este uso es el propuesto por ROSMINI que entendió por “deontológicas” las ciencias normativas, esto es, las que indagan “como debe ser el ente para ser perfecto”. El ápice de las ciencias deontológicas es la ética o diceosina (doctrina de la justicia).

interpretación va más allá de una valoración crítica; se examina el acto bajo el aspecto causal y vista la exigencia de interés público, el acto se adapta a una situación dada, siempre teniendo en cuenta otros elementos importantes tales como la equidad, conceptos morales, económico-sociales e incluso adaptándose a la conveniencia política.

Pero aquí no se agota la interpretación, debe haber una profundización más, que consiste, en el examen del acto, en el uso que se ha hecho del mismo, en interpretar si efectivamente existen los elementos de hecho que justifican el acto y en el otro lado de la moneda, ver si en realidad ese poder competía o no a la autoridad, pues puedan existir abusos de discrecionalidad o desviación de ésta a su destino.

### **1.13.- REFERENCIA A LA INTERPRETACION DE LA SENTENCIA.**

El acto jurisdiccional responde a resolver los conflictos respecto la causa petendi (razón) y el petitum (objeto de la demanda judicial). El intérprete jurista debe reconstruir no la “mens iudicis”, sino el sentido preceptivo de la decisión.

La interpretación de la sentencia debe conducirse:

- Sobre la misma declaración documentada (texto de la sentencia), que denominaremos interpretación interna de la sentencia.
- Sobre la correlación de la sentencia con la demanda judicial, que denominaremos interpretación externa de la sentencia.

La misión del intérprete consiste en la búsqueda de la coherencia de la actuación del juez con la función típica, y ha sido muy debatido el tema si el intérprete debe indagar bajo criterios psicológicos la desviación hacia otros fines; Vamos a verlo:

Es un tema profundo el dilucidar la función del intérprete y aunque muchos puedan pensar que éste debe abarcar todos los campos, se cree que las decisiones afectadas por influencias externas psicológicas (sentencias injustas por acumulación de trabajo, por la inminencia de vacaciones...) o históricos (influencias de hechos políticos o costumbres sociales) no son auténticos testimonios representativos de un nuevo sentido de la legalidad o de un derecho nuevo pues lo cierto es que siempre ha habido una presión o influencia del ambiente sobre los jueces, y contra esto es difícil luchar pero no quiere decir esto que sea algo incompatible, pues realmente debe haber una lucha para eliminar injusticias; la injusticia debe ser combatida pero precisamente esa no es la función de la interpretación, sino que es función psicológica y partiendo de ese punto, el estudio psicológico puede ayudar a sentar las

bases de lucha y no conformismo contra las sentencias injustas provocadas por influencias externas, pero no podemos olvidar el condicionamiento humano de esta situación, un condicionamiento que puede limitar a la persona y que puede llegar a ser inevitable, incluso excusable siempre y cuando se pongan todos los medios para combatir esa “flaqueza”, quedando, desde el punto de vista de la interpretación de la sentencia, relegado el interés, hacia documentos de costumbres. Creemos que, sin embargo, en razón de eliminar injusticias, debe ponerse en acción cualquier mecanismo de defensa.

Por lo tanto, la tarea de la interpretación de las sentencias es apoyarse en el sentido de la legalidad del momento histórico, poniendo de relieve si existe la no coherencia y la contrariedad con la función jurisdiccional.

En la interpretación de las sentencias hay un límite mucho mayor que en la interpretación de los actos discrecionales en los cuales la investigación del abuso o el exceso del poder implica una interpretación psicológica dirigida a investigar qué uso se ha hecho con la discrecionalidad. Las sentencias son actuaciones jurisdiccionales de la ley y no se plantea discrecionalidad (excepto en las dispositivas).

Al igual que en la interpretación de la ley, la interpretación de la sentencia, comienza por un

reconocimiento histórico y ya después, se pasa al examen de la declaración en sus elementos de estructura y en su función típica, es en lo que consiste la interpretación técnica-jurídica de la sentencia, con dos elementos fundamentales:

- Motivación (momento lógico).
- Disposición (momento preceptivo).

Se examinan en una correlación teleológica, que es una síntesis, por lo que en la sentencia no hay disposición sin motivo, ni motivo sin disposición, sino la fusión de uno y otro, por eso se dice que la sentencia que decide bien y razona mal no satisface la necesidad de justicia.

Para tener una visión analítica, no se puede considerar por partes la interpretación, se debe tener en cuenta el cánón hermenéutico de la totalidad, común a todo tipo de interpretación, pero es incluso más importante en el caso de la sentencia.

Analizaremos a continuación la interpretación de la sentencia en su doble vertiente, según Emilio Betti:

- Desde el contenido de la sentencia, es decir la correlación entre motivación y disposición (interpretación interna de elementos textuales).
- Desde el contenido de la sentencia y el contenido de la demanda judicial (interpretación externa de elementos extratextuales)



### 1.13.1.- Interpretación interna de la sentencia.

Teniendo en cuenta que en toda sentencia existe una motivación y una disposición, la disposición debe interpretarse mediante la motivación, deduciendo de ello el significado preceptivo de la sentencia en su conjunto sea en cuanto decide, sea en cuanto razona siendo su colocación irrelevante.

La misión del intérprete será poner de relieve la falta, el salto lógico, omisiones... pues debe hacer una investigación crítica, algo parecido a la tarea de señalar lagunas en la disciplina legal o en la reglamentación de intereses dispuesta con el negocio jurídico, aunque en éste último, las partes tenían que haberlo previsto, mientras que en las otras se reconoce una exigencia lógica correspondiente al deber ser de la decisión judicial exigencia que se ve como un incumplimiento de una obligación jurídica del juez, pues la sentencia debe estar informada por un criterio deontológico. El juez dicta una serie de juicios relativos a los hechos relevantes y apreciaciones respecto la aplicación de la norma en justificación de individualizar un precepto jurídico.

El intérprete debe ver si la interpretación va encaminada a la ejecución de una resolución no impugnada o es “cosa no juzgada” todavía. En el primer caso -resolución no impugnada- se conserva el acto jurídico, que es criterio deontológico en la interpretación, pues el acto debe

interpretarse en el sentido de que pueda producir algún efecto, antes de no producir ninguno<sup>100</sup>. Este criterio legitima una interpretación correctiva para poner de acuerdo la fórmula y la idea. Mantiene firme la disposición rectificando la motivación para asegurar la funcionabilidad de la decisión.

- En el segundo caso, “si es que todavía cabe impugnación, la funcionabilidad de la decisión constituye la instancia de tal control”<sup>101</sup>.

Nunca puede ser permitido al juez de casación, dar de hecho una versión diferente ni sustituir las cuestiones de derecho propuestas al juez de primera instancia<sup>102</sup>.

La interpretación de la sentencia debe extenderse a su correlación con la demanda judicial, discusión procesal, procedimiento y decisión.

---

<sup>100</sup> Artículo 1.284 Código civil: “Si alguna de las cláusulas de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

<sup>101</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 334.

<sup>102</sup> Por ejemplo: comete un arbitrio la sentencia de casación que encontrándose ante el hecho de “simulación relativa” aplicará “la absoluta”, negando la versión anterior de negocio simulado, considerando jurídicamente inexistente un negocio que el juez no puede identificar.

### 1.13.2.- Interpretación externa de la Sentencia.

Se trata de la correlación entre la sentencia con la demanda judicial.

El juez tiene obligación de pronunciarse sobre la demanda y no más allá, con la prohibición de pronunciarse de oficio sobre excepciones proponibles únicamente por las partes, “sententia debet esse conformis libello”.

Se le impone al juez un “iter” a seguir y se le impone una serie de vínculos para proceder y de directivas “in iudicando”.

- En la interpretación de la resolución que no tiene fuerza de cosa juzgada, las desviaciones del “iter” ponen de relieve una errónea interpretación de las normas procesales “error in procedendo” o una omisión de examen “error in iudicando”.

- En la interpretación dirigida a ver la eficacia vinculante de la cosa juzgada (extensión, límites, objeto...) hace diferente el análisis, consistiendo en distinguir entre momento lógico y preceptivo. Hay que distinguir entre soluciones de cuestiones prejudiciales (indicio de reconocimiento de la ratio) y elementos constitutivos de la decisión (cuestión práctica de litis); distinguiendo estas cuestiones será la base para una buena interpretación, puesto que los antecedentes son fundamentales para llegar a la luz de la cuestión.

#### **1.14.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.**

El negocio jurídico es el poder de dictar reglas para los propios intereses de los que los establecen. Son actos de autonomía, de autorregulación de los propios intereses, aunque el negocio no es tutelado por el mero capricho de los titulares ya que su interés perseguido debe encuadrarse y tipificarse en funciones económicamente sociales, dignas de tutela jurídica; a pesar de esto, el derecho moderno se amplifica algo más y es suficiente con que haya una tipicidad social. En la interpretación del negocio no tiene relevancia ni el motivo ni la motivación lógica, ni la histórica, sino solo el interés práctico y objetivo. Solo es sujeto a un mero control de idoneidad y licitud para su tutela jurídica.

La interpretación del negocio jurídico es diferente a la interpretación que se debe hacer en la sentencia judicial, puesto que en la primera es importante el carácter psicológico siempre desde una objetividad o desde el tecnicismo que debe existir a la hora de intentar encontrar la motivación privada que ha inducido a reglar un precepto privado buscando la coherencia entre la finalidad práctica que persigue el negocio y la función económica social típica en que debe encuadrarse. En la interpretación de la sentencia judicial se trata de encontrar la coherencia entre el elemento lógico y el elemento preceptivo encuadrándose en una función del interés público.

En los negocios, el objeto de la interpretación son las declaraciones y comportamientos, donde se fija el contenido y se reconstruye el significado de las citadas declaraciones con referencia también a los hechos antecedentes y consecuentes, con esto queremos decir que no sólo hay que atenerse al tenor literal de las palabras sino que todo va encauzado a un mismo intento práctico.

El objeto de la interpretación jurídica en el negocio deben ser las manifestaciones que sean reconocibles desde el exterior aunque sea estudiado desde una interpretación psicológica pero siempre desde referentes objetivos que tengan conexión con la estructura típica del negocio. Por ello, no debe ser estudiado desde un carácter meramente psicológico de la voluntad de las partes del negocio puesto que induciría a multitud de interpretaciones posibles, hay que partir desde un punto de relevancia que se exige para el tratamiento interpretativo<sup>103</sup>.

Punto clave en los negocios es el criterio de la buena fe<sup>104</sup> que en el campo del negocio significa, dentro de una interpretación psicológica, “lealtad, claridad en el hablar y

---

<sup>103</sup> E. BETTI. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Cit. Pág. 350.

<sup>104</sup> El artículo 1.258 del Código civil señala: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

expresar, de modo que no se ha de saber sino aquello que se revela evidente a través de la declaración”<sup>105</sup>.

En cuanto al elemento subjetivo del negocio, basta saber que haya querido el acto el autor, “aunque haya incurrido en error sobre los motivos o sobre el significado de las palabras usadas salvo que se pueda impugnar el negocio por error esencial y reconocible”<sup>106</sup>.

La diferencia esencial de la interpretación entre los negocios inter vivos y los negocios mortis causa, es que en los últimos la disposición “Mens tenstantis” es más importante que “la figura verborum”, mientras que en los primeros hay un reconocimiento del precepto contractual de acuerdo con el criterio del común intento práctico de las partes y no conforme el sentido literal de las palabras<sup>107</sup>.

Cuando la ley da relevancia al intento común de las partes frente al sentido literal de las palabras, no se refiere a la voluntad de ellas, sino al concorde intento que se ha formado entre las partes en cuanto aparece como reconocible en su común conducta o declaración, “interpretándolo según su espíritu, la situación de hecho y el comportamiento de las

---

<sup>105</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 350.

<sup>106</sup> *Ibidem*. Pág. 351.

<sup>107</sup> *Ibidem*. Pág. 352.

partes, bajo unos criterios objetivos”<sup>108</sup>.

La cuestión interpretativa en las declaraciones constitutivas de los negocios se plantea sobre un conflicto de intereses entre el declarante y los destinatarios, y se decanta por el sentido otorgado por éstos últimos, pero no debemos caer en esta unilateralidad<sup>109</sup>.

Los métodos de interpretación en los negocios son<sup>110</sup>, la interpretación psicológica (subjctiva), o técnica (objetiva), interpretación individual o típica y la interpretación en función reconocitiva o integradora, y siempre bajo los criterios de la interpretación extensiva según la razón, según la buena fe, y en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato.

La interpretación psicológica está dirigida a investigar en la objetivación del espíritu de la “mens” según los cánones hermenéuticos de la autonomía y la totalidad (en el contrato se refiere a la común intención de las partes).

Respecto la interpretación técnica, está dirigida a replantearse el problema propuesto en la anterior, indagando la

---

<sup>108</sup> Ibidem. Pág. 356.

<sup>109</sup> De unilateralidad pecan teorías como la teoría de la confianza, teoría de la responsabilidad y la teoría de la voluntad.

<sup>110</sup> Ver E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 361 y ss.

solución, independientemente de la conciencia refleja (en el contrato, la totalidad del ambiente social) . Característico de la interpretación técnica es la utilización del criterio de buena fe bajo un nuevo aspecto: el de los usos en función interpretativa<sup>111</sup>. En la interpretación técnica se invoca la buena fe como el criterio o base que debe existir entre las partes, haciendo intervenir a los usos para buscar la solución a la controversia puesto que estos ofrecen soluciones que han tomado conciencias sociales históricas, siendo así, una fórmula para la interpretación de la ley.

La interpretación individual tiene en cuenta las circunstancias individuales al caso dependiendo del modo en que las partes hacen las diferentes declaraciones, llegando, así, a conclusiones diversas atendiendo a los particulares modos.

La interpretación típica clasifica las declaraciones en tipos o clases teniendo en cuenta todas las diferentes circunstancias que pueden concurrir dividiéndolas, así, en dichas clases las cuales tienen cada una resultados uniformes.

La interpretación individual conlleva una ampliación de los medios interpretativos y una valoración según elementos variables: la interpretación en función reconocitiva significa simplemente el “reconocer” un texto, unas declaraciones, sin

---

<sup>111</sup> Ibidem. Pág. 364.



desarrollar ningún elemento más y sin reconocer la viveza que conlleva la interpretación en sede del derecho, mientras que la función integradora íntegra en una conexión íntima todos los elementos que dan sentido al negocio.

El derecho romano muestra una tendencia hacia la interpretación típica, mientras que el derecho moderno tiende a la interpretación individual excepto una interpretación técnica para los contratos y negocios jurídicos intervivos<sup>112</sup>.

La interpretación termina cuando ya no hay discusión respecto la voluntad de las partes y es ahí donde comienza la integración; Existirá interpretación cuando existen puntos de regulación del negocio que no se encuentran en una fórmula pero si que pueden comprenderse en la idea que dicha fórmula quiere expresar encuadrándose en el contenido del negocio bajo criterios de buena fe, usos sociales...

La interpretación en sí y la interpretación integradora tienen puntos comunes como es aplicar la buena fe y tienen como base la causa para la composición de intereses. “En la interpretación la idea está más o menos manifestada, en la interpretación integradora con normas supletorias o dispositivas presupone la falta de un precepto recabable de la fórmula, por lo que se produce en ella una laguna que alcanza a la idea misma (precepto) en la regulación negocial, lo que no

---

<sup>112</sup> Ibidem. Pág. 365.

se refiere al tipo de negocio, sino únicamente a sus efectos ya que la integración es integración de los efectos...lo que constituye siempre una reconstrucción de la idea del negocio... inducida del contenido lógico y práctico del concreto negocio considerado en su conjunto y en conexión con el ambiente social”<sup>113</sup>.

Mientras haya una declaración de las partes, no se podrá acudir a normas supletorias o dispositivas para la regulación de los efectos como si hubiera una ausencia de toda la declaración. Pero se debe tener en cuenta la diferencia entre la común intención de las partes que contratan y la voluntad efectiva del declarante sin menciones a la otra parte. Cuando se habla de común intención de las partes se quiere decir que existe más que un acuerdo, existe interés de las partes más allá del particular para conseguir una finalidad práctica. El “intento común” no es requisito de validez, sino cánón hermenéutico como puede ser el principio de buena fe, con prevalencia sobre el mero significado literal de las palabras<sup>114</sup>

Si en un negocio jurídico no está regulado algún punto hay que aplicar el principio de buena fe y no adherir implícitamente esa falta a la contraparte. Las palabras ayudan, pero el intérprete debe investigar hasta qué punto, buscando la

---

<sup>113</sup> Ibidem Pág. 369.

<sup>114</sup> Ver al respecto, E. BETTI. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 371 y ss.

intención de las partes por medio del contrato y por medio del sentido totalitario del mismo, es decir, la relación de las partes y el todo que resulta de las palabras empleadas, del comportamiento de las partes, de la intención original...

Sobre la ejecución del contrato, de la causa, y del objeto, el destinatario no tiene carga ni debe buscar indicios de la intención del otro. Pero sí es verdad que el contratante debe aclarar los términos del negocio si advierte que el que propone cae en error obstativo con perjuicio para él mismo: es una carga de corrección impuesta por el criterio de buena fe. Aquí, el conocimiento del destinatario adquiere relieve jurídico.

En el caso de querer hacer alguna corrección sobre los términos del negocio, sólo se puede admitir cuando haya una contradicción en la redacción del contrato a propósito de los tratos preparativos, y en base a los criterios de buena fe y por vía de equidad cuando verdaderamente se exija. Aquí también respetando el cánón de la totalidad y de la coherencia.

En la interpretación de los negocios *inter-vivos* se debe acudir a una interpretación técnica porque si no hay puntos regulados por las partes, éstas darían respuestas discrepantes y no tiene sentido hacer una interpretación psicológica para buscar su presumible “*intento común*”, por lo que es lógico sustituir éste por criterios objetivos, pues las demás respuestas serán siempre hipotéticas o presumibles, hecho que sí está justificado en los negocios *mortis-causa*.

Igualmente, la Jurisprudencia reconoce una interpretación extensiva de los pactos de un contrato por el que se puede recurrir al criterio de la analogía sólo cuando falta la norma específica o cuando no hay identidad con otros casos regulados por la ley, huyendo así de encontrar una “presumible voluntad”<sup>115</sup>.

Hay que tener en cuenta la necesidad de encuadrar el negocio en la totalidad del ambiente social y buscar siempre una conservación de los valores en el mundo del derecho.

Otro dato importante es el criterio de hablar claro por parte del que toma la iniciativa de un pacto contractual. Si no lo hace, soportará esta persona las cargas o consecuencias bajo un criterio de autorresponsabilidad.

En el caso de que el contrato resulte oscuro:

Si las dudas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato,

- Si es a título gratuito, ha de ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, por lo que se resolverá con la mínima transmisión de derechos e intereses<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> E.BETTI. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Cit. Pág. 376.

<sup>116</sup> Artículo 1.289 del Código civil: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del

- Si es a título oneroso en el sentido que realice lo más adecuado a los intereses de las partes, pero tiene un peligro, que de callarse la otra parte se beneficiaría la que astutamente se abstenga de esclarecer mejor su pensamiento, dándole gran discrecionalidad, que resultaría ser inoportuna e inmadura<sup>117</sup>. Pero si las dudas recaen sobre el objeto principal del contrato y no puede saberse cual es la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

Prescindiendo de los criterios deontológicos de la autorresponsabilidad y del favor debitoris, de los criterios objetivos de la interpretación técnica, se confirma que ante una laguna o ante una formulación oscura o ambigua del precepto contractual, se entiende como “ambigua” en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato<sup>118</sup>.

Una vez que la investigación del común intento práctico de las partes está clara y no da pie a equívocos, es decir, constituye el presupuesto de una interpretación técnica, el intérprete no podrá separarse de aquellos criterios objetivos para volver atrás, y hacer conjeturas sobre el “intento común

---

contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses...”.

<sup>117</sup> Artículo 1.289 del Código civil: “...Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses”.

<sup>118</sup> Artículo 1.286 del Código civil: “Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”.

de las partes”, siendo el obstáculo para la reconstrucción de una “presumible voluntad”<sup>119</sup>, hecho que no se encuentra en los negocios mortis-causa, ni tampoco a veces, en algunos negocios ínter vivos, como el mandato ni en las deliberaciones de una asamblea en la sociedad.

### **1.15.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS.**

La interpretación de los contratos intervivos en especial los contratos, es muy diferente a la interpretación de los testamentos o negocios testamentarios ya que en la primera clase de interpretación se intentará dilucidar la solución a un conflicto entre dos partes y en la interpretación de los testamentos se buscará encontrar el verdadero pensamiento del testador.

Este pensamiento del testador será encontrado o por lo menos, se intentará encontrar en las palabras del testamento, pero cuando estas palabras no tengan lógica con su comportamiento se interpretará su pensamiento de acuerdo a su conducta, a sus actos, de todas las circunstancias exteriores.

---

<sup>119</sup> Al respecto, E. BETTI. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 380 y ss.

En contraste con la abundancia de normas de interpretación que hay en los contratos, está la misma especificación en este sentido en cuanto los testamentos, sobre todo en materias de lagunas o normas ambiguas por lo que el criterio interpretativo se podrá deducir de la lógica del sistema y de la personalidad del testador. Esta posibilidad será hallada a través de su cultura, costumbres, circunstancias accidentales... es decir, en todo lo que le rodea atendiendo siempre al criterio que él tendrá desde su particular mundo, no desde el punto de vista común.

Es muy importante, por lo tanto, el elemento personal del testador partiendo de la base de que se trata de una persona normal en cuanto a los fines que persigue; así, se analizará la letra de la declaración y así se aplicará mientras no vaya en desacuerdo con el punto de vista personal del testador, pues puede haber incurrido en impropiedades del lenguaje, pero si el sentido de la declaración literal está en desacuerdo con el sentido que aquel quiso dar, pues así lo muestran sus actos, antecedentes o cualquier circunstancia externa que así lo demuestren, el negocio no podrá tener efecto ya que la declaración no atiende a la idea.

El cánón de la totalidad también se aplica en los testamentos, aplicando una interpretación típica individual, atendiendo siempre a las circunstancias individuales. Por ello, en este caso se puede acudir a una interpretación psicológica (que es individual, pero tiene sus límites) y el intérprete no

deberá en ningún caso acudir a los criterios objetivos de la interpretación técnica de los contratos, aunque si es común entre la interpretación técnica de los contratos y la de los testamentos el favorecer la conservación del negocio, es decir, sobrevive el “favor testamenti”. Pero si las condiciones son imposibles o ilícitas se considerarán como que no están, que no existen.

Respecto la aplicación analógica se puede regir por los mismos criterios que los contratos, es decir la interpretación técnica; así, se tratará en caso de ambigüedad u oscuridad acudir a esta técnica para integrar alguna deficiente expresión, siempre que no haga alejarse en los contratos del pensamiento del común intento de las partes y en los testamentos, del pensamiento del testador.

#### **1.16.-EL PROBLEMA INTERPRETATIVO EN RELACIÓN A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.**

En primer lugar creemos necesario el aclarar el término «condiciones generales de los contratos». En la actualidad, el modelo clásico ha cambiado por los contratos en masa o adhesión, redactados por una de las partes, es decir, por el empresario, de manera que la otra parte no puede entrar a valorar las pautas del contrato, teniendo la opción de aceptar



las condiciones y firmar o rechazarlo y no contratar. Surge así un grupo de condiciones denominadas «las condiciones generales del contrato» (muy concerniente en el ámbito de la banca, del seguro...).

Podemos diferenciar dentro de éstas, las condiciones generales del contrato propiamente dicha (se le impone al cliente a través de la redacción elaborada por el empresario, es decir, las condiciones se imponen sólo a una de las partes), y en segundo lugar, las «condiciones generales de la contratación», redactadas por empresarios de una rama o un sector de la producción, de manera que se imponen a todos los empresarios de aquella rama, incluso a quienes no quieran asumirlas, que obligatoriamente tendrá que imponérselas a su cliente, por lo que las dos voluntades se ven obligadas.

Cuestión de interpretación será dilucidar si se trata de una fuente del derecho o no y se llega a la conclusión de que si emanan de un órgano estatal con poder normativo sí se encuadrarían dentro de las fuentes del derecho, pero si no tienen origen estatal, las condiciones generales de la contratación, debido a la generalidad de la que gozan y en cuanto que se imponen no sólo al cliente, sino también al empresario y puesto que se repiten en todos los ámbitos, llegan a formarse en auténticos usos mercantiles, supliendo lagunas de ley, y por lo tanto, su naturaleza es de uso normativo.

Existen una serie de requisitos que son necesarios para la validez de su imposición a los consumidores como que éstas condiciones deben ser detalladas con claridad, sencillez y corrección, y reglas hermenéuticas, como el respeto a la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, considerándose nulas todas las que sean lesivas para los intereses de los consumidores. En el caso de haber dos condiciones contradictorias se aplicará la más beneficiosa para el consumidor (como es el caso del principio «pro-operario» en el derecho laboral, pero que puede atentar contra el art. 14 C.E.), y en el caso de que hayan cláusulas oscuras se interpretarán en contra del empresario que puso la condición a favor del consumidor (como ocurre igualmente en los negocios respecto la claridad con la que se debe efectuar el trato y a falta de ésta, el que tiene la iniciativa de formalizar un pacto soportará las consecuencias).

La duda en la interpretación se resolverá en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las condiciones particulares sobre las condiciones generales, 'siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas.

Cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

Es interesante en nuestra actualidad económica-social no olvidar la aspiración de dotar a los consumidores y usuarios de

un instrumento legal de protección y defensa, estableciendo sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para su defensa, así como afirmar los criterios, derechos y obligaciones que configuran la defensa a este sector y que en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones normativas futuras, en el marco de la doctrina señalada por el Tribunal Constitucional.

### **1.17.- LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO LABORAL.**

El derecho nace para ser aplicado. La aplicación de la norma laboral se rige por las reglas por las que se conduce la aplicación del derecho en general, reglas entre las que ocupan papel importante las de carácter interpretativo.

La forma de aplicar una proposición jurídico-laboral se efectuará mediante un razonamiento lógico-formal ya través de juicios hallados mediante la experiencia social.

La aplicación de las normas laborales se efectuará mediante las técnicas comunes sobre aplicación del derecho, pero sí que tiene unas particularidades.

Es importante destacar los principios informadores del derecho laboral, así como su jerarquía de normas. Existen fuentes estrictamente laborales como son los convenios colectivos, así como el principio de norma más favorable.

Hay que, igualmente destacar el papel fundamental de los principios generales, principios comunes a las diferentes normas del derecho, que están subordinadas a la ley, a la costumbre ( como son la libertad, justicia, igualdad, dignidad de la persona); el sometimiento de la riqueza al interés general (art. 128.1) o el condicionamiento de la propiedad a su función social (art. 33).

Existe otro gran grupo de criterios fundamentales para el intérprete que son las reglas de ordenación (la jerarquía de las fuentes y los principios de aplicación temporal y territorial de las normas y la remisión a otras normas jurídicas)<sup>120</sup>.

Es necesario, como hemos dicho no olvidar las fuentes del derecho laboral, puesto que son diferentes de las fuentes del derecho en general.

Tras las disposiciones directamente aplicables del derecho comunitario europeo nos encontramos con la Constitución y en tercer lugar con los tratados y convenios

---

<sup>120</sup> A .MONTROYA. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998. Pág. 216.

internacionales, siguiéndoles las normas con rango de ley e inmediatamente las normas reglamentarias. Dentro de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, se encuentran las leyes orgánicas y las ordinarias, dentro de las cuales, dado el rango jerárquico entre las diversas especies de leyes ordinarias, primaría el principio de temporalidad, de manera que la posterior deroga a la anterior sin perjuicio de la primacía del principio de vigencia de la ley especial.

Respecto a la potestad reglamentaria de la administración, el art. 9.3 de la Constitución contiene una referencia específica a los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa.

En el sexto lugar en orden a las fuentes se encuentra el convenio colectivo, que es fuente material peculiar del derecho del trabajo. No viene enumerado en el Código civil, pero la doctrina unánimemente lo considera fuente del derecho del trabajo.

Se regulan la voluntad de las partes y tiene cobertura jurídica siempre que su objeto sea lícito, y en ningún caso pueden establecer en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales.

En el séptimo lugar están los usos y costumbres, que se aplican en nuestro ordenamiento laboral únicamente en defecto de disposiciones legales, convencionales e incluso de lo

acordado por la voluntad de las partes manifestado en el contrato de trabajo.

El valor de los usos y costumbres laborales es pues, meramente subsidiario, y con tal significado aparece recogido en preceptos concretos tales como el art. 20.2 del texto refundido del E. T.<sup>121</sup>

Por último, la aplicación de los principios generales del derecho al ordenamiento jurídico laboral no confiere a los mismos una matización especial que pueda entenderse en el sentido de suponer una categoría distinta.

Su especialidad se limita a la que derive de la propia naturaleza del derecho laboral, es decir, de la aplicación de dichos principios a las exigencias que plantee en determinados órdenes el derecho del trabajo.

Sirven como fundamento del ordenamiento jurídico, actúan como orientadores de la labor interpretativa y son fuente en caso de insuficiencia de la ley, de la costumbre y como criterio de equidad.

---

<sup>121</sup> “En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección, y en su defecto, por los usos y costumbres.”

El derecho común es supletorio del ordenamiento laboral, tal ocurre, por ejemplo, con gran parte de la materia relativa a las obligaciones y prácticamente con la doctrina general sobre los contratos. El valor de los elementos del contrato, los vicios que afectan a los mismos, la determinación de lo que haya de considerarse fuerza mayor, son temas que el derecho laboral no regula.

La supletoriedad del derecho común no es sino consecuencia del principio sustancial de la unidad del derecho, que hace que todas las ramas jurídicas por encima de y sobre su especialidad, haya de contar forzosamente con lo que son los conceptos, base o punto esenciales de partida que prestan unidad de sentido a todas ellas.

Se establecen en primer lugar normas de derecho necesario absoluto que se hallan contenidas en preceptos constitucionales de inmediata aplicación. También normas contenidas en leyes y reglamentos o decretos que establecen las bases y requisitos de la contratación colectiva o individual del trabajo, los efectos generales de esa contratación, causas de suspensión o cese de los contratos.... es decir, cuantas materias guarden relación con el orden público y principios que informen del derecho de cada estado.

Existen también normas de derecho necesario relativo, inderogable pero susceptible de ampliación, constituidas por aquella parte de la legislación que tiene el carácter de garantía

mínima para el trabajador y por último, normas de derecho voluntario o dispositivo.

De ahí que una norma de rango inferior, pueda sustituir a una de rango superior, según reconoce la jurisprudencia siempre que se trate de derecho necesario relativo y su contenido sea más favorable al trabajador.

Es decir, los principios de «norma más favorable», «condición más beneficiosa», «pro-operario», etc., alteran la jerarquía de normas, pero sólo en apariencia, ya que tal alteración no se da en el derecho necesario absoluto sino en el derecho relativo que lleva implícita la posibilidad de tal alteración.

El principio «pro-operario» es una regla hermenéutica jurídico laboral donde existen varias interpretaciones posibles (res dubia) será de aplicación la interpretación que mayor beneficio reporte al trabajador; se trata de una serie de cautelas y garantías hacia éste.

El principio «pro-operario» como dice Alonso Olea puede ser entendido en un sentido amplio o puede serlo en el puro y simple principio de interpretación de la norma que concretamente resulte aplicable. Hay dos direcciones, una legislativa y otra interpretativa.



De la primera nace el propio derecho del trabajo como un medio de resolver la cuestión social y la situación de las clases trabajadoras, manifestándose en derecho necesario absoluto, siendo ilegales las condiciones de trabajo inferiores a las legales.

De la segunda línea nace el principio in dubio pro-operario obedeciendo indiscutiblemente al deseo de amparo al débil en cuantas ocasiones no exista una claridad legal.

Sin embargo, el principio no deja de producir una cierta peligrosidad e inseguridad jurídica, ya que puesto que el fin es equilibrar la inferioridad económica del trabajador, se puede producir una desigualdad en perjuicio del patrono atentando contra el art. 14. C.E.

El principio de «norma más favorable» se fundamenta en la existencia de dos o más normas en vigor, cuya aplicación preferente se discute, al contrario del principio anterior, que se trata de la existencia de una norma cuya aplicación es dudosa.

El principio de «condición más beneficiosa» hace referencia al mantenimiento de los derechos adquiridos por el trabajador, no se trata de comparar normas, sino de comparación entre las condiciones laborales en las que el trabajador se beneficia<sup>122</sup>, y por último, el principio de

---

<sup>122</sup> A. MONTOYA. *Derecho del trabajo*. Cit. Pág. 220.

"irrenunciabilidad de derechos" con lo que se quiere evitar renunciaciones por parte del trabajador que le resulten beneficiosas.

El art. 3.2 del texto refundido del E. T., establece que las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa.

El art. 3.3 del texto refundido del E.T., dispone que "los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de la más favorable para el trabajador; apreciado en su conjunto y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables".

El contenido del precepto significa:

- Entre dos normas de origen estatal, pero una de ellas contenga condiciones más favorables para el trabajador, prevalecerá ésta.
- La determinación de lo más favorable ha de hacerse apreciando ambas normas en su conjunto, sin que quepa comparar cláusula por cláusula, de manera que se llegue a crear un estatuto particular entresacando sólo lo que favorece y rechazando lo menos favorable.

- La norma estatal cede en su aplicación ante el convenio colectivo cuando éste es más beneficioso para el trabajador. La comparación entre aquella y ésta debe hacerse en su conjunto.
- Han de respetarse los mínimos de derecho necesario.

Por último, es importante destacar la vigencia de la norma laboral en el tiempo, es decir, la cuestión de la retroactividad, respecto del cual en materia del derecho del trabajo acoge el principio de irretroactividad.

### **1.18.- REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.**

La Constitución al tener una regulación general de derechos<sup>123</sup> y libertades y normas de organización y no tan

---

<sup>123</sup> RICARDO GUASTINI en Especificidad de la interpretación constitucional en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Cit. Págs. 298-299. Se pregunta si estos derechos recogidos son propiamente declarados por la Constitución (visión iusnaturalista), es decir, que existen anteriormente a su regulación positiva por lo que el texto constitucional sería “no genuinamente prescriptivo” (adscribir derechos, es efecto, prescribir), sino descriptivo de los derechos preexistentes, o por el contrario son contruidos por la Constitución (visión positivista) donde los derechos “no son reconocidos sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución”. GUASTINI indica que la primera doctrina admite el efecto integrador de la norma al considerarse abierta, al contrario que los partidarios de la segunda doctrina que al ser la constitución una lista cerrada no es susceptible se integración.

A. FERNANDEZ-GALIANO. El iusnaturalismo en A. FERNÁNDEZ – GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones de teoría del Derecho y*

detallada como los demás sectores del ordenamiento jurídico puede llegar a tener muy diferentes influencias de orden político y mostrar una diversidad de interpretaciones en base a los diferentes condicionamientos de valores éticos, presentando así una problemática respecto la adecuación de la norma al caso, que es de lo que se ocupa la interpretación, la cual busca la mejor solución respecto los supuestos que se presentan. Debido a ello se invoca la “concretización” de las normas jurídicas, pero no sacrificando la verdadera naturaleza del sistema constitucional, que es de servir de guías y de principios para el resto del ordenamiento jurídico, esto es, no se puede ver la Constitución desde una perspectiva cerrada y estática ya que atentaría gravemente contra su función, sino todo lo contrario, se trata de una concretización desde el punto de vista abierto, que permita aplicar la más idónea solución al caso, en razón del verdadero fin de la norma, adecuándola al momento presente.

No podemos olvidar el elemento subjetivo del intérprete, quien está condicionado por todas sus experiencias, vivencias, prejuicios, condicionamientos, que es quien debe actuar de mediador entre el texto jurídico escrito en un momento determinado y entre las necesidades del presente. Por ello, el

---

*Derecho Natural*. Cit. Pág. 562, tiene muy clara la solución a este interrogante que resuelve en clave iusnaturalista al señalar que: “Nuestra propia Constitución evidencia, en relación con los Derechos Humanos, una inspiración iusnaturalista... son abundantes los artículos que, en relación con esos derechos, emplean al verbo reconocer, que envuelve la afirmación tácita de que el Derecho ahora reconocido tenía previa existencia”.

intérprete tiene un papel fundamental y debe evitar cualquier filtramiento de un pensar estrictamente subjetivo debido al margen que otorga nuestra Carta Magna pero que es necesario, para adecuar la norma al caso ante las necesidades, presentes y concretas.

La hermenéutica moderna afirma que toda lectura de una norma se halla anticipada por una precomprensión que el intérprete tiene del objeto del texto y del lenguaje en que está expresado. Es decir, como indica A. E. Pérez Luño<sup>124</sup>: “la hermenéutica tiene en su haber su contribución decisiva a elucidar los presupuestos subjetivos (precomprensión) y objetivos (contextualización) en que se realiza la actividad interpretativa, así como la necesaria coimplicación de ambos (círculo hermenéutico)<sup>125</sup>”, pero con el peligro de que el lenguaje que sirve de vehículo para la comunicación dentro de una determinada tradición de sentido pueda ser un medio de dominio y de poder social<sup>126</sup>, ante lo que Habermas reivindica una hermenéutica críticamente ilustrada capaz de distinguir el

---

<sup>124</sup> A. PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.984. Pág. 265.

<sup>125</sup> FROSINI lo denomina “espiral hermenéutico” en *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 50. Sobre el “círculo hermenéutico” ver la misma obra págs. 26,50,67,70,80.

<sup>126</sup> A. E. PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cit. Pág. 265. El autor indica la posibilidad de riesgo que existe en la forma que tiene el intérprete de entender el lenguaje, objeción hecha, según el autor, por OTTO APEL y JÜRGEN HABERMAS en relación con las tesis de GADAMAR.

conocimiento del enmascaramiento, hecha a través de una reflexión racional<sup>127</sup>.

Existe un último momento en la interpretación, que se refiere a la actividad práctica de analizar los fines y resultados que la norma ha dado lugar; puesto que nunca debe responder la interpretación de la Constitución a una decisión política en la que el resultado está preconcebido en interés de una parte, hay que estudiar si realmente la interpretación de la norma interpretada ha dado solución al caso concreto.

#### 1.18.1. - El Título Preliminar del Código civil y la Constitución.

Lucas Verdú afirma ver una conexión material entre la Constitución y los preceptos del Título Preliminar ya que “aquel expresa aunque sea en una ley ordinaria, los modos de producción, modificación, derogación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas”<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Ibidem. Pág. 265: “Dicha hermenéutica vincula la comprensión al principio del discurso racional, a tenor del cual, solo se garantiza la verdad por el consenso alcanzado y duradero obtenido en la situación ideal de una comunicación no limitada y libre de dominio”.

<sup>128</sup> Ibidem. Pág. 269. Continúa LUCAS VERDÚ: “Esta conexión afecta a la Constitución en sentido material, a la Constitución sustancial, a la fórmula política de la Constitución, expresiones equivalentes ya que el techo ideológico, la organización jurídica y la estructura socioeconómica que la componen dependen estrechamente del modo de producción,

Sin embargo, para A. E. Pérez Luño tras la promulgación del texto constitucional de 1978 “éste ha pasado a ser el derecho común y el marco jurídico-ambiental básico para la interpretación y aplicación de todas las normas de nuestro sistema. Por ser una norma cualitativamente distinta de las demás, corresponde prioritariamente a la Constitución la función de informar todo el ordenamiento jurídico; la Constitución es, así, la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”<sup>129</sup>.

#### 1.18.2. – Métodos de interpretación de la Constitución.

Existen según A. E. Pérez Luño diferentes métodos de interpretación de la Constitución<sup>130</sup>.

A.- La interpretación formal, que atiende a medios gramaticales, lógicos, históricos y sistemáticos.

---

modificación, derogación, interpretación de las normas que, junto con las instituciones, configuran y articulan el ordenamiento jurídico”.

<sup>129</sup> Ibidem. Pág. 270. Así, para A. E. PÉREZ LUÑO, “las normas del Título Preliminar del Código Civil son normas auxiliares que concretan el art. 9.3 de la C. E.” Recordemos dicho artículo: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>130</sup> Ibidem. Pág. 271.

B.- La interpretación material, que se esfuerza en hallar límites para evitar la discrecionalidad del intérprete.

C.- La interpretación sistemática, donde el ordenamiento jurídico debe ser considerado como un sistema caracterizado por la coherencia del contenido de las normas, dotado de una unidad orgánica y finalista.

D.- La interpretación evolutiva<sup>131</sup>, que tiende a identificar el objeto de la interpretación con el texto formal para preocuparse por el modo de entender o aplicar el contenido de la normativa constitucional<sup>132</sup>.

Siguiendo a M. Rodríguez Molinero<sup>133</sup> los cuatro métodos consistirían en:

---

<sup>131</sup> Sobre la interpretación evolutiva RICARDO GUASTINI comenta: “Es también una doctrina difundida que debe aplicarse a la constitución la denominada interpretación evolutiva que consiste en atribuir al texto constitucional un significado distinto del histórico e incluso un significado cambiante de forma que permita adaptar su contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas y/o sociales”. Guastini indica los dos argumentos con los que se defiende esta tesis: a) La Constitución al regular esencialmente relaciones políticas, éstas cambian con el tiempo inevitablemente y debe ser interpretada según la evolución de aquellas relaciones y b) la Constitución, al regular valores, debe tenerse en cuenta que éstos igualmente cambian. RICARDO GUASTINI. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Cit. Pág. 295.

<sup>132</sup> Los métodos de interpretación material y evolutiva de la Constitución obedecen a una inspiración iusnaturalista, que hace contribuir a una visión abierta que debe tener la norma constitucional en su interpretación para su posterior aplicación. Ver PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cit. Pág. 283.

<sup>133</sup> Véase en relación, los cuatro métodos propuestos por MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Cit. Págs. 224 y ss.



A) Sentido literal<sup>134</sup>, como significado de cada palabra y la unión de palabras en la frase.

B) Coherencia lógica que alude al recurso, al contexto para conocer el significado correcto y concordancia objetiva.

C) Criterios y fines del autor de las normas.

D) Formas de la ley o criterio teleológico-objetivo, atendiendo a la naturaleza de las cosas y la ratio legis de la norma, es decir, en los principios en que se inspira.

En realidad, vienen a ser lo mismo y como afirma la hermenéutica moderna, la interpretación debe tener presente la multitud de métodos y aplicarlos al caso concreto en función de la necesidad concreta, conjugándolos si es necesario en su debida proporción, es decir, se vuelve a invocar la coherencia del sistema y su espíritu para poder conseguir la finalidad de la norma. Ello sería posible teniendo en cuenta una serie de principios<sup>135</sup>:

---

<sup>134</sup> GUAISTINI indica que según un punto de vista muy difundido, la Constitución no se presta a una interpretación literal. GUAISTINI. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Cit. Pag. 294: “Las disposiciones constitucionales (si no son todas, gran parte de ellas) –suele decirse- son formuladas en un lenguaje extremadamente vago: son en realidad “principios” mas bien que otras normas o reglas específicas; y la determinación de las formulaciones es precisamente un rasgo característico de las disposiciones de principio. Por otro lado, los principios no pueden ser entendidos literalmente. La interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el derivado de todo contenido prescriptivo y hacerlo, así, inutilizable en la aplicación del derecho”.

<sup>135</sup> Véase sobre los principios de la interpretación de la Constitución a A. E. PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cit. Págs. 276 y ss.

Principios de unidad constitucional, que exige acudir en caso de conflicto de intereses a la ponderación de bienes en base a valores axiológicos y objetivos políticos que informa la Constitución, es decir, su coherencia; el principio de funcionalidad que obliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales; y el principio de eficacia, para conseguir la efectividad de la norma incidiendo especialmente para la interpretación de los derechos fundamentales a través del principio “in dubio pro libertate” respetando y expandiendo así el sistema de libertades constitucionales.

Así, la Constitución incorpora el sistema de valores esenciales en la convivencia política, siendo toda norma jurídica contraria a ella inconstitucional, declarándola así el Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta sobre la nulidad de las normas que sólo pueden ser declaradas nulas si no pueden ser interpretadas en consonancia con la Constitución y que la interpretación conforme a la Constitución tiene “la presunción subjetiva de que el legislador realizó su función dentro de los límites constitucionales (favor legislatum) y objetiva de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (favor legis)”<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> A. E. PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cit. Pág. 280.

Pertenece a los poderes públicos la función de concretar y desarrollar esos principios ético-jurídicos constitucionales ya que no son en sí directamente aplicables, tal y como la propia Constitución establece. Así, el Tribunal Constitucional como el resto de los tribunales de justicia debe acatar aquel desarrollo efectuado por el legislador. La función del Tribunal Constitucional será, por tanto, no la de desarrollar él mismo los principios constitucionales, pero sí la de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, cuando a través de su interpretación esta norma sea contraria a la Constitución, pero debiendo agotar los métodos propuestos de interpretación y buscando la viabilidad de tal norma para que tenga efecto. Eso sí, no debe nunca forzar la interpretación de la norma jurídica pues estaríamos ante una tergiversación de su sentido, a lo cual no puede llamársele interpretación. Las normas posteriores de la Constitución quedan derogadas si van en contra de ella. Respecto las anteriores de igual rango quedan explícitamente derogadas y cuando sean de rango inferior también se derogan siendo esta derogación implícita. El Tribunal Constitucional debe respetar el criterio de intención y fin del legislador y el fin objetivo de la ley<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Comenta A. RODRIGUEZ MOLINERO. *Introducción a la ciencia del derecho*. Cit. Pág. 234, “Cuando estos fines vayan más lejos de lo que la Constitución permite, únicamente podrá mantenerse la vigencia de la norma jurídica cuestionada mediante una interpretación restringida de la misma y también, cuando los fines se quedan cortos, habrá que recurrir a una interpretación extensiva para salvar la vigencia de la norma. Si ninguno de estos dos remedios es posible, no cabe otra alternativa que modificar la norma cuestionada por contraria a la Constitución”.

Existen tres posturas doctrinales sobre la interpretación de la Constitución<sup>138</sup>:

A.- La primera postura exige que la Constitución como ley escrita debe regirse por las mismas reglas que las demás leyes ya que la Norma Fundamental no puede quedarse sin reglas vinculantes pudiendo hacer de ésta una interpretación arbitraria.

B.- La segunda postura reivindica el carácter abierto de la Constitución, adaptándolo al momento presente en que sus normas deben ser aplicadas.

C.- Concilia las anteriores posturas indicando que dada la necesidad de adaptar la norma constitucional debe ser actualizada su interpretación pero siempre esta concreción debe ser efectuada sin separarse del conjunto del espíritu del propio texto constitucional, ya que debe existir una coherencia, la cual en muchas ocasiones será dilucidada por medio de la interpretación que haga el Tribunal Constitucional. Será necesario acudir a la naturaleza de las cosas, a los fines y a los valores que presiden las normas<sup>139</sup>, debiendo en algunas

---

<sup>138</sup> Ibidem. Pág. 235.

<sup>139</sup> Ibidem. Pág. 237. Respecto a la tercera postura doctrinal: “Una interpretación que tenga en cuenta esos tres criterios (naturaleza de las cosas, fines y valores de la norma) y que se apoye en ellos, cuando se trata de principios y normas fundamentales, habrá de superar en ocasiones los límites entre lo jurídico y lo político para conseguir una resolución justa. A veces parecerá incluso que la decisión hallada es más

ocasiones superar la barrera que existe entre lo político y lo jurídico.

Marcelino Rodríguez Molinero ve necesario proceder con suma cautela al traspaso de lo puramente jurídico a lo político para buscar el bien común de la sociedad, por lo que siempre deberá estar debidamente justificado<sup>140</sup>.

Como conclusión, diremos que la Constitución debe ser interpretada atendiendo no sólo a la forma sino también a su contenido, teniendo en cuenta el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales debido al cambio del estado liberal al estado social. Lo cual conlleva “superar la rígida distinción entre la parte dogmática y la orgánica de los textos constitucionales, ya que la participación y las prestaciones no pueden interpretarse al margen de las reglas que encauzan la organización y el funcionamiento de los poderes públicos”<sup>141</sup>, apareciendo los derechos fundamentales como valores, que deben imperar para el fin de una

---

política que jurídica por basarse en razones de finalidad, de oportunidad y de justicia que en la seguridad jurídica”.

<sup>140</sup> Ibidem. Pág. 238: y señala: “En principio se ha de mantener la fidelidad a la tesis, que si se trata de resolver cuestiones jurídicas, éstas sólo deben tener una respuesta jurídica, por lo que toda solución política queda radicalmente vedada. Lo contrario sería convertir el órgano supremo de interpretación de la Constitución en un instrumento más al servicio de quien en cada momento ejerce o controla el poder político de la sociedad, lo que lamentablemente ocurre más de una vez”.

<sup>141</sup> PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cit. Pág. 252.

convivencia social pacífica. Por ello, la tarea de la interpretación de la Constitución es “reivindicar el carácter jurídico de dicha actividad frente a quienes la entienden como un proceso político supeditado a la fuerza determinante de los hechos”<sup>142</sup>, intentando dar respuesta a los problemas que se presentan dentro de la Constitución por lo que debe tener sus propias categorías metódicas, orientando su hermenéutica desde una visión abierta y dinámica hacia sus metas que son las normas y principios que un estado democrático debe tener.

El problema de la interpretación constitucional pone ante todo de relieve la necesidad de interpretar valores y principios (los valores y principios constitucionales). El reconocimiento de estos valores y principios hace pensar ya que muchas veces el texto de las normas jurídicas no proporciona una respuesta adecuada y autosuficiente al supuesto objetivo de la controversia en cuestión. En estos casos se impone la necesidad de acudir a elementos extranormativos para conseguir la determinación definitiva de la decisión jurídica. Al problema de los elementos extranormativos de la interpretación del derecho se le han dado dos respuestas diferentes según se considere que la interpretación de la norma jurídica en cuestión deba ir más allá del texto de la norma buscando su espíritu, o deba trascender a la norma acudiendo a valores y principios ajenos a ella. Al

---

<sup>142</sup> Ibidem. Pág. 253.

primer supuesto nos vamos a referir en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación. Al segundo en los capítulos tercero y cuarto del mismo.

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **LA INCARDINACIÓN DEL ELEMENTO VALORATIVO EN LA LEY.**



## **CAPÍTULO II.**

### **LA INCARDINACIÓN DEL ELEMENTO VALORATIVO EN LA LEY. LA TEORIA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE EMILIO BETTI. LA TEORIA DE LA INTERRETACION JURÍDICA DE VITTORIO FROSINI.**

#### **-INTRODUCCIÓN.**

En los casos en que el texto de la norma resulta insuficiente para resolver por si solo el problema planteado ante el órgano judicial, una de las opiniones que se le ofrecen al interprete es, como veíamos, buscar en la propia norma la resolución ultima al mismo. Evidentemente en tales supuestos no es ya solo el texto de la norma lo que de analiza sino que podríamos denominar, con una formula que ha hecho fortuna, el espíritu de la norma.

La doctrina que atiende preferentemente al espíritu de la norma en este tipo de situaciones ha encontrado un eco especial en Italia en la teoría de Emilio Betti y Vittorio Frosini. A ellos nos vamos a referir a continuación como exponentes cualificados de este modo de entender el problema de la interpretación del derecho, y en definitiva, el problema de la decisión jurídica adecuada.

## **A.- LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE EMILIO BETTI.**

### **A.2.1.- INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO DE EMILIO BETTI.**

El pensamiento de Emilio Betti se centra en el campo de la hermenéutica en la búsqueda constante y necesaria del espíritu que toda norma encierra, lo que conlleva un alejamiento patente de la aplicación de la letra de la ley sin buscar el verdadero contenido de ésta, que debe estar reanimada con el contacto de la sociedad en que se plantea la aplicación de la norma, tal como indica Emilio Betti<sup>143</sup>: “El jurista Juvencio Celso, tratando de la interpretación de las leyes (probablemente de las leyes stipulationis) encierra el criterio que no debemos atenernos a la pura letra (verba), sino a la *vic ac potestas* y tratando de la interpretación de los negocios *mortis causa*, mientras afirma la necesidad de fundarse sobre su declaración enuncia el criterio de la preeminencia y superioridad hermenéutica de la *mens dicentis* respecto a la *vox dicentis*, superioridad del pensamiento inmanente a la declaración respecto a la letra abstractamente considerada. En tales enunciaciones de Celso que llaman la atención del intérprete sobre la *mens dicentis*, es decir sobre el

---

<sup>143</sup> E. BETTI. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 32.

valor de la expresión del pensamiento y sobre la *vic ac potestas*, es decir sobre el valor normativo de la declaración... aflora para el que trate de profundizar en su sentido, la conciencia de un fundamental *cánon hermenéutico* referido al objeto de la interpretación”, que es el *cánon* de la autonomía hermenéutica o de la inmanencia del criterio hermenéutico donde la fórmula normativa debe entenderse en su necesidad interior, coherencia y racionalidad, no debiendo servir al fin extrínseco que al intérprete le pueda parecer más próximo.

El autor italiano ve claro que las formas representativas que tiene el derecho de mostrarse son objetivaciones del espíritu y manifestaciones del pensamiento por lo que debe ser entendido según aquel espíritu y nunca según el significado que se le atribuya a la forma.

Pero a la vez, la forma es necesaria y tal como indica Emilio Betti, “ante la exigencia de síntesis y de inteligibilidad nacen los procedimientos abstractos o constructivos de los conceptos, la necesidad de reducción a tipos, y de aquí parte la dogmática de la ciencia jurídica”<sup>144</sup>. El autor afirma la importancia de la existencia de un entramado dogmático, y por ello sostiene la necesidad de no abandonar el concepto o tipo de una determinada norma a la hora de interpretarla, ya que es necesaria una certitud y seguridad en la medida de lo posible,

---

<sup>144</sup> *Ibidem*. Pág. 84.

pero estas formas representativas deben ser fuentes de valoración jurídica reconstruyendo el significado, indicando<sup>145</sup> el autor: “Todo derecho dirigido a disciplinar la vida de relación tiene la necesidad de sostener sus enunciaciones con un entramado dogmático, destinado a orientar las relaciones de la vida como intérprete de sus valoraciones sociales. Es por lo que éstas, son enunciadas, no como narrando un acontecer, sino como ordenando un deber ser, es decir, estableciendo síntesis entre situaciones hipotéticas y calificaciones o relaciones a ellas referidas, de ahí la necesidad de describir, determinar, y delimitar con la mayor precisión posible los tipos o esquemas de situaciones previstas y de calificaciones o relaciones correlativamente dispuestas”.

Un segundo criterio hermenéutico para Emilio Betti, es el del cánón de la totalidad y coherencia de la consideración hermenéutica donde interesa recabar el sentido del todo de elementos singulares, es decir, la norma debe ser entendida en su contexto, indicando el autor italiano<sup>146</sup>: “Lo mismo que el significado, la intensidad o matiz de una palabra no puede ser entendido si no es en el contexto en el que fue dicha o se encuentre de ese modo también el significado y valor de una proposición en relación con aquella a la que está ligada, o no

---

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Ibidem. Pág. 33 y ss. A este cánón de totalidad se acude para la interpretación de declaraciones y comportamientos, por ejemplo al interpretar los negocios jurídicos para eliminar interpretaciones que contrasten con la lógica del sistema.

puede comprenderse el nexo recíproco en el complejo orgánico del discurso al que pertenecen. Así, puede decirse que desde el comienzo del proceso interpretativo tiene lugar un gradual proceso hacia la comprensión de los elementos singulares en relación con los núcleos de los elementos singulares en relación con los núcleos en los cuales se organizan y hasta el todo que en ellos se articulan”. Así, Emilio Betti ve necesaria la aplicación de este cánón para que al final, todos los elementos singulares sean colocados a plena luz y sean comprendidos en su conjunto.

Un tercer cánón hermenéutico es el de la integración valorativa normativa en su racionalidad, es decir, la analogía y la interpretación extensiva o restrictiva, se trata de una adaptación y adecuación supliendo las deficiencias de las normas, indicándose<sup>147</sup> que: “La analogía e interpretación extensiva o restrictiva introducen en el proceso interpretativo un elemento que va más allá de la simple finalidad de aclaración por contener en sí misma una ulterior finalidad de adaptación y de adecuación de la norma jurídica”.

Así, el intérprete debe colaborar en la interpretación de una forma activa, pues revive por dentro en la propia actualidad un pensamiento pasado ya que todos los pensamientos están condicionados por el momento histórico vivido, el intérprete no sólo efectuará una operación pasiva

---

<sup>147</sup> Ibidem. Pág. 40.

sino que con su conocimiento, educación, intuición hará una contribución hacia el presente. Indica Emilio Betti: “Se trata únicamente de reconocer la espontaneidad del sujeto que interpreta su historicidad, y digamos también, su totalidad espiritual estando bien conscientes de la esencial contribución que aporta y debe aportar al proceso interpretativo, sin perjuicio de la autonomía del objeto, la espiritualidad viviente y las categorías mentales del sujeto. Solo así se explican los mudables vicisitudes históricas de las concepciones interpretativas de un mismo objeto”.

Un último cánón hermenéutico es el del cánón de la adecuación del entender o de correspondencia o consonancia, donde el intérprete debe reconstruir la idea original y ponerla de acuerdo al tiempo en que quiere ser aplicada, indicando el autor italiano<sup>148</sup>: “No basta un interés actual por entender, por muy intenso, que pueda ser, hace falta también una apertura mental que permita al intérprete colocarse en la perspectiva justa, más favorable para descubrir y entender. Se trata de una adaptación ética y teórica a la vez, que en su aspecto negativo se puede caracterizar como negación de uno mismo y aceptación decidida a prescindir de los propios prejuicios y los hábitos mentales que sirvan de obstáculo, mientras que en el aspecto positivo se puede caracterizar como amplitud y capacidad de horizonte, que genera una disposición congenial y fraterna hacia lo que es el objeto de interpretación”.

---

<sup>148</sup> Ibidem. Pág. 40-41.

Emilio Betti indica que existe una necesidad de interpretación anterior a toda aplicación de la norma, incluso lo que se tiende a llamar una ley clara, estando por ello en contra del aforismo “in claris non fit interpretatio”, pues esta claridad puede ser engañosa o falsa debido al prejuicio que existe, aplicando así silogismos. Ante todo, el autor pretende decir que a parte de la comprensión lógica hay que considerar la comprensión teleológica de la norma, que es inmanente a ella, y para ello, hay que conocer la ratio iuris, pero considerándolo igualmente desde la luz de una interpretación sociológica.

El verdadero interés teleológico se produce por la existencia de diferentes intereses en juego a la hora de interpretar una norma. El intérprete debe atender a ello, haciendo una valoración comparativa de intereses, atendiendo a una jerarquía de valores.

Debido a ello, se insiste en que la norma se adapte al fin que debe tener, y esto es imposible si se mira la norma desde un punto de vista formal, lo que atentaría contra el cánón hermenéutico de la totalidad, que propugna el autor y siempre ateniéndose al fin de la convivencia social.

El texto sólo se reanima en contacto con la sociedad, pues sin ésta, nos encontraríamos con leyes vacías, desacopladas, en resumidas cuentas, con letras muertas. Ante

esto, surge la necesidad de acudir a diferentes concepciones, a diferentes valoraciones éticas, religiosas, económicas-sociales que junto con la ayuda de la tradición jurídica, a la historia, se podrá alcanzar ese verdadero fin que la norma posee.

En contra de autores eminentemente positivistas quienes ven la interpretación como procedimiento puramente intelectual (vieja concepción objetivista prekantiana) desechando las normas meta jurídicas morales puesto que darían lugar a juicios de valor personales, extraños al derecho positivo, Betti mantiene una lucha firme contra dicha posición, asentando la necesidad de tener en cuenta el elemento emocional valorativo, pensando en el origen de la norma, y cómo los intereses han sido coordinados, adaptándolos al cambio de la sociedad, llegando a asentar que “la ley no es, sino que se hace de acuerdo al ambiente social”<sup>149</sup>.

Esta interpretación atendiendo a los valores e intereses en juego no debe confundirse con el proceso psicológico individual del legislador, lo que nos viene a decir que el autor está en contra de aplicar “la voluntad legislativa”; esta voluntad sólo se asume respecto al interés general no a un interés individual<sup>150</sup> sino como la “voluntad general”, es decir, considerada objetivamente del autor.

---

<sup>149</sup> Ibidem. Pág. 125.

<sup>150</sup> Al igual que la voluntad general de ROUSSEAU.



En la interpretación, así, será fundamental aplicar el elemento teleológico buscando el fin de las normas, y para ello será necesario aplicar elementos meta jurídicos, propugnando el autor la necesidad del derecho natural, pues la exigencia más alta para él será espiritualizar la lógica del derecho.

Así, los principios generales del derecho no sirven para conferir eficacia vinculante pero sí para confirmar su valor de criterios directivos para la interpretación y de criterios programáticos para el progreso de la legislación.

#### **A.2.2.- VINCULACIÓN A LA NORMA E IMPORTANCIA DEL ELEMENTO EMOCIONAL VALORATIVO PARA SU INTERPRETACIÓN.**

A la hora de la interpretación jurídica Emilio Betti, como hemos visto, parte siempre de la norma, de la base de no abandonar el concepto o tipo de una determinada norma, precisamente al contrario de la corriente que sostiene que para interpretarla hay que hacerlo desde fuera de ésta (Gény, Cardozo.....)

La tesis que sostiene Emilio Betti es, por lo tanto, la de vinculación a la ley, pero no de forma aritmética, como indica

el autor<sup>151</sup>: “Ciertamente que al reconocer que el intérprete no es llamado a una operación de naturaleza aritmética, sino a una apreciación que debe responder a las exigencias axiológicas de una valoración normativa ínsita en la ley, es preciso guardarse de equívocos y de unilateralidad, que darían buen juego a los secuaces del llamado método tradicional”. La vinculación a la norma debe hacerse según una apreciación que responda al sentido verdadero de la norma, que solamente verá la luz ante una valoración de ésta mediante su ratio iuris, como señala el autor italiano<sup>152</sup>: “Ante todo, la confrontación de la norma con el problema práctico que se trate de resolver por su medio debe si bien servir a apreciar con una medida de racionalidad teleológica si el medio elegido sea idóneo o adecuado al fin, o sí en el ambiente social al que la norma es destinada vaya a suscitar reacciones imprevistas y a conseguir un resultado discrepante del que en otras condiciones podría lograrse. Pero tal apreciación no tiene otro fin que el de iluminar el contenido normativo de la ley en su ratio iuris y eventualmente, de extender su alcance de conformidad con ella, o de reducirse a los límites que sean convenientes”. Emilio Betti está en contra de la libre investigación del derecho a lo que hace una crítica debido al abuso que puede existir a la hora de interpretar una norma dada la gran discrecionalidad que habría por su falta de

---

<sup>151</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 261.

<sup>152</sup> *Ibidem*. Pág. 261.

subordinación a la norma<sup>153</sup>. Por ello, Betti indica la necesidad de la vinculación a ésta para su reconstrucción adaptándola al verdadero fin de las necesidades sociales señalando<sup>154</sup>: “En la interpretación de un ordenamiento jurídico en vigor, no puede uno quedarse en la evocación del sentido originario de la norma: porque está lejos de agotarse en su primitiva formulación tiene vigor actuar en unidad con el ordenamiento del que forma parte integrante y viene destinado a actuar y a trascender en la vida social, a cuya disciplina debe servir. Por ello, el intérprete no ha acabado todavía de cumplir su tarea cuando ha reconstruido la idea originaria de la fórmula legislativa, pero debe también, después poner de acuerdo la idea con la realidad presente, infundiéndole la vida de ésta porque precisamente es en el presente y no en el pasado donde debe hacerse la valoración normativa en cuestión”.

---

<sup>153</sup> E. BETTI. *Interpretación de las ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 261. “En todo caso el vínculo de subordinación que liga al intérprete a la ley no le consiente ninguna apreciación discrecional en cuanto a la aplicación de la misma, una vez que haya reconstruido su sentido y sólo porque le parezca contrario a ciertas exigencias de justicia y no de acuerdo con otras. Una investigación libre, es decir, discrecional, del derecho a aplicar rebasa el oficio del intérprete y entra en la competencia del legislador”. La corriente doctrinal conocida con el nombre de “freie Rechtsfindung” (investigación libre del derecho) representa no ya una correcta acentuación del elemento teleológico de la interpretación, sino sobre todo -según ya hemos puesto de relieve- una desviación a evitar. La apreciación a lo que es llamado el intérprete debe siempre subordinarse a la valoración normativa contenida en la ley y reflejarla en la máxima de decisión.

<sup>154</sup> *Ibidem*. Pág. 76.

Partiendo de la importancia de tener una forma representativa para disciplinar los comportamientos, lugar en donde los defensores de aplicar la letras de la ley sin más se anclan, se hace necesario a partir de este momento buscar las valoraciones inmanentes y latentes, desde su reconstrucción histórica, como señala el autor italiano<sup>155</sup>: “La exégesis de toda fórmula legislativa no puede nunca prescindir del elemento histórico, ya que el encuentro del intérprete con el texto legal no es nunca un contacto directo que prescinda de la mediación de anillos intermedios...precisamente viviendo en la tradición de la jurisprudencia pueden los juristas realizar la continuidad de la vida del derecho”, siendo imprescindible buscar un conjunto unitario del significado de una norma dado en la historia y el valor otorgado en el presente para que así la letra de la ley se convierta en un pensamiento eficaz de forma de aplicar la norma. Esta reconstrucción histórica sólo será posible a través de la interpretación jurídica. No se habla de otros tipos de interpretación los cuales no necesitan de este elemento valorativo para que la interpretación que se haga de algo pueda ser aplicado<sup>156</sup> a un sentido práctico, siendo este el

---

<sup>155</sup> Ibidem. Pág. 77.

<sup>156</sup> BETTI distingue a) la función meramente reconocitiva donde se incardina la interpretación filológica (que simplemente fija el pensamiento) y la interpretación histórica ( que puede dividirse en interpretación de las fuentes de la tradición histórica y en la interpretación de los comportamientos) b) la función reproductiva o representativa donde se distingue la interpretación de la traducción, la gramática y la musical y c) la función normativa donde está la interpretación jurídica, la teleológica y la psicotípica (ésta última tiene por objeto situaciones psicológicas y valoraciones morales a tener en cuenta en vista de la acción). E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los*

punto diferenciador ya que “la interpretación jurídica lejos de agotarse en un reconocimiento meramente contemplativo del significado propio de la norma considerada en su abstracción y generalidad, va más allá y opera una especificación e integración del precepto a interpretar; esto lleva a establecer una complementariedad concurrente, un círculo de recíproca y continua correspondencia entre el vigor de la ley (o fuente del derecho), donde se contienen las máximas de la decisión y el proceso interpretativo que se desarrolla por la jurisprudencia y por la ciencia jurídica”<sup>157</sup>.

Vemos la gran diferencia que hace el autor entre los dos momentos esenciales, lo que llamamos un primer momento reconocitivo, lógico y un segundo momento valorativo o teleológico en el cual la interpretación también tiene por función desarrollar normas directivas para la acción práctica<sup>158</sup>, que hace actuar al intérprete no como mero

---

*actos jurídicos*. Cit. Págs. 54 y 55. En la función normativa el intérprete debe ir más allá, no debe limitarse a una interpretación literal expresando la voluntad del legislador que hizo la ley.

<sup>157</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 50.

<sup>158</sup> “La interpretación no tiene una función meramente reconocitiva del pensamiento (de un pensamiento cerrado en su histórica peculiaridad), tiene por función desarrollar normas directivas para la acción práctica o para una opción, y así asume la tarea de mantener siempre viva, mediante el entender, la exigencia de un orden para el obrar, y fundamentalmente asume la tarea de conservar en perenne eficiencia en la vida social normas, preceptos y valoraciones normativas que son destinadas a regularla o servirla de orientación”. E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Págs. 96 y 97.

espectador sino como elemento vivo y operante<sup>159</sup>: se debe comprobar si el supuesto de hecho concreto corresponde al tipo legal en que se subsume denominando a esta operación lógica, calificación jurídica del supuesto de hecho, pero si el supuesto de hecho consiste en declaraciones o comportamientos, no se puede hacer una calificación jurídica definitiva pues debe verse el contenido del espíritu y de pensamiento en el sentido que tiene en el ambiente social, como indica Emilio Betti<sup>160</sup>: “Cuando el supuesto de hecho de cuya calificación se trata consiste en declaraciones o comportamientos, o sea, en actos jurídicos que requieren ser interpretados, se muestra en qué relación lógica se encuentra la interpretación del acto con su calificación jurídica... en realidad, la interpretación de actos, aunque relevantes para el derecho, toma al acto en su concreta individualidad, en su contenido de espíritu y de pensamiento y en el sentido que tiene el ambiente social, despojado de toda calificación

---

<sup>159</sup> V. FROSINI lo denomina intérprete-operativo en *Teoría de la interpretación jurídica*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, 1991. Pág. 8. Es decir, en palabras de BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 46. “El jurista debe considerar el complejo del orden jurídico no ya estáticamente como una osamenta fosilizada o como una formación gradual de cristales, en la que se trate sólo de aclarar y de descubrir las sucesivas estratificaciones, sino dinámicamente, como una viva y operante concatenación productiva, por decirlo con DILTHEY, como un organismo en perenne movimiento, que inmerso en el mundo de la actualidad es capaz de auto-integrarse según un diseño de racional coherencia y de acuerdo con los mudables circunstancias y con los sobrevenidas exigencias vitales de la sociedad presente, en cuanto se pueden considerar en él contempladas”.

<sup>160</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Págs. 102 y 103.

jurídica definitiva”; ponemos como ejemplo los negocios de derecho privado, donde las partes fijan su propósito y fines prácticos y sólo en un segundo momento se tratará de controlar si el fin tiene funciones económico-sociales y si el interés es digno de tutela jurídica.

Emilio Betti no intenta en ningún momento abandonar la ley “para adoptar una intuición de lo individual.... pues se trata solo de discernir y de elegir en el instrumento de la dogmática los conceptos que el sentido histórico y el intento del jurista consideren los más adecuados y aptos para esclarecer el contenido normativo y el estilo de ley interpretada dejando a un lado los que no sirven para esta tarea... a la que la construcción dogmática debe llevar su contribución no con vanos y rígidos esquemas inadaptados a la realidad sociológica y refractarios a la dinámica histórica del derecho, sino iluminando en su íntima coherencia lógica las valoraciones que determinan y justifican las soluciones legislativas de los problemas”<sup>161</sup>. Debido a ello se insiste en la tarea de perfeccionar los conceptos del ordenamiento jurídico en orden a la realidad sociológica y siguiendo a Emilio Betti siempre desde la coherencia histórica, tarea que debe acometer la interpretación jurídica.

---

<sup>161</sup> Ibidem. Pág. 107.

### **A.2.3.- CRÍTICA AL DOGMA DE LA VOLUNTAD LEGISLATIVA Y AL AFORISMO IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO.**

Cuando el autor hace continua referencia a la no separación de la línea histórica de las normas, insiste en no confundirlo con la visión estática de la ley, que correspondería a una interpretación meramente histórica (cognoscitiva), pero no jurídica, pero sí que es necesaria como elemento configurador junto a la valoración posterior para llegar al fin de la norma, como indica el autor italiano<sup>162</sup>: “La exégesis de toda fórmula legislativa no puede nunca prescindir del elemento histórico, ya que el encuentro del intérprete con el texto legal no es nunca un contacto directo que prescinde de la mediación de anillos intermedios, ... precisamente viviendo en la tradición de la jurisprudencia pueden los juristas realizar la continuidad de la vida del derecho”, siendo imprescindible hacer un conjunto unitario del significado de una norma dado en la historia junto al valor otorgado en el presente para que así la letra de la ley se convierta en un procedimiento eficaz de forma de aplicar la norma.

Aquella visión estática es la que mantienen los defensores de “la voluntad del legislador”, es decir, su intención que se remite al significado propio de las palabras según las conexiones que existen entre ellas, lo que

---

<sup>162</sup> Ibidem.



correspondería a una interpretación de la lógica de la lengua<sup>163</sup>, lo cual si es necesaria pero como un momento más, pero es imprescindible después hacer una interpretación lógica de la materia disciplinada y después una interpretación lógica del derecho, como Betti asienta que para entender el sentido de la ley es indispensable tener presente<sup>164</sup>: “ 1) la lógica de la lengua siempre que se trata de normas establecidas mediante enunciaciones (declaraciones), o bien la lógica del comportamiento, cuando se trata de normas puestas en práctica por la costumbre. 2) la lógica de la materia disciplinada que se deduce de la naturaleza económico-social de las relaciones reguladas (la naturaleza de las cosas) y 3) la lógica del derecho, o sea de la disciplina, del tratamiento jurídico como tal, considerado en su doble momento sistemático (lógico en sentido estricto) y teleológico, llamando a la primera interpretación de la lógica de la lengua, filológica o

---

<sup>163</sup> Se puede considerar en el derecho privado, en los contratos, la existencia de la interpretación lógica y literal de las palabras otorgadas por los contratantes, como dice nuestro Código civil en su artículo 1.281, pero siempre en miras de un interés común de las partes al señalar: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. Es decir, se está diciendo que el intérprete debe valorar otras circunstancias como es el comportamiento que ha tenido una parte con la otra; al igual que en la ley, en general, no podemos sujetarnos a la literalidad de las palabras de aquel legislador, sino igualmente valorar las nuevas circunstancias. El artículo 1282 señala: “Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente los actos coetáneos y posteriores al contrato”. Y el artículo 1285 indica: “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a la dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

<sup>164</sup> Ibidem. Pág. 249.

interpretación psicológica si se trata del comportamiento, a la segunda interpretación histórica y técnica y a la tercera, interpretación lógica y teleológica, ya que debe ser estudiada la norma en su propia lógica y en coherencia con otras normas y con los principios generales y también respecto las repercusiones sociales.

No debe aplicarse la voluntad manifestada en aquella época agotándose en ese momento la interpretación, sin tener en cuenta hechos sociológicos, que han variado ya que darían lugar a verdaderas injusticias. Sólo se asume la voluntad del legislador sólo en cuanto se deduce de la ley considerado objetiva e independientemente del autor siendo preciso “remover todo lo que es meramente subjetivo en la voluntad, dejando lo que es el resultado final o producto objetivo<sup>165</sup>”, así, se intenta evitar cualquier filtramiento psicológico del autor.

Pues no se trata de una simple interpretación filológica de las palabras para conocer el deseo psicológico del legislador para a continuación aplicarlo, pues así visto la ley sería como indica Emilio Betti, “surgida de una personalidad a semejanza de un hombre real que decide y manda, y por consecuencia les

---

<sup>165</sup> Ibidem. Pág. 240.

induce a imaginarse la misma norma como un mandato o un imperativo<sup>166</sup>”.

Realmente, considerada la ley como fuera de la imposición de una mente concreta debe ser interpretada hacia un interés común y no individual<sup>167</sup>. Los defensores del dogma de la voluntad legislativa encuentran uno de sus fundamentos en la aplicación de la ley a través de una pretendida extensión analógica ya que ven la búsqueda de la ratio iuris como fin de la norma. Al encontrar la ratio en ésta, la aplican sin hacer más valoraciones, y al propósito indica el autor italiano “la concepción voluntarista se presenta como una objeción al razonamiento analógico. Si la ley es acto de voluntad no puede tener otro sentido que el contenido en la manifestación del acto. La concepción voluntarista es una concepción esencialmente antihistórica que considera el derecho positivo como expresión de una voluntad a veces exclusiva y agotada en sí misma, lo que quiere decir que sitúa al derecho fuera del perenne fluir de la historia y, por ello, si la historia es racionalidad, esto quiere decir que existe la posibilidad de racionalizarlo”<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Ibidem. Pág. 239.

<sup>167</sup> Al igual que ROUSSEAU con la voluntad general, que no es la voluntad de todos, sino que se atiende a la utilidad pública donde ciertos intereses encuentran protección generalizada.

<sup>168</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 158.

El ordenamiento jurídico desde la concepción voluntarista sería, así, un sistema cerrado donde no puede ser completado porque ya en sí mismo lo está, por lo que no existe norma jurídica para regular un caso, los voluntaristas lo entenderían como voluntad contraria o falta de voluntad, pero eso sí, está completo, pero se objeta contra esto que cuando realmente haya falta de normas es porque el ordenamiento no es completo y si es así es porque faltan normas coherentes a lo que exige una adaptación continua a las necesidades de una determinada sociedad.

Así, el fundamento de la analogía descansa como indica el profesor italiano<sup>169</sup> “no en la voluntad de ley sino en su racionalidad, entendida como correspondencia a una exigencia históricamente determinada” y esta racionalidad exige que el derecho tenga posibilidad de desenvolverse según sus necesidades.

Por ello, Emilio Betti no considera el fin de la norma el hecho de encontrar la *ratio iuris* sin más, es decir, no se basa en el principio de causalidad que ve la norma como medio respecto a un único fin (el de la voluntad inicial)<sup>170</sup>, sino que

---

<sup>169</sup> Ibidem. Pág. 159.

<sup>170</sup> E. BETTI distingue respecto la *ratio iuris* dos corrientes: a) los defensores del principio de causalidad que entienden la razón como exigencia de ley, considerando la norma jurídica como hecho humano y como tal tiene una causa final, siendo ésta un medio respecto un fin y b) los defensores de la relación principio y consecuencia que ven la razón como razón de su verdad, no la ven como medio respecto a un fin, sino

ve el fin de la norma basado en una orientación de tipo teleológico atribuyéndole un juicio de valor puesto que el valor de la ley está, como señala Betti<sup>171</sup>, “en ser apta para conseguir su finalidad” (que es la solución de un problema práctico).

Contra la existencia de este elemento teleológico se encuentran los defensores del aforismo “in claris non fit interpretatio”, quienes ven el ordenamiento jurídico como un sistema lógico no necesitado de ningún elemento más al ser la enunciación clara, apoyándose en un prejuicio logicista de los silogismos. Emilio Betti combate esta postura basándose en que no se trata de un juicio histórico de la norma, sino que la norma es un instrumento destinado a disciplinar la vida de relación. Y entonces es preciso ver, en cada caso, cómo funciona tal instrumento y si se adapta al fin al que debe responder, es decir, si sirve para resolver el problema práctico del que presenta la solución. No basta con fijar puramente lo que la ley dice y afirma Betti “un intérprete que se limitara a la formula legislativa porque está escrita de tal modo, o en relación con la costumbre porque se practica de tal manera y prescindiese de indagar qué valoración normativa constituye su ratio iuris, mostraría tener una noción bien mísera del

---

como consecuencia de un principio. La norma como hecho histórico es el resultado de un motivo, como juicio debe tener otro fundamento. Este fundamento puede ser una verdad de hecho o una verdad de razón. Ver BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Págs. 160 y ss.

<sup>171</sup> BETTI . *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág.158.

sentido de la ley y no cumpliría con su tarea”<sup>172</sup>. La lógica del derecho es algo más que una pobre lógica formal de las proposiciones legislativas y es misión del intérprete espiritualizarla a través del momento teleológico y teniendo en cuenta la coherencia del sistema en su totalidad.

Para Emilio Betti respecto al aforismo “in claris non fit interpretatio” primeramente alude a la relatividad del término claro, en segundo lugar encuentra todas las leyes claras en su formulación literal (aunque luego sean incompletas) y en tercer lugar “la valoración de claridad debe ser siempre un resultado del proceso interpretativo”<sup>173</sup>, por lo que a su entender no hay leyes oscuras ni claras en un principio, haciendo una crítica profunda a los silogistas quienes aplican una lógica formal sin atender al verdadero logicismo del derecho en su conjunto, pero no debemos atenernos a aquellos brocardos latinos como el de ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit (lo que quiso decir la ley lo dijo y lo que no quiso, calló) y ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (lo que la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros) que se atienen a la letra de la ley, sin tener en cuenta la ratio iuris aplicando el aforismo in claris non fit interpretatio; Betti critica al individuo que se pregunta ¿Dónde está escrito? ¿Y si el juez debe aplicar la voluntad legislativa sin adaptarla al correr de los tiempos sólo porque está clara entonces por qué

---

<sup>172</sup> Ibidem. Pág. 261.

<sup>173</sup> Ibidem. Pág. 259.

cuando es oscura por propia iniciativa la adapta? interpretando a veces si y otras no, ¿Quién decide si es claro o no?.

Ciertamente, creemos que es esta una gran contradicción en la que tropiezan los defensores del citado aforismo, ya que no tiene sentido la adaptación única de leyes ambiguas, esto entonces conduciría a una inseguridad e incertidumbre grande en el derecho al producirse, con seguridad, colisiones de entendimiento del término claro resultando paradójico que, precisamente en lo que se basan los silogistas es en otorgar al derecho la mayor seguridad y certidumbre posible y el resultado así visto no puede ser más impreciso, puesto que provocaría multitud de discusiones y falta de entendimiento provocando un mal mayor.

#### **A.2.4.- FINALIDAD TELEOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.**

Emilio Betti sin olvidar el valor de la dogmática y del elemento lógico presta una atención singular al elemento teleológico valorativo; el autor partiendo de la base de un reconocimiento histórico de la ley que es el momento lógico, invoca el segundo momento valorativo o axiológico. Señala el

---

profesor italiano<sup>174</sup>: “Es preciso reconocer que las dos operaciones en concreto se interfieren y se fundan en un proceso unitario... recayendo el segundo momento necesariamente en el primero”, partiendo de una reconstrucción histórica y social<sup>175</sup>, ya que, indica Emilio Betti<sup>176</sup> “la ley no es, sino que se hace de acuerdo al ambiente social históricamente condicionado, precisamente por obra asidua de la interpretación, aplicando reglas de adecuación”<sup>177</sup>.

Ante posibles errores de comprensión es preciso tener en cuenta dos hechos: en primer lugar la interpretación debe analizar una ley o norma ateniéndose siempre a la totalidad en

---

<sup>174</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 113. Betti vincula y subordina la apreciación interpretativa a la coherencia lógica.

<sup>175</sup> E. BETTI, valora la reconstrucción histórica ya que así se puedan reconocer el significado de las nuevas instituciones, desde una perspectiva que sirve mejor para entenderlas, y poder darles soluciones desde la nueva perspectiva social, ya que pueden existir problemas dado los fenómenos que suceden: a) posibilidad de una *dúplex interpretatio* de textos y leyes en el traspaso histórico de una legislación precedente a una posterior. b) la permanencia de viejos órganos y su progresiva orientación hacia nuevas funciones mediante una conversión interpretativa. c) la reconstrucción histórica aclara cómo en el trasplante y en la recepción de un código que se ponga en país diferente del de origen ocurren fenómenos de asimilación y de refractariedad....E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 115 y ss.

<sup>176</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 125. En realidad no se puede aceptar la visión estática de Kelsen respecto que el ordenamiento es algo ya acabado.

<sup>177</sup> Tales reglas de adecuación hacen posible reglas como- *lex posterior* sobre la *lex anterior*- *lex specialis* sobre la *lex generalis*- *lex posterior derogat legi priori*, excepto- *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*-.



la que está encuadrada, ya que esta visión de todo el ordenamiento jurídico ayuda a otorgar un mejor sentido a la norma singular. El autor con esto no quiere decir que al interpretar una norma jurídica desde una visión totalitaria se esté realmente interpretando el ordenamiento en general, sino que se debe analizar la norma con sus características intrínsecas para después darlas un sentido extrínseco en base a la idea del conjunto de normas jurídicas. Igualmente debe objetarse en segundo lugar que la idea de sistema jurídico abierto no conlleva el hecho de que el ordenamiento jurídico como ente social sea algo vivo que no necesita interpretación al desarrollarse por sí sólo, indicando el profesor<sup>178</sup>: “No es algo vivo, que precisamente por estar vivo continuamente se modifique, se renueve, se desarrolle como si se tratase del desarrollo natural de un organismo vegetal o animal y no de una comisión de viviente espiritualidad y que en semejante desarrollo natural la interpretación no tuviese nada que ver”. Así, llegamos a la conclusión de que el ordenamiento jurídico no se desarrolla por sí mismo por mera ley natural, ni es algo que ya esté acabado.

En el contenido teleológico de la norma debe haber una valoración comparativa de intereses estudiando el interés que prime<sup>179</sup>, debido a que de lo que se trata es de buscar el espíritu

---

<sup>178</sup> Ibidem. Pág. 125.

<sup>179</sup> Por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico prima el interés social público antes que el individual tal y como afirma nuestra Constitución, o

de toda norma, es decir, como señala Emilio Betti<sup>180</sup>, “espiritualizar la lógica del derecho, en otro caso cristalizada y estática por causa de aquella vinculación, de modo que puede considerar sus doble momento sistemático y teleológico. Para lo que debe el intérprete también ser consciente siempre de la unidad de la tarea interpretativa”.

Al considerar que el sistema jurídico no es cerrado ni completo pueda dar lugar a insuficiencia de normas para regular ciertos hechos, lo que llamamos lagunas del derecho y es aquí donde cobra nuevo auge la necesidad de adaptación del derecho y la necesidad de que el intérprete no sea un mecanismo aplicador de éste, sino que sea un vivo operante ante la deficiencia o incoherencia advertida, siendo este un colaborador activo, debiendo subsanar la falta de norma no separándose del significado de la totalidad del sistema jurídico pues existe una subordinación vinculante a este. El desarrollo integrativo que individualiza la norma abstracta para concretarla en una sentencia se hace por medio de apreciaciones o juicios de valor analizando el juez las necesidades sociales, indicando Emilio Betti<sup>181</sup>: “En realidad no es decisivo, aunque no sea del todo irrelevante, que el autor

---

como por ejemplo en el ámbito del derecho privado, en los contratos, deben atender a un interés o causa económico-social.

<sup>180</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 255.

<sup>181</sup> *Ibidem*. Pág. 132.

de la fórmula haya tenido un grado mayor o menor de conciencia en torno al problema práctico que se trataba de resolver, lo que importa para la interpretación jurídica es que la solución dada obedezca a ciertos criterios de valoración”.

La integración de una materia sin lagunas lo sitúa Emilio Betti en un plano interpretativo y no legislativo como defienden los intelectualistas, ya que el juez debe colaborar activamente adjuntando los valores imperantes a través de su conocimiento para eliminar la laguna del derecho, asentando el autor que esta interpretación “elabora y crea no ya normas jurídicas, sino máximas de decisión creando una jurisprudencia, las cuales podrán ascender a normas jurídicas sólo en virtud de un subsiguiente proceso de recepción y de absorción, bien por una fuente del derecho bien por costumbre, bien por modificación”<sup>182</sup>.

El intérprete colabora y en cuanto colaboración la interpretación es necesariamente creación. Betti lo afirma al señalar<sup>183</sup>: “Es creación toda actividad espiritual que aún refiriéndose a un acto precedente, no es ni una simple reacción pasiva, ni una pura reacción mecánica, sino que rehaciéndolo lo renueva y repensándolo lo desarrolla”.

---

<sup>182</sup> Ibidem.

<sup>183</sup> Ibidem. Pág. 137.

Pero eso si, desde una estricta dependencia histórica que a partir de ésta se produce una elaboración de ideas organizándolas en razón a la necesidad social por lo que esta tarea no la podemos llamar creación libre, espontánea y arbitraria sino subordinada y vinculada al sistema jurídico, “siempre sujeta a las valoraciones inmanentes y latentes en el ordenamiento jurídico encuadrándose en el ambiente histórico y sociológico”<sup>184</sup>.

#### **A.2.5.- LAS LAGUNAS DEL DERECHO Y CRITERIOS PARA SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.**

Esta operación podrá realizarse por medio de dos vías a las que Emilio Betti alude, siendo éstas, la vía de auto integración a través de los principios generales del derecho, o por vía de heterointegración a través de la equidad.

La ley al tener necesariamente carácter general a veces muestra ser imperfecta o de difícil aplicación a casos particulares pero no debe buscarse la plenitud de la norma, sino su coherencia<sup>185</sup>. La duda de que el caso es dudoso debe

---

<sup>184</sup> Ibidem.

<sup>185</sup> “La actitud intelectualista que desconoce el momento lógico y teleológico ve el sistema plenamente lógico y universal, pero no se trata de plenitud sino de coherencia y no es universalidad, sino de una totalidad en lo que está insita una virtualidad, que excede y sobrepasa las singulares manifestaciones y pone al intérprete, lo mismo que en otros

ser atendiendo a los valores por si pudiera solucionarse por medio de la analogía (auto integración), llevando a la interpretación analógica a su máxima potenciación, es decir, a la analogía iuris a través de los principios generales<sup>186</sup>, y no atendiendo a la lógica, ya que la ratio de una norma puede corresponder con la valoración hecha a un determinado hecho, pero si aún el caso permaneciera oscuro, Emilio Betti alude a la vía de heterointegración, es decir, a la equidad<sup>187</sup>, pero sólo aplicada en vía excepcional, esto es, cuando la decisión se

---

casos, en la necesidad de una integración y de un ulterior desarrollo” . E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 278. Los intelectualistas cuando no existen normas jurídicas aplicables a un caso indican que no tendrá, en ese caso, relevancia jurídica al no tener una subsunción en el supuesto de hecho legal, es decir, en el ámbito de previsión de la norma, ignorando así las lagunas.

<sup>186</sup> Los medios de auto integración son la integración extensiva o la analogía a) la analogía legis se hace en función de la ley concreta y b) la analogía iuris en razón del derecho en general, es decir, se hace a través de los principios generales del derecho. El proceso de auto integración opera con el cánón de la totalidad que tanta referencia hace BETTI, recabando de elementos singulares el sentido del todo y entender el significado, la intensidad o matiz de la palabra dentro del contexto en el que fue dicho.. El cánón de la totalidad se aplica hoy para la interpretación de declaraciones y comportamientos en relación a los artículos 1.281 y ss. del Código civil español al regular la interpretación de los negocios jurídicos. Se acude a este sistema cuando se quieren eliminar interpretaciones que contrasten con la lógica del sistema. Ver E. BETTI . *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 281.

<sup>187</sup> La equidad significa según el concepto clásico la apelación a la justicia en cuanto se dirige a corregir la ley, tal y como fue enunciado por ARISTÓTELES y reconocido por los juristas romanos. La naturaleza misma de la equidad es la rectificación de la ley cuando se muestra insuficiente por su carácter universal. En tales casos la equidad interviene para juzgar, no a partir de la ley, sino a partir de la justicia que la ley misma está destinada a realizar. Por lo tanto, Aristóteles anota que la justicia y equidad son la misma cosa, la equidad es superior no a lo justo en si, sino a lo justo formulado en una ley, que, por razón de su universalidad, está sujeta a error.

remita a una apreciación según equidad. Y esto es así, porque a veces el proceso de auto integración del sistema jurídico tiene fronteras que no pueden ser superadas por una ley lógica de coherencia. Así, existe una exigencia de heterointegración en ciertos casos, donde las fuentes a las que acude el intérprete son diferentes de las oficiales por lo que no es fuente del derecho, la equidad. Esta operación para el autor tiene dos vías que son la de acudir a los principios generales del derecho como fuerza axiológica trascendiendo al derecho positivo y el segundo es acudir a principios, enseñanzas, doctrinas valoradas conforme a la equidad. De este modo, indica Betti<sup>188</sup> “el juez viene elevado al plano del legislador, pero limitadamente al caso singular sometido a su decisión”.

Fundamental es el concepto de los principios generales del derecho: Emilio Betti comenta<sup>189</sup> que “es digna de atención la tentativa de identificar los principios generales del derecho dentro de una consciente seriedad de propósitos y de una claridad de intención, mediante la reelaboración de la doctrina del derecho natural y de alcanzar su renovación en sentido moderno a través de la conciencia histórica frente a los

---

<sup>188</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 140. El autor equipara el caso del juez que debe acudir a la equidad ante la falta de regulación jurídica, a la discrecionalidad administrativa, entendida como valoración de lo que exige el interés público.

<sup>189</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 286.

problemas éticos y políticos a proponerse y de los valores de la civilización que hoy se consideran dignos de tutela”.

Para Betti, los principios generales se caracterizan por su contenido deontológico respecto las normas singulares siendo principios de valoración y guías de interpretación<sup>190</sup>, necesarias en ese momento teleológico que junto al lógico de la norma jurídica conduce a contemplar el orden jurídico “desde una totalidad en la que está insita una virtualidad que excede y sobrepasa los singulares manifestaciones y pone al intérprete, en la necesidad de una integración y de un ulterior desarrollo<sup>191</sup>”.

Los principios generales no podrán nunca ser formulados en términos normativos como todo precepto jurídico ya que afirman orientaciones e ideales de política legislativa que, como se sabe, son variables según las épocas, situaciones y la conciencia social y este es el deber que debe

---

<sup>190</sup> En contra de la doctrina del derecho natural y de sus normas metajurídicas se encuentra la doctrina de la fenomenología del derecho que toma en cuenta sólo el derecho positivo considerado a la ley totalmente desligada de la ley moral ya que se basan en que ésta última es un juicio de valor subjetivo. BETTI rechaza esta teoría fenomenológica al objetar que lo que se debe de tener en cuenta en el ordenamiento jurídico es su carácter de totalidad espiritual. Se refiere a lo que él llama “cánon de la totalidad y coherencia de la consideración hermenéutica. Véase BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 33 y ss.

<sup>191</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 278.

tener todo interprete, el de como indica Emilio Betti <sup>192</sup>“ saber encontrar y apreciar los verdaderos valores de la cultura en el momento histórico en el que entra en vigor”. En conclusión, el profesor Betti señala la necesidad de ver los principios generales del derecho<sup>193</sup> “no como resultado recabado a priori de un procedimiento de sucesivas generalizaciones sino como sumas valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico tienen una función genética respecto a las normas singulares”, así se les considera desde un criterio dogmático y como criterio dinámico que responde a las exigencias de política legislativa, debiéndolas tener presente para la solución de los casos dudosos.

Cuestión importante es para Betti, conocer la competencia para identificar los principios generales del derecho, es decir, la tarea de valorar la racionalidad o generalidad de un principio de derecho, es decir, si pertenece al derecho natural y si tiene conformidad con la realidad y se adapta al fin social. Esta tarea es importante ya que tiene dos peligros que hay que evitar: en primer lugar se debe evitar todo subjetivismo para no anteponer criterios ético personales ante los sociales y en segundo lugar hay que intentar encontrar un justo equilibrio entre tendencias conservadoras y progresistas.

---

<sup>192</sup> Ibidem. Pág. 284.

<sup>193</sup> Ibidem. Pág. 288.



Emilio Betti no cree válido identificar los principios generales del derecho con la naturaleza de las cosas, en la fuente de las normas, indicando el autor<sup>194</sup>: “La naturalis ratio no es una entidad que opere directamente, por una especie de mágico automatismo, sino que opera siempre por el trámite de una representación que se hace de ella la conciencia social históricamente determinada y por ello, a través de una visión y una valoración históricamente condicionada que viene guiada por ciertos criterios (distados precisamente por los principios generales del derecho) y captada bajo este prisma a propósito de la función de las relaciones sociales. La naturaleza de las cosas, es decir, la lógica de la materia que el derecho es llamado a disciplinar es ella misma objeto de interpretación histórica y técnica, de manera que no puede hacerse pasar diversamente del ambiente social y conforme a la medida de los puntos de vista corrientes entre los hombres que en ella viven”. Y esto es así, porque es lógico que según los ideales de una sociedad se rija ésta y no se trata de registrar estos datos naturales, sino de apreciar las exigencias de la vida social, porque como señala el profesor italiano<sup>195</sup> “cada sociedad históricamente determinada ve aquello que tiene en el corazón, es decir, aquello que más le oprime en la conciencia, e igualmente cada época histórica ve las mismas cosas con ojos diversos”. Por lo tanto, es lógico que criterios éticos

---

<sup>194</sup> Ibidem. Pág. 290.

<sup>195</sup> Ibidem. Pág. 291.

aparentemente uniformes como la buena fe o políticos como el de orden público o conceptos económico-sociales se vean diferentes según la sociedad y según el momento histórico, por lo que el derecho debe estar en continuo cambio.

Se deben apreciar las exigencias de la vida social en cada sociedad pues no hay que olvidar que incluso las mismas normas interpretadas en diferentes lugares tienen diferente aplicación.

Debido a esto, Betti intenta dar respuesta a la cuestión, de quién puede ser competente para identificar los principios generales encontrándolo en la Escuela Histórica del Derecho<sup>196</sup>, con la doctrina de la común espiritualidad, con la exigencia de positividad y objetividad a la hora de encontrar la totalidad espiritual del Derecho, siempre dentro de la realidad histórica y sociológica, olvidando el interés individual y acentuando el carácter de conciencia social sin caer en el prejuicio de mantener la letra de la ley, pues el derecho es mucho más amplio y se puede encontrar una simbiosis perfecta

---

<sup>196</sup> La Escuela histórica del derecho estuvo representada por Savigny y era una reacción contra el nacionalismo del siglo XVIII y de otra parte la vuelta a las fuentes puras del derecho romano. R. VON IHERING comentaba en su obra sobre F. K. Savigny que éste afirmaba que el teórico más perfecto sería quien hiciera una combinación entre la costumbre, la religión y la política. SAVIGNY indicaba que el derecho tiene al igual que el lenguaje, carácter dependiente y esta dependencia es hacia la particular fuerza del pueblo en ese momento, pues “el derecho crece con el pueblo, se transforma con él, muere cuando se pierden las propiedades esenciales de éste”. F. K. VON SAVIGNY en *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. Págs. 161 y ss.

entre letra y espíritu. Así que Betti encontraría que el órgano de la conciencia social en el cumplimiento de tal tarea debe hoy reconocerse en la jurisprudencia<sup>197</sup>.

#### **A.2.6.- EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN BETTI.**

Betti identifica la jurisprudencia como un órgano de la conciencia social, necesario para identificar los criterios de valoración que se expresan en los principios generales del derecho, siempre que los juristas sean conscientes de la responsabilidad que tienen como representantes de la sociedad, siendo una representación moral y no legal. Los juristas deben evitar intrusiones en la subjetividad y dar razón a un justo equilibrio entre tendencias conservadoras y progresistas, aceptando criterios de decisión según corresponda a la

---

<sup>197</sup> E. BETTI encuentra que la jurisprudencia es competente para identificar y elaborar aquellos principios generales del derecho que ofreciendo directrices y criterios de valoración, no se agotan en simples normas particulares, constituyendo instrumentos indispensables de una interpretación integradora del orden jurídico que sobrepasa los confines de la analogía legis. Pero la competencia aquí reivindicada para la jurisprudencia como órgano de la conciencia social de su tiempo tiene necesidad de ser todavía precisada y esclarecida a riesgo de caer en posibles equívocos y de ofrecer objeciones demasiado fáciles, como las que inclinan a los secuaces del positivismo jurídico, dominados por tenaces prejuicios a decir que : “quod non est in lege, nec in iure”. BETTI. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Cit. Pág. 293.

sociedad<sup>198</sup>. Así, los criterios de valoración que se expresan en principios generales del derecho, no son ya objeto de interpretación jurídica –ya que no se trata de normas que tengan un preceptivo definitivo- sino instrumentos de aquélla, criterios directivos bajo cuya medida hay que valorar las exigencias sociales de las relaciones de la vida, en cuanto postulan una disciplina jurídica”<sup>199</sup>.

Tienen los principios generales una función heurística y hermenéutica para los juristas en la investigación de aquello que es la justa máxima de decisión del caso dudoso<sup>200</sup>. No solo tienen que hacer una investigación de analogía legis sino también es una investigación iuris para encuadrarla en la sociedad en que se vive. Debido a esto los principios generales se encuadran al margen del derecho positivo, asumiendo una posición de equidad<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> En Gran Bretaña, su jurisprudencia es la base a la hora de dictar la sentencia, es decir, de acuerdo a la existencia de experiencias ya pasadas y no de acuerdo a una norma preestablecida; pero en España esta jurisprudencia representa un valor a seguir siempre que exista una falta de orientaciones unilaterales, buscando el justo equilibrio.

<sup>199</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 295.

<sup>200</sup> *Ibidem*.

<sup>201</sup> BETTI hace una distinción entre la equidad y la discrecionalidad administrativa al poder presentar cierta analogía. La diferencia, el autor lo ve en que al funcionario se le exige el interés público libremente apreciado, mientras que el juez debe descubrir cual es la única decisión que corresponde a los criterios de valoración ya inmanentes en el ordenamiento jurídico a no ser que sea admitida la apreciación equitativa de la disciplina jurídica más adecuada, pero sólo permitiéndose en vía

Así, el resultado del proceso interpretativo de la jurisprudencia es la de obtener el fallo bajo la escolta de los principios generales y sólo cuando las decisiones judiciales se conviertan y se aprueben como observación general, se convertirá en norma jurídica.

La jurisprudencia como “órgano de la convivencia social es un círculo de recíproca y continua relación entre el vigor de las fuentes de Derecho y el proceso interpretativo dirigido a obtener de aquellas las máximas de decisión, mediante la analogía y los principios generales del Derecho”<sup>202</sup>; dada la necesidad de acudir a estas vías, Betti hace un llamamiento al florecimiento del Derecho Natural y ante tal importancia llama a los juristas a su sensibilidad a través de los valores éticos y por las exigencias sociales<sup>203</sup>, para la expansión axiológica de los principios generales.

Emilio Betti, contribuyó a configurar una nueva concepción del derecho alejado del positivismo así como de

---

supletoria como última ratio. Ver E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 296.

<sup>202</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 298.

<sup>203</sup> Ibidem. Indica E. BETTI: “La orientación evolutiva de ésta (de la interpretación jurídica) no depende de sistematizaciones, sino de la fuerza de expansión axiológica de los principios generales ya inmanentes en los distintos ordenamientos jurídicos, lo que hace referencia más que a una capacidad de construcción sistemática de los juristas a su sensibilidad por los valores éticos y las exigencias sociales”.

concepciones idealistas, es un historicista dogmático con gran fe en los valores objetivos del derecho por lo que exige al intérprete la tarea de una interpretación teleológica que debe tender a captar la ratio iuris de la norma, teniendo como medio la razón de la norma, Betti hace referencia incansable a interpretarla en orden a una valoración sociológica y no olvidando nunca el gran papel de los principios generales del derecho.

## **B.-LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE VITTORIO FROSINI.**

Frosini nos dibuja un mosaico compuesto por las diferentes formas y métodos que existen para llegar a una buena interpretación jurídica, pretensión esta ardua y complicada teniendo en cuenta la multiplicidad de factores que influyen para la comprensión de una determinada norma, pero que con este estudio se intenta clarificar una serie de ideas sobre el entendimiento o significado de las leyes, gracias al trabajo del citado autor Frosini.

Frosini analiza la oposición entre las palabras de la ley – que permanecen inmutables en los textos legislativos- y la intención de la ley, dinámicamente diversificada según la interpretación que de ella haga. Concibe la ley como el

---

vehículo del mensaje informativo que procede estructuralmente del legislador.

No es correcto considerar que el intérprete del derecho se debe limitar a traducir el lenguaje legislativo al lenguaje judicial o doctrinal paralelo, conforme al cual se marginaría el espíritu de la ley y sólo existiría la letra de la ley. No bastaría, para Frosini, con encontrar y transformar una estructura lingüística, sino que habría que profundizar en la estructura jurídica del conjunto de relaciones prácticas que enlazan lo que establecen las leyes con los comportamientos ordenados.

Cuestión importante que se pregunta Frosini es la del principio “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”, pues la ley como mandato, sólo es ley para quienes tienen medios de conocer su existencia. Y si se presupone el conocimiento de las leyes, hace falta otra circunstancia para justificar su obligatoriedad: la coincidencia de la legislación con la interpretación, de la letra de la ley con el espíritu de la ley.

Se plantea la relación que hay entre la comprensión de la letra de un texto y la comprensión de su contexto, que irremediablemente dependen una de la otra, y Frosini sitúa al intérprete ante la obligación de asumir como “prejuicios positivos” no solo los rasgos culturales e ideológicos propios, sino también su percepción de la realidad social que en su

momento indujo al legislador a decidirse por unas determinadas consecuencias normativas.

Se forma una relación dialéctica de reciprocidad entre el intérprete y el texto interpretado, conforme a la cual el lector del texto, empujado por sus necesidades cognoscitivas y de acuerdo con las reglas del juego del proceso, da vida a la letra de la ley. No nos podemos limitar a una interpretación basada en elementos semánticos o lógicos deductivos de acuerdo a silogismos, sino que se obliga a valorar y a decidir, en definitiva “a operar”.

Frosini sigue a Betti al estudiar las relaciones entre la legislación y la interpretación, considerándolas como las dos fuentes del derecho: de la legislación emanan las “reglas promulgadas” en tanto les respalda la autoridad legítima; de la interpretación emanan las “reglas no promulgadas” en tanto que es una actividad social, autónoma y espontánea.

La hermenéutica apela al demiurgo-jurista-intérprete para que identifique los hechos y símbolos jurídicos poniendo en orden el universo normativo.

El procedimiento interpretativo se inicia con la ubicación ideal del intérprete en el marco de los principios generales del derecho. Tras esto, el intérprete debe analizar el mayor o menor grado de generalidad de la norma aplicable al supuesto de hecho concreto. Posteriormente, debe investigar la



intención del legislador no retrotrayéndose al momento de creación de la norma, sino pensando en el espíritu actual de la ley. Es entonces cuando se conectan las palabras de la ley entre sí, teniendo en cuenta también cada término jurídico por separado. La conciencia del jurista no debe aprisionarle en el círculo de la letra de la ley, sino hacerle intérprete del espíritu que a la ley da vida.

### **B.2.1.- EL ESPÍRITU DE LA LEY.**

Al ciudadano se le sitúa en cada proceso judicial frente a una ley y se presenta el problema de que una misma ley parece contener en sí misma diversos significados ya que “aunque las palabras con las que se escribió quedan inmóviles y envejecen sobre el papel, el espíritu de la ley parece dinamizarse y renovarse”<sup>204</sup>. Además, el pensamiento griego ya distinguía en la ley dos elementos como indica Frosini<sup>205</sup>: la fuerza que impone la aplicación de la ley en su formulación literal y el espíritu de la ley que proporciona su justificación e indica su finalidad llamando a la primera “lógica natural” y a la segunda “lógica jurídica”<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1.995. Pág. 20.

<sup>205</sup> *Ibidem*. Pág. 37.

<sup>206</sup> *Ibidem*. Pag. 115.

El espíritu de la ley consiste en analizar las diversas relaciones que las leyes tienen con diferentes cosas: la naturaleza y país (clima, terreno, tipo de vida, el grado de autonomía que la Constitución establece, la religión, el número de habitantes y en definitiva los objetivos del legislador), para llegar a su mejor aplicación.

Pero en realidad lo más importante es tener en cuenta la relación entre la legislación y la interpretación, de la relación entre la ley, el ordenamiento y los principios, indicando Frosini<sup>207</sup>: “La letra de la ley, se fundamenta en las palabras del legislador, en cambio el espíritu de la ley se encuentra en las palabras del intérprete, ya que la ley que está escrita sobre una piedra o un papel permanece siempre invariable, concentrada en sí misma, privada de vida real. La ley es un conjunto de símbolos verbales, y, si no es leída, comunicada o interpretada, queda como letra muerta. Sin embargo, el problema existente entre una cosa, la letra, y la otra, el denominado espíritu de la ley, no se le suele plantear al intérprete, quien procede al reconocimiento del texto legal, se remite a él, y de él extrae las consecuencias jurídicas que se aplican al caso concreto. El problema de la relación o de la tensión entre lo que la ley dice y lo que a la ley se le hace decir surge cuando se presenta el contraste entre ambas

---

<sup>207</sup> Ibidem. Pág. 143.

interpretaciones en los casos dudosos por oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la letra de la ley”<sup>208</sup>.

A lo largo de la historia se han hecho por parte de los legisladores pretensiones de prohibir los comentarios de las disposiciones legales, buscando la mera aplicación al pie de la letra. Pero para hacer esto, la interpretación ya entra en juego pues para aplicar la ley, anteriormente, hay que interpretar - aunque sea en sentido restrictivo- esa ley.

A veces se ha excluido el trabajo del intérprete. Se ha prohibido hacer comentarios o aclaraciones de las prescripciones legales. Esta negación de la interpretación puede llamarse “interpretación negativa” y coincide con la prescripción de atenerse a la mera interpretación literal o con el mandato de remitirse siempre a la interpretación auténtica, es decir, hecha por el mismo legislador. Así, el legislador se reserva el papel de intérprete, negándolo a los demás, sean magistrados o funcionarios<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> FROSINI afirma que el estado de la letra y del espíritu se manifiesta cuando se da una discrepancia entre la voluntad de quien ha escrito y lo que resulta de su letra. *La letra y el espíritu de la ley*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona 1995. Pág. 144.

<sup>209</sup> V. FROSINI indica en *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 76: “Entre los comentaristas de las leyes positivas ha aflorado con énfasis el mito jurídico de la interpretación negativa, es decir, la esperanza de que se puede prescindir del trabajo del intérprete haciendo uso del aforismo in claris non fit interpretatio al que corresponde otro (un poco distinto del primero) que afirma: a un texto claro no se le haga una oscura glosa: aforismo engañoso, por no decir hipócrita, ya que la atribución de claridad a un texto, en realidad, un postulado interpretativo sobre el que se *construye* la consecuencia legal...”. Frosini indica que un caso famoso

La interpretación negativa se apoya en el principio in claris non fit interpretativo (en la claridad del texto no hace falta interpretación) pero como dice Frosini no deja esa claridad de ser interpretada, por lo que dicha frase sería una frase engañosa.

La hermenéutica o como enuncia Frosini “el círculo hermenéutico” (círculo que se forma en la relación entre el intérprete y el texto que se interpreta, relación del texto-contexto), entra en movimiento al relacionar entre sí un hecho, un procedimiento judicial, una sentencia, una norma consecuencia de ley, y finalmente la nueva situación jurídica que se deriva de todo ello y en la cual vienen a encontrarse hechos, cosas, normas y personas.

La hermenéutica jurídica consiste en el intercambio que se realiza entre dos aspectos: en la trasposición del interior al exterior del derecho y viceversa.

Al término ley normalmente se le achaca una estaticidad en busca de la mayor certeza posible; los juristas suelen definir al espíritu de la ley como toda la manifestación de la norma con la completa experiencia jurídica, pero en realidad, la norma al ser legislada, es una plasmación de la realidad jurídica de la sociedad en que se vive, indicando Frosini al

---

y patético de interpretación negativa es el de las Regulae de San Francisco de Asís.

respecto<sup>210</sup>: “Se ha indicado que, en la experiencia concreta del jurista, la interpretación consiste en una comparación entre el texto de la ley y el contexto situacional al que el texto se refiere. De hecho, la ley no es solamente un objeto de conocimiento, distinto en origen, composición y finalidad de otras formas de comunicación entre los hombres; es también un instrumento de conocimiento de la realidad factual que es leída (esto es, considerada e interpretada) en términos jurídicos, atribuyéndole un significado conforme (o contrario) a las disposiciones de la ley. Se lleva a cabo, de este modo, una verificación de la estructura jurídica de la sociedad”.

Para entender el sentido de la ley es necesario tener una visión más conjunta y totalitaria el ordenamiento jurídico, es decir, su espíritu a la hora de analizar la ley concreta y no comprenderla desde el dogma de la voluntad legislativa, ya que no se pueden aplicar casos de ayer a hoy al considerarse que son distintas situaciones, como afirma Frosini<sup>211</sup>: “La única intención que puede atribuirse al legislador es la dictada por el espíritu de la ley vigente, de la que la norma extrae su significado, validez y funcionalidad”.

Así, el autor italiano da a conocer la existencia de dos mundos; la letra de la ley y el espíritu de ésta, separando la ley

---

<sup>210</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 28.

<sup>211</sup> *Ibidem*. Pág. 111.

al mismo tiempo que reuniendo estos dos campos<sup>212</sup>, por lo que el legislador actualiza la ley y el intérprete debe analizar la norma hecha por aquél<sup>213</sup>.

### **B.2.2.- DIMENSIÓN OPERATIVA DE LA ACTIVIDAD HERMENÉUTICA.**

El intérprete debe respetar en la mayor medida la intención del legislador, buscando el sentido auténtico de las palabras y estableciendo la conexión entre todos los términos por medio del principio de racionalidad. Vittorio Frosini indica la necesidad de no sólo acudir a una proyección del verdadero sentido de la norma, lo que se podría llamar “interpretación operativa o contextual”. Esto es, un trabajo de conversión que comienza en el lenguaje y que debe ser ejercitado en la práctica social.

Vittorio Frosini hace una crítica al principio *in claris non fit interpretatio* debido a que la claridad es concepto de la misma interpretación “lo cual implica al intérprete en la

---

<sup>212</sup> Ibidem. Pág. 59.

<sup>213</sup> Ibidem. Pág. 59, “De este modo, el legislador sale del cascarón de su coyuntura histórica y a través de la norma legal, avanza hacia el mundo actual, que puede haberse vuelto muy distinto a aquél del que originariamente procede; mientras que al operador, esto es, al intérprete de la ley, le corresponde realizar la operación inversa, o sea, adentrarse en el mundo normativo construido por el legislador”.

comprensión del mismo texto, establece su orientación mental y moral y desarrolla la necesaria relación dialéctica entre el conocimiento de las palabras escritas en un pergamino o en una hoja de papel y la acción de quien es inducido por ellas a actuar o por el contrario, disuadido de no hacerlo<sup>214</sup>. El autor italiano defiende el valor de la letra escrita, la interpretación de la ley a través de la propia norma, dentro de ella, pero la relación entre la escritura y la lectura de la ley no es mecánica sino una relación dialéctica<sup>215</sup>. Y de ahí que de la interpretación hecha sea necesaria una aplicación posterior<sup>216</sup>.

La ley escrita es necesaria para que ésta sea conocida y difundida para su mayor certeza y sobre todo para otorgarle la forma que requiere la ley para que pueda ser aplicada, ya que indica el profesor Frosini que la ley adquiere los siguientes rasgos: el de la certeza, puesto que “la ley escrita se objetiva y se vincula a su comprensión gráfica; el de la estabilidad, ya que es destinada a permanecer inalterada con el paso del tiempo; el de la comunicabilidad ya que aunque puede leerse

---

<sup>214</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 89.

<sup>215</sup> Ver. Ibidem. Cit. Pág. 64: “En suma, la relación entre la escritura y la lectura de la ley no es mecánica, determinante en sentido absoluto, conforme una necesidad lógico-racional, sino que es una relación dialéctica, en la que el primero, o sea la escritura, dirige y condiciona al segundo, es decir, la lectura. Pero es una relación según la cual la lectura condiciona también el significado contenido en la escritura; se trata, por ello, de una relación que no es rígida sino articulada”.

<sup>216</sup> Ibidem. Pág. 65: “Hasta el propio MERKL consideraba la relación entre la interpretación y la aplicación sobre la base de la distinción entre el conocimiento y la voluntad”.

en voz alta, también puede transcribirse y difundirse en copias; el de la impersonalidad en cuanto que se distancia de la persona que la dictó o la escribió y se convierte en algo independiente. De este modo, la ley adquiere su autonomía espiritual”<sup>217</sup>, correspondiendo al intérprete la tarea de interpretarla y aplicarla pues es él quien “la observa en un doble sentido, contemplándola y leyéndola primero y aplicándola después”<sup>218</sup>.

La misma legislación es el resultado de una tarea de interpretación pues nunca se produce una ley sin más, sino que es necesaria una reflexión para respetar el condicionamiento histórico con sus leyes precedentes, así como para formular una nueva ley concordante al momento presente, es decir, “la voluntad originaria del legislador debe ser modelada de una cierta forma, y debe encontrar su forma semántica en términos jurídicos y recibir su aprobación definitiva”<sup>219</sup>, siendo la Constitución la que debe informar sobre el sentido y el espíritu de la ley.

Es importante, por lo tanto, destacar la necesidad de concebir al sistema jurídico con los términos de unidad,

---

<sup>217</sup> Ibidem. Pág. 36.

<sup>218</sup> Ibidem. Pág. 59.

<sup>219</sup> Ibidem. Pág. 61.



coherencia y continuidad<sup>220</sup> y verlo como un conjunto dinámico en el cual la ley es simplemente “un episodio del proceso jurídico”<sup>221</sup>, ya que a la hora de interpretarla se hace necesario una interpretación igualmente de todos los episodios de producción extralegislativo o sublegislativos (sentencias judiciales, actos administrativos...), por lo que Frosini ve la necesidad de “buscar el fundamento de la juricidad no en la ley, sino más allá de la misma, en una morfología global y comprensiva del ordenamiento, en un principio de fuerza jurídica (Rechtskraft)”<sup>222</sup>.

Para llegar a la solución jurídica debe ser necesario, por lo tanto, un primer momento de lectura de la ley y de sus antecedentes y una lectura del hecho porque “no basta una certeza formal, expositiva, como la proporcionada por la escritura de la Ley; se precisa también la certeza de la ley en acción, en cuanto es entendida como previsión práctica, no hipotética ni abstracta, sino dirigida a su conversión en hechos”<sup>223</sup>.

Podemos comprobar el interés de Vittorio Frosini en no solamente hacer una interpretación de la ley, sino también la

---

<sup>220</sup> Así lo afirma FROSINI en su obra *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 62.

<sup>221</sup> Ibidem. Pág. 63.

<sup>222</sup> Ibidem.

<sup>223</sup> Ibidem. Pág. 66.

necesidad de interpretar ese elemento tan importante y esencial que son los hechos, a los cuales también hay que interpretarlos para obtener un significado.

Esta dimensión de actividad hermenéutica queda reflejada por ejemplo respecto a la interpretación de los contratos: al interpretar los contratos deben investigarse cual fue la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras. Es necesario así, analizar y valorar el comportamiento global, incluso posterior a la conclusión del contrato, ya que se debe interpretar en un contexto operativo y social. La ley debe tener el espíritu del legislador actual puesto que se deben tomar en cuenta todas las modificaciones que hay dentro del contexto del sistema jurídico que es cambiante, ya que el contexto político, económico y social hace variar el sentido de una determinada norma, por lo que, por lo tanto, hace a la ley ser nómada en el tiempo.

Así, como dice Frosini, “el riguroso formalismo legalista no basta para dar cuenta de cómo se ejercita el razonamiento jurídico y de cuál es la función desarrollada por la ley en relación con el objetivo práctico, con el caso a resolver, con la estructura hecho-norma-valor que se debe construir”<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> Ibidem. Pág. 51.

Lo que diferencia la interpretación jurídica de todas las demás normas hermenéuticas (las no jurídicas) es que el intérprete no sólo traduce sino que también opera, modificando la realidad social mediante la aplicación práctica de las normas legales, indicando Vittorio Frosini la necesidad de tomar el elemento valorativo como algo fundamental.

### **B.2.3.- LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: ACTIVIDAD DEMIÚRGICA .**

La interpretación jurídica no puede ser restringida a la aplicación mecánica de un mandato, sino que es una actividad creadora; así, indica Vittorio Frosini “se deduce con toda claridad cuan simplista, inadecuado y engañoso es aquel antiguo prejuicio, según el cual la interpretación a cargo del juez, materializada en una sentencia decisoria, sólo consiste en un ejercicio de lógica, según el modelo tradicional del silogismo”<sup>225</sup>.

La interpretación de las normas jurídicas es para el autor italiano una actividad demiúrgica, ya que se obtiene a través de ella un conjunto global de circunstancias que deben ser tenidas

---

<sup>225</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 12; indicando Frosini que en realidad, la primera formulación del silogismo no se le debe atribuir a ARISTÓTELES, como se hace, sino que es producto de la filosofía medieval.

en cuenta, por lo que, se establece una relación entre todas ellas, una relación que tiene un significado diverso que tomadas independientemente; así, en esta operación dialéctica existen diferentes tensiones con las que hay que trabajar para obtener de ellas el camino adecuado. Hay que tomar en cuenta, por ello, todas las circunstancias y las condiciones, esto es, las normas legales que existen en toda relación jurídica con los hechos, para llegar así a una consecuencia práctica, esto es, a la sentencia o la decisión.

Los elementos que componen la estructura final de la sentencia, atendiendo a la indicación de Vittorio Frosini, son<sup>226</sup>: “las palabras de la ley invocadas (en los sistemas jurídicos de Common Law del precedente judicial), el caso denunciado, las interpretaciones proporcionadas por cada una de las partes, las reglas procesales que deben observarse, las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, las expectativas de justicia de la conciencia social –representadas en los tribunales por jueces populares o mediante la intervención de la prensa- y finalmente el convencimiento del propio juez, que debe ser libre pero que puede estar decisivamente influenciado por preceptos de ética religiosa o social, por esquemas teóricos imperantes en un determinado momento o por instancias de orden político”.

---

<sup>226</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 85.

Como vemos, la interpretación del juez que se apoye en el prejuicio silogista de mera aplicación, sin tener en cuenta toda la serie de circunstancias que existen cuando se establece una relación jurídica, es totalmente inadecuada. Para llegar a obtener una verdadera y eficaz interpretación jurídica se debe, así, tener en cuenta la relación del conjunto de datos, como es la norma jurídica en su letra y en su contexto, así como el hecho práctico concreto. El intérprete debe aplicar la norma jurídica con una adecuación a los cambios producidos, “lo que implica una solución unitaria fundamentada en el deber ser. Esta instancia del deber ser surge como resultado de la acción práctica”<sup>227</sup>.

Vittorio Frosini distingue, así, el *quid iuris*, es decir, la interpretación en el Derecho, esto es, la interpretación de la norma concreta, y el *quid ius*, la interpretación del Derecho, los cuales están íntimamente conectados<sup>228</sup>.

Y así, llamamos hermenéutica a “toda operación mental que consiste en interpretar normas, principios y los valores del derecho”<sup>229</sup>. El autor italiano hace alusión constante a la

---

<sup>227</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 13.

<sup>228</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 87: “El carácter dialéctico y demiúrgico atribuido a la interpretación jurídica hace resaltar su peculiaridad desde la perspectiva de los diferentes procedimientos hermenéuticos de cuya multiformidad se separa, por cuanto la interpretación en el derecho (*quid iuris*) está estrechamente ligada a la interpretación del derecho (*quid ius*)”.

<sup>229</sup> *Ibidem*. Pág. 39.

necesidad de hacer una aplicación de las normas jurídicas en base a una interpretación valorativa de todos los hechos, circunstancias y normas jurídicas que entran en juego cuando surge el conflicto que debe ser resuelto por el derecho.

#### **B.2.4.- EL CÍRCULO HERMENÉUTICO.**

La interpretación jurídica puede realizarse tanto dentro como fuera del derecho. El análisis puede hacerse respecto las normas concretas particulares, o considerar el derecho en su conjunto social, fuera del ordenamiento jurídico, en su sentido totalitario.

El autor italiano afirma la necesidad de interpretar el derecho y lo hace desde una postura interna hacia una postura externa, es decir, desde el examen de las cuestiones jurídicas hasta comprender el significado del derecho en su conjunto, en su aspecto totalitario, íntegro, unitario. Pero igualmente indica la necesidad de hacerlo al contrario, desde una perspectiva externa hacia la interna, desde la captación del sentido global del derecho hasta la toma de conciencia de su articulación en un ordenamiento jurídico. A esta labor, Vittorio Frosini la denomina interpretación del “círculo hermenéutico”, que es “una relación dinámica y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete, el

---

texto legal y el hecho, entre la posición específica y puntual del intérprete y su conciencia jurídica global conforme a la cual el intérprete piensa y actúa<sup>230</sup>. Esta relación que se establece la basa Vittorio Frosini siempre atendiendo a la norma, no olvidándose nunca de su significado aunque eso sí, dándole una proyección más extensa para llegar a la aplicación práctica y adecuada de la norma jurídica<sup>231</sup>.

El texto de la ley en su literalidad no debe encerrarse en sí misma, es necesaria la relación entre él y el intérprete para darle vida, así, de esta forma, éste, a través de sus conocimientos realizará una traducción interior, para luego proceder a la traducción del texto, intentando darle una visión objetiva. Más tarde, aplicará la norma interpretada al supuesto de hecho concreto, así, en esta operación denominada círculo hermenéutico, para el autor, se forma un cúmulo de circunstancias debiéndolas adaptar a la norma. Cualquier hecho que tenga su efecto para la elección de la norma a aplicar será importante, y así se llegará a formar un “espiral hermenéutico”<sup>232</sup> basado en aquel círculo hermenéutico, siendo la característica del procedimiento de relación entre el texto escrito de la ley y la operación de lectura del intérprete,

---

<sup>230</sup> Ibidem. Pág. 80.

<sup>231</sup> Ver V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 220.

<sup>232</sup> V. FROSINI denomina a la relación de todos y cada uno de los elementos que intervienen para la calificación jurídica del hecho “espiral hermenéutico”. Ver *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág.50.

el dinamismo que existe entre estas conexiones para lo que “es necesaria una preparación y un estudio de todos los actos jurídicos asumiendo la ley su rostro”<sup>233</sup>.

La relación que se establece entre el intérprete y el texto legal conlleva valoraciones y decisiones<sup>234</sup>, desde su conciencia jurídica global para llegar al punto álgido donde el jurista exige que “su labor concluya con la justeza del razonamiento, con la justicia de la decisión, con la regeneración de la palabra de la ley”<sup>235</sup>.

Vittorio Frosini no se aparta de la norma, ya que encuentra necesaria la plasmación teórica; pero siempre para relacionarla con la práctica en la sociedad, como indica<sup>236</sup>: “Una hermenéutica del derecho debe situarse y desarrollarse a través de las líneas directrices de una perspectiva teórica –que muestran los rasgos orientativos de las diversas formas y

---

<sup>233</sup> Ibidem. Pág. 67.

<sup>234</sup> V. FROSINI, indica en *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 70: “El círculo hermenéutico que se establece entre el intérprete y el texto legal conlleva valoraciones y decisiones que superan la relación de carácter filológico (como la denominaba Emilio Betti) y también las de orden lógico (o normológico como las denominaba KELSEN), conformándose una relación entre la forma y la acción, enlazando la dimensión semántica con la operativa y exigiendo la conversión de la norma en hecho”.

<sup>235</sup> Continúa FROSINI en *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 150: “Para ello, deberá conectar la ley con otras leyes, la ley escrita con otras leyes escritas y con leyes no escritas, y todo ello lo hará sirviéndose de los principios y de los valores”.

<sup>236</sup> Ibidem. Pág. 80.



consecuencias- que puede asumir y producir la decisión interpretativa”. El autor italiano, en consecuencia, se reafirma ante la necesidad de realizar toda esta serie de operaciones para determinar el valor intrínseco de la norma llegando así a una solución justa, apelando a los principios y valores presentes en un ordenamiento jurídico.

### **B.2.5.- DE LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN A LA TÉCNICA DE LA LEGISLACIÓN.**

“La ciencia de la legislación” fue formulada por Filangieri fundamentándola en unos principios fijos, determinados e inmutables. Todo esto desembocó en la codificación. Se impuso el Iluminismo jurídico en el continente europeo y reemplazó las leyes irracionales por la racionalidad. Se crearon las constituciones comenzando por la de Estados Unidos.

En el tránsito del siglo XVIII al XIX se renovó la legislación a través de Jeremías Bentham, inspirado en el principio de la utilidad. Con Henry Broughman se esbozaron los primeros trazos de lo que se denominó “técnica legislativa”, que al contrario del racionalismo francés acudió a principios de “racionalidad práctica” y no la abstracta. Así con

---

esta técnica operativa discurrió siglo y medio, siguiéndola firmemente al Parlamento británico.

Durante los años posteriores a la segunda guerra mundial, en algunos países europeos, seguidores del ejemplo metodológico de Gran Bretaña, se han elaborado “leyes sobre leyes”. Dichas leyes han previsto normativamente las reglas de una técnica legislativa consistente en una serie de pautas a seguir para la redacción por escrito de las leyes y también para su transcripción en el lenguaje electrónico con la eliminación de vocablos ambiguos, expresiones oscuras, contradicciones y repeticiones y los textos de ley que contienen decenas de apartados de extensión desproporcionada, divididos en letras y subdivididos mediante cifras, sustituirlos por textos con una numeración progresiva y titulada de los artículos y con una reducción de los apartados.

#### **B.2.6.- EL MENSAJE LEGISLATIVO.**

Vittorio Frosini señala la aparición del mensaje legislativo con la aparición de la escritura<sup>237</sup>: “la palabra de la ley empezó a permanecer firme, adquiere certeza cognoscitiva, detiene o motiva la acción en un punto concreto de la sucesión de acontecimientos y se convierte en un objeto, en una cosa

---

<sup>237</sup> Ibidem. Pág. 58.

escrita que no se volverá a escuchar más y que se retendrá en la memoria de cada uno, pero que, en cambio, deberá ser leída con los mismos ojos que los que le proporcionaron certitud y estará destinada a ser interpretada por una persona diferente a quien la ha escrito. Considerada en su carácter definitivo, que es intrínseco a la forma escrita, la ley se vuelve entonces reconocible y transmisible como el modelo verbal de la estructura del comportamiento humano en la sociedad. Nace el mensaje legislativo”. Así, la ley adquiere certeza, estabilidad y comunicabilidad e impersonalidad adquiriendo su autonomía espiritual<sup>238</sup>. El mensaje legislativo adquiere significado al ser interpretado y sólo se realiza en su aplicación.

Se ha negado el concepto del Iluminismo, que pretendía dotar al mensaje de racionalidad y de orden, pues por la experiencia se ha comprobado que puede acarrear todo lo contrario, ya que dicho mensaje encierra en él un cambio, puesto que muchas veces rompen con el orden jurídico existente en el pasado ante la necesidad de innovación que se requiere en la vida de las leyes. Debido a ello, debe ser considerado el mensaje dinámicamente y no estáticamente ante las nuevas circunstancias que requiere una nueva situación jurídica.

El derecho, indica Frosini “consiste en un círculo de conversión entre la forma y la acción, entre las palabras y los

---

<sup>238</sup> Ibidem. Pág. 36.

hechos, círculo que se inicia y se cierra desde el principio al fin con el mensaje legislativo”<sup>239</sup>. Una ley consiste en una información elaborada por el órgano legislador a sus interlocutores que deben interpretarla en sus palabras, así como aplicarla a la práctica. Por ello, Vittorio Frosini se refiere a la ley como mensaje legislativo: como una información con características propias que debe ser escrita con términos adecuados para poder reconocer su proveniencia y su utilidad.

En el proceso del mensaje legislativo ha habido grandes cambios, ya que en su origen el derecho no estaba plasmado en reglas escritas pues se fundamentaba en comportamientos consuetudinarios, para más tarde, aparecer la escritura otorgando al sistema jurídico de cognoscibilidad, difusión y certeza, en la medida de lo posible, a la ley. Así, la ley es el vehículo por el que el derecho se manifiesta en una realidad y puede dar comunicabilidad a todas las personas, siendo el mensaje semántico el lenguaje del derecho.

El mensaje legislativo, indica el profesor Frosini “representa la información jurídica no sólo como expresión del poder legislativo, sino como transmisión de un modelo jurídico de comportamiento social que amplía su significado para su difusión en la sociedad civil”<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág.120.

<sup>240</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 58.

La voluntad política se convierte en ley por medio de un grupo al cual se atribuye la misión de creación de la ley, debido a ello es necesario que la clase política tenga una gran preparación jurídica y mucha atención a la hora de formular los textos jurídicos puesto que, aún así, podría incluso distorsionarse la norma jurídica en su interpretación y en su aplicación posterior.

Vittorio Frosini distingue cinco fases en el proceso legislador<sup>241</sup>: la formación de la voluntad, la formulación lingüística, comunicación informativa, la interpretación específica y la aplicación efectiva señalando el profesor<sup>242</sup> que “estas cinco fases están unidas entre sí en un continuum (todo unitario e indisoluble) y se están condicionando sucesivamente la una a la otra. Para servirnos de una metáfora lingüística podemos decir que todas ellas están unidas y articuladas en una sintaxis en la cual cada proposición está subordinada a la precedente a partir de la proposición principal, que está representada por la decisión inicial o núcleo generativo del mensaje. Es necesario, pues, proceder a un análisis de estas cinco fases vividas, para poder comprender plenamente en su fisiología o en su patología, las vicisitudes de la ley, considerada siempre en su totalidad como un procedimiento orientado a su finalidad práctica”. Así, de este modo, el

---

<sup>241</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 35.

<sup>242</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 46.

profesor italiano ve a la ley como una información elaborada, un instrumento a través del cual se conoce la realidad; a través de la interpretación de todos sus signos valorará los comportamientos y los hechos producidos, respetando la intención del legislador pero objetivizada en un imperativo para su conversión práctica, ya que es éste el objetivo de la ley, su aplicación a la realidad.

### **B.2.7.- EL CONOCIMIENTO DEL MENSAJE LEGISLATIVO.**

Entre el momento de la expedición del mensaje y el de su recepción existe una fase intermedia que se compone de la promulgación, la publicación y la entrada en vigencia (aunque puede reducirse a sólo una fase, en casos de urgencia).

La publicación de la norma jurídica es necesaria pues si no, no sería conocido el mensaje legislativo en su forma objetiva, cuando ya es separado del legislador.

Como se sabe, el desconocimiento de una ley no exime de su cumplimiento, pero sin embargo, Vittorio Frosini hace una crítica a dicha norma jurídica. En primer lugar, debido a la existencia de numerosas y complicadas disposiciones legislativas sobre todo en materia fiscal que no tienen como fin

---

el lograr el conocimiento generalizado por parte de los ciudadanos. Para ello, se hace necesario recurrir a personas expertas para que clarifiquen o nos den una luz sobre disposiciones que afectan directamente a intereses privados y sobre los que se desconoce su significado. Así, indica Frosini, los verdaderos destinatarios de la norma jurídica son los magistrados, los funcionarios, los expertos a quienes incumbe la obligación del conocimiento y de la aplicación de las leyes, reglamentos, ordenanzas... Además, se puede comprobar cómo la interpretación de la Constitución que hace el Tribunal Constitucional indica que el mensaje legislativo debe ser tratado por el intérprete autorizado para que haya una correspondencia entre la ley y la intención del legislador implícita en ella que la mantiene en vigor. De este modo, el ciudadano no puede aceptar otra interpretación, incurriendo en la paradoja de que debe conocer la ley pero debe pasar antes por ese filtro interpretativo que hacen las personas autorizadas.

En segundo lugar, Vittorio Frosini afirma que el propio principio “*ignorantia iuris non excusat*” puede ser desconocido para el ciudadano incurriendo en la segunda paradoja.

El autor italiano critica que el derecho sigue funcionando a través de la ley sin ninguna excusa a pesar de que el mensaje legislativo haya sido interrumpido en su recorrido. Por ello, algunos teóricos han recurrido a la fórmula de cognoscibilidad de la ley, esto es, la posibilidad de conocer la ley o de saber qué dice y no a su “conocimiento” efectivo,

afirmando Vittorio Frosini que en realidad la máxima debería ser entendida de la siguiente manera: “No debe ser entendida en el sentido de que el ciudadano esté obligado a conocer todas las leyes... sino en el sentido de que la ignorancia de las leyes por parte de quien está obligado a cumplirlas no lo exime de la aplicación de las consecuencias legales que determine el magistrado, que es quien conoce la ley. El mensaje legislativo se dirige en primera instancia a sus intérpretes y ejecutores, a quienes deben hacer cumplir las leyes y sólo en última instancia a la generalidad de los ciudadanos, a quienes deben cumplir las leyes. Por ello, este principio es incompatible con un ordenamiento que se base en los valores de libertad y dignidad y en los derechos humanos reconocidos al ciudadano frente al Estado democrático”<sup>243</sup>.

De todas formas, una publicación de las normas es esencial como indica Frosini: un instrumento básico es el Boletín Oficial. Además, existen otras vías como publicaciones informativas de disposiciones que han sido modificadas, las exposiciones de motivos de las leyes... pero la publicación de la ley no puede ser considerada como garantía de transmisión del mensaje legislativo puesto que son demasiadas las normas que se suceden y que con bastante frecuencia se confunden o se contradicen entre sí.

---

<sup>243</sup> Ibidem. Pág. 45.



El Código penal español habla del “error invencible” en su artículo 14, no siendo una ignorancia en el sentido amplio de la palabra, pero sí es un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, que hace excluir de responsabilidad criminal. Este error acerca del precepto es inevitable cuando haya imposibilidad de conocer la ley penal por parte de cualquier ciudadano. Estos casos se refieren a la falta de reconocibilidad de la norma jurídica como puede ser debido a la oscuridad absoluta del texto legislativo o debido a que los tribunales no se pongan de acuerdo en la aplicación de una determinada norma debido a una circunstancia cualquiera.

#### **B.2.8.- INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL MENSAJE LEGISLATIVO.**

El mensaje legislativo concluye con su interpretación y aplicación al caso concreto. Pero es necesario distinguir estos dos términos. Para aplicar una norma es necesario una anterior interpretación que oriente el verdadero sentido de ésta. Con la interpretación que hace el jurista pretende darle una finalidad práctica a la norma, orientada a una consecuencia social. Frosini indica que<sup>244</sup> “la aplicación de la ley constituye en sí misma un método de lectura de la realidad jurídica no sólo de los textos legales sino también de los hechos que los unen,

---

<sup>244</sup> Ibidem. Pág. 65.

hechos que el jurista sabe leer en términos jurídicos, es decir interpretar y conectar entre sí. No basta con conocer el derecho, se necesita aplicarlo a través de él”.

Se considera la diferencia entre ambas en la distinción de que en la interpretación se aplica un conocimiento y en la aplicación, una voluntad. Así, indica Frosini: “así el límite entre una y otra reside en la decisión subjetiva del legislador (que aplica la Constitución), del juez (que pronuncia una sentencia) o del funcionario (que emite una ordenanza)”<sup>245</sup>.

Con la aplicación de las normas legales se llega a la fase final y última del itinerario del mensaje legislativo.

Las formas interpretativas<sup>246</sup> que asume el lenguaje legislado son<sup>247</sup>:

---

<sup>245</sup> Ibidem. Pág. 65. FROSINI indica que el problema de la interpretación debe analizarse bajo dos perspectivas: desde dentro “como lectura (conocimiento y explicación) de la ley”, por un lado, y como lectura del hecho, por otro. Esto es, como interpretación de un suceso a través de las figuras, las normas y las instituciones jurídicas que a los ojos del jurista le confieren un significado. *Letra y espíritu de la ley*. Cit. Pág. 66.

<sup>246</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 101.

<sup>247</sup> Ibidem. Pág. 101. Continúa V. FROSINI: “En cada una de estas modalidades se recurre a argumentos interpretativos del mensaje legislativo, que, de este modo, se adecua a la exigencia de la ubicación contextual, con la finalidad de su aplicación práctica... También la denominada interpretación literal del texto legislativo queda comprendida dentro de estos mismos argumentos: el que –aparentemente- es más inmediato y obvio, es, en realidad, el resultado de una opción determinada que excluye otras formas de interpretación (ya sea según el espíritu de la ley, o según la intención del legislador, según la

- La interpretación que realiza el poder legislativo –o interpretación auténtica-.
- La interpretación administrativa, realizada por funcionarios de la administración pública –o interpretación oficial-.
- La interpretación judicial o sentencia a cargo del poder judicial.
- La interpretación doctrinal que corresponde a los comentaristas o estudiosos.
- La interpretación forense propuesta por el abogado en el curso del proceso y que representa un elemento de función dialéctica que coopera con la decisión del juez.

Para el autor italiano, el problema de las leyes está en su aplicación práctica, ya que no basta la certeza de la ley escrita, hace falta, además, la certeza de la ley en acción tal y como es planteada en relación a los hechos concretos.

### **B.2.9.- LA INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.**

Es la modalidad más extendida y conocida de la interpretación, que es lo que se realiza mediante la sentencia del juez. No es una operación silogista mecánica, sino que el

---

conveniencia social, la equidad, etc. ...) que serían punibles ante ciertas condiciones de hecho”.

juez debe operar, implicarse en el mensaje para tratar de encontrar la interpretación adecuada, para después aplicar dicho mensaje de acuerdo al significado que encierra, plasmándose en una sentencia. Esta operación la llama Vittorio Frosini demiúrgica<sup>248</sup>, que es una actividad de elaboración del dato para obtener finalmente un producto que se separa de su papel y con fisonomía propia para poder ser aplicado. Así, el juez analiza el mensaje legislativo y el hecho y lo estudia en el nuevo contexto y en relación al sentido totalitario del ordenamiento jurídico.

La problemática de la realización del lenguaje legislativo cuando se aplica al juez es muy compleja, pues comporta siguiendo a Vittorio Frosini los siguientes elementos<sup>249</sup>: “el examen del lenguaje jurídico como lenguaje técnico, es decir, distinto del lenguaje coloquial y el examen de los procedimientos de lógica general y de la lógica deóntica de las normas; el examen del carácter de la decisión del juez, sea ésta de carácter puramente intelectual como reconocimiento de la verdad jurídica establecida en las leyes, o bien implique, al mismo tiempo, un elemento de carácter emotivo (como el que procede de una norma religiosa) o

---

<sup>248</sup> La palabra demiúrgica proviene del término demiúrgico que tiene su origen en el Timeo de Platón, en el que se invoca como causa creadora del mundo a una divinidad artesana que crea el mundo a semejanza de la realidad ideal utilizando una materia informe y resistente.

<sup>249</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 112.

volitivo, es decir propiamente decisionales, como lo han sostenido Hans Kelsen y sus seguidores”.

Si se formula el mensaje en términos demasiado generales, como existe en cualquier legislación que se base en principios generales, estos principios tienen un exceso de contenido deontológico (modo de comportarse, deber ser), ya que hacen alusión a lo conveniente, a la moral, a la ética, por lo que muchas veces el significado desborda la expresión porque no está definido con exactitud.

En el caso contrario, cuando un mensaje legislativo se remite a otras normas se forma un exceso de normas lo que produce que el intérprete deba recurrir a normas interpretativas (*lex posterior, lex specialis...*) para poder conseguir saber cuál es el verdadero significado. Debido a ello, es muy necesario tener una técnica interpretativa de la legislación para saber el núcleo del significado de la norma jurídica.

Vittorio Frosini indica las operaciones intelectuales hermenéuticas que hay que tener en cuenta<sup>250</sup>:

1.- Al aplicar la ley no se le puede atribuir otro sentido que el que se manifiesta a través del significado mismo de las palabras.

2.- Estas palabras se entienden según su conexión.

---

<sup>250</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 109.

3.- Su sentido debe ser el que se infiere de la intención del legislador. Y en el caso de que no se pueda saber:

4.- Se atenderá a las disposiciones que regulan casos similares: interpretación analógica “analogía legis”.

5.- O a la que regulan materias análogas “analogía iuris”.

6.- El caso se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.

El intérprete debe verificar que se encuentra en una perspectiva marcada por los principios generales del ordenamiento jurídico; debe también verificar si el supuesto se prevé específicamente o se encuentra dentro de una disposición general.

La interpretación del juez es necesaria para darle un espíritu actual auténtico a la norma jurídica y no debe hacerse en el marco del momento histórico en el que fue escrita la norma, sino, de acuerdo al espíritu vigente por la cual la norma tiene un nuevo sentido y su verdadero significado. No se debe olvidar que en la búsqueda de este espíritu es necesario basarse igualmente en la conexión entre las palabras, buscando no sólo una relación semántica<sup>251</sup> sino también coordinando el discurso jurídico dando una nueva estructura a la relación entre

---

<sup>251</sup> Al estudiar la interpretación estamos en el campo de la semiótica que se divide en tres dimensiones: la semántica (que considera la relación de los signos con los objetos a que se refieren), la pragmática (que considera la relación de los signos con los intérpretes) y la sintáctica (que considera la relación formal de los signos entre sí).

normas y hechos, es decir, otorgándole una funcionalidad. El intérprete debe analizar cada término jurídico y compararlos al lenguaje común, debe someter a examen las palabras de la ley.

### **B.2.10.- LA INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.**

Es otra forma de aplicación del mensaje legislativo: se realiza mediante los organismos del poder ejecutivo, mediante la administración pública<sup>252</sup>. Los funcionarios no solamente utilizan los textos legales, sino también los reglamentos, circulares, dictámenes que son instrumentos de heterointegración del originario mensaje legislativo.

Este mensaje se encuentra en estado potencial y tendrá un estado real cuando sea aplicado en la realidad desplegando todos sus efectos jurídicos; en la práctica existen dificultades para su aplicación debido a la falta de cobertura administrativa de la ley por los excesivos aspectos procedimentales, también

---

<sup>252</sup> V. FROSINI indica en *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 116: “En la división de poderes del Estado se distinguen: la función legislativa que comprende también la interpretación auténtica de las leyes, la cual se desarrolla, así mismo, según el procedimiento de formación del mensaje legislativo, la función judicial que consiste en la interpretación y aplicación de la ley según el poliformismo de los procedimientos judiciales, entre los que se incluyen el administrativo y el tributario; y la función ejecutiva y administrativa que se caracteriza por la discrecionalidad en el proceder de la administración con el fin de perseguir constantemente el interés público”.

por las deficiencias de las técnicas de elaboración de los proyectos de ley y por más causas externas, esto es, la resistencia que ejerce la población en general ante los cambios bruscos que impone a veces la ley, cuyo estudio corresponde a la sociología del derecho.

En el juicio interpretativo del acto administrativo se puede abrir una disputa entre la valoración de mérito (que se refiere a la conformidad del medio con el fin) y la valoración de legitimidad (que se refiere a la conformidad con la ley). Frosini indica que “la primera decisión es pronosticadora mientras que la segunda es, en cambio, una diagnosis interpretativa, es decir, relativa al estado de normalidad del procedimiento administrativo”, a su ausencia de vicio y de todo ello se deduce que “el carácter típico de la interpretación del acto administrativo la hace irreductible al esquema formalista y al lingüístico, porque está abierta a un doble orden de valoraciones (de mérito y de legitimidad)”<sup>253</sup>.

#### **B.2.11.- INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN V. FROSINI.**

Vittorio Frosini indica que en la interpretación de los contratos no hay que detenerse en las palabras, aunque no se

---

<sup>253</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 119.



puede prescindir de ellas pues ayudan a encontrar la norma justa a aplicar.

La interpretación necesaria en este ámbito es analizar hasta qué punto las palabras pueden enfocar la controversia entre las partes para alcanzar el fin querido respetando los principios que inspiran el ordenamiento jurídico. Esta complejidad<sup>254</sup>, que da origen al círculo hermenéutico entre las partes y el todo resulta de los siguientes elementos:

1.- De la forma, libre o formalmente vinculante del contrato.

2.- De las palabras empleadas en las cláusulas contractuales.

3.- Del comportamiento de las partes, bien sea anterior o posterior a la redacción y a la ejecución del contrato.

4.- De las intenciones originarias expresadas por las partes y como resultado de documentos o declaraciones.

5.- De la concordancia o discordancia de la intención de las partes como resultado de la forma de ejecución del contrato.

6.- De la causa lícita o ilícita del contrato y de sus consecuencias.

7.- Del propio objeto del contrato, que resulta de su formulación.

---

<sup>254</sup> Ibidem. Pág. 130.

Vittorio Frosini indica la necesidad de ver el conjunto de estos elementos en su totalidad, en su unidad, no de forma individual, es decir, en todo el conjunto de palabras, acciones, voluntades y hechos. Así, el intérprete “deberá atravesar los diversos compartimentos que dividen estos elementos y alcanzar el momento compositivo que los encierre y los determine en sus relaciones que los resume en una única relación formal”<sup>255</sup>.

Respecto los dos métodos propuestos para interpretar el negocio jurídico están el teleológico y el estructuralista o morfológico. El teleológico se puede aplicar para los artículos que tienen una estructura finalista, son los medios para lograr un fin, y la estructuralista para los artículos que dan validez a la forma interna del contrato, como condición de validez del acto.

El juez debe valorar el comportamiento de las partes la naturaleza y el objeto de las partes y el equilibrio entre los intereses de las partes (art. 1.261 a 1.270. Cc.), por lo que el juez no debe por lo tanto, atenerse a la letra, para alcanzar la solución. Este, indica Frosini, “debe efectuar una reconstrucción de los hechos y de las normas, de las intenciones y de las consecuencias de las palabras y de los comportamientos. El negocio jurídico se materializa con la

---

<sup>255</sup> Ibidem. Pág. 131.

conjunción de estos elementos”<sup>256</sup>. De este modo, se ve claro que el juez no puede atenerse a la mera forma lingüística porque debe descubrir la ratio del contrato siempre interpretándolo de buena fe.

### **B.2.12.-TÉCNICA LEGISLATIVA COMPARADA.**

El espíritu de la ley debe definirse como espíritu de equidad aunque la definición primaria es la que se identifica con el espíritu del legislador o con su intención o voluntad. Emilio Betti considera que el intérprete debería a través de la forma representativa de la ley, identificarse con el espíritu del legislador, hacer revivir la conciencia histórica de éste mediante la suya propia.

Betti resolvía el problema de la interpretación como un encuentro en el tiempo entre dos espíritus individuales. La intención del legislador no es el que ha existido, sino el existente, es el espíritu vivo del ordenamiento.

El procedimiento interpretativo para Vittorio Frosini se desarrolla subiendo por la espiral hermenéutica que relaciona al texto legal con el intérprete y con la situación práctica hasta llegar al momento culminante en el que el jurista exige que su

---

<sup>256</sup> Ibidem. Pág. 134.

labor concluya con un razonamiento, con la justicia de la decisión. Para ello, deberá conectar la ley con otras leyes, la ley escrita con otras leyes escritas y no escritas, teniendo en cuenta el sistema de valores.

Cada país ha desarrollado, unos más, otros menos, una técnica legislativa para facilitar la interpretación; el caso principal es del de Gran Bretaña, quien al no tener regulado sistemáticamente su orden jurídico ya que está basado principalmente en normas consuetudinarias de las prácticas constitucionales, tuvo que recurrir a una técnica legislativa denominada “Drafting” o elaboración de un proyecto legislativo y se estableció el “Parliamentary Counsel” en 1869, para llegar de una forma correcta al resultado deseado y en un lenguaje escogido adecuadamente para que produzcan los efectos jurídicos que están conformes con la intención del legislador.

Vittorio Frosini indica<sup>257</sup> los principios de técnica legislativa en los que siempre debe inspirarse el trabajo de composición del texto a cargo del “Parliamentary Counsel”, que pueden resumirse así:

- 1.- Tener presente la finalidad práctica de la disposición.

---

<sup>257</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 54.

2.- Tener en cuenta los requisitos formales y procedimentales exigidos por el debate en la Cámara.

3.- Oportunidad del trabajo de redacción y de corrección con miras a su entrega dentro del plazo establecido.

4.- Garantizar la certeza del derecho evitando la posibilidad de interpretaciones múltiples.

5.- Redacción jurídica comprensible, incluso para los no juristas.

6.- Estilo anónimo y utilización de cláusulas jurídicas tradicionales.

7.- Brevedad.

8.- Poner en evidencia las determinaciones de interés político que han de someterse a debate parlamentario.

9.- Compatibilidad con las demás leyes del ordenamiento jurídico.

El “Drafting” o elaboración de un proyecto de ley debe entenderse no sólo como una artesanía que hay que valorar sino como ciencia y técnica de la legislación considerada como un conjunto de principios y criterios operativos para que sea entendido el mensaje legislativo.

Vittorio Frosini hace referencia especial al caso de Polonia, ya que es particular, pues aunque posee una reglamentación de los principios de técnica legislativa como es la lucidez que debe presentar un sistema de redacción de proyectos, que su formulación debe ser clara, breve y uniforme, que el lenguaje debe ser el del uso común... es claramente representativo de la exigencia de una nueva racionalización, basada esta falta en su pobre tecnología informática, también debido a la resistencia a la actividad legislativa por el partido dominante o de la sociedad civil que hace oposición o de los estratos populares o es reemplazada porque se recurre a las fuerzas del orden para disciplinar las conductas. Así, en Polonia, la técnica legislativa manifiesta sus límites cuando no va unida a la vida fisiológica de las instituciones representativas.

En Francia el código napoleónico representó un modelo de técnica legislativa.

No se puede llevar a cabo fácilmente una transposición de técnica legislativa de un país a otro. Pero si que se puede confiar en una enseñanza mutua en un contexto europeo común, como ya ha mostrado Gran Bretaña al acoger ciertos principios de legislación comunitaria mediante su European Communities Act de 1972.

En el caso de España como en el Italia, con la división en regiones o comunidades autónomas, el poder político ha quedado dividido tanto en sentido vertical como horizontal. Este fenómeno también se está reproduciendo fuera del sistema estatal pues se proyecta una futura “Europa de las regiones”<sup>258</sup>. Por todo ello, el mensaje legislativo ha tomado una fisonomía muy compleja dado que es producto de transformaciones muy diferentes.

A causa de esta proliferación de mensajes legislativos que caracteriza a la semiología jurídica, la antigua práctica de la técnica legislativa se ha convertido en una metodología operativa, dando origen a un régimen específico que reviste el carácter nuevo de “Normas sobre las Normas”<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Ibidem. Pág. 81.

<sup>259</sup> Ibidem. Pág. 82. Indica V. FROSINI igualmente en la obra, Pág. 43: “Durante los años posteriores a la segunda guerra mundial en algunos países europeos, seguidores del ejemplo metodológico de Gran Bretaña se han elaborado leyes sobre leyes. Dichas leyes han previsto normativamente (a veces con directivas sobre los procedimientos parlamentarios de decisión) las reglas de una técnica legislativa consistente en una serie de pautas a seguir para la redacción por escrito de las leyes, y también para su transcripción en el lenguaje electrónico, con la eliminación de vocablos antiguos, de expresiones oscuras, contradicciones y repeticiones y con la sustitución de las verdaderas muestras de la técnica legislativa como son los textos de las leyes que contienen decenas de apartados de extensión desproporcionada, dividido en letras y subdivididos mediante cifras, con textos con una numeración progresiva y titulada de los artículos y con una reducción de apartados”.

### **B.2.13.- LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS.**

Vittorio Frosini señala sobre este tema<sup>260</sup>: “En los ordenamientos pertenecientes a la civilización jurídica que avanza sobre la vía del progreso de los Derechos Humanos, la doctrina y la jurisprudencia elaboran mediante un proceso continuo de reflexión y de selección los principios o valores que sustentan e inspiran la obediencia a la ley por parte de los ciudadanos, la observancia de los jueces y fidelidad de los funcionarios”.

Así, el autor italiano afirma que no debe atenerse a la letra de la ley y si fuera importante la letra lo es por el sólo motivo que con la letra está implícito el presupuesto de validez de la propia ley. Pero no debe tomarse como un presupuesto formal lingüístico basado en reglas lógicas ya que la solución justa no puede ser dada a través de los silogismos. El presupuesto debe ser tomado desde el entorno histórico-social en la que la norma va a ser aplicada, por lo que el juez no deberá limitarse a la reconstrucción semántica.

El profesor señala que “el juez realizará una reconstrucción de los hechos y de las normas, de las intenciones y de las consecuencias, y una vez hecho esto, es

---

<sup>260</sup> V. FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Cit. Pág. 152.



decir cuando la ley se cumpla, ésta dejará de estar en el limbo del lenguaje”<sup>261</sup>.

Frosini indica la necesidad de acudir a los principios generales del Derecho<sup>262</sup>, los cuales se reconocen en los derechos humanos antiguos y nuevos y por lo tanto representan una guía interpretativa ya que “han asumido la función de paradigmas que constituye el fundamento último al que hay que remontarse para conferir validez a las leyes y ello conforme al espíritu del derecho internacional que ha sido proclamado en los pactos y declaraciones universales”<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Ibidem. Pág. 63.

<sup>262</sup> V. FROSINI, señala que la idea de apelar a los principios o valores de un ordenamiento jurídico los cuales deben tomarse en cuenta en toda interpretación jurídica encontró su desarrollo con RONALD DWORKING en *Los derechos en serio*, en *La letra y espíritu de la ley*. Cit. Pág. 150.

<sup>263</sup> V. FROSINI. *La letra y el espíritu de la ley*. Cit. Pág. 152.

### **CAPÍTULO TERCERO.**

**LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE  
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA  
JURÍDICO CONTINENTAL. EL PUNTO DE VISTA DE  
FRANCOIS GÈNY.**

## **CAPÍTULO III.**

### **LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL. EL PUNTO DE VISTA DE FRANCOIS GÈNY.**

#### **3.1.- LOS ORÍGENES DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.**

Entre los juristas integrantes de la denominada escuela de la libre investigación científica ha destacado sobremanera la figura del F. Gèny. En realidad, su posición doctrinal guarda muchas similitudes con la que en aquellos mismos años sostenía Eugen Ehrlich. La obra de Ehrlich “Über Lücken im Rechte” constituye de algún modo un precedente inmediato de toda elaboración teórica que poco después, desarrolló Gèny. En ella, Ehrlich se pronunciaba decididamente a favor de la existencia de lagunas en el derecho, al asumir que la ley no podía proporcionar una respuesta adecuada a todos los diferentes problemas que se plantean ante el juez a la espera de su resolución. Y propone que los órganos iniciales acudan a criterios ajenos a la ley y a las demás fuentes formales del derecho, en búsqueda de la citada respuesta<sup>264</sup>. Las Tesis que Ehrlich sostenía en este trabajo coinciden de manera sustancial con las que Gèny desarrolló de manera amplia y sistemática en sus dos obras fundamentales, “Método de interpretación y

---

<sup>264</sup> E. EHRLICH. *Über Lücken im Rechte* en *Juristische Blätter*, 1888. Págs. 365 y ss.

Fuentes en Derecho privado”<sup>265</sup> y “Ciencia y Técnica en derecho privado positivo”<sup>266</sup>.

Curiosamente, la prioridad temporal de la teoría de Ehrlich no supone ningún tipo de cuestionamiento acerca de la originalidad de la tesis de Gèny, toda vez que el propio Ehrlich, al reproducir en el año 1.903 algunos de los argumentos centrales de su obra sobre las lagunas del Derecho entendía, no obstante, que se trataba muy probablemente de una coincidencia teórica al no haber encontrado sus tesis la suficiente difusión, para que llegaran a ser conocidas por el autor francés<sup>267</sup>.

En realidad, sin entrar a mayores disquisiciones acerca del posible conocimiento que cada uno de los autores pudieran tener acerca del pensamiento del otro, la coincidencia teórica que entre ellos se da, se puede encontrar una explicación en el hecho de ubicarse en un momento histórico en el que los vientos no eran ya favorables a la vigencia del método tradicional de interpretación, como ni en mucho menos a la pervivencia del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, con la consiguiente ausencia de lagunas del derecho y

---

<sup>265</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo*. Editorial Comares, Granada, 2000.

<sup>266</sup> F. GENY. *Science et technique en droit privé positif*, Nouvelle contribution à la critique du méthode juridique, 4 vol., París ,1914-1924.

<sup>267</sup> E. EHRLICH. *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1903.

a la creencia en la omnipotencia de la ley, como instrumento para garantizar la obtención de una respuesta jurídica acertada a los diferentes problemas que pudieran plantearse en la vida social<sup>268</sup>.

### **3.2.- LA REACCIÓN CONTRA EL MÉTODO TRADICIONAL.**

François Gèny tenía muy claro que la codificación jurídica francesa había sido la causante de la propagación de un modo de considerar el derecho artificioso, al intentar proponer que un texto jurídico dictado en un momento dado para responder a unas exigencias muy concretas de la vida social pudiera perdurar en el tiempo, ofreciendo respuesta

---

<sup>268</sup> I. ARA PINILLA. *La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho*, en J. AYLLON, G. ESCALONA Y M. E. GAYO, (coordinado por). Homenaje al profesor ANTONIO FERNÁNDEZ GALIANO, facultad de derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1.995. Pag. 91, señala a este respecto que: “En lo que a la Freie Rechtsfindung concierne, sin que ello suponga negar que entre ambas tesis puedan detectarse perceptibles divergencias (relativas por ejemplo, al tratamiento que proporcionan al principio de la estatalidad del derecho, expresa claramente criticada por Ehrlich, que solo de forma lateral, a partir de la particular relevancia que atribuye al derecho consuetudinario, puede considerarse en algún modo cuestionado por Geny), resulta evidente la existencia de importantes semejanzas, especialmente en lo que se refiere a la común impugnación del clásico principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y del modo de resolver las cuestiones para las que en apariencia no puede detectarse una solución transparente en los textos normativos”.

satisfactoria a los diversos problemas que la evolución de los tiempos pudiera ir provocando.

Y es que por más que los propios textos jurídicos puedan experimentar modificaciones en su intento de adaptación a la realidad social, ésta siempre caminará más rápida que la ley, y ofrecerá matices que los textos legislativos no podrán nunca comprender en su integridad. Gèny lo expresa con mucha claridad cuando señala que “dominados, fascinados por el resultado de la codificación, los comentaristas modernos franceses, implícitamente al menos, han aceptado a título de postulado la idea de que la legislación formal, es decir, el conjunto de actos legislativos promulgados y vigentes en Francia, debe bastar para poner de manifiesto cuantas reglas jurídicas requieran en materia de Derecho privado las necesidades de la vida social”<sup>269</sup>.

El autor francés constataba la falta de preocupación por los problemas relativos al método jurídico<sup>270</sup> que en última

---

<sup>269</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo*. Cit. Pág. 20.

<sup>270</sup> Ibidem. Pág. 13: “Es digno de notar el hecho de que ha preocupado muy poco a los filósofos profesionales el establecimiento de principios generales relativo al método jurídico; en sus numerosas obras, algunas de ellas muy detalladas, consagradas al estudio general de los métodos destinados a las distintas ciencias, no hay si no tal cual breve indicación de pasada a la jurisprudencia; no hace mucho que se ha insistido bastante, tanto en nombre de la Filosofía como en el de la Sociología en general, sobre el método de las Ciencias Sociales. Pero refiérase esto, a la política, a la economía social, a la historia y filosofía del derecho, lo más comúnmente a la ciencia de la legislación en la más elevada

instancia sólo podían derivar en la pervivencia del método tradicional entendido como un método que reduce el problema de la aplicación del derecho al del encaje de los supuestos planteados en el marco de los textos legislativos, forzando cuanto sea necesario, la letra de los mismos, hasta dar cabida a los supuestos que se intentan resolver. Es, en definitiva, el triunfo de la ley como suprema manifestación del derecho y la consiguiente necesidad de plantear el problema de la interpretación de la ley, como si esto constituyera el inicio medio de evaluación jurídica de los problemas jurídicamente relevantes que suscita la evolución de la vida social<sup>271</sup>.

Gèny admite que el método tradicional de la interpretación del derecho responde de manera paradigmática a la exigencia del jurista de considerar al orden jurídico como un orden sólido y seguro en el que los textos legislativos proporcionan criterios inflexibles de actuación tanto los destinatarios del derecho en general, como a los intérpretes del mismo en particular. Así, señala que: “Reconozco así dificultad que, en ciertos aspectos, el método tradicional,

---

acepción de la palabra, más bien que a la aplicación del derecho positivo propiamente dicho”.

<sup>271</sup> Ibidem. Págs. 20-21. “En la denominación misma que suelen darle nuestros civilistas, se trasluce también la dirección fundamental del método. No dicen jamás como ciertos jurisconsultos alemanes, interpretación del derecho, o de las reglas del derecho, sino únicamente interpretación de las leyes. Para ellos todo está reducido a esto: dar todo su alcance al pensamiento del legislador contenido en los textos. Siempre que se comprenda e interprete bien la ley, suministrará cuantas soluciones jurídicas sean necesarias”.

presenta serias ventajas que piden reflexionar antes de comenzar a mirar sus bases. No sólo éste, sino que además satisface maravillosamente las exigencias de ese espíritu clásico que puede ser, sin duda, criticado, pero que también tiene su valor como resorte y fuerza viva de nuestro temperamento nacional. Y sobre todo, y desde un punto de vista más preciso y práctico, este sistema de axiomas y consecuencias lógicas, encadenadas unas a otras, alrededor del sólido apoyo de textos legales, puede dar apariencias al conjunto de nuestro derecho positivo, una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas la indispensable seguridad. A lo cual, puede añadirse que el intérprete se sienta particularmente garantizado por la dirección inflexible que parecen ofrecerle reglas tan categóricamente trazadas<sup>272</sup>.

Pero junto a estas ventajas del método tradicional a las que Gèny reconoce, no obstante, como ventajas “más aparentes que reales”<sup>273</sup>, el mismo presenta también importantes inconvenientes como fundamentalmente el de abrir las puertas al “subjetivismo más ordenado”<sup>274</sup>, en la medida en que el órgano judicial en el intento de permanecer siempre fiel a un texto legislativo que realmente no proporciona la solución para el supuesto planteado, acaba

---

<sup>272</sup> Ibidem. Págs. 47-48.

<sup>273</sup> Ibidem. Pág. 48.

<sup>274</sup> Ibidem. Pág. 49.



optando por una solución personal que no encuentra ningún límite objetivo en su creatividad en ningún elemento jurídico ni extrajurídico. La realidad es, en este sentido que la libertad ilimitada del intérprete encuentra su razón de ser en esa inadaptación del derecho legislativo a la realidad social, al no poder aquél, lógicamente, dar cuenta ni prever, de ningún modo, toda la riqueza de situaciones, que esta última pueda presentar. Gèny lo expresa con las siguientes palabras: “Entrando en la práctica, pronto se percibe el vicio capital del sistema, que es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte, se permanece forzosamente y para todo, en la situación en que nos encontrábamos en el momento mismo de aparecer la ley. Y cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, falta autorización para traspasar el horizonte que el legislador descubrió en la época en que dictó la regla. Surge posteriormente una cuestión nueva, fuera de los límites de ese horizonte. Se la procura encajar en un cuadro abstracto y general suministrado por la ley misma o con elementos tomados de ella. Acaso sucede que no hay coincidencia perfecta. Ya que se sabe que con ciertas dosis de libertad de una interpretación se pretende satisfacer todas sus exigencias”<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> Ibidem. Págs. 48-49.

En este marco la codificación jurídica aparecería destinada en su función, pues pretendiendo constituir una renovación general del orden jurídico, en realidad acaba inmovilizando los elementos sustanciales de éste y provocando, en definitiva, la inadaptación del derecho a los hechos, porque, ciertamente, no cabe aplicar mecánicamente, como pretenden los teóricos del método tradicional, las reglas contenidas en los textos legislativos a unos casos que siempre son diferentes y que admiten muchos matices. El impulso del movimiento codificador lleva así a una sacralización de la ley y a una consideración de la aplicación del Derecho como un procedimiento mecánico que muy poco tiene que ver con la realidad de la actuación de tribunales integrados por personas, que como tales, tienen siempre un sistema de valorar, diferente en cada uno, que proyectan de forma más o menos directa e inmediata sobre las sentencias judiciales<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> Ibidem. Pág. 55: “Atribúyese a la codificación, el carácter de una renovación total y profunda del sistema jurídico mismo, de una especie de inmovilización de todos sus elementos, que no solamente obra sobre las materias refundidas por el legislador, sino también sobre los procedimientos de elaboración científica del Derecho en su conjunto. Esta idea tiene sus raíces en un prejuicio más hondo: el de la legislación, con sus fórmulas abstractas basta para dar a la interpretación todas las direcciones necesarias a la solución de los problemas jurídicos. La codificación moderna, por lo tanto, cambia las posiciones en la obra de elaboración jurídica. Hace de la ley, la única y verdadera base legislativa del Derecho, y reduce a la ciencia a un papel puramente mecánico. Toda norma jurídica tiene hoy su origen necesario y exclusivo en la voluntad soberana del legislador, sintetizada en los códigos. El intérprete, magistrado, práctico o sabio, debe limitarse a comprobar o deducir la solución legal para aplicarla matemáticamente a los casos concretos”.

Sobre esta base, entiende Gèny que las tesis fundamentales del método tradicional se apoyan en tres deducciones que los propios teóricos del método tradicional consideran como “superiores y en cierto modo necesarias”. Son las siguientes:

- 1) Al dictar los textos legales, el legislador ha podido contemplar todas las cuestiones jurídicamente relevantes.
- 2) Esta labor la ha llevado a efecto al menos en relación a todos los sectores jurídicos codificados.
- 3) En consecuencia, la función del juez como intérprete de los textos legislativos, consiste exclusivamente en profundizar en el análisis de la ley hasta localizar las respuestas que ella pueda ofrecer a los problemas que se presentan en la vida jurídica y, en el supuesto excepcional de que el problema en cuestión no encontrara solución explícita en el texto legal, asumir como criterio último para la determinación de la decisión jurídica, la voluntad del legislador que pudiera deducirse de la globalidad del ordenamiento legal<sup>277</sup>.

Frente a estos postulados se revuelve Gèny asumiendo la idea de que la aplicación del derecho no puede responder a los principios de la doctrina del silogismo mecánico, requiriendo siempre “una recreación constante de las reglas jurídicas a las exigencias de la doctrina regulada” que siempre habrá de tener en cuenta cuáles son los valores que en última instancia

---

<sup>277</sup> Ibidem. Pág. 54.

subyacen al propio problema jurídico<sup>278</sup>. En este sentido, su crítica al método tradicional supone en palabras de François Ost y de Michel Van Kerchove una “estigmatización” de los principios fundamentales de la escuela de la exégesis, esto es, de los principios fundamentales de la corriente doctrinal floreciente en Francia a los largo del siglo XIX, como consecuencia directa del triunfo del movimiento codificador a raíz de la publicación y entrada en vigor del Código civil de Napoleón<sup>279</sup>. Afirmación ésta, que es sostenida con carácter general por la mayoría de los estudiosos del movimiento de la libre investigación científica<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> J. L. MONEREO PÉREZ. *El pensamiento científico jurídico de Gèny: el problema del método*. Estudio preliminar a F. Gèny. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*. Cit. Pág. XXVIII: “Para Gèny (y con ello servía a precisar exigencias de adaptación funcional del orden jurídico a las nuevas necesidades de regulación y solución jurídica flexible de los problemas económicos y sociales del capitalismo desarrollado), el derecho no es enteramente independiente del contexto social y político en el que se inserta, ya que está al servicio de ciertos fines cuya consideración es necesaria en el momento de la interpretación. El jurista, pues, ha de observar la realidad encauzada por la norma. La aplicación del Derecho no se produce a través de un proceso mecánico-deductivo, porque implica una acomodación permanente, una recreación constante, de las normas jurídicas a las exigencias de la materia regulada y en función de los valores en conflicto existentes en las controversias judiciales”.

<sup>279</sup> F. OST-M. VAN KERCHOVE. *Jalons pour une théorie critique du droit*. Bruselles, 1987. Pág. 436.

<sup>280</sup> Aunque no falta quien como M. REALE en *Introducción al derecho*, traducción de V. BRUTAU PRATH, Editorial Pirámide. Madrid, 1.989. Pag. 220, considera que Geny “ha querido conciliar ciertas posiciones clásicas de la escuela de la exégesis con las necesidades del mundo moderno”.

### **3.3.- LA FORMULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. LOS LÍMITES DE LA LEY ESCRITA COMO FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

De todos modos, no hay que exagerar tampoco la desconfianza que el autor francés tenía en la ley como fuente del derecho. Antes al contrario, tras considerar a las fuentes formales del Derecho Positivo “las imperativas de actividades externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica”<sup>281</sup>, asume sin discusión el primado de la ley escrita entre el catálogo de las referidas fuentes<sup>282</sup> y entendiendo la expresión ley escrita en su sentido más amplio, esto es, como un concepto jurídico que sirve para designar a “todos los actos de una autoridad social regularmente constituida y competente para dictar reglas jurídicas generales en forma de preceptos obligatorios, los cuales, según la autoridad de la cual emanen, pueden llevar el nombre de leyes propiamente dichas, decretos o reglamentos; sin hablar todavía de ciertos actos internacionales (tratados, declaraciones de

---

<sup>281</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo*. Cit. Pág. 183.

<sup>282</sup> Ibidem. Pág. 184: “Entre estas fuentes formales, tal cual las acabo de definir, la primera que se presenta indiscutiblemente hoy es la ley escrita”.

guerra, de neutralidad, etc.), que puedan entrar en la categoría de derecho escrito, desde el punto de vista que nos ocupa”<sup>283</sup>.

La ley, como fuente primera del derecho, proporciona una precisión y seguridad que, desde luego, ninguna otra fuente del derecho, puede suministrar<sup>284</sup>. Esto, la hace ya de aplicación preferente sobre todas las demás fuentes del derecho. Pero lo que debe ser de aplicación preferente a la ley y no cualquier otra deducción que pudiera realizarse del texto legislativo. En este sentido, no le queda al intérprete, en opinión de autor francés, otra opción que la de interpretar como contenido legítimo de la ley, solamente “aquello que sus autores han querido y sabido expresar en su precepto”<sup>285</sup>, lo que resulta coherente con las ideas de proclamar al primado de la fórmula general<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Ibidem. Pág. 191.

<sup>284</sup> Ibidem. Pág. 207.

<sup>285</sup> Ibidem. Pág. 208.

<sup>286</sup> Ibidem. Pág. 214: “Ante todo, a la fórmula es a la que hay que pedir la revelación de la voluntad legislativa; desde el momento en que ésta se deduzca del texto sin contradicción por parte de elemento ninguno exterior, dictará sin vacilación alguna, al intérprete la decisión. Como todo lenguaje humano, el verbo de la ley no es más que un instrumento destinado a manifestar el pensamiento de quien habla para suscitar un pensamiento adecuado a aquel que se dirige. Y como la ley, es el producto de la actividad consciente y reflexiva de su autor, éste, no sólo ha debido representarse con precisión la regla que se proponía establecer, sino que hay que suponer igualmente que ha elegido reflexiva y deliberadamente las palabras que habían de introducir fielmente su pensamiento y su voluntad, por lo tanto, la fórmula de la ley es a quien hay que acudir en primer término”;

Pero la fórmula legal muchas veces es insuficiente, aún desentrañando la voluntad que el propio legislador encierra en la misma para proporcionar la respuesta jurídica adecuada al problema que se plantea en la realidad social, lo que viene a reconocer de forma muy clara el autor francés, cuando señala que: “es claro que examinándola tal como debemos hacerlo, como un acto de la inteligencia y de la voluntad humana, necesariamente limitada en sus miras, más restringida aún en su alcance efectivo, se puede asegurar que, por mucha que sea la profundidad a que se llegue y por más ingenio que se ponga en solicitar la fórmula, no se podrá deducir la plena totalidad de las soluciones que reclama imperiosamente la infinita complejidad de las relaciones sociales”<sup>287</sup>.

Gèny reconoce que, en estos casos, pueden operar otras fuentes formales en ayuda del juez para proporcionarle la respuesta adecuada al caso planteado. Fuentes formales que, serían, tras la primacía indiscutible de la ley escrita, la costumbre, y la tradición o autoridades<sup>288</sup>.

---

J. L. DE LOS MOZOS. *Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gèny*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico, nº 20, 1991, Pág. 127 señala a este respecto que F. Gèny no pone en duda la autoridad de la ley, su supremacía, ni la codificación, sino que denuncia el problema del método de interpretación, a la que se había llegado en su tiempo.

<sup>287</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo*. Cit. Pág. 409.

<sup>288</sup> Ibidem. Pág. 184, donde tras destacar la relevancia de la ley escrita como fuente primera del derecho, señala que: “Después y en grado

El autor francés dedica un análisis pormenorizado a la costumbre como fuente del derecho, entendiéndola como un conjunto de hechos reveladores de un sentimiento jurídico<sup>289</sup>,

---

inferior (al menos en el estado social actual), colócase la costumbre, cuya fuerza creadora del Derecho es hoy vivamente impugnada. Habrá por consiguiente que averiguar, primero, hasta qué punto puede hoy la costumbre imponer al intérprete una norma jurídica. Por último, al lado de la ley escrita y de la costumbre jurídica, que representan dos fuentes vivas en la actualidad, que sacan su fuerza imperiosa de esta misma actualidad, desarrollo de un fragmento social que resurge y se renueva sin cesar, creo que debe incluirse también, a lo menos en hipótesis, y a reserva de investigación más detenida, a la tradición o las autoridades que revisten formas no categóricas y que principalmente consisten en precedentes de la jurisprudencia y opiniones doctrinales; fuerza esencialmente histórica y psicológica, pero de igual modo que las anteriores, externas al intérprete y acerca de la cual, en tanto que suministra una dirección jurídica precisa cabe preguntar si no deben influir positivamente en la interpretación y en qué condiciones puede aspirar a dirigirla. Por consiguiente, ley escrita, costumbre, tradición o autoridades, todas por orden jerárquico, trazado por los hechos mismos, la serie de fuentes formales cuya fuerza vamos a apreciar”.

<sup>289</sup> Ibidem. Pág. 248: “Tomándola en su manifestación externa, que es la única que puede sugerirnos la noción rudimentaria que por el momento necesitamos, preséntase la costumbre como un hecho o, más bien, un conjunto de ellos, reveladores de un sentimiento jurídico. Efectivamente, la formación del Derecho consuetudinario supone primeramente en que por una serie bastante de hechos repetidos se ha producido una práctica constante respecto a una relación de la vida social; y este es el elemento de hecho que sirve a la costumbre de “substratum” necesario. Pero no basta esto para que una relación consagrada por el uso se erija en relación jurídica positiva, es necesario, además, que la práctica que la motiva la constituya con un carácter de necesidad, de modo que la imponga, en caso necesario, en virtud de una regla dotada de sanción pública. Únicamente así, revelará esta práctica un sentimiento jurídico. Este último elemento, verdaderamente específico de la costumbre jurídica verdadera, excluye de su campo ciertas prácticas sociales que, aunque sólidamente establecidas, no puede constituir fuentes de Derecho privado positivo, porque el uso que la sanciona, no implica idea alguna de coacción: esto sucede con los hábitos corrientes de la vida, lo que se llama, costumbre del pueblo o de una clase de él, los usos económicos, del comercio, de la agricultura, de la industria, etc.; las reglas de urbanidad y de política, las conveniencias sociales, como la moda, y



destacando los efectos y extensión del derecho consuetudinario<sup>290</sup> y su función en la vida jurídica del momento<sup>291</sup>. Lo mismo hace también en relación al problema de la autoridad y de la tradición a los que viene a reconocer hasta cierto punto una identidad de naturaleza que, sin embargo, se diferencia de manera nítida de la naturaleza que es propia de la costumbre jurídica<sup>292</sup>.

La autoridad y la tradición operan directamente como fuentes del Derecho pudiendo ser englobadas ambas bajo el término genérico de autoridad en sentido amplio que se dividiría, a su vez, en autoridad en sentido estricto o tradición, en función de la mayor o menor antigüedad que pueda

---

hasta las prácticas morales o religiosas, etc.; en una palabra, todas las prácticas de la vida social quedan fuera del orden jurídico positivo”.

<sup>290</sup> Ibidem. Págs. 300 y ss.

<sup>291</sup> Ibidem. Págs. 251 y ss.

<sup>292</sup> Ibidem. Pág. 350: “Entre tradición y autoridad propiamente dicha (moderna), no existe, salvo circunstancias particulares, una diferencia de naturaleza, sino solamente de duración; pero ambas, a mi juicio, cuando se las examina en su esencia, se diferencian claramente de la verdadera costumbre jurídica en que su sustancia y el fondo mismo de su poder residen en juicios independientes, expresión de sentimientos de individualidades más o menos notables; pero no constituyendo así, ningún uso de hecho, ni revelando por sí mismas en nada, una combinación jurídica común al conjunto de los interesados. Por consiguiente, la idea de erigir esas dos fuentes indefinidas, testimonios sujetos a errores y variaciones, en indicios reveladores de derecho positivo, hasta el punto de descubrir en ellas, una tercera fuente formal, a la par de la ley y de la costumbre podría parecer extraño y hasta paradójico si yo no me apresurase a explicarlo y, en alguna medida, a rectificarlo, por algunas observaciones indispensables. Desde luego, colocando la autoridad o la tradición entre las fuentes productoras del Derecho privado positivo, no se trata de ningún modo de ponerlas al nivel de la ley y de la costumbre”.

reconocerse en cada caso a la ya referida autoridad. Así lo expresa, con absoluta claridad el autor francés cuando señala que:

“Al lado de la costumbre propiamente dicha, se hallan fuerzas sociales menos activas y menos enérgicas, que, reducidas a sus elementos irreductibles consisten enteramente en opiniones individuales sobre la existencia o el contenido de las reglas de derecho. Mientras éstas emanan de personas o de corporaciones, a las cuales, el juicio público reconoce la competencia necesaria, y que, tanto por su número, tanto por su coherencia, constituye un haz capaz de imponer su testimonio a favor de soluciones jurídicas, esas opiniones, o mejor, las fuerzas sociales que las traducen y que, según su origen, calificamos de doctrina o de jurisprudencia, pueden ser agrupadas bajo la denominación genérica de autoridad. Y cuando esa autoridad está revestida de un sello de antigüedad que le da a la vez el prestigio y la veneración de un origen remoto, se convierte en una tradición”<sup>293</sup>.

La importancia de las autoridades y de la tradición queda de todos modos muy relativizada, tras el análisis pormenorizado tanto del valor actual (relativo a la época en que escribía el autor francés) de las tradiciones antiguas<sup>294</sup>, como del valor de las autoridades modernas<sup>295</sup> al considerar

---

<sup>293</sup> Ibidem. Pág. 349.

<sup>294</sup> Ibidem. Págs. 359 y ss.

<sup>295</sup> Ibidem. Págs. 372 y ss.

que su función de desarrolla fundamentalmente en el ámbito de la preparación de la ley escrita y de la contribución a la creación del Derecho consuetudinario <sup>296</sup> constituyendo en este sentido una especie de “antorchas que iluminan el camino del intérprete , sin imponerle una dirección y precedentes que ayudaran su razón sin limitar la actividad propia de ésta”<sup>297</sup> .

### **3.4.- LAS PECULIARIDADES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL ÓRGANO JUDICIAL.**

Hechas éstas salvedades entiende el autor francés que el órgano judicial llega un momento en que se encuentra enfrentado a la necesidad de ir más allá de las fuentes formales para buscar la solución que de él se pretenda en relación al caso controvertido. Así, cuando las fuentes formales son insuficientes, esto es, cuando no proporcionan un principio de dirección de la solución jurídica que permita al juez desarrollar adecuadamente su función, admite Gèny que “llega necesariamente un momento en que el intérprete, desprovisto de todo apoyo formal debe entregarse a sí mismo para hallar la decisión que no puede rehusar”<sup>298</sup> . Todo ello supone, como es

---

<sup>296</sup> Ibidem. Pág. 406-407.

<sup>297</sup> Ibidem. Pág. 407.

<sup>298</sup> Ibidem. Pág. 409.

lógico, acudir a un método jurídico muy diferente del método tradicional, un método que mantiene la prioridad jerárquica de la ley escrita en el sistema de las fuentes formales, pero “reduciendo a sus justos términos sus posibilidades regulativas”<sup>299</sup>. Cuando la ley no dispone de una solución jurídica aplicable al caso planteado, cualquier intento de distorsionar o manipular el sentido que se deduce de la propia fórmula legal empleada y de la voluntad del legislador de ella dimanante, conducirá a resultados contradictorios no sólo con el instinto jurídico, sino con el propio sentido común recabable de la generalidad de los miembros del grupo social, lo que sin duda, constituye la consecuencia directa de los intentos absurdos de comprender los textos legislativos como la encarnación acabada y completa del Derecho que, a semejanza de una obra de Dios no admitiera ningún tipo de lagunas en su formulación<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> I. ARA PINILLA. *La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho*. Cit. Pág. 89.

<sup>300</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo*. Cit. Pág. 198, “Se la imaginan a semejanza de una obra divina, como una revelación completa y perfecta del Derecho, que a priori bastase a sí misma, vaciada en un sistema de exactitud matemática y, por consiguiente, se la interpreta en la convicción de que, mediante procedimientos de pura lógica y, digámoslo así, mecánicos, permitirán extraer de ella, seguramente todas las soluciones que reclaman las necesidades de la vida jurídica: de manera que no debe vacilarse en sacar todas consecuencias encerradas en la fórmula legal; pero de tal suerte al propio tiempo, que si los textos, cualquiera que sea la manera con que se solicite su concurso, lo niegan, debe el intérprete abstenerse de suplirlos por su propia autoridad y resignarse a sacrificar en aras de la ley, las necesidades reales más apremiantes. Y mediante el mecanismo de un brutal análisis de los textos y de razonamientos categóricos apoyados en ellos, llégase, a veces, a resultados extraños verdaderamente, al sano

Es este punto cuando aparece el método de la libre investigación científica como un método que inevitablemente ha de guiar a la actividad del órgano judicial “en toda la esfera dejada libre por la acción positiva de esas fuentes”<sup>301</sup>. El autor francés, acude a este punto, a la comparación entre la actividad judicial y la legislativa reconociendo que la necesidad de que el juez funde su decisión en los elementos objetivos del Derecho. Se trata de una necesidad puesta de manifiesto, en función del carácter singular y concreto de la decisión judicial, a diferencia del sentido abstracto de la actuación legislativa<sup>302</sup>, lo que no impide, sin embargo, que entre la actividad judicial y la que desarrolla el legislador exista una evidente analogía que se hace más patente cuando afirma el autor francés que a falta de una regulación específica de las fuentes formales, el juez ha de fundar su decisión en las mismas razones que tendría el legislador en la regulación hipotética del problema que él pretende resolver<sup>303</sup>.

---

instinto jurídico, cuando no desconciertan el sentido común más elemental”.

<sup>301</sup> Ibidem. Pág. 411.

<sup>302</sup> Ibidem. Pág. 412.

<sup>303</sup> Ibidem. Pág. 411, “A priori, la investigación encomendada al juez en el terreno del Derecho es descubrir, os parece muy análogo al que incumbe al legislador mismo, -salvo esta circunstancia, seguramente no despreciable, pero de un orden secundario aquí- que aquella interviene con ocasión de una situación de hecho concreto y para adaptar el derecho a esa situación, las consideraciones que deben guiarle son, desde luego, el principio superior que debe atenderse exactamente de la misma naturaleza que las que dominan la acción legislativa misma, toda vez que se trata de una y otra parte de satisfacer del mejor modo, por una regla

La conclusión a la que pretende llegar el autor francés es precisamente la afirmación de la necesidad de acudir a elementos externos al Derecho positivo para fundar las decisiones judiciales, al menos en los casos en los que el propio derecho positivo no ofrezca soluciones directamente aplicables a las cuestiones jurídicamente relevantes. Gèny destaca, en este sentido, la conclusión fundamental de todo su estudio, expresando que:

“Dicha conclusión tiende a afirmar que los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los jurisconsultos en el aparato exterior y plástico del Derecho positivo son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica. De donde resulta la consecuencia inevitable que la jurisprudencia debe buscar fuera y sobre estos elementos los medios de llenar toda su misión. He ahí el principio esencial de mi tesis y lo que habrá necesidad de negar y destruir absolutamente si se quiere contradecir con éxito mis ideas”<sup>304</sup>.

En definitiva, la teoría de Gèny, constituye una apelación a elementos externos a las normas jurídicas, pero cuyo descubrimiento y aplicación no resulta absolutamente

---

apropiada, la justicia y la utilidad social. Además, ante el silencio y la insuficiencia de las fuentes formales, yo no vacilaré en indicar, como línea general de dirección para el juez, ésta: que debe formar su decisión de derecho en vista de las mismas razones que tendría presente el legislador si se propusiera regular la cuestión”.

<sup>304</sup> Ibidem. Pág. 534.

direcciona al interprete del derecho. Muy al contrario, éste se encuentra sometido a la necesidad de “descubrir él mismo, el defecto de la ayuda de las fuentes formales, los elementos objetivos que determinarán todas las soluciones exigidas por el derecho positivo”<sup>305</sup>. Ello supone, evidentemente, separarse de un modo de hacer de los juristas que se encuentra absolutamente impreso en la conciencia jurídica tradicional, pero que se ha mostrado igualmente insuficiente para proporcionar la respuesta que el Derecho con mayúsculas y no simplemente la ley, reclama del órgano judicial, asumiendo que “se debe sin vacilar romper las barreras de un método demasiado estrecho”<sup>306</sup> auspiciando la utilización de la libertad de acción del intérprete en la búsqueda de la solución que cuente con los fundamentos jurídicos objetivos más adecuados.

En ello radica, la aparente paradoja de un método (el de la libre investigación científica) que se define a sí mismo como libre, pero que al mismo tiempo constriñe al órgano judicial a dictar una decisión reglada que no es más que la aplicación estricta de lo que en sí misma constituye una investigación científica, esto es, una investigación en la que el juez no es libre de plasmar sus creencias personales, sus apetencias o su propio sistema de valores, sino que ha de formular la decisión

---

<sup>305</sup> Ibidem. Pág. 413.

<sup>306</sup> Ibidem. Pág. 534.

que inequívocamente se desprenda de los elementos objetivos inherentes al propio orden jurídico.

Es así como, ha podido señalar F. Gèny que “el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarlo libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva, investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar”<sup>307</sup>, señalando igualmente que el método de la libre investigación científica es aplicable en sus términos también al intérprete doctrinal y no sólo al órgano judicial a quien encomienda el sistema jurídico la resolución de las controversias<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Ibidem. Pág. 412.

<sup>308</sup> Ibidem. Págs. 412-413. “Ahora bien, lo que acabo de decir del juez intérprete efectivo y oficial del Derecho positivo se aplica necesariamente también no sólo al práctico, sino también al intérprete doctrinal y crítico. El papel de éste, en efecto, no es otro que el de preparar de la manera más adecuada al objeto la disposición práctica o judicial del Derecho positivo. La posición del juez determina necesariamente la suya: e importa poco que él pretenda escapar a la influencia inquietante o sospechosa de las cuestiones concretas desde el momento que el objetivo de sus esfuerzos continúa siendo esencialmente el mismo: procurar la adaptación de las reglas latentes del derecho, a todos los hechos de la vida social”.



### **3.5.- LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DECISIÓN JURÍDICA:**

#### 3.5.1.- La reivindicación del concepto de naturaleza de las cosas.

El problema está lógicamente, a la hora de fijar el sistema para determinar cuáles son, en cada caso, los elementos objetivos del Derecho que han de guiar al juez, o si se prefiere al interprete del Derecho en general, para encontrar la decisión jurídica correcta. Gèny afirma a este respecto que para poder llevar a cabo esta función resultará necesario “descender hasta las razones de la Constitución misma de la humanidad y descubrir los fundamentos últimos de su vocación, para remontar enseguida a los fenómenos que forman la trama esencial y alimentar la corriente continua de la vida social”<sup>309</sup>. Se trata, evidentemente, de un objetivo muy ambicioso, que sólo podría llevarse plenamente a efecto desde una perspectiva científica amplia y general.

Las dificultades de llevar a cabo esta acción hacen que el autor francés, opte de una manera más humilde y realista por proponer “un examen atento de las condiciones mismas de la vida de la humanidad y un empleo juicioso de las facultades morales de nuestra naturaleza”<sup>310</sup>. A tal efecto, lo primero que

---

<sup>309</sup> Ibidem. Pág. 413.

<sup>310</sup> Ibidem. Pág. 414.

se plantea Gèny es la refutación de una idea que contaba con un cierto prestigio entre los diferentes tratadistas, consistente en la legitimidad de la sustitución del criterio de la opinión pública por el de la regla jurídica en los casos en que el intérprete del Derecho pueda encontrar dificultades para precisar cuál es el texto legislativo aplicable al problema en cuestión. Gèny llama la atención sobre las dificultades de determinar puntualmente el estado de la opinión pública sobre las diferentes cuestiones singulares y sobre la falta de fundamento consistente para reconocer a la opinión pública tan relevante función<sup>311</sup> concluyendo de manera terminante que “por firme y segura que pueda parecer esa opinión, no puede desempeñar el papel de una autoridad para el interprete, ni servirle de criterio para discernir el Derecho positivo que deba seguir, por lo mismo que aquélla no podría pretender

---

<sup>311</sup> Ibidem. Págs. 414-415: “Prescindiendo de la dificultad casi improbable de hecho, de una constatación convincente del estado de la opinión pública, sobre una determinada cuestión de derecho, yo estimo que el juicio común, en cuanto es traducido en costumbre caracterizada, no tiene ningún título para imponer su apreciación para la solución de los problemas jurídicos. Además en la esfera legislativa me parece muy dudoso que los que tienen la misión de formular reglas jurídicas generales deban poner su inspiración principal en el estado de una opinión, siempre precaria y poco segura de sí misma. Pero en todo caso, y desde que se trata de la aplicación misma del derecho reputado preexistente, yo no veo sobre qué base sería podrá descansar la influencia reconocida al sentimiento general. Seguramente, no quiero decir con esto que la opinión pública deba ser considerada nula por el interprete. En tanto que hecho social, cuya apreciación debe tenerse en cuenta, se impone a la atención de aquél de una manera incontestable”.

representar la verdad de las cosas, que se trata simplemente de descubrir y de aplicar”<sup>312</sup> .

Ante la insuficiencia del recurso a la opinión pública para determinar cuál es la solución jurídica aplicable a las diferentes controversias jurídicas, F. Gèny propone acudir a la idea de “naturaleza de las cosas”, idea que él mismo califica como una noción “tampoco precisa como fecunda”<sup>313</sup> pero que es, en definitiva, la única que nos puede proporcionar la razón objetiva para determinar tras la correspondiente investigación científica el contenido de esa “especie de Derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales y dirija todas los movimientos de la vida jurídica”<sup>314</sup>. En su afán de concretar la fórmula jurídica aplicable, conforme a los elementos objetivos del Derecho, el autor francés propone seguir el análisis del juez propuesto por el orden jurídico para deducir de él la decisión jurídica correcta<sup>315</sup>, pero Gèny toma conciencia

---

<sup>312</sup> Ibidem. Pág. 415.

<sup>313</sup> Ibidem. Pág. 419.

<sup>314</sup> Ibidem. Pág. 421.

<sup>315</sup> Ibidem. Págs. 421-422: “Tomando como punto de partida esta verdad sugerida por la experiencia y por el razonamiento común, que todo movimiento de la voluntad depende de un fin asignado a su acción, y observando que la organización jurídica tiene por materia esencial las operaciones de la voluntad humana se llega fácilmente a la consecuencia de que esta organización debe ser dominada enteramente por los fines prácticos. De aquí la máxima formulada por Ihering: el fin crea el derecho todo entero. Será suficiente, desde luego buscar en cada caso particular, al fin propuesto para deducir de él mismo la regla para la solución”.

rápidamente de que al proponer esta idea no se está garantizando la obtención de ningún resultado concreto, puesto que, para llevar a cabo la realización de la idea de fin en la determinación de la decisión jurídica correcta es necesario, ante todo, saber cuál es el fin del orden jurídico en su conjunto y de los diferentes sectores jurídicos en particular. De este modo, concluye el autor francés que en la medida en que no dispongamos de una verdad incontestable en relación al fin del orden jurídico la idea de fin resultará relativamente poco fructífera y aprovechable, puesto que, no habrá solución al problema de la decisión jurídica correcta mientras no dispongamos precisamente de una solución al problema de la determinación de orden jurídico, resultando así que según el propio autor francés afirma, la fórmula del fin “no hace aún más que trasladar los términos del problema” .

Asume desde luego, Gèny la idea general de que el orden jurídico tiene por fines primordiales la realización de los ideales de justicia y de utilidad, pero entiende igualmente que estas nociones representan conceptos vacíos que carecen de significado propio si no se está en condiciones de poder responder en cada caso a los requerimientos de justicia, de igualdad que puedan plantearse<sup>316</sup>. De ahí que proponga el autor francés la fórmula de la naturaleza de las cosas para descubrir por un lado, en la naturaleza personal del individuo

---

<sup>316</sup> Ibidem. Pág. 422.

los fundamentos de la razón y de la justicia, y por otro, en los propios fenómenos sociales los principios básicos que han de regir a su propia comprensión, proponiendo para la primera de las referidas funciones la denominación de indagación de los elementos de la libre investigación, puestos en la razón y en la conciencia y para la segunda función expresada la de los elementos positivos de la libre investigación o elementos que deben de ser extraídos de la organización positiva<sup>317</sup>.

### 3.5.2.- Los elementos de la libre investigación jurídica puestos por la razón y la conciencia.

En lo que concierne al primer tipo de elementos, los elementos de la libre investigación puestos en la razón y en la

---

<sup>317</sup> Ibidem. Pág. 423: “Aquí, precisamente, interviene la naturaleza de las cosas, tal como lo hemos expuesto. No se trata solamente de considerar y de analizar, menudamente, todos los elementos de hecho de nuestra vida social; de observar las relaciones, de discernir las reacciones recíprocas que ellos sufren. Es necesario, llenos de confianza en nuestra conciencia moral y en nuestra razón, usar de estas facultades para inducir las leyes de los fenómenos y hacer contribuir así todos nuestros recursos a una construcción, verdaderamente científica del derecho común que buscamos. Así observado, el campo de las investigaciones se precisa y se completa. De una parte, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia. De otra parte, dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda, teniendo su firme base en lo que podemos llamar la naturaleza de las cosas positivas, representado por el conjunto de las condiciones que forman, como la atmósfera de la vida jurídica exterior; y descansando la primera sobre un fondo más íntimo que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho”.

conciencia, F. Gèny adopta una postura decididamente iusnaturalista. Hay que decir a este respecto, que si se puede considerar, con Guido Fasò, que la codificación jurídica constituyó en Francia el puente “involuntario” entre las doctrinas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico<sup>318</sup>, no cabe duda de que la ruptura con el ideal codificador y sus implicaciones teóricas habría de provocar en la obra de François Gèny un giro de 180 grados con respecto a la situación anterior de la doctrina jurídica francesa. Ya no se acepta la idea de que el Derecho positivo da respuesta a todas y a cada una de las cuestiones que pueden plantearse en la vida social, con la consiguiente sacralización de la ley escrita exigiéndose a partir de ahora al jurista que mantenga una actitud crítica con el derecho positivo con vistas a la realización del ideal de justicia que se supone que ha de perseguir del orden jurídico. François Gèny es consciente de que la calificación que puede comportar un cierto reproche de su doctrina como iusnaturalista es una calificación que puede

---

<sup>318</sup> G. FASÓ. *Historia de la filosofía del Derecho*, vol. III, traducción de J. F. Lorca Navarrete, Editorial Pirámide, Madrid, 1981. Pág. 27. “La codificación había constituido efectivamente el puente involuntario entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Las consecuencias no fueron, como hemos visto, estrictamente positivistas, reducción de todo el Derecho a la ley del Estado, y afirmación de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo, sino que dichas consecuencias se debieron a motivos políticos y teóricos y no filosóficos: la filosofía de la codificación habrá sido el iusnaturalismo..., la atribución de racionalidad al legislador acarrió, en definitiva, la misma atribución al producto de su voluntad. Así, el valor absoluto que en una concepción insnaturalista pudiera ser atribuida al Derecho (natural se entiende); por su conformidad a la razón acabó siendo transferido al Derecho empíricamente establecido por la voluntad del Estado, y que solamente por ello se convirtió en el verdadero Derecho”.

comportar un cierto reproche y descrédito para las afirmaciones y las principales tesis en ellas sostenidas. Así lo asume, expresamente, cuando reconoce que: “Al indicar como primera y necesaria dirección de la libre indagación del jurisconsulto, intérprete del derecho positivo, los principios revelados a la conciencia y presentes como de intuición a la razón humana, no ignoro que me expongo al reproche de resucitar una doctrina anticuada y casi perdida en el olvido: la doctrina del Derecho Natural. Me será permitido, sin embargo, discutir ese reproche y, sin someterme a una condenación demasiado sumaria que no ha llegado a ser trivial más que en fuerza de ser maquinalmente repetida, investigar en algunas palabras si nuestra ciencia puede, sin faltar a su misión, despreciar la noción de justicia, tal como se traduce en el fondo de nuestra naturaleza moral. Desde siempre, a decir verdad, la jurisprudencia ha propuesto a lo menos a título de ideal, esta noción innata de justicia como apoyo necesario de sus construcciones positivas”<sup>319</sup>.

Gèny reconoce el acierto de la reacción antiiusnaturalista en la medida en que entiende que es el insnaturalismo racionalista en la formulación de sus principales teóricos a lo largo del s. XVIII el que ha auspiciado la redacción y la entrada en vigor de los códigos civiles, con las negativas consecuencias que desde el punto de vista de la

---

<sup>319</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo*. Cit. Pág. 424.

realización de un método adecuado de interpretación del derecho, ha acarreado semejante movimiento. El autor francés es enormemente crítico, como hemos visto, con las implicaciones teóricas y prácticas del proceso codificador en Francia y ello hace que vea lógicamente con simpatía a quienes se ocupan de criticar el iusnaturalismo racionalista en tanto que éste constituyó la base teórica fundamental del movimiento codificador<sup>320</sup>. Pero ello no lo hace tampoco simpatizar con las doctrinas del positivismo jurídico que siempre acaban sucumbiendo, en su opinión, al reconocimiento de la existencia de un principio objetivo de justicia que ha de guiar a las acciones humanas, y en su caso, a la propia realización del orden jurídico. Así, tras considerar que en relación a las tesis fundamentales en relación al iusnaturalismo racionalista, “los hechos mismos se han encargado de refutar tal manifiesta utopía, que menospreciaba las más claras enseñanzas de la Historia y contradecía la posición incesantemente variable de las relaciones entre los hombres”, trata de propiciar una reformulación diferente del iusnaturalismo al afirmar que: “Pasar al extremo opuesto y no admitir más reglas que las dependientes de la variedad misma de esas relaciones, ¿no es, por el contrario, sacrificar el fondo permanente e inmutable, de verdad y de justicia que se nos impone?, ¿No es sacrificar el Derecho mismo reduciéndole a la pura dependencia de los hechos?. A decir verdad, los más fogosos defensores de las teorías positivista no han ido nunca

---

<sup>320</sup> Ibidem. Pág. 425-427.



tan lejos en su aplicación y a pesar de su nihilismo doctrinal, vuelve inconscientemente, al reconocimiento efectivo de un principio objetivo de justicia, por reducido que pueda parecer su alcance”<sup>321</sup> .

Es especialmente llamativo a este respecto que el propio Gèny, titule el trabajo que presenta como Apéndice al cuarto volumen de su obra “Ciencia y técnica del Derecho privado positivo: nueva contribución a la crítica del método jurídico”, con el nombre de “la necesidad del Derecho Natural”<sup>322</sup>, que el segundo volumen de esta misma obra lleve el título de “El irreductible Derecho Natural”<sup>323</sup>. Nuestro autor asume en este sentido una posición a las doctrinas iusnaturalistas en una perspectiva diferente al del iusnaturalismo racionalista que inspiró la redacción de los códigos<sup>324</sup>. Esta asunción de las tesis iusnaturalistas resulta patente hasta el punto de haberse podido afirmar que “aplicando aquí sólo en sentido metafórico la imagen escalonada de las normas del sistema kelseniano

---

<sup>321</sup> Ibidem. Pág. 428.

<sup>322</sup> F. GENY. *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV. Cit. Págs. 213 y ss. En este trabajo responde Gèny a las críticas que le había realizado G. RIPERT, *Droit Naturel et positivisme juridique*, en *Annales de Faculté de Droit d’Aix*, 1918, nº 1.

<sup>323</sup> F. GENY. *Science et technique*, París, 1915.

<sup>324</sup> Véase a este respecto F. GÈNY. *La laïcité du Droit Naturel*, en *Archives du Philosophie du Droit*, 1933, Págs. 7 y ss.

podría decirse que el lugar que ocupa en éste la Constitución lo ocupa en Gèny, el derecho natural”<sup>325</sup>.

François Gèny parte a este respecto de la necesidad de delimitar el concepto de derecho natural distinguiendo un concepto estricto del mismo y un concepto más amplio y general. Así, conforme a la primera acepción afirma que el derecho natural constituye “el conjunto de las reglas jurídicas que la razón hace derivar de la naturaleza misma de las cosas, de la que el hombre forma parte, y que nosotros hemos llamado los datos naturales y racionales del derecho positivo”<sup>326</sup>, todo lo cual puede resultar en principio chocante si se tiene en cuenta que utilizando desde luego en una acepción muy diferente las expresiones naturaleza y natural, el autor francés señala con reiteración que los por él denominados como datos reales son, a su vez, datos naturales<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> A. HERNÁNDEZ-GIL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. I, Madrid, 1971.

<sup>326</sup> F. GENY. *Science et technique en droit privé positif*. Cit. Pág. 419.

<sup>327</sup> *Ibidem*. Pag. 371-372: “Entiendo como datos reales o estrictamente naturales del derecho positivo los que consisten en las condiciones de hecho en que se encuentra emplazada la humanidad. Poco importa que se trate de la naturaleza física o moral que rodea al hombre ( el clima, el suelo y sus productos, la constitución anatómica y fisiológica del hombre, el estado psicológico, las aspiraciones morales, los sentimientos religiosos, etc...) o de las condiciones económicas que influyen sobre su actividad o las fuerzas políticas o sociales existentes. Estas realidades, positivas y actuales, no crean las reglas jurídicas, pero delimitan sus contornos y, por lo menos, constituyen su medio necesario. Son, por consiguiente, los primeros datos que son indispensables ante todo tener

A su vez, en un significado más amplio y general la denominación de derecho natural servirá para designar los preceptos de la conducta humana exterior que recomiendan aspiraciones menos necesitadas por los hechos, respondiendo a la noción de perfección moral, de conveniencia, de utilidad, surgidas de todos esos datos ideales que nos parece deben figurar también entre los elementos constitutivos del Derecho positivo<sup>328</sup>. Gèny analiza con detenimiento la concepción clásica del Derecho Natural dedicando una atención especial a la concepción del Derecho Natural que sostiene Victor Catherein<sup>329</sup>. Pero en el fondo, su concepción es decididamente racionalista, tal y como él mismo expresa de manera incontrovertida: “a pesar de las deudas o conexiones que denotan sobre todo el efecto de analogías que surgen de las esencias de las cosas bajo los esfuerzos del espíritu, yo mantendría el conjunto de las ideas presentadas en este capítulo sobre las bases fundamentales de Derecho positivo, el carácter primordial de una concepción racionalista, en el sentido de que para mí, el derecho tal y como se puede deducir de la ciencia y de la creencia, continúa siendo esencialmente una construcción racional establecida sobre elementos proporcionados por la naturaleza. Y es por eso que, a pesar del

---

en cuenta, aunque solo sea para asegurar la posición de los problemas jurídicos”.

<sup>328</sup> Ibidem. Pág. 419.

<sup>329</sup> Ibidem. Págs. 294 y ss.

descrédito en que me arriesgo a caer con esta confesión, yo tiendo a afirmar enérgicamente, una vez más, la necesidad ineludible de un mínimo de Derecho Natural<sup>330</sup>.

Hay que destacar de todos modos que, al presunto racionalismo que caracteriza a la teoría de la interpretación jurídica en la obra de Gèny no es, en ningún caso, un racionalismo absolutamente puro, desvinculado por completo de los hechos sociales y de la propia Historia. Por el contrario, el Derecho Natural que preconiza Gèny es un derecho natural de base racional, desde luego, pero orientado históricamente en el sentido de que se entiende que los datos naturales y racionales que ,por decirlo así, constituyen el núcleo del Derecho Natural en la concepción de Gèny sólo pueden fijarse en su propio desarrollo histórico, influyendo, desde luego, la razón sobre la historia, pero al mismo tiempo desarrollándose la historia de los acontecimientos sociales, como una evolución iluminada por la propia razón, con miras a la determinación de la decisión jurídica más justa en relación a los problemas que en el mismo acontecer histórico se producen. La caracterización primordialmente racional aún cuando matizadamente histórica del Derecho Natural la refleja con bastante precisión el autor francés cuando indica que: “El derecho Natural debe residir ante todo en la naturaleza y en la razón. Es, desde luego, cierto que ese dato natural y racional sólo se fija en la vida social de la humanidad gracias a un

---

<sup>330</sup> Ibidem. Págs. 418-419.

desarrollo histórico necesario para incorporarlo a la conducta efectiva de los hombres y para hacerle entrar en el seno de la evolución del mundo. Por otra parte, esta misma evolución sólo se desarrolla bajo la influencia de un ideal que perfecciona el mismo, la naturaleza y afina el juego de la razón. A pesar de todo, la base fundamental del Derecho subsiste en el conjunto, a la vez natural y racional, del que surgen las primeras reglas de conducta. Y podemos afirmar, al menos, que su sustrato esencial sigue dirigido por una fuerza superior ante el que el juez individual no puede dejar de inclinarse, como reconociendo su potencia eminente, al mismo tiempo que confiesa la oscuridad y la vaguedad de sus sugerencias”<sup>331</sup>.

Se trata en este sentido, de profundizar en el sentido de la justicia, desde una perspectiva que Gèny entiende, diferente, como decimos, al del Derecho Natural clásico, pero que, en todo caso, está dominado igualmente por la idea por asegurar la realización del principio jurídico sobre la base de la existencia de una serie de datos objetivos que el intérprete del derecho no puede, en ningún caso, descuidar. Gèny es muy claro a este respecto, cuando expresa que: “Ya no nos planteamos aquí, el problema clásico del Derecho Natural, cuyos límites y postulados ya han sido señalados, en consideración de las exigencias de la hora actual. Lo que nos proponemos es reconocer en el vasto universo que nos rodea,

---

<sup>331</sup> Ibidem. Pág. 420.

el dato total del Derecho positivo, desgajado (tanto como sea posible), de todo artificio e imponiéndole por sí mismo al hombre a través de algunas potencias que pudiera asumir ya sea gracias a una investigación propiamente científica, ya sea por medio de fuerzas más oscuras, del tipo del subconsciente, la intuición y el sentimiento”<sup>332</sup>.

Evidentemente, la concepción del Derecho Natural que sostiene François Gèny tiene que ver mucho con la idea de perfeccionamiento moral en la medida en que lo que trata de garantizar es la decisión jurídica racional que se pudiera deducir de los datos objetivos que se presentan ante el propio órgano judicial. Pero el Derecho Natural no surge sólo como un instrumento de dirección en la obra del autor francés, sino que tiene un sentido prioritariamente social, dado que los problemas que atiende el orden jurídico se producen precisamente en el marco de la convivencia social como problemas derivados de las relaciones existentes entre los diferentes miembros de la comunidad<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Ibidem. Pág. 353.

<sup>333</sup> Ibidem. Pág. 18: “Si el derecho Natural está llamado a circunscribir y a regular la actividad del hombre, no debe olvidar que éste se lo presenta en menor medida como individuo que como miembro de una sociedad, que le pone en relación y en contacto incesante con sus semejantes; en resumen, no es el hombre aislado, el Robinson, quien debe ser analizado desde la perspectiva jurídica, sino el hombre social, el único del que hay que fijar sus derechos y deberes”.

François Gèny es consciente de las enormes dificultades que conlleva fijar el principio de justicia objetivo, en un mundo en el que la riqueza de los casos que se presentan ante el intérprete del derecho, excede a cualquier posibilidad de generalización, asumiendo en cualquier modo, que la precisión de cuáles pueden ser los principios de justicia constituye una materia cuya competencia corresponde a la filosofía del Derecho.

El propósito de la obra del autor francés no es, desde luego, tan ambicioso, no se trata de fijar de una vez por todas un principio aplicable a cualquier género de casos, cualquiera que fuesen las diferencias que pudieran mediar entre éstos, su propósito es bastante más humilde, se trata de mostrar el camino que ha de seguir el órgano judicial para poder dictar una decisión jurídica justa, o lo que es lo mismo, basada en principios jurídicos subjetivos. François Gèny lo deja bastante claro cuando señala que: “Precisar el contenido de esta justicia absoluta y especificar su extensión en todo el dominio del derecho positivo excedería manifiestamente los límites puramente metodológicos del presente estudio. Dejo a la filosofía del Derecho la delicada misión de determinar los principios y sus consecuencias, en la esfera de las ideas puras, fuera de la contingencia de las situaciones materiales y de los hechos. En cuanto a mostrar, en presencia de las mismas materias, la parte irreductible de justicia natural que supone toda apreciación jurídica, ya no podría hacerlo más que penetrando en el detalle de las aplicaciones y entregándome a

una casuística refinada, que me desviaría de mi camino, ya bien largo”<sup>334</sup>.

Hay que tener en cuenta, de todos modos, que la idea de justicia no se realiza nunca tampoco, en su plenitud, en los términos generales y abstractos que pudiera demandar su noción como justicia absoluta. Por el contrario, cuando el intérprete del Derecho dicta su decisión está realizando una adaptación personal de la idea de justicia, aplicándola además, a problemas de distinta naturaleza y que se presentan en condiciones igualmente diversas. Eso, no quiere decir, que los principios de justicia dejen de ser universales e inmutables, lo único que quiere decir es que el órgano judicial al realizar su actividad de interpretación del derecho, necesariamente lleva a cabo una adaptación de los principios de justicia, adaptación que, lógicamente, habrá de deformar hasta cierto punto, la noción pura que se pueda tener de los principios de justicia<sup>335</sup>. De hecho, Gèny reconoce expresamente, el carácter universal e inmutable de los principios de justicia cuando tras señalar la dificultad que entraña “la variedad infinita” de reglas jurídicas, a veces enteramente opuestas, consagradas según los tiempos y los lugares<sup>336</sup>, no duda en afirmar que: “sin pretender justificar bajo las relaciones de la

---

<sup>334</sup> F. GÈNY. *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Cit. Pág. 432.

<sup>335</sup> *Ibidem*. Pág. 433.

<sup>336</sup> *Ibidem*. Pág. 435.



justicia absoluta las instituciones jurídicas de todas las épocas y de todos los lugares, es suficiente para disimular su gran diversidad observar que casi siempre el fin ha sido menos diferente que los medios para realizarlo. Pero sí se admite, según la razón, la experiencia y el sentimiento íntimo la uniformidad de la naturaleza humana, la identidad constante de su destino, y la existencia de un orden natural permanente de relaciones entre los elementos del mundo, concluiremos necesariamente que los principios de pura justicia, que no son más que una de las fases de este orden, conservan en medio de las variedades y de las contingencias de su actividad, un carácter universal e inmutable»<sup>337</sup>.

Gèny se plantea igualmente el problema de la posible objetividad de los principios de justicia, reconociendo que la aplicación de los principios de justicia se produce, necesariamente, a través de puntos de vista subjetivos, los puntos de vista del intérprete, lo cual no altera, sin embargo, el sentido mismo de la justicia como guía objetiva para la acción del juez. La aparente paradoja que pueden suscitar estas dos afirmaciones la resuelve el autor francés de una manera bastante clara y contundente cuando señala que: “El problema parece deber resolverse por una distinción: al fondo mismo de la justicia, que la razón nos descubre en las relaciones humanas, no podemos rehusarle el valor objetivo, sin lo cual carecería de lo absoluto, que constituye su esencia; lo cual, no

---

<sup>337</sup> Ibidem. Págs. 435-436.

nos impide reconocer que la acción de los principios que dicho problema contiene en sí, implica en el intérprete, obra personal e individual, cuyos últimos resultados se traducirán necesariamente en puntos de vista subjetivos, que penetren, sin embargo, por sus más profundas raíces en estas entidades objetivas que constituyen todo su poder<sup>338</sup>.

### 3.5.3.- Los elementos positivos de la libre investigación científica.

Gèny reconoce, como hemos visto, la insuficiencia de las fuentes formales del Derecho para resolver una buena parte de los problemas jurídicamente relevantes que se plantean en la vida social. El mismo señala que, en estos casos, se impone la necesidad de recurrir a principios absolutos de razón y de justicia que constituyen la guía más precisa para desentrañar el sentido último que en todo caso ha de tener la decisión jurídica. Pero los principios objetivos de justicia no resultan en sí mismos, suficientes para conseguir alcanzar una decisión jurídica de la que pueda predicarse su justicia y su adecuación a la naturaleza de las cosas. Ante todo, porque la naturaleza de las cosas no viene constituida sólo por los elementos extraídos de la razón y de la conciencia. También se manifiesta la naturaleza de las cosas en el análisis de las realidades vivas que permitan dirigir en el sentido más adecuado a la realidad

---

<sup>338</sup> Ibidem. Pág. 437.

social a la propia decisión jurídica. Las ideas superiores que deducimos de la razón y de la conciencia constituyen, en este sentido, un criterio imprescindible en el ámbito de la interpretación y en el de la aplicación del Derecho, pero es también un criterio que debe ser complementado con el análisis de los elementos que él mismo deduce de los propios hechos que rodean a la vida social<sup>339</sup>. Pero el análisis de la naturaleza positiva de las cosas, con vistas a la determinación de la decisión jurídica ha de proporcionar “puntos de apoyo fijos que marquen su equilibrio y denoten por signos precisos las condiciones que satisfarán mejor el interés social nacido de una justicia rectamente comprendida”, lo que supone, a su vez acudir a “las bases mismas de la organización positiva a condición de comprenderla hasta en las tendencias aún embrionarias y en vías de formación”<sup>340</sup>.

En este sentido el autor francés, rechaza nuevamente, al igual que sucedía en el caso de los elementos de la naturaleza

---

<sup>339</sup> Ibidem. Pág. 441: “Si los principios de justicia inmanentes a nuestra naturaleza moral y revelados por la razón o la conciencia, constituyen el primer punto indispensable y seguro de toda indagación científica, en la esfera del Derecho positivo, no es menos cierto, según hemos visto, que ellos solos y por sí mismos son elementos insuficientes para inspirar al intérprete de las fuentes formales. En vista de las relaciones que le solicitan y demandan una reglamentación precisa, el intérprete necesita una ley más concreta y más intensa, que sólo puede procurarle un examen de los textos mismos. Parte de la región de los principios absolutos; pero es en el dominio de las contingencias donde el intérprete desenvuelve su actividad propia: sólo en este medio puede encontrar, por consiguiente, los elementos últimos para sus decisiones”.

<sup>340</sup> Ibidem. Pág. 442.

de las cosas deducibles de la razón y de la conciencia, el engañoso apoyo que puede proporcionar la opinión pública, con vistas a la determinación de los propios elementos de la naturaleza positiva de las cosas. Se trataría, en este sentido, de eludir la realidad aparente que pueda proporcionar la utilización de la opinión pública para buscar una realidad de calado más firme y auténtico<sup>341</sup>.

Pero los elementos de la naturaleza positiva de las cosas tendrán un carácter, hasta cierto punto diferente, según se trate de elementos que guarden una cierta conexión con las fuentes formales del derecho, o de elementos que puedan considerarse, en muy amplia medida, independientes de la realidad jurídica formal.

Entre los elementos directamente conectados con las fuentes formales del Derecho: destaca sobre todo la analogía a la que Gèny no reconoce, sin embargo, la condición de procedimiento de interpretación jurídica<sup>342</sup>. Gèny encuentra el fundamento de la analogía en un instinto natural del individuo hacia la igualdad jurídica, que se plasma no sólo en derecho de

---

<sup>341</sup> Ibidem. Pág. 443: “No se crea, sin embargo, que al tomar como materia de investigación la organización positiva, nos entregamos a todas las fluctuaciones de la opinión. La opinión, por otra parte, es una gran engañadora: no constituye siempre más que una vaga indicación. Y es esencial desvanecer las oscuridades o las mentiras, sobreponerse a sus movimientos frecuentemente de pura apariencia, para abrazar la realidad viva, única que debe servir de objeto al propio tiempo que de guía a nuestras investigaciones”.

<sup>342</sup> Ibidem. Pág. 444.

que las normas jurídicas deban ser aplicadas de un modo igual a los individuos, sino también en derecho de que los criterios de aplicación de la norma jurídica sean los mismos los casos en que la propia norma viene a regular supuestos que guardan entre sí una identidad de razón a los primeros<sup>343</sup>. En este sentido, la aplicación de la analogía supone ya la apelación a una idea de valor, al eliminar la posibilidad de que en la realización de su labor interpretativa pueda el órgano judicial asumir posiciones irracionales y discriminatorias. Todo ello hace, que si bien la analogía no pueda elevarse a la condición de procedimiento de aplicación del derecho, sí al menos “constituye como un término medio y ofrece una transición valiosa entre los resultados de la ley, considerada como fuente formal y los de una investigación científica elaborándose fuera y al lado de los textos”<sup>344</sup>, lo que es también, en cierto modo, tanto como entender que “debe figurar, a lo menos, en primer lugar, entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuales merece distinguirse, tanto por razón de su modo de obrar, cuánto por la seguridad de los resultados que puede ofrecer”<sup>345</sup>.

Junto a la analogía y con un carácter ya bastante diferente, encuentra Gèny un elemento objetivo inherente a la naturaleza positiva de las cosas en la propia moral religiosa,

---

<sup>343</sup> Ibidem. Págs. 445-446.

<sup>344</sup> Ibidem. Pág. 451.

<sup>345</sup> Ibidem. Pág. 455.

que resultará en su opinión muy influyente en el ámbito del derecho de familia, en las costumbres políticas, en la función que cumplen los órganos estatales en la vida moderna, en la extensión de las libertades, en la participación ciudadana, en la actividad pública, en la organización económica<sup>346</sup>, etc. .... Y finalmente constituirán también elementos positivos de la organización social, las direcciones que pueda extraer el intérprete del derecho de las propias ciencias o disciplinas sociales, entre ellas, fundamentalmente, la sociología, que el autor francés, considera como una disciplina de la que no se ha extraído, en absoluto, todas sus posibilidades, la filosofía general que permite precisar las condiciones y los medios de toda investigación científica, la psicología que pone de manifiesto las tendencias instintivas de los individuos y de los grupos, el derecho público racional, la economía política, la historia, la estadística, la legislación y la jurisprudencia comparada<sup>347</sup>, etc..., subrayando, no obstante, que a tales efectos “se ha de conceder muy poco a la pura lógica, enteramente estéril por sí misma en defecto de una sustancia que poner en acción sino, antes bien, a las ciencias o a los métodos que tienden a descubrir esta sustancia activa y fecunda, observando, analizando, explicando toda la vida social e la humanidad”.

---

<sup>346</sup> Ibidem. Págs. 557-558.

<sup>347</sup> Ibidem. Págs. 460 y ss.

### **3.6.- LA OPERATIVIDAD JURÍDICA DEL MÉTODO DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.**

Vemos pues, como Gèny instituye un método jurídico de carácter absolutamente distinto al tradicional: El método de la libre investigación científica. Conforme a este método, el juez deberá en determinadas ocasiones, acudir a elementos ajenos a la propia regulación jurídica establecida en las fuentes formales, buscando un criterio superior en la naturaleza de las cosas. En este sentido, no cabe duda de que el autor francés constituye un ejemplo vivo de incorporación al proceso de interpretación y de aplicación al derecho de un elemento ajeno, en principio, a las formas de manifestación típicas del orden jurídico. La libre investigación científica es una investigación dirigida a determinar el principio que anima al orden jurídico en su consideración global, superando la visión legislativa preponderante hasta entonces, en el marco de la doctrina jurídica francesa. Si la escuela de la exégesis representaba la sublimación del texto de la ley como criterio exclusivo para la determinación de la decisión jurídica, la teoría de la libre investigación científica representa el reconocimiento expreso de las limitaciones de la ley y de la necesidad de ir más allá de los textos legislativos en la búsqueda del principio jurídico aplicable al problema que se presenta ante el órgano judicial. Es una apelación a la idea de valor que el intérprete del derecho no puede encontrar siempre en los textos legales que, sin embargo, no puede descuidar en su afán de dictar decisiones jurídicas que pueden considerarse correctas.

No es que Gèny desprecie el sentido de la ley y de las demás fuentes formales como criterios útiles para determinar la decisión jurídica. Muy al contrario, la ley es la primera de las fuentes, el elemento primario que, el órgano judicial ha de tomar en consideración en el cumplimiento de su cometido. Pero la ley, no constituye una barrera infranqueable a la actividad del juez que puede buscar más allá de las soluciones que ésta establece a fin de superar la inadaptación del orden jurídico a los vaivenes de la realidad social.

Es verdad, por otro lado, que en relación a determinadas materias, Gèny parece excluir la posibilidad de poner en marcha, el método de la libre investigación científica. Se trata de materias sobre las que se entiende que la certeza jurídica que proporciona la reserva de ley, constituye en sí mismo un bien que, en modo alguno, puede ser debilitado por la acción del juez. El autor francés muestra una relación indicativa de estas materias<sup>348</sup>, subrayando que en tales casos, la formulación legislativa “en lugar de ser un simple instrumento, se muestra indispensable hasta el punto de que su ausencia impide cualquier reglamentación jurídica de la materia”<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> F. GENY. *Science et technique en droit privé positif*. Vol. IV. Cit. Pág. 40 y ss.

<sup>349</sup> *Ibidem*. Pág. 37.



Pero, en general, la utilización del método de la libre investigación jurídica constituye un ejemplo paradigmático de identificación del elemento valorativo inherente a los procedimientos de interpretación y aplicación del derecho, al margen de las propias fuentes formales del derecho. E incluso podría decirse, que la propia consideración de que existen materias que deben quedar ajenas a la utilización de éste método, lo es en cierto modo también, en la medida en que la decisión de eliminar la utilización del método de la libre investigación jurídica, manteniendo en sus propios términos la prevalencia absoluta de la ley escrita, a efectos de determinación del contenido de la sentencia judicial, se produce en atención al valor que representa la certeza jurídica, esto es, la seguridad del individuo en relación con el derecho. Y también la certeza es un valor jurídico que plasma de forma directa, el elemento inequívocamente valorativo o axiológico que rigen los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Aunque se trate, ciertamente, de un valor de naturaleza distinta al valor de la justicia que sí habrá de ser perseguido a través del novedoso procedimiento que en su tiempo significó la libre investigación científica.

En este sentido la doctrina de la libre investigación científica constituye una llamada a la responsabilidad del juez para asumir, cuando así lo requieran las circunstancias, la posición del juez legislador que ha de plasmar en su sentencia el principio jurídico que condene los diferentes elementos objetivos, tanto los elementos de naturaleza racional como los

elementos de naturaleza positiva, de la decisión que corresponda dictar en cada supuesto.

La formulación doctrinal de Gèny ha encontrado, por lo demás en el texto del artículo 1 del Código civil suizo su expresión legislativa más fiel<sup>350</sup>. Señala éste, en efecto que: “La ley rige todas las materias que estén dentro de la letra o del espíritu de cualquiera de sus mandatos. A falta de una ley aplicable, el juez debe dictar sentencia de acuerdo con el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, de acuerdo con las reglas que él establecería si tuviera que asumir el papel de legislador. Debe, sin embargo, extraer su inspiración de las soluciones consagradas por la doctrina de los juristas y la jurisprudencia de los tribunales”<sup>351</sup>. La consideración del tenor literal de esta fórmula legislativa permite, sin duda, caracterizarla como la más genuina trasposición al plano legal del método de la libre investigación científica que propugnaba el autor francés como el método idóneo para la determinación en cada uno de los supuestos del contenido de la decisión judicial.

---

<sup>350</sup> Sobre la relación entre la formulación doctrinal del método de la libre investigación científica y el texto del artículo 1 del Código civil suizo, véase I.ARA PINILLA. *La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho*. Cit. Págs. 90-91.

<sup>351</sup> Artículo 1 del Código civil suizo.

## **CAPÍTULO CUARTO.**

**LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN. EL PUNTO DE VISTA DE BENJAMÍN NATHAN CARDOZO.**

## **CAPÍTULO IV.**

### **LA FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN. EL PUNTO DE VISTA DE BENJAMÍN NATHAN CARDOZO.**

#### **4.1.- INTRODUCCIÓN.**

Siempre que se trata en filosofía de un autor, es porque este autor suele presentarnos un problema concreto y el problema que nos presenta suele ser el problema que late en él. Así, hemos elegido a Benjamín Nathan Cardozo (1870-1938) porque el problema que nos presenta consiste en su propia existencia como juez. En sus días, marcados por el auge del positivismo filosófico y por tanto del positivismo jurídico - positivismo que en este caso es puro formalismo- se origina una reacción contra las exigencias formalistas normativistas en tres autores distintos que coinciden en el tiempo y en lugares diferentes, como son junto a Cardozo en Estados Unidos, Francois Gény en Francia y Eugen Ehrlich en Alemania. Aunque formando escuelas distintas sin embargo, coinciden en lo fundamental, consistente en que la construcción técnica del derecho positivo se presenta como el punto capital sobre el cual debe recaer y ejercitarse el trabajo del jurisconsulto, pero esta obra esencialmente artificial, que es construida por el hombre, no tiene valor sino en cuanto es medio subordinado al fin de todo esfuerzo jurídico, que desemboca en la realización

del ideal de justicia, ideal de justicia, que no tiene mejor expresión que el que le proporciona la sentencia judicial. Por esto, se podría recordar que el derecho no es sólo lo que los juristas dicen, sino también y principalmente lo que los juristas hacen.

Estas posiciones son las denominadas realistas, y aunque el término es bastante conocido y utilizado, es necesario que precisemos aunque sea muy brevemente su significado<sup>352</sup>.

Normalmente, viene entendiéndose por realismo jurídico, una tendencia científica del derecho, que fija su atención en la experiencia jurídica, más precisamente en la experiencia humana.

Pero creo que este dato aunque bastante clarificador y sencillo, no nos muestra suficientemente su situación en el ámbito del pensamiento. Por ello, es conveniente acudir a Kant para conseguir este objetivo. Kant utiliza el término realismo en la primera edición de la “Crítica de la Razón Pura”, para indicar por un lado la doctrina opuesta a la que él defiende, considerando el espacio y el tiempo independientes de nuestra

---

<sup>352</sup> Nos referimos en este caso al realismo jurídico en su acepción más amplia, diferenciando de lo que se ha venido a denominar el realismo jurídico americano. Ello supone, desde luego, reconocer con L. MIRAUT MARTÍN, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999. Págs. 267 y ss, que la doctrina de Cardozo se planteaba en parte como una alternativa al realismo jurídico americano, y que sólo podía ser considerada como una doctrina realista en un sentido muy amplio y genérico.

sensibilidad, esto es, lo que viene a ser el “realismo trascendental” y por otro lado, su propia doctrina que admite la realidad externa de las cosas, siendo éste el “realismo empírico”. El idealista trascendental, dice Kant, es un realista empírico y reconoce a la materia como fenómeno, una realidad que no tiene necesidad de ser deducida, sino que es inmediatamente percibida.

El término entró en el uso filosófico con Kant para designar doctrinas de interés actual, y no simplemente históricas, junto a considerar al pensamiento científico como punto de partida.

Pero el término “realista” en un sentido filosófico-científico, tal como lo hemos visto, al ser aplicado a lo jurídico, cambia su sentido, dada la peculiaridad sensible de las “cosas jurídicas”, dado que la ciencia jurídica es eminentemente práctica, ya que todo lo que construye debe dirigirse inmediatamente a su aplicación.

Por tanto, “realismo jurídico” podría venir a referirse al desarrollo de una actividad científica que vuelca su interés en los hechos sociales y psicológicos sensibles (instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas,...) que existen con vida propia influyendo en la realidad aunque no lleguemos o queramos tenerlos en cuenta, siendo esto lo que perjudicaría la realización del ideal de justicia a través de

las sentencias judiciales, que se convertirán en meros enunciados “sin vida” de una pretendida ciencia jurídica.

Retomando el tema, después de este breve y necesario “excursus”, Benjamín N. Cardozo se inserta en el ámbito de una sociología teórica sin pretensiones filosóficas, más exactamente, dentro de la escuela de la “libre interpretación del derecho”. No se queda en la mera contemplación de una ciencia jurídica abstraída de la realidad, sino que ante todo pretende construir a ésta como un medio de consecución de realizar la justicia práctica. Este objetivo repercute en dos aspectos, el segundo consecuentemente del primero: su concepción del derecho, y por tanto, su concepción de la práctica jurídica, o aún más ciertamente, su concepción de la práctica jurídica le lleva a su concepción del derecho. Es precisamente este dato lo que confirma la crítica que Carlos Cossio hace de la filosofía de Cardozo, ya que “lo que cabe deplorar del pensamiento de Cardozo es la terminología filosófica inadecuada e incluso ingenuamente arbitraria de la que hace gala con frecuencia”. Así, por ejemplo, llamar “el método de la filosofía” o el “método filosófico” al método deductivo, es ciertamente un deplorable anacronismo que ningún filósofo puede aceptar<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> C. COSSIO. Prefacio a la obra *La naturaleza de la función judicial* de B. CARDOZO. Editorial Arayú, Buenos Aires, 1955. Pág. XX.

Dado que esto parece ser así, vamos a examinar los aspectos filosóficos y prácticos que Cardozo viene a tener en cuenta para la aplicación del derecho, haciéndose una serie de preguntas desde su posición de juez en el Common Law<sup>354</sup>: ¿Qué es lo que hago cuando decido un caso? ¿A qué fuentes de información apelo como guía? ¿En qué proporción deberán contribuir? ¿Si un precedente es aplicable cuando me niego a seguirlo? ¿Si no hay ningún precedente aplicable, cuándo llego a la norma que servirá de precedente en el futuro? ¿Si estoy buscando la consistencia lógica, la simetría de la estructura jurídica, hasta qué punto o extremo debo buscarla? ¿En qué punto esa búsqueda será determinada por alguna costumbre o discrepancia por alguna consideración de bienestar social, por mis propias pautas de justicia y moral o por las comunes?.

Comenzaremos viendo donde encuentra el juez el derecho a aplicar: en el caso de existencia de constitución o ley, lo encontraríamos en la propia norma por lo que Cardozo encontraría una fácil aplicación, porque no se necesitaría nada más que un proceso de búsqueda y comparación, punto éste criticado por comentaristas de nuestro sistema jurídico que

---

<sup>354</sup> Hay que tener en cuenta que Cardozo ha sido considerado con razón como uno de los diez mejores jueces de la historia de los Estados Unidos. Véase al respecto B. SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, traducción de E. Alonso Olea, Editorial Cívitas, Madrid, 1980.



niegan aquella facilidad de aplicación de las normas estando en contra del aforismo “in claris non fit interpretatio”<sup>355</sup>.

En el caso de que la constitución o la ley guardaran silencio, el juez en el sistema del Common Law, debe apelar a éste, examinando los precedentes<sup>356</sup> que están almacenados, las sentencias dictadas, siendo éstas no las últimas instancias del derecho pues detrás de esto, laten los principios básicos que son el postulado del razonamiento jurídico,<sup>357</sup> y todo ello debe ser considerado, según Cardozo, a la luz del Realismo y a través del método de libre decisión (Libre recherche scientifique) que otorga al juez el papel de representar a la comunidad, dando sentido y orden al derecho, subsana

---

<sup>355</sup> La mayor parte de la doctrina niega que en la claridad no hace falta interpretación porque para aplicar cualquier norma siempre será necesaria una anterior interpretación.

<sup>356</sup> Tal y como diría BLACKSTONE, los precedentes son el oráculo viviente del derecho. Sobre las particularidades del sistema anglosajón véase M. TARUFFO, *Ley y juez en el “rule of law” inglés y en el constitucionalismo americano*, en P. A. IBÁÑEZ (director), *La experiencia jurisdiccional : del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Págs 139 y ss ; L. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho norteamericano*, traducción de J. Vergé i Grau, Librería Bosch, Zaragoza, 1988 ; V. ITURRALDE SESMA, *El precedente en el Common Law*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995 ; O. RABASSA, *El derecho angloamericano*, Editorial Porrúa, México, 1982.

<sup>357</sup> Podemos ver el sistema de fuentes del Common Law, que consiste en primer lugar en la sujeción a la ley, después al precedente (esta sujeción al precedente es más fuerte en Gran Bretaña que en Estados Unidos), y por último los principios jurídicos básicos, al contrario del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, siendo la Jurisprudencia no fuente sino complemento del ordenamiento jurídico junto con la doctrina que establezca el T. S. (art. 1 C.C.).

omisiones, corrige incertidumbres y armoniza los resultados con la justicia<sup>358</sup>.

Los principios o normas del Case Law nunca se tratan como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, como experimento a prueba, ya que no debe haber una búsqueda ilimitada de la certidumbre que conllevaría a una inmovilidad del derecho. Estos dos principios de cambio y de conservación deben ser muy contrarrestados, el primero enfatiza la uniformidad y la simetría, y el segundo, es libre en sus valoraciones de justicia y equidad.

El problema fundamental del juez es en primer lugar, ver a través de los precedentes el principio subyacente “la ratio decidendi”, momento que se hace más conscientemente siempre separando lo importante de lo accidental(*obiter dicta*), y ya en segundo lugar, examinar la dirección que debe tomar ese principio, es decir, fijar los límites, estudiando las tendencias de desarrollo y crecimiento.

---

<sup>358</sup> EHRlich señaló que en última instancia, no hay otra garantía de justicia que la personalidad del juez.

## **4.2.- EI INTERÉS FILOSÓFICO EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JURÍDICA DE BENJAMÍN NATHAN CARDOZO.**

Antes de comentar su aspecto práctico, es necesario ver el interés del autor en relación a la filosofía. Cardozo se ha hecho defensor del filósofo en el campo del derecho pero no le concierne la filosofía como valor cultural o interés especulativo, sino en sus efectos prácticos, incluyendo en la noción del término cómo el derecho nace, crece y a dónde tiende, esto es, génesis, crecimiento, fines y función, no intente explicar la filosofía en términos generales y abstractos, sino para aplicar el fundamento de la ley, dada su posición práctica de juez.

¿Qué queremos decir por derecho? ¿Después de creado, cómo se desarrolla? ¿Cuáles son los principios que guían la elección del camino adecuado cuando hay incertidumbre?. Estas cuestiones son un ejemplo de los problemas que tiene que solucionar la filosofía.

En el sistema inglés y americano (donde se sitúa Cardozo), el estudio del derecho es visto como el estudio de principios de orden que se revelan uniformemente en sus antecedentes y cuando estas uniformidades son suficientemente constantes con una predicción que asegura una razonable certidumbre, se puede decir que existe derecho.

Por lo tanto, Cardozo asienta la idea de que el derecho es ese cuerpo de principios y dogmas que con una razonable medida de probabilidad son predicciones<sup>359</sup> que sirven como base del juicio y “cuando la predicción alcanza un alto grado de certidumbre hablamos del derecho como establecido” (aunque el error esté siempre presente) y si la predicción no alcanza ese grado podemos hablar de Derecho dudoso e incierto.

El derecho es una ciencia de predicción, una regla de conducta establecida para justificar una predicción con una certitud razonable que será reforzada por los juzgados si tiene autoridad y peso, es en fin, un principio o regla de derecho, por lo que tendría su fuente en la costumbre y en la convicción de equidad y justicia<sup>360</sup>.

Respecto al crecimiento del derecho a través del proceso judicial nos podemos hacer una pregunta: ¿Cómo se desarrolla éste, cuándo hay que dejar atrás antiguas reglas y establecer nuevas?.

---

<sup>359</sup> Todos estos pensamientos conectan con la idea del Realismo jurídico de ALF ROSS para quien la ciencia del derecho se basa en la predicción de las sentencias, por lo que hay que predecir. Véase al respecto A. ROSS. *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de G. R. CARRIÓ, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

<sup>360</sup> B. CARDOZO. *The growth of the Law*, Yale University Press, New Haven, EE.UU., 1924. Pág. 43. Señala Cardozo: “Lo que nos permite decir que los principios son derecho es la fuerza de persuasión de la predicción con la que serán o deberán ser aplicados”.

En nuestro sistema, es el aparato legislativo quien se encarga de ello, ya que el juez dentro del poder que se le otorga a la hora de la interpretación<sup>361</sup> se atiene a la ley, a la norma jurídica, y ésta se va adaptando a través de los cambios en los pensamientos y en las actuaciones que se van produciendo en la sociedad, excepto en casos de lagunas que se le otorga una mayor libertad al juez para utilizar la interpretación extensiva o la analogía, o en su caso la equidad<sup>362</sup>.

Como indica J.L. de los Mozos “en la actualidad, a pesar de que se considere el método del positivismo como definitivamente superado, en la práctica tal afirmación tiene poco de exacta. Efectivamente, no sólo persiste en la aplicación de la ley en numerosos dominios, sino que ha sufrido una especie de mutación muy peligrosa que se extiende a otras manifestaciones de la aplicación del derecho, permitiendo el método de interpretación (...) vemos que se reproduce en la manera de utilizar el precedente judicial, a través de las máximas de decisión; o habida cuenta la

---

<sup>361</sup> Denominada por E. BETTI interpretación por medio de la autointegración en contra de autores como F. GÈNY que no consideran a la analogía, interpretación propiamente dicha, pues no se trata de averiguar una voluntad sino de suplirla “sea realmente ausente, sea insuficientemente consciente por sí misma para tener la virtud de imponerse” en Gény, *Méthode et sources de droit privé positif*. París, 1899, núm. 106. Pág. 301.

<sup>362</sup> Denominado por E. BETTI, heterointegración del ordenamiento jurídico.

abundancia de referencias a cláusulas generales contenidas en los textos legales vemos que se extiende peligrosamente a la maximalización de los principios. Fenómeno que llega a contaminar a la propia jurisprudencia constitucional, y con mayor facilidad, a otras instancias supranacionales”<sup>363</sup>.

En el sistema americano e inglés con el Common Law, el juez debe hacer un análisis de las fuerzas y de los métodos que se utilizan para decidir, para favorecer un “crecimiento” del derecho a pesar de que no tenga completa libertad dada la sujeción al precedente, al estatuto, a la tradición o a una inmemorial técnica pero hay que tener en cuenta que los precedentes (la jurisprudencia) a veces están en contra de las necesidades sociales actuales y de ahí la importancia del método. Para Cardozo existen cuatro métodos fundamentales<sup>364</sup>, pero la mayoría de las veces la elección no consistirá en escoger un método pues seguramente no será el oportuno, sino que lo necesario será la interacción entre muchos<sup>365</sup>.

No es suficiente emparejar el caso con la regla, “la víctima es ofrecida a los dioses de la jurisprudencia en el altar

---

<sup>363</sup> J. L. DE LOS MOZOS. *Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de F. Gèny*. Estrato del volume Quaderni Fiorentini. Milán, 1991. Pág. 147.

<sup>364</sup> El método filosófico-lógico, el método histórico, el método de la costumbre y el método social e incluso un quinto método de revisión.

<sup>365</sup> Es el cánón de la coherencia y de la totalidad de E. BETTI.

de la regularidad”<sup>366</sup>, por ello es necesario un estudio, un análisis de los métodos para que el derecho no quede obsoleto y esté sirviendo a las necesidades de la vida. Señala Cardozo: “Debemos saber...que las palabras mágicas son tan nefastas para nuestra ciencia como lo son para cualquier otra. Los métodos cuando son clasificados y separados adquieren su verdad y su perspectiva como sentido hacia una finalidad, no como fines en sí mismos. Queremos encontrar unanimidad de criterios en la palabra, en la fórmula. La esperanza es una ilusión. Nosotros pensamos que debemos sentirnos satisfechos encajando la situación a la regla, encontrando correspondencia entre ambos. Apenas está la tinta seca en un regla cuando surgen un nuevo grupo de hechos, una nueva combinación de acontecimientos, dejándonos borroso el horizonte”. El problema moral comenta Cardozo es el más profundo problema del derecho. Nada nos puede desviar del dolor de escoger el camino en cada paso que se da.

Este análisis filosófico de los métodos es el “iter” para alcanzar la verdad, siempre teniendo en cuenta que ésta es relativa y nadie tiene el monopolio de la misma, siendo importante para su descubrimiento el estudio de los orígenes de las cosas pero más importante es aún el fin al que debe servir el derecho, afirmando Cardozo que “no se puede encontrar una deducción absoluta y eterna para premisas que son relativas y transitorias”.

---

<sup>366</sup> B. CARDOZO. *The Growth of the Law*. Cit. Pág. 66.

Respecto a la práctica de los métodos los juzgados ingleses siempre han sido fieles a la concepción preestablecida y en el campo del derecho privado no han permitido ninguna conclusión en guerra con la deducción lógica, es decir, se impone el método lógico.

Los juzgados estadounidenses han estado preparados para subordinar la lógica a la utilidad, utilizando un método sociológico a pesar de la adhesión al precedente.

El intento de Cardozo está en afirmar que ningún método es el soberano, sino que son instrumentos que no son antagónicos, sino aliados y el esfuerzo está en analizar y no en simplemente escoger, por ello, es importante conocer cómo funciona el principio o el precedente y ver qué fin se espera.

A propósito de la funciones y fines del derecho, el trabajo supone un esquema mental de cómo se está haciendo (función) y por qué se está haciendo (fin).

El método de la sociología que Cardozo introduce, hace el derecho más flexible dentro de condiciones de utilidad pública, pero es consciente que los demás métodos son también necesarios<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup> Algunos términos sí que tienen su aplicación en diferentes métodos, como es el término “propiedad”, concepto histórico; el “derecho comercial” es un concepto de la costumbre; “el derecho económico”,



En los casos de aplicación del método sociológico, en el que se da la inexistencia de reglas fijas, el elemento subjetivo del juez influye debido a su experiencia, a su comprensión de la justicia, su estudio de lo social, sus intuiciones, ignorancias y prejuicios, circunstancias que según Cardozo existen y que no deberían influir en la sentencia cuando se trata de elementos eminentemente subjetivos, pero hay que tomarlos en cuenta, pues a pesar de la búsqueda de una Justicia objetiva, el juez nunca será enteramente libre. Es un procedimiento, en palabras de F. Gèny, “lleno de matices, de análisis y de síntesis, de trabajo consciente e inconsciente, un procedimiento que no puede ser nunca racionalmente explicado”, y la clave está en el análisis del interés social, en interpretar la conciencia social e intentando no anteponer los elementos subjetivos a los objetivos, y en base a la ley que en caso de inexistencia es cuando más aún debe buscarse la finalidad y función del derecho, que es una cuestión de filosofía.

Cardozo afirma que el problema de los jueces está muchas veces en que no suelen preguntarse si funciona el precepto, sino que se preguntan ¿existe ese precepto?, dando lugar a una mera subsunción del hecho a la norma, y olvidando la verdadera finalidad del derecho y su función que debe estar

---

concepto lógico o filosófico que forma un derecho más estricto y mecánico.

siempre en relación a la realidad del ambiente, pues en caso contrario, se corre el peligro de error en los juicios por desconocimiento de las consecuencias sociales y económicas.

Esta línea sociológica conduce a vitalizar el “crecimiento del derecho”, pero nunca sustituyendo el exacto conocimiento de las condiciones por la simple conjetura o impresión de fuentes externas, utilizando en caso de duda el criterio de utilidad. El reconocimiento del poder de los jueces de modelar el derecho en conformidad con la moralidad vigente, se halla muy lejos de que ello implique la destrucción de todas las normas y su sustitución por el sentimiento subjetivo de justicia, todo lo que exige el método de la sociología es que busque el juez la justicia social<sup>368</sup>.

En todo esto, se puede ver la equivalencia del pensamiento de Cardozo con el “pragmatismo”<sup>369</sup> que afecta al

---

<sup>368</sup> Como dice Gèny, no podemos tener un sentido individual de justicia pues conllevaría a una “anarquía jurídica” o “impresionismo judicial”.

<sup>369</sup> El término pragmatismo fue introducido en filosofía en 1898 y existen dos versiones de su significado, (1) el pragmatismo metodológico, que no pretende definir la verdad o la realidad, sino sólo ser un procedimiento para determinar el significado de los términos y proposiciones y (2) el pragmatismo metafísico que es la concepción de W. JAMES y F. C. S. SCHILLER que reducen la verdad a utilidad y la realidad a espíritu. Esta segunda concepción es compartida por buena parte de la filosofía contemporánea, donde se afirma que las acciones y los deseos humanos condicionan la verdad y de ahí, la relatividad del conocimiento; “Tout est relatif, voilà le seul principe absolu”. (Windelband, Introduction to Philosophy, p. 38).

desarrollo del pensamiento jurídico por su utilidad, por su adaptación.

Para analizar la fuerza de un principio existen una serie de métodos para Cardozo, siendo el método filosófico el más válido para el autor, señalando<sup>370</sup>: “Ustedes dirán que hay una intolerable vaguedad en todo esto. Si el método filosófico ha de ser empleado a falta de uno mejor habrá que suministrar algún test de precisión por comparación...En la naturaleza de las cosas las consideraciones fundamentales nunca pueden ser catalogadas con precisión. Mucho debe ser elegido a esa destreza en el uso de las herramientas de trabajo que sólo la práctica de un arte desarrolla. Sólo unas pocas insinuaciones, unas pocas sugerencias, el resto debe confiarse al tacto del artista. Pero por el momento me contento con establecer el método filosófico como válido”.

#### **4.3.- EL SISTEMA DE MÉTODOS EN B. CARDOZO.**

- A.- Método Filosófico. Línea de la progresión lógica.
- B.- Método Evolutivo. Línea del desarrollo histórico.
- C.- Método de la tradición. Línea de las costumbres de la comunidad.

---

<sup>370</sup> B. CARDOZO. *La naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág. 23.

D.- Método Sociológico. Línea de la justicia, moral y bienestar social.

#### 4.3.1.- Método Filosófico o regla analógica (Línea de la progresión lógica).

Ha sido criticada la denominación de este método como filosófico, ya que se le achaca el uso de una terminología filosófica inadecuada, como es el denominar método de la filosofía al método deductivo que en palabras de Carlos Cossio es un anacronismo que ningún filósofo puede aceptar, pero quizás se pueda entender desde el punto de vista de que es un detalle que más que otra cosa revela cuánto se había alejado de una tradición filosófica rigurosa el mundo de los juristas en EE.UU., en la época en que escribió B. Cardozo. Hoy, las cosas han cambiado grandemente a este respecto, pero a pesar de no adoptar la terminología de Cardozo, sus ideas sobreviven con poderosa influencia, porque es cierto que el citado juez “unía en rara conjunción el talento profundo, la inquietud filosófica, el conocimiento técnico, el sentido de lo humano, la visión del porvenir y la elegante estética en el manejo del lenguaje”<sup>371</sup>.

El método consiste en utilizar la analogía como búsqueda de la solución judicial en base al precedente. Este

---

<sup>371</sup> C. COSSIO. Prefacio a la obra *La naturaleza de la función judicial* de B. CARDOZO. Cit. Pág. XX.

método tiene una cierta presunción a su favor ya que es un principio que unifica los casos y las sentencias, pero no puede ser llevada la lógica más allá de lo que es.

Cardozo comentaba que debía ser lógico en la medida que debía ser imparcial, de todas formas, la vida del derecho nos ha dado una serie de principios con los que debemos actuar que quizás no han sido lógicos, pero sí son experiencia, que es más válida<sup>372</sup>.

“A falta de otras pruebas, el método filosófico debe quedar como el instrumento a usar por los tribunales y la suerte y el favoritismo deben ser excluidos y los negocios humanos deben ser gobernados con la uniformidad serena e imparcial que es de la esencia misma del derecho”<sup>373</sup>. El autor recogía el “método filosófico” o mejor dicho analógico, como un sistema que otorgaba certeza al derecho que al recoger el

---

<sup>372</sup> Cuando quien luego fuera catedrático de Harvard y magistrado del Tribunal Supremo de los E.E.U.U., Oliver WENDEL HOLMES, en las páginas iniciales de su celeberrima obra *The Common Law*, afirmaba “que no ha sido la lógica la vida del derecho, sino la experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas dominantes, la intuición como motor de la vida pública, ya sea de una manera confesada o inconsciente, incluso los prejuicios que los jueces comparten en el resto de los humanos, han desempeñado un papel mucho más importante que el silogismo en la determinación de las reglas según las cuales los hombres deben ser gobernados”. *The Common Law*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass., 1965 (la editorial original apareció en 1881, un año antes de obtener la cátedra de Harvard y su promoción al puesto de magistrado togado del Tribunal Supremo de Massachusetts.); la cita en pg 7.

<sup>373</sup> B. CARDOZO. *La naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág. 23.

precedente no daría lugar normalmente a vacíos los cuales podrían ser aprovechados hacia algún interés particular.

Sin embargo “la fuerza directiva de la lógica no siempre se ejerce siguiendo un sendero único y sin obstrucciones”<sup>374</sup>, por lo tanto podemos llegar a la conclusión de que debemos de hablar del término “flexibilidad” en el derecho.

Esta flexibilidad es importante sobre todo cuando nos encontramos con diferentes intereses y hay diferentes valores en juego: un principio o precedente nos puede llevar a una conclusión y otro principio o precedente a otra conclusión, dando lugar a un choque de intereses. En estos casos, debe escogerse una tercera que resulte de la combinación de ambas y es aquí donde entra en juego un aspecto fundamental del realismo, siendo esta tercera vía la representante de los “intereses sociales” que conduzcan a la justicia y que aclararán el bien jurídico predominante.

He aquí otro punto esencial en el pensamiento del autor, que más que filósofo es práctico del derecho, dada su posición de juez: la continua interacción que existe entre la certeza que

---

<sup>374</sup> Ibidem. Pág. 27, donde continúa señalando que : “Un principio o precedente, llevado a sus extremos lógicos, puede señalar una conclusión; otro principio o precedente examinado con igual lógica, puede señalar con idéntica certidumbre otra conclusión. En tal conflicto, debemos elegir entre los dos senderos a seguir, seleccionando uno u otro, o quizá tomando una tercera dirección, que será la resultante de las dos fuerzas en combinación o el medio entre los extremos”.

se exige en el derecho y el continuo cambio al que debe ser sometido, dada la constante evolución de los tiempos y mentalidades, es decir, estabilidad y progreso.

Lo que B. Cardozo critica del “método filosófico o analógico-lógico” es su mal uso, que comienza cuando su método y fines son tratados como supremos y últimos.

Ciertamente el problema no es el de desechar la racionalización y los métodos lógicos en la ciencia del derecho positivo, el abuso consiste en considerar a las concepciones como ideales, provisionales y puramente subjetivas en su naturaleza, como dotadas de una realidad objetiva permanente (es un vestigio del realismo absoluto de la Edad Media).

Debido a ello, con un mal uso del método se llegaría al extremo de aceptar el silogismo como válido y el derecho se convertiría en mera analogía. No se pueden aceptar unas premisas y dogmas inflexibles, no se puede aceptar la totalidad del derecho positivo “a priori”. Realmente, estos conceptos fundamentales obtenidos por el método lógico deben ser desde la visión de Cardozo, el punto de partida del que se deriven las consecuencias adaptadas a las exigencias cambiantes de la vida que ganarán una nueva permanencia, aceptándolas al final como fundamentales y axiomáticas, pero hay que reconocer que no existe ningún principio mágico sino métodos que

cambian según cambia el tiempo<sup>375</sup>. Es así como ha podido decir Cardozo que “no la lógica sola, sino la lógica complementada con las ciencias sociales, se convierte en instrumento del progreso”<sup>376</sup>.

#### 4.3.2.- Método histórico-evolutivo.

La importancia de este método para Cardozo, quede reflejada en sus palabras: “al juez desorientado le debe iluminar la luz de la historia; la historia al iluminar el pasado, ilumina el presente y al iluminar el presente ilumina el futuro”<sup>377</sup>.

No hay que confundir el “método filosófico-lógico” que desarrolla el derecho por un esfuerzo de la razón pura, que dirige un principio de no contradicción con el pasado, o con alguna norma preestablecida (lo que podemos llamar “analogía”), con el “método histórico”, que precisamente éste puede hacer más claro el sendero de la lógica<sup>378</sup>; la

---

<sup>375</sup> En este sentido E. BETTI comentaba que la ley no es perenne, sino que tiene un eterno fluir en la historia, por lo que viene a decir que deben existir diferentes métodos para encontrar la justicia. “El ordenamiento jurídico es un organismo en perenne movimiento y en continua transformación que sigue y refleja de cerca el movimiento y las transformaciones de la vida política-social”, en *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 115.

<sup>376</sup> B. CARDOZO. *The groth of the law*. Cit. Pág. 73.

<sup>377</sup> B. CARDOZO. *La naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág. 39.

<sup>378</sup> HOLMES. *The path of the Law* en *Harvard Law Review*. Vol. 10. Pág. 465.



investigación histórica explica y esclarece la presión que debe ejercer el pasado sobre el presente y éste sobre el futuro, es una investigación de los orígenes. Un ejemplo claro que menciona Cardozo de que existen algunos campos donde no puede haber progreso sin historia es en el de los derechos reales, sobre todo en el concepto “propiedad” con instituciones (restricciones sobre la enajenación, cesación propiedad absoluta,...) solamente inteligibles a la luz de la historia. Estos conceptos son sólo comprendidos como crecimiento histórico, al contrario de conceptos que toman su forma y figura bajo la influencia de la razón o de la ciencia, pero sí son compatibles<sup>379</sup>.

El “método de la filosofía” lleva una vez fijados las concepciones a través de la historia, a unas conclusiones lógicas con inexorable rigor.

#### 4.3.3.- Método de la costumbre.

Si la historia y la filosofía no sirven para fijar la dirección de un principio, la costumbre puede ayudar.

Un primer problema que nos debemos plantear es ¿realmente la costumbre la hace la acción popular siendo luego

---

<sup>379</sup> Ibidem. Págs. 40-41.

codificada en su caso?, o es justamente al contrario ¿La costumbre se forma a través de las normas de los jueces?.

Cuando apelamos a la costumbre, apelamos a dos conceptos diferentes, siendo el primero, la costumbre de las decisiones judiciales y el segundo, una serie de hábitos, creencias y prácticas de la acción popular. Hoy por hoy, apelamos más al primer concepto, es decir, las decisiones judiciales nos dan las pautas para determinar cómo serán aplicadas las normas establecidas, pues el segundo concepto, que es la fuerza creadora de la acción popular no se da más que en ciertos momentos muy precisos a lo largo de la historia que solamente surgen cuando se crean nuevos hábitos y nuevo derecho, por lo tanto, por medio del cambio de nociones de utilidad y justicia (por ej. la creación de nuevas normas debido a los avances tecnológicos).

Por lo tanto, la fuerza creadora de la costumbre se manifiesta por la aplicación de antiguas normas y por medio de la producción de las nuevas, existiendo en este último caso adhesión o ruptura con el pasado.

Cardozo identifica a la costumbre con la moralidad vigente, con la “recta conducta” y éste es el punto de contacto entre el método de la tradición y el método de la sociología, ya que la sociología estudia el hábito, la espontaneidad de la conducta. El código moral de cada generación (costumbre, filosofía, conductas y creencias) suple a una norma para luego

convertirse en ella. La presión de la sociedad inviste las formas de conducta en las mentes de la multitud con la sanción de la obligación moral y esa presión trabaja en la mente del juez que le inviste a través de su acción en sanción de la ley, es decir, como dice el autor, la presión de la sociedad produce una sanción moral y la presión del juez (por medio de la presión social) produce la sanción de ley.

Las costumbres cambiantes han traído cambios en la ley; cuando ha habido cambios (por ej. del autoritarismo a la democracia) las fuerzas sociales que contribuyeron al cambio no escribieron su mensaje en los párrafos de una ley, lo dejaron en el aire, donde la presión era más efectiva, y de ahí se convertiría en ley<sup>380</sup>.

Si un código necesita la referencia a normas morales, el mismo instrumento debe ser utilizado por los jueces para el “crecimiento del derecho”, según Cardozo.

¿Cuál es la interacción entre moral y derecho? Se puede definir la moral por la determinación de una totalidad de condiciones estáticas y dinámicas (imaginación, tradición, observancia de la realidades sociales) o por una interacción entre impulso y hábitos, entre costumbre y reflexión, o como principios y prácticas que la sociedad ve como inteligentes y

---

<sup>380</sup> B. CARDOZO. *The paradoxes of legal science*. Editorial Columbia University Press. Nueva York, 1928. Pág. 19.

lentos de virtud. Realmente hay numerosas definiciones; ¿y qué es Justicia?. Bastantes autores asimilan Justicia a la libertad. No ha faltado quien haya considerado imposible definir el término de justicia y se limita a plantear la exigencia genérica de que una norma, para ser justa debe adaptarse a un sistema de valores siendo los fines más invocados el de felicidad (Aristóteles)<sup>381</sup>, utilidad (los sofistas y Carnéades, Hume...)<sup>382</sup>, libertad (Kant)<sup>383</sup>, y la paz (Hobbes)<sup>384</sup>.

Podría pensarse que el concepto de Justicia se caracteriza por diferentes términos éticos (que es el valor de la sociedad) y morales (que es el valor personal); obligaciones que son meramente morales se convierten en normas jurídicas con la sanción del poder y así, con este concepto de justicia, se asimila el derecho a la moral.

Así, cuando las relaciones humanas se organizan jurídicamente, las obligaciones de derecho, se asimilan a las obligaciones morales. Esto nos puede conducir a la siguiente pregunta; la moralidad de una determinada época, ¿es

---

<sup>381</sup> ARISTÓTELES. *Ética nicomachea*. Editorial Bywather, Oxford 1.957.

<sup>382</sup> HUME. *Inquiri Concerning the principles of morals*, Editorial T. H. 1.752 Green y T. H. Grose, 1.879.

<sup>383</sup> KANT. *Idee zu eine allgemeinen Geschichte in Weltbürgerliche Absicht*, 1.784. Tesis V.

<sup>384</sup> HOBBS. *De Cive*, I.15.

reforzada más tarde por ley o ocurre precisamente lo contrario, la ley crea moral?

Hace mucho se intentó separar la moral del derecho (por ejemplo cuando nadie se ponía de acuerdo con la noción de propiedad), pero la obligación legal se ha expandido en obediencia a la necesidad de las obligaciones morales<sup>385</sup>.

Cardozo afirma que las obligaciones morales forman la obligación legal, es decir todos esos enunciados o principios que tenemos creados (sea por conocimiento, costumbres, hábitos<sup>386</sup>...) se convierten en ley.

Sin embargo, se puede llegar a pensar que muchas de las obligaciones legales son asumidas como obligaciones morales muchas veces, ya que se puede llegar a un tal convencimiento de lo positivo de norma que se asume bajo una identidad propia, es decir, el convencimiento de cumplir la ley no proviene del exterior sino del interior; e incluso psicológicamente puede darse un convencimiento bajo la

---

<sup>385</sup> Solamente BERGSON ha intentado reducir sustancialmente la obligación a la necesidad de hecho, entendiendo por obligación las costumbres sociales y por obligación en general “el hábito de contraer hábitos”. *Deux sources*, Cap I.

<sup>386</sup> “Hábito” es un concepto diferente al de “costumbre”, por hábito se entiende una disposición constante a hacer o a obrar de una manera determinada y “costumbre” implica un mecanismo adaptado para hacer repetir frecuentemente la acción en cuestión. El término hábito fue introducido por Aristóteles. *Metaphisica*, Editorial Ross. Oxford, 1924. V, 20,10,22, 10.

presión de la sanción que puede llegarse a confundir por un convencimiento moral por influencia de la sociedad (influencia sociológica y psicológica).

La mayor parte de los autores afirma, en general, que la obligación moral hace que se plasme la obligación en derecho, en regla jurídica y que la costumbre de una acción produce convicción moral. “Así, que la norma jurídica se identifica con la norma moral que ejerce una presión tan fuerte que no es suficiente la sanción de la mera opinión de la sociedad debe haber también la sanción del poder”<sup>387</sup>.

A modo de conclusión, se podría indicar que el método histórico es importante dada la multitud de conceptos jurídicos que son productos históricos; el método lógico tiene su base en la existencia de ciertos conceptos que la ciencia del derecho comparado muestra como común, y el método de la costumbre supone una fuerza de control. Sin embargo, las necesidades sociales exigen otra solución, y por ello, el autor afirma desde su posición defensora de la libre interpretación jurídica, la necesidad del método de la sociología.

---

<sup>387</sup> B. CARDOZO. *The paradoxes of legal science*. Cit. Pág. 48.

#### 4.3.4.- Método de la sociología. El poder de la justicia social.

El método de la sociología tiene como finalidad tomar como punto esencial el orden social para cuestiones jurídicas, pues éste es el que fija su sendero, la dirección y la distancia, es decir, una adecuación al momento actual en el que debe ser aplicada la norma para conseguir la causa final del derecho, que es el bienestar de la sociedad.

Cardozo considera que esta postura que él defiende desde su sistema del Common Law, no perjudica la necesidad de certeza, uniformidad, orden y coherencia que debe poseer el derecho, eso sí, teniendo siempre en cuenta que algunas veces debe ser sacrificada esta necesidad en orden a una continua adecuación cuando realmente sea necesario, siempre valorando lo que es preponderante y no haciendo y deshaciendo normas a voluntad, sino sólo cuando no sea irracional e inconveniente.

Con esto se quiere decir que esta corriente de la escuela libre del derecho, otorga al juez una gran libertad para combatir la injusticia de una ley anacrónica consiguiendo el objetivo por medio del análisis de los intereses y valores sociales, concediendo al juez la función de suplir lo que la ley omite por medio de la interpretación. E. Ehrlich<sup>388</sup>, uno de los

---

<sup>388</sup> *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, 1913. Pág. 234.

máximos exponentes de este movimiento en Alemania, todavía se extralimita más, afirmando que un código no puede limitar la discrecionalidad que el juez debe tener.

Para estos autores (Cardozo, Ehrlich, Gèny...) la judicatura tiene la función de hacer enunciables y audibles los ideales y esta función de los tribunales la pueden conservar sólo si ese poder es ejercido con conocimiento de los valores sociales y con elasticidad de adaptación a las cambiantes necesidades sociales<sup>389</sup>. El curso del orden público sufre cambios independientes a la acción de los tribunales y no se debe aceptar la norma de hace cien años sino establecer una aproximación tan exacta como las circunstancias lo permitan. Por ello, para estos autores, la desconfianza y la hostilidad de una generación debe encontrar su reflejo en decisiones judiciales debido al cambio de concepción de los valores sociales, así, lo que se puede afirmar es que el derecho está en continua formación si admitimos el cambio que se da en toda sociedad al cambiar los valores e igualmente con el surgimiento de nuevos conceptos.

B. Cardozo viene a decir, que en su análisis de la función judicial los factores históricos, de costumbre y de lógica son las fuerzas que moldean el progreso del derecho y la que dominará dependerá de la importancia o valor de los intereses sociales que son promovidos, siendo importantes a

---

<sup>389</sup> B. CARDOZO. *La naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág. 7.



considerar conceptos como la utilidad y los estándares de recta conducta, así como la concepción que puede darse a los términos de libertad y justicia.

Comentaremos estos conceptos, desde la afirmación de que el objetivo del derecho es la justicia y la utilidad<sup>390</sup> general, base para la actividad de la libre interpretación del derecho. Normas obtenidas por un proceso de deducción lógica, partiendo de concepciones preestablecidas se han derrumbado ante la acción lenta, firme y erosiva de la utilidad y de la justicia; se piensa más en el fin a que debe servir el derecho y que las normas sean eficaces evitando las deducciones lógicas pasadas.

Esta idea de que los fines determinan la dirección en que el derecho crece<sup>391</sup>, encuentra su instrumento en el método de la sociología ya que por medio de el fin se sopesan, equilibran, moderan y se armonizan los factores. Si lo importante es el fin, como lo es para el método sociológico, la filosofía jurídica del Common Law es en el fondo la filosofía del pragmatismo<sup>392</sup>,

---

<sup>390</sup> El término “utilidad” alude a lo que sirve para la conservación del hombre o lo que satisface sus necesidades e intereses. La utilidad resulta fundamento de la doctrina moral que es el utilitarismo y es base de la actividad de la “libre investigación científica”.

<sup>391</sup> La importancia de los fines del derecho para la determinación de la dirección que debe tomar el derecho para su crecimiento fue la gran contribución de IHERING a la teoría general del derecho.

<sup>392</sup> B. CARDOZO. *La naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág .81 aludiendo a Pound en *Mechanical Jurisprudence*. Editorial Columbia law review, vol 8, Pág. 603 y 609.

filosofía que en palabras de Windelband enuncia “el único principio absoluto que existe es que todo es relativo”, abandonando así los productos del pensamiento conceptual (idealismo). Esta concepción teleológica viene a decir que el juez debe saber que por medio de su voluntad determina una norma que en ese momento tiene su origen en un acto creativo. Así, se puede ver, que el derecho crece a través de la historia pero también deliberadamente, porque la expresión de la moralidad vigente será falsa a no ser que el juez le de un logro moral o se encarne en fórmulas jurídicas.

Para encontrar las pautas del bienestar social hay que buscar un estándar objetivo, pues una ciencia jurídica que no sea puesta en relación con estos estándares externos corre el riesgo de degenerar en una ciencia jurídica de mero sentimiento “die Gefühlsjurisprudenz”<sup>393</sup>. Pero sí es cierto el aporte psicológico a esta afirmación de que la distinción entre la conciencia subjetiva y la objetiva, donde el juez no se halla limitado por normas establecidas es vana y tiende a hacerse una distinción de palabras. “La percepción del derecho objetivo toma el color de la mente subjetiva. Las conclusiones de la mente subjetiva toman el color de las prácticas acostumbradas y las creencias objetivadas. Hay una interacción constante y sutil entre lo que está fuera y lo que

---

<sup>393</sup> Ibidem. Pág. 84.

está dentro(...) sólo pálidamente y mediante una influencia subconsciente esa diferencia se reflejará en los tribunales”<sup>394</sup>.

Una vez más queda patente el peso del elemento subjetivo y las grandes aportaciones de las ciencias psicológica y social<sup>395</sup> en la actividad de la libre interpretación del derecho.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta otro campo de interés en la teoría de B. Cardozo, consistente en la dificultad que existe para juzgar y para escoger el camino adecuado en razón a lo que el autor ha denominado “las paradojas del derecho”, esto es el continuo contraste que existe entre la estabilidad y el progreso (la certeza y la flexibilidad del derecho); el contraste de intereses opuestos; la interacción de lo individual y de la sociedad; la dicotomía libertad y gobierno; y finalmente la elección entre imitación y la creación jurídica.

---

<sup>394</sup> Ibidem. Pág. 88.

<sup>395</sup> Para E. BETTI este aporte psicológico y social no contribuye al esclarecimiento de lo que es el derecho. Pero sí que tiene gran importancia como documento de costumbres fuera del campo jurídico.

#### **4.4.- LAS PARADOJAS DEL DERECHO.**

##### **4.4.1.- La estabilidad y el progreso.**

Hay que constatar que existen dos espíritus que se necesitan pero que son antagónicos: el espíritu de cambio y el espíritu de conservación, es decir debe haber reflexión e imitación, razonamiento y repetición.

Es cierto que en el derecho anglosajón se busca una certeza y uniformidad existiendo una adhesión al precedente, como igualmente existe esa búsqueda en nuestro derecho, pero desde la sujeción a la ley, aunque esta uniformidad dejará de ser un bien, cuando se transforme en opresión. Debido a ello, Cardozo manifiesta que el interés social debe ser equilibrado por el interés social a que sirve la equidad u otros elementos del bienestar social, otorgando al juez el poder de decidir qué interés tiene más peso y esto lo hará por medio de su conocimiento, experiencia, estudio y reflexión de la vida misma<sup>396</sup>, y en base a esto, a la actividad del juez se le puede llamar “libre investigación científica”, libre porque está alejada de la acción de la autoridad positiva, y científica porque sólo puede encontrar sus bases sólidas en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar.

---

<sup>396</sup> B. CARDOZO. *La naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág. 90.

La búsqueda de la certeza en el Common Law no es lo único importante en el derecho, pues si se la ensalza en demasía los jueces tenderán a buscar una falsa certeza en vez de buscar principios consistentes y tan profundos y fundamentales como los postulados de justicia. La certeza ganada por los precedentes puede sacrificar otra más profunda y vital, que es el ver el derecho en parches y en casos particulares, no debiendo olvidar el principio hermenéutico de la coherencia y totalidad<sup>397</sup>, que nos dará una visión del derecho más profunda, haciéndonos ver su estructura desde un punto donde la unidad del círculo esté visible.

#### 4.4.2.- El contraste entre intereses opuestos.

La mejor decisión de la respuesta entre extremos lo da una balanza de intereses, una apreciación de su valor, por lo que debemos detenernos en el término “valor”. ¿Es el valor un elemento social o individual?. Existen diferentes posturas.

Desde la antigüedad, la palabra ha sido usada para indicar la utilidad o el precio de los bienes materiales y la dignidad de las personas, después, los estoicos, quienes

---

<sup>397</sup> E. BETTI en *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Otorga una importancia fundamental a los cánones de la autonomía hermenéutica (pg 32), cánón de la totalidad y coherencia(pg 34), cánón de la adaptación y adecuación de la norma jurídica(pg 38) y cánón de la adecuación al entender o cánón de la correspondencia hermenéutica(pg 41).

introdujeron el término en el dominio de la ética y denominaron “valor” a los objetos de las selecciones morales, es decir toda contribución a una vida conforme a la razón; ya en el mundo moderno, con Hobbes, el valor es “el precio de algo”, es decir no es algo absoluto sino consecuencia de la necesidad y del juicio de otro; Kant lo limitaba al bien objetivo; en el mundo moderno con Nietzsche se vuelve a una concepción subjetiva inmanente al hombre. Más tarde nació el “relativismo de los valores” en el seno del historicismo, o sea de la consideración de la relación entre los valores y la historia. Los estudios contemporáneos consideran el “valor” como lo preferible, lo deseable, un criterio de juicio, es decir, se considera como una posibilidad de elección que elimina unas y da privilegio a otras.

Debido a ello, ¿el valor lo forma el producto de una vida en colectivo o es algo individual?, ¿el juez encuentra su valor moral leyendo la mente social o no?. El valor de justicia o valor moral, para Cardozo es sólo un valor entre muchos (culturales, económicos...), los cuales deben ser sacrificados lo menos posible en correlación a los deseos de la sociedad como el juez lo percibe. En el sistema de valores prima el valor moral, pero siempre intentando que los demás valores se sacrifiquen lo menos posible, mirando hacia la sociedad<sup>398</sup>.

---

<sup>398</sup> POUND, como se sabe, afirma que el propósito del jurista debe ser el dar máximo efecto al cuerpo de intereses sociales.

Podría llegarse a la conclusión de que la ciencia de los valores (axiología) debe ser social y no personal. El juez debe tomar en cuenta no su estado de valores sino la que saque de su lectura de la mente social, siendo lo correcto llamar al valor moral social, “ética”, y al valor moral personal, simplemente “moral” quien debe primar sobre los demás valores denominados éticos y entre estos se dilucidará el de más peso a través de su utilidad social.

Estos valores sociales, éticos, cambian, por lo que “la relación entre legalidad del acto y su valor en la sociedad es inevitable”<sup>399</sup>, existiendo una relatividad de las verdades legales, afirmación a la que Cardozo hace referencia asentando que “en el derecho no hay nada absoluto”<sup>400</sup>.

#### 4.4.3.- El individuo y la sociedad.

Para el autor es ésta otra paradoja; el hombre necesita vivir en sociedad y debido a ello, se forma en grupos comenzando por la familia y acabando por el Estado, sin embargo, a pesar de esta necesidad existen repulsiones entre estos grupos a la vez que atracciones. La reconciliación de estos opuestos es uno de los problemas del derecho, es el problema de “libertad y gobierno”.

---

<sup>399</sup> B. CARDOZO. *Paradoxes of legal science*. Cit. Pág. 75.

<sup>400</sup> *Ibidem*. Pág. 81.

¿Es el individuo el mismo que en grupo? ¿Es cierta la frase de Cicerón “hemos nacido para la agregación de los hombres y para la sociedad y la comunidad del género humano”?

Hobbes hablaba de sociedad como debida a las necesidades humanas<sup>401</sup>, Kant afirmaba que el hombre tiene una inclinación a asociarse porque en el estado de sociedad se siente más hombre, es decir siente poder desarrollar mejor sus disposiciones naturales, pero también tiene una fuerte tendencia a disociarse porque tiene en sí también la cualidad antisocial de querer dirigir todo hacia su propio interés, por lo que espera encontrar resistencia en todas partes, y sabe que por su parte, debe tender a resistir en contra de los otros<sup>402</sup>.

En las palabras de Kant podemos ver esta gran dicotomía que tiene el hombre, esa gran paradoja, que comenta Cardozo, quien afirma que “la mente social es la suma de las mentes individuales, pero, cuando están asociadas, no cuando están separadas”<sup>403</sup>. Es decir, es la “voluntad general” de Rousseau. Hobhouse, por su parte, veía la mente social

---

<sup>401</sup> *De Cive*, 1642, I, 2.

<sup>402</sup> *Ideen zu einer allgemeinen Geschichte in Weltbürgerlicher Absicht*, 1874, IV; *Metaphysik der Sitten*, 1875 II, 47.

<sup>403</sup> B. CARDOZO. *The paradoxes of legal science*. Cit. Pág. 88.



cristalizada en un momento, deseando esa voluntad general, pero, igualmente, siempre cuando el grupo está unido, no separado.

Se tiende a creer que no hay fusión, que no hay comunión mística del grupo, no existe el ideal de “sociedad mística”, de la que Bergson<sup>404</sup> comenta como aspiración que nunca podrá ser realizada.

#### 4.4.4.- La libertad y el gobierno.

El problema de la libertad y de gobierno es localizar sus límites<sup>405</sup> y enseñar la línea en la que el grupo y el individuo pueden alcanzar la armonía.

El fin del derecho no es limitación ni freno para la libertad, su fin es mejorar la convivencia, pero para algunos autores, como para A. Lincoln el hecho de la existencia de

---

<sup>404</sup> *Deux sources*. Cit. I.

<sup>405</sup> Véase al respecto, L. MARTÍN MIRAT. *La teoría de la decisión jurídica*. Editorial Dykinson, Madrid, 1.999. Pág. 239: “Lo cierto es que la libertad puede ser entendida por lo menos en dos significados diferentes. Como libertad corporal y como libertad del espíritu en sus distintas manifestaciones. La primera corresponde al modelo generalizado que tenían los individuos en los primeros tiempos del régimen constitucional. La segunda supone, ciertamente, un plus con respecto a ella, al permitir al individuo disponer de un ejercicio más auténtico y pleno de sus facultades personales”.

derecho y de libertad era una paradoja pues consideraba a la libertad como ausencia de derecho.

Para Hobhouse, la libertad es un concepto social que significa en su abuso, libertad para uno y freno para otro. Para Locke, la libertad del hombre bajo gobierno es tener una regla igual para todos formulada por el poder legislativo y no variar en razón a casos particulares.

Haciendo alusión a la importancia que Cardozo otorga al método sociológico, es interesante en este punto hacer un contraste entre la mente sociológica y la mente psicológica respecto a la privación de libertad. Desde el punto de vista de la mente sociológica, cuando se comete un delito existe una privación de libertad en base a una política de posterior reinserción social, es decir, de mejorar al delincuente; pero en la mente psicológica, la realidad subyacente es el castigo, la venganza, ya que es una verdad muy conocida que el preso tras esta privación de su libertad no mejora, sino que muchas veces es al contrario, empeora, atentándose contra la política criminal de “reinserción y reeducación del reo”<sup>406</sup>.

El propósito de Cardozo es preguntar si la libertad, no sólo tiene un concepto de ciencia social; la búsqueda para él importante, consiste en encontrar un principio coordinador en la historia o en la filosofía (razonando qué es lo que debería

---

<sup>406</sup> Artículo 25.2 de nuestra Constitución.

ser), así, se llegarían a mejores resultados que los a veces aceptados en los juzgados. Afirma la necesidad de un principio que coordine la libertad, un punto de referencia, un patrón que sea contrarrestado con el ambiente.

Se insiste actualmente en el hecho de que la libertad humana es una “libertad situada, una libertad encuadrada en lo real, una libertad bajo condición, una libertad relativa”<sup>407</sup>. Por lo tanto, los problemas de libertad en el mundo moderno no pueden ser resueltos por fórmulas simples y totalitarias ( como serían las sugeridas por un concepto de libertad anárquica) sino por el estudio de los límites y de las condiciones que en un campo y en una situación determinados, puedan hacer efectiva y eficaz la posibilidad de elección del hombre.

Sobre la libertad individual: la historia y la razón advierten que la libertad otorgada muchas veces ha desviado el desarrollo libre de la mente o del espíritu, pero esto mismo debe ser interpretado para conocer a través de la historia, la ciencia y la sociología las necesidades fundamentales del hombre.

Cuando hablamos de libertad no debemos dejar que la gran generalidad de la palabra, impida ver los efectos próximos prácticos e individuales que toda libertad debe

---

<sup>407</sup> GURVITCH. *Determinismes sociaux et liberté humaine*, 1955. Pág. 81.

poseer. La libertad personal se quedará vacía si no satisface la mínima necesidad de oportunidad que todos debemos tener para el crecimiento de nuestra personalidad. Por ello, tal como comenta Cardozo, el crecimiento de nuestra personalidad se consigue mediante la libertad personal, porque “no hay libertad sin elección y no hay elección sin conocimiento”<sup>408</sup>. El conocimiento de una libertad es la libertad de saber, y a través de este saber, se produce esa elección por lo que somos libres en proporción a nuestro conocimiento.

Así, la esencia de la libertad es que el hombre alcance su personalidad en armonía con los impulsos, consiguiendo lo mejor de uno mismo. El freno es un mal cuando frustra el enriquecimiento personal espiritual, siendo la igualdad una condición necesaria para la libertad, pues libertad sin igualdad, produciría un mal resultado.

¿Debe ser la libertad un concepto social o no? Hobhouse afirma que la libertad personal tiene el límite ante la libertad de la comunidad, ya que sería imposible si no fuera así una convivencia social<sup>409</sup>, sin embargo, tal como asienta Barnes, la libertad individual queda en su esencia libre. Cardozo propone un estudio del comportamiento del hombre

---

<sup>408</sup> B. CARDOZO. *Paradoxes of legal science*. Cit. Pág. 104.

<sup>409</sup> La percepción de esta verdad, produjo una aceptación mayoritaria en el derecho americano del poder de la legislación para regular condiciones industriales, estableciendo una igualdad entre el empresario y el trabajador.

en aquel lugar determinado y en aquel momento para decidir si conviene más o menos libertad, siendo la comprensión de los hechos<sup>410</sup> fundamental para el análisis aplicando el método sociológico, y no olvidando la labor del juez quien con su experiencia puede tener un enfoque más acertado que aplicando una teoría abstracta.

#### 4.4.5.- La imitación o la creación.

Se cuestiona la siguiente pregunta, ¿debe el juez imitar la reproducción de su sentencia basada en anteriores sentencias y dejar la creación para los estatutos?

Han existido dos posturas extremistas respecto este punto: por un lado, Coke, Hale, Blackstone<sup>411</sup>, quienes afirmaban que el juez no crea y por otro lado Austin, Holland, Gray, quienes opinaban que el derecho no es hecho por nadie más que por los jueces, afirmando que, la costumbre no será derecho hasta que no fuera consagrada por los tribunales, ni

---

<sup>410</sup> La escuela de la libre interpretación otorga una importancia fundamental a la comprensión de los hechos. B. CARDOZO. *Naturaleza de la función judicial*. Cit. Pág.7.

<sup>411</sup> La vieja teoría blackstoniana de las normas jurídicas preexistentes encaja con una teoría de un derecho natural, que decayó, pero que ha vuelto a resurgir, aunque ya no concebido como algo estático y eterno, siendo el material al que hay que acudir cuando falten otras fuentes, pero siempre desde la sujeción al derecho positivo.

siquiera las leyes son derecho porque los tribunales deben fijar su sentido.

Cardozo deja la creación para los estatutos sólo en el caso que, se demostrara que, han sido y serán adecuados en el pasado, presente y futuro, propugnando la reproducción literal y mecánica sólo si la legislación fuera suficiente para el “crecimiento” del derecho, pero, como asienta el autor, no es el sistema adecuado, por lo tanto el juez debe crear. Esta afirmación podría recibir la crítica de E.Betti, ya que para el mencionado autor al aplicar la ley, por muy exacta que ésta sea, existiría también creación porque existe actividad por parte del juez y no se trata simplemente de aplicar la norma porque siempre será necesaria una anterior interpretación de aquella, conllevando esto una creación inevitable por parte del juez<sup>412</sup>. Pero ambos autores llegan a la misma conclusión, de la necesidad de creación para aplicar la norma: para Cardozo , hay que demandar la acción creativa del juez por el hecho de adaptar la norma o principio a las circunstancias que tanto varían y por todos los elementos subjetivos que intervienen en el momento de dictar una sentencia, y para E. Betti, la interpretación de una norma para su posterior aplicación siempre implica creación.

---

<sup>412</sup> La doctrina que defiende el carácter creador del juez está obviamente en contra del aforismo “in claris non fit interpretatio”.

Realmente, existe una cierta hostilidad a creer en la actividad creadora del juez debido que el estatuto es el derecho típico y el trabajo del juez es acudir a los hechos y encontrar el mandato, pero al ser los jueces los intérpretes de un contenido fijo rinden su significado a un proceso de razonamiento inexorable, que debe ser tomado como normal y adecuado<sup>413</sup>.

Toda modificación bien estudiada implica crecimiento del derecho, a pesar de que, nuestra naturaleza lucha contra este método de revisión ya que implica un gran trabajo, pero que Cardozo reivindica como esencial.

#### **4.5.- LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y BENJAMÍN NATHAN CARDOZO.**

Benjamín Nathan Cardozo es un máximo exponente de la escuela de la libre interpretación del derecho en los Estados Unidos, libre interpretación, que como asienta Eugen Ehrlich, debe tratarse de una libre investigación científica por parte del

---

<sup>413</sup> “El positivismo quería dejar relegada a la interpretación a una mera operación lógica. Un positivismo que niega cualquier creación por parte del juez y que se halla siempre dispuesto a renacer y que cada vez cobra más importancia en las sociedades modernas, fuertemente tecnificadas. Un positivismo que aparece por primera vez con toda virulencia en los tiempos modernos a fines del siglo XIX debido a la herencia del pandectismo y su jurisprudencia de conceptos y a la crisis de los ideales de la codificación”. J. L. de los Mozos en *Algunas reflexiones a propósito de la interpretación jurídica en la obra de F. Gèny* . Cit.

juez porque debe estar alejado de la autoridad positiva y porque se debe basar en datos objetivos. Siguiendo a esta corriente, el juez respecto a su función judicial no descubre sino crea derecho, no olvidando que hay muchas fuerzas que intervienen en su conciencia que dan fuerza y contenido a sus sentencias e incluso existen otra serie de fuerzas que no se hallan totalmente en la conciencia (apetencias, convicciones, predilecciones, prejuicios, instintos, emociones, hábitos...) de las cuales el juez debiera desprenderse ya que son factores que son creados por agentes subjetivos (educación, tradición, sugestión del ambiente...), pero que resulta realmente difícil una total desconexión, por lo que el juez ni cuando es libre es completamente libre, pero que del conocimiento de esa flaqueza se encontrará el ejercicio de la fuerza, para así, encontrar una justicia objetiva en base a los intereses sociales, ya que en las exigencias de la vida social reside la más fuerte probabilidad de descubrir el sentido del derecho.

Para el autor, el juez debe sacar su inspiración en principios consagrados y ejercitar una dirección basada en la tradición y metodizada por la analogía, disciplinada por un sistema y subordinada a la necesidad primordial del orden de la vida social.

La función judicial es una función de búsqueda y comparación donde es de gran importancia la certeza y estabilidad del derecho, pero, a pesar de la búsqueda de las eternas verdades y de su relativismo es necesaria la



flexibilidad por la necesidad de adaptación que exige el derecho; debido a ello, Cardozo afirma que será importante tener en cuenta que la filosofía y el derecho van juntos ya que tienen una esencia eterna y no olvidar la necesidad de un derecho natural, que hoy en día es realista e histórica, pues suministra al juez la principal norma para juzgar cuando el precedente o la ley faltan. El juez debe, dentro de su poder de innovación mantener una relación entre el derecho y la moral, entre los preceptos de ciencia jurídica y los de la razón y recta conducta, no olvidando nunca las funciones y propósitos que, el derecho tiene para llegar a su crecimiento, siempre respetando el precedente, pero, debiendo abandonarlo cuando se encuentre inconsistente con el sentimiento de la justicia o con el bienestar social. Con el derecho nos encontramos en el campo de una ciencia moral y en este campo no hay método que suplante enteramente a la razón subjetiva .

Respecto a las oposiciones fundamentales que parece haber en el derecho para Cardozo, son reconciliables y éste es el misterio del proceso legal, pero que, con la ayuda de la filosofía, tal como asienta el autor, se pueden crear valores en la vida a pesar de que el juez pueda sentirse inquietado con la sensación de incertidumbre, aunque ésta existirá siempre cuando se profundiza en las cosas y he aquí otra paradoja. Sin embargo, por debajo de todo ello late una constancia, una uniformidad, ya que “en la infinita función de seleccionar y revisar hay un constante rechazo de lo perjudicial y una constante retención de todo lo que es puro, sano y excelente,

porque todo lo que es bueno perdurará y lo que es erróneo perecerá” según afirma Cardozo, debiéndose guiar el juez por la espontaneidad y persistencia del grupo que, demostrará ese interés social, que cambiará no por concepciones metafísicas, sino, por consideraciones de conveniencia, utilidad y sentimiento de justicia.

El pensamiento de B. Cardozo puede resultar confortador desde el punto de vista de querer combatir un excesivo positivismo que, siempre será perjudicial debido a la utilización de una mera “lógica cerebrina”, ficticia y abstracta que no conducirá nunca a buenos resultados y habida cuenta que, en derecho no existen principios mágicos, siempre será de interés esta dimensión social que nos propone el autor.

## **CAPÍTULO QUINTO.**

**LAS IMPLICACIONES AXIOLÓGICAS DE LA  
CONSIDERACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA COMO  
RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS  
ENUNCIADOS NORMATIVOS.**

## **CAPÍTULO V.**

### **LAS IMPLICACIONES AXIOLÓGICAS DE LA CONSIDERACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA COMO RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS.**

#### **5.1.- HACIA UN NUEVO ENFOQUE EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO.**

Hasta el momento hemos podido comprobar en los capítulos precedentes que el proceso de interpretación y aplicación del Derecho está necesariamente impregnado de elementos valorativos, puesto que siempre es el órgano judicial el que al decidir la controversia jurídica de que se trate, incorpora su sistema de valores dictando resoluciones que no pueden dejar de estar matizadas por el mismo. La personalidad del juez se manifiesta así, en la plasmación de sus propios valores en la sentencia judicial. Al mismo tiempo, parece claro que las disposiciones jurídicas se encuentran orientadas también hacia la realización de un determinado fin, o de un determinado valor o valores que se entiende que han de presidir todo el proceso de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas. Todo ello, provoca así la imagen de un juez controlado por la necesidad de adaptar sus decisiones a los valores y principios cuya realización se entiende que constituyen el fin del orden jurídico en general y de las distintas disposiciones del mismo.

En este sentido, el reconocimiento de que el juez actúa libremente a la hora de determinar el significado de los textos normativos para el caso en cuestión y de resolver el problema jurídico que se le presenta en un concreto sentido, no está reñido con la conciencia de que esa libertad debe ser encauzada hacia la propia realización de los valores y de los principios jurídicos.

Hemos visto también las dos formas de interpretación histórica más relevante de la idea de incorporar los valores y principios jurídicos que han de regir la decisión del juez para el caso en cuestión, exponiendo al respecto lo que pudiéramos denominar como la doctrina del espíritu de la ley en sus manifestaciones más típicas y la doctrina de la libre investigación científica en sus peculiares formas de manifestación en el sistema jurídico continental y en el sistema jurídico anglosajón. Los dos ejemplos citados (la doctrina del espíritu de la ley y la doctrina de la libre investigación científica) muestran dos maneras diferentes de considerar al juez vinculado a los valores y principios jurídicos en el proceso de aplicación del derecho.

En el caso de la doctrina del espíritu de la ley, se entiende que el juez ha de buscar la solución correcta a la controversia jurídica dentro de la propia norma legal, asumiendo que la interpretación del texto legislativo, esto es, la determinación de su significado para el caso de que se trate, debe resultar presidida por el espíritu de la ley, es decir, en

definitiva, debe resultar orientada a la realización de los valores y de los principios jurídicos. De este modo puede decirse que la idea de vinculación del juez a los valores y principios jurídicos se realiza a través de la propia norma que este ha de interpretar en el modo más adecuado, esto es, en el modo más conforme a los valores y principios jurídicos apuntados.

Por el contrario, en el caso de la doctrina de la libre Investigación científica, lo que se está requiriendo del órgano judicial es que se vaya más allá de la propia norma legal cuando ésta no tiene la solución directamente aplicable al supuesto concreto de que se trate, asumiendo en tales casos una decisión jurídica de base extralegal que no puede dejar de estar fundamentada en los elementos objetivos del derecho, esto es, en definitiva, en los valores y principios jurídicos. Puede decirse, en este sentido, que a diferencia de lo que sucede en el caso de la doctrina del espíritu de la ley, la doctrina de la libre Investigación Científica, en su doble versión anglosajona y continental propugna la incorporación del elemento valorativo a la decisión jurídica desde fuera de la ley, es decir, al margen del texto legislativo que resulte, en si mismo, insuficiente, para derivar de él directamente la solución aplicable al caso.

Pero las doctrinas del espíritu de la ley y de la libre Investigación Científica, no cierran las posibilidades de incorporar el elemento valorativo al proceso de aplicación del

Derecho. Constituyen los dos modos más típicos de decidir la respuesta jurídica desde una perspectiva axiológica o valorativa. Pero junto a ellos, puede decirse que existe también otra forma de asumir el significado valorativo, de la decisión jurídica desde postulados teóricos radicalmente distintos de lo de hasta ahora expuestos. En realidad, podríamos decir que desde postulados teóricos que rompen con la forma tradicional en que la doctrina jurídica ha venido comprendiendo todo el proceso de interpretación y aplicación del derecho. Desde esta perspectiva los tradicionales conceptos de norma jurídica y de ordenamiento jurídico van a verse transformados como consecuencia de la adopción de un nuevo modo de comprender el significado y la función que desempeña en última instancia la interpretación jurídica. Y es que si hasta el momento, se ha venido considerando que la función del juez es adoptar soluciones para los casos objeto de controversia sobre la base de la interpretación de las normas jurídicas y de la consiguiente aplicación a los referidos casos, el nuevo planteamiento doctrinal va a entender que lo que hace el juez al aplicar el derecho a los supuestos que ante él se presentan es deducir normas jurídicas a partir de la interpretación de los enunciados normativos. Son los enunciados normativos y no las normas jurídicas lo que han de interpretar los jueces y las normas jurídicas, constituyen precisamente el resultado de la citada interpretación. De este modo, podría decirse que la incorporación del elemento valorativo a la decisión jurídica se produce en la determinación de la norma por parte del juez, y no ya en la interpretación de la misma, ni tampoco al margen

de la misma como sugerían las dos versiones anteriormente expresadas del planteamiento tradicional que venimos analizando. Dado que la adopción de este nuevo punto de vista, hasta cierto punto revolucionario en el ámbito de la doctrina jurídica ha venido a poner en cuestión los conceptos clásicos de ordenamiento jurídico y de norma jurídica, vamos a exponer a continuación el problema a partir de la crítica que el nuevo planteamiento doctrinal realiza en tales conceptos en la formulación clásica de los mismos.

## **5.2.- LA ENTRADA EN CUESTIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

La concepción más clásica del derecho ha venido considerando que este no era otra cosa más que un conjunto de normas agrupadas en un determinado orden y que en su consideración conjunta venían a constituir el ordenamiento jurídico. No bastaba, por consiguiente, con decir que el derecho estaba integrado por normas; era necesario admitir que esas normas guardaban ante sí una determinada relación que permitía caracterizarlas como formando todas ellas, un determinado ordenamiento jurídico.

La idea de ordenamiento jurídico se asentaba, a su vez, en tres principios clásicos: el principio de unidad, el de coherencia y el de plenitud del sistema jurídico en su conjunto.



Con la idea de unidad se quería indicar que todas las normas del ordenamiento jurídico deberían tener un punto de referencia unitario que determinaba, a su vez, la validez de la propia norma como parte integrante del ordenamiento jurídico en cuestión. La idea de Constitución ha venido a desarrollar comúnmente este papel, al entenderse que todas las normas de un determinado ordenamiento jurídico han de poder reconducirse de forma más o menos directa o indirecta al texto constitucional del país de que se trate, el cual actúa así como razón última de todas las normas del ordenamiento jurídico.

La norma fundamental viene a constituir, por consiguiente, el fundamento de validez del resto de las normas del sistema. Estas forman parte de un mismo ordenamiento jurídico en la medida, y sólo en la medida en que tengan un mismo fundamento último de validez. En este sentido, el texto constitucional viene a configurarse como la “norma normarum, culminación del sistema jerárquico de fuentes y fundamento de la unidad y validez del orden jurídico”<sup>414</sup>.

La idea de coherencia normativa como característica esencial del ordenamiento jurídico viene a indicar que todo ordenamiento jurídico ha de disponer de una serie de criterios claros y precisos que permitan resolver, sin mayores

---

<sup>414</sup> L. PRIETO SANCHÍS. *El ordenamiento jurídico en la Constitución*. Cit. Pág. 93.

problemas, las contradicciones que puedan encontrarse en las normas del ordenamiento jurídico en cuestión. Ciertamente, la doctrina tradicional ha entendido que en los diferentes razonamientos jurídicos existen contradicciones o antinomias normativas. No podía ser, de otro modo, dado que, las normas que integran un mismo ordenamiento jurídico son, sin embargo, producto de la voluntad de personas diferentes, que precisamente en su condición de personas, pueden asumir puntos de vista diversos e incluso contradictorios, con respecto al modo de resolver los problemas que en el grupo social puedan plantearse. Por lo demás, es evidente también que el legislador en tanto que ser humano, puede descuidar su función de dotar al conjunto del ordenamiento jurídico de soluciones inequívocas y precisas, eliminando las contradicciones normativas. Estas contradicciones existen y no pueden dejar de existir, por mucho empeño que ponga el legislador en su eliminación. Y es al juez, en última instancia al que le compete resolver ante un mismo caso que encuentra dos soluciones antinómicas en el ordenamiento jurídico, cual es la norma que ha de prevalecer a la hora de proceder a su aplicación al supuesto en cuestión. La coherencia normativa no es, por consiguiente, un hecho, una realidad, sino un ideal. Pero es también, un ideal para cuya realización se entiende que puede el propio ordenamiento jurídico disponer los medios necesarios. Así, los criterios jerárquicos, cronológico y de especialidad, pueden operar en los casos de conflicto de soluciones normativas, con vistas a la determinación de la

norma aplicable, es decir, actúan como criterios de resolución de antinomias jurídicas.

El criterio de jerarquía viene a decir que dada la existencia de dos normas jurídicas que disponen soluciones contradictorias para un mismo supuesto se aplicará la solución contenida en la norma de más alto rango en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico.

El criterio cronológico viene a decir que ante la existencia de dos soluciones antinomias para un mismo caso, se aplicará la norma que haya sido dictada en el momento posterior, por entender que al realizar la última previsión normativa, el legislador ha podido ser más consciente de la complejidad del problema que trata de regular.

A su vez el criterio de especialidad, viene a decir que, las antinomias normativas se resolverán considerando de aplicación preferente a la norma especial sobre la general, por ser la norma especial lo que puede tener presente en mejor medida, las especialidades personales materiales o espaciales que se dan en el supuesto en cuestión.

La idea de plenitud del ordenamiento jurídico viene a significar que el sistema jurídico dispone de los medios necesarios para poder colmar cualquier vacío de su regulación. En este sentido, no se quiere significar con la idea de plenitud del ordenamiento jurídico que este no pueda tener lagunas,

esto es, que en el conjunto de sus disposiciones se encuentre siempre la regulación para cualquier supuesto conflictivo que pueda presentarse en la realidad social.

En general, la doctrina jurídica ha sido muy consciente de que la evolución de la vida social va siempre por delante del Derecho, y además camina a una velocidad a la que no siempre puede el orden jurídico adaptarse. Todo ello al margen de que los supuestos que plantea la vida social son siempre mucho más ricos y complejos de lo que pueda prever el legislador, por muy sagaz y puntilloso que éste pueda ser a la hora de establecer las reglas que han de regir el conjunto de la vida social. En este sentido, y al igual que veíamos que sucedía en el caso de la coherencia del ordenamiento jurídico, la plenitud del ordenamiento jurídico no es ni puede ser un dato de hecho, una realidad sino que actúa en todo caso como un ideal. Se entiende que, dado que el ordenamiento jurídico tiene y no puede dejar de tener lagunas, hay que buscar criterios inequívocos con vistas a subsumir a cualquier supuesto de hecho que se pueda llegar a producir en la vida social dentro de las reglas del sistema jurídico. Puede así decirse que, el principio de plenitud del ordenamiento jurídico queda suficientemente satisfecho cuando el propio sistema jurídico dispone de procedimientos de interpretación de las lagunas que puedan permitir al juez encontrar la solución adecuada para la resolución de los problemas que ante él se presentan. Hay que tener en cuenta a este respecto que el principio de plenitud del ordenamiento jurídico constituye, en cierto modo, el

presupuesto lógico del deber generalmente expresado en algunas de las normas del ordenamiento jurídico en cuestión que incumbe a los jueces de resolver conforme a derecho, los problemas que ante ellos se plantean en demanda de la correspondiente solución<sup>415</sup>.

Los principios clásicos de la Teoría del ordenamiento jurídico muestran, sin embargo, una cierta inconsistencia.

Por un lado, en relación al principio de unidad del ordenamiento jurídico nos encontramos en primer lugar con los problemas teóricos que puede plantear el fundamento de la Norma Fundamental. Y es que si se admite la idea del fundamento normativo de todas las normas del sistema en una norma superior, al final habrá que plantearse cuál es el fundamento normativo de la Constitución, encontrándonos con que la Norma Fundamental del sistema acaba siendo, como decía Hans Kelsen, en una norma presupuesta. En este sentido señala que: “La norma que represente el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda de fundamentos de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito como la búsqueda por la causa de su efecto. Tiene que concluir en una norma, que supondremos la última: la suprema. Como norma Suprema,

---

<sup>415</sup> Así, en nuestro ordenamiento jurídico su artículo 1.7 del Código civil dispone que “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

tiene que se presupuesto dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendrá que basarse en una norma aún superior”<sup>416</sup>. El reconocimiento del carácter ficticio o supuesto de la norma suprema del sistema jurídico no le impide, sin embargo, a Hans Kelsen, construir sobre su base, el fundamento de la pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico, reivindicando en este sentido, en cierto modo, la idea de unidad del mismo. Así, observa que: “Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una misma norma fundante básica constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden”<sup>417</sup>. Con todo, no puede desconocerse la aparente paradoja que supone reconocer que el principio de unidad de ordenamiento jurídico se basa en la derivación de la validez de cada una de las normas del sistema a partir de una norma superior cuando al final la norma

---

<sup>416</sup> H. KELSEN. *Teoría pura del derecho*, Segunda edición, traducción de R. Vernengo, universidad nacional autónoma de Méjico, Méjico 1986. Pág. 202.

<sup>417</sup> *Ibidem*.

suprema que se entiende que es el fundamento de todas las demás, es una norma meramente presupuesta.

Al margen de ello, hay que decir también que respecto qué criterio de pertenencia existe de cada una de las normas al sistema jurídico en cuestión, la Constitución no sólo determina el procedimiento formal para la entrada en vigor y la desaparición de las normas del ordenamiento jurídico sino que también establece valores y principios materiales que se entiende han de ser respetados por el resto de las normas del sistema a los efectos que éstas puedan considerarse conformes con la Constitución. Y no cabe duda de que la apelación a estos valores y principios materiales abre un amplio margen al subjetivismo en la determinación de la conformidad de cada una de las normas con la regla suprema que constituye su fundamento a la vez formal y material. En este sentido, parece razonable concluir que, en la medida que el contenido material de la Constitución puede variar en función de las distintas interpretaciones que admitan sus enunciados normativos, la idea que representa el principio de unidad del ordenamiento jurídico se presenta como una idea bastante débil e insegura.

En lo que concierne al principio de coherencia del sistema y aún admitiendo su carácter meramente ideal, resulta evidente que la indicación de los tres criterios referidos (jerarquía, temporalidad y especialidad) no basta en todos los casos para solucionar las posibles contradicciones normativas que pueda detectar el órgano juzgador al enfrentarse al

problema jurídico que requiere su solución. Cabe, en efecto, que se produzca un conflicto entre los criterios de solución de normas antinómicas, conflicto para el que en principio no existe ninguna respuesta segura. Si bien parece afirmarse en nuestros días, entre los juristas teóricos y prácticos, la idea de la superioridad del principio de jerarquía normativa sobre el principio de temporalidad, resultando mucho más dudoso todavía la solución en los casos en que se plantea el conflicto entre el criterio cronológico y el de especialidad o el conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad. Aún mayores problemas se plantea en los casos en que no es ya que haya un conflicto entre criterios de solución de normas antinómicas, sino que lo que sucede es que simplemente, ninguno de los tres criterios expresados proporciona solución al problema al tener las dos normas antinómicas un mismo nivel de jerarquía y de especialidad habiéndose incorporado al mismo tiempo al sistema jurídico en cuestión. Se ha señalado con razón el carácter absolutamente nada ficticio de este problema que se plantea en toda su crudeza cuando la antinomia se produce entre dos normas contenidas en una misma disposición jurídica, es decir, entre dos artículos de la misma ley o del mismo reglamento<sup>418</sup>. En estos casos, las dos soluciones antinómicas se apoyan sus normas del mismo rango jerárquico, del mismo nivel de especialidad y que han entrado en vigor exactamente en la misma fecha.

---

<sup>418</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Pág. 248-249.



Son estos supuestos un ejemplo vivo de que en la solución de los problemas jurídicos, el órgano juzgador se enfrenta a contradicciones normativas para las que el propio sistema jurídico, no puede disponer ninguna respuesta eficaz. Y es que, como bien se ha dicho, queda en estos casos a la libre decisión del juez que habilitará para su decisión un criterio propio (normalmente el que proporciona una solución más justa) por más que se trate de enmascararlo a través de alambicados razonamientos dirigidos a demostrar que la antinomia referida es mucho más aparente que real: “es el precio que pagan generalmente los juristas por el disfrute de la sensación de que las normas con las que opera constituyen un todo coherente y armónico”<sup>419</sup>.

Finalmente en lo que concierne al principio de plenitud del ordenamiento jurídico, y dejando al margen las posibilidades de autointegración de las lagunas, que pueda ofrecer el procedimiento analógico<sup>420</sup>, no cabe duda de que la apelación a los principios generales del derecho, o la misma apelación a los valores superiores del sistema que se ha planteado como alternativa a la más comúnmente reconocida de los principios generales<sup>421</sup>, abre la puerta también a la

---

<sup>419</sup> Ibidem. Pág. 249.

<sup>420</sup> Sobre el procedimiento analógico veáse M. ATIENZA, *Sobre la analogía del derecho*. Editorial Cívitas, Madrid, 1.986; y M. J. FALCÓN, *El argumento analógico en el derecho*. Editorial Cívitas, Madrid, 1.991.

<sup>421</sup> I. ARA PINILLA. Teoría del derecho. Cit. Pág. 263-264.

subjetividad del juez, a la hora de dictar la solución sobre el supuesto controvertido no contemplado expresamente por una norma del sistema que ante él se presente. Y es que será el juez, en definitiva, el que incorpore su propia personalidad, no necesariamente coincidente con la de los demás jueces ni con la del resto de los destinatarios del orden jurídico en cuestión, a la decisión que adopte en relación al modo en que los valores superiores o los propios principios generales implícitos del sistema pueden ayudar a resolver el problema que suscita la falta de regulación legal. En estas circunstancias el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, entendido en su versión más débil, esto es, como la adopción por parte del sistema jurídico de un conjunto de reglas, precisas y claras, que permiten la integración de las posibles lagunas que vaya a encontrar el juez en las normas jurídicas vigentes, acaba convertido en una ficción absolutamente deformante del modo en que realmente opera el derecho.

En el ámbito de la doctrina jurídica italiana, la teoría clásica del ordenamiento jurídico encontró una crítica rotunda en la obra de los profesores Giovanni Tarello<sup>422</sup> y Riccardo Guastini<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> G. TARELLO. *Ordenamiento jurídico en G. Tarello. Cultura jurídica y política del derecho*. Pág. 152 y ss.

<sup>423</sup> R. GUASTINI. *Ordenamiento jurídico: Un concepto problemático*. En R. Guastini, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Cit. Pág. 343 y ss.

Giovanni Tarello planteaba ya, a mediados de los años setenta, la necesidad de revisar el sentido ideal que adquiriría la teoría del ordenamiento jurídico en la doctrina jurídica italiana del momento<sup>424</sup>. Dirigía en concreto sus críticas a Norberto Bobbio<sup>425</sup>, Giacomo Gavazzi<sup>426</sup>, Giuseppe Lumia<sup>427</sup> y Amadeo Conte<sup>428</sup>, para concluir señalando que el uso por las lenguas moderna de la expresión ordenamiento jurídico resulta “ocasional y esporádico”<sup>429</sup>, y que por consiguiente, la idea ordenamiento jurídico no resulta, en absoluto, una idea necesaria para poder comprender el modo, en que en la realidad funciona el fenómeno jurídico<sup>430</sup>. Es más, en su opinión, las ideas de unidad, coherencia y plenitud en que se asienta la propia construcción del concepto técnico de ordenamiento jurídico llevan consigo una pesada carga ideológica en la medida en que tratan de ocultar las manipulaciones que realizan los juristas de los enunciados

---

<sup>424</sup> Hay que tener en cuenta que la primera edición del artículo citado de Tarello se produce en el año 1.975 sobre las páginas de la revista *Política del Diritto*.

<sup>425</sup> N. BOBBIO. *Teoría dell ordinamento giuridico*. Giappichelli, Torino, 1960.

<sup>426</sup> G. GAVAZZI. *Elementi di Teoria del diritto*. Giappichelli, Torino, 1960.

<sup>427</sup> G. LUMIA. *Lineamenti di Teoria e ideologia dell diritto*. Milano, 1973.

<sup>428</sup> A. CONTE. *Ordinamento giuridico*, Voz del *Novissimo Digesto Italiano*. Volumen XI, Torino, 1964. Pág. 45 y ss.

<sup>429</sup> G. TARELLO. *Ordenamiento jurídico*. Cit. Pág. 157.

<sup>430</sup> *Ibidem*. Pág. 160.

normativos, mostrando a estos últimos como unos enunciados de significado inequívoco y claro, que como tales se encuentran perfectamente dispuestos para proceder con ellos a la aplicación mecánica de la disposición normativa al supuesto de hecho de que se trate.

Así, después de caracterizar la idea tradicional del ordenamiento jurídico en base a los tres principios citados, no duda en señalar que: “En esto, se trata de una tecnificación sostenida según mi modo de ver, por fuerte carga ideológica, y, por ello, completamente distinta de una estipulación funcional por una consideración formal. Ello implica, como decía antes, tres dogmas (de la unidad, coherencia, integrabilidad ) y postula que la organización jurídica tiene como elemento normas, o sea, entidades absolutamente indefinidas. Ello, por ejemplo, si se acepta, induce a presentar las actividades de la así llamada interpretación como de hecho consecuentes a la existencia de normas, antes que a presentar las así llamadas normas como la consecuencia de o el resultado de actividad de interpretación (así llamada) jurídica, ello, por ejemplo, si es aceptada tiende a presentar como campos de solución teórica las así llamadas antinomias, ocultando la naturaleza de campos, de batallas prácticas; y así sucesivamente”<sup>431</sup>. Vemos, por consiguiente, que Giovanni Tarello trata de derribar la concepción tradicional del

---

<sup>431</sup> Ibidem. Pág. 179.

ordenamiento jurídico sobre la base de una reformulación del concepto de norma, absolutamente revolucionaria en el contexto actual en el que, por aquellos años, se presentaba.

La teoría de Giovanni Tarello sobre la falta de consistencia de la concepción tradicional del ordenamiento jurídico es retomada por su discípulo Riccardo Guastini. Este procede también a criticar la concepción tradicional que concibe al ordenamiento jurídico como un conjunto de normas válidas. La crítica se basa en tres razones principales. En primer lugar entiende que la caracterización del ordenamiento jurídico como un conjunto de normas válidas “oculta que todo ordenamiento, tal como se presenta empíricamente incluye, junto a las normas válidas, también normas (podemos llamarlas supremas, independientes o soberanas) que no son válidas ni inválidas”<sup>432</sup>, olvidando además que en la formulación de la perspectiva realista del ordenamiento jurídico este viene representado como un conjunto de normas oficiales en lugar de cómo un conjunto de normas válidas en un sentido formal<sup>433</sup>. En segundo lugar, entiende Guastini que la noción clásica de ordenamiento jurídico olvida la distinción entre normas y enunciados normativos que requieran la correspondiente interpretación<sup>434</sup>. Y finalmente, en tercer

---

<sup>432</sup> R. GUASTINI. *Ordenamiento Jurídico: Un concepto problemático*. Cit. Pág. 343-344.

<sup>433</sup> *Ibidem*. Pág. 346.

<sup>434</sup> *Ibidem*. Pág. 347-348.

lugar, la noción tradicional parece olvidar en su opinión el carácter esencialmente abierto del fenómeno jurídico en el que cumplen una función normativa, en sentido amplio, la dogmática y la jurisprudencia, las cuales quedaban relegadas al olvido en la versión simplificadora del funcionamiento del fenómeno jurídico que sólo confiere capacidad creadora del derecho al Poder Legislativo<sup>435</sup>. Como vemos, también la teoría de Riccardo Guastini se encuentra fundamentada en una concepción de la norma y del funcionamiento del fenómeno jurídico bastante similar a la que ya antes había sostenido Giovanni Tarello.

### **5.3.- LA DOCTRINA DE LA NORMA JURÍDICA COMO RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS.**

Ya hemos tenido ocasión de comprobar que la ruptura con el concepto tradicional de ordenamiento jurídico, señalando la función ideológica que, consciente o inconscientemente, ha desarrollado su uso en el seno de la doctrina jurídica, se asienta sobre una concepción de la norma jurídica completamente diferente a la que, comúnmente rige tanto en la mentalidad de los juristas, teóricos y prácticos,

---

<sup>435</sup> Ibidem. Pág. 350-351.

como en la de las personas absolutamente ajenas al mundo jurídico.

Se entiende, en efecto, que el derecho está compuesto por una serie de normas, que, hay que interpretar. Y que, ciertamente, caben diferentes interpretaciones, esto es, diferentes atribuciones de significado a las normas jurídicas en cuestión. Pero este modo de pensar, subraya la existencia de un elemento material inamovible, como es la norma jurídica, las diferentes interpretaciones que se puedan hacer del texto de la norma jurídica, no hacen más que recordarnos que la norma jurídica no es aplicable por si sola, sino que requiere que haya alguien que la aplique, y ese alguien es un ser humano, con una personalidad propia, que en un momento dado, puede darle un tono u otro al contenido del significado de la norma jurídica. Pero ésta persiste como una realidad objetiva, al margen de las diferentes manipulaciones de su texto que puedan realizar quienes tienen la competencia oficial para interpretarla, esto es, para desentrañar su sentido.

Giovanni Tarello es consciente de la vigencia generalizada de este modo de entender el derecho, conforme al cual existe, por así decirlo, “un significado propio o verdadero de las normas, constituido anteriormente respecto de y totalmente dependiente de los procesos en los cuales y con los cuales los operadores jurídicos emplean las normas”<sup>436</sup>.

---

<sup>436</sup> G. TARELLO. *Diritto, Enunciati, Usi*. Il Molino, Bologna, 1974. Pág. 393.

Giovanni Tarello, se manifiesta contra este método de comprender el derecho, que entiende absolutamente incapaz de mostrar la realidad de su funcionamiento y de su sentido como regulación de la vida social. Para él, no puede haber ningún significado de las normas independiente del uso que de ellas puedan hacer los operadores jurídicos por la sencilla razón de que son estos precisamente quienes al interpretar los textos legislativos crean en el sentido más auténtico de la expresión las normas jurídicas, se trata así, de distinguir entre los conceptos de enunciado normativo y norma, asumiendo que el enunciado normativo, en si mismo, no tiene ningún significado propio<sup>437</sup>, sino que es el intérprete del enunciado, normativo, quien al crear la norma jurídica determina dicho significado.

Es así como aparece la interpretación del Derecho, como la operación mediadora entre el enunciado normativo y la norma jurídica en el sentido de que al interpretar los enunciados normativos el intérprete asume una entre otras muchas posibilidades de adscripción de significado, dando así rigor a una entre las diferentes normas que pudieran deducirse del enunciado normativo interpretado<sup>438</sup>. En esta configuración teórica, la norma “no procede como dato, sino que sigue como

---

<sup>437</sup> Ibidem. Pág. 395: “Las interpretaciones de los enunciados no son verdaderas ni falsas”.

<sup>438</sup> G. TARELLO. *L'interpretazione della lege*. Giuffrè Editore, Milano, 1980.



producto al proceso interpretativo”<sup>439</sup>. Se trata como puede verse, de una concepción ciertamente literal en nuestro contexto cultural. Si bien influida en alguna medida por las tesis del realismo jurídico americano, que Giovanni Tarello había estudiado con profusión<sup>440</sup>. Concepción que el propio autor italiano complementa con su teoría de la interpretación, entendida como una “teoría de la manipulación de las reglas jurídicas”<sup>441</sup>.

Como vemos, en esta configuración de concepto de norma en general y de norma jurídica en particular, el profesor genovés traslada el problema del elemento valorativo en la aplicación del derecho, desde el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas en el que tradicionalmente lo han ubicado la doctrina jurídica hasta el ámbito de la propia creación normativa de la norma en cuestión. Es evidente que en este proceso está reconociendo a los intérpretes de los enunciados normativos una capacidad de creación normativa. Intérpretes que no quedan reducidos estrictamente a los órganos estatales a quienes se les atribuye el poder de decidir oficialmente las controversias jurídicas y de adjudicar el significado oficial a los propios enunciados normativos. La propia doctrina jurídica aparece así investida oficiosamente de una capacidad de

---

<sup>439</sup> G. TARELLO. *Diritto, Enunciati, Usi*. Cit. Pág. 395.

<sup>440</sup> G. TARELLO. *Il Realismo Giuridico americano*. Giuffrè Editore, Milano, 1962.

<sup>441</sup> G. TARELLO. *Diritto, Enunciati, Usi*. Cit. Pág. 168.

producción normativa muy amplia en tanto en cuanto se le reconoce una inequívoca autoridad a la hora de comprender el significado de los textos jurídicos<sup>442</sup>.

Las tesis de Giovanni Tarello sobre la noción de norma jurídica como resultado de la interpretación con la consiguiente apertura a la creación judicial y doctrinal del derecho, encontraron un eco directo en la obra de Riccardo Guastini quién, distingue igualmente entre los conceptos de disposición, que vendría a referir a “cualquier enunciado perteneciente a una fuente del Derecho” y norma, entendida como “el contenido de sentido de la norma, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación”, pudiéndose en consecuencia afirmar que “la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado”<sup>443</sup>.

La caracterización de la norma jurídica como resultado de la interpretación continua siendo, en nuestros días, una postura minoritaria frente a la concepción tradicional que la entiende como un objeto a interpretar., por más que puede reconocérsele una cierta “buena fortuna”<sup>444</sup> entre algunos

---

<sup>442</sup> R. SACCO. *La dottrina, fonte del diritto*, en A.A, VV. Studi in memoria di Giovanni Tarello, volume II. Saggi teorico, giuridici. Giuffrè Editore, Milano, 1990. Págs. 449 y ss.

<sup>443</sup> R. GUASTINI. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Cit. Pág. 18.

<sup>444</sup> L. PRIETO SANCHÍS. *Ideología en interpretación jurídica*. Cit. Pág. 83.

juristas contemporáneos que la acogen con mayores o menores matices.

Es el caso, por ejemplo de Antonio Enrique Pérez Luño, cuando señala que: “Si se parte de la idea de que una norma sin significado es un absurdo, hay que concluir que la norma no tiene un significado sino que es un significado. Este planteamiento comporta admitir que no cabe ninguna norma sin significado y que ese significado no es previo, sino subsiguiente a la acción interpretativa. De ello, se infiere que la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo”<sup>445</sup>. También parece aceptarla en algún sentido, la profesora Marina Gascón Abellán, cuando señala al referirse al problema de las antinomias jurídicas que “las contradicciones se producen entre normas no entre disposiciones por lo que la existencia de antinomias es el resultado de la interpretación. Esta constatación es de importancia capital porque pone de relieve que la interpretación es un poderoso instrumento en manos del juez para crear o evitar una antinomia”<sup>446</sup>.

Se trata como puede verse, de una doctrina absolutamente fructífera que pone de manifiesto la necesidad

---

<sup>445</sup> A. E. PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Cit. Pág. 234.

<sup>446</sup> M. GASCÓN. *La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias*, en J. BETEGÓN, M.GASCÓN, J. R. PÁRAMO, L. PRIETO. *Lecciones de teoría del derecho*. Cit. Pág. 274.

de analizar los enunciados normativos desde el punto de vista de su recepción por parte de sus destinatarios<sup>447</sup>. Cuando esta recepción se produce entre quienes tienen formalmente atribuida la competencia para resolver las cuestiones litigiosas que plantea la vida social o entre los estudiosos del derecho, la norma jurídica resultante de la interpretación del enunciado normativo adquiere un peso específico singular como guía de acción del conjunto de los individuos. En tales supuestos, los miembros de la judicatura y la doctrina científica no han dejado de incorporar a la norma, su propia escala de valores, reconociendo en tales casos, que el elemento valorativo inherente a la actividad interpretadora desarrolla su función no ya matizando el significado de la norma sino produciendo a la norma directamente. No cabe duda, de que en estos casos, la común cultura jurídica puede ayudar, y de hecho ayuda a que las normas jurídicas que se deducen de un mismo enunciado normativo no se diferencien significativamente unas de otras. Pero en la existencia de esas inevitables diferencias se hace aún más patente que no hay posibilidad de determinar el significado del lenguaje jurídico prescindiendo del referido elemento valorativo.

---

<sup>447</sup> I. ARA PINILLA. *Teoría del Derecho*. Cit. Págs. 208 y ss.

## **CAPÍTULO SEXTO.**

### **LA INCIDENCIA DE LOS VALORES JURÍDICOS EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.**

## **CAPÍTULO VI.**

### **LA INCIDENCIA DE LOS VALORES JURÍDICOS EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.**

#### **6.1.- INTRODUCCIÓN.**

En los capítulos anteriores hemos venido precisando cuáles son los diversos medios en que el elemento valorativo puede incidir sobre el proceso de aplicación del derecho. Se abren, como hemos indicado, tres posibilidades: la primera es contemplar el elemento valorativo desde dentro de la propia norma, entendiendo que el intérprete aplicador del derecho, ha de buscar ante todo cuál es el espíritu de la norma legal en relación al supuesto concreto que se le plantea, de tal modo que podría hablarse de una acción del elemento valorativo interna a la propia norma legal.

La segunda posibilidad es considerar el elemento valorativo de la aplicación del derecho, como un elemento que opera al margen de la norma legal, cubriendo sus déficits de regulación, y en definitiva, dirigiendo la acción del intérprete aplicador del derecho en los casos en que las fuentes formales resultan insuficientes por no regular específicamente el caso regulado, con arreglo al principio jurídico objetivo del caso en cuestión que tiene lógicamente como norte la realización de

los valores jurídicos; de este modo, puede decirse que conforme a esta segunda posibilidad el elemento valorativo actuaría desde fuera de la norma legal, complementándolo cuando ello fuera necesario, en el complejo proceso que conduce a la determinación de la decisión jurídica.

La tercera posibilidad es considerar directamente al interprete aplicador del derecho como el creador de las diferentes normas jurídicas al interpretar los diversos enunciados normativos que componen los textos legales que el órgano judicial (o en su caso, la doctrina jurídica), toma en consideración en relación a los diferentes supuestos de hecho. En este sentido y si se asume que al interpretar los enunciados normativos el intérprete no puede dejar de incorporar a su acción interpretadora su propio sistema de valores, podríamos decir que, conforme a la tercera posibilidad apuntada, el elemento valorativo no actuaría ni dentro ni desde fuera de la norma jurídica, sino que él mismo conformaría el contenido de la norma jurídica en cuestión.

Llegados a este punto, y admitiendo que desde cualquiera de las tres perspectivas apuntadas, la acción del interprete-aplicador del derecho, es una acción necesariamente impregnada de elementos valorativos<sup>448</sup>, nos llega ahora el

---

<sup>448</sup> Así lo afirma igualmente, J. ITURMENDI MORALES, quien ve necesario el abandono de las conexiones lógico - formales para la interpretación del derecho, debiendo ser el jurista de nuestros días, “un jurista ético- filósofo injertado en un economista-político”. Así, afirma el autor que el “fin de la ciencia jurídica no ha de ser los conceptos mismos,

momento de determinar en qué sentido y con qué alcance opera el referido elemento valorativo. Esto es, hasta qué punto la acción del elemento valorativo puede provocar un mayor o menor grado de discrecionalidad en la decisión jurídica, si es que tal discrecionalidad existe efectivamente.

El tratamiento del problema de la discrecionalidad existe efectivamente; pero el tratamiento del problema de la discrecionalidad judicial exige ante todo que planteemos la cuestión previa de la integración normativa como cauce de la determinación de la decisión jurídica.

## **6.2- LA INTEGRACIÓN NORMATIVA COMO CAUCE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

En relación al problema de la interpretación del derecho hay que precisar que no se puede ver el orden jurídico

---

sino el ordenamiento pragmáticamente obtenido en la vida social”. Por tanto, el saber jurídico en cuanto saber hermenéutico “ha de ser un saber valorativo, cuyo juicio se origina en opciones vitales fundamentales, que se hallan compartidas, tanto en sus fundamentos como en sus actitudes, en la conciencia colectiva de cada momento histórico”. A esta nueva lógica de investigación, donde el interés central está ya no en la construcción de teorías del derecho sino que se centra el estudio en la hermenéutica de la interpretación del derecho la llama ITURMENDI la lógica de la “nueva dogmática”. *Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del derecho en Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica en Memoria y Homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1.906-1.980)*. Tomo I, Colección Estudios Políticos, Madrid, 1.983. Págs. 572, 573, 575 y 604.



estáticamente, sino dinámicamente, como una viva y operante concatenación productiva, se trata de buscar las valoraciones inmanentes y latentes.

En la interpretación jurídica el objeto se mueve al sujeto. “El texto literal del código funciona como una urdimbre o armazón que no se reanima si no es en contacto con la vida de la sociedad a la que es destinado, y se reanima sólo en la medida en que responda a las formas interiores del viviente sentido jurídico”<sup>449</sup>. De ahí que cuanto más amplia sea la apreciación integrativa, “el juez se halla autorizado a tomar en cuenta las divergentes concepciones éticas, religiosas, económico-sociales y en general el diferente clima cultural que conducirá a elaborar un derecho vivo diverso”<sup>450</sup>.

La interpretación jurídica contiene primeramente un momento cognoscitivo que consiste en conocer la ley, el pensamiento y en segundo lugar, una función normativa que es la función de obtener de la ley máximas de decisión y de acción práctica, integrándolo.

La interpretación jurídica da vida a las letras de las normas mediante el primer momento cognoscitivo o

---

<sup>449</sup> Por esta razón, el mismo código sería interpretado de forma diferente en dos países diferentes, el juez se halla autorizado a tomar en cuenta las diferentes concepciones éticas, religiosas, económicas y sociales.

<sup>450</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 48.

representativo donde el intérprete debe a aquellas normas y valoraciones del primer momento otorgarles vida y eficacia al presente; es inútil el mero reconocimiento teórico, la interpretación debe ir más allá, para buscar la norma aplicable al caso estudiada en su conjunto y para hacer igualmente una interpretación de los hechos, a los cuales debe hacer una diagnosis jurídica.

El buen intérprete debe plasmar en su cabeza el éxito de la interpretación que vaya a hacer y cuando hablamos de éxito queremos decir que aquella interpretación se adapte de la mejor forma al ambiente social; así, debe imaginarse la repercusión que tendrá la aplicación de la norma y si realmente corresponde al espíritu perseguido por esta norma. Por ello, todas las normas deben ser interpretadas pero, aún más, las normas generales y abstractas pues deberán ser reelaboradas buscando su éxito y finalidad social. Estas consideraciones nos llevan a plantearnos cual es el papel histórico de la interpretación:

### 6.2.1. El papel histórico en la interpretación jurídica.

La interpretación histórica<sup>451</sup> representa el estudio de las norma respecto sus valores históricos. El juez al estudiar la ley

---

<sup>451</sup> La interpretación histórica es diferente a la función del historiador o filólogo, que trata simplemente de tener una visión cognoscitiva, es decir “conocer” “contemplar”.

debe valorar los intereses que hay en juego, así como buscar la solución al conflicto y para ello se hace necesario buscar el verdadero sentido de las entidades sociales históricamente determinadas para así poder hacer una buena aplicación presente.

Es importante conocer la voluntad reguladora de aquella época pero no para detenerse allí, sino para que, partiendo de allí, se acomode la norma a la época contemporánea, es decir, la voluntad objetiva de la ley que no debe confundirse nunca con la voluntad subjetiva del legislador, no con sus circunstancias psicológicas individuales, sino que se trata de la intención del legislador como representante de un colectivo que busca los mejores intereses para la comunidad.

El reconocimiento histórico del contenido de la ley se halla estrechamente ligado a la ulterior tarea de una integración, que vinculándose a la nomogénesis<sup>452</sup> asume respecto a ella carácter complementario explicativo de valoraciones ya implícitas<sup>453</sup>. Es decir, existen dos momentos esenciales en toda interpretación jurídica, el primero consistiría en una reconstrucción histórica del contenido de la

---

<sup>452</sup> Modo en que fue pensada la norma en su origen y cómo los intereses en juego fueron coordinados, momento fundamental en la interpretación jurídica.

<sup>453</sup> E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 112.

ley (nomogénesis) y en segundo momento que se sustancia en una elaboración normativa, que es el elemento emocional valorativo o axiológico, inmanente a la norma misma a interpretar (tarea integrativa), todo ello bajo una coherencia dinámica, evolutiva y no estática y una congruencia objetiva emitiendo juicios de valor no propios sino que consiste en una elaboración de verificación de acuerdo a los juicios de valor que se deducen de la norma, y de ahí se puede obtener en la ley, la máxima de decisión adoptada a la situación de hecho concreta.

Existe la necesidad, por tanto, de verificar en primer lugar la norma jurídica o costumbre, es decir, operación de encajar hecho-norma para después verificarlo de nuevo pero de acuerdo a los juicios de valor que de ella se deducen, viendo si realmente esa norma encaja en el momento social actual, debiendo no olvidarse el intérprete del nexo tan importante que existe entre una reconstrucción histórica y el desarrollo integrador de la norma, pues puede pasar que el interés de aquella norma histórica esté vacía de sentido puesto que existe otro orden de valores e intereses<sup>454</sup>, o por el contrario, aquella norma siga siendo aplicable al presente. Pero la solución al caso la dará su estudio por medio de la interpretación, no pudiendo o no debiendo aplicar la norma sin más.

---

<sup>454</sup> Este es un fenómeno llamado por los psicólogos “heterogénesis de los fines”.

Pero no se puede olvidar que sólo una transformación histórica permite valorar la transformación que ha sufrido una institución y a la vez reconocer el significado de las nuevas instituciones. Con el cambio de los tiempos y con el traspaso de una legislación precedente en una posterior pueden ocurrir una serie de fenómenos, como puede ser la posibilidad de existencia de una “duplex interpretatio” de textos y leyes, la permanencia de viejos órganos y su progresiva orientación hacia nuevas funciones mediante una conversión interpretativa (fenómeno esclarecido en la Historia del Derecho por el método histórico-orgánico), igualmente surgen normas para la adaptación a las condiciones sociales y políticas evitando conflicto entre leyes preexistentes y sobrevenidas y en la dimensión contemporánea, coexistencia con otros ordenamientos jurídicos, existiendo la necesidad de flexibilidad respecto al derecho común<sup>455</sup>.

Es importante la adaptación al cambio de los tiempos al surgir cambios de valoración, y por lo tanto surge la tarea de adecuación ante la colisión de las valoraciones antiguas y nuevas, tal exigencia nace del importante cánón en el mundo de la interpretación, llamado “cánón de la totalidad hermenéutica”, es decir la referencia de las partes al todo.

---

<sup>455</sup> Incluso en Libia al adoptar la legislación italiana contrarrestada, se faculta al Magistrado, en caso de conflicto, tener verdaderos poderes legislativos.

La interpretación cumple la tarea de hacer vivir las leyes en la realidad histórico y social; en el lenguaje hay algo que la expresión lingüística no contiene. Así, podemos llegar a la conclusión de que la ley no es nada por sí misma, sino que se hace de acuerdo al ambiente social.

Por todo ello, creo necesario distinguir el alcance de la interpretación:

### 6.2.2. La integración como forma interpretativa.

Donde no aparezca una precisa disposición legal existe la necesidad de acudir a la presunción de una “voluntad del legislador”<sup>456</sup>, o suplirla por la voluntad del juez. Pero donde si existan dichas disposiciones<sup>457</sup>, la tarea del intérprete estará clara y éste recabará la máxima de decisión mediante una elaboración individualizante de las normas jurídicas en discusión, debiendo indicar la “ratio iuris” de esa norma, las

---

<sup>456</sup> “Voluntad del legislador” tomada no como forma autónoma y con intereses subjetivos y particulares, sino voluntad del legislador con miras a intereses sociales globales, creado eso si, desde su subjetividad.

<sup>457</sup> En el derecho anglosajón, una ley escrita suministra únicamente reglas, se busca el derecho en decisiones preferentes, pero el hecho de buscar decisiones no es interpretación, sino proceso analógico. El hecho de buscar la norma si es interpretación.

valoraciones de esa razón, reproduciéndolo y desarrollándolo en apreciaciones subordinadas y complementarias<sup>458</sup>.

No son apreciaciones silogísticas ( $A + B = C$ ) “todos los hombres son mortales”, “Sócrates es un hombre”, por lo tanto “Sócrates es mortal”, sino apreciaciones interpretativas a través de la sensibilidad jurídica del intérprete, su ojo clínico y su diagnóstico.

La interpretación de una regulación con lagunas, con inexistencia de disposición legal para un hecho concreto se sitúa no en el plano legislativo, sino en el plano interpretativo.

La integración elabora y crea, no ya normas jurídicas, sino normas de decisión, que sólo podrán ascender a normas jurídicas en virtud de un proceso de recepción y de absorción mediante las fuentes del derecho, por costumbre o por codificación.

La jurisprudencia elabora criterios de valoración, y de ahí las partes pueden saber la conducta que deben tener para el caso concreto y el juez, a su vez, puede obtener cual es la máxima de decisión, la sentencia, ya que el juez debe adaptar

---

<sup>458</sup> Al igual que Kelsen, muchos autores como Umberto Scarpelli fundamentaba su metodología en reglas controlables de conexión lógica y de coherencia semántica.

el derecho, la norma al caso particular debiendo deducir de ella su máxima de decisión<sup>459</sup>.

En caso de existencia de lagunas: en todo ordenamiento jurídico se da la existencia de lagunas<sup>460</sup>, es decir deficiencias o incoherencias advertidas por contradicción entre las partes o por contradicción con su finalidad. Los casos más corrientes de existencia de lagunas<sup>461</sup> pueden ser: lagunas insitas “ab origine” en la norma o sobrevenidas al modificar las relaciones; lagunas dependientes de deficiencias totales o parciales de cualquier elemento del tipo legal en el precepto (lagunas de valoración); lagunas dependientes de deficiencias totales o parciales de cualquier elemento del tipo legal en el precepto (lagunas de previsión); lagunas dependientes de la contradicción o alternatividad entre preceptos diversos (lagunas de colisión y lagunas de contradicción).

Pero, ¿ la interpretación judicial integradora de normas con lagunas “aplica” o “crea” Derecho?. Existe una colaboración del intérprete con el espíritu que aparece como “el autor de la declaración”, tiende a reproducir el

---

<sup>459</sup> A contrario de los formalistas, que niegan ese dinamismo de la norma, convirtiéndola en estática y no evolutiva.

<sup>460</sup> KELSEN niega, como es sabido, la existencia de lagunas.

<sup>461</sup> Al respecto, E. BETTI. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Cit. Pág. 134.



pensamiento, convirtiéndolo en idea propia, adecuada al momento concreto que vive la sociedad.

Pensamos que la colaboración conlleva siempre una creación porque no es una simple reacción pasiva ni es una reacción mecánica sino que el pensamiento lo renueva y repensándolo lo desarrolla, eso sí, sin poder separarse del significado originario, actualizando aquellas máximas formuladas.

Al hablar de “creación” del derecho puede ocurrir que se nos venga a la mente un cierto temor de que el interprete pueda utilizar a su antojo las normas, ya que puede otorgarles un sentido diferente al plasmado. Debido a ello resulta interesante realizar un pequeño análisis sobre el sentido de la discrecionalidad en derecho.

### **6.3.- EL SENTIDO DE LA DISCRECIONALIDAD JURÍDICA.**

Nos preguntamos ante todo dónde acaba la interpretación y dónde comienza la discrecionalidad: creo necesario para abarcar la respuesta, hacer una selección de los diferentes tipos de discrecionalidad en primer lugar.

a.- Discrecionalidad soberana absoluta que es legislativa y que sólo en vía excepcional puede ser delegada al órgano jurisdiccional.

b.- Discrecionalidad administrativa pura.

c.- Discrecionalidad técnica.

d.- Discrecionalidad de carácter supletorio complementario al servicio de la adaptación, se puede hablar de “Conceptos de valor” (criterios derivados de la conciencia social, a los cuales reenvían las normas jurídicas a interpretar o a aplicar).

### 6.3.1.- La discrecionalidad soberana del poder legislativo.

En el poder legislativo existe discrecionalidad y la única interpretación que puede existir es respecto al ordenamiento estatal, las competencias estatales, límites y parámetros establecidos en la Constitución. El poder legislativo debe actuar de acuerdo a las necesidades presentes de la vida social respetando la justicia; debe estudiar las verdaderas exigencias del ciudadano en su conjunto, estudio que no se hace mediante la interpretación sino desde otro aspecto, desde un estudio discrecional acoplado a las verdaderas necesidades, es decir, existen unos rigurosos límites para que dicha discrecionalidad

sea controlada por la justicia y que tenga una aplicación práctica y efectiva al ciudadano.

La interpretación en el caso de la decisión judicial se debe hacer mediante la equidad ya que el juez debe desarrollar una valoración comparativa de los intereses concurrentes, así que el juez deduce de las exigencias de equidad, la máxima de decisión, es decir, la sentencia.

### 6.3.2.- La discrecionalidad Administrativa.

En la administración es necesaria una previa interpretación y se deben investigar los fines de la ley. Criterios de conveniencia y de utilidad deben ser aplicados, así como debe hacerse un estudio de los intereses que concurren y de líneas de conducta posibles para la solución. Esta solución o elección de la conducta adecuada que debe tenerse debe hacerse según el criterio de racionalidad teleológica<sup>462</sup>, es decir, estudia racionalmente los fines de las cosas, dirigida al interés público.

---

<sup>462</sup> Esta racionalidad teleológica perteneciendo a la parte de la filosofía natural que estudia los fines de las cosas, está profundamente conectada con la doctrina del finalismo, que es la doctrina que admite la causalidad del fin en el sentido de que es la causa de los acontecimientos particulares.

Pero a través de esta racionalidad teleológica la administración valora cual es el interés público, colocándose en la misma situación que el legislador. Esta valoración que hace del interés público, significa el poder de una gran discrecionalidad por parte de la administración.

### 6.3.3.- La discrecionalidad técnica.

La apreciación del juez se conduce a través de las reglas propias de la disciplina de donde se deduce la máxima de decisión, no es apreciación vinculada, dicha discrecionalidad resulta ser realmente “una interpretación”.

### 6.3.4.- La discrecionalidad de carácter supletorio, complementario.

Se aplica al dar un cierto sentido a una norma jurídica cuyo valor no se ve reflejado, pero que está dentro de la conciencia social; en este caso si hay interpretación, pero se trata de una apreciación vinculada, no hay que olvidar esta vinculación porque si no hablaríamos de discrecionalidad en su sentido más puro.

Vamos a especificar: A veces el juez debe interpretar mediante una discrecionalidad, no ya remitida a leyes,

reglamentos, a técnicas, sino a juicios de valor, debido a la necesidad de adaptación a la conciencia social. Este reenvío no significa una recepción de estos juicios de valor convirtiéndolo en reglas jurídicas. No podemos llamar a esto discrecionalidad sin más, sino que se trata de una discrecionalidad supletoria o simplemente apreciación.

Si el precepto legal no tiene una fórmula precisa y taxativa, la apreciación es muy necesaria, se trata del momento hermenéutico espiritual, donde surge la “creación”, pero no una creación autónoma originaria y libre sino que se trata de un recrear subordinado a la objetividad de la norma a aplicar, elaborando el juez máximas de decisión.

Con esto llegamos a la conclusión de que la discrecionalidad bien utilizada no es un arma de poder individual, sino que sirve para adaptar la norma en la variabilidad de los supuestos de hecho y especificarla en virtud de la apreciación del tipo concreto. En la discrecionalidad de los jueces no son admisibles consideraciones de oportunidad; la decisión tomada en un momento histórico y en otro, serán diferentes pero el “criterio” de dicha decisión debe ser idéntico en el caso de existir dos mismas situaciones.

Ya que la situación en la administración es diferente, ello hace que el resultado de su apreciación sea controlable por la jurisdicción ordinaria, dentro del gran margen de la

actividad administrativa. La autoridad administrativa decide lo que exige el interés público, deduciendo la máxima, estando constituidos como “expertos del interés público” los órganos del poder ejecutivo. Puede darse el caso que la ley estatuya ella misma lo que exige el interés público por lo que intérprete se encuentra subordinado a la concreción de la ley. Pero en el caso de que la ley no lo estatuya, se remite a la discrecionalidad del poder ejecutivo, es éste el que decide libremente entre las diversas máximas de comportamiento, debiendo elegir una sola, pues en teoría debe haber una solución exacta. Es cierto que pueden existir diferentes puntos de vista subjetivos sobre el sentido a dar a un criterio extrajurídico que vive en la conciencia social, y al que la norma en discusión reenvía pero debe haber una única valoración. Las consideraciones de oportunidad no pueden ser admisibles.

En resumen, si falta una valoración legislativa, se remite a la autoridad la valoración de lo que exige el interés público forjando la máxima de decisión. El funcionario no debe violar su deber y debe tener en cuenta que el interés público es aquello que el órgano legislativo valora como tal en el correcto ejercicio de su competencia, salvo el control constitucional y el control político de la opinión pública.

Con lo que hemos visto, podemos ver que dónde quizá exista una discrecionalidad más peligrosa es en la administración, porque en otros casos, es decir, en el poder

legislativo, existe, en teoría, un deber más concienciado de respetar la justicia. Pero no podemos olvidar que la actividad administrativa está controlada por el tribunal Constitucional y por el control de interés público que debieran dar garantías de un buen funcionamiento de la Administración Pública; No se debe confundir el término “discrecionalidad” con el de “oportunidad” o “arbitrariedad”. La discrecionalidad puede ser muy beneficiosa pues se considera que viene acompañada también de operaciones interpretativas que le otorga de una base de apoyo esencial para dilucidar el sentimiento real de la ley o la aplicación de buena fe de todo tipo de disposición, con ello y confiando en el sentido del deber del funcionario, llegaríamos al buen funcionamiento de toda Administración.

Mientras que la apreciación discrecional tiene su sede en la actividad administrativa, la apreciación interpretativa más rigurosa tiene su sede en la actividad jurisdiccional, donde también puede haber casos discrecionales como ocurre en las sentencias dispositivas y en los casos en que admite una apreciación de equidad por parte del juez. Dicha equidad es muchas veces necesaria porque el orden jurídico, basándose en primer lugar en un proceso de autointegración, que a veces encuentra límites, necesita de una heterointegración por medio de los principios generales del Derecho que son la fuerza lógica y axiológica - la fuerza de los valores- y la Equidad<sup>463</sup>.

---

<sup>463</sup> Sentido de la justicia según ARÍSTÓTELES y reconocido por los juristas romanos.

En los casos donde es necesaria una enunciación general, pero que ésta no es la adecuada para suministrar la adecuada máxima de decisión, entonces surgen en la ley, las lagunas y deficiencias (aunque se regule la generalidad de los casos). Nos podemos preguntar dónde se halla esta deficiencia ¿está en la ley, o en el legislador? Se considera que existe una imposibilidad de regular todos y cada uno de los hechos jurídicos que acontecen, dada la diversidad de la naturaleza de cada hecho, por ello, la ley tiene necesariamente carácter general, y por lo tanto a veces, demuestra ser imperfecta o de difícil aplicación en los casos particulares. En tales casos, la equidad interviene para juzgar, no a partir de la ley, sino a partir de la justicia que la ley misma está destinada a realizar.

La equidad es superior no a lo justo en sí, sino a lo justo formulado en una ley que por razón de su universalidad está sujeta a error. Por ello, el intérprete siempre y cuando la norma esté formulada en términos generales, debe acudir a la equidad, es decir, siempre que la ley no sea taxativa sobre un asunto. Con todo ello, vemos que primaría la autointegración<sup>464</sup> del ordenamiento jurídico, pero siempre que esto no sea posible, es necesario acudir a la heterointegración.

---

<sup>464</sup> Es importante destacar los medios de interpretación conforme al art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional Permanente (analogía de normas y de Principio de Derecho Internacional).



#### **6.4.- LAS LIMITACIONES DEL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO EN EL DERECHO.**

Adentrándonos en el tema de la autointegración del ordenamiento jurídico, así como de la heterointegración es obligado pasar a formularnos, cuestiones relativas a la interpretación analógica.

En primer lugar es necesario definir el término analogía: Existen diversas definiciones sobre lo que es la analogía. “Así Bernard Windscheid la definía como la extensión de la ley ó igualdad del fundamento, posteriormente señaló que en lugar de fundamento puede decirse perfectamente principio de ley. En la misma línea, Ludwig Enneccerus y Nipperdey...

Castán Tobeñas señala que es la aplicación extensiva de la norma o más propiamente, de los principios extraídos de la norma a un caso no previsto por ella, pero que presenta afinidad o en términos más exactos, igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma regula. F.K. von Savigny, viene a decir que con la analogía se pretende resolver las contradicciones y dar al derecho la unidad que le es propia. De Castro indica que la analogía puede servir para obtener una nueva conclusión respecto a un caso, aplicándole la regla conocida, propia de un caso semejante. En el derecho la analogía significa buscar la solución para un caso no regulado

---

por la ley, probando sise le puede aplicar el principio que informa a una disposición legal reguladora de un caso semejante, esto es, que tiene con aquel caso algún carácter común”<sup>465</sup>.

#### 6.4.1.- El carácter de la interpretación analógica.

Se considera que la analogía no es decidir cómo habría decidido el legislador si hubiese fijado su atención a esas situaciones, es decir, no se trata de buscar una deducción verosímil basada en la razón. Este planteamiento se resuelve (bajo un punto de vista decisionista) viendo al derecho no como un producto de la razón sino como la decisión de una voluntad. A lo que pretendemos llegar es el hacer patente la movilidad que debe tener el derecho y el carácter de autointegración que cumpla la analogía. Por ello, la analogía, ya sea analogía legis (argumentada por materias o casos semejantes) o analogía iuris (justificada con la apelación de los principios generales del Derecho) otorgan al orden jurídico de una integración con medios propios teniendo presente y confiando en una coherencia del sistema.

Hay que tener en cuenta que la interpretación jurídica está basada en un orden jurídico que constituye una unidad

---

<sup>465</sup> C. de VILLAMOR MAQUIEIRA. *Notas para una teoría general del derecho*. Ed. Tomás Rodríguez, Cáceres, 1997. Pág. 384.

orgánica, una totalidad en si misma coherente, y es tarea de la jurisprudencia reconstruir el sistema a través de la experiencia jurídica y con los instrumentos conceptuales de la dogmática.

La analogía es un método indiscutible en la interpretación para recabar máximas de decisión con las que proveer a la autointegración del orden jurídico. La analogía, como dice la máxima del derecho, para ser legítima no debe estar prohibida “lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”.

Con todo esto, llegamos a la conclusión de que el carácter de la interpretación analógica es de autointegración del orden jurídico.

#### 6.4.2.- El fundamento de la extensión analógica.

Para algunos autores, el fundamento de la analogía se encuentra en el dogma de la voluntad legislativa. Es decir, se basan en la idea de que el intérprete debe buscar ante todo el significado de la ley tal y como fue pensada en aquel momento, con aquellas circunstancias por aquel legislador, no dando pie a una interpretación adecuada al momento histórico en la que va a ser aplicada. Se puede entender, el querer otorgar una pretendida seguridad jurídica, negando la movilidad de la ley en la busca desesperada de respetar los valores otorgados por el antiguo legislador, pero no se debe

olvidar que las circunstancias cambian al igual que el sentido de determinados valores, como puede ser el principio de la igualdad, por ejemplo, la escasa o nula participación de la mujer en una época en la que el hombre asumía todas las responsabilidades y en la que hoy ya se concretan en derechos hacia la mujer.

El intérprete debe representarse el éxito de la interpretación que se va a hacer buscando el sentido que mejor se adapte al ambiente social. Capograssi ya comentó que cuanto más generales y abstractos son los términos del precepto y cuanto más remotos sean, más se advertía la necesidad o exigencia de reelaborarlo, renovarlo, adaptarlo y adecuarlo a la vida.

Se considera que la generalidad da lugar a muchos vacíos que deben suplirse de acuerdo al momento histórico determinado en que va a ser aplicada esa ley.

Si la ley es acto de voluntad, “voluntad legislativa”, entonces no puede tener otro sentido que el contenido en la manifestación del acto de ese momento con aquellas precisas circunstancias. Por ello, la concepción voluntarista (primacía de la voluntad sobre el entendimiento) sitúa al Derecho fuera del perenne fluir de la historia, así que lo considera un sistema cerrado y completo.

No podemos considerar la norma como un particular hecho histórico, como instrumento preordenado a un fin normativo, es decir, su ratio (razón) viene dada por el fin, que es causa final, en vista de la cual fue promulgada. Si fuera así, se podría admitir sólo como dato fenomenológico y debería ser investigado por criterios teleológicos de interpretación, esto es destinados a su fin.

Sin embargo a la norma debe considerársela como expresión actualizada de una exigencia perenne que requiere observancia y entonces la ratio viene definida por su fundamento actual, el derecho es siempre consecuencia de un pensamiento e instrumento de un fin.

Lo que hace al Derecho es el pensamiento que se desarrolla y se manifiesta para traspasarse a otro pensamiento<sup>466</sup>, otro pensamiento que le da vitalidad y validez al momento en cuestión.

Con todo esto, se quiere decir, que el fundamento de la analogía descansa no en la voluntad de la ley, sino en su racionalidad, entendida como correspondencia a una exigencia históricamente determinada, por ello llegamos a la conclusión de que la analogía no necesita de una norma expresa que la

---

<sup>466</sup> Sobre esto se fundamenta la íntima racionalidad y coherencia del sistema positivo, que es obra de autointegración.

declare admisible, porque toda norma particular lleva consigo una posibilidad extensiva de desenvolvimiento.

Veamos ahora desde un punto de vista práctico, cuáles son los límites de la interpretación analógica:

El Art. 4.2 C.c. señala “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

#### 6.4.3.- Los límites de la interpretación analógica.

Existe una prohibición de interpretación analógica para las normas penales y para las normas que hacen excepción a las reglas generales.

Debemos ver el por qué de esta prohibición: para las normas penales no es válida una interpretación analógica porque pone en peligro la certeza del Derecho, lo mismo que una eficacia irretroactiva penal.

El ordenamiento que prohíbe la analogía en la calificación penal de los comportamientos antepone ante todo la certeza del derecho y garantiza la libertad individual, al contrario del ordenamiento que no lo prohíbe que considera primordial la defensa de la sociedad y el de la solidaridad con

los ciudadanos ante los peligros antisociales sacrificando la certeza del derecho<sup>467</sup>.

La cuestión es que si sacrificamos la certeza de derecho, el juez, ante una duda o incertidumbre respecto la máxima a elegir, se sentiría desorientado y dudoso y en el derecho penal esto no se debe permitir.

Respecto las normas excepcionales<sup>468</sup>:

- Frente a la competencia exclusiva de la autoridad estatal, las normas que autorizan la autotutela privada tienen carácter excepcional y será excluida la interpretación analógica para extender su alcance (la prenda, anticresis, cesión de bienes, retención).
- Existe el principio fundamental en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley; serán excepcionales las leyes que establezcan una condición de inferioridad de particulares, no pudiendo éstas ser objeto de una interpretación analógica (por ejemplo ser menor de edad).
- Otro principio fundamental es el de la retroactividad de la ley, pues rinde homenaje a la certeza del derecho; Cuando

---

<sup>467</sup> El antiguo Código penal soviético y el Código penal alemán bajo el régimen nacional-socialista admitían la analogía.

<sup>468</sup> El artículo 4.2 del Código civil señala: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

en virtud de valoraciones de oportunidad sean emanadas normas retroactivas dudosas no se admitirá su extensión analógica.

- Carácter excepcional tienen también normas por interés público: estado de sitio, guerra. Son excepcionales por el contraste con la normalidad de las situaciones, no por ser considerado con un diferente tratamiento jurídico, también llamadas normas temporales. Por lo tanto, no debe existir analogía.

Según la generalidad de la doctrina, el concepto de Derecho excepcional es un concepto de relación, en el sentido de que algo no es excepcional, sino respecto a otra entidad que se considere como la regla, de la que aquel algo es excepcional<sup>469</sup>. Existe una dificultad en distinguir las normas excepcionales pues no existe un criterio claro pero si que es necesario admitir, como lo hace la gran parte de la doctrina, la diversidad existente entre el Derecho “excepcional” y Derecho “especial”.

Las normas de Derecho especial “aplican las normas que presiden el ordenamiento jurídico a las singulares características de ciertos supuestos, mientras las normas excepcionales derogan dichos principios para determinadas

---

<sup>469</sup> M. BOSCARELLI. *Analogía e interpretazione estensiva del Diritto Penale*. Palermo, Priulla, 1955. Pág. 108.



hipótesis. Mientras la norma especial se “aparta” de la regla general, la norma “excepcional” se “opone” a ella. Mientras las normas especiales se contraponen a las generales, las excepcionales lo hacen a las regulares o normales. También se puede hacer otra diferencia pues el Derecho excepcional está constituido por unas pocas normas al margen, y el Derecho especial puede que por un nutrido grupo de ellas, que forme un pequeño subsistema dentro de un sistema general.

Para acabar con el tema de la analogía, sería importante distinguir dos conceptos: estos son el concepto de analogía y el concepto de interpretación extensiva.

#### 6.4.4.- Distinción entre la analogía y la interpretación extensiva.

Existen diferentes teorías respecto la definición de estos dos conceptos:

- La primera teoría es la que presupone en la interpretación extensiva, una voluntad efectiva del legislador, mientras que en la analogía se presupone una falta de toda voluntad, en la primera se sobreentiende la extensión, mientras que en la analogía no aparece legislado nada expresamente.

Pero podemos hacer una crítica a esta teoría: pues lo que hace posible la extensión, no es la voluntad del legislador, sino

la razón de ley, pues incluso si la voluntad del legislador fuese contraria a la razón, dicha voluntad no se tendría en cuenta, es decir, no podemos hablar de ella, pues nos estaríamos refiriendo al elemento subjetivo y lo importante en este caso es la razón de ley objetiva y sin olvidar que tampoco podemos contemplar la “ratio iuris” tal cual, sino conectándolo con el elemento sociológico actual, pero eso sí basada en la razón.

- Una segunda teoría es la que marca la diferencia entre las dos figuras respecto sus efectos: la interpretación extensiva extiende la misma norma, mientras que la interpretación analógica es una nueva norma.

Esta división puede pecar de superficial, pues en ambos casos se da la existencia de algo no regulado y la diferencia que se haga por extensión o por elaboración de una máxima nueva no parece el fondo del asunto, pues en ambas hay una interpretación.

- Una tercera teoría, plantea que la interpretación extensiva extiende las palabras mientras que la interpretación extensiva analógica extiende su pensamiento. En esta teoría lo que ocurre es que en ambas se exige una explicación o aclaración pero no se puede hablar de “extensión del pensamiento”, pues se considera que el pensamiento no se “extiende”, sino que se integra en una idea y se desarrolla.

Con todo esto, se llega a la conclusión de que la exigencia más alta es espiritualizar la lógica del Derecho a veces cristalizada y estática y no tener el prejuicio común a favor de la interpretación literal como por ejemplo la existencia de aforismos, entre ellos “in claris non fit interpretativo” (en la claridad no es necesaria la interpretación) o el prejuicio que hace contraponer la interpretación extensiva a la analogía y que intenta excluir ésta última de la interpretación propiamente dicha, pero como hemos visto<sup>470</sup>, los dos entran de lleno en la actividad interpretativa.

Pasemos a ver otro punto importante en el campo de la interpretación jurídica:

#### **6.5.- LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA COMO INSTRUMENTO DE DETERMINACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA.**

La interpretación auténtica es la interpretación que procede del mismo autor del precepto, pudiendo provenir del poder legislativo, ejecutivo o judicial, o sea por la misma parte legitimada (contratos privados), es decir, existe una identidad con el autor.

---

<sup>470</sup> BOBBIO, igualmente, opina que la interpretación extensiva y la analogía pertenecen a la actividad interpretativa.

Dicha interpretación auténtica elimina errores para la correcta aplicación del derecho pues la libre apreciación interpretativa puede ser hecha por criterios de conveniencia (principalmente por criterios de política legislativa) pudiendo llegar a resultados que no corresponden al verdadero sentido o espíritu de la ley; por todo ello, la interpretación auténtica conlleva la certeza del derecho, bajo un criterio de totalidad y de coherencia.

La elección de la apreciación interpretativa depende:

- Para la interpretación auténtica del legislador, de la discrecionalidad que le conciernen los valores sociales.
- Para la interpretación auténtica de las partes, de la autonomía o discrecionalidad que les corresponde en la valoración del propio interés privado.
  
- Para la interpretación auténtica del órgano jurisdiccional o también de un órgano administrativo, no es admisible una discrecionalidad semejante cuando no sea delegada por ley o no entre en la órbita de su competencia normativa de la materia en cuestión.

Mediante la interpretación auténtica se da una uniformidad del tratamiento jurídico en casos semejantes pudiendo tratarse lógicamente de una interpretación reconocitiva, pero hay que hacer mención especial en honor

---

a la certeza del Derecho y para eliminar abusos a la hora de aplicar una ley, a que existe una inadmisibilidad absoluta de una interpretación auténtica de las leyes penales en casos de ser más graves, es decir el principio de retroactividad debe ceder, pues como se sabe, la pena tiene una función pedagógica-social de prevención, no se trata del castigo por el castigo sino que dicho castigo se fundamenta en una política de inhibición hacia la sociedad, es decir, no va aplicada para infligir un mal individual sin utilidad social..

Los preceptos que pueden ser objeto de una interpretación legislativa son las normas legales en sentido material.¿Pero qué ocurre con un principio general del derecho o con una norma consuetudinaria?

Respecto al principio general del derecho, no puede plasmarse en una singular norma interpretativa, porque el Principio es un valor permanente en el derecho y no puede materializarse de una vez por todas en una norma, se trata de algo abstracto y el poder legislativo no puede llegar a la identificación con el autor del principio general. Con todo ello se quiere decir que el principio general no puede ser objeto de una interpretación auténtica.

Lo que sí puede verse como algo latente, es la norma de la cual se deduce el principio general, la cual no se concreta en esa determinada norma, sino que se encuentra en la estructura total del ordenamiento jurídico pero nunca se podrá identificar

al autor del principio general, por lo que sería imposible la interpretación auténtica.

En cuanto a las normas consuetudinarias, con la costumbre el derecho se forma a través de una autonomía por el comportamiento colectivo de un conjunto de personas inspiradas en una convicción común de responder a la superior instancia del Derecho, es decir “se continúa una regularidad” no como en la norma que “se sigue una regla”.

Para Savigny, el derecho, como el lenguaje, es algo propio de cada pueblo, contribuye a consolidar la identidad propia de cada pueblo “el derecho vive, como la lengua, en el espíritu de cada pueblo y, como la lengua, no existe propiamente en si mismo sino que es una manifestación más de la vida de los pueblos<sup>471</sup>”.

---

<sup>471</sup> Al igual que comenta Carlos Alarcón CABRERA “Como el lenguaje, el derecho surge consuetudinariamente en el espíritu de cada pueblo, pero de un momento histórico determinado requiere una “manifestación material”, que para la lengua consiste en el uso constante e ininterrumpido y en la aparición de la escritura, y para el derecho consiste en la consolidación de las formas jurídicas consuetudinarias y en la aparición del derecho escrito. En palabras de Savigny “este nexo orgánico entre el derecho y la esencia y el carácter del pueblo continúa con el paso del tiempo, como ocurre con la lengua. El derecho, como la lengua no tienen un momento de “éxtasis absoluto”, ya que queda sujeto al mismo movimiento y a la misma evolución de cada una de las restantes funciones del pueblo”. (SAVIGNY, 1814 Pág. 56). El mayor grado de desarrollo del derecho, así como el perfeccionamiento, lo alcanza cuando deja de emanar de todo el pueblo y pasa a tener su origen exclusivo en los juristas, y a recibir tratamiento científico.

No surge ya del espíritu de todo el pueblo, sino del espíritu de sus representados, los juristas. Los juristas son “los gramáticos del derecho”.

Como vemos, el poder legislativo no se puede identificar con el autor porque la voluntad ha surgido de ese comportamiento reiterativo de aquellas personas. Por lo tanto, no existe interpretación auténtica, aunque si que el poder legislativo puede confirmarlo mediante la escritura, pero esa ley no es ley interpretativa, sino confirmativa carente de retroactividad.

Pero nos podemos formular otra pregunta: ¿un reglamento puede constituir objeto de una interpretación auténtica por obra de otro reglamento?, es decir, ¿un reglamento puede dictar no sólo las bases y directrices del anterior reglamento, sino también su fundamento, motivo y explicación pormenorizada? En las materias penales esto no es posible; En las materias no penales debe verse si concurren los requisitos para que exista una interpretación auténtica: oscuridad en el precepto antecedente o posibilidad de varias interpretaciones divergentes.

Puede ser válido el reglamento posterior objeto de una interpretación auténtica si al anterior le falta certeza<sup>472</sup> pero lo

---

(Savigny, 1814 véase Di Lucia, 1994). En *Lecciones de lógica jurídica*. Cit. Pág. 74.

<sup>472</sup> “La falta de certeza era la primera carencia de la estructura social primitiva pues las normas reguladoras de comportamientos no formaban un sistema, sino un conjunto de pautas aisladas entre sí, sin características comunes, de tal modo, que cuando existan dudas sobre cuales son las normas, no hay ningún criterio para resolverlas. Contra la falta de certeza normativa el remedio es una regla secundaria de

que no es admisible es un control en torno a si la interpretación elegida es la más exacta hermenéuticamente porque aún inexacta es idónea para su finalidad. Si dicho reglamento no concurre con las circunstancias estaríamos ante la violación de la ley por exceso de poder y el nuevo reglamento debería invalidarse o privarle de eficacia retroactiva.

#### 6.5.1.- Diferencias entre la interpretación auténtica de la sentencia, del acto administrativo y del negocio jurídico de Derecho privado.

La Sentencia si que puede ser objeto de interpretación auténtica, es decir una interpretación vinculante producida por órganos del mismo poder, a los cuales los ha sido propuesto el problema de fijar el significado de la sentencia. Los diversos órganos pueden ser considerados como un solo sujeto, por lo que se considera que existe una identidad institucional pues todos pertenecen a un solo y mismo ordenamiento judicial: por ejemplo, al juez de casación se le confiere el poder de “corregir el derecho”, hacer coherente la motivación con la fijación del hecho y con la parte dispositiva de la sentencia o para entender el significado de una sentencia fijando la situación jurídica.

---

reconocimiento”. C. ALARCÓN CABRERA. *Lecciones de lógica jurídica*. Cit. Pág. 76.



Es importante destacar la diferencia entre interpretación auténtica legislativa y la interpretación auténtica jurisdiccional.

- En la interpretación auténtica legislativa influyen consideraciones de discrecionalidad, estando ello excluido en la Jurisdiccional.

- La interpretación auténtica legislativa es vinculante para todos los súbditos, mientras que en la jurisdiccional sólo para las partes.

Dentro del derecho Internacional, la interpretación auténtica jurisdiccional es la disciplinada por el Estatuto del Tribunal Permanente de la Haya.

- Interpretación auténtica del acto administrativo.

Cuando la aplicación de un acto administrativo presente dudas e incertidumbre, la autoridad administrativa viene autorizada para aclarar y fijar el significado:

- Por medio de una interpretación auténtica (cuando el problema consiste en una repetición ampliada del contenido tiene alcance retroactivo al momento en que aquel tuvo lugar).

- O confirmando el acto precedente (normalmente se aplica éste), no tiene carácter retroactivo y no se trata de interpretación auténtica, pues solamente “confirma”.

- Interpretación auténtica del Negocio de derecho privado.

Es una interpretación de autonomía privada, sin sentido jurídico pero si que es jurídicamente relevante. El objeto son las disposiciones y cláusulas de incierto significado.

Veamos las diferencias entre la interpretación auténtica privada y la interpretación administrativa y la jurisdiccional.

- La interpretación auténtica privada, no queda vinculada tan estrictamente a la situación jurídica preexistente y puede separarse la apreciación de la observancia de los comunes cánones hermenéuticos, observancia a la que el juez y el administrador quedan vinculados, aunque eso sí, admitiendo todas las formas de interpretación que conlleven a un esclarecimiento de significado.

- En la interpretación auténtica administrativa, queda ligada por un vínculo de subordinación al contenido de los actos a interpretar.

Así, la interpretación auténtica privada se parece más a la interpretación auténtica del legislador, que a la del administrador pues gozan de una libertad de apreciación igual a la discrecionalidad del legislador.

En relación con la interpretación administrativa se puede parecer respecto que ambos se aproximan a una confirmación o integración o modificación del negocio antecedente, pero eso sí, en los negocios unilaterales o plurilaterales requiere el acuerdo de todas las partes si es recepticio.

### 6.5.2.- La libertad del juez.

En el sistema anglosajón, las situaciones de hecho sirven para configurar, caso por caso, la jurisprudencia y la norma jurídica equivale a máxima de decisión<sup>473</sup>.

Sin embargo, en nuestro sistema, hay una dificultad técnica de formulación de máximas por varias razones: Por razón de competencia y por la consolidación entre exigencia de uniformidad y exigencia de revisión crítica propia de la interpretación jurídica. Si existieran máximas a la semejanza anglosajona tendría el posible inconveniente de exonerar al juez de su obligación de valorar críticamente, relajaría el espíritu crítico y por tanto la labor de interpretación.

La interpretación se orienta y dirige en nuestro sistema a fijar el significado y el alcance de los preceptos. La ventaja de la disciplina legal de la interpretación se halla en circunscribir al más estrecho margen la incertidumbre y la parcialidad de la

---

<sup>473</sup> Es el llamado “ius receptum” basado en el uso judicial.

tarea hermenéutica. Viene ligada a la observancia de la verdaderas normas jurídicas preceptivas.

Igualmente, buscando la seguridad jurídica, se advierte la necesidad de eliminar o reducir al máximo la incertidumbre debido a una posible ilimitada libertad de interpretar y por ello se reserva a determinados órganos jurisdiccionales la competencia y se somete a reglas legales la actividad.

La ley, la misma ley, parece contener en si misma diversos significados que resultan ser problemas a los que se intenta darle no ya un tratamiento pues esto resulta imposible, pero si un tratamiento general dominante, siempre siendo conscientes de que la verdad no es un dato natural, sino valor que nuestra mente es llamada a descubrir, no puede ser objeto de posesión definitiva ni monopolio de nadie, sino que se trata de una meta de aspiración que nunca quedará plenamente colmada.

La interpretación no puede ser acogida por nosotros como algo corporal, sin más, sino como, una exigencia de recrear por dentro y volver a expresar en nosotros la idea, por lo que debe existir una objetividad, es decir una subordinación respecto a la forma representativa y una subjetividad del intérprete, es decir, una sensibilidad, un renovar y reproducir el pensamiento ajeno en su interior y hacerlo propio desde aquella subjetividad.

No se puede abolir la imaginación del legislador en el procedimiento hermenéutico en contra de reducir radicalmente el texto, ignorando el contexto en que se hizo, pues estaríamos ante un literalismo que niega la existencia del espíritu de la ley; no puede haber duplicaciones en la conciencia del intérprete. Este debe crear una conciencia nueva situada en el momento actual con las circunstancias precisas: el texto, no es un puente para el pasado sino plataforma del presente.

El trabajo del intérprete consiste en superar la singularidad de la ley, para unirla a la totalidad del Derecho, a través de los cánones interpretativos de la coherencia y de la totalidad, pues debemos tener en cuenta que la interpretación jurídica no se agota en un mero reconocimiento de la ley tal y como ocurre con otra clase de interpretaciones tales como la histórica, sino que necesita de aquel momento reconocitivo y de un segundo momento reproductivo, de elaboración de acuerdo a los juicios de valor que de la norma se deducen adecuado al momento de su aplicación.

Al no existir un ordenamiento jurídico completo, y en base a la existencia de lagunas, se hace necesario un método de integración, el cual también es método interpretativo, como es la analogía que cumple un papel de autointegración del orden jurídico aplicado racionalmente; al igual que la interpretación extensiva, no olvidándonos de los métodos de heterointegración que son secundarios por razones de seguridad jurídica pero que nos permiten acudir a la equidad o

a la fuerza de los valores, los cuales actúan de forma valorativa y axiológica y no de forma lógica y dogmática. Existe una colaboración del intérprete con el espíritu de la ley hasta el punto de poder hablarse de “creación del derecho” en la interpretación judicial, pues dicha elaboración significa el renovar un pensamiento, desarrollándolo, y esto no es una reacción pasiva ni mecánica sino que es una operación de actividad.

Como vemos, hay muchos factores que pueden llegar a influir en la interpretación jurídica, no pudiéndonos olvidar de la importancia de la ciencia sociológica quien nos aporta datos fundamentales para obtener una visión más completa del tema en cuestión, pues no estamos hablando de operaciones silogísticas, sino de circunstancias donde puede existir una cierta discrecionalidad, un margen que a la misma vez es necesario para encontrar la verdadera luz de la norma, sea la ley, sean normas consuetudinarias, sean actos administrativos, sean las sentencias, o tratados internacionales.

El derecho no puede considerarse cerrado y completo, sino que camina en relación al fluir de la historia, como diría Santi Romano “las normas nacen y mueren como las hojas”, y debido a ello la interpretación se ocupa de buscar ese espíritu tan importante que toda norma posee.

## **6.6.- EL CARÁCTER AXIOLOGICAMENTE REGLADO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.**

La analogía jurídica y la interpretación del texto normativo que puede hacer quien lo haya creado, constituyen, ciertamente, instrumentos útiles para conseguir una decisión jurídica cuyo contenido resulte más respetuoso con el sentido general del ordenamiento jurídico y con la propia voluntad de quien ha dictado el enunciado normativo en cuestión. Pero no cabe duda de que la interpretación analógica es una actividad personal en la que el propio intérprete del enunciado normativo pone en acción su sistema de valores, incorporando a este sentido su propia subjetividad personal.

Otro tanto ocurre cuando el órgano judicial acude a la denominada interpretación auténtica con vistas a facilitar su tarea en la determinación del sentido de la decisión judicial, puesto que también la interpretación auténtica de la norma, para ser utilizada, requiere su interpretación por parte del órgano judicial. Hablaríamos así, de una interpretación de la interpretación auténtica, sin la cual ésta resulta completamente estéril con vistas a la determinación del sentido de la decisión judicial.

No cabe duda, por consiguiente, de que, en ningún caso, puede la utilización de los instrumentos técnicos que el derecho establece excluir la necesidad de configurarnos a la decisión jurídica como una decisión implicada en valores y

que, además, ella misma traduce en valores y en principios. Ahora bien, el problema es que el órgano judicial debe, ante todo, si quiere ser respetuoso con la Constitución, incorporar los valores y principios contenidos en el propio texto constitucional<sup>474</sup>.

Cabe, no obstante, pensar que estos valores y principios resulten inexpresos, pudiendo deducirse, sin embargo, del conjunto de la regulación jurídica, y de manera más específica, de los propios enunciados constitucionales. La distinción entre principios jurídicos explícitos o implícitos, comúnmente reconocida por la teoría del derecho, da cuenta puntual de esta posibilidad. Pero ello no obsta, como decimos, a que el texto constitucional siga constituyendo el punto de referencia fundamental para la localización de los mismos.

Así lo ha señalado oportunamente Federico Sorrentino<sup>475</sup> al expresar que: “La existencia de una Constitución escrita, aún con su carácter solemne y su tendencia a plantearse como fundamento de todo el ordenamiento estatal y el contenido axiológico y programático de sus disposiciones no modifica por si misma el razonamiento hecho hasta ahora (la necesidad de reconstruir el significado de

---

<sup>474</sup> Véase Capítulo I

<sup>475</sup> F. SORRENTINO. *Interpretazione e applicazione del principi generali de Diritto* en M. BASCIU (a cura di). *Soggetto e principi generali del diritto*. Atti del XV congresso nazionale. Pisa-Viareggio 16-18 Maggio, 1985.



los principios jurídicos a partir del contenido de las normas del sistema). Simplemente trasladada al texto constitucional la atención del intérprete, ya sea a través de la recepción por su parte de los principios (expresos), ya sea a través de la utilización de sus normas al objeto de reconstruir los principios generales”.

Otro tanto cabría decir en relación a los valores superiores del sistema jurídico que tanto pueden resultar expresados en las normas superiores del sistema, esto es, en las normas constitucionales, como sucede de forma paradigmática en el texto constitucional español<sup>476</sup> como resultado derivables de manera más o menos directa del conjunto de la regulación constitucional.

En realidad, la consideración de los valores superiores del sistema jurídico en las dos posibles vertientes apuntadas, proporciona el instrumento fundamental para construir una decisión jurídica ajustada a derecho, haciendo al mismo tiempo viva la plasmación en la propia decisión jurídica del elemento axiológico o valorativo que inevitablemente ha de acompañarla. En este aspecto aparece de manera fundamental la necesidad de provocar también en el ámbito de la aplicación del derecho y de la consiguiente expresión de las

---

<sup>476</sup> Así, el art. 1.1. de la Constitución española que señala que: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

consideraciones generales a realizar la fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética que propugnaba Ronald Dworking subrayando la idea, tal vez un tanto pesimista de que se trataba de “una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse”<sup>477</sup>.

Es llamativo en este respecto, que la mayoría de los juristas, tanto los juristas teóricos como los juristas prácticos, alejen del ámbito de la interpretación y de la aplicación del derecho la atención a los problemas axiológicos implícitos y a los propios principios generales del derecho.

Se piensa, tradicionalmente, que los valores superiores ya encuentran su correspondiente traducción en las normas del sistema jurídico, sin que por ello haya de remontarse a ellos a la hora de decidir las controversias que se presentan ante el órgano judicial correspondiente. Muchas veces, se entiende incluso, que los intentos de incorporar los valores superiores del sistema jurídico a la decisión judicial lo que hacen es dar entrada a un elemento extrajurídico que como tal resulta contaminante del sentido estrictamente jurídico que ha de tener cualquier decisión judicial. Todo ello al margen, por lo demás de las dosis de inseguridad en la aplicación del derecho que habría de provocar la apelación a valores superiores de contenido sustancialmente indeterminado.

---

<sup>477</sup> R. DWORKING, *Los derechos en serio*, traducción de M. Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1989. Pág. 233.

En relación a los principios generales del derecho, el planteamiento no difiere en sustancia con respecto al de los valores superiores, aunque sí presenta algunos matices de importancia relativamente secundaria. Y es que, los principios generales del derecho en conformidad con lo que, por lo demás, pueden expresar las normas básicas del sistema y junto a la función de fuentes del derecho, la correspondiente función de fundamento de las decisiones jurídicas que se adopten en el marco del sistema en cuestión. Pero se trata, en cualquier caso, de un reconocimiento un tanto devaluado, entre otras cosas, porque el juez busca normalmente en el texto legislativo el fundamento de su propia decisión, sin plantearse que la interpretación que puede realizar de dicho texto tenga que realizarse en función de los principios generales del derecho.

Otra cosa es que cuando no pueda encontrar una disposición jurídica directamente aplicable al caso planteado, los principios generales del derecho, puedan proporcionarle la base para la correspondiente decisión judicial. Es en este sentido como los principios generales del derecho operan como cierre del sistema jurídico en su conjunto, sin que ello suponga la aceptación de su función informante del conjunto del sistema jurídico, con la consiguiente apelación a la necesidad de realizar la interpretación de cada una de las

normas del sistema desde la perspectiva que ofrecen sus propios principios generales<sup>478</sup>.

El problema de la discrecionalidad de la decisión judicial queda así en buena medida reducido. El juez no debe interpretar los enunciados normativos con una discrecionalidad absoluta, sino que ha de dictar una decisión jurídica conforme con el sistema jurídico global. Y para ser conforme con el sistema jurídico global ha de ser conforme, ante todo, con los valores superiores del mismo y con los principios generales del mismo.

Cada una de las decisiones contenidas en los textos normativos requieren ser, así, pasados por el filtro de los valores superiores y de los principios jurídicos para poder constituir legítimamente el fundamento de cualquier decisión jurídica. Evidentemente, hay cláusulas que se brindan en mayor medida que otras a la operatividad que los valores superiores y los principios jurídicos cumplen como directrices de interpretación para las normas del sistema. A este respecto, no cabe duda de que la utilización indispensable de conceptos jurídicos indeterminados en los textos legislativos constituye el ámbito de aplicación más natural y evidentemente de tales

---

<sup>478</sup> Es en este aspecto curioso que este carácter informante de los Principios Generales del derecho sea asumido sin discusión por la mayoría de los autores que analizan el problema de las fuentes del derecho, sin que, sin embargo, se extraigan de ellas correspondientes consecuencias en orden a su aplicación y a la interpretación de los textos normativos que habría que presumir igualmente orientada o informada por los principios generales informantes del sistema jurídico global.

valores y principios, puesto que las fórmulas vacías que representan los conceptos jurídicos indeterminados, han de ser rellenadas precisamente en conformidad con los valores y principios<sup>479</sup>. Pero el juez no ha de perder de vista tampoco que la interpretación de las normas del sistema requiere, en cualquier caso, la atención a su fundamento axiológico al objeto de que no puede él mismo, como intérprete del derecho incorporar un contenido axiológico diferente del que reconoce bien explícita o implícitamente el texto constitucional.

Es así, como vemos, que los valores superiores y los principios jurídicos constituyen el criterio fundamental para determinar el contenido de una decisión judicial que de otro modo pudiera, tal vez, abrir un amplio abanico de discrecionalidad a la labor judicial.

Hay, no obstante, dos problemas que la remisión o la idea de los valores superiores y de los principios jurídicos deja aparentemente sin resolver, son los problemas que suscita la posibilidad de que los valores y principios del sistema no correspondan con la idea general de justicia ni con la

---

<sup>479</sup> Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Cívitas. Madrid, 1983; E. P. HABA, *Interpretaciones de los derechos humanos. El problema de los conceptos indeterminados y la doctrina de la seguridad nacional en el constitucionalismo latinoamericano* en Anuario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense nº 3, 1985, pág. 89 y ss; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretaciones y discrecionalidad administrativa*. Editorial Cívitas, Madrid, 1976.

realización con ninguno de los fines comúnmente atribuido al derecho, de un lado, y la posibilidad de que al interpretar el derecho en busca la decisión jurídica correcta puede el juez encontrarse ante un problema de colisión de valores o principios, de otro.

Con respecto a la primera de las cuestiones, no cabe duda de que la aplicación puntual del sistema jurídico habría de conducir a una decisión injusta, o si se prefiere, inadecuada desde el punto de vista de la legitimidad jurídica. Ello llevaría a plantearnos en toda su crudeza el problema de la justificación de la posible desvinculación del juez con respecto a las reglas del sistema. Pero ello no nos debe hacer perder de vista, que en tales casos, al inaplicar los principios y valores del sistema jurídico en cuestión sustituyéndolos por otros valores y principios diferentes, desde luego, mucho más legítimos desde un punto de vista democrático y moral, el juez está eludiendo la obligación que le impone el sistema jurídico de aplicar sus propias reglas.

Ello, no obstante, parece claro que el incumplimiento del deber de sometimiento a las reglas del sistema jurídico pueda ser en muchos casos, una obligación moral para el juez, sobre todo cuando están en juego la realización de valores tan relevantes como pueden ser la vida, la libertad, etc... Asumimos, en este punto las palabras de Ignacio Ara Pinilla cuando señala que: “En estos execrables supuestos, la lógica de la regla autorreferencial llevaría a resolver los problemas de

indeterminación semántica de las normas con arreglo a criterios autoritarios (la voluntad del dictador, la represión de la libertad, etc.), prescindiendo por completo del anhelado criterio intersubjetivo. Claro está que también se puede luchar contra el derecho injusto inaplicándolo, y que una forma de inaplicarlo es atribuir a sus conceptos indeterminados un contenido normativo que contradiga los principios del sistema. Operar así es no sólo legítimo sino moralmente obligatorio, pero ello no nos debe impedir ser conscientes de que al hacerlo nos estamos situando al margen del sistema jurídico que rechazamos<sup>480</sup>.

El segundo problema no hace más que poner de manifiesto que el orden jurídico en su conjunto tiende a la resolución de cuestiones diferentes o a la realización de valores o bienes constitucionales igualmente diversos.

Está claro que el juez habrá de aplicar el valor constitucional de que se trate en los casos en que éste no entre en colisión con ningún otro valor o bien constitucional. Y está claro, también, que cuando, por el contrario, se produzca la referida colisión, habrá de intentar salvaguardar en la medida de lo posible maximizando la realización de uno y otro. Pero en última instancia, la realización plena de ambos será imposible, todo lo cual le obligará a resolver el caso en cuestión, salvaguardando en mayor medida, uno u otro valor

---

<sup>480</sup> I. ARA PINILLA, *Teoría del Derecho*. Cit. pág. 477.

en atención a la propia naturaleza del caso y de las exigencias inherentes al mismo<sup>481</sup>.

Pero estos supuestos, lejos de oponer en discusión, el carácter ineludible del componente valorativo de la decisión jurídica, no hacen más que manifestarlo de manera directa.

En primer lugar, porque la decisión judicial, aún cuando puede hacer prevalecer la vigencia de uno de los valores sobre el otro, o de la realización más plena de un valor constitucional en detrimento del otro<sup>482</sup>, habrá de tener en cuenta necesariamente todos los valores y principios implicados en el asunto, justificando en cada caso la preterición de uno de ellos sobre la base de realizar de manera más plena en atención a la naturaleza del caso planteado, el otro valor en conflicto.

Y en segundo lugar porque la propia opción de optar por la más plena realización de uno u otro valor, constituye a su vez una decisión en la que el juez implica su propio sistema de valores, resultando igualmente controlable desde una

---

<sup>481</sup> Una posición original sobre este problema, negando el carácter irreductible de las colisiones de derechos y valores constitucionales puede encontrarse en P. SERNA – F. TOLLER. *La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Editorial La ley, Buenos Aires, 2.000.

<sup>482</sup> CH. PERELMAN, *L'interprétation juridique* en Archives de Philosophie du Droit. T. XVII, 1972. Pág. 36, señala a este respecto que “una de las principales tareas de la interpretación jurídica es encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas jerarquizando los valores que esas reglas deben proteger”.



perspectiva de la realización del sistema de valores que impone el texto constitucional. La ponderación de valores y derecho en conflicto constituye así, una decisión dictada en función de la realización de tales valores y derechos. Una decisión valorativa, desde luego, que tiene su razón de ser en el conjunto de valores que consagra la Constitución como fundamento formal y material del mismo.

## **CONCLUSIONES.**

### **PRIMERA.**

La interpretación jurídica constituye un presupuesto imprescindible para la aplicación de las normas jurídicas, tanto para la aplicación judicial en los supuestos de controversias jurídicas como para la aplicación pacífica en los supuestos de acatamiento y observancia de las normas jurídicas por parte de los particulares a quienes van destinadas. En el caso de la aplicación judicial, la interpretación del derecho adquiere un sentido específico como consecuencia de la función que le corresponde al juez de garante de la efectividad del ordenamiento jurídico sobre la base del principio del sometimiento del juez al derecho.

### **SEGUNDA.**

Existe una necesidad de la interpretación del derecho siempre; no cabe en ningún caso la supuesta claridad del texto legislativo; entre otras cosas, porque la claridad del texto legislativo es, en realidad, la consecuencia directa de su anterior interpretación: hasta que no se interprete el texto legislativo no se puede saber si es claro o no lo es. En este sentido, el principio de claridad de las normas jurídicas como

principio que excluye la necesidad de su interpretación representa una visión irreal del funcionamiento del ordenamiento jurídico que siempre requiere la atribución de significado a unos textos jurídicos que mientras no sean interpretados no pueden resultar operativos ni constituir la base para ninguna decisión judicial sobre ningún supuesto planteado.

### **TERCERA.**

El órgano judicial queda, no obstante, constreñido en el plano de la interpretación del derecho por el significado usual de las palabras; esto constituye, como por consiguiente, un límite negativo a la libertad interpretativa del juez. Pero el significado usual de las palabras no es una verdad definida por una vez por todas, y no nos conduce a una solución exacta e incontrovertida, Lo que sí hace es eliminar la posibilidad de que el intérprete de las normas jurídicas las atribuya significados inaceptables desde el punto de vista del grupo social al que van destinadas las propias normas; de este modo, no elimina, en absoluto, la necesidad de incorporar el elemento valorativo a la decisión jurídica, porque también hay usos diferentes e igualmente admisibles de las palabras en general y de las palabras de la ley en particular.

#### **CUARTA.**

La determinación del sentido de las palabras de la ley constituye, en todo caso, un aspecto meramente parcial del problema de la aplicación del derecho, porque el juez al aplicar el derecho lo aplica en relación a unos hechos que han de ser igualmente determinados; en relación a los hechos objeto de la controversia jurídica, el juez se basa normalmente en indicios ajenos a su percepción personal, encontrando además un obstáculo adicional en la necesidad de utilizar sólo las pruebas admitidas por el propio ordenamiento jurídico; la determinación de los hechos constituye, así, el resultado de una acción personal y hasta cierto punto, impredecible por no existir garantías de que tal determinación responde exactamente a los hechos tal como estos se produjeron en realidad.

El juez no puede, tampoco, en este punto desembarazarse de su propio sistema de valores a la hora de determinar cuáles han sido los hechos realmente acaecidos y a la hora de asumir la posible relevancia jurídica de los mismos.

## **QUINTA.**

El hecho de reconocer que el juez, en el doble proceso de interpretación de los hechos y de la interpretación de las normas jurídicas que le son aplicables, realiza una operación política o valorativa, obliga, también, a plantearse la necesidad de controlar la acción del órgano judicial y el contenido de sus sentencias. Ante todo, porque éstas habrán de representar los valores inherentes a las normas que integran en una consideración sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico. Esto implica, reconocer que las normas traducen valores y que, en consecuencia, han de ser interpretadas con arreglo a criterios generalmente asumidos en la búsqueda del principio normativo de cada concreto supuesto de hecho que se de en la realidad.

## **SEXTA.**

La incorporación del elemento valorativo a la decisión judicial puede producirse a través de diferentes vías: Estas son principalmente tres.

En primer lugar, la consideración de la idea de la incardinación del elemento valorativo desde un perspectiva interna a la ley; en segundo lugar, la consideración de la búsqueda del elemento valorativo al margen del propio texto

de la ley; y en tercer lugar, la consideración de la norma jurídica como resultado directo de la actividad interpretativa de los enunciados jurídicos que realizan los órganos judiciales.

### **SÉPTIMA.**

Desde la perspectiva de la consideración del elemento valorativo como elemento interno al propio texto legislativo se entiende que el intérprete aplicador del derecho ha de buscar, ante todo, sobre la base de las teorizaciones de numerosos autores, paradigmáticamente representados por la obra de Emilio Betti y Vittorio Frosini, cuál es el espíritu de la obra legal en relación al supuesto concreto que se le plantea; la norma, no viene, así, aplicada tanto en su texto como sobre todo en su espíritu, porque se entiende que toda norma representa ya en su texto una finalidad concreta y ha de aplicarse en los diferentes supuestos de hecho sobre la base de la representación de su propio espíritu en función de las diferentes características que tiene cada uno de los supuestos fácticos representados.

## **OCTAVA.**

Las doctrinas de la libre interpretación científica representadas principalmente en el continente europeo por Francois Geny y Eugen Ehrlich y en Norteamérica por Benjamín Nathan Cardozo representan el ejemplo directo de la búsqueda del elemento valorativo que ha de regir la decisión jurídica al margen del texto de la ley. En este sentido, se considera al elemento valorativo de la aplicación judicial del derecho, como un elemento que opera al margen de la norma legal, cubriendo sus déficits de regulación, y en definitiva, dirigiendo la acción del intérprete aplicador del derecho en los casos en que las fuentes formales resultan insuficientes por no regular específicamente el caso objeto de examen, con arreglo al principio jurídico objetivo de dicho caso, que tiene lógicamente como norte, la realización de los valores jurídicos,

De este modo, puede decirse, que conforme a esta segunda posibilidad, el elemento valorativo actuaría desde fuera de la norma legal, complementándola cuando ello fuera necesario, en el complejo proceso que conduce a la determinación del contenido de la decisión jurídica.

## **NOVENA.**

La consideración de la norma jurídica como resultado directo de la interpretación judicial de los enunciados jurídicos, ha sido sostenido de manera original en la obra del jurista italiano Giovanni Tarello y continuada por su discípulo Ricardo Guastini.

Conforme a esta tercera opción de incorporar el elemento valorativo a la decisión judicial se considera inmediatamente al intérprete aplicador del derecho como el auténtico creador de las diferentes normas jurídicas, al interpretar los diversos enunciados normativos que componen los textos jurídicos que el órgano judicial toma en consideración en relación a los diferentes supuestos de hecho. En este sentido, y si se asume que al interpretar los enunciados normativos, el intérprete no puede dejar de incorporar a su acción interpretadora su propio sistema de valores, podríamos decir, por consiguiente, que conforme a esta posibilidad el elemento valorativo no actuaría ni desde dentro ni desde fuera de la ley, sino que él mismo conformaría el contenido de la norma jurídica en cuestión.



## **DÉCIMA.**

Habiendo asumido que los enunciados normativos responden a determinados objetivos y reflejan determinados valores, la interpretación de los textos normativos requerirá la consiguiente consideración conjunta del texto de la ley, de los objetivos y fines perseguidos por ella en relación al contexto social en el que se produce y que trata de regular, y , de los valores jurídicos que la misma representa.

Esta consideración sistemática se extiende, por lo demás, al conjunto de las normas jurídicas y de los objetivos, fines y valores de las mismas, en la representación global del conjunto del ordenamiento jurídico. Ello implica, en última instancia, la consideración de la idea de la interpretación de las normas jurídicas con arreglo a los valores representados en el texto constitucional, en tanto que norma básica del sistema jurídico que ha de iluminar a las diferentes interpretaciones que el juez pueda realizar en el proceso que conduce a la determinación del contenido de la sentencia judicial. En este sentido, la discrecionalidad de la decisión judicial encuentra un elemento inequívocamente reglado en los valores que la propia norma representa en relación al supuesto de hecho planteado, y en general, en los valores superiores del ordenamiento jurídico implícita o explícitamente contenidos en el texto constitucional.

## **UNDÉCIMA.**

La interpretación de las normas jurídicas desde la perspectiva global del conjunto de valores del sistema jurídico encuentra un obstáculo desde el punto de vista de la realización del ideal de justicia en el caso de que la norma superior del sistema no responde a un criterio de legitimidad democrática realmente asentado. En este tipo de supuestos, la interpretación con arreglo al conjunto de valores reflejados en la norma superior del sistema puede conducir a soluciones discutibles desde el punto de vista de la legitimidad; pero el hecho de que sean discutibles tiene su raíz, precisamente, en la ilegitimidad del sistema jurídico eventualmente no democrático. En este tipo de casos, se plantea la posibilidad de la aplicación de valores extraños al sistema jurídico de manera paralela a como se plantea la desobediencia a las normas de un sistema jurídico que pudiera considerarse ilegítimo.

## **DUODÉCIMA.**

La atención a los valores superiores incorporados implícita o explícitamente al texto constitucional puede provocar también supuestos de colisión entre valores constitucionales que en principio no guardan entre sí una jerarquía axiológica que pudiera establecer la primacía de unos sobre otros. Este tipo de casos no cuestionan, en absoluto, la

vigencia de la idea de la interpretación de las normas jurídicas con arreglo al conjunto de valores del sistema jurídico en cuestión. Ante todo, porque cabe que no exista colisión de valores, en cuyo caso el juez aplicará directamente el valor constitucional de que se trate, y porque incluso en los supuestos de colisión, el juez habrá de salvaguardar, en la medida de lo posible, los valores enfrentados, tendiendo a la máxima realización compatible de tales valores.

Evidentemente, es posible que no quepa una realización absoluta de los valores enfrentados, lo que obligará a asumir la ponderación de los valores jurídicos en juego como idea clave para la interpretación del derecho. Pero el hecho de que no quepa una realización completa y simultánea de los valores enfrentados no hace más que destacar, una vez más, la necesidad de acudir, desde cualquiera de las vías antes expresadas, al elemento valorativo en la realización máxima que permitan las circunstancias del caso, con vistas a la determinación definitiva del contenido de la decisión judicial.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

C. ALARCÓN CABRERA, *Lecciones de la lógica jurídica*. Editorial Mad, Sevilla, 2.000.

I. ARA PINILLA, *Teoría del derecho*. Taller Ediciones J.B., Madrid, 1.996.

I ARA PINILLA, *La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho* en J. AYLLON , G. ESCALONA Y M. E. GAYO, ( coordinado por). Homenaje al profesor Antonio Fernández Galiano, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1.995.

ARISTÓTELES, *Metaphisica*, Editorial Ross, Oxford, 1.924.

R. DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.955.

M. ATIENZA, *Sobre la analogía del derecho*. Editorial Cívitas, Madrid, 1.986.

M. BELLOSO MARTÍN - J. SANTAMARÍA IBEAS, *Materiales para prácticas de teoría del derecho*. Editorial Dykinson, Madrid, 1.997.

M. BELLOSO MARTÍN, *El control democrático del poder judicial en España*. Mohino do verbo Editora, Curitiba- Paraná (Brasil), 1.999.

M. BOBBIO. *Teoría dell ordinamento giuridico*. Editorial Giappichelli, Torino, 1.960.

J. BONNE CASE, *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Méjico, 1.994.

M. BOSCARELLI, *Analogía i interpretazione estensiva del diritto penale*. Palermo, Priulla, 1.955.

B. N. CARDOZO, *The growth of the law*. Yale University Press, New Haven, E.E.U.U., 1.924.

B. N. CARDOZO, *The paradoxes of legal science*. Editorial Columbia, University Press, Nueva York, 1.928.

B. N. CARDOZO, *La naturaleza de la función judicial*. Editorial Arayú, Buenos Aires, 1.955.

G. R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1.990.

J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*. Editorial Reus, S.A., Madrid, 1.984.

B. DE CASTRO, *Teoría del derecho* en A. FERNÁNDEZ GALIANO- B. DE CASTRO CID. *Secciones de Teoría y Derecho natural*. Editorial Universitas, Madrid, 1.999.

A. CATANIA, *Decisione e Norma*. Casa Euditrice Eugeni Jovene. Napoli, 1.979.

J. CHEVALIER, *Interpretation et droit*. Etablissement Emile Bruylant, Bruselas, 1.995.

A. CONTE, *Ordinamento giuridico*. Voz del Novísimo Digesto Italiano. Vol. XI, Torino, 1.964.

C.COSSIO, Prefacio a la obra *La naturaleza de la función judicial*. Editorial Arayú, Buenos Aires, 1.995.

R. DWORKING, *Los derechos en serio*. Traducción de M. GUSTAVINO. Editorial Ariel, Barcelona, 1.989.

E. EHRLICH, *Über Lucken im Rechte* en *Juristische Blätter*, 1.908.

E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1.903.

E. EHRLICH, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, 1.913.

M. J. FALCÓN, *El argumento analógico en el derecho*. Editorial Cívitas, Madrid, 1.991.

G. FASÓ, *Historia de la filosofía del derecho*. Vol. III., Traducción de J.F. LORCA NAVARRETE. Editorial Pirámide, Madrid, 1.981.

A. FERNÁNDEZ GALIANO. *El iusnaturalismo* en A. FERNÁNDEZ GALIANO Y B. DE CASTRO CID. *Lecciones de Teoría del derecho y derecho natural*. Editorial Universitas, Madrid, 1.999.

A. FERNÁNDEZ SUAREZ, *Sentido y función de la motivación de las decisiones judiciales* en J. M. AYLLON, G. ESCALONA, M. E. GAYO, homenaje al profesor ANTONIO FERNÁNDEZ GALIANO. Facultad de derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1.995.

L. FRIEDMAN, *Introducción al derecho norteamericano*. Traducción de J. VERGÉ I GRAU, Librería Bosch, Zaragoza, 1.988.

V. FROSINI, *Teoría de la interpretación jurídica*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1.991.

V. FROSINI. *La letra y espíritu de la ley*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1.995.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Cívitas, Madrid, 1.983.



M. GASCÓN ABELLAN, *Interpretación y creación judicial del derecho. La incidencia del Tribunal Constitucional en el sistema de fuentes* en J. BETEGÓN, M. GASCÓN, J.R. DE PÁRAMO, L. PRIETO en *Lecciones de teoría del derecho*. Editorial M.C. Graw- Hill, Madrid, 1.997.

M. GASCÓN ABELLAN, *Los hechos en el derecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.999.

G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*. Editorial Giappichelli, Torino, 1.960.

F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol. París, 1.915.

F. GENY, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*. Editorial Comares, Granada, 2.000.

F. GENY, *Metode et sources de droit privé positif*. Paris, 1.899.

J. J. GIL CREMADES, *La motivación de las decisiones jurídicas* en A.A.V.V. Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches, México, 1.980.

R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni nulle Preleggi*. Editorial Giappichelli, Torino, 1.989.

R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè Editore, Milano, 1.993.

R. GUASTINI, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del derecho*. Traducción de J. FERRER I BELTRÁN. Editorial Gedisa, Barcelona, 1.999.

GURVITCH, *Determinismes sociaux et liberté humaine*. 1.955.

E. P. HABA. *Interpretaciones de los Derechos Humanos. El problema de los conceptos indeterminados y la doctrina de la seguridad nacional en el constitucionalismo latinoamericano* en Anuario de Derechos Humanos. Facultad de derecho, Universidad Complutense, nº 3, 1.985.

H. L. A. HART, *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral* en H. L. A. HART. *Derecho y moral. Contribución a su análisis*. Traducción de G.R. Carrió, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.962.

HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*. Vol. I, Madrid, 1.971.

HERRERO DE MIÑÓN, *Los aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil*. Revista de Estudios Políticos, n° 198, 1.979.

HOBBS, *De Cive*, 1.642. I.

HOLMES W., *The path of the law* en Harvard Law Review. Vol. 10.

HUME, *Inquiry concerning the principles of morals*. Editorial T.H. Greeny, 1.752.

J. ITURMENDI MORALES, *Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del derecho en Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica, en Memoria y Homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1.906 – 1.980). Tomo I, Colección Estudios Políticos, Madrid, 1.983.*

V. ITURRALDE SESMA, *El precedente en el Common Law. Editorial Cívitas, Madrid, 1.995.*

M. JORI- PINTORE. *Manuale di teoria generale del diritto. G. Giappichelli Editore, Torino, 1.998.*

E. KANT, *Idee zu eine allgemeinen Geschichte in Weltbürgerliche Absicht. 1.754, tesis V.*

M. VAN KERCHOVE, *La doctrine du sens clair del textes et la jurisprudence de la Cour de Casation de Belgique en M. VAN DE KERCHOVE, L'interpretation en droit, approche pluridisciplinaire, Publications del facultés universitaires, Saint Louis, Bruselas, 1.970.*

M. VAN KERCHOVE- F. OST, *Jalons pour une theorie critique du droit*, Bruselas, 1.987.

J. M. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, I. J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Elementos de derecho civil. Introducción a la parte general de derecho civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 1.998.

K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO. Editorial Ariel, Barcelona, 1.980.

I. LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la filosofía del derecho contemporáneo*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1.999.

G. LUMIA, *Liniamenti de teoria e ideología dell diritto*. Milano, 1.973.

A. LLAMAS GASCÓN. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. Universidad Carlos III, Madrid, 1.993.

L. MARTÍN MIRAT. *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*. Editorial Dykinson, Madrid. 1.999.

L. MARTINEZ ROLDÁN- J. A. FERNÁNDEZ SUAREZ, *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel, Barcelona, 1.994.

L. MIRAUT MARTÍN. *Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos* en Revista de Ciencias jurídicas de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, nº3, 1.998.

L. MIRAUT MARTÍN , *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*. Editorial Dykinson, Madrid, 1.999.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Traducción de M. BLÁZQUEZ Y P.P. DE VEGA, Editorial Tecnos, Madrid, 1.980.

J. L. MONEREO PÉREZ, *El pensamiento científico jurídico de Geny: el problema del método*. Estudio Preliminar a F. Geny. *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*, Editorial Comares, Granada, 2.000.

A. MONTOYA, *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.998.

J. L DE LOS MOZOS, *Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación jurídica en la obra de F. Geny*. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico, n° 20, 1.991.

K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Editorial Labor, Barcelona, 1.980.

L. PAREJO ALFONSO. *Constitución y valores del ordenamiento*. Editorial Curia, Madrid, 1.999.

G. PECES BARBA- L. PRIETO SANCHÍS. *La Constitución española de 1.978. Un estudio de derecho y política*. Fernando Torres Editor, Valencia, 1.981.

G. PECES BARBA, *Los valores superiores*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.984.

CH. PERELMAN- P. FORIES, *La motivation des decisions de justice*. Editorial Bruylant, Bruselas, 1.978.

CH. PERELMAN, *L'interpretation juridique* en Archives de Philosophie de droit, T.XVII, 1.972.

A. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.984.

L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.993.

J. PUIG. BRUTAU, *Compendio de derecho civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 1.987.

O. RABASSA. *El derecho angloamericano*. Editorial Porrúa. Méjico, 1.982.

M. REALE, *Introducción al derecho*. Traducción de V. BRUTAU PRATH, Editorial Pirámide, Madrid, 1.989.



M. REHBINDER, *Sociología del derecho*. Editorial Pirámide. Berlín, 1.981.

G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique* en *Annales de Faculté de droit d'Aix*, 1.981, n°1.

M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1.991.

M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Ley y derecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.976.

A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de G. R. CARRIÓ. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Eudeba, Buenos Aires, 1.963.

R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto* en *A.A.V.V studi in memoria di GIOVANNI TARELLO*. Vol II, *Saggi teorico giuridica*, Giuffré editore, Milano, 1.990.

F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos. Interpretaciones y discrecionalidad administrativa*. Editorial Cívitas, Madrid, 1.976.

P. SALVADOR CODERCH, *Comentario al artículo 3.1. del Código civil* en M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART en *Comentarios al código civil y compilaciones forales*. Editorial Revista de Derecho privado. Editorial de Derechos Reunidos Edersa, Madrid, 1.992.

F. K. Von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1.814.

F.C. S. SCHILLER Y W. JAMES, *Introduction to philosophie*, Wildelband.

U. SCHROTH, *Hermenéutica filosófica y jurídica*. Traducción de J. A. GARCIA AMADO en A.KAUFMAN, W. HASSEMER, G. ROBLES. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Madrid, 1.992.

B. SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Traducción de ALONSO OLEA, Editorial Cívitas, Madrid, 1.980.

P. SERNA- F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.000.

R. SORIANO, *Compendio de teoría general del derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1.963.

F. SORRENTINO, *Interpretazione e applicazione del principi generali del diritto* en M. Basciu en *Soggetto e principi generali del diritto*. Atti del XV Congresso Nazionale, Pisa, Viareggio, 16-18 Maggio, 1.985.

R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*. Editorial Temis, Méjico, 1.992.

G.TARELLO, *Il realismo giuridico americano*. Giuffré Editore, Milano, 1.962.

G.TARELLO, *Diritto, Enunciati, Usi*. Il Molino, Bologna, 1.974.

G.TARELLO, *L'Interpretazione della lege*. Giuffrè Editore, Milano, 1.980.

G. TARELLO, *La escuela de la exégesis y su difusión en Italia* en G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*. Traducción de I. ROSAS ALVARADO, Fondo de cultura económica, Méjico, 1.995.

M. TARUFFO, *Ley y juez en el "rule of law" y en el constitucionalismo americano* en P. A. IBÁÑEZ (director) en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.999.

R. J. VERNENGO, *Interpretación del derecho* en E. GARZÓN VALDÉS, J. LAPORTA, *El derecho y la justicia*. Editorial Trotta, Consejo Superior de investigaciones científicas, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1.996.

C. de VILLAMOR MAQUIEIRA. *Notas para una teoría general del derecho*. Ed. Tomás Rodríguez, Cáceres, 1.997.