

La interpretación de la ley (*)

LUIS DIEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

La elección del tema de esta disertación no ha resultado una tarea fácil ni cómoda y se ha producido después de no pocas vacilaciones. Los profesores somos a veces demasiado amantes de la especialización y con frecuencia proclives a la búsqueda de temas en los cuales sea posible hacer gala de alguna dosis de erudición. No diré que este tipo de trabajos no proporcione una indudable utilidad en la medida en que contribuyen a resolver un problema o, por lo menos, a aportar un cierto número de datos que arrojen sobre el mismo alguna luz. Sin embargo, en ellos queda en pie lo que a mí me sigue pareciendo nuestro tema central: esto es, el sentido último que posee la reflexión y la búsqueda que el jurista lleva a cabo. Porque este es el problema que tenemos más o menos conscientemente planteado y el que yo quiero plantear. El planteamiento del problema creo que es además una especie de examen de conciencia. Con ello quiero decir que no se trata tanto de explicar o de explicar lo que otros han pensado como de llevar a cabo una nueva meditación. Siempre he creído que la aventura intelectual es, como las cartas de identidad, algo eminentemente personal o intransferible; que uno debe ir construyéndose solitaria y fatigosamente una imagen del mundo —también, naturalmente, del mundo jurídico— y que en esta construcción lo que otros han pensado es un material inestimable, pero es solamente un material. Una vez más, también aquí, no se trata tanto, me parece, de creer en algo, ni de encontrarle unos fundamentos más o menos claros, o más o menos serios, a la creencia que se profesa, cuanto de capturar una idea.

(*) Por invitación amable del Decano Comisario de la Facultad de Derecho de San Sebastián, dentro del ciclo titulado "La Ciencia Jurídica Española en los últimos años", pronuncié el 2 de septiembre de 1969 una conferencia sobre "Nuevas orientaciones y perspectivas en materia de interpretación". Una posterior reelaboración de aquel trabajo me sirvió de base para redactar el discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, honor que debo a la bondad de los excelentísimos señores don Emilio Attard Alonso y don Vicente Pons Franco. A la generosidad de este último actual Presidente de la Academia y Decano del Colegio de Abogados debo también la licencia para publicar el presente texto, que es sustancialmente el mismo que fue objeto del discurso y que conserva por ello la estructura de una pieza de este género.

Por eso, mis palabras de esta tarde, si tienen algún sentido, yo quisiera que fuesen entendidas, antes que como cualquier otra cosa, como una meditación o como una cavilación sobre el quehacer de los juristas o sobre nuestro quehacer como juristas. Dicho de una manera rápida y quizá un poco rudamente, el esquema de la pregunta es éste: ¿de qué se trata?; ¿cuál es la sustancia, la naturaleza y el significado de la actividad de los juristas?; ¿qué es lo que hacen?; ¿cómo lo hacen?; ¿para qué lo hacen?

Ninguna cuestión hay, seguramente, dentro del campo jurídico, que sea tan trascendente como ésta y que haya sido en los últimos años objeto de un debate tan amplio y tan apasionado. Ninguna cuestión es como ésta tan esencialmente aporética y ninguna continúa tan renovadamente vigente. De esta renovada vigencia que la cuestión adquiere en nuestros días es en muy buena parte culpable la aguda situación de crisis —crisis ideológica y crisis social— por la que, querámoslo o no lo queramos, atraviesa este mundo en el que nos ha tocado vivir. Esta crisis de nuestro mundo, es, en primer lugar, una aguda crisis social, que puede ser considerada como una crisis de los modos y modelos de comportamiento humano, producida, probablemente, por la revolución tecnológica y por la llamada explosión demográfica. Es, en segundo lugar, una crisis de las ideologías o de las creencias que dotan de sentido a esos comportamientos humanos. No quiero decir —por supuesto que no— que presenciemos, como se ha dicho, un “ocaso de las ideologías”. Lo que ocurre es que aquellas ideologías y creencias que nosotros habíamos heredado de nuestros mayores, han ido perdiendo todo o gran parte de su sentido y que no hemos encontrado todavía otras con las cuales podamos sustituirlas.

En el campo jurídico ello significa que tenemos que dar una respuesta a la pregunta por el sentido del quehacer de los juristas. Ser creyentes del positivismo, ni creyentes del *ius naturalismo*, lo que, si bien se mira, es una honda tragedia.

Efectivamente: no podemos ser positivistas. El contexto histórico de nuestra vida nos lo impide. La época de las dictaduras totalitarias y el final de la segunda guerra mundial han desnudado al positivismo y lo han dejado a la intemperie. Toda una generación de juristas ha comprendido en su carne que el derecho no es, ni puede ser la voluntad de un *führer*, ni el escueto mandato de un grupo que domina la organización política. El mandato del jefe o de los grupos que ejercen el poder político, puede no ser una norma jurídica. Por el contrario, en ocasiones puede llegar a ser un auténtico delito de derecho de gentes.

La crisis del positivismo nos lleva entonces a esta ineludible consecuencia: las reglas cristalizadas en textos legales o implantadas a través de ellos, que un determinado Estado considera como normas vigentes en un momento dado, no son, por este puro hecho, normas de Derecho, sino que es preciso que tras ellas o bajo ellas exista algo

más y es este algo más lo que las legitima y les da valor. El valor normativo de los textos legales no se encuentra entonces en ellos mismos, sino que se halla en esa instancia superior que en definitiva las legitima.

Tampoco podemos ser iusnaturalistas. La idea tradicional del Derecho natural conduce, en mi opinión, a una aporía insuperable. Prescindiré de decir que las llamadas normas del derecho natural no encuentran en rigor su base en la naturaleza, sino en la historia y en la cultura. No tienen, pues, un valor axiomático, permanente e inmutable, sino que son las resultantes de coordenadas, históricamente dadas, de factores sociales y económicos. ¿Cómo se determinan? Hay aquí un profundo dilema no siempre bien esclarecido. Puede el criterio determinante ser la razón individual, pero entonces caemos en el más completo subjetivismo que, si bien puede ser válido como criterio moral, es incompatible con un fenómeno eminentemente social como es el derecho. Esta idea individualista es seguramente la raíz originaria del concepto de derecho natural, que fue tremendamente revolucionaria, pues justifica la lucha y la rebeldía contra la ley y contra las autoridades constituidas. Cuando las cátedras de derecho natural son introducidas a fines del siglo XVIII son sospechosas de herejía. Y si en vez de definirlo, la razón individual se busca un criterio objetivo y lo determinan las autoridades —los doctores, los pontífices o los líderes—, entonces y con ser respetable tal tarea, caemos de nuevo en la positividad pero esta vez por una puerta falsa.

Es precisamente en este contorno donde han hecho crisis una concepción positivista del derecho totalmente insatisfactoria y una concepción iusnaturalista que no nos proporciona la certidumbre deseada, sino que o bien nos impone un puro relativismo subjetivista a la larga peligrosamente revolucionario o bien nos obliga a la renuncia de la ciencia a través de la fe en el principio de autoridad de los definidores, donde se encuadra mi pregunta inicial por la sustancia y la naturaleza del quehacer de los juristas.

La mayor parte de los juristas, decía hace más de treinta años Joaquín DUALDE (*Una revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, 1933, pág. 8) viven en el Derecho como pampa virgen. En los demás órdenes de la vida, todos desarrollan sus métodos, los purifican y los aguzan. En las ciencias y en las artes todos cultivan con exquisito cuidado este fecundo preliminar, este noviciado del pensamiento y de la acción. Tiene el químico su laboratorio, el biólogo sus preparaciones para el microscopio y el ingeniero sus matemáticas, es decir, métodos establecidos con antelación al trabajo de fondo, como el cantante se ejercita primero en situar su voz, en aprender a transportarla y en moverla por escalas y como hasta en lo más material el boxeador tiene su entrenamiento para ejercitarse en lanzar y prevenir golpes. Sólo el hombre de Derecho carece de método previo y trabaja como un ingeniero que contara con los dedos o

como un cantante que ignorara la existencia del pentagrama fiado en sus cualidades ingénitas.

Una pregunta similar se hace LARENZ cuando, en las primeras páginas de su extraordinario libro "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" (ahora trad. cast. de Enrique Gimbernat, Barcelona, 1966), interroga: ¿Qué es la ciencia del Derecho? ¿Es de verdad una ciencia, esto es, una actividad intelectual dirigida a la adquisición de conocimientos o es sólo un conocimiento ordenado de lo que se considera Derecho *hic et nunc* en una determinada comunidad jurídica? ¿O acaso es sólo una tecnología o un método para decidir casos jurídicos, según determinadas reglas que se podrían calificar de máximas prácticas o de reglas convencionales?

Cabe responder a nuestro inicial interrogante —cuál es el quehacer de los juristas, cuál es el sentido de este quehacer limitándose a decir que los juristas deben aplicar la ley en cada caso concreto. Sin embargo, es posible que las cosas no sean tan sencillas. Quizá el mejor camino para comprenderlo sea el camino de los ejemplos. Hay dos que a mí siempre me han seducido y que nos ponen sobre la pista de la enorme dificultad que encierra una tarea sólo aparentemente simple.

El primero de estos ejemplos nos lo proporciona Wilhelm SCHEUERLE (AZP, 1967, 305). El monasterio de St. Gall se regía por la regla de San Benito que prohibía terminantemente que las mujeres pudiesen pisar el umbral del monasterio. Era patrono y protector del mismo y señor territorial el Duque de Suabia, título que recibió en el siglo X la Duquesa Hadwig, a quien el cronista describe como una joven viuda de noble aspecto y nada usual belleza, pero con un espíritu cortante y un aspero corazón dentro del pecho. Manifestó la Duquesa su voluntad de visitar la Abadía y de conocer la vida de los monjes y el problema quedó planteado. La aplicación de la regla parece que debía conducir a los monjes a impedir la entrada de la Duquesa por razón de su sexo. La interdicción de la entrada a quien era portador del título de patrono y gran protector podía acarrear funestas consecuencias y poner en peligro el futuro de aquella casa de Dios. Convocó el Abad un capítulo y concedió la palabra a los monjes por el orden inverso al de su edad, por lo que fue el primero en hablar el maestro Ekkehard. Saepe iuniori dominus revelat quod melius est. Ekkehard habló así: La Duquesa es el patrono de nuestra abadía y en esta calidad debe ser considerada como un hombre; y si nuestra regla es estricta, que entre sin poner los pies en el umbral.

El segundo ejemplo que suelo contar con frecuencia, se inspira, con algunas variantes, en un texto de RECASÉNS, que a su vez lo toma de RADBRUCH y de PETRASICKY. En todos los vagones de ferrocarril se encuentra una placa metálica donde se transcribe un extracto del reglamento de policía de los transportes. Figura allí una regla según la cual está prohibido viajar con perros. ¡Los perros a

la perrera! Pues bien, en una ocasión dada sube al tren un campesino portador de una cabra. En la discusión entre el viajero y el revisor, el primero de acuerdo con el texto y con una lógica estricta, parece tener la razón. El revisor en cambio piensa que tanto da un perro como una cabra. Es decir, que la cabra es un perro para los efectos de la ley. Esta discusión es un debate tan antiguo como la historia del derecho. ULPIANO recuerda en Dig. 9, 1, 1, que la Ley de las Doce Tablas concedía una acción si quadrupes pauperiem fecisse. Pero en una ocasión llegaron a Roma unas avestruces africanas y ante los deterioros que su paso causó, PAULO dijo que "haec actio competit et si non quadrupes sed aliud animal pauperiem facit". Es decir, las avestruces son cuadrúpedos para los efectos de la actio de pauperie.

Está ya claro que la llamada aplicación del derecho al caso concreto no es una simple y automática subsunción de los hechos dentro de las hipótesis generales previstas por las normas. La doctrina tradicional consideraba la subsunción como un sencillo silogismo en el cual la premisa mayor estaría constituida por la norma jurídica, y la premisa menor por los hechos, de manera que la conclusión se produciría por sí sola, automáticamente. Las cosas no son, sin embargo, tan simples. Como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina moderna, ocurre en primer lugar que la operación jurídica no es sólo puramente lógica, sino que, como más adelante veremos, se encuentra teñida y entran en su composición factores extralógicos —dialécticos, retóricos y en alguna medida intuitivos—. Pero es que, además, en cuanto operación lógica, la tarea reviste una complicación mayor que la que la doctrina tradicional suponía. Por lo pronto parece claro que en los mecanismos que conocemos de aplicación del derecho la norma no actúa nunca automáticamente una vez que el juez ha fijado los hechos. En nuestro Código penal existe un texto, el artículo 405, según el cual el que matare a otro será castigado con la pena de reclusión menor. No basta, obviamente, que un juez constate y fije el hecho de que el acusado ha sido el causante de la muerte de la víctima para que la pena de reclusión menor resulte automáticamente. Es necesario, claro está, que el juez decida que la regla aplicable es precisamente esa y que además la introduzca en su sentencia como fundamento de su decisión. Por otra parte, la norma no es nunca un texto simple y escueto. Para obtener una norma es necesario muchas veces coordinar textos diferentes. Una norma sólo resulta, por ejemplo, de la conexión del artículo 405 con el artículo 8 y con los artículos 406 y 407. Su tenor sería poco más o menos así: si una persona realiza determinados actos como consecuencia de los cuales resulta la muerte de otra, voluntariamente buscada, o imprudentemente producida, y no concurren causas de justificación, ni tampoco premeditación, ni alevosía, ni parentesco, etc., etc. La consecuencia jurídica —la pena de reclusión menor—, por otro lado, aparece matizada por una

serie de reglas que permiten graduar, aumentar o reducir el número de años.

Por esta razón, quienes quieren mantenerse aún fieles a la idea de la "aplicación de la ley", no pueden por menos de admitir una cierta mayor complejidad en el silogismo de subsunción o en lo que LARENZ ha llamado el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica.

Habría, en la operación mental, que lleva a la decisión, por lo menos cuatro fases o etapas:

1.º En primer lugar, el juez o el aplicador del derecho debe fijar los hechos concretos sobre los cuales está operando, es decir, debe constatarlos y describirlos. Se trata de fijar que el caso a decidir es H y que, en cambio no es H', ni H''. Para ello es preciso establecer cada una de las características relevantes de H, como son, v. gr., h1, h2, etc. Obsérvese que aquí hemos hablado ya de *características relevantes* y que esta idea de la relevancia de las características del caso encierra un verdadero criterio valorativo, como más adelante veremos.

2.º En segundo lugar, será necesario seleccionar la norma sobre la cual la operación se va a producir. Ahora bien, como hemos dicho antes, esta labor exige, primero la captura de la norma a través del material, exige además la atribución de sentido a dicho material y por último la exclusión de la aplicación de otras posibles normas.

3.º En tercer lugar será necesario llevar a cabo un contraste entre los elementos hipotéticos del supuesto de hecho de la norma y las características del caso.

4.º Por último, será necesario, fijar el sentido y el alcance de la consecuencia jurídica establecida por la norma.

Hasta aquí muy sucintamente expuesta la doctrina tradicional sobre el silogismo de subsunción o silogismo de determinación de la consecuencia jurídica. Una revisión o una reelaboración podría hacerse intentando parar la atención en algunos puntos del esquema.

a) En primer lugar, la doctrina tradicional parte de la idea de que el Derecho es algo que se encuentra previamente dado y formulado o cristalizado en las normas. A todos nos han enseñado que las normas son el Derecho. El Derecho es, pues, una previa formulación abstracta y general que nos viene ya dada. Es, rigurosamente hablando, un "datum". Precisamente por esto puede hablarse de una "aplicación". El Derecho se "aplica" porque se desarrolla, porque se extraen de él unas consecuencias. En la actividad de "aplicación" la norma aparece como el elemento determinante y la decisión del caso como lo determinado por ella.

Tal vez cupiera mudar esta perspectiva. Como ha dicho —naturalmente dentro de un cuadro de preocupaciones muy diferente del nuestro— el P. SCHILLEBEECKX, una de las principales características de nuestra época es su oposición al racionalismo de los siglos ante-

riores. Fuertemente influida por el helenismo —sigue diciendo este autor—, la cultura occidental ha estado apegada a las “verdades abstractas, universales e inmutables”. Hace ya tiempo, sin embargo, que se abre camino una nueva corriente cuya idea-motriz se expresa en la fórmula ¡a lo concreto! Al pensamiento puramente conceptual se opone hoy la experiencia vivida.

Pues bien, partiendo de tales ideas tal vez pueda llegarse a la conclusión de que el derecho no es una formulación abstracta y general con un valor universal, sino que es la experiencia vivida, la experiencia existencial de una decisión o de una serie de decisiones justas sobre casos concretos. La expresión “esto es derecho” significa que un determinado conflicto correctamente, derechamente, debe decirse así. El derecho no es entonces un “datum”, sino un “quaesitum”. No es algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que buscar incesantemente. Las normas no son formulaciones de validez general, sino por decirlo así como las pistas que ha de seguir la investigación o la búsqueda. Bajo este prisma, una regla aparece o bien como una generalización de una decisión precedente, es decir, como una experiencia generalizada, o bien como una decisión hipotética de una gama más o menos amplia de posibles casos.

b) El segundo punto en el que nuestro análisis puede incidir, estrechamente relacionado con el anterior, es la idea o configuración de las normas jurídicas como mandatos. Creo que hemos heredado una idea mítica de las normas, con arreglo a la cual las normas son mandatos —justos y racionales, por supuesto, y ordenados al bien común—, que los súbditos o los destinatarios deben obedecer y que se ejecutan a través de una sanción que puede ser impuesta mediante un aparato coactivo.

Esta idea tiene, como decía, mucho de mítica. Especialmente para los juristas habituados a manejar los cuerpos fundamentales del derecho privado resulta, cuando se reflexiona un poco, sumamente extraña. Los textos de nuestro Código civil que regulan, por ejemplo, la distinción entre bienes gananciales y bienes privativos o el derecho de acrecer, ¿son mandatos? ¿Estamos acaso obedeciendo a don Manuel Alonso Martínez, al Congreso de los Diputados de 1888-1889 o a la Reina Regente Doña María Cristina? ¿Es que ese mandato se renueva constantemente? Me parece obvio que no es así. Esos textos se han limitado a recoger unos criterios que poseían ya un valor y que lo hubieran poseído aunque el texto no los hubiera recogido. Quiero decir con ello que, aun sin tales textos, en la sociedad española o al menos en una parte de ella, las relaciones económicas matrimoniales y la delimitación entre los bienes privados de cada cónyuge y los bienes comunes o las consecuencias de la vacante de una porción hereditaria, cuando varios herederos son llamados a la herencia sin especial designación de partes, hubieran continuado rigiéndose de acuerdo con unas directrices dadas. El texto formalmente constituido Ley, declara estos principios, les dota de fijeza, los

perfila, pero no los crea. ¿Qué diferencia existe entonces, cabría preguntar, entre la labor de este legislador y la labor de un recopilador de costumbres? Sustancialmente, parece que ninguna.

Por ello, OLIVECRONA hablaba de las normas como imperativos independientes. Las normas no son mandatos, sino imperativos que poseen vida propia e independiente de quien los crea formalmente.

Cabría todavía aludir a lo que con mucha gracia GONZALEZ PALOMINO ha llamado las leyes "adpompan vel ostentationem" y al reciente fenómeno de la legislación tecnocrática, donde aparecen afirmaciones retóricas, que todos saben que tienen un valor como manifestaciones políticas, pero que no serán jamás llevadas a la práctica: Y cuando el mandato es llevado a la práctica, desbordando las coordenadas de obediencia, lo más probable es que el mandato se incumpla. Las leyes fiscales y las leyes arrendaticias suministrarán un abundante material para una sociología del derecho en este sentido.

Aquí se encuentra uno de los puntos más importantes de la sabiduría política: debe ser mandado aquello que tenga una razonable probabilidad de ser obedecido. El poder, yo diría que es aquella situación en la cual encontramos satisfacción a nuestros intereses, a nuestras aspiraciones y a nuestros deseos. En particular, satisfacción a nuestro interés de poseer y disfrutar bienes —poder económico— y satisfacción de nuestra aspiración de que otros hagan aquello que nosotros deseamos que es el poder de gobierno o poder político. Pero es obvio, entonces, que la base o el factor determinante de esta "situación" que permite poseer o ser obedecido radica en un básico consensus de los demás. Un consensus general, espontáneo y tácito constituye así la base tanto del poder económico como del poder político.

Con todo esto yo querría venir a parar a una primera conclusión: lo que hay en la base misma de todo sistema jurídico es un conjunto de creencias y de convicciones más o menos reflexivamente profesadas por el grupo humano que vive en la historia. Si en la existencia o en la evolución de tales creencias cabe detectar un influjo extrahumano o divino, me parece que es un problema teológico en el cual por obvias razones nosotros no debemos entrar.

La segunda conclusión consiste en afirmar que las normas jurídicas no constituyen encarnaciones de una voluntad de configuración del futuro, sino una forma de generalización indicativa en orden a la satisfacción de pretensiones o, si se prefiere, una enunciación de los criterios generales de decisión de los conflictos. Me ha llamado muchas veces la atención ese anuncio con el que la televisión nos martillea el cerebro durante los veranos advirtiéndonos que cuando un monte se quema algo nuestro se quema. La voluntad de configuración del futuro no se hace efectiva con las reglas de derecho. Las reglas de derecho que castigan los incendios dolosos o imprudentes tienen otro alcance. ¿Cuál es? Simplemente, estimar justa una pretensión dirigida a la imposición de una sanción o a la obtención

del resarcimiento del daño. Una consideración parecida creo que podrían suscitar las normas relativas al adulterio. Las sanciones jurídicas del adulterio tienen su base sin duda en una serie de creencias sociales y en una escala de valores de acuerdo con las cuales el adulterio no es un desideratum. Sin embargo, esas normas no tratan de realizar el ideal de un mundo sin adúlteros, ni el de promover una sociedad donde haya pocos adúlteros. Para esto haría falta algo tan poco jurídico como el anuncio de la TV, que sería... qué sé yo. Tal vez, además de una profilaxis educativa o religiosa, una política de felicidad sexual. Jurídicamente, la sanción del adulterio significa sólo que una pretensión debe encontrar su cauce.

c) El tercer punto en el cual conviene revisar, a mi modo de ver la doctrina tradicional, se encuentra en lo que puede llamarse la enunciación del esquema normativo que permite la subsunción y el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica. Generalmente, este esquema normativo viene siendo representado con la fórmula "Si es S debe ser C", es decir, si se produce el supuesto de hecho "S", debe ser la consecuencia jurídica "C".

Sin embargo, tras el análisis que hasta aquí he intentado realizar, el esquema normativo queda más claro si se lee así: Si "S" ha sido, es justo que se decida "C" o todavía mejor, "es justo que la pretensión C sea atendida y amparada". Con ello quiero sobre todo marcar tres características diferenciales con el esquema tradicional que me parecen importantes. La primera es que el supuesto de hecho no es nunca un fenómeno contemporáneo de la consecuencia jurídica, sino que es un preteritum, es decir, S ha sido o ha existido en un momento anterior cuando C se produce. La segunda nota consiste en que la relación entre S y C no es "consecuencial", ni por lo tanto automática. Dicho de otro modo —o, si se prefiere, tercera característica—, C no es un puro deber ser, sino que es una decisión justa o la justa satisfacción de una pretensión.

En un sentido muy amplio, se puede llamar interpretación a todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para aplicar el derecho. En el sentido que nosotros hemos dado a la idea de "aplicación" ello exige la búsqueda auténtica del derecho o de "lo derecho", es decir, del *iustum* concreto. El *iustum*, sin embargo, no se debe entender como una individual creencia o como una individual intuición de justicia. El buen juez Magnaud a mi me parece un mal juez. El juez es un oráculo de la comunidad en que vive y la idea del *iustum* es una idea social. Situados en este terreno, la cuestión estriba para mí en saber si la esencia del *iustum* está en la generalización de unas creencias individuales o en el "consensus" tácito prestado a un mundo de creencias, o de vigencias como también decía ORTEGA, sean éstas más generalizadas o menos. La diferencia puede ser importante. En el primer caso, el *iustum* se formaría por la mayoría de las creencias individuales en cuanto tales creencias han sido apropiadas como suyas por los individuos. Por ejemplo, el ochenta por

ciento de los ciudadanos de un país cree que es justa la expropiación de los latifundios. En el segundo caso, en cambio, se presta un *consensus tácito* a un mundo de vigencias. Por ejemplo, el noventa por ciento de los ciudadanos está dispuesto a continuar admitiendo, con independencia de sus creencias personales, un orden jurídico en el que los latifundios no son expropiados. Desde un punto de vista sociológico, me parece que esta segunda forma de ver las cosas se aproxima más a la realidad tal como ésta acontece ante nuestros ojos.

Bien. La interpretación, en sentido amplio, es la serie de actividades encaminadas a la búsqueda de este *ius* concreto. La interpretación se convierte así en una difícil y delicada tarea en la cual el derecho no se crea, evidentemente, pero sí se recrea. Como el ejecutante de una obra teatral o musical, el intérprete del derecho no se limita nunca a repetir una obra ya terminada, sino que la reconstruye incesantemente. Más aún, el intérprete del derecho, pone en la obra que acomete mucho de su genio creador, porque no le dejaron como en la quinta sinfonía de Beethoven una obra terminada. Al contrario, es como si hubiera que reconstruir la sinfonía conociendo sólo parcialmente los temas. O como en esas obras de teatro en las que a los actores se les libera de una total servidumbre del texto y de algún modo improvisan. Hay, por lo menos, una serie de variantes o de opciones ante las cuales el intérprete se encuentra situado.

Los problemas centrales de la interpretación jurídica se plantean precisamente en torno a estas opciones y, escuetamente, son éstos. Esas opciones, ¿debe el intérprete realizarlas libre y espontáneamente o debe ajustarse a unas reglas, cánones o criterios preestablecidos? Si la respuesta es esta última, ¿cuáles son estos cánones o criterios? El primer problema consiste en dilucidar si el intérprete del derecho ha de proceder en la tarea interpretativa sujetándose a determinadas reglas o a cánones o esquemas que se encuentran preestablecidos, o si por el contrario, dispone de una libertad absoluta para llevar a cabo su cometido.

A comienzos del presente siglo, se desarrolló en Europa una corriente doctrinal, que preconizó una libre interpretación, una libre búsqueda y una libre investigación del derecho (EHRlich, KANTORowicz) y que fue llamada por ello "escuela del derecho libre" (*Freirechtschule*). La escuela del derecho libre representa en cierta medida una reacción frente al formalismo y frente al legalismo de los tiempos anteriores, tratando de superar las inconsecuencias y las injusticias a que muchas veces condujo una aplicación mecánica y literal de los textos legales. Representa de algún modo un movimiento afín a los que en el campo del arte se producían contemporáneamente como un intento de liberación de los cánones clásicos. Pero, como ha dicho HECK, la libre búsqueda del derecho consiste de facto en la posibilidad de decidir sin ley. Se intenta alcanzar el orden y la

justicia por medio de decisiones de casos concretos que el juez en cada momento adopta libremente.

En su forma más pura, conduce a un sistema de creación judicial del derecho (*judge make law*), que es contrario, no sólo a las tradiciones, sino también a la constitución jurídico-política de los países de la Europa continental. Cabe, además, observar que incluso en los países de "common law" donde la función de creación judicial se desarrolla con mayor amplitud, el juez nunca decide con absoluta libertad, sino que está vinculado por los precedentes. Los precedentes son decisiones anteriores cuya doctrina ha venido siendo hasta el momento observada.

En una forma más atenuada, se ha preconizado, en aquellos países en que el Derecho se encuentra cristalizado en forma de ley, una libre iniciativa judicial para colmar las lagunas o los vacíos de la ley, o cuando menos, para optar entre las diversas variantes que el texto legal ofrece.

La libertad absoluta del intérprete no parece que sea defendible. El intérprete del derecho no realiza como el artista una obra individual, sino que cumple una función social. Sus decisiones están llamadas a producir consecuencias en otras personas y estas personas es justo que sean tratadas de una manera uniforme. La seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales y que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos. De otro lado, la libertad absoluta del intérprete, que en determinados casos podría llevar a una justicia mayor, entrega el ciudadano al arbitrio del juez, con todos los peligros que ello acarrea.

El derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica obliga a rechazar la llamada libre búsqueda del derecho y a actuar al intérprete de acuerdo con unos criterios conocidos.

La interpretación debe encontrarse en alguna medida vinculada por unos cánones o criterios que el intérprete debe seguir. ¿Cuáles son estos cánones o criterios hermenéuticos? No es esta una cuestión fácil de esclarecer. La primera posibilidad que ocurre es la de respeto a un texto preestablecido, a un texto legal. Pero ello vuelve a plantear, ahora desde otro punto de vista, el problema del encaje entre caso y la ley.

La interpretación es, ante todo, la fijación de unos hechos concretos, que constituyen el caso que ha de ser objeto de decisión o de solución, es decir, la fijación de *H*. En la fijación de los hechos ocurre algo que es extraordinariamente significativo. El juez o el que aplica la ley no decide nunca sobre los hechos (en cuanto hechos reales), sino en cuanto constituyen el tema o el objeto de un relato o de una narración que se le ha sido facilitada. El caso jurídico es de esta manera, rigurosamente hablando, una historia. Por ello, el intérprete debe en primer lugar comprobar la existencia histórica del caso y comprobar además históricamente sus elementos componentes o sus

circunstancias. Si los hechos se produjeron o no efectivamente, y cómo fueron en su existencia histórica estos hechos. Para ello el intérprete debe proceder de una manera muy similar a la que utilizan los historiadores. Debe servirse de unos medios de prueba que son fundamentalmente testimonios y documentos.

Al mismo tiempo que el caso jurídico se historifica, debe también decantarse, es decir, debe ser despojado de todo aquello que sea intrascendente a efectos del problema jurídico planteado, dejándolo reducido a su sustancia jurídica. Para ello es ya preciso tener a la vista la norma o las normas dentro de las cuales el caso puede, prima facie, ser encajado, pues esta sustancia jurídica del caso sólo puede ser obtenida a la vista de las normas. Por ello, si bien es cierto, como suele decirse, que la aplicación de la ley es un ajuste o un encaje del caso en alguno de los supuestos hipotéticos previstos por las normas, en alguna medida la proposición contraria es también cierta, pues, al fabricar la historia que se va a decidir, el intérprete tiene que moldearla precisamente para que quepa en alguno de esos hipotéticos supuestos normativos.

Tomemos, por ejemplo, el caso que decidió la sentencia del T. S. de 8 de febrero de 1902. Se discutía si una serie de monedas de oro y de plata, de los tiempos de Carlos III y de Isabel II, halladas en un rincón escondido de un armario biblioteca perteneciente a una testamentaria, constituían o no un tesoro oculto. En el relato de los litigantes se nos explican una serie de detalles que luego resultan intrascendentes. Los halladores, que eran un escribiente y un conserje-ordenanza, estaban practicando la operación de clasificación y entrega de los bienes, el día 26 de junio de 1896, eran las diez de la mañana y al sacar los libros colocados en una librería chapeada de caoba, colocada en el gabinete de la derecha, hallaron en un rincón, escondidas dentro de los libros y envueltas en un papel las monedas de oro en cuestión. De todos estos hechos, cuya realidad histórica era necesario comprobar mediante declaraciones y en su caso documentos, hay algunos que resultan intrascendentes, como, por ejemplo, que fueran las diez de la mañana o que la librería estuviese chapeada de caoba. Para reducir el caso a la sustancia, el intérprete debe tener a la vista la posible norma en que el caso puede ser encajado.

La intrascendencia de unos hechos y la trascendencia de otros viene dada, sin embargo, por el sentido de la norma o normas cuya aplicación se ponga en cuestión. Por ejemplo, el hecho de que fueran las diez de la mañana es indiferente si se cuestiona la calificación de las monedas como tesoro oculto y los derechos del hallador. No lo sería, en cambio, si se hubiera tratado de una acusación de robo, donde hubiera podido jugar como circunstancia agravante la "nocturnidad".

La interpretación no se agota en la fijación del caso.

En un sentido más estricto se denomina "interpretación" a la:

tarea que una vez fijados los hechos y seleccionada y fijada la norma aplicable al caso se acomete para establecer el sentido y la significación que dicha norma posee.

La tarea interpretativa comprende, de esta suerte, una serie de actividades que no tienen siempre el mismo signo:

1.º En primer lugar la interpretación exige la determinación del sentido de cada uno de los elementos de supuestos de hecho normativo. Por ejemplo: depósito oculto e ignorado, dinero, alhajas, etc.

2.º En segundo lugar, cuando en el supuesto de hecho normativo aparecen conceptos indeterminados, la interpretación exige la atribución a los mismos de una carga de valor. Por ejemplo: árboles *corpulentos* (cfr. art. 390); personas *honradas* (cfr. art. 294); miedo *grave* (cfr. art. 101); *urgente* necesidad (cfr. art. 145); dureza *excessiva* (cfr. art. 171).

3.º En tercer lugar la interpretación impone la búsqueda de un esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con el supuesto. Por ejemplo, cuando se dice de un contrato que es nulo, o de una persona que es responsable de daños y perjuicios.

4.º Por último, cuando la norma establece una consecuencia que no se encuentra absolutamente determinada, la interpretación exige la adopción de una decisión. Por ejemplo: prudente arbitrio (cfr. artículo 181); prudencialmente (cfr. art. 185); el juez proveerá (cfr. artículo 398); medidas de aseguramiento que estime procedentes.

¿Cómo se lleva a cabo esta atribución de sentido de los elementos del supuesto de hecho normativo y de las consecuencias jurídicas del mismo?

Frente al tenor textual de una norma jurídica caben dos actitudes vitales completamente distintas. La primera es una actitud de total y absoluto respeto ante la letra de la ley. Lo que la ley literalmente dice es aquello que debe ser estrictamente cumplido. Lo que la ley literalmente no dice no hay razón alguna para suponerlo incluido en ella o para inducirlo. "Quod non est in codice non est in mundo". La actitud inmovilista frente al texto de ley puede obedecer a dos tipos de razones. Cabe, por un lado, que sea el producto de una mentalidad primitiva, para la cual el texto legal posee un valor mágico o sagrado, que impone, por su misma índole, un acatamiento ciego e indisciplinado. Suponer en el texto legal defectos de expresión o lagunas es una ofensa hacia el autor del texto, que representa, por decirlo así, una profanación. Cabe, en un segundo lugar, que el literalismo sea el producto de una mentalidad fuertemente autoritaria: el legislador es siempre poseedor de la razón y aquello que él ha mandado es aquello que estrictamente hay que obedecer. Permitir a los abogados o a los funcionarios establecer distingos o matizaciones en el mandato, es sembrar la inseguridad y facilitar o abrir el camino para que en definitiva la ley quede total o por lo menos parcialmente incumplida.

El literalismo es, sin embargo, un estadio completamente primi-

tivo en la realización del derecho y su superación se produjo ya en los albores mismos de nuestra civilización. La letra mata y el espíritu vivifica —se ha dicho muchas veces—. Hay que encontrar, a través de la letra e incluso más allá de la letra de la ley el espíritu que anima a la ley. La idea de la existencia de una *mens legis* o de un espíritu de la ley y otras ideas análogas han sido continuamente utilizadas precisamente para indicar cómo el intérprete —que debe fidelidad a la ley— no puede nunca detenerse —precisamente en razón a esta fidelidad— en la letra, sino que debe buscar su verdadero sentido detrás de ella. La letra, las palabras, los textos —cabe decir—, no son, además, otra cosa que fórmulas lingüísticas utilizadas en el seno de un proceso complejo de comunicación social. El destinatario debe tomar las palabras como un instrumento o vehículo de expresión de ideas. La operación interpretativa es así una búsqueda y una fijación de las ideas que han sido expresadas a través del medio instrumental que es la palabra.

La exigencia ineludible de superación del literalismo puro procede de lo que podríamos llamar la inadecuación de la fórmula lingüística utilizada como vehículo de la norma. Esta inadecuación de la fórmula lingüística puede proceder de una defectuosa manera de dar expresión a la idea o bien de la concordancia de la fórmula lingüística con la experiencia acumulada hasta ese momento o con los fenómenos estadísticamente habituales (quádrupes).

El literalismo, por último, no permite resolver el problema interpretativo cuando la fórmula lingüística presupone una carga de valor que hay que realizar con el auxilio de elementos extraños al texto (por ejemplo, ojo o miembro *principal*, cfr. art. 420, 2.º, C. P., libro o grabado pornográfico), que son convicciones y creencias vigentes de la vida social.

El punto de partida de toda interpretación lo constituye sin duda un elemento literal o filológico, que es la letra o el tenor de la norma jurídica. Para aludir a este aspecto de la interpretación, que opera sobre el texto o el tenor de la norma, se viene hablando de antiguo en la literatura jurídica de una “interpretación gramatical”. Los autores no se han ocupado, por lo general, de profundizar en la materia, limitándose a afirmar que interpretación gramatical es aquella que sigue las reglas de la gramática. Habría, sin embargo, que preguntarse de qué manera puede contribuirse y contribuye la gramática al esfuerzo hermenéutico.

Ante todo, en la investigación gramatical cabe lo que podríamos llamar una interpretación semántica o filológica. Mediante ella se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guió al que pronunció la palabra o redactó el texto. Pero al mismo tiempo la palabra sirve de instrumento y de vehículo en el proceso de comunica-

ción y suscita una serie de ideas en el destinatario, es decir, en el lector o en el oyente. La palabra funciona así en cuanto expresión de la idea del emittente y en cuanto causa de la idea del destinatario. Pues bien, la interpretación semántica es una fijación de la relación entre la palabra y las ideas de las que puede ser reflejo o causa. Naturalmente, esta fijación debe hacerse en una forma que sea coherente con el conjunto del texto y con el contexto o situación que presupone.

La fijación semántica del sentido de la palabra adquiere una gran importancia cuando la palabra, como ocurre con una cierta frecuencia, es equívoca. Es equívoca aquella palabra cuyas posibles significaciones son varias o, dicho de otro modo, aquella que puede ser reflejo o suscitar ideas diferentes. La función de la interpretación se presenta entonces como una opción o decisión entre los diferentes sentidos posibles. Esta no es ya en rigor una actividad gramatical. La gramática interviene aquí sólo suministrando cada una de las variantes y figurándolas.

Tómense los siguientes ejemplos: 1) La palabra "profesor", verbigracia, en el art. 1.967, 3.º, C. c., puede aludir a una persona que enseña, pero puede aludir también a una persona que ejerce una profesión o arte. 2) La palabra "muebles", v. gr. en el art. 349 C. c., puede significar todas las cosas que pueden ser movidas o ser trasladadas de una parte a otra, o bien los enseres que sirven de comodidad o de adorno en una casa. 3) La palabra "carrera", utilizada por el art. 1.409 tiene múltiples sentidos, como pueden ser el hecho de correr, el lugar destinado a ello, una profesión o ocupación, la enseñanza de una ciencia o arte.

La fijación gramatical del sentido de la palabra exige un análisis del lenguaje, que deberá entenderse referido fundamentalmente a los usos lingüísticos de la comunidad histórica de la cual el texto procede (p. ej., mesón, mesonero, etc.) y a los peculiares usos lingüísticos o de técnica del lenguaje empleados por el concreto legislador de que se trate o de aquel de quien el texto proceda (p. ej., peces). El análisis lingüístico puede proporcionar también el sentido que podemos llamar usual o vulgar, es decir, el sentido general en una comunidad determinada y el sentido técnico-jurídico, es decir, el significado peculiar que la palabra recibe en el lenguaje de los juristas (por ejemplo: "repetir", en el art. 1.904, "tradición", en el art. 609).

La interpretación gramatical, puede ser, en segundo lugar, una interpretación sintáctica. La interpretación sintáctica no se dirige ya a la fijación del sentido de una palabra, sino a la fijación del sentido de una proposición entera, a través de la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las diferentes palabras y su respectivo valor gramatical. Se toma en cuenta el que la palabra sea, v. gr., adverbio o pronombre, el que sea adverbio de tiempo o pronombre personal, el que sea complemento directo o complemento indirecto, etc.

Por ejemplo: 1) La conjunción disyuntiva "o", empleada por

el artículo 1.451, Código civil, gramaticalmente da a entender que el precepto se refiere de una manera separada a las promesas en que una persona se obliga a vender y a las promesas en que una persona se obliga a comprar (promesas llamadas unilaterales), pero no a las promesas en que ambos partícipes se vinculan (promesas bilaterales), porque en tal caso debería haber sido empleada la conjunción copulativa “y”. 2) El pronombre “ella”, utilizado por el artículo 1.202 del Código civil —el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de *ella* los acreedores y deudores— es el nominativo del singular del pronombre personal de la tercera persona. En la frase transcrita, sin embargo, está utilizado en función de pronombre demostrativo —ésta, aquella—. El innecesario “conocimiento” puede entenderse referido a la “compensación” —conocimiento de la compensación— o a la cantidad —conocimiento de la cantidad concurrente.

La gramática constituye un elemento valioso en la labor hermenéutica, pero es sólo el primer estadio de ella. La gramática proporciona unos materiales que el razonamiento jurídico deberá utilizar, pero no lo sustituye. Por eso la gramática no es ella misma una forma de interpretación jurídica, sino únicamente una investigación previa a la verdadera y genérica interpretación.

Supuesto que el intérprete debe superar la letra o las palabras y tomar éstas como vehículo de expresión de un espíritu —el espíritu de la ley—, que es el objeto real de la búsqueda, habrá de cuestionar cómo puede tal espíritu ser hallado.

La primera respuesta que al interrogante apuntado cabe dar, posee marcado un matiz subjetivista. Toda vez que la ley es un mandato del legislador, lo que debe ser indagado por el intérprete es cuál ha sido la verdadera voluntad que guió al legislador al dictar el mandato. Se trata de saber cuáles eran los propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista y cuál fue el espíritu que presidió según ello la redacción de la ley. El objetivo de la interpretación es la “voluntad legislatoris”. Interpretar —decía SAVIGNY— es colocarse en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente la actividad de éste. La interpretación, según WINDSCHEID, es la “fijación del sentido que el legislador ha unido a sus palabras”, de tal manera, que el intérprete tiene que penetrar lo más completamente que sea posible “en el alma del legislador” (“in die Seele des Gesetzgebers”). Y REGELSBERGER, por su parte, enseñaba que la ley es la expresión de la voluntad del legislador y el contenido de la ley es lo querido por el legislador en cuanto reconocible para los súbditos.

La búsqueda de la voluntad real que guió la creación de la ley no cabe duda que contribuye a una mejor realización de los designios de quien la dictó. Políticamente, tal punto de vista cuadra muy bien con los postulados de un Estado absoluto o totalitario. El intérprete, como servidor de un príncipe o de un jefe, debe tratar de averiguar qué es lo que éste ha querido y complacerle. El subjetivismo, sin embargo,

tropezó ya de antiguo con algunos graves inconvenientes de orden práctico. Cuando lo que debe ser aplicado son normas muy antiguas mantenidas en vigor por una larga tradición, la voluntad del originario legislador pierde todo su interés. Cuando los pendentistas alemanes del siglo XIX o los juristas catalanes casi hasta nuestros días aplicaban el Corpus Iuris Civilis, la voluntad de Justiniano o de los emperadores cuyas constituciones quedaron recopiladas en el Corpus, no tenía ya ninguna trascendencia. Por otro lado, cuando a un legislador personal —un príncipe, un monarca absoluto— sucede un legislador colegial —una Cámara, un Parlamento— hablar de “voluntad del legislador” no deja de ser una auténtica ficción. Ni siquiera la mayoría que ha dado su aprobación puede configurar una genuina “voluntad”. Por último, cuando el juez y el intérprete dejan de ser los servidores de un legislador absoluto y en virtud del principio de la división de poderes, actúan como órganos independientes de un Estado democrático, su función adquiere un significado autónomo —administrar justicia—, que si bien se realiza en ejecución de la ley, se desvincula de algún modo de la “voluntad del legislador”.

La dirección objetiva ha ido por todo ello ganando cada día más terreno. No se trata de encontrar la voluntad del legislador, sino de encontrar una voluntad objetiva e inmanente en la propia ley (*voluntas legis*). La ley, se dice, una vez que ha sido promulgada, se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El autor de la ley ha jugado ya su papel y queda detrás de su obra. Su obra es el texto de la ley: la voluntad hecha texto. El posible y efectivo contenido intelectual del texto de la ley es lo que verdaderamente importa. Es este contenido de pensamiento y de voluntad, inmanente en la ley, lo único que para los objetivistas tiene un valor preceptivo. Las representaciones mentales, las expectativas y los propósitos del legislador que no han alcanzado expresión en la ley, carecen de obligatoriedad. Se dice en este sentido que sólo las manifestaciones de voluntad verditas en la norma tienen valor vinculante. Por tanto, sólo vale la voluntad que resulta del texto legal. Además, los súbditos deben poder confiar razonablemente en que la ley se aplicará según su sentido objetivo, es decir, según aquel sentido que, razonablemente, la ley les suscite a los destinatarios, y al cual ellos amoldan su conducta, pues de otro modo su confianza y su derecho a la seguridad se verían lesionados, especialmente si con base en una averiguada voluntad del legislador no descubrible según el texto, se les imponen obligaciones o sanciones que eran difíciles de esperar o de suponer dado el sentido objetivo del texto legal. En un Estado de Derecho —se dice— el autor de la ley está también sometido a ella y debe dejarla actuar incluso contra sí mismo.

Por último —se añadirá— la interpretación objetiva constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico. Sólo una interpretación objetiva es capaz para hacer frente a los problemas planteados por fenómenos y situaciones

que el legislador histórico no ha conocido, ni ha tenido por qué conocer. El intérprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico que está el mismo en incesante renovación, pues dentro de él cada nueva disposición irradia una fuerza nueva sobre las anteriores y, en definitiva, sobre el entero conjunto.

La respuesta al dilema planteado entre la voluntad subjetiva del legislador y la voluntad objetiva de la ley o sentido objetivo de la ley, cualquiera que sea, no deja la cuestión resuelta, ni la agota, sino que por el contrario abre nuevos interrogantes. El problema fundamental va a ser ahora el relativo al procedimiento o método a seguir para llevar a cabo la interpretación. ¿Cuáles son las operaciones que el intérprete debe realizar y cuál es, por decirlo así, el *modus operandi*?

Los subjetivistas puros preconizarán un método de investigación histórica y una jurisprudencia historicista. Puesto que de lo que se trata es de descubrir o de reconstruir la voluntad real de un legislador histórico esta tarea no puede ser llevada a cabo, sino con la ayuda de una jurisprudencia historicista.

El estudio y el análisis de los documentos, y en su caso de los testimonios relativos a los trabajos de preparación y las exposiciones de motivos pueden proporcionar para ello datos de inestimable valor. Del mismo modo, los antecedentes —los textos anteriores, las leyes anteriores— podrán esclarecer la voluntad que ha guiado la ley posterior, calibrando en qué medida el legislador se mantuvo fiel a tales precedentes o trató de desviarse de ellos o de modificarlos. Por último, la reconstrucción de las circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales por las que atravesaba el país pueden también iluminar el panorama.

La cuestión cambia por completo cuando el puro historicismo se demuestra como insuficiente y se hace necesario un procedimiento de interpretación que busque la llamada “voluntad inmanente de la ley”. Del mismo modo que la voluntad se encuentra inmanente en la ley, hay también en ella, se supone, un sistema de conexiones entre las diferentes proposiciones jurídicas que es una exigencia lógico-natural del sentido mismo de las instituciones. Se propugnará la formulación de una serie de conceptos que descubran esa naturaleza lógico-inmanente de las instituciones y un método lógico-deductivo, que proceda, a través de las conexiones sistemáticas existentes entre conceptos y proposiciones, a obtener conclusiones adecuadas respecto de las premisas de que se parte. Aparece así la que ha sido llamada “jurisprudencia de conceptos”, cuyo ideal fue gráficamente descrito a principios del siglo XIX por GEORG FRIEDRICH PUCHTA. La tarea de la ciencia del derecho consiste en conocer y establecer las conexiones sistemáticas existentes entre las diferentes proposiciones jurídicas. Las proposiciones jurídicas se integran dentro de un sistema axiomático o lógico-deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva de otras y a su vez condiciona o determina a las subsiguientes.

tes. El ideal es una pirámide de conceptos en la cual cada proposición jurídica puede ser lógicamente obtenida desde las demás.

La jurisprudencia de conceptos o método dogmático, en realidad, se desprestigió sola. En el derecho opera siempre una intuición de naturaleza extralógica, que nos hace comprender que determinadas soluciones, aun obtenidas con la más absoluta concesión formal, son injustas o absurdas. El llamado dogma jurídico carece, además, de las condiciones necesarias para ser considerado como una verdad. En primer lugar, porque no es una proposición referida al mundo de ser, sino al mundo del deber ser (p. ej., el matrimonio es indisoluble). En segundo lugar, porque hay dentro de él un evidente relativismo que lo hace estar en función de una serie de condicionamientos culturales.

La obtención de los dogmas jurídicos no se encuentra, además, claramente establecida. No puede ser dogma cada norma, sometida a la aleatoriedad y relatividad que le otorga el poder ser en cada momento mudada y sustituida por otra. Si los dogmas son proposiciones obtenidas partiendo de las normas, presuponiendo en ellas unas conexiones lógico-sistemáticas, hay que señalar que, sin una inducción lógica rigurosa, la obtención del dogma encierra una conclusión arbitraria que es producto en gran medida de criterios valorativos y en segundo lugar que las conexiones lógico-sistemáticas dentro del ordenamiento jurídico no existen siempre. El ordenamiento no es una creación racional, sino vital, cuyas diferentes partes tienen orígenes y causas diversas y son como estratos geológicos superpuestos, que impiden la posibilidad de una ratio unitaria.

Finalmente a la jurisprudencia de conceptos se le ha reprochado también que un procedimiento logicista y abstracto, en cuanto se despegaba de la realidad y del sentido vital de las instituciones, incumple la función misma del derecho, que es dar una determinada solución a unos problemas que no son puras abstracciones, sino ante todo y sobre todo problemas vitales.

La jurisprudencia de intereses se justifica históricamente como una reacción frente a la jurisprudencia de conceptos. Su origen inmediato lo tiene en IHERING. Para IHERING las reglas de derecho tratan ante todo de actuar intereses y de permitir la composición o la solución de conflictos de intereses. No hay ninguna regla de derecho que no deba su origen a un fin o motivación de orden práctico. La formulación de la jurisprudencia de intereses es obra de Philip HECK y de la llamada Escuela de Tubinga (RÜMELIN, MÜLLER-ERZBACH). Los preceptos jurídicos, dice HECK, son la resultante de interacciones de intereses (Interessenwirkungen): La ley es una resultante de una serie de intereses (religiosos, económicos, étnicos, etc.) que en cada comunidad se enfrentan y luchan por su reconocimiento y hegemonía. Esta concepción de los intereses como factores de determinantes de las normas resulta ampliada. MÜLLER-ERZBACH sitúa, junto a los intereses entendidos como necesidades, diferencias y de-

seos, otros factores vitales que participan en la realización del derecho. De los llamados "intereses genéticos" se pasa así a un estudio de todos los factores causales del pensamiento jurídico. ¿Cómo se refleja la tesis de la jurisprudencia de intereses en el marco de la actividad interpretativa? Para la jurisprudencia de intereses el intérprete no debe de tratar de obtener deducciones lógicas partiendo de unos dogmas jurídicos abstractos, sino decidir el conflicto de acuerdo con aquellos intereses que han sido preferidos por el legislador. La manera de proceder y las consecuencias a que puede llegarse son enteramente distintas.

Tomemos como ejemplo el caso que decidió la S. T. S., 17 de abril de 1967. Tras la separación de un matrimonio, en la disolución y liquidación de los gananciales le fueron adjudicadas a la mujer determinadas acciones de una sociedad anónima formada por el marido con sus hermanos. En los estatutos de la sociedad existía una cláusula que, en caso de enajenación por un socio o un tercero, facultaba a los demás socios para adquirir preferentemente pagando el valor de estimación; los hermanos del marido reclamaban a su cuñada las acciones a cambio del pago de su valor.

Jurídicamente, la raíz del problema estaba en saber si la adjudicación en pago de gananciales es o no una enajenación. El planteamiento en la línea dogmática o de jurisprudencia de conceptos es el que siguió nuestro T. S. La sociedad de gananciales es una comunidad entre marido y mujer. Consecuencias de este dogma son, en primer lugar, que la mujer era durante el matrimonio cotitular de las acciones y, segundo, que la liquidación del patrimonio común o división entre los partícipes no es nunca una enajenación. La cláusula de los estatutos no se aplica y la demanda de los hermanos es rechazada.

Una jurisprudencia de intereses hubiera procedido de una manera distinta. Se hubiera preguntado ante todo cuál es el interés protegido a través de las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones que la ley admite y hubiera llegado a la conclusión seguramente que es el interés en controlar la intervención en la gestión de los asuntos sociales de personas extrañas, permitiéndolo o evitándolo, según los casos, a cambio de pagar el valor. Se hubiera preguntado, en segundo lugar, cuál es el interés que el legislador protege en la disolución de los gananciales y habría llegado seguramente a la conclusión de que es el interés de cada cónyuge o de sus derechohabientes de recibir un valor patrimonial o económico equivalente a la mitad de las ganancias conyugales. Este planteamiento hubiera quizá permitido una ampliación de la idea de enajenación en el texto de la norma incluyendo en ella todo cambio de manos de las acciones que haga posible el acceso a la gestión social de una persona que hasta de momento no la ha tenido.

La crítica de la jurisprudencia de intereses, que marca la línea de su evolución más reciente, se ha hecho sobre varios puntos. En

primer lugar ha sido señalada, por WESTERMANN, por ejemplo, la equivocidad misma del concepto de "interés", que tiene un distinto sentido en cuanto referido a las aspiraciones que el sujeto o los sujetos sustentan, o al juicio de valor que tales aspiraciones suscitan o merecen. En realidad, cuando se ha hablado de jurisprudencia de intereses se ha hecho más o menos veladamente referencia a una jurisprudencia que trataba de tener en cuenta los juicios de valor que los intereses suscitan, por lo cual hoy puede hablarse abiertamente de una jurisprudencia valorativa o jurisprudencia de valores (*Wertungsjurisprudenz*). ¿Cuáles son, sin embargo, estos juicios de valor a tener en cuenta en orden a la protección de los intereses subyacentes en la situación cuestionada? Porque lo cierto es que caben por lo menos tres tipos distintos. De un lado se encuentran los juicios de valor del legislador; de otro, los personales del intérprete; y, finalmente, los generales de la comunidad dentro de la cual la ley es aplicada. НЕКК y los patrocinadores primeros de la jurisprudencia de intereses eran subjetivistas puros o casi puros y por ello los intereses o los juicios de valor sobre la protección de intereses a que hacían referencia eran aquellos que habían servido de base o de criterio al legislador para establecer la normativa. Este punto de vista, sin embargo, está sometido a la misma crítica general que ya hicimos respecto del subjetivismo y que no hay por tanto por qué repetir. Los juicios de valor personales del intérprete nos llevarían a una libre interpretación, cuya crítica ha quedado hecha también. No hay entonces más juicios de valor actuantes y admisibles que aquellos que son generales a la comunidad o grupo humano en el que el intérprete actúa. Esto es, desde otro punto de vista, lo mismo que nosotros decíamos al intentar equiparar el *iustum concretum* con la decisión exigida por el sistema de creencias y convicciones vigentes en un momento históricamente dado.

Ahora bien, con esta conclusión el problema de la interpretación no puede darse por definitivamente zanjado. Nos resta aún intentar un examen, aunque sea somero, de varios puntos, que están cabalmente en el camino que debe seguirse para alcanzar el fin propuesto a la interpretación. Estos puntos son, a mi juicio, los siguientes: primero, la delimitación de lo que podríamos llamar el campo de operaciones de la actividad interpretativa, que exige dilucidar la admisibilidad de la utilización de criterios extranormativos. En segundo lugar, es menester preguntarse por el alcance que tiene el llamado razonamiento interpretativo y la llamada interpretación lógica de las normas jurídicas. Y, por último, en muy estrecha relación con el tema anterior debe plantearse también el tema del valor y del alcance de los llamados conceptos jurídicos.

En los planteamientos y en los desarrollos que en las páginas anteriores hemos venido haciendo, se encuentra implícito un dilema profundo que se plantea al intérprete. La actividad intelectual y de investigación que el intérprete debe cumplir, ¿ha de permanecer

estrictamente dentro del campo de lo normativo, o puede salir de él? Dicho de otro modo, en el razonamiento del intérprete, ¿debe emplearse sólo un material procedente del ordenamiento jurídico o puede por el contrario emplearse un material extrajurídico? La limitación del campo de operaciones de la actividad interpretativa a los materiales normativos, que se encuentra implícita en el legalismo y en el método dogmático de la jurisprudencia de conceptos, ha sido rigurosamente formulada por KELSEN y la Escuela de Viena. Una teoría pura del Derecho, como la que KELSEN pretende, debe quedar liberada de todo elemento extrajurídico o metajurídico. El ordenamiento se reduce a una pura normatividad, es decir, a un conjunto de normas, que son formulaciones abstractas de un deber-ser. Todo lo demás, que sea extraño a la pura formulación de la norma, no pertenece a la ciencia del derecho. Las motivaciones y las valoraciones políticas, económicas, sociales o culturales son algo ajeno y extraño al Derecho. Las realidades económicas, sociales o políticas, reguladas por las normas, son también metajurídicas: es economía, sociología o política. Al Derecho todo eso no le interesa. Le es ajeno. El Derecho es la pura normatividad escalonada y trabada ante sí.

En seguida se comprende que una doctrina que repudia y estigmatiza como extrajurídicas las realidades sociales políticas, sociales o económicas, no puede aceptar como criterios interpretativos ni la voluntad del legislador que supone una realidad política extrajurídica, ni la posible referencia a los intereses en juego que constituyen algo extrajurídico también. La interpretación no puede salir de la norma. El intérprete está vinculado por las leyes del lenguaje (gramática) y por las del pensamiento (lógica), únicas con las cuales es posible tratar de encontrar el sentido de un texto legal.

La actividad de un juez o de un intérprete no puede, sin embargo, encerrarse en un marco tan estrecho. La teoría normativista, al reducir la interpretación a la forma gramatical o a la pura lógica, deviene insuficiente. La norma sólo encuentra su explicación a través de unos condicionamientos culturales e históricos: los que existían cuando apareció y los que existen cuando es aplicada. Supone además un conjunto de experiencias existenciales de las que es cristalización y un conjunto de creencias que le dotan de sentido. El intérprete no puede, ni debe, desprenderse de estos factores a la hora de aplicarla.

El segundo problema que había de quedar planteado era el relativo al razonamiento interpretativo y a la llamada interpretación lógica. En la literatura jurídica se ha venido hablando con gran reiteración de una "interpretación lógica", aunque no siempre se puntualiza debidamente el alcance que quiere darse a esta expresión. La doctrina antigua llamada "interpretación lógica", a aquella interpretación acomodada al fin de la ley. Sería, por decirlo así, la interpretación correcta, pero no se trataría entonces tanto de un medio o

de un elemento puesto en juego para la interpretación, cuanto del objetivo y finalidad de la misma, a cuya consecuencia han de coadyuvar los verdaderos medios interpretativos.

Los autores modernos, en cambio, suelen reducir el ámbito de la "interpretación lógica", estimando que ésta no es nada más que la aplicación del razonamiento lógico a la función interpretativa.

Las dificultades comienzan al tratar de delimitar en qué consiste esta aplicación del razonamiento lógico a la tarea interpretativa. Algunos autores que han abordado el problema sólo superficialmente, aluden a la existencia de una serie de reglas lógicas que son utilizadas con frecuencia en la interpretación jurídica. Por ejemplo: a *maiore ad minus* (el que puede lo más puede lo menos); a *minore ad maius* (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); a *contrario* (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás), a *pari ratrone*. Hablar en estos términos de una interpretación lógica es posible sólo cuando se desconoce que la lógica impone, no la mera utilización de unas reglas, sino un esquema muy preciso en toda la operación intelectual.

Con el fin de desvanecer equívocos y de aclarar lo más posible el panorama con el que aquí estamos enfrentados, creo que lo que hay que plantearse son las operaciones intelectuales que el jurista realiza para llegar a unas conclusiones, manejando los datos que ha obtenido o que han sido suministrados. Hemos visto ya que, como resultado de la investigación y búsqueda de datos, puede disponerse de un cierto número de afirmaciones o de proposiciones. Estas pueden ser: las afirmaciones contenidas en los textos o inmediatamente derivadas de ellos; las afirmaciones derivadas de una investigación gramatical y de una investigación histórica, las afirmaciones derivadas del sistema de conceptos jurídicos; las afirmaciones generalmente admitidas como convicciones culturales o propiamente jurídicas.

Pues bien, con estas premisas, el razonamiento jurídico puede obedecer a uno de los modelos siguientes. Puede, en primer lugar, ser lógico, o bien ser extralógico.

a) Existe un razonamiento lógico cuando la verdad o veracidad de las premisas aparece constatada científicamente y la operación intelectual se desarrolla rigurosamente de acuerdo con los cánones lógicos (p. ej., silogismo).

b) En todos aquellos casos en que falta cualquiera de las dos condiciones antes enunciadas, el razonamiento no es ya lógico, sino extralógico. El razonamiento extralógico puede ser:

1) *Dialéctico*.—El razonamiento jurídico es dialéctico cuando se utiliza el canon lógico en el desarrollo del pensamiento, pero la verdad de las premisas no se encuentra constatada científica o lógicamente, si bien tales premisas pueden considerarse como verosímiles por su general admisibilidad.

2) *Retórico o argumentativo*.—Se utilizan premisas que no son verosímiles por su general aceptación o bien el razonamiento no se

desenvuelve en forma rigurosa, sino que trata más bien de mover a persuasión o de lograr una convicción o una aceptación (p. ej., es más justo, es más benigno, etc.).

Los tres tipos de razonamiento pueden ser, y de hecho son utilizados en la práctica jurídica. Sin embargo, hasta hoy el razonamiento dialéctico y el razonamiento retórico-argumentativo son los procedimientos preminentes. Ello obedece a dos tipos de razones o causas. En primer lugar, la dificultad o en muchos casos la imposibilidad de operar con premisas que sean rigurosamente un "verum" y la imposibilidad, por consiguiente, de formular largas cadenas de deducciones. En segundo lugar, la naturaleza de la función jurídica, que se desarrolla en el terreno de la controversia y no busca un "verum", sino la base del general asentimiento de una decisión. Dicho de otro modo, los abogados buscan convencer al juez. Y el juez busca que su sentencia, que es ante todo una decisión, sea recibida con general asentimiento.

El autor que en los últimos años ha destacado con mayor agudeza este punto ha sido Teodoro VIEHWEG, en su libro "Topik und Jurisprudenz" del que Helmut COING ha afirmado que, aunque sea raro que de una obra pueda decirse que es fundamental para una disciplina científica, esta afirmación corresponde plenamente a la obra en cuestión. Los dos grandes temas que la lectura de este libro sugiere son, por una parte, un tema metodológico y por otra parte el tema sustancial de la naturaleza y del significado del derecho mismo.

El problema metodológico es, seguramente, el que más cerca se encuentra en las preocupaciones del autor de este libro. El autor trata de averiguar si es o no adecuado para el desenvolvimiento de la ciencia del Derecho un sistema de ideas y de conceptos jurídicos que se desarrolla de acuerdo con el método axiomático. El método axiomático o método deductivo es aquel que Vico caracterizó por su manera de proceder, como el que, partiendo de una verdad científicamente comprobada o admitida como un "primum verum" procede "more geométrico" mediante largas deducciones en cadena. Es el método de la geometría, de las matemáticas y de la lógica simbólica. VIEHWEG no dice que esta manera de proceder no sea posible dentro del dominio del derecho. Entiende, en cambio, que, en el estado actual de nuestra civilización y de nuestra manera de hacer, este método es por completo inadecuado. En la actualidad sólo en algunas materias jurídicas es posible establecer grupos de verdades obtenidas deductivamente y en la mayor parte de los casos sin un alcance excesivamente amplio. Una completa sistematización exigiría una serie de cambios y de actividades previas extraordinariamente difíciles de llevar a cabo. En primer lugar, es preciso llegar al establecimiento del "primum verum", es decir, de la regla o serie de reglas que deben situarse a la cabeza como axiomas desde la cual las demás deben obtenerse deductivamente. En segundo lugar, el lenguaje usual no puede utilizarse en una lógica estricta, para lo que sería necesari-

rio sustituir las palabras por puros símbolos y proceder de acuerdo con los cánones de una lógica simbólica.

Es evidente que el resultado que se obtendría siguiendo las directrices indicadas podría ser una ciencia del Derecho desarrollada con arreglo al método deductivo sistemático, pero no es menos evidente que ni es esta la manera como procedemos actualmente, ni tampoco es probable que nos hallemos en condiciones de alcanzar aquellos resultados. Por último es dudoso que aquellos resultados sean deseables e incluso convenientes.

La jurisprudencia procede de acuerdo con las reglas de un método tópico. La tópica es una teoría intelectual o un método de pensamiento que tuvo un gran relieve en la Edad Antigua y en la Edad Media sobre todo por influjo de Aristóteles y Cicerón, pero que en nuestros días es casi desconocida. La tópica pertenece al terreno de lo puramente dialéctico. Es por ello una técnica intelectual desarrollada por la retórica como manera de obtener un instrumento, con el cual sea posible argumentar y obtener conclusiones respecto de cualquier problema que se pueda plantear. La distinción entre un razonamiento apodíctico y un razonamiento dialéctico se encuentra en Aristóteles. El razonamiento apodíctico parte de unas proposiciones que son verdaderas o que a su vez proceden de otras proposiciones primeras verdaderas y a su vez obtiene unas conclusiones que son verdaderas también. El razonamiento dialéctico en cambio se caracteriza y se distingue por la índole de sus premisas. El razonamiento dialéctico tiene como punto de partida unas premisas que no son —estrictamente hablando— verdaderas, sino simplemente verosímiles, es decir, probables y acreditadas por una general aceptación. Se aplican entonces, cuándo un problema se plantea tópicos o lugares comunes, v. gr.: género y especie, analogías y diferencias, etcétera. Hay una tópica de segundo grado que llega a obtener unos repertorios de puntos de vista o catálogos de tópicos para proceder con ellos.

La postura de VIEHWEG no es hoy una posición aislada en la doctrina. Se pueden señalar por lo menos otros dos o tres autores importantes que han trabajado en la misma dirección. El primero es PERELMAN, profesor de la Universidad de Bruselas, que en 1954, en colaboración con L. OLVRECHTS TYTECA, publicó un *Traité de l'argumentation* (París, 1957) y que acaba de publicar en el volumen de 1966 de los *Archives de Philosophie de Droit*, que con el concurso del Centre National pour la Recherche Scientifique dirige el profesor Villey y que se dedica precisamente al estudio de la lógica del Derecho, un estudio titulado "*Raisonnement juridique et logique juridique*". PERELMAN afirma en el referido estudio que la noción de lógica jurídica no parece que puede ser utilizada en su innegable sentido específico mas que si se reconoce al lado de la lógica formal que elabora la teoría de la prueba demostrativa una lógica no formal consagrada al estudio de la argumentación, es decir,

al conjunto de razonamientos que vienen a apoyar o combatir una tesis y que permiten criticar o justificar una decisión, lo cual no es por otra parte más que lo que ha sido enseñado durante siglos, esto es, una tónica jurídica.

En el mismo sentido parecen dirigirse también los trabajos de GIULIANI, profesor de la Universidad de Pavía, que en el volumen citado ha estudiado la “lógica jurídica como una teoría de la controversia”, y que ya con anterioridad había trabajado en la misma dirección (*Il concetto di prova*, Milán, 1951 y *L’element juridique dans la logique medievale*, en *Logique et Analyse*, 1963).

En la misma línea se sitúa otro de los colaboradores del volumen citado de los “Archives”, G. CHEVRIER, que estudia como una forma de lógica jurídica el arte de argumentación de los juristas medievales. Georges KALINOWSKI, autor en 1965 de una “Introduction a la logique juridique”, aunque se muestra partidario de la lógica jurídica como lógica estricta o demostrativa, admite al lado de las reglas lógicas unas reglas paralógicas de los razonamientos jurídicos, que son las reglas tónicas y las reglas retóricas.

Entre nosotros, se han hecho eco en estas direcciones del pensamiento jurídico moderno, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en varios de sus trabajos y Pío CABANILLAS, en una conferencia inédita sobre “Tónica y dogmática”, pronunciada en 1967 en el Centro de Estudios Hipotecarios.

El último paso de nuestro estudio era el relativo al alcance, al valor y al significado que los conceptos poseen en el desenvolvimiento del derecho. En nuestros escritos forenses, en nuestros debates científicos y en las decisiones de nuestros tribunales, se pueden leer con frecuencia afirmaciones como éstas: “El arrendamiento es un acto de administración y por consiguiente el acordado por la mayoría de los condueños es obligatorio para todos” (S. T. S. 10-3-1905); “La fiducia, como negocio mixto, supone la concurrencia de un vínculo real juntamente con otro obligatorio” (S. T. S. 4-1-56); “No cabe confundir el negocio fiduciario con el simulado” (S. T. S. 23-2-51). Aquí aparecen por un lado unos conceptos jurídicos —arrendamiento, acto de administración, negocio fiduciario, simulación, vínculo real, etc.— y por otro lado unas proposiciones —p. ej., el arrendamiento es un acto de administración, etc.—, que son utilizadas para fundar las decisiones. ¿Qué valor y qué alcance tienen en la aplicación del derecho estos conceptos y estas proposiciones conceptuales?

ASCARELLI (*Norma giuridica e realtà sociale*, en *Studi Messinesi*, IV, pág. 65 y sig.) ha distinguido, dentro de los conceptos jurídicos, unos que comportan una descripción tipológica de la realidad social y otros que constituyen un resumen o una abreviación de una disciplina normativa. Los primeros de ellos son descripciones de comportamientos típicos que constituyen supuestos de hechos generalizados comprendidos en las normas. Por ejemplo, cuando hablamos de dolo, de compraventa, o de vicio redibitorio estamos haciendo referencia a

conceptos de este tipo. Los segundos son fórmulas abreviadas para designar un "effectum iuris" o una consecuencia jurídica. Cuando hablamos de nulidad, de prescripción o de indemnización aludimos a conceptos de esta segunda especie.

ENGESCH ha hecho una incisiva distinción de los conceptos utilizados por la jurisprudencia.

Estos conceptos pueden ser o bien absolutamente determinados como son los conceptos que hacen referencia a medidas (50 Km., un plazo de nueve días, o una cantidad de 2.000 ptas.) o conceptos que por lo menos parcialmente quedan indeterminados. Entre éstos últimos se encuentran la mayor parte de los estrictamente jurídicos, como negocio jurídico, acto administrativo o antijuricidad, pero también conceptos que no son estrictamente jurídicos, como nocturnidad, peligro o cosa. En segundo lugar, el autor citado contrapone los conceptos descriptivos a los conceptos normativos. Los primeros operan una delimitación de la realidad posible, mientras que los segundos hacen referencia a una normativa. Entre estos últimos cabe todavía aludir a aquellos conceptos normativos que deben recibir una carga valorativa o ser llenados en alguna medida por el arbitrio del intérprete, como es el caso de las llamadas "cláusulas generales".

Para nuestro objeto, nos basta señalar que el derecho utiliza conceptos extrajurídicos y otros que son estrictamente jurídicos. Los primeros expresan ideas que hacen referencia a objetos, a fenómenos o a situaciones del mundo exterior, del que se toman, y son utilizados como un vehículo de referencia a tales realidades o fenómenos. Por ejemplo: "nacimiento" en el artículo 29 del C. c.; "demencia" en el artículo 32; "impotencia" en el artículo 83. El problema en vía interpretativa es casi siempre el problema de la posible equívocidad o multivocidad del término lingüístico en relación con las ideas expresadas. Por ejemplo, cuando el artículo 613 del Código civil atribuye la propiedad de los peces, que de un criadero pasan a otro, al dueño de este último, siempre que no hayan sido atraídos con artificio o fraude, ¿qué debe entenderse por peces? ¿Son acaso aquellos animales que en las clasificaciones zoológicas merecen esta consideración, o son simplemente aquellos que reciben vulgarmente este nombre porque pueden ser aprehendidos por medio de la pesca? ¿Son los moluscos peces a los efectos del artículo 613?

Los conceptos son estrictamente jurídicos cuando expresan un problema o una serie de problemas típicos o institucionalizados y la solución a las soluciones que tales problemas pueden recibir. Los primeros son, como decía ASCARELLI, reconstrucción tipológica de una realidad o de un acontecer social típico regulado por normas de derecho (v. gr. usufructo, buena fe, daño). Los segundos enuncian la decisión real o la decisión hipotética de tales problemas (v. gr. pago, nulidad). Ahora bien, desde esta perspectiva los conceptos y las proposiciones montadas sobre ellos no poseen nunca un valor absoluto. Son, por una parte, como un lenguaje especial y abreviado

—a la manera de una clave— para aproximarse a los problemas y para hablar sobre ellos y, por otra parte, lo que VIEHWEG llamaría las piezas auxiliares de una tónica de problemas, en las cuales opera y funciona también una tónica oculta, por lo cual sólo desde el problema y a través del problema pueden ser entendidos y delimitados.

Me parece que ha llegado ya, con creces, la hora de terminar. Como al principio dije, estas palabras no tienen otro valor que el de una cavilación o el de una reflexión, por lo cual no es posible fijar unas conclusiones. Sin embargo, recapitulando, cabría señalar que la ciencia del derecho tiene abiertas ante sí dos vías.

La primera es una investigación del acontecer real, que es, en rigor, una verdadera ciencia, pues puede establecer, con unos métodos científicos, los de las ciencias sociales y más concretamente los de la sociología, como ocurren las cosas en la realidad.

La segunda vía es, en cambio, una técnica de solución de problemas. Desde este segundo punto de vista, la labor ha de ser el ensayo científico de lo que puede llamarse una teoría de la práctica.

Bajo este prisma se presenta lo que puede llamarse, y ha sido llamado ya, una “jurisprudencia de problemas”. El desarrollo de una “jurisprudencia de problemas” impone: *a*) una ordenación de los problemas ya descubiertos; *b*) un descubrimiento o una detección de los problemas nuevos; *c*) un examen de las soluciones que los problemas han venido recibiendo; y *d*) una discusión de las soluciones que pueden en lo sucesivo recibir.

El examen, la discusión y el debate, que debe ajustarse a lo que hasta aquí se ha llamado el razonamiento jurídico, de naturaleza fundamentalmente dialéctica y argumentativa, puede tomar como materiales: *a*) las creencias, condiciones, actitudes, opiniones o estereotipos del grupo humano, en que encarnan lo que hasta hoy hemos llamado principios del derecho y cuyo estudio debería hacerse también con los datos proporcionados por la Sociología y por la Psicología Social; y *b*) los textos, en la medida en que representan cristalizaciones de experiencias anteriores o concreciones de las creencias generales sobre los problemas típicos, pero siempre con el valor de directivas, que deben conducir a una nueva decisión de acuerdo con un nuevo razonamiento dialéctico.