

LA INTERPRETACION Y LOS APOTEGMAS JURIDICO-LOGICOS

*Discurso leído el 10 de febrero de 1975, en el acto
de su recepción como Académico de número, por el*

EXCMO. SR. D. JOSE LUIS VILLAR PALASI

Y contestación del

EXCMO. SR. D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y MARTINEZ-
CARANDE



MADRID

1975

**LA INTERPRETACION Y LOS APOTEGMAS
JURIDICO-LOGICOS**

LA INTERPRETACION Y LOS APOTEGMAS JURIDICO-LOGICOS

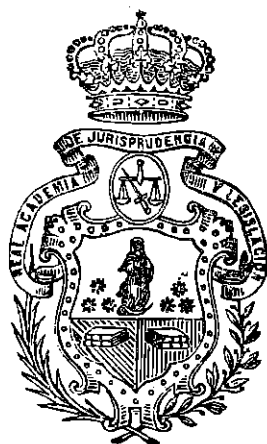
A LA LUZ DEL NUEVO TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL,
DESDE UNA PERSPECTIVA TEORICA

*Discurso leído el 10 de febrero de 1975, en el acto
de su recepción como Académico de número, por el*

EXCMO. SR. D. JOSE LUIS VILLAR PALASI

Y contestación del

EXCMO. SR. D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y MARTINEZ-
CARANDE



MADRID

1975

Excmos. señores, señoras y señores:

El día 28 de enero de 1964 leía su Discurso de Ingreso en esta Real Academia el Profesor Juan Del Rosal, disertando en la ocasión acerca del tema «Esquema de un Anteproyecto de Código Penal español», con cuyo desarrollo venía a satisfacer una de sus fundamentales preocupaciones como penalista y como estudioso universitario.

Poco más de diez años han transcurrido desde entonces, y he aquí que hoy me corresponde a mí la responsabilidad de cubrir la vacante que su desaparición ha provocado, precisamente en un momento pleno y fecundo de su vida de hombre intelectual proyectado en sus múltiples quehaceres.

Nació en Granada en 1908. Granadino de clara estirpe, según expresión del Profesor Castejón, de elegante finura intelectual, ironía ocurrente y un cierto escepticismo que —como ha dicho uno de sus discípulos— facilitándole la comprensión de los hombres, no lastró en ningún momento su afán de trabajo, esfuerzo y lucha, y su generosidad en el acometimiento de grandes empresas siempre con sus ribetes de soñador y poeta, pero con un realismo eficaz.

Doctor por la Universidad de Madrid, con premio extraordinario, Catedrático de Derecho Penal de las Universidades de Valladolid desde 1941, y de Madrid desde 1957, profesó la misma disciplina en la Escuela Judicial, fue fundador y primer Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, miembro del Consejo superior de Investigaciones Científicas en los Institutos «Francisco de Vitoria» y «Suárez», Director del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», estudiante en las Universidades de Friburgo, Berlín, Hamburgo, Kiel, Basilea, Roma y Padua, alumno de los Profesores Wolf, Hall, von Gleispach, Zimmerl y Kohlsrauch, Vicepresidente del Comité Ejecutivo del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino, conferenciante en los cursos de la UNESCO en Roma y en diversas Universidades alemanas, italianas, portuguesas e hispano-americanas, así como en la Universidad de París, invitado por la Sociedad Internacional de Criminología, perteneciente a otras numerosas Corporaciones extranjeras, tales como los Institutos Nacio-

nales de Criminología de Cuba, Argentina y Tucumán, del Instituto Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano-Filipino, y Ponente de sus Congresos celebrados en Madrid, Salamanca, Sao Paulo y Lisboa, de la Academia de Ciencias Penales y de las Comisiones de Legislación extranjera y de Codificación, Delegado en España de la Asociación Internacional de Defensa Social, Organo adscrito a la ONU, y, más recientemente, Presidente del VI Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Madrid en septiembre de 1970, y Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Criminología, de la que antes había sido Delegado en España, nombramiento al que apenas pudo corresponder en su inquebrantable vocación, por su prematura muerte.

Se trata, desde luego, de repertorio incompleto, pero exponente claro y sincero de su infatigable labor e internacional prestigio.

Más difícil es aún el recuerdo completo de su obra como publicista al servicio, por encima de todo, de una Universidad a la que amaba y a la que se había entregado sin condiciones; al servicio de la ciencia penal, cuya renovación y progreso constituía preocupación constante en sus quehaceres; al servicio, en definitiva, del «otro», a quien nunca dejaba abandonado, ni en su pensamiento, ni en sus comportamientos.

Destaquemos sus «Principios de Derecho Penal», y sus posteriores «Lecciones de Derecho Penal», obras dedicadas a los estudiantes universitarios que durante tantos años pasaron por su Cátedra y coronadas por su «Tratado de Derecho Penal español», la publicación de cuyo segundo tomo en tan poco tiempo precedió a su marcha.

En la misma línea, cabe situar su «Código Penal español», con comentarios y concordancias, elaborado en colaboración con un grupo de distinguidos discípulos, así como su «Parte Especial», en la que la colaboración de aquéllos también tuvo cabida.

Señalemos, asimismo, sus «Comentarios a la Doctrina penal del Tribunal Supremo», sus «Defensas Penales», y su «La personalidad del delincuente en la técnica penal», aportación original y plena de aciertos en la búsqueda de nuevas orientaciones.

Más recientemente, al amparo de las transformaciones económicas y sociales que acontecen vertiginosamente, publica el primer tomo de su «Derecho Penal de Sociedades Anónimas», obra incompleta, a la que no pudo dar cima por la alucinante brevedad de nuestras existencias.

Por último, y en este rapidísimo recorrido, habrá que citar sus

dos últimas publicaciones, «Cosas del Derecho Penal», en la que recopila contribuciones hasta entonces dispersas, y «4 Penas de Muerte, 4», en la que toma postura decidida frente al tema continuamente polémico y pleno de sensibilidad humana.

Todas estas obras, pálidamente ejemplares de más de un centenar de publicaciones, vienen a confirmar su indiscutible y plena vocación de jurista, patentizada, por otro lado, en el ámbito de la Administración de Justicia, donde la teoría y la práctica aparecían confundidas, mostrándose y complementándose en el foro su indiscutible altura dogmático-penal.

La tristeza de su muerte, que no encuentra consuelo en el mundo de los sentimientos de los universitarios, los amigos y los discípulos, y por lo que tiene de frustración de nuevos proyectos concebidos, encuentra parcial compensación en la contemplación de su labor y en la actividad de aquéllos, que día a día, durante tantos años, han venido beneficiándose de su magisterio.

Me toca ahora a mí, por azares de la Providencia y por una excesiva benevolencia vuestra, sucederle. Sólo diré: gracias a quienes me votaron y promesa firme de cumplir como el primero en la común obligación de prestigiar nuestra Academia. La escasez de palabras no mengua la sinceridad de la promesa ni de la gratitud, pues no se trata de medir las líneas, sino la carga de honesta verdad en ambas afirmaciones.

Todo libro se escribe por alguna razón. En este caso no sólo concurre el requisito reglamentario del discurso de ingreso en la Academia, sino otros motivos adicionales, que me condicionaron el tema a elegir. Era, en primer lugar, un libro prometido en una nota a un prólogo, era una preocupación que se remonta a más de veinte años atrás, cuando tuve ocasión de trabajar temporalmente en la Universidad de Columbia. Cumplí así, al propio tiempo, una promesa pública y un propósito íntimo. No hay liberación intelectual mayor que el cumplimiento de la palabra dada y el dar suelta a una vieja preocupación. Pero lo malo es que cuando se alcanza una finalidad ha comenzado el principio de otra: agotar la andadura emprendida. De ahí que este trabajo sea sólo el comienzo, a su vez, de uno más extenso.

A más de ello, había una razón temporal de oportunidad: acaba prácticamente de aparecer la nueva redacción al título preliminar del Código civil, que *expressis verbis* constituye el prólogo a todo nuestro ordenamiento jurídico.

Considero un deber aclarar el método elegido, al sesgo de investigar y de exponer: hay un incesante uso de la Historia, pero sin saltar del Derecho romano clásico a la actualidad, esto es, siguiendo todos los emboscados hitos de cada categoría; y averiguando, o intentándolo al menos, el porqué político de la misma. Hay, además, muchas más sugerencias que temas agotados. Para mí, éste es el sino de toda obra escrita después de los cincuenta años. Tratar problemas generales es tarea sólo apropiada cuando se ha escrito ya mucho sobre aspectos parciales, temas concretos, y se ha vivido el Derecho con suficiente complitud de tiempo. Para ello con un requisito previo: el Derecho hay que vivirlo como Ciencia operativa, sin confundir esta necesaria aplicación con la degradación en un arte menor, en una mera y sórdida retórica. El jurista ha de ser inasequible al pronto desaliento, al embotamiento ante una sentencia que estima injusta, ante los momentos de pesimismo que le acucian y le tientan a prescindir del anhelo científico para entrar en el complejísimo mundo del causídico. Y al propio tiempo, ha de auto-inmunizarse ante la fácil crítica que se desata ante todo lo que es novedad. Sólo así será un creador —modesto, pero auténtico consigo mismo— de la ciencia a la que ha dedicado su vida. Hay que confesar que no es nada fácil dedicarse a la investigación del Derecho, en que todo parece escrito, y en donde penetrar con afán de obtener algo nuevo produce la misma impresión de entrar en un restaurante donde todas las mesas están ya reservadas, nadie sabe para quién. Con todo, es una ciencia apasionante, siempre antigua y, al propio tiempo, siempre nueva, con tal que se procure acotar una gran parte de uno mismo a su investigación.

En el Derecho romano, y en general en cualquier Derecho, se comienza con soluciones que sirven caso a caso, es decir, para problemas muy concretos. Mas conforme avanza el Derecho como Ciencia, y a medida que el Derecho de los juristas va apareciendo, las categorías jurídicas van pasando a ser ubicuas, con mal defendidos flancos, esto es, van sirviendo a fines muy diferentes, con muy guardados fines políticos.

La figura del contrato, de la responsabilidad, de la causa, no son más que simples ejemplos de cómo se va abstrayendo en el decurso de los siglos. Esta marcha hacia la abstracción es la que produce la dificultad para averiguar cuál es la finalidad política que se encierra tras la pantalla de una categoría jurídica. No sé dónde leí que en el mundo de los primitivos la punta de flecha servía para eso: para ser

punta de flecha, el hacha sirvió exclusivamente como hacha, el fuego exclusivamente como fuego alrededor del cual se agrupaban las gentes. En nuestra civilización los objetos son, empero, de múltiple y variado uso. Un bastón sirve igual para apoyarse que para defenderse. El fuego puede ser el símbolo de un hogar, puede ser incluso totalmente innecesario cuando hay calefacción central, pero su finalidad llega a ser prácticamente ornamental. La electricidad sirve prácticamente a una infinitud de usos. Quizá los etnólogos y arqueólogos del año 2500 expliquen que las flores que colocamos sobre las tumbas de nuestros deudos suponen tanto como nuestra creencia en la persistencia de su olfato. Muchas explicaciones históricas actuales parecen claudicar y adolecer de tal invención actual —desde hoy— de lo antiguo.

El gran problema con que ha tenido que pechar la Ciencia del Derecho es el de que nace prácticamente aislado en el cosmos de las ciencias sociales, pues la psicología, la sociología, la economía, la antropología y toda la serie de nuevas ciencias sobre el hombre y la sociedad surgieron relativamente hace poco. A consecuencia de ello, el Derecho tuvo que inventar, improvisar, casi ocultar la transparente sencillez de sus fines políticos concretos y del porqué del fracaso o del éxito de una Ley específica. Carente el Derecho de estas ciencias auxiliares es difícil que aquella mortecina luz de los fines políticos de cada institución puedan hoy ser observados con nitidez y, sobre todo, sin duda.

La interpretación aplicativa es una operación lógico-valorativa. Quiere esto decir que sus dos vectores son la lógica y la ideología política. Se ha dicho que la vida es un fluido indócil, que no se deja retener, apresar, congelar. Las leyes nuevas tienen su luna de miel con la política, pero sus bodas de plata y oro con la realidad es lo que importa para evidenciar su eficacia. Hay una constante lucha —una dialéctica— entre la realidad a conformar y la ley: de ahí que los valores políticos de la sociedad y de la ley —la realidad social de que habla el Código civil en su nuevo título preliminar— sea en gran manera importante. W. Goldschmidt cita a Santo Tomás, quien al referirse a las leyes que desafían insensatamente esta realidad, citaba oportunamente un pasaje del Deuteronomio: «Y el que recio se suena las narices, sacará sangre.» Y esto es fácilmente comprobable con la apresurada introducción de instituciones legales modernas en países no acostumbrados a ellas. D. C. Buxbaum examinó en 1967 este apasionante tema (Traditional and Moderns Legal Institutions

in Asia and Africa) llegando a conclusiones aleccionadoras para todos. La explícita invocación a la realidad social que el nuevo título preliminar contiene, es particularmente destacable. Se ha dicho que nada hay en la humanidad con mayor confusión que el determinar los medios y los fines perseguidos. La mayor parte ha olvidado completamente la existencia de objetivos y medios. Gran parte de nuestra cultura está obsesionada en acumular medios, lo malo es que frecuentemente no se sabe para qué y por qué. No sólo invierten los términos, sino que colocan el carro delante del caballo, creyendo que en verdad el carro es un vehículo construido especialmente para arrastrar caballos. En cualquier polémica corriente jamás se detienen a considerar cuál es el verdadero fin y cuál el erróneo. La lógica es un medio, pero un medio singularmente, específicamente importante que busca con mirada suplicante de náufrago en congoja de ahogo su verdadero papel en el Derecho, que no se reduzca a la mera pantomima de los tópicos. Casi todo el mundo proclama su falta de memoria y no lo considera como algo fallido, pero nadie tolera —y todos consideran como un insulto— que le llamen ilógico. Sin embargo, el Derecho como ciencia lo sigue tolerando, y la culpa de tal sinsentido es nuestra, de los juristas. Una sentencia justa puede ser ilógica, pero la falta de lógica estará entonces en el ordenamiento. Detectar cuándo el fallo lógico radica en la decisión o en la Ley es por eso algo primario y no atinente a las Postrimerías.

Aparte de ello la lógica, como los valores inmanentes, se escapan a toda regulación positiva arbitraria. Quererlas forzar remeda aquella anécdota de Federico I de Prusia: al advertir que un súbdito huía espantado al verle, le alcanzó, le dio unos cuantos bastonazos y le advirtió severamente: ¡No me debéis temer, debéis amarme!

Pese a la tentación que el auge de la lógica deóntica moderna en todas sus escuelas me ha supuesto, he soslayado el metalenguaje al máximo. Este es un trabajo para juristas, y estimo además que tal metalenguaje es traducible a las palabras comunes y usuales del jurista. El fondo, sin embargo, obedece a esta renovación de la lógica. Toda la jurisprudencia de conceptos está en crisis precisamente porque nuestro habitual modo de construir es el más parecido al de Savigny, pese al enorme cambio social y científico acaecido. Ha sido un método convincente por su inconsistencia, resistente al cambio por su estolidez. Debo esta aclaración al modo o, por mejor decir, al perfil en el tratamiento del tema, un tanto o bastante alejado del tradicional.

Todo investigador trabaja no sobre la ciencia existente y admitida, sino sobre las fronteras de sus ciencias. Las ciencias existentes no son sino islas de conocimiento en un inmenso espacio desconocido; el espacio intermedio es el mismo campo de la investigación, y por tanto se puede decir que toda investigación es interdisciplinaria (Bousquet). El lector que yo busco es el que ansía respirar verdad y el que está aplastado bajo el aire viciado de lo acostumbrado, de aquello que es al uso de los filisteos de la cultura, lectores sin prisa, prestos a renacer, como decía Ortega en toda hora, de un credo habitual a un credo insólito. Hegel lo dijo ya terminantemente: ¡Tened el valor de equivocaros! Con todo, on est toujours le réactionnaire de quelqu'un.

He procurado discutir los temas lógicos con los centros nacionales más prestigiosos (Cambridge, Varsovia, Lodz, Michigan University, Columbia University, México, el Centre National de París y el de Perelmann), he aprendido muchas cosas de estos contactos personales y, sobre todo, he podido consultar toda una serie de bibliografía inaccesible desde aquí.

Por el contrario, no siendo romanista, me he tenido que apoyar en trabajos ajenos, a medias para los comentadores y una tercera parte para la Humanitas. El resto es mío, y mía la culpa del posible error. Soy consciente que no es un libro fácil de lectura, bien a mi pesar, pues he intentado hacer asequible todo el mundo complejo de la lógica de los argumentos decisionales. Leído despacio creo que es, o puede ser, un libro útil para todo jurista. Si he multiplicado las citas —directas todas ellas— ha sido más para ayuda a los eventuales lectores que por puro ornamento, en el que hace ya muchos años que no creo.

Un tanto paradójicamente, la lógica no tiene demasiado predicamento entre los juristas. Atribuyo esto, en primer lugar, al uso y abuso de los apotegmas decisionales y, en segundo término, a que el jurista considera la lógica al estilo de la pura subsunción de silogismos, perspectiva ya arrumbada en la realidad y en la ciencia del Derecho. Pero esto no autoriza, a mi juicio, a aplicar a la lógica el llamado por Jean CARBONNIER, principio macedoniano. El Emperador Vespasiano, ante el asesinato de un usurero, prohibió la usura. Para evitar un caso proscibimos todas las hipótesis. Para curar un dolor de cabeza decapitamos al enfermo.

Lo que sucede con el pensamiento es que actúa en bloque, esto es, en un tiempo mucho más breve que el que parece desprenderse

del pensar por silogismos. Cuando se controla la lógica de una solución se efectúa como un pase de película al ralenti; aunque la película en su visión normal tenga un movimiento mucho más rápido. El control verifica algo similar a la moviola lenta que va pasando una a una las fotografías de una carrera. Mas con todo, la lógica permanece allí, no sólo en el campo en que es indispensable —el jurídico—, sino incluso en el mundo de los sentimientos. Kelsen ha escrito que la necesidad de una justificación racional de nuestros actos emocionales es tan grande que todo el mundo trata de satisfacerla aun con el eventual riesgo de auto-engañarse. El influjo de la ideología es sólo un condicionante del carácter del hombre, de su inserción vital en una imagen-visión del mundo —Weltbild— y de su pobre condición de humano y, a veces, de demasiado humano. Con tanta teoría filosófica el hombre va perdiendo su fe en la filosofía, con tanta teoría jurídica, el mismo hombre sufre la misma consecuencia, su escepticismo radical ante el Derecho, cuya raíz esencial es misión del jurista afianzar. El legislador —decía SALEILLES— construye sus instituciones jurídicas, sin preocuparse de las contradicciones teóricas y de los ilogismos que surgen de su labor de conjunto: nos dejan a los juristas el menester de hacer lógico, lo que no lo es, de hacer razonable, coherente el conjunto total del Derecho. Las categorías nuevas introducidas en una ley son una gota de agua en el océano del ordenamiento jurídico: por eso se deja influir más por éste, que adquiere carácter de auténtica innovación. El factor de inercia es de sobra conocido y no es peculiar del Derecho; es el peso de la tradición de nuestras convicciones más profundas. El equilibrio —no ya inestable, sino espasmódico— entre lo conveniente a la Sociedad —economía, estabilidad, orden y progreso— y la dignidad intangible de la persona es en nuestros días un problema de aproximaciones sucesivas. Lo único que es evidente es el papel omnipresente de la lógica —única ciencia habituada a antinomias y contradicciones— y la precisa renovación de nuestra Ciencia, construida a un modelo social y humano, desproporcionado a la realidad actual. Confesémoslo: el traje habitual se nos ha quedado corto.

LA INTERPRETACION Y LOS APOTEGMAS
JURIDICO-LOGICOS

ABREVIATURAS

A	Referencia al número marginal del Repertorio Aranzadi (Jurisprudencia).
AcP	Archiv fuer die zivilistische Praxis.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho.
AG	Archivio Giuridico «Filippo Serafini».
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts.
APD	Archives de Philosophie du Droit.
ARSP	Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie.
ASD	Annali di Storia del Diritto.
ASI	Archivio storico italiano.
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto romano.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BSLC	Bulletin de la Société de Législation comparée.
BYIL	British Year book of International Law.
C	Codex.
C. Civil	Código civil.
CLR	California Law Review.
Coll. Quad	Collana Quaderni della Giurisprudenza costituzionale, N. S. Milano.
Coll. Milan	Collana dell'Università di Milano.
ChLR	Chicago Law Review.
D	Digesto.
DAN	Doklady Akademii Nauk.
DoV	Die öffentliche Verwaltung.
DR	Deutsches Recht.
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft.
DRZ	Deutsche Richterzeitung.
DStR	Deutsches Staatsrecht.
DVBI	Deutsche Verwaltungsblätter.
DS	Der Staat.
DV	Die Verwaltung.
EmS	Empirical Science, Chicago.
Es	Esprit.
FE	Fuero de los Españoles.
Festschrift Hippel . .	Festschrift fuer Fritz von HIPPEL, Tuebingen, J. C. B. Mohr, 1967.
Festschrift Sauer . .	Festschrift fuer Wilhelm SAUER, Walter de Gruyter & Co., 1949.
Festschrift Niedermeyer . . .	Festschrift fuer Hans NIEDERMEYER, Goettingen, 1953.
Festschrift Lewald .	Festschrift fuer Hans LEWALD, Basel, 1953.

Festschrift

Schmidt-Rimpler .	Festschrift fuer SCHMIDT-RIMPLER, 1957.
Festschrift Wenger .	Festschrift fuer Leopold WENGER, Muenchen, 1945.
Ged. Marcic	Gedaechtnisschrift fuer René MARCIC, 1974.
Herm	Hermes.
HLR	Harvard Law Review.
IG	Informatique et Gestion.
ILR	Illinois Law Review.
J	The Jurist.
JL	Juridischenko Literatura (Moskvá).
JPh	The Journal of Philosophy.
JR	Juristische Rundschau.
JUS	Jus, Rivista di scienza giuridiche.
JZ	Juristenzeitung.
LACHP	Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.
LAguas	Ley de Aguas.
LC	Ley de Costas.
LCC	Ley constitutiva de las Cortes.
LCE	Ley Contrato Estado.
LCJ	Ley de Conflictos Jurisdiccionales.
LeA	Logique et Analyse, Travaux du Centre National de Recherches de Logique.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa.
LFE	Ley de Funcionarios del Estado.
LGDJP	Librairie général de Droit et de Jurisprudence.
LJCA	Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.
LMinas	Ley de Minas.
LMontes	Ley de Montes.
LOE	Ley Orgánica del Estado.
LOP	Ley de Orden Público.
LP	Ley de Puertos.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo.
LQR	Law Quarterly Review.
LRHL	Ley de Reforma de las Haciendas Locales 24-XII-62.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
LRJEEA	Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas.
LRL	Ley de Régimen Local.
Ra	Ratio.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCSF	Rivista Critica Storia della Filosofia.
RDP	Revista de Derecho Público.
RDPenal	Revue du Droit Pénal.
RDCP	Revue de Droit Pénal et de Criminologie.
RDProc	Rivista di Diritto Proccesale.
RDPub	Revue de Droit Public.
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local.

RFD	Rivista di Filosofia del Diritto.
RFDM	Revista de la Facultad de Derecho de Madrid.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RHDF	Revue Historique de Droit Français et étranger.
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé.
RIDP	Revue Internationale de Droit Pénal.
RIFD	Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto.
RIPD	Revue Internationale de Philosophie du Droit.
RITD	Revue Internationale de la Théorie du Droit.
RPS	Revue Pénal Suisse.
RSC	Revue des Sciences Criminales.
RTPC	Rivista Internazionale di Procedura Civile.
s. f.	sin fecha en la edición.
SFG	Studi Filosofico Giuridici.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich).
SL	Studia Logica-Poznan.
SSci	Studi in onore di Vittorio SCIALOJA, 1934.
StG	Studium Generale.
StLog	Studia Logica.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Tom	The Tomist.
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'Histoire du Droit.
TulLR	Tulane Law Review.
Univ. Press	University Press.
Vlg	Verlag (editor).
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer, J. C. B. Mohr ed.
WNIISZ	Uczenyje Zapiski Wsiesojuznogo Nauczno-Issliedowatielskogo Instituta Sowjetskogo Zakonodatielstwa.
YaleLR	Yale Law Review.
ZaDR	Zeitschrift der Akademie fuer Deutsches Recht.
ZesULodź	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego, nauki humanistyczno-społeczne, Seria I.
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins - Revue de la société des Juristes Bernois.
ZN	Zycie Nauki - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, prace prawnicze.
ZPF	Zeitschrift fuer Philosophische Forschung.
ZSR	Zeitschrift fuer schweizerisches Recht - Revue de Droit Suisse (Basel).

N. B.: En las citas de revistas va primero el número, entre paréntesis el año y luego la página. Así, ARSP 50 (1964) 367, es la revista *Archiv fuer Rechts und Sozialphilosophie*, número 50 de 1964, páginas 367 y siguientes.

I

LA INTERPRETACION JURIDICA

Con fecha 9 de julio de 1974 el "Boletín Oficial del Estado" número 163 ha publicado el texto articulado de la Ley 3/1973 de 17 de mayo, aprobado por Decreto 1836/1974. Se trata, nada más y nada menos, que de un profundo cambio del título preliminar del Código civil, que no solamente se restringe a este cuerpo legal, sino que tiene carácter general en unos casos y supletorio en otros. Se trata, pues, de una norma que pudiéramos denominar esencial y básica en nuestro Derecho positivo. Su tramitación ha sido larga y compleja. La comisión de codificación y el Consejo de Estado han tenido que trabajar arduamente para la redacción definitiva que al final apareció en el "Boletín Oficial". Tradicionalmente acostumbrados a manejar los artículos de este título preliminar en cualquier rama del Derecho, su alteración provoca la necesidad de un estudio que sin dejar de ser práctico y útil, como todo estudio, encuentre las razones, los orígenes, los antecedentes de cada una de las modificaciones más esenciales. Un total análisis del título preliminar nuevo exigiría un trabajo mucho más amplio que el presente, que se centra por ello pura y exclusivamente en los aspectos de interpretación y en concreto acentuando la interpretación operativa, esto es, la aplicación de las normas jurídicas. Ha habido innovaciones extremadamente importantes. No solamente por vía positiva, sino también por vía negativa. La cita del desuso ha desaparecido, los principios generales del Derecho dejan de ser exclusivamente subsidiarios para ser dotados al mismo tiempo de una naturaleza que les era propia, la de su *carácter informador del ordenamiento jurídico*. Algo que la realidad ya había evidenciado, el valor de la jurisprudencia en cualquier rama ha aparecido consignado en el artículo 1.º, núm. 6, del Título Preliminar: la jurisprudencia ha de complementar el ordenamiento jurídico, pero tal jurisprudencia complementaria tiene valor en cuanto "doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

El capítulo 2.º, sobre el cual más esencialmente se centra este

trabajo, contiene una serie de criterios para la aplicación de las normas jurídicas: el sentido propio de las palabras, su relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y, fundamentalmente, el espíritu y la finalidad de las normas.

La analogía anteriormente recogida sólo en algunos artículos dispersos del Código Civil en los que permanece y que era una creación secular del Derecho al que, pese al silencio legal, la vida jurídica real seguía utilizando, aparece ya de modo expreso en el artículo 4 del capítulo 2.º incluso con la terminología tradicional y al mismo tiempo moderna de semejanza e identidad de razón.

Parecía conveniente y oportuno, lo cual implica prácticamente que pareciese necesario analizar estos cambios, pero no desde una perspectiva puramente exegética de lo nuevo sino estudiar toda la evolución multisecular de estos criterios hasta verlos ya plasmados en un texto positivo de carácter general. De otro modo se rompería algo que es consustancial al Derecho, la continuidad progresiva del mismo, pues si bien nuestro ordenamiento actual tiene pocas cosas que ver con el de hace cien años, sobre todo en cuanto tal ordenamiento, es en el decurso histórico donde se encuentra la razón de ser, la evolución hacia un progreso continuo nunca completo del Derecho como Ciencia. La tarea más noble de un jurista es por ello ir detectando los defectos de aquello que es considerado como normal y, por el contrario, elevar a tal categoría aquello que puede permanecer inmutable y que parece contingente. Tal es la explicación del porqué en las páginas siguientes se encontrará, inexorablemente en mi parecer, la evolución de muchos de los criterios introducidos en el nuevo título preliminar.

Tengo que explicar la elección del tema: el momento de la interpretación de la norma y de su aplicación es el característico del Derecho¹. Las normas no emanan para un mundo ideal, sino, en concreto, para ser aplicadas. No es extraño por ello que las reglas de interpretación del Código civil estén contenidas en el capítulo II, bajo la rúbrica de *aplicación*. Por eso, cualquier inter-

¹ Cfr. con abundantísima bibliografía BETTI, *Interpretazione della lege e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949; Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, Duncker-Humblot, 1967; Axel MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Berlín-Zurich, Vlg. Gehlen, 1970. Doy por incluidos aquí los tratados generales (CASTÁN y CASTÁN, etc.). Cfr. J. M. MARTÍN OVIEDO, «Técnica de Interpretación de normas en general», en *RFDM*, 14 (1951) 216, 15 (1971) 39.

pretación y cualquier sistema jurídico se conecta a la expresión de sistemas o interpretaciones operativas, es decir, la adecuación de las normas —que son puramente conceptuales— a los hechos.

1. NORMA Y HECHOS

Este aparente abismo entre concepto y hecho, aun siendo uno de los puntos más vidriosos por menos lógicos, del Derecho que constituyen uno de los *tormentos eternos* de los juristas no es un hiato insalvable. De un lado, las normas se promulgan teniendo en cuenta unos hechos, unas necesidades sociales, unas conductas que hay que regular. La norma no es el fruto de una simple imaginación sino que, por el contrario, viene a responder o bien a una realidad nacida espontáneamente —costumbre normativizada— o bien a la evolución histórica, junto a la realidad del sentimiento del Derecho en las costumbres populares (Derecho civil o Derecho mercantil) o bien, por último, a la necesidad de regular y conformar una sociedad cuyo antecedente, de hecho, se conoce ya. La norma, pues, no es puro concepto, aunque aparezca como tal².

La interpretación de la ley vigente y su enfrentamiento a los

² Hay siempre un cierto desfase entre hechos y norma. Una buena política legal debería prever las contingencias futuras. Lord WILBERFORCE, en el discurso del centenario de la Internacional Law Association, pudo decir con razón: «Toda ley debe contener la regulación del futuro. La ley suele ser un buen cerrojo o una magnífica valla, pero cuando el caballo ya escapó. Hoy tenemos buenas leyes sobre urbanismo cuando la ecología urbana es monstruosa ya, normas sobre ahorro de fuentes energéticas cuando se están agotando las existentes, únicas reguladas, cupos para la pesca de la ballena cuando la especie casi se ha extinguido, leyes sobre contaminación cuando no se puede respirar aire puro en casi ninguna ciudad. Tenemos ya casi perfecta legislación sobre la piratería aérea cuando está desapareciendo.» Y concluye: «Our job is to see things coming —even if they call us unpractical— and to start informed thinking». (*Draft Report for New Delhi Conference*, 1975). Los juristas romanos intuyeron con toda claridad que es incomprensible la norma sin conocer las circunstancias por las que se produjo. Tal es el sentido de la máxima (Inst. I, tít. II § XII) «Parum est jus nosse, si personae quarum causa constitutum est, ignoretur» (poca cosa es conocer el Derecho si se desconocen las personas, por cuya causa se constituyó). Eludo expresamente —bien a mi pesar— el problema de la *quaestio juris* v. *quaestio facti*, uno de los tormentos de la Ciencia jurídica que estimo —y lo explicaré en alguna publicación más propicia al tema— que tiene su clara delimitación teórica y lógica. Mi impresión final sí puedo recogerla aquí: el jurista se atormenta *modo sadico* cuando tiene la salida lógica a la mano. Esto no empee a que haya sido un punto alérgico del Derecho hasta hoy, pero estimo que por un inadecuado planteamiento.

hechos constituye un tema medular de la Ciencia, el arte y la vida del Derecho: *Viae multiplicae, error multiplex, veritas atque iustitia una*, tal es el problema del juez.

Por contrapartida, los hechos tampoco son puros eventos fácticos: de un lado³ casi todas las conductas se realizan con conciencia de su relevancia en Derecho y, aunque así no lo fuera, al menos, el Derecho así lo dispone a través de la regla de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento⁴. Pero es

³ Cfr. sobre el supuesto de la ignorancia juris en lo penal, GLASER, «Ignorantia juris en Droit Penal», en la *Revue de Droit Penal et de criminologie*, febrero 1931, p. 133. Me importa destacar aquí la *ignorantia juris* sobre la cual escribió páginas inmortales nuestro J. COSTA, más que la *ignorantia facti* por las razones que más adelante se verán en el texto.

⁴ Como casi todos los principios terminantemente enunciados, también la regla de la ignorancia juris tiene sus matizaciones y excepciones. Valga por todos un ejemplo: la S. T. S. de 1 de febrero de 1969 (A. 484). El supuesto es simple, un técnico sin título suficiente se dedica a trabajos de prótesis dental. Es procesado por usurpación de calidad y absuelto. La representación de la entidad querellante presenta recurso de casación. El Tribunal Supremo, en ponencia de J. DEL ORO PULIDO, concluye: «Aunque el desconocimiento de la ley penal no excusa de su cumplimiento en virtud del precepto general establecido en el art. 1 del Código civil, las disposiciones infringidas por el procesado han sido la Orden ministerial de Gobernación, de 13 de noviembre de 1950, y la Reglamentación de Trabajo para Protésicos dentales, ambas de carácter extrapenal, lo que evidencia el error cometido por el procesado de ejercitar un derecho en virtud de un conocimiento equivocado de ley diversa de la penal, *sin llegar en este caso a tener rango de ley*, y en estos supuestos tiene declarada esta Sala de antiguo, a través de sentencias, la primera, nada menos que de 16 de marzo de 1892, la inculpabilidad por ausencia de voluntad delictiva.» Aparte del aspecto mencionado, es de destacar el *abismo entre la normación concreta inferior y ley formal*. Este último tema no es peculiar de España, cfr. Italia, VITTORIO, «Gli statuti nell diritto pubblico, I, Potestà e norma statutaria», en *Collana Università Milano Serie II*, núm. 5, 1974; Patrono MARIO, «Sistema dei "regulatory powers" e Corte Suprema federale», en *Collana Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, N. Serie, 3, Milano, Giuffrè, 1974. Entre muchísimos otros, cfr. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, pág. 224. La actitud conformadora de la Administración moderna es lo que ha hecho preciso deformar el viejo concepto de la *lex generalis*. Cfr. E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I. München und Berlin, 1950 (Vorwort). El Estado burgués de Derecho descansaba en la garantía de libertades, avalada por «Technik bestimmter Rechtsformen, der technischen Dualismus von allgemeinen Norm und individuellen Befehl. Diese Technik funktioniert unter der Voraussetzung dass das Sozialleben grundsätzlich autonom ist, sie versagt gegenüber der allenthalben in das Sozialleben eingreifenden Verwaltung. Nicht mehr die Technik bestimmter Rechtsformen, sondern nur die Bindung an materiale Rechtsgrundsätze kann heute das notwendige Mass individueller Freiheit in Verbindung mit sozialer Gerechtigkeit sichern und den Staat als Rechtsstaat ausweisen. Das bedeutet die Absage an die Auffassung, dass das Recht nur die Schranken, nicht aber Inhalt des Verwaltungshandelns bestimme, eine Auffassung im übrigen, deren Überwindung sich

más, aun producido un acaecimiento puramente fáctico, éste debe ser calificado por el operador jurídico, con lo cual se va reduciendo ya el abismo entre la norma conceptual y el puro hecho.

2. LAS PARADOJAS DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las paradojas del método jurídico de interpretación estriban, fundamentalmente, en el pluralismo de métodos, en el condicionamiento político de los mismos, en la relatividad lógica de los resultados alcanzados y en la relación recíproca que existe entre el método interpretativo y la concepción política y sociológica de los operadores jurídicos. La misma idea de la interpretación, su misión, límites y su naturaleza son problemáticamente dados⁵.

schon seit einigen Jahrzehnten in Schriftum und Rechtssprechung abzeichnet». La generalidad apunta a la igualdad, sobre todo cuando se trata de *tareas efímeras*, cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1956, p. 291: Die Degradierung des Gesetzesbegriffs durch politische Akte von rein «ephemerer Zweckmässigkeit» hat in der Tat eine Revision der etatistischen Rechtsquellen-theorie herausgefordert. A las leyes más filosóficas y liberales de que hablaba la Constitución de Cádiz (Preámbulo XXXIII) han sucedido con leyes con aspiraciones de eficiencia concreta sólo inestables en la justicia abstracta a través de un juego complicado de sucesivas implicaciones intensivas. La concepción liberal de la ley suponía a ésta esencialmente general: la actividad administrativa debe ser sólo de observancia de las leyes, las normas administrativas debían ser mínimas. Así luce en el mismo Preámbulo (LXXIV) de la Constitución de 1812: «El Gobierno ha de vigilar escrupulosamente la observancia de las leyes. Este debe ser su primer cuidado, mas para mantener la paz y tranquilidad de los pueblos no necesita introducirse a dirigir los intereses de los particulares con providencias y actos de buen gobierno. El funesto empeño de sujetar todas las operaciones de la vida civil a Reglamentos y mandatos de autoridades ha acarreado los mismos, y aún mayores males, que los que se intenta evitar.» Y eso que toda la Novísima Recopilación es más corta que un tomo anual de legislación en nuestros días.

⁵ Esquemáticamente puede darse este modelo conjuntivo de los métodos:

1. Teorías subjetivas.

1.1. Ley como acto de voluntad normadora (Ennecerus).

Ley como seguridad jurídica.

Ley como monopolio normativo del Parlamento como operador constitucionalmente preeminente.

1.2. Objeciones.

Solución de problemas (lagunas, antinomias, contradicciones) por el legislador.

El argumento de la voluntad: HECK.

forma: HECK.

confianza jurídica:

El argumento de la complitud como axioma indemostrable (EHRlich, KOHLER).

La pregunta, pues, de por qué en un caso concreto el operador jurídico sigue una interpretación restrictiva o extensiva es, en el fondo, despejando de los pseudo argumentos aclarativos, una regresión "ad infinitum" de los porqués, pues en efecto la propia expresión de que la regla general frente a la excepción puede seguir una interpretación restrictiva es, en el fondo, algo convencional. La regla juzga otros aspectos de la excepción como un campo delimitado, pero, a su vez, la excepción es una nueva regla, más reducida en su ámbito.

3. TEORÍA Y PRÁCTICA: LA INTERPRETACIÓN OPERATIVA

Teoría y práctica de la búsqueda y hallazgo de la norma son conceptos relacionables recíprocamente. La separación de teoría y práctica no se ha producido de un modo tajante respondiente más bien a un trasfondo histórico y a un ideal de subsunción que, a su vez, también respondía a una concepción política determinada (estado de los juicios, justicialización del Estado, primacía de la Ley, usurpación de la normatividad por la Administración, etc.). El trasfondo político se evidencia a lo largo de la historia. Los métodos tópicos han sido siempre los preferidos cuando el status del causídico, del jurista o del juez, han querido ser puestos frente a la primacía de la Ley. Por eso al analizar todos los llamados métodos de interpretación, Axel MENNICKEN llama a este ámbito una relación de tensión (Spannungsverhältnis)⁶. No es sólo solución justa frente a solución predecible, sino prevalencia de uno y otro de los opera-

2. Teorías intermedias.

1. La teoría subjetivista como medio auxiliar de la teoría objetivista (BURCKHARDT, KLUG, HATSCHEK).
2. Acuerdo convenido con el Legislador (SAVIGNY).
 - 2.1. Interpretación objetiva según la voluntad del editor histórico.
 - 2.2. Interpretación objetiva según la voluntad del legislador actual (BINDER, STAMMLER, GIERKE, JELLINEK, VECCHIO).
 - 2.3. Interpretación subjetiva según la voluntad objetiva de la Ley (RUMELIN, STOLL, etc.).
3. Síntesis sobre los fines de la interpretación (SAX, LARENZ, SCHREIR, SCHNEIDER).
4. La teoría gradualista (Stufentheorie): ZIMMERMANN, LIBER, SIEBERT. Cfr. MENNICKEN, *op. cit. in toto*. Obvio es decir que hay un tácito acuerdo de sincretismo metódico en proporcionar al juez un arsenal con un fin único: encontrar un fallo justo.

⁶ *Op. cit.*, pág. 83. La idea estaba ya en Aristóteles (tensiones antagónicas *παλιντονος αρμονια*)

dores jurídicos. La historia, la política y la ideología entran de rondón en el campo, ya de suyo polémico, de la lógica. En los momentos en que se ha formulado la preponderancia del Parlamento o del edictor de normas, se ha llegado hasta la prohibición de interpretaciones. Entre estos dos sistemas, status del jurista y monopolio de la normativa de la Ley, hay toda una gradación de sistemas intermedios a los cuales difícilmente puede darse una simple respuesta lógica.

La situación actual de exclusiva en monopolio normativo no puede ya afirmarse de modo absoluto respecto del legislador. Este tiene la prerrogativa de dictar normas con la máxima jerarquía valorativa, pero estas mismas normas pueden ser desvirtuadas para el caso concreto a través del acto administrativo o del fallo judicial⁷.

4. LOS ARGUMENTOS LÓGICOS COMO INSTRUMENTALES

La lógica pone prácticamente a disposición de todos los que quieran reaccionar correctamente un arsenal extremadamente variado y rico en reglas y razonamientos concluyentes, sea por inferencia deductiva, en cuyo caso el respeto a la norma es máximo, sean inferencias inductivas o inducciones completas, sean inferencias eliminativas (eliminaciones completas) o reductivas (reducciones equivalentes). Salvo el caso de la inferencia lógica, y aun así, como se verá, hay siempre un elemento de interpretación semántica precisa, todos los demás útiles de argumentación son falibles (inferencias analógicas, inductivas o eliminativas incompletas) o inferencias reductivas ordinarias (metodología del conocimiento que formula, a su vez, las reglas de razonamientos complejos, realizaciones de toda clase de tareas intelectuales, tal como la demostración, verificación o explicación).

Ya la mera consideración del Derecho como fenómeno extraído así de su carácter positivo, de su consideración racionalista como ley positiva, indica solamente la adecuada toma de posición desde la cual hay que considerar el problema, pero no resuelve tampoco en cada momento cuál haya de ser la eficacia de la costumbre que

⁷ Es ejemplar en ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1928: «Los Tribunales no tienen facultades de interpretación (distorsiva), sino de aplicación debida, dejando a las clases sociales que aplaudan o impugnen lo legislado.»

haya de postularse. Cualquier pureza *metodológica* es, no sólo en el Derecho, sino más extensa y profundamente, en la Filosofía incompleta⁸. "Cuanto más radicalmente se busca aislar los elementos puros de un conocimiento finito, más acuciante es la imposibilidad de tal aislamiento, más paulatinamente aparece que en la búsqueda y hallazgo hay presente algo de quien busca", es lo que llega a decir al respecto HEIDEGGER^{8 bis}.

Todas las reglas hermenéuticas no son sino herramientas, útiles empleados, en la gran mayoría de los casos, de modo inconsciente. Incluso las llamadas interpretaciones lógicas como especie de la interpretación jurídica, se plantean como deducción simple a través de los argumentos de interpretación jurídica que se autodenomina lógica. Y son, en cierto modo, lógicas: en primer lugar porque comparten razonamientos derivados de la Lógica, como ciencia del razonamiento, y en segundo término, porque, en la medida en que estos razonamientos son deductivos, son lógicos en el sentido específico de razonamientos fundados sobre leyes establecidas por la Lógica, en tanto en cuanto a ciencia. Por ello, puede decirse que toda interpretación jurídica y todos sus argumentos son lógicos en la medida en que necesitan, por parte del intérprete jurídico, un razonamiento cualquiera que éste sea pues cualquier razonamiento, aunque sea arbitrario en el fondo tiene que apoyarse externamente en la Lógica.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA PARADOJA INTERPRETATIVA

De todos modos, la paradoja interpretativa, en cuanto método y en cuanto vinculación a la lógica, subsiste y ha subsistido siempre y es de presumir que permanezca así también mientras el Derecho perdure, pues toda interpretación conlleva cinco características que son en el fondo axiomas-postulados, convencionales para una cultura en un ciclo dado.

⁸ Cfr. el espléndido artículo de E. RUIZ VADILLO sobre la costumbre en el último número de *Pretor* 22 (1974) 5.

^{8 bis} Cfr. HEIDEGGER, *Kant und das Problem der Metaphysik*. Llega a decir: «Je radikaler man versucht die reinen Elemente einer endlichen Erkenntnis zu isolieren, um so eindringlicher die Unmoeglichkeit einer solchen Isolierung, um so aufdringlicher die Angewiesenheit des reinen Denkens auf die Anschauung.»

5.1. *Interpretación como conjunto de métodos*

La primera es la apertura, esto es, la interpretación se concibe como un conjunto abierto que contiene un número indefinido de sus instrumentos y subinstrumentos interpretativos.

5.2. *La imposibilidad de jerarquizar los métodos*

La segunda es que todas las pretensiones de jerarquizar los instrumentos y subinstrumentos interpretativos han resultado, a lo largo de dos mil años, fallidas, con lo que parece existir una aporía en tal jerarquización, y no puede estimarse como tal la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil.

5.3. *La reversibilidad de resultados por uso de métodos diversos*

La tercera característica es la de que todo instrumento interpretativo es reversible en su contrario. La analogía puede convertirse en un argumento de contrario sentido. La interpretación *ex antecedente* a que se refiere el Código civil en su nueva redacción puede ser incompatible y antagónica con la *realidad actual*, sobre todo en leyes antiguas. El sentido literal puede contradecir la *ratio legis*.

5.4. *Carácter argumentativo y dialéctico de la argumentación*

La cuarta característica es la del carácter argumentativo y dialéctico de la interpretación⁹.

5.5. *Carácter ideológico de la interpretación: la realidad social del tiempo de aplicación de la ley*

Todo ello, además, enmarcado en un sistema de Derecho que responde a una cultura histórica determinada a una geografía tam-

⁹ CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954. Contra, cfr. J. L. GARDIES, *Essai sur le fondement à priori de la rationalité morale et juridique*. Prof. VILLEY, tomo XIV. Bibliothèque de Philosophie du Droit, Paris, 1972.

bién concreta. Los sistemas jurídicos que han existido en la Historia y en cada país, y aun los existentes en la actualidad, divergen en el camino, a veces profundamente, aunque la finalidad, la meta de esos diferentes caminos, sea aparentemente la misma: la justicia. Pero aun ésta responde a ideología, reparto de poder, propaganda y a la escala de valores vigente en cada país y en cada momento¹⁰. De ahí las enormes dificultades del comparativismo jurídico y de la historia jurídica¹¹. Aún más, el Derecho¹² fue la primera ciencia social en el tiempo. Todos, ciudadanos, jueces, administradores o funcionarios, legisladores, se vieron forzados a un conocimiento claro y consciente de los principios según los cuales es posible la convivencia pacífica y justa. Pero para ello la ley tiene que examinar —mucho antes de que aparezcan nuevas ciencias sociales como la antropología, la sociología, la economía, la psicología, la lingüística— cuestiones basillares para el fin del Derecho, pero con sus propios instrumentos. No es extraño el repudio casi tradicional como injustificado por parte del jurista de estos instrumentos auxiliares y su apego, por el contrario, a la racionalidad, a la lógica, prácticamente la única ciencia coetánea con el surgimiento del Derecho con aspiraciones de ciencia.

Cuando el Derecho ha hablado de la voluntad del legislador, sustituido por la *interpretatio ex antecedente* en una afortunada eliminación no ha parado mientes o, al menos, no lo suficiente para darse cuenta de que ese legislador es, frecuentemente, inencontrable. BORDA¹³ ha puesto un caso paradigmático: "Nuestra jurisprudencia registra un caso curioso, por cierto bien expresivo, de las exageraciones a que puede conducir esta pesquisa de la intención del legislador. Se trataba de apresar el sentido de la expresión legal "satisfacer deseos propios", contenido en el artículo 125 del Código

¹⁰ Cfr. René DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973 (trad. de la 2.^a edición). Y, desde otra perspectiva, es importante Sergio COTTA, *Itinerarios humanos del Derecho*, Pamplona, Eunsa, ed. 1974; y Hermann EICHLER, *Gesetz und System*, Berlín, Duncker-Humblot, 1970.

¹¹ Cfr. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *La méthode comparative*, París, Lib. Gen. Droit et Jurisprudence, 1974, sobre metodología, fines, funciones del Derecho comparado.

¹² WURZEL, «Juridical Thinking», en *The Science of Legal Method*, 1917, p. 286. Cfr. art. 3.1, Código civil.

¹³ Cfr. Guillermo A. BORDA, «Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1951. Cfr. in toto Karl ENGISCH, *Einfuehrung in das juristische Denken*, Stuttgart, W. Kohlhammer Vlg. 1956, p. 85 y ss.; *Auslegung und Verstehen der Rechtssetze; Gesetzgeber oder Gesetz?*

penal argentino. Ante la duda, la Suprema Corte de Tucumán no encontró mejor solución que dirigirse al Dr. Rodolfo Moreno para que, en su carácter de legislador, informara sobre el sentido auténtico de la expresión. El Dr. Moreno dio traslado de la consulta al Dr. Rivarola, coautor del proyecto de 1906, que había sido la fuente del texto en cuestión. Rivarola, por su parte, informó que tampoco él era autor de la expresión, que fue incluida por sugerencia del ex Jefe de Policía Dr. Francisco Reaz Ley, miembro también de la Comisión redactora del proyecto de 1906. Reaz Ley había querido castigar, con la introducción de esa cláusula, a los seductores que, para poder conseguir su víctima, la corrompen primero.

A través de esta complicada vía, la Suprema Corte de Tucumán llegó a conocer el pensamiento del legislador. El caso no es único, y, a pesar de la publicación de las actas de las Cortes sobre disposiciones parlamentarias de los proyectos de ley, es difícil averiguar cuál sea la voluntad del legislador y quién sea éste, pues las enmiendas, las aceptaciones por la ponencia, la discusión en la comisión, etc..., son algo que pertenece a la política y en lo que el Derecho no debe ni puede entrar. Con todo, la dogmática jurídica moderna continuó hablando de la voluntad del legislador y ello de modo inconsciente, así al tratar de la interpretación declarativa, extensiva o intensiva, se las define como *lex qui dicit quod voluit*, *minus quam voluit*, o *plus quam voluit*, reviviendo el antropomorfismo de la ley. Todo esto ha desaparecido en la nueva redacción del Código civil, pues una cosa son los antecedentes legales y legislativos y otra la voluntad del legislador.

6. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA Y RESTRICTIVA

Para la interpretación extensiva y restrictiva se pueden repetir las consideraciones ya hechas sobre la imposibilidad de jerarquizar los métodos interpretativos, su intercambiabilidad y el carácter progresivo del aumento del área de influencia de cada instrumento interpretativo por consecuencia de las subdistinciones internas. Puede añadirse que los medios de interpretación del jurista son no sólo frecuentemente contrarios, cuanto condicionados por la situación que es así la decisiva de cuándo procede la interpretación extensiva y cuándo la restrictiva. La historia de la jurisprudencia así lo ha demostrado a lo largo del tiempo, Las concepciones políticas y aun

las circunstancias han dado como consecuencia fallos que, vistos en su conjunto, son contradictorios. El caso que suele citarse para los glosadores es el relativo al tipo de interpretación aplicable respecto de la prohibición de exportar trigo. La razón de esta norma radicaba en la existencia de una sociedad cuya economía era débil y cuya disponibilidad alimenticia era requisito indispensable. Casi todas las ciudades de Europa mantuvieron esta prohibición. Los juristas se encargaron, sin embargo, de interpretar restrictivamente la regla cuando había superabundancia del trigo y hacía falta exportarlo, en cuyo caso se interpretaba no sólo el trigo sino la harina y todos sus sucedáneos alimenticios. Por el contrario, en momentos de escasez la interpretación era la contraria, esto es, restrictiva; la prohibición de exportar se refería sólo al trigo, pero no a la harina, al pan, etc. Vistas las dos normas desde una perspectiva conjunta, la lógica de las mismas aparece como una de las antinomias más claras de los instrumentos interpretativos, pero, sin embargo, las dos decisiones contradictorias, para un mismo caso, pero en circunstancias diferentes, respondía a la lógica del Derecho, a la necesidad de regulación social, al consenso necesario para el fallo¹⁴.

7. LOS COMPONENTES DE NIVEL EN LA INTERPRETACIÓN PARA LA ADECUACIÓN A LA REALIDAD SOCIAL

En toda interpretación jurídica hay un concepto de la interpretación, una teoría descriptiva de la misma y una aplicación, a su vez, de la interpretación.

¹⁴ Cfr. en general, L. CAIANI, *I giudici di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954. Es además el criterio confesado por los juristas en la Humanitas. Así, Antonio GÓMEZ, *In Academia Salmanticensi, juriscivilis primarii professoris, variorum resolutionum juris civilis commentaria, Tomis tribus distincta*. Lugduni, ex Typographia Michaelis Goy, 1679, III cap. II; HUGONIS DONELLI, *Jurisconsulti Commentariorum de iure civile, libri quinque*, Francofurti apud Heredes Andreae Wecheli, Claudium Marnium & Joann. 1595, cap. III, p. 385, en edición de 1595; cap. XVII, lib. II, p. 50. *Commentaria in quatuor prioris libros ordinationibus secundum Castellae, auctore doctore Didaco Pérez de Salamanca, Juris Pontifici ordinarie publico munere regente cathedram Decretae*, in praeclarissima Universitate Salmanticenti, deindo vero proprietatis vesperorum septi, In aedibus Antoniae Ramírez, ed. 1601; A. LECONTE, «Methodus discendi juris elegantissima», en *Cynosura Juris*, I, Spira, 1588, pp. 169-173. G. TH. FREGIO, «De compendianda juris discendi ratione brevis admonitio», en *Quaestiones Justinianae in Institutiones Juris Civilis*, Basilea, 1578, y del mismo, *De logica Jurisconsultorum libri duo*, Basilea, 1582.

7.1. *Conceptos múltiples de interpretación*

El concepto de interpretación no es, en definitiva, sino uno, la comprensión de la norma y la calificación del hecho, y por tanto, la subsunción de uno y otro una vez la norma se ha cosificado y los hechos se han juridizado. El argumento hegeliano de que los 100 táleros de Kant eran 100 táleros pensados y que no tenía nada que ver con los 100 táleros existentes en manos de un rico propietario es, justamente, la mejor demostración de que tal pretendido abismo entre concepto y hecho tiene un punto de homogenización. Los 100 táleros pensados por Kant son exactamente igual que los 100 táleros del usurero, solamente que los unos son pensados y los otros son reales.

7.2. *Precisión y disponibilidad de métodos: la dosificación de los mismos*

Cabalmente, las llamadas paradojas de los métodos interpretativos constituyen la propia solución de la paradoja. Las dos características de precisión y de disponibilidad que precisa el concepto de interpretación se juntan a la validez y eficacia del fallo resultante, esto es, del resultado de la interpretación. El Derecho no es sino una ciencia de la interpretación, algo empírico y, al mismo tiempo, lógico, como los productos farmacéuticos que no suelen consistir en elementos únicos, sino en dosificación de múltiples medicamentos. Lo que es necesario es una adecuada dosificación que produzca la sinergia, esto es, la potenciación de un argumento por otro, del mismo modo que una vitamina aumenta su potencia cuando se la combina con otra sustancia. El problema estriba, por tanto, en la dosificación de los métodos aparentemente paradójicos. Una dosificación mal hecha puede producir la inutilidad del medicamento o de su extremada peligrosidad, e igual sucede con el Derecho. Esto no es un simple mandato positivista, sino que existe, fundamentalmente, para ser realizado, para ser interpretado y aplicado¹⁵.

¹⁵ Cfr. Henry W. JOHNSTONE, Jr., «Argumentation and inconsistency», en *Logique et Analyse (LeA)*, 58 (1961) 353.

7.3. *Lo convencional en el Derecho y en las Ciencias*

Que el Derecho positivo tiene una gran parte de elementos convencionales y, es más, que aun en su núcleo esencial (prescindiendo de la estimativa ética que merezca) puede ser definido como un todo convencional es una idea que con más o menos claridad ha sido expuesta en infinidad de ocasiones y que todos los juristas comprenden y hasta admiten, sea a regañadientes o con facilidad.

En la Asociación Filosófica Americana, en su reunión de 1912 Morris COHEN instó a los asociados a prestar una mayor atención a la filosofía de la ley. Al debatir la importancia del Derecho para la epistemología dijo textualmente: "consideremos cuánto podría enriquecer una controversia sobre este tema al problema de la naturaleza de la verdad, si en lugar de la fácil dicotomía de dividir las proposiciones en verdaderas y falsas nos hiciéramos cargo de lo que los juristas denominan ficciones legales. Desde nuestro punto de vista estas proposiciones aparecen, por ejemplo, cuando se dice que la constitución es la voluntad del pueblo o que el juez simplemente declara pero nunca crea ley o cuando afirmamos que el comprador de un bien inmueble hipotecado solamente puede conocer existencia de esta carga cuando la hipoteca está escrita en el Registro. Estas proposiciones, como la afirmación de HAMLET "soy el espíritu de mi padre", no están configuradas y analizadas de un modo adecuado, cuando nos limitamos a decir simplemente que son o verdaderas o falsas¹⁶.

¹⁶ No es sino una actualización del eterno problema del Derecho —dogma—, Ciencia o el Derecho como algo pragmático. Encontrable la duda en Cicerón y objeto de toda la diatriba entre *mos gallicus* y *mos italicus* de entender el Derecho en la época del Humanismo. Cfr. L. CHIAPPELLI, «La polemica contra i legisti dei secoli XIV, XV e XVI», en *Archivio giuridico*, vol. XXVI, 1881, pp. 295-322, Firenze; «La scienza del diritto nel periodo del Rinascimento», en *Archivio giuridico*, vol. XXVIII, 1883, pp. 451-486; G. ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi «De iuris interpretibus» de Alberico Gentili*, Bologna, 1937; *La giurisprudenza culta e l'interpretazione del Corpus Juris*, Catania, 1940; *L'humanisme chrétien dans le renaissance du droit, en pensée humaniste et tradition chrétienne du XV^e et XVI^e siècles*, París, 1950; F. WIEACKER, «Einflüsse des Humanismus auf die Rezeption Eine studie zu Johannes Apels Dialogus», en *Zeitschrift fuer die gesamte Staatswissenschaft*, t. C., 1940, pp. 423-456, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Goettingen, 1952, pp. 83-88; M. CONDANARI, *Humanismus und Rechtswissenschaft*, Innsbruck, 1947; M. REULOS, «L'Humanisme des juristes du XVI^e siècle» (résumé), en *Association G. Budé Congrès de Grenoble*, 27-29 septembre 1948, Actes du Congrès, París, pp. 301-304; CALASSO, «Umanesimo giuridico», en *Introduzione*

La ficción o lo convencional en el Derecho, para no confundir los términos, suscita la eterna cuestión de cuál será la relación entre la teoría y la realidad; entre el concepto y la vida real, y vuelve a recordar, una vez más, la complejidad de esta realidad.

No es una paradoja, ni una anomalía y ni siquiera algo curioso, que lo convencional tenga su campo de aplicación más extenso en dos ciencias que parecen estar situadas de un modo polarmente opuesto, esto es, como lo blanco y lo negro; la física y el Derecho. Ciertamente que lo convencional aparece allí donde interviene el hombre y tampoco es factor desdeñable en el Derecho político o en la ciencia política y en la economía. Pero en este caso se trata de lo que se puede denominar los grandes convencionalismos (Big fictions) que proporciona una especie de punto general de partida para el pensamiento. Pero son muy diferentes de estas pequeñas ficciones o verdades convencionales que proliferan en el Derecho y en la Física, penetrando en sus intersticios, colándose por entre las mallas más finas del pensamiento y formando parte íntimamente unida al propio pensamiento. Del mismo modo que el físico dice: a los fines que contemplamos, la luz debe ser considerada como corpuscular; por el contrario, para este otro problema, debemos considerarla como ondulatoria. Veamos ahora qué sucede con el Derecho, pues el juez podría, a su vez, encontrarse obligado a declarar que: a los fines X debemos estimar que el matrimonio entre A y B es válido; por el contrario, a los fines Y hay que estimarlo como nulo de pleno derecho. Ni uno ni otro ejemplo son imaginaciones. El primero es el modo de trabajar correspondiente al físico, cuando se encuentra con dos teorías verdaderas, pero contradictorias. Son verdaderas en cuanto resuelven problemas concretos, problemas que es necesario examinar a la luz de una de las dos teorías contradictorias. El segundo ejemplo es más evidente y notorio para el jurista. No sólo el juez, sino la propia ley consideran que el hijo de un matrimonio putativo es legítimo y, por consiguiente, a los efectos de legitimidad de los hijos, el matrimonio es válido, pero naturalmente esto no empuja la declaración de nulidad del matrimonio en lo que hace a los cónyuges aparentes.

Todo este tipo de razonamiento no se encuentra en ninguna otra ciencia o, al menos, no se encuentra en la misma medida. La razón de la diferencia es para FULLER¹⁷ el que, tanto el Derecho como la Física tienen una finalidad específica. Un compromiso de esencia que es típico y peculiar de ambas ciencias. En concreto, la pretensión de construir un sistema comprensivo y total. Y añade: si en la vida real un economista encuentra un hecho o una

al diritto comune, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 183-205; G. KISCH, *Humanismus und Jurisprudenz, Der Kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universitaet Basel*, Basel, 1955, *Johannes Sichardus als Basler Rechtshistoriker*, Basel, 1952; P. KOSCHAKER, *Europa und das Roemische Recht*, Muenchen und Berlin, 1953, pp. 105-124; F. SCHAFFSTEIN, «Zum rechtswissenschaftlichen Methodenstreit im 16. Jahrhundert», en *Festschrift fuer Hans Niedermeyer*, Goettingen, 1953, pp. 195-214; Alexander BECK, «Das gemeine Recht als Rechtsquelle», en *Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht*, Bern, Staempfli ed. 1955, pp. 268 y ss.

¹⁷ Lon L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, Univ. Press., 1967.

conducta que contradice las teorías aceptadas, el economista se limitará a decir que «esto no es sino una demostración de los límites de nuestra ciencia, porque cuando partimos de la economía de mercado o el fin de lucro no estamos afirmando un hecho como cierto, sino restringiendo nuestra investigación a aquellas conductas que responden a este tipo de motivación». Pero el físico no podrá decir que un fenómeno resultante aparecido u observado y que no encaje en la teoría establecida quede fuera de su responsabilidad científica; del mismo modo que el juez tampoco podrá encogerse de hombros y decir: en vista de que ni los hechos están claros, ni la interpretación de la ley está clara, me limito a no decidir el caso. Es lo que en términos ya convencionales se denomina el principio non liquet, la prohibición de denegación de justicia y, desde un punto de vista teórico, el principio de plenitud o complitud del Derecho. De este modo peculiar de ser el Derecho, igual que la Física, tiene que introducir términos convencionales para cumplir su misión¹⁸. Y no es solamente ésta la única justificación para la presencia de lo convencional en el mundo del Derecho, pues también la permanente pretensión de establecer una estructura sistemática y dogmática es fuerte e insistente en lo que podemos denominar cultura occidental y, sobre todo, desde el humanismo y más fuertemente desde KANT.

Naturalmente que la presencia de estos elementos convencionales ha sido siempre considerada como un mal inevitable, un ataque al carácter científico del Derecho, y a veces, y este es el intento de la lógica jurídica tan en boga en nuestros días, como un mal evitable insertándolas en un cuadro más amplio de lógica. Jeremías BENTHAM fue, en su tiempo, uno de los impugnadores mayores de estas convenciones estipulativas. Al detectar una cualquiera hablaba de "este hálito pestilencial de ficción (pestilential breath of Fiction)". Aún más, estrepitosamente tronaba: "en el Derecho inglés la ficción es como la sífilis, que corre por todas las venas del cuerpo y lleva a cada parte del sistema el principio de putrefacción" o "lo convencional es la más perniciosa y la más baja clase de mentira".

Con todo, no es precisamente protestando contra estos elementos convencionales del Derecho, como puede incrementarse el carácter científico del mismo. Es preciso reexaminar el origen, el porqué, la conveniencia o no de su permanencia y, sobre todo, su posible sustitución actual por elementos que no sean convencionales o ficticios. Mas es preciso confesar de antemano que dada la

¹⁸ EDDINGTON ha llegado a decir: He inducido a todos a pensar que el espacio-tiempo es curvo. Pero me he cuidado bien de aclarar que eso es sólo una imagen, no una hipótesis. Cuando Bohr describe la órbita elíptica del movimiento del átomo, habla de un modelo de pensar que no tiene nada que ver con la situación dinámica del átomo. La raíz cuadrada de -1 es un artificio bien conocido, como subterfugio medial. La teoría ondulatoria de Schroedinger no es más que un escape, una huida el problema real hoy por hoy.

naturaleza del Derecho habrá siempre un reducto, todo lo pequeño que la inteligencia humana permita restringir, cuyo núcleo será convencional.

El Derecho actúa, en efecto, en su construcción sobre nociones jurídicas¹⁹. Estas no son identificables con el Derecho, pues, en efecto, son nociones sobre las normas jurídicas a modo de intermediarias entre la necesaria abstención para un sistema científico y la vida social y jurídica concreta.

En el Derecho, las nociones jurídicas toman un carácter singular, pero no exclusivo. Por de pronto, comparten su naturaleza con las demás ciencias sociales. Las ciencias de la naturaleza, por el contrario, no necesitan intermediarios para llegar a una realidad empírica objeto de su investigación y auténtico substrato de sus funciones²⁰.

Entre las nociones jurídicas y las nociones de las ciencias normativas en general y las nociones de las ciencias naturales, por ejemplo la física, existe una diferencia específica. No la de que las nociones de la física tengan un valor puramente científico ideal y lógico, sino en cuanto tales nociones no afectan a la propia naturaleza de la física. Hay todo un abismo que descubre el mismo disparate de la pregunta entre la noética de un coleóptero y la del negocio jurídico.

Las nociones de las ciencias físicas se enfrentan a la realidad empírica en una atadura pasiva, reflexiva y trascendental, sin alternativa sobre la realidad investigada. Esta realidad continúa siendo tal, pese a las nociones que sobre la misma vaya la física constituyendo. Estas reflejarán o no exactamente el mundo físico, pero, en modo alguno, influirán directamente en él. Una cosa es la utilización humana en las nociones físicas, es decir, la consecuencia de la utilización de tales nociones, y otra el que las nociones, de suyo, alteren la realidad del mundo físico. Tales nociones están, en lo jurídico, sujetas a continuas revisiones y reelaboraciones que si se pretenden aplicar en un caso concreto, necesitarán la introducción de una serie de parámetros no incluidos en la concepción teórica.

Por el contrario, los conceptos jurídicos tienen un doble valor, una compleja valencia y una múltiple función. Por de pronto, tienen el valor y la función de toda concepción científica: representan así una cierta síntesis científica de la realidad empírica cuya existencia presupone y de la que toma los elementos de su contenido lógico y científico, pero este valor es puramente ideal y lógico, estricto-

¹⁹ Cfr. Venelin CANEFF, «Les notions Juridiques», en *Studi Filosofico-giuridici*, I, 1968, p. 272.

²⁰ Cfr. F. PARADIS, «Die Technik des Rechts und ihre Logik», ZÖR (1956).

tamente científico, enfrentándose así la realidad en una posición pasiva y de difícil comprensión²¹. Las ideas de venta, de contrato, de personalidad jurídica, no tienen en este sentido, otro significado ni otra funcionalidad, son en tal orientación paralelas las nociones de las ciencias físicas que presentan la síntesis sistemática y científica de determinadas categorías de hechos de todas las manifestaciones de la realidad social que tengan caracteres comunes y esenciales que puedan ser englobados categorialmente. Pero a todos los intentos el Derecho no ha llegado, ni mucho menos superado, una clasificación al estilo de Linneo; definiciones que conlleven consecuencias jurídicas inequívocas, no simples suposiciones, que conlleven consecuencias jurídicas inequívocas, no simples suposiciones, que contradigan el ya clásico Ockam's razor (entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem). Una noción jurídica, una definición, lleva o debe llevar aparejada consecuencias inequívocas²².

Pero junto a este valor y a esta función de las ciencias jurídicas, tiene otro: pues una vez formado, no tiene una existencia sólo ideal e inmanente, sino que trasciende a la realidad social y jurídica, que su síntesis científica pretende representar. Una vez formadas las nociones jurídicas y los conceptos, tienden a determinar, por medio de la voluntad humana, el desarrollo y las manifestaciones futuras de esta misma realidad.

De otro lado, y ello es un defecto consustancial a la ciencia dogmática del Derecho, el objeto a considerar ha sido tradicionalmente el mundo de las normas, sin incluir la eficacia e ineficacia de las mismas, su apego o desarraigo respecto de la sociedad a la que pretende configurar. Su contenido es así una síntesis lógico-normativa de naturaleza formal, sin parar mientes en que el sustrato real de las nociones jurídicas no es otro sino la realidad social de lo jurídico, del cual el mundo normativo no es sino un epifenómeno²³.

²¹ Cfr. Jurgen von KEMPSKI, «Zur Logik der Ordnungsbegriffe besonders in den sozialwissenschaften», en *Studium Generale*, 5 (1952) y Egbert GERKEN, «Der Typusbegriff in seiner deskriptiven Verwendung», en el *Archiv fuer Rechts und Sozialphilosophie*, 3 (1964) 367.

²² Cfr. S. G. GABRIEL, *Definitionen und Interessen. Ueber die praktische Grundlage der Definitionslehre*, Stuttgart, 1972. Es paralela a la CHISTWEK, la regla de POINCARÉ, «ne jamais envisager que des objets, aptes d'être définis en un nombre fini de mots».

²³ Cfr. entre muchos, Hans CHARMATZ, *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*, Wien, ed. Rohrer, 1937; y L. SCHNORR von CAROLSFELD, «Auflockerung des juristischen Denkens durch rechtsgeschichtliche Betrachtung», en *Zeitschrift der Akademie fuer deutsches Recht*. Y que, como dice la Sentencia de 4 de diciembre de 1972 (A. 4917), «en la vida con-

Para el Derecho administrativo, como ha dicho GUARINO, toda norma jurídica produce un efecto doble: primero es el efecto jurídico propiamente dicho, esto es, el conjunto de las consecuencias que el ordenamiento establece o consiente que se produzca como resultado de la relación del supuesto de hecho. El segundo es

temporánea del Derecho en general, lo mismo en el orden público que privado, se encuentra determinado el Derecho por dos fuerzas dispares: la justicia y la seguridad jurídica, al ser evidente cómo es que el Derecho no es sino una aproximación a la justicia, una transacción entre ambas fuerzas exigiendo la justicia, el equilibrio de prestaciones y cuando éstas no coinciden se invoca la intangibilidad de lo convenido... reclamando la seguridad jurídica, la estabilidad de las convenciones, siguiendo el principio *pacta sunt servanda*. Sucediendo que muchas veces la justicia y seguridad jurídica se desenvuelven en armonía, pero otras veces se enfrentan». La Sentencia de 4 de diciembre de 1972 dice que: «El criterio de automatismo es aceptable en muy contados casos, y que en la gran generalidad de ellos son resueltos mediante la utilización de los criterios estimativos que jurados y tribunales consideran aplicables para obtener con mayor justeza el precio real del bien a expropiar, habiendo declarado el T. S., en reiteradas decisiones, que el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa permite la aplicación de los criterios estimativos que se juzguen más adecuados, si las normas de los artículos anteriores no señalan el valor real de los bienes, tratándose así de evitar que la expropiación se convierta en expoliación, SS. de 18 y 25 de octubre de 1958 (R. 3469, 3485), debiendo atenderse a la fijación del valor real de los bienes, SS. de 9 de junio y 21 de noviembre de 1959 (R. 2387, 4132), 3 de mayo y 3 de junio de 1960 (R. 1845, 2218), 14 de junio de 1965 (R. 3148) y 28 de octubre de 1963 (R. 4411), para el supuesto de que practicando la evaluación en acomodamiento a sus bases no se llegase a lo que debe reputarse precio real del bien expropiado, se obre por la norma del art. 43, un cauce para utilizar criterios estimativos más adecuados: S. 25 de febrero de 1959 (R. 941); la expropiación no puede ser motivo para que se prive de su propiedad a una persona sin concederle en compensación el abono del valor real y efectivo de los bienes: S. 3 de mayo de 1960 (R. 1845); para la fijación de la indemnización o justiprecio en el procedimiento expropiatorio se inspira la ley más que en reglas tasadas o determinación automática del valor de los bienes afectados, en la posibilidad de que el órgano de tasación adopte un sistema estimativo adecuado para librar el valor real, haciendo uso de la facultad excepcional que le confiere el artículo 43: S. de 16 de enero de 1961 (R. 126), lo mismo las normas y criterios de valoración que contiene la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, en su artículo 85 y ss. que las contenidas en la Ley de Expropiación Forzosa, tienen por finalidad obtener a efectos de indemnización por la finca expropiada el valor real de ésta, de tal modo que si con los criterios estimativos que se pueden seguir a tenor de dichas leyes no se obtiene el valor real de ésta o justo precio de los bienes expropiados, el artículo 43 de la Ley de Expropiación faculta al propietario, a la Administración y al Jurado a llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, pero claro está que para que la Resolución del Jurado se ajuste a Derecho, no es suficiente con elegir un criterio estimativo que parezca adecuado, sino que se debe obtener con el criterio seguido el valor real básico de la expropiación: S. de 13 de noviembre de 1961 (R. 3523); siendo evidente que a la vista de esta doctrina jurisprudencial, o sea, la Sala de lo Contencioso-administrativo, al conocer de los

el efecto indirecto socio-económico y organizativo, que se identifica en las modificaciones cuantitativas o cualitativas de extensión o intensidad que se producen en el mundo real o en una parte del mismo a consecuencia de haberse verificado un efecto jurídico. El jurista se ocupó normalmente sólo del primer efecto. Normalmente se

recursos que pueden deducirse contra acuerdos de los Jurados provinciales de Expropiación, sus facultades gozan de mayor amplitud, ateniéndose, desde luego, a los principios rectores de dicha jurisdicción, muy especialmente al carácter revisor de la misma; el criterio estimativo del art. 43 de la Ley, supone un razonable margen de discrecionalidad en favor del Jurado provincial, en atención a los múltiples factores concurrentes, pero se halla sometido a la función revisora de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo: S. de 16 de abril de 1959 (R. 1459), la utilización, por parte del Jurado Provincial del criterio estimativo del art. 43 de la Ley, no impide combatir en vía contencioso-administrativa el acuerdo de dicho organismo, puesto que no puede alegarse que se trata de un acto exclusivamente discrecional: S. 9 octubre 1959 (R. 3547), siendo evidente que la finalidad perseguida por el Legislador de la obtención del verdadero valor obedece al principio de la equidad, consistente en que al propietario o titular de los bienes o derechos expropiados se le ha de compensar de un modo efectivo y real, de tal forma que la equidad es inspiradora de la norma, como reiteradamente ha declarado el T. S. afirmando que no ha de dañarse la equidad; SS. 16 abril y 9 octubre 1959, y 20 mayo 1961 (R. 2273), en que la cuantía de la indemnización hay que apreciarla según equidad: S. 3 mayo 1960 (R. 1845), en la vida contemporánea el Derecho en general, lo mismo en el orden público que privado, se encuentra determinado por dos fuerzas dispares; la justicia y la seguridad jurídica, al ser evidente como es, que el Derecho no es más que una aproximación a la justicia, una transacción entre dichas fuerzas, exigiendo la justicia el equilibrio de prestaciones y cuando éstas no coinciden y se invoca la intangibilidad de lo convenido, se afirma el principio de *summum ius summa iniuria*, reclamando la seguridad jurídica la estabilidad de las convenciones, sucediendo que muchas veces justicia y seguridad jurídica se desenvuelven en armonía, pero otras veces se enfrentan, exigiendo cada una solución contraria; siendo cuatro los supuestos en que una y otra se colisionan; primero: Cuando existe des-acuerdo entre el resultado querido por las partes y el real, enriquecimiento sin causa; segundo, desequilibrio entre el valor de las prestaciones en el momento de estipularse éstas y de perfeccionarse el contrato: lesión; tercero, Desequilibrio en el valor previsto de las prestaciones y el aparecido en el período de ejecución, por alteración imprevisible de las circunstancias: Teoría de la imprevisión o lesión sobrevenida; y cuarto: En las manifestaciones difusas de equidad, que llevan a los tribunales a una reducción de las prestaciones, cual nos enseña el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 1.^a, de 13 de junio de 1944 (R. 893 bis); siendo evidente que si en los supuestos primero y tercero se comprende fácilmente la reacción de equidad, ya que, al fin y al cabo, la voluntad no se pronunció frente a aquel estado nuevo, la teoría de la lesión es inexplicable, lo que entraña una reacción brutal del Derecho objetivo, contra la estabilidad de lo acordado, como remedio supremo, consistiendo el remedio en lo que a la lesión se refiere, en especificar, determinar y concretar la auténtica valoración del desequilibrio, siendo evidente que el ideal de la justicia en estos casos exige un equilibrio en el valor, no sólo subjetivo, sino también objetivo, que es la *communis estimatio*, aunque este ideal de justicia en la vida no existe, ni puede existir..., las relaciones contrac-

descuida el segundo que aparece tímidamente cuando se habla de la ratio perseguida por el legislador^{23 bis}.

Entre las varias interpretaciones posibles el operador jurídico elige aquella que responde más a la ratio de la Ley, pero esto supone de antemano que la interpretación es un puro instrumento. Una serie de caminos que pueden ser convergentes (y así se verifica en muchas Sentencias en que se llega a un mismo resultado a través de una serie de métodos interpretativos diferentes), o divergentes. El efecto directo es algo que hace mención a un supuesto concreto mientras que el efecto indirecto contempla a toda la sociedad. Consciente o inconscientemente el operador jurídico, al llegar a un resultado interpretativo, tiene en mente no sólo el primer efecto, sino también el segundo, es decir, el análisis de las ventajas o desventajas sociales que produciría el seguir métodos de interpretación que sean divergentes o, dicho en otros términos, el pronunciar una resolución o una Sentencia A o B. Fundamentalmente es en el Derecho administrativo donde esta perspectiva aparece con mayor claridad y ello no sólo por las razones antes expuestas, sino también porque a causa de la falta de construcción dogmática, los caracteres difusos de las categorías jurídicas, la falta de precisión en los detalles que configuran una noción de Derecho en este conjunto jurídico y el carácter de impacto social más intenso y extenso en el Derecho administrativo que en cualquiera otra rama jurídica, hacen que la interpretación sea un simple puente: lo malo es que para el Derecho administrativo, como en general para todo el Derecho, hay multitud de puentes que llevan a orillas diferentes.

En el Derecho patrimonial privado la idea central es la del contrato. En el Derecho público, y singularmente en el administrativo, el eje de toda la concepción jurídica y por tanto también de la interpretación es la Ley y ello de un modo inmediato. Por ello los conceptos de relación jurídica o la llamada impermeabilidad de la

tuales públicas y privadas son el medio jurídico por el que los humanos proveen a sus necesidades, recogiendo el egoísta materialismo congénito. En ellos, resultando que en la mayoría de los casos constituyen verdaderos atentados al ideal de la justicia, siendo el Derecho en primer lugar, y antes de nada, instrumento de paz social que impone el principio encomiado en el *pacta sunt servanda*, con lo que la voluntad jurídica, legitima aquellos desequilibrios en el valor de las prestaciones, debiendo estarse a lo convenido, concluyendo en que la lesión inodora e incolora, como simple desequilibrio económico de la relación jurídica, no tenga virtualidad alguna si es consentida.»

^{23 bis} Cfr. Giuseppe GUARINO, *Qualche riflessione sul Diritto amministrativo e sui compiti dei Giuristi*, RTDP 20 (1970) 955.

personalidad jurídica de la Administración son conceptos no tan firmes como en el Derecho privado^{23 ter}.

El Derecho no es una ciencia aplicativa que sea anfilar o subordinada a la economía, pero es evidente que el operador jurídico cuando resuelve un caso y elige para ello un método interpretativo tiene de un modo más o menos consciente en presencia los resultados que su decisión puede acarrear. La suspensión gubernativa de las Sentencias de los Tribunales Contencioso-administrativos tiene ya cauces tasados y obliga en todo caso a la llamada "expropiación de la Sentencia". Si un fallo ha de tener una repercusión grave el jurista quizá sin saberlo está operando de modo distinto que si se tratara de un asunto baladí aunque jurídicamente sea el supuesto tan complicado como el anterior.

Todo esto hace que las técnicas interpretativas estén teñidas de instrumentalidad: unas veces será la propia ideología jurídica a la que no puede escapar el juez pues también a él le vinculan las normas de rango constitucional, sin que pueda por ello lógicamente decirse que es un simple operador de la Ley; otras será la trascendencia del fallo a los efectos de la comunidad. El carácter estrictamente lógico de un método jurídico o la pureza metodológica de la interpretación quedan así gravemente erosionados en beneficio, en definitiva, de la sociedad.

Hay además otra característica peculiar del Derecho: y es el carácter conservador de sus instituciones y de las nociones jurídicas clave. Por ello cuando una Ley intenta una innovación profunda cambiando incluso los términos de las antiguas técnicas, el subconsciente opera la rara trampa de seguir operando regulaciones nuevas con mentalidad radicada en las Leyes derogadas. Gran parte del fallo de la Ley de Funcionarios estriba cabalmente en este singular factor de inercia: el escalafón continúa perdurando frente a la relación de funcionarios, los puestos de trabajo prácticamente se han asimilado a los destinos y, en general, toda la parte más innovadora de la Ley ha quedado embarrada en esta lenta andadura del cambio de concepción que la Ley quiso establecer. La historia nos muestra innumerables ejemplos de este tipo, de esa aceleración de las reformas administrativas por la pervivencia consciente o inconsciente de técnicas antiguas.

A pesar de ello, los conceptos jurídicos han tenido siempre un

^{23 ter} Cfr. Han HEINRICH RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, I. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1965, pp. 15 y 19.

valor y una fuerza creadora no sólo en la patología del Derecho, esto es, en el fallo judicial, sino también en la vida real, de cumplimiento normal de los contratos y de las obligaciones recíprocas. Los conceptos matemáticos tienen una fuerza obligatoria objetiva y racional en tanto que la fuerza obligatoria de las proposiciones y conceptos jurídicos es puramente normativa. El valor científico de los primeros es absoluto, en tanto que el de los segundos es relativo y se disuelve como un terrón de azúcar en la existencia y el reconocimiento social de la norma. De todo lo expuesto, un ejemplo mostrará el multifacetismo del Derecho. Se trata del llamado por GOLDSCHMIDT "El caso de la sirena"²⁴.

El caso que les someto a continuación fue resuelto por el Tribunal Supremo de España por sentencia de 2 de abril de 1941. Parece que con anterioridad, el 25 de julio de 1925, dictó el Tribunal Supremo de Cuba otra sentencia análoga²⁵.

La sentencia de España nos relata que el demandado y hoy recurrente suscribió con fecha 8 de mayo de 1928 el documento privado fundamento de la acción ejercitada en la demanda, en la cual se hace constar que, habiendo propuesto el que lo firma, y que es de estado casado, a la señorita y actora terminar las relaciones de índole amorosa e íntimas que venían sosteniendo hacía varios años, no ha tenido inconveniente ésta en acceder a su deseo, a condición de que el demandado deposite en el Banco del Río de la Plata, de Madrid, la suma necesaria para que durante dos años pueda la referida señorita retirar mensualmente la cantidad de 2.000 pesetas para sus gastos en la República Argentina, comprometiéndose dicho señor a depositar tan sólo la suma de 24.000 pesetas, por no convenirle movilizar una cantidad tan considerable, sin perjuicio, una vez ésta se haya consumido, de abonar directamente durante otro año más, y en las mismas condiciones, la cantidad de 2.000 pesetas mensuales, pero entendido que su obligación queda liberada por el hecho de residir la demandante, habitual y accidentalmente, en Europa, por más o menos tiempo, durante el plazo de dos años. El consentimiento de la actora está demostrado por el hecho de la

²⁴ Tomado del trabajo de WERNER GOLDSCHMIDT, «La Justicia sin venda», publicado en el libro *Conducta y Norma*, Lib. Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, pp 172 y ss.

²⁵ Citada en Jacques MAURY, «Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence», extrait de *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1951, núm. 3, pp. 16 y 17, en GOLDSCHMIDT.

aceptación del documento y legitimación notarial del mismo, realizada a su instancia, no menos que por el de su salida para América y cobro o percepción de la mitad de la suma en que consistía el objeto del propio documento. El demandado sólo cumplió la obligación consistente en la entrega de 2.000 pesetas mensuales durante el primer año de vigencia del contrato, sin que por parte de la demandante hubiera existido infracción de sus obligaciones. La Sala de Instancia declara resuelto el contrato originario e impone al demandado la obligación de indemnizar a la actora la cantidad de 24.000 pesetas. El recurso tuvo éxito. En efecto, hay que estimar el segundo motivo, que sostiene la infracción de los artículos 1261, núms., 2 y 3, en relación con 1271 y 1275, todos del Código civil. La causa del contrato está constituida para la actora por la obligación contraída por el demandado de entregarle 2.000 pesetas mensuales durante dos años, y para éste por la que contrajo la actora de terminar las relaciones amorosas mantenidas hasta entonces, así como la que, con carácter más secundario, y para facilitar dicha finalidad, se estipuló también de permanecer fuera de Europa durante dos años. En mérito de lo expuesto resulta indudable que, al condicionar la parte actora la ruptura de un estado no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente, a la entrega de una cantidad, prevaleciendo de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto inmoral e ilícito, estipulando el pago de cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en libertad para el cumplimiento de sus deberes legales, lo cual no puede menos de viciar esencialmente el objeto y la causa del contrato. Y al no haberlo entendido así el Tribunal sentenciador, incide en las infracciones legales denunciadas en el recurso, en cuanto valora equivocadamente y disocia los elementos del negocio jurídico, desconociendo que para discernir la licitud o ilicitud del objeto y de la causa contractual hay que atender no a las obligaciones secundarias o accidentales que puedan estipularse sino a las que tengan carácter principal en relación con el fin del convenio, debiendo ser contempladas esas prestaciones y obligaciones que integran la causa en los contratos onerosos, según el artículo 1264 del Código civil, no como separadas e independientes entre sí, sino en mutuo engranaje, ya que la relación de causalidad que liga a las recíprocas obligaciones, posiblemente irreprochables en la consideración aislada de sus respectivos obje-

tos, puede hacer, y hace sin duda alguna en el presente caso, intolerable e inmoral el negocio.

Hasta aquí la sentencia del Supremo Tribunal de España. Veamos, pues, como éste está en desacuerdo con la Audiencia que había conocido en segunda instancia acerca de la moralidad o inmoralidad del contrato controvertido. ¿Cuál de ambos Tribunales tiene la razón?

Desde luego, hay asentimiento general a la premisa mayor del fallo del Tribunal Supremo, según la cual, con conceptos de las Siete Partidas (Ley 47, Título XIV, Partida V) es inmoral hacer u omitir contra precio, lo que de todas maneras uno está obligado a hacer u omitir sin contraprestación alguna. Tampoco puede haber discusión alguna sobre la obligación de ambas partes de abstenerse de sus relaciones adulterinas. De ahí resulta que, si el pago mensual durante dos años realmente constituyese la contraprestación de dicha abstención, conforme opina el Tribunal Supremo, la causa del contrato es inmoral y el contrato, por ende, nulo. El asunto cobra, al contrario, otro aspecto, si siguiésemos el parecer de la Audiencia, que estima el pago mensual durante dos años, contraprestación de la obligación de la querida de permanecer ausente de Europa durante este mismo lapso de tiempo. La obligación de una persona de no residir en un sitio determinado no es inmoral, siempre que se trate de un tiempo limitado²⁶.

A fin de aclarar la situación, conviene de nuevo acudir a nuestro método de las variaciones. Supongamos que fuere la mujer del demandado la que concertara con la actora un convenio similar. En esta hipótesis no hubiere duda alguna de que la contraprestación esencial de la actora consistiere en abstenerse de las relaciones adulterinas y de que el alejamiento de Europa durante dos años tuviere meramente la finalidad secundaria (pero, por ello, no menos importante) de garantizar el cumplimiento de esta obligación por parte de la actora.

¿Por qué cambia el asunto en el caso de autos? Ello ocurre por una razón sumamente sencilla, tan sencilla que incluso da fatiga mencionarla. Las relaciones amorosas suponen necesariamente la voluntad de dos personas. Por este motivo cualquiera de ambas puede poner fin a ellas así que lo desee. El marido no habría tenido

²⁶ Así opina el Tribunal Supremo Alemán en una Sentencia de 1915, v. *Reichsgerichtsaetekommentar*, ed. 7.^a, 1929, párr. 138, I. Ad., p. 219, en GOLDSCHMIDT.

necesidad de pagar algo a la actora, si su finalidad fuere el cese del comercio adulterino. Su resolución de poner coto a él bastaría por completo.

Naturalmente que no es suficiente eliminar una causa. Tenemos que indicar ¿cuál es la causa auténtica del consabido convenio? ¿Lo es acaso el silencio de la actora, su obligación de no armar escándalo, sobre todo cerca de la familia del demandado? Se puede dudar si el avisar a la familia de sus pasadas relaciones constituye o no un acto inmoral; lo que no es dudoso es que raya en la inmoralidad denunciarlas por no recibir dinero o no denunciarlas por recibirlo. Pero no parece que ésta fuere la causa del convenio, puesto que, si así fuese, el demandado habría tenido mucho cuidado en redactar el documento privado conforme lo redactó. Seguramente habrían acudido a cualquier simulación para justificar el pago mensual durante los dos años.

¿Es posible que el pago se haga en atención y como contraprestación de las relaciones pasadas? También en este caso la causa sería inmoral y el contrato nulo. Hay una copiosa jurisprudencia en varios países sobre la inmoralidad de una donación entre vivos o "mortis causa" hecha con motivo de relaciones amorosas pasadas. Ni que decir tiene que en nuestro caso el convenio tiene relación con las relaciones amorosas pasadas. Pero, no obstante, dichas relaciones no son la causa. Si así fuese, habría de tratarse de una donación remuneratoria, ya que la causa sería un conjunto de hechos pasados. Al contrario, el contrato en tela de juicio enfoca el porvenir y obliga a la actora a determinada conducta futura.

¿Cuál es esta conducta futura? Creemos que la Audiencia tiene razón si la cifra en el alejamiento de Europa durante dos años. Tamaña obligación es lo suficientemente gravosa para justificar una contraprestación tan crecida como la estipulada en nuestro caso. Pero con ello no hemos todavía acabado el análisis de la causa. Parece algo formalista considerar como causa de la prestación del demandado la ausencia de la actora de Europa sin tener en cuenta el porqué de esta ausencia; y aunque cabría que en el Derecho sólo interesa la causa y no el móvil, difícil es negar que la finalidad de la ausencia tiñe esta causa de modo decisivo.

Supongamos que un comerciante pague a otro una cantidad mensual para que éste se aleje de Europa y no le haga competencia. También aquí el móvil de alejar a la otra parte contratante colorea

la causa de la prestación. Esta hipótesis nos ofrece, por cierto, el ejemplo de un alejamiento con causa perfectamente lícita.

¿No podría ocurrir que, a semejanza a como el comerciante paga a otro con miras de garantizar su obligación de no llevar a cabo actos de competencia, el demandado pagare a la actora para fortalecer su deber moral de no hacerle ofrecimientos deshonestos? En este caso, si bien en primer plano se pagaría a la actora para que se aleje, en segundo se pagaría para que no haga lo que de ningún modo debiera hacer: intentar el restablecimiento de relaciones ilícitas. Con ello nos encontraríamos en un supuesto de inmoralidad.

A pesar de la aparente solidez del argumento, el mismo no es exacto. El comerciante al que se aleja para hacer imposible que realice actos de competencia, podría realizarlo, si quedare en el país. Sería inclusive difícil para la otra parte controlar su abstención en todos los casos. Por este motivo se encamina realmente el alejamiento al fin indicado: proporcionar al otro comerciante la absoluta seguridad de que el peligroso competidor ya no le haga competencia alguna. En el caso de autos la situación es diferente, y, con ello, volvemos sobre algo que ya hemos puesto de relieve con anterioridad. A diferencia de actos de competencia que constituyen actos unilaterales y, por ello, dimanantes exclusivamente de la voluntad del competidor, las relaciones amorosas son bilaterales y la resistencia a ofrecimientos de amor es suficiente para impedirlos. Si, por consiguiente, el demandado anhela alejar a la actora, el verdadero móvil de esta su aspiración consiste en impedir que los haga él mismo. La actitud del demandado es comparable a la de Ulises en la antigua leyenda griega, que manda a sus marineros que le aten al mástil de la nao a fin de poder resistir el canto de las sirenas. El alejamiento de la sirena no es sino otro procedimiento técnico que la atadura al mástil: la finalidad es en ambos casos la misma, la de impedir la caída en tentación. El alejamiento de la actora con las miras indicadas es tan moral como lo hubiera sido el traslado del domicilio, de parte del demandado, al extranjero a fin de alejarse de la actora. También este traslado habría costado dinero, con seguridad mucho más que el alejamiento de la actora. El hecho de que el alejamiento de la actora se paga a base de un contrato y en concepto de contraprestación, mientras que el propio alejamiento habría constituido un acto jurídico —cambio de domicilio— con gastos propios, no puede revestir importancia jurídica ni moral.

Si la huida ante la enemiga es moral, también ha de serlo poner-

la en fuga, y no es sensato dificultar o hacer imposible tal acto tildando de inmoral la necesaria colaboración de la fugitiva.

El desacierto de la sentencia criticada salta igualmente a la vista por sus probables consecuencias prácticas. Una vez conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mujeres en situación similar o pedirán una cantidad al contado o no se alejarán, poniendo en peligro el cese de relaciones adulterinas. No creemos, por consiguiente, que la mencionada sentencia contribuya a robustecer la moralidad."

7.4. *Los niveles descriptivos*

Los elementos de la interpretación, llamémosle gramatical, histórica, interpretación extensiva, literal o restrictiva, son métodos empírico-sociológicos que, sin perjuicio de ello, responden a una cierta lógica de argumentación.

La teoría de la descripción de la interpretación jurídica comprende cinco niveles descriptivos:

- 1.º La llamada descripción sociológica.
- 2.º La llamada descripción socio-psicológica.
- 3.º La llamada descripción lógico-semiótica. La unión de ambos objetivos implica una mayor comprensión que lleva consigo una mayor agilidad de la interpretación para adaptarse de modo incesante a las necesidades prácticas a las realidades socio-económicas que el análisis lógico le permite conocer. La decisión así no será arbitraria ni responderá a una sistemática precisa. El jurista recaba aquí su calidad de intérprete, de investigador en su laboratorio.
- 4.º La descripción del modelo empírico de interpretación al que responde, en general, la interpretación de la llamada escuela realista de Norteamérica. Se trata, fundamentalmente, de que el resultado sea justo cualquiera que sea el camino que conduzca al mismo.
- 5.º La construcción de un modelo lógico.

El sentido de la norma depende de la densidad propia de las palabras utilizadas, de que la expresión del concepto jurídico sea más o menos vaga y de que el hecho ya calificado jurídicamente corresponda al núcleo indubitado del concepto o a los contornos susceptibles de interpretación diferente. Normalmente, el Derecho no opera con una *clausura de sentidos* del lenguaje, salvo aquellos supuestos en que el grupo normativo contiene su propia definición o en que se utiliza la cláusula "a los efectos de

esta ley se entenderá...". Definir un lenguaje jurídico es precisar su contenido en el contexto de la norma en que este concepto está incluido. Entre los tipos de relación de orden está la inclusión, es decir, que el fondo de referencia al cual el intérprete deba referirse, está incluido en un sistema a su vez, en un contexto. El fondo de referencia lo constituye el edictor de la norma, y ésta, obtenida por interpretación, tiene que averiguar el sentido y el proceso de interpretación originarios. Del mismo modo que la corriente de un río no discurre aguas arriba nunca, el intérprete debe buscar el sentido originario; no en la realidad sino aguas arriba, en la norma que interpreta. Simultáneamente, ha de eliminar las contradicciones del sentido de la norma, el fin o los fines a que puede servir y, por último, proceder a la apreciación valorativa de este sentido de la norma ²⁷.

8. LA ESTRUCTURA DEL PODER Y LA INTERPRETACIÓN: PROHIBICIONES DE INTERPRETACIÓN. LOS CAMBIOS DE DIRECTIVAS JURÍDICAS A NIVEL DE CONSTITUCIÓN: IDEOLOGÍA Y DERECHO

El tercer nivel de la interpretación jurídica corresponde a la estructura del poder. El principio de la prohibición de interpretación que va desde Justiniano hasta Napoleón responde al monopolio de poder deseado para el Parlamento o para el Príncipe. Si la declaración francesa de Derechos de 1789-91 indicaba que la libertad de los individuos no podía ser delimitada sino por Ley, siendo ésta la voluntad general, los juristas, tanto los Tribunales como los operadores jurídicos, no judiciales, no podían participar en la creación del Derecho sin que esto supusiera usurpar un poder que pertenecía a los elegidos por la Nación.

No es solamente las constituciones sino también las codificaciones las que abrieron la era para el tratamiento axiomático del Derecho. El Derecho se corporiza como sistema a través de un Código que pretende mantener la coherencia del sistema a toda costa, a través de un fenómeno de idealización.

En el fondo, la Ley de 1.º de abril de 1837, que creó los arrêts de las cámaras reunidas, atribuye al tribunal de casación un papel especial en la interpretación jurisprudencial. En su exposición de

²⁷ Cfr. Hans KELSEN, *Metamorphoses of the idea of Justice*, en *Interpretations of Moderns Legal Philosophies, Essays in honour of Roscoe POUND*, New York, 1947.

motivos se explicaba que la necesidad de unidad de la jurisprudencia quedaría salvaguardada a través de la casación "Interpretar para el porvenir es obra del legislador; interpretar para el pasado, esto es, para los hechos ya producidos, es la misión del juez". Con ello se despolitizaba la función del jurista en la primera gran ficción de monopolio político según la cual es posible aplicar el Derecho sin participar en la opción política que implica la misma existencia y forma de un sistema jurídico autónomo.

Pero el juez actúa normalmente frente al pasado, y aunque deba ser una especie de Jano viendo atrás y adelante, en cada caso que tiene que resolver, o en la gran mayoría de ellos tiene unas normas anteriores que interpretar y una narración histórica ya acaecida. Ello no desdignifica ni mucho menos la elevada misión del juez, pues suficiente esfuerzo le supone calificar los hechos y, sobre todo, averiguar constructivamente la *ratio legis*. Una de las sentencias menos comentadas del llamado "buen juez MAGNAUD" es bien corta, simple, pero enormemente ilustrativa. En la Audiencia de 25 de febrero de 1898 se dictó este fallo, sobre el que sobran comentarios: "El Tribunal... considerando que S... no niega haber roto el farol de mechero de gas perteneciente a la ciudad de Chateau-Thierry, pero que declara haberlo hecho con el sólo objeto de hacerse poner en prisión, para así ser alimentado y alojado a expensas del Estado. Considerando que no existe en estas condiciones la intención de dañar elemento constitutivo de todo delito, ha lugar a la absolución del procesado, sin costas"²⁸.

No será hasta Geny cuando se pare mientes en que el jurista se introduce en la vida del Derecho, no sólo a través de creaciones inorgánicas sino, también, mediante la tradición doctrinal y científica. Es una discusión ociosa la de considerar que la jurisprudencia es simplemente una misión secundaria derivada de la interpretación originaria de la ley. De esta función es donde da cuenta ya la misma exposición de motivos de la ley de 1837 que creó el tribunal de casación francés. Sin embargo, la jurisprudencia tiene como misión transformar un sentido vetusto en un sentido nuevo.

La misión de la ideología en la interpretación del Derecho es así una misión trascendental²⁹. Las revoluciones, los cambios cons-

²⁸ Cfr. *Las Sentencias del Magistrado MAGNAUD, reunidas y comentadas por Henry LEYRET*, versión castellana de D. DÍAZ ENRÍQUEZ, Madrid, ed. Reus, 1904, p. 25.

²⁹ Consciente o inconscientemente, cfr. R. TREVES, «Una ricerca sociologica nell'amministrazione della giustizia in Italia», en *Riv. Dir. Procesale*, 1965,

titucionales derogan solamente aquel tipo de leyes directamente implicadas en la política que se cambia, pero deja en vigor el resto del ordenamiento jurídico, al cual se dota de un nuevo sentido³⁰. Es paradigmático el ejemplo de los países socialistas (WOBLENSKY)³¹. En Rumanía un joven agricultor fue demandado ante un tribunal a petición del propietario del terreno, acusado de haber robado dos corderos. El acusado confesó el hecho, confirmado además, por un testigo, y dando lugar a una sentencia de hurto contra el reo. La ley fue aplicada correctamente en lo que se refiere a la subsunción jurídica. Sin embargo, en este mismo caso que coincide con el cambio de Constitución y la entrada de los llamados magistrados populares, dio lugar a un juicio de revisión, cuyo resultado fue totalmente diferente. Se declaró probado que el querellante era un hombre rico, propietario de 150 corderos, de los cuales los dos hurtados formaban parte, pero que representaba, justamente, el valor exacto de los salarios no percibidos por el acusado, que estaba empleado como pastor desde hacía un año. El propietario no había querido pagar el salario. La consecuencia fue, en el juicio de revisión, la total absolución del reo. La Ley penal era la misma; sin embargo, la concepción ideológica había cambiado. Con ella, la ideología del juez y la propia ideología de la interpretación³².

En otro caso, juzgado en la URSS, la conclusión se inspiró en idénticos motivos. Una ciudadana de Orlov había recobrado una vaca de su propiedad y la entregó a una unidad del Ejército rojo en la guerra de 1941-45, a fin de que el animal fuera trasladado a la retaguardia a la vista del avance del ejército enemigo. En lugar de

p. 231; del mismo, «La sociologia del diritto in Italia», en *Riv. Fil. Dir.*, 43 (1966), p. 409, con amplia bibliografía; salvo que ideología se identifique a sentimiento, o a elementos que no pertenezcan a la realidad objetiva, como hace unilateralmente Th. GEIGER (*Ideologie und Wahrheit*, Stuttgart-Wien, Vlg. Humblot, 1953, p. 66), esta ideología estará siempre presente en el Derecho. Cfr. en general HARRIS NAGEL, *Die Ideologien in der Gesellschaft Eine Untersuchung ueber Entstehung, Wesen und Wirkung*, Muenchen Beck Vlg., t. 59, 1970; J. MIEDZIANAGORA, «Droit positif et idéologie», en *Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 79 y ss.

³⁰ Cfr., entre muchos, Georges VEDEL, «Discontinuité du Droit constitutionnel et continuité du droit administratif, Le rôle du juge», en *Mélanges offerts au Professeur Marcel WALINE*, Le juge et le Droit Public, París, Librairie Générale de Droit et de Droit et de Jurisprudence, II tomo, 1974.

³¹ La unidad de la estructura la da la vinculación al principio general superior constitucional. En este punto, cfr. Hans Kelsen, «Der Begriff der Rechtsordnung», en *LeA*, 3-4 (1958) 150.

³² Cfr. Szabó IMRE, *A jogszabályok értelméze*, Budapest, 1960 (Trad. rumana de George BIANU, *La Interpretarea normelor juridice*, Bucarest, 1964).

trasladar la vaca, esta unidad del ejército la cambió por carne con una campesina que tenía intención de permanecer en el pueblo cuando éste fue invadido. La vaca permaneció cuando el enemigo se retiró y su propietaria la encontró a la vuelta. La campesina que la tenía en posesión rehusó devolverla. La propietaria intentó entonces una acción de reivindicación. Con gran sorpresa de su parte, el tribunal en primera instancia desestimó la petición, considerando que la poseedora de la vaca era de buena fe y que no se trataba de un objeto perdido o robado. Es de significar que el Código civil y la Ley de Procedimiento eran idénticos, tanto en el caso rumano como en el soviético, a los vigentes en la época del capitalismo en estos dos países. Lo que cambió fue la ideología interpretativa. Y ello no es extraño porque medida y modelo corresponden, en definitiva, a ideas valorativas estrechamente ligadas a la interpretación³³.

9. PERSPECTIVAS EXTERNAS DE LA INTERPRETACIÓN: LOS MODELOS DE INTERPRETACIÓN OPERATIVA

Cualquiera que sea la opinión mantenida sobre la creatividad del juez respecto de la norma, lo cierto es que el juez decide el caso y en el proceso de su decisión se asienta la coactividad de la ley³⁴.

No se pretende en este lugar sino apuntar algunas líneas maestras que cierran la introducción dedicada a la interpretación. La

³³ Sobre el Derecho soviético y su interpretación: S. A. GOLUNSKIS-M. S. STROGOVITCH, *Teoriya gosudarstva i prava*, Moskvá, 1940; A. I. DENISOV, *Teoriya gosudarstva i prava*, 1948; N. G. ALEKSANDROV et alii, *Osnovy teorii gosudarstva i prava*, Moskvá, 1963; M. G. KIRICHENKO, *Sovietskoie zakonodatel'svo i printsipy yeyó primeniya*, Moskvá, 1953; L. G. TKACHENKO, *Sovietkoye, Normy sovietskovo sotsialisticheskovo prava i ij primeniye*, Moskvá, 1953; Bulgaria, A. ZACHARIEV, *Tokuvane na pravotu*, Sofia, 1959; Rumania, Ion DEMETER y Ion CETERCHI, *Introducere in Studiul dreptului*, Bucarest; Polonia, J. WROBLEWSKI, *Zagadnienia Teorii wykladni prawa ludowego*, Warszawa, 1959; Tadeusz KUBINSKI, *Wstep do logicznej teorii pytań*, Warszawa Pánstwowe Wydawnictwo naukowe, 1970; Tadeusz KOTARBINSKI, *Studia z zakresu filozofii, etyki i nauk społecznych*, Warszawa narodowy imienia ossolinskich, 1970.

³⁴ Cfr. parte de las ya conocidas obras de ESSER, EHRLICH, STAMMLER, HECH, HOLMES, STONE, pero desde puntos de vista de legalidades dispares a la nuestra. La obra de Sadok BELAID, con prefacio de Michel VILLEY, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du Juge*, París, Lib. Gen. Droit et Jurisprudence, 1974: El juez es un «organe régulateur et ordonnateur de l'ordre juridique»; D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français* (pref. Weil), París, Bibliothèque de Droit Public, tomo 107, 1972.

descripción de esta actividad interpretativa ofrece, en efecto, muchas posibilidades diversas: en primer lugar, la descripción basada en el análisis de los fallos judiciales y su justificación formulada según modelos y estilos aceptados. En segundo término, la descripción del fenómeno psicológico de la interpretación operativa que concluye en un fallo judicial, teniendo en cuenta todo el cúmulo de factores relevantes —ideología, directivas constitucionales, propaganda, opinión pública, ansia de lograr un consenso, etc.— que influyen o pueden influir en la actuación judicial. Tercero, la descripción funcional que analice las decisiones judiciales en el contexto de los factores sociopsicológicos, que influyen o pueden influir en su contenido y en las consecuencias posteriores³⁵.

Aparte de ello, las teorías de la aplicación judicial de la Ley pueden seguir tres tipos de modelos teóricos. El primero es el funcional; hay dos métodos conexos de tratar el problema de un modo funcional: considerar el fallo como una especie de control social de la Ley —esto es, la ley actúa a través del fallo judicial que la vigoriza— o directamente, considerar las decisiones judiciales como medio de resolver conflictos sociales. El segundo modelo teórico toma a la decisión como una determinación de derechos-deberes basada en normas preexistentes del Derecho material. El tercer modelo es el informático: considera a la decisión judicial como un producto —output— de un sistema informativo en que los datos antecedente —input— relativos a normas y hechos son sometidos a elaboración y proceso según determinadas reglas de transformación. Normalmente es el punto de vista del modelo de decisión el que hay que considerar. La interpretación dogmática opera en vacío. La operacional —la real— tiene que considerar los hechos. La lógica de la decisión es, a posteriori, controlable, y se reduce a un problema de su corrección lógica y su racionalidad. Este control ló-

³⁵ Esto se verifica con claridad por la admisión al *último recurso*, la equidad, que no sólo funge así, sino a lo largo de toda la interpretación operativa. Cfr. la importante obra *Equity in the World's Legal Systems, A Comparative Study*, dedicado a R. CASSIN, Bruxelles, ed. Ralph A. NEWMAN, 1973. El tema fue ya visto con agudeza desde Aristóteles. En el Medievo, cfr. la terminante frase de S. DE FEDERICIS BRIXIENSIS (*De interpretatione legum*, A. I. Venetiis, 1583, p. 214), Interpretatio a ratione naturali potior est omni alia... naturalis ratio et *aequitas* auctoritatis legis habet. En Jerzy WRÓBLEWSKI, *Wartosci a decyzja sądowa*, Warszawa, Zakład Narodowy Imienia Ossolinskiich: Wydawnictwo, 1973, p. 215, nota 31. Sobre todo en los conceptos indeterminados y en los aspectos discrecionales, a los que STAMMLER llamaba *Billiges Ermessen*, discrecionalidad equitativa. Como se verá al final, es en lo negativo, en la iniquidad manifiesta, donde mayor campo operativo corresponde a la equidad.

gico ha de tener en cuenta tres etapas: la lógica del lenguaje en lo jurídico, la lógica formal cuando la deducción es posible en forma de silogismo y los llamados silogismos decisionales complejos³⁶.

El nuevo título preliminar del Código civil claramente señala el modelo interpretativo a seguir en España, entre los pensables hipotéticamente y los seguidos realmente en otros países. Es importante destacar los artículos 3 y 4 del capítulo II (Aplicación de las normas jurídicas).

"Art. 3.1. Las normas se interpretarán según el *sentido propio de sus palabras*, en la relación con el *contexto*, los antecedentes históricos y legislativos y la *realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al *espíritu y finalidad de aquéllas*.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella, cuando la ley expresamente lo permita.

Art. 4.1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. 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.

3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes."

A su vez, el núm. 4 del art. 1 dice: "Los principios generales de Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico."

Plantea esto sucesivamente el tema a tratar en las páginas siguientes: cuál sea el sentido propio de las palabras de la ley, el contexto del ordenamiento, la ideología (realidad social del tiempo de la aplicación), la ratio legis, la analogía y los principios generales. Todo este panorama define el modelo aplicativo de nuestro Derecho, el método de interpretación operativa y, por ende, el campo a estudiar en este trabajo.

³⁶ Cfr. Jerzy WROBLEWSKI, *Sadowe Stosowanie Prawa*. (La aplicación jurídica del Derecho.) Warszawa, 1972, Państwowe wydawnictwo naukowe, capítulos 2 al 6. He de agradecer aquí las aclaraciones verbales del Profesor WROBLEWSKI en las conversaciones mantenidas con él en Varsovia.

II

LA INTERPRETACION EN CONEXION: “NISI TOTA LEGE PERSPECTA”

En el Código civil —nueva redacción del título preliminar— y en el art. 3 dentro del capítulo de aplicación de las normas jurídicas, se impone la interpretación en relación con el *contexto*, referido no al sentido único de las palabras, como lo muestra la inserción en una serie de comas, referidas a criterios interpretativos diferentes, sino la misma tradición que arranca del antiguo apotegma *nisi tota lege perspecta*. El contexto del ordenamiento apunta al sistema jurídico, y a su estructura. De ahí la oportunidad de examinar tal estructura siquiera sea someramente y con la vista puesta siempre en la interpretación del caso dudoso o la integración eventual de las lagunas de ley.

Esta conexión puede referirse al capítulo donde la ley dudosa se encuentra, como la totalidad de la ley, como las leyes relacionadas o conexas. Hay así conexión *intra legem* y *extra legem*. En la idea de estructura se analiza sobre todo el segundo supuesto.

1. EL CONCEPTO DE SISTEMA ESTRUCTURADO EN EL DERECHO

Desde CELSO (l. 24, D. de legibus, 1,3) se viene afirmando que “incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere” (Es antijurídico juzgar o dictaminar en vista de alguna pequeña parte de la ley, sin haberla examinado detenidamente en su totalidad). El *contextum juxta leges* implica la consideración de la totalidad del ordenamiento.

1.1. Las cinco notas fundamentales de la estructura

La idea de sistema estructural se realiza en cinco elementos o notas fundamentales, cuya presencia o ausencia hará utilizable o

inapropiada, toda la configuración estructural. Estas cinco notas son las siguientes¹:

a) La primera de una totalidad de razón. La estructura es una forma de las formas, de conjuntos mentales homomorfos. Una estructura surge cuando se da sentido a un campo de nociones sin significado conjunto²; estructura formal general (la regla de justicia), formas de estructuras parciales clasificatorias de nociones y categorías, estructuras de estas subestructuras (jerarquía normativa, lógica de interacciones, glissement, deslizamientos entre ellas). La relación de estructura unitaria frente a la multiplicidad de normas no es lo mismo que la de unidad frente a caos. De ahí que haya posibles y diversos sistemas: éste no es particular determinado, sino comprensivo e incluyente³.

b) La idea de la autorregulación, esto es, hay cierto axioma estructurante, cierta transformación de una estructura que no lo

¹ Sobre el estructuralismo en el Derecho, cfr. A. J. ARNAUD, «Structuralisme et Droit», en los *Archives de Philosophie du Droit* (1968) 238; J. M. AUZIAS, *El Estructuralismo*, Madrid, Alianza ed.; N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, ed. Giappichelli, 1960; del mismo, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, Torino, ed. Giappichelli, 1955; LAMDORFF-GALAGANE, «¿Estructuralismo en la Ciencia del Derecho?», en núm. 3, *Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho*, Santiago de Compostela, 1969; Raymond Boudon, *A quoi sert la notion de structure?*, París, ed. Gallimard, 1968; Tovar Eugenio de BUSTOS, *Problemas y Principios del estructuralismo lingüístico*, Madrid, 1967; J. B. FAGES, *Para comprender el estructuralismo*, Buenos Aires, ed. Galemo, 1969; E. LABROUSSE, R. ZAZZO et al., *Las estructuras y los hombres*, Barcelona, ed. Ariel, 1969; Luis LEGAZ LACAMBRA, *Estructuralismo en el Derecho*, en la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, t. XIII (1969); Jean PIAGET, *El estructuralismo*, Buenos Aires, ed. Proteo, 1968; Paul RICOEUR, *Le conflit des Interpretations*, París, ed. Payot, 1964. Sobre todo las obras de HAURIU (Sobre el cual hay traducción moderna al italiano de W. Cesarino Sforza, Milano, Giuffrè, 1967. En la *Colección Civiltà del Diritto*, núm. 16); RENARD, SANTI ROMANO, J. DELOS, V. FROSINI, «Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea», en *RIFD*, 36 (1959) 157; G. CAPOGRASSI, «L'ultimo libro di Santi Romano», en *Opere*, V, Milano, 1959, p. 252, cfr. la magnífica traducción y el espléndido prólogo al Ordenamiento jurídico, de S. Martín Retortillo; Maurice HAURIU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (trad. it. Vidar Cesarini Sforza), Milano, Giuffrè, 1967. Sobre todo la obra monográfica, reciente y magnífica, de HERNÁNDEZ GIL (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, y su trabajo harto conocido sobre estructuralismo).

² Cfr. Max. ZOREAU, «Pour situer la nouvelle Réthorique», en *LeA*, 21-24 (1963) 118 y 119.

³ Cfr. Nathan ROSENSTREICH, «On Constructing a Philosophical System», *LeA*, 21-24 (1963) 179. Naturalmente habría que seguir el consejo platónico de «cortar por donde hay juntura» (χατ' ἀρθρα ἡπερεχεν) no como el mal cocinero. Cfr. Konrad ZWIEGERT-Heinz KÖTZ, *Einfuehrung in the Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Siebeck), 1971.

trasciende. Por ejemplo, la utilización de nociones del Derecho privado para el Derecho público; la capacidad de obrar y la capacidad de derechos son objeto de remisión por parte del Derecho administrativo al Derecho civil, y a su vez del Derecho civil al administrativo, a pesar de que se trata de un nivel de la estructura en que ha desaparecido la homomorfía. Si se compara el art. 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 23 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, junto al art. 6 de la Ley de Contratos del Estado se llegaría a la consecuencia de que el mayor de 18 años y menor de edad puede ser contratista del Estado, aunque no pueda celebrar un contrato civil. Sin embargo, el reenvío del artículo 22 de la Ley de Procedimiento hay que interpretarlo como remisión, en el sentido de que el mayor de dieciocho años y menor de veintiuno tendrá capacidad para pedir de la Administración aquello que afecte a sus derechos, pero la remisión a la conducta del Derecho civil verificará la solución de la pseudo antinomia y del aparente absurdo.

Igual sucede con el concepto de la propiedad o de los derechos reales, a que se refiere la Ley de Expropiación Forzosa, pertenecientes al conjunto del Derecho administrativo, pero cuya identificación y noción hay que encontrarlas en el conjunto del Derecho privado. Es, en el fondo, toda la problemática de los términos interpuestos en las reglas jurídicas que no responden, como se ha querido alguna vez explicar, a una simple economía del lenguaje en las normas; descansa en la idea de la unidad esencial y de fondo del sistema o de la estructura del mismo. Apenas hay norma que sea completa en sí y que no tenga estos términos de referencia. Estos términos interpuestos, de referencia a otras normas isomórficas, heteromórficas u homomórficas pueden pertenecer o bien a la propia clase, en cuyo caso habrá un elemento desgajado de la norma, una simple fisión de la regla jurídica pura dentro de la isomorfía⁴: el ejemplo clásico es el coeficiente de funcionarios, el arancel

⁴ Isomorfía juega en el Derecho administrativo como la homomorfía en el conjunto del Derecho de obligaciones civiles. Dado que el Derecho administrativo es un conjunto de subconjuntos (el llamado Derecho sancionador administrativo, Derecho administrativo de los contratos, Derecho administrativo de la responsabilidad) es preciso introducir parte de la homomorfía del conjunto, la noción de isomorfía en los grupos normativos que actúan a modo de subconjuntos de inclusión. Ulrich KLUG, *Lógica jurídica*, trad. española (Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Caracas, 1961, p. 129), define la isomorfía: «La isomorfía es una relación entre relaciones que puede ser caracterizada de la siguiente manera: dos relaciones R, S, serán isomorfas

de Aduanas; o la capacidad de obrar, ya que no se trata de un elemento que se produce desgajado de la norma y vuelve a integrarse con ella en un grupo normativo, esto es, del propio artículo 22 de la Ley de Procedimiento, sino de un término referido a un conjunto heteromórfico al administrativo como es el civil. Por último, el término interpuesto o complementivo de la norma puede referirse a un subconjunto homomórfico, así la capacidad de la mujer casada en la especialidad mercantil con referencia al Derecho civil.

c) La idea de transformación es también esencial al concepto de estructura. Un cambio de elemento provoca en la estructura una reestructuración, pues aunque la estructura sea como tal un invariante, no lo es su contenido. Cuando un músico hace una traspuesta, la melodía traspuesta es isomorfa a la original: las relaciones entre notas sucesivas son las mismas en la música traspuesta u original⁵. La presencia de esta idea en el Derecho es evidente: cualquier cambio legislativo sobre la capacidad de obrar actuará de rechazo en la totalidad del ordenamiento jurídico. Cualquier formalismo considerado como esencial excepcionará el principio general de libertad de estipulación para el Derecho civil o ratificará el formalismo de la contratación civil. La vieja idea de que la actuación de un hombre en un momento, por intrascendente que sea, puede tener un alcance futuro insospechado en localidades geográficamente muy distantes, deja de ser una idea plástica o filosófica para concretarse en la estructura del Derecho. En la estructura del De-

siempre que pueda establecerse entre ellas una relación biunívoca K , el llamado *correlador* por el que los miembros todos de R quedan coordinados con todos los miembros de S , y al revés; mas, de tal modo acoplados, que siempre que entre X, Y , del campo R valga la relación R , valga también entre los miembros correspondientes X', Y' del campo S , la relación S' . Isomorfía es *igualdad estructural* (KLUG). Por estructura de una relación hay que entender la clase de las relaciones que son isomorfas con ella, o también semejantes racionalmente. «Si la relación K no es unívoca (biunívoca), sino uniplurívoca, se dirá que entre las relaciones R, S hay una relación de isomorfía parcial, manteniendo las demás condiciones.» Aunque los conceptos no sean exactamente idénticos, un conjunto jurídico viene a sustituir la tradicional terminología de rama del Derecho o disciplina jurídica. De igual modo la homomorfía viene a ser equivalente a la autonomía de una rama del Derecho. Las viejas discusiones sobre la autonomía del Derecho mercantil, laboral o fiscal, en última instancia, controversias sobre el carácter de conjunto homomorfo dentro de su contenido y heteromorfo respecto a las demás ramas del Derecho.

⁵ E. LABROUSSE, et al., *Las estructuras y los hombres*, Barcelona, Ariel, 1969, página 32.

recho no se escamotea la problemática del cambio, se le incluye en su modelo de comprensión.

d) La idea de generación de estructura implica tanto como que la relación interna de los elementos estructurados es una simple aplicación de la idea de autorregulación de nueva adecuación cuando se produce un cambio en la Ley o en su aplicación y, en definitiva, una consecuencia de los dos elementos antes citados. Hace falta una pre-comprensión (*Vor-verstaendnis*) y una circularidad en la comprensión (caso-ley) (*Zirkel im Verstehen*) como preconiza HEIDEGGER⁶.

e) Por último, toda idea de estructura es imposible de explicar en su complejidad total desde dentro. Las paradojas surgen en la zona de la estructura, y sólo son solubles desde fuera. Las antinomias de valor de una estructura de Derecho sólo son solubles mediante criterios de valor, pero no mediante la dinámica propia de la estructura⁷.

⁶ Cfr. FUNKE, «Problem und Theorie der Hermeneutik», en el *Zeitschrift fuer philosophische Forschung* (1960) 161.

⁷ J. CARCATERRA, «Certeza, Scienza, Diritto», en *Riv. Intern. Filosofia del Diritto* (1962) 377, fue el primero en aplicar el teorema de Gödel al Derecho. Sobre el llamado principio de Gödel, cfr. Kurt GÖDEL, «Über Verwandter Systeme», en *Monatshefte für Mathematik und Physik*, 1931, vol. 38, 173-198, 1931. Cfr. también GÖDEL, *The consistency of axioms of choice and the generalisaty continuum hypothesis with the axioms of the set theory*, 4.^a ed., Princeton Univ. Press, 1958 (1.^a ed., Princeton Univ. Press, 1940). CAPELLA (*El Derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 290) explica así la aplicación del teorema: «Igualmente un lenguaje lógico más amplio que el cálculo proposicional, el cálculo generalizado de predicados, afirmamos que es incompleto porque es incapaz de significar todo el universo, del que se pretende ha de dar razón. Pudiera decirse que un lenguaje es incompleto cuando es menos extenso que su *semántica intuitiva*, y en este sentido cabe interpretar el teorema de Gödel. Expresándolo tal vez ingenuamente, el sentido de éste consistiría en lo siguiente: dado un lenguaje-objeto L —rico por ejemplo para expresar la matemática— es imposible construir para él un meta-lenguaje completo y consistente, mediante el algoritmo lógico más poderoso que se conoce: el cálculo generalizado de predicados... en la hipótesis de que ese cálculo lógico poderoso sea consistente, será incompleto; y en la hipótesis de que sea completo, resultará inconsistente. Esta situación tiene sus consecuencias respecto de la decibilidad de los cálculos a partir de cierto grado de poder expresivo, es imposible arbitrar un procedimiento general de decisión, con lo que no puede pensarse ya en una completa mecanización de la inferencia deductiva». J. LADRIÈRE, *Les limitations internes des formalismes*, Etude sur la signification du théorème de Gödel et des théorèmes apparues dans les théories, Lovaina, Nauwelaerts, 1951. Hay también una monografía de Tecnos, S. A., sobre el teorema de Gödel, de Nagel-Newman, Madrid. Cfr. también Lázló KALMAR, «Eine einfache Konstruktion unentscheidbare Sätze in formalen Systemen», en *Methodos*, vol. II, pp. 220-226, 195; V. A. USPENSKY, «Teorema Gödeli i teoria algoritmi», en *Doklady Akademi Nauk SSSR*, Moskvá,

1.2. La funcionalidad de la estructura

La utilidad de la idea de estructura en Derecho es evidente si se pretende el mantenimiento del principio de unidad real y explicativa, esto es, de unidad existente y lógica del Derecho, tal como se presenta éste en cualquier país y en cualquier época, y mucho más en épocas como la presente de intervencionismo acelerado en que se ha podido hablar razonadamente sin asomos de ironía de acelerada motorización legislativa.

Es la idea de estructura la que proporcionará el primer elemento del Derecho como episteme, como saber científico, lo que podrá resolver las antinomias y anomias estrictamente jurídicas desde dentro (aunque las antinomias y anomias de valor estén sujetas como toda estructura, incluso la matemática —según el famoso teorema de Gödel— no recibe explicación de sus inevitables paradojas, sino desde fuera).

La incesante creación de figuras-problemas nuevos en la vida real del Derecho precisa apoyaturas no expresas ni deducibles de la ley, sino inducibles por abstracción. Así ha sucedido con la figura civil del autocontrato sólo parcialmente regulado (arts. 165, 236-2, 275-3, 275-4, 1459-2, 3, 4; 267 Código civil) y del que ha debido inducirse un concepto abstracto-mediador (Oberbegriff)⁸ o la misma idea del Servicio público⁹.

1953, vol. 91, núm. 4; Raymond M. SMULLYAN, «Theory of formal systems», rev. ed. en *Annals of Mathematical Studies*, núm. 47, Princeton, Univ. Press, 1961; F. RIVERRI BARBO, «La frase indecidible di Gödel», en *Rivista di Fil. Neoscolastica*, 53 (1961) 1. La aplicación al estructuralismo de la incomplitud e indecidibilidad es ya antigua, al menos de 20 años. Sobre conjuntos e idealidades matemáticas, cfr. Jean T. DESANTI, *Les idéalités mathématiques*, París, ed. du Seuil, 1968: ¡Eh bien, allez y voir: vous y trouverez les fumeroles et les boues de la terre et, de plus, quelques fantômes apprivoisés. Mais le ciel de Cantor, vous ne l'y verrez jamais! Si el análisis de Gödel es aplicable, no lo es tanto el llamado teorema de Zermelo (Untersuchungen ueber die Grundlagen der Mengenlehre», en *Mathematische Annalen*, 1908, p. 261), sobre todo el llamado axioma III (*Axiom der Aussonderung*): en los conjuntos normativos, los principios generales no son parte del conjunto total, sino inspiradores de él (*Urelemente*).

⁸ Cfr. Gustav BOEHMER, *El Derecho a través de la Jurisprudencia, su aplicación y creación*, Barcelona, Bosch, 1959, con las interesantísimas notas de J. Puig Brutau, p. 153; RDGRN, 29 diciembre 1922. Resol. 9 marzo 1875; Resol. 10 enero 1894; Resol. 19 noviembre 1898; Resol. 24 noviembre 1898, S. T. S. 6 marzo 1909; Resol. 29 diciembre 1922; S. 24 marzo 1924; Resolución 30 mayo 1930; Resol. 23 enero 1943; Resol. 9 marzo 1943; Resol. 4 de mayo 1944; Resol. 9 febrero 1946; Resol. 26 septiembre 1951; Resol. 15 de julio 1952; S. 5 noviembre 1951.

⁹ Creación jurisprudencial francesa, pasada a Italia, España y Portugal sin

La misma idea de homomorfía, heteromorfía e isomorfía explican la variedad y limitan los trasvases de soluciones de antinomias, de completar las reglas jurídicas dentro del campo y a veces hasta la aparente quiebra de principios valorativos que son esenciales a la coherencia interna del Derecho. Baste con el principio *non bis in idem* que es tradicional en nuestro Derecho penal¹⁰. Pero siendo el Derecho penal heteromórfico con el administrativo puede castigarse en lo penal y puede castigarse en lo administrativo por el mismo hecho¹¹. Una infracción sanitaria puede constituir un delito que conllevará sanción penal independiente de la sanción administrativa por infracción de la norma reglamentaria. Y todo ello sin ruptura del principio general *non bis in idem* o de la irrepetibilidad de la sanción, pues no se trata de campos isomórficos, sino heteromórficos. No hay ruptura, pues, del principio de unidad y tampoco de la coherencia por el hecho de que el Tribunal penal absuelva del delito contra la salud pública y la Administración sancione con multa, pese a la absolución. De no admitirse las ideas de isomorfía y heteromorfía habría aquí un fallo en el principio de coherencia interna, pues ambas decisiones aparecerían como incoherentes, contradictorias y, en definitiva, irían en contra del principio de coherencia que es nota esencial del sistema científico del Derecho.

Multivariedad unitariamente concebida es un sistema. Este no es una concepción constructivo-teleológica y es imposible definirlo como una unidad epistemológica de conjuntos. Un sistema es una construcción de principios y normas; por eso puede haber tantos sistemas como modos de observar una realidad¹², pertenece al reino

haber habido ley ni jurisprudencia definidora en origen; íd. en USA para los public authorities (Cfr. la amplia nota 14 «Amendment due process in termination of utility services for non payment», en *Harvard Law Review*, 86 (1973) 1477).

¹⁰ Sobre el origen del *non bis in idem* y sus consecuencias heteromórficas, cfr. BAUMANN, *DöV*, 1970, p. 259; del mismo, en *Jur. Z.*, 1967, p. 675; GALLAS, «Grunde und Grenzen der Strafbarkeit», en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 4; KREUZER, en *NJW*, 1970, p. 507; KUESSNER, en *Archiv. Preus. Strafrecht* (1855) 198; JESCHECK, en *JZ* (1959) 461; Seguridad jurídica y res jurídica juegan como límites (Sperrgründen) del *non bis in idem*, pero sólo en lo penal que implica un juicio valorativo *personal* y, por tanto, heteromorfo con lo administrativo, lo fiscal y lo laboral.

¹¹ Cfr. Orthieb FLIEDNER, «Die Verfassungsrechtlichen Grenzen mehrfacher staatlicher Bestrafungen aufgrund desselben Verhaltens», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr 99 (1974) 242 y ss. PATZIG, en *Verwaltungsarchiv*, 50 (1959), p. 348; HERZBERG, en *JuS*, 1972, p. 113; WIESE, en *V. Ar.* 56 (1965), p. 207.

¹² Cfr. Nathan ROSENSTREICH, «On Constructing a Philosophical System», *LeA* (N. S.), 21-24 (1963) 179.

de la interrelación unitariamente contemplada de conjuntos: es una estructura ordenada de estructuras ordenadas; éstos conservan sus principios, pues la estructura general contiene de suyo principios propios y comunes (justicia, seguridad, igualdad) que son los fundamentos de la vida jurídica. Las interrelaciones de las estructuras componentes aseguran ese mínimo de unidad dentro de los límites intrínsecos de cada sub-estructura.

Muchos otros temas llegan a explicar positivamente la noción de estructura. Un simple ejemplo: la pervivencia de reglamentos, de leyes derogadas, para evitar la ley inaplicable.

Pero hay que caer en la cuenta de que toda la existencia de una estructura unitaria del Derecho permite la convivencia y coexistencia de infraestructuras; que el conjunto del Derecho, dicho en otros términos, permite la existencia de subconjuntos con distintas finalidades de las que antaño contuviera de modo exclusivo el Código civil. El jurista, al mismo tiempo, siente una radical desconfianza hacia esas nuevas formas del Derecho, hacia estos subconjuntos de Derecho, hasta el punto de pensar que es verdad aquel viejo adagio de que si se quiere destruir una sociedad, lo primero que hay que hacer es eliminar el Código civil, dejando intangible todo lo demás. El Código civil continúa pesando como el árbol que contiene la esencia dogmática del Derecho frente a lo accidental, lo accesorio, lo excepcional o lo singular. Y, efectivamente, en ciertos momentos de la Historia así fue. Del propio Derecho administrativo puede predicarse su carácter de regulación singular, y así va apareciendo en sus categorías iniciales como reglas excepcionales o *regulae fallentiae* o excepciones ensombrecedoras de la norma general de tipo civil. Nuestro Derecho administrativo remeda así aquel antiguo cuchillo al que cambiamos hace poco la hoja y hace días el mango, pero seguimos considerando que es un cuchillo antiguo.

2. LA ESTRUCTURA SISTEMÁTICA COMO MEDIO DE TRANSICIÓN

La idea de estructura es de suyo una idea abstracta y por tanto difícil de captar: la abstracción es una operación del espíritu, no obstante, pero con la condición de no ser sino un *método de transición*. En la idea de estructura del Derecho o, mejor, de sistema estructurado, no se trata sólo de explicar una realidad como pueda hacerlo la física o incluso la filosofía, sino, también, de operar con

la realidad de una forma, consciente, lógica y justa. Son las ideas abstractas las que permiten que las decisiones concretas sean coherentes con las ideas maestras, con la escala de valores que justifican el Derecho positivo de un país en un momento determinado. Por eso el sistema estructural no es una simple taxonomía al modo en que contempla y estructura, según la misma, el biólogo a los animales. Para el biólogo descriptivo le basta una explicación taxonómica de todos los seres vivos, pues es evidente que no constituye ciencia la mera contemplación de todo lo vivo, sin encajar cada elemento vivo dentro de la etiqueta que le sea propia. En lo jurídico, esta taxonomía puede, sin embargo, abocar a una simple ciencia de conceptos, de casilleros de tipos jurídicos, de actos, de contratos, sean civiles, administrativos, de conductas, pero tal explicación abocaría a la falacia ya tantas veces criticada de la mal llamada jurisprudencia de los conceptos.

El sistema-estructura, por el contrario, es una ciencia útil, no simplemente descriptiva, por cuanto entre la descripción se esconde un método de transición, es decir, se describe para aplicar el Derecho al caso concreto, pues si la abstracción es permanente y no se traduce al caso concreto y vivo, la ciencia, cualquier ciencia —pero en este caso con más razón la jurídica— se perdería en resultados falsos o estériles, pues de un lado andaría la abstracción y de otro en el fondo una producción de la justicia en el caso concreto, aséptica a esa construcción, intuyendo pero no deduciendo la justicia o argumentando al estilo retórico o tópico.

A lo largo de la Historia ha habido y hay —en lo ancho de la geografía— numerosos sistemas de estructura jurídica diferente. La muestra típica del occidente europeo, de raíz romano-helénica, responde a las ideas maestras típicas, en concreto, al énfasis de lo relacional frente a lo comunitario, lo que F. DARMSTAEDTER¹³ ha denominado elementos de separación, frente a los elementos de conjunción (*Trennungs y Verbindungselemente*). De ahí que la idea de la relación jurídica y del acto sean predominantes en la construcción estructural dogmática frente a la *conducta* y a la *actuación*, el predominio del *derecho subjetivo* típico en nuestra estructura jurídica desde Guillermo de Ockham y que ha proporcionado más dolores de cabeza que auténticas soluciones que no sean petición de principio; el *negocio jurídico* que en su expresión germana apunta

¹³ Cfr. Dr. Friedrich DARMSTAEDTER, «Der Structuralwandel des Rechts», *Archiv fuer Rechtsphilosophie*, tomo XXV, pp. 180 y ss.

claramente a la creación —schaffen— de Derecho, pero que es un cuerpo extraño, ya digerido penosamente en nuestra estructura. Karl RENNER apuntó con claridad a las paulatinas transformaciones del sentido estructural sin cambio apenas de los elementos formales (*Verdraengung des Hauptinstituts durch die Konnexinstitute einer Ergaenzung*): la reciprocidad contractual se oponía a la colaboración en un resultado único (*Gegenseitige Vertrag ist gekennzeichnet durch die Besschraenktheit der Mitwirkungsmoeglichkeiten*) tema que en el contrato administrativo actual encuentra su contraposición y su explicación de colaboración desde WALINE. KANT, desde la filosofía, y A. SMITH, desde la economía, consolidaron este estructuralismo, como se ve convencional y hasta inadecuado para nuestros días¹⁴. El resto, desde HUMBOLDT, o John Stuart MILL hasta KELSEN o KEYNES, han sido simples corifeos de la idea estructural matriz: sus fallos comenzaron hace ya tiempo a denunciarse; la personalidad jurídica puede y debe levantar su velo dogmático —*lifting of the veil, Durchgriff in juristischen Person, disregard*— para ver su desnuda anatomía funcional. Pues lo típico de la estructura jurídica es que el strip-tease sólo comienza en la vejez de la actriz, mostrando sólo sus defectos anatómicos.

Cualesquiera que sean sus defectos, toda generalización o abstracción significa en primer lugar el conocimiento que nos permite reunir en una sola idea un sinnúmero de ideas particulares. Hace posible un lenguaje jurídico, que sin ser peculiar a lo jurídico de modo necesario, haga inteligible a todos, particularmente al jurista, las normas positivas en su encuadre a una totalidad y, por último, condiciona la ciencia, permitiendo aplicar las normas, es decir, remitiéndolas a la estructura general. Lo abstracto existe también en el pensamiento (sin entrar ahora en la estéril disputa de los nominalismos) pero la abstracción jurídica —se insiste una vez más— es un método de transición en cuanto es explicativa de un lado de la realidad, y de otro, permite la solución de casos singulares de un modo coherente con la estructura, es decir, respetando en todo caso el elemento esencial de coherencia interna del sistema.

¹⁴ G. JELLINEK, *Smith und Kant, Aufsätze*, I, p. 42; H. WOLFF, «Smith und Kant», en los *Kant-Festschrift*, p. 153.

3. LA APLICACIÓN AL DERECHO DE LA TEORÍA EN LAS CLASES Y EN LOS CONJUNTOS

Estructura y conjunto son las dos ideas nacidas fuera del campo del Derecho, pero del mismo modo que la estructura, el carácter más destacado de la teoría de los conjuntos es su generalidad en el sentido de su aplicabilidad más amplia, incluso en zonas tradicionalmente interdictas de las ideas matemáticas como el Derecho ¹⁵.

Un conjunto puede ser definido de dos maneras. Primera, por el conocimiento individual de cada elemento particular, sea por enumeración, si el conjunto es finito, sea por su correspondencia con conjuntos ya conocidos. Segunda, por la enunciación de propiedades restrictivas características de los elementos genéricos del conjunto, dentro de un conjunto más vasto o más amplio: un conjunto cuyos elementos pueden ser de cualquier naturaleza, pero entre las que puede definirse una o más leyes de cooperación.

De estas ideas se deduce una vez más el concepto de *isomorfía*. Si los elementos de una estructura están vinculados entre sí por una relación o por un sistema de relaciones o si son interdependientes. La comprobación de que las relaciones que existen entre elementos diferentes puede ser *idéntica* es lo que se llama isomorfía de la estructura. El Derecho patrimonial civil está caracterizado por la libertad de contratación, el *numerus apertus* de tipo de contratos y su escaso formalismo: prácticamente el principio determinante de ese conjunto es el de *pacta sunt servanda*. Por el contrario, los contratos administrativos como los actos administrativos están dominados por la idea de tipicidad, esto es, por determinación posible de su naturaleza en la norma habilitante de su producción. Ambos conjuntos, hablando en términos genéricos, son heteromórficos. Pero hay isomorfía entre el contrato de compraventa y el de arrendamientos civiles, del mismo modo que hay también isomorfía en el contrato de obras públicas y el contrato de suministros a la Administración.

Toda la teoría de los conjuntos implica la presencia de una serie de ciertas reglas, lo que ha permitido caracterizarlas en frase de Le Lionnais al juego de bridge que también implica un material y una regla. En el juego de bridge el material es el juego, son las cartas, es decir, todos sus elementos, y las reglas de juego es la

¹⁵ Cfr. KAM-TIM LEUNG & DORIS LAI-CHUE CHEN, *Elementary Set Theory*, Hong-Kong, Univ. Press, 1965, Foreword.

estructura. Las propiedades de las diferentes figuras (rey, as, dama, etc.) están determinadas por diferentes reglas que se les impone y que constituyen el sistema de su estructura. Aunque proceden de distintos campos, estructuralismo y conjuntos se unen para formular una misma idea de sistema, esto es, en cuanto de ambas concepciones se pueden deducir reglas, principios y axiomas que saquen a la luz la interdependencia entre todos los elementos del ordenamiento jurídico.

4. LA INTELIGIBILIDAD DEL ORDENAMIENTO EN SU CONJUNTO

De las dos concepciones se desprende la inteligibilidad del ordenamiento jurídico. La idea de estructura-conjunto satisface las tres exigencias principales del espíritu humano: la necesidad de analogía, la necesidad de lógica y la necesidad de comprensión. La inteligibilidad deviene no exclusivamente lógica, sino comprensiva y comprensiva desde un punto de vista también valorativo del ordenamiento siempre que no se confunda la estructura esencia con la estructura modelo¹⁶. Los elementos de la estructura esencia son indeseables porque al aislarlos se destruiría el principio en que se identifica la estructura científica. Por el contrario, la identificación de una estructura-modelo implica que puede distinguirse con claridad la relación de los elementos, que se les separe realmente y se les pueda luego reconstruir a la totalidad. Hay la misma diferencia entre las dos concepciones que en la disección de los elementos de un cuerpo vivo o la autopsia¹⁷. La estructura-esencia responde, como toda idea de sistema que ha de ser fructífera, a un criterio

¹⁶ Cfr. Dr. F. MÜLLER, «Normstruktur und Normativität», *Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker-Humblot, 1966.

¹⁷ De ahí lo absurdo de la investigación sobre el carácter normativo o no, preceptivo o no, de la definición jurídica. Cfr. Josef M. HÄUSSLING, «Die normative Struktur des Rechtsbegriffs», en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, t. 17, p. 133. Sin embargo, la doctrina hasta 1850 se preocupó fundamentalmente de las definiciones, conscientes de que marcaban no sólo el sentido, sino también la linde de la norma. No ya en la glosa, o en los Comentadores, sino en el Humanismo de los siglos XVI y XVII, precursores de la Ciencia del Derecho del siglo XIX (WOLFF) será obsesivo el problema. Cfr. Pedro Andrés GAMMARO (*Dialectica legalis seu de modo disputando ac ratiocinandi injure*, en *Cynosaura juris*, con reediciones en 1514, 1536, 1543); *De extensionibus*; en J. APELT, *Dialogus de studio juris recte instituendo exercendoque interlocutores tres: Albericus Sempronius, Sulpitius*, en *Cynosaura*, página 173, que separa definitio, divisio, causa, effectus, contraria y circumstantiae... el modus definiendi et argumentandi son esenciales. FREGIO (*Partitiones juris utriusque*, Basileae, 157): definitio, divisio, distributio, genus et

valorativo. Cabalmente la distinción que sirve para deslindar los objetos naturales de los objetos propios de la cultura, es decir, de los objetos creados por el hombre, consiste en algo que se añade a lo meramente natural y que entraña una significación humana. Ese algo genérico son los valores.

5. PROPOSICIONES ELEMENTALES Y CONJUNTOS

Todo el ordenamiento jurídico se puede descomponer en elementos cada vez más pequeños, hasta llegar a unos últimos e indescomponibles, que reciben el nombre de *proposiciones atómicas*. Las compuestas de varias proposiciones atómicas son las llamadas desde B. Russell proposiciones moleculares. Todavía las proposiciones moleculares no se refieren a hechos directamente sino en forma indirecta. Toda regla jurídica implica una proposición atómica en cuanto expresa relación entre el Derecho y una conducta. Estas proposiciones atómicas se van insertando en conjuntos que incluyen cada vez más elementos, pues de suyo ninguna proposición jurídica es totalmente completa, ni regula —es más— ni puede regular una conducta humana. Partiendo de la regla jurídica y de sus sucesivas inserciones en conjuntos se llega a la estructura total del ordenamiento jurídico. Este aparece fundamentalmente escindido en Derecho privado y Derecho público, dominado cada uno de estos conjuntos por principios generales de naturaleza diferente y de alcance también distinto. Son conjuntos heteromorfos sin perjuicio de que al insertarse en la estructura total del ordenamiento existan conexiones entre ellos, como más adelante se verá. Sin embargo, el Derecho privado conserva una cierta homogeneidad en cuanto el Derecho civil constituye lo que podría denominarse su regla general con axiomas propios, siendo las excepciones el resto del Derecho privado. Dentro del Derecho privado existen así el conjunto y varios subconjuntos de inclusión, esto es, incluidos en el gran conjunto Derecho privado. La mayor permanencia de las normas, su más depurada construcción científica —fruto de siglos— frente a

species. HEGENDÖRF (*Oratio de artibus futuro jurisconsulto necessariis et frugiferis comparandis, item consilium de compendiaria discendi jura civilia ratione*, Hagenoae, 1529) distinguía la dialéctica como *contracta et quasi adscripta eloquentia*, y la retórica como *dilatata dialectica*. La idea era aristotélica, pero a través de Cicerón (*definitio est oratio quae id quod definitur, explicat quid sit*). Idem en A. ALCIATO (*Opera*, Basileae, 1550). Id. en DONELLO, CUIACIO, CORASIO, CONNANO, etc. Cfr. V. PIANO MORIARI, «Dialettica e giurisprudenza, *Studi sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*», en *Annali di Storia del Diritto*, I (1957) 315, nota.

la inmadurez del Derecho administrativo —en el que quedan zonas amazónicas por descubrir y analizar— hace que en parte sea verdad la afirmación de SARTRE sobre los grupos institucionalizados, estatutarios y en fusión, aunque se refiera al cuadro ontológico-social del Derecho.

El Derecho público responde, sin embargo, a fórmulas diferentes, pues en definitiva viene a constituir diferentes conjuntos y no subconjuntos. Derecho penal, procesal, Derecho administrativo, tienen puntos de conexión, ciertamente, pero son conexiones intelectuales de conjuntos propios sin que exista un conjunto omnicomprendivo que pueda denominarse Derecho público. La estructura del Derecho aparece así en un primer nivel de conjuntos en que paralelamente hay un conjunto (Derecho privado, que encierra en sí varios subconjuntos o conjuntos de segundo nivel, en relación de inclusión y paralelamente varios conjuntos constituidos por el Derecho penal, Derecho procesal, Derecho administrativo, etc.¹⁸.

El Derecho administrativo español forma un conjunto intermedio entre el francés (en que según la fórmula de VEDEL la gestión publique échappe au droit civil) y el Common Law. En Francia el Conseil d'Etat creado por la Constitución del año VIII y en razón al principio de separación de poderes, fue recipiendario del Derecho común administrativo. En España las remisiones al Código civil son frecuentes (Ley Contratos del Estado, Ley Patrimonio del Estado) y la propia atracción del Código produce esta consecuencia intermedia, sin perjuicio de que el Derecho administrativo constituya un ordenamiento común, con principios peculiares y Tribunales de revisión de los actos administrativos, especializados. La afirmación de Derecho intermedial ha de matizarse en este preciso sentido, para no caer en un desatino antihistórico.

6. LA ESTRUCTURA SINGULAR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En lo que importa al Derecho administrativo, el conjunto general comprende todo lo que suele denominarse parte general (procedimiento administrativo, principios no exclusivamente procesales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley de Contratos, etc.). Lo peculiar del Derecho administrativo frente al resto de la estructura del ordenamiento jurídico es que a su vez posee una estructura singular. A ningún país se le ha ocurrido es-

¹⁸ Salvo las llamadas leyes medida, Cfr. *infra*.

tablecer un Reglamento del Código civil o del Código penal y de las Leyes procesales o Reglamento del Derecho Internacional. Sin embargo, el Derecho administrativo tiene la peculiaridad de que su actuación normativa se produce por concreciones sucesivas de normas sin que la aplicación concreta de la ley al caso se produzca de forma súbita. Es cierto que para ello precisa la habilitación legal expresa o general (LPA), pero en todo caso, la Administración es simultáneamente operador jurídico (actor) y edictor normativo, aunque en toda su doble actuación esté sometida al principio de legalidad y de la norma previa (art. 17 Fuero de los Españoles)¹⁹. En tal sentido no es lícito hablar del crepúsculo de la Ley. Son escasas las leyes administrativas que no tengan su reglamento y aun aquellas que carecen de él (por ejemplo, la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado) utiliza reglamentos paralelos para determinados aspectos de su contenido. Esta concreción sucesiva de normas produce así que entre las leyes administrativas y la regla jurídica, esto es, la proposición atómica, exista toda una gradación a veces complicada en su encuadramiento sucesivo²⁰. Y ello ha de

¹⁹ El art. 17 del Fuero de los Españoles pugna con la doctrina alemana —alguna vez mantenida en España— de la relación especial de sujeción, en cuanto fórmula de escape al principio de legalidad. Cfr., sobre este principio, Nicolás KARADGE-ISKROW, «Contribution a la théorie des normes edictées en vertu d'un rapport de sujétion speciale en Droit Public», en *RIFD*, 6 (1966) 187. BÜHLER, W. JELLINEK, P. ANDERSEN, NAWIASKY, etc., mantuvieron en efecto tal doctrina con tal sugestión argumentativa que es difícil escapar a la misma. Cfr. la abundante bibliografía en KARADGE-ISKROW y en el artículo de GALLEGU ANABITARTE en la *RAP*. Sin embargo, como decía H. BERTHÉLEMY (en *Revue de Droit Public*, 21 (1904) 227: De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative: «L'acteur à qui le programme n'assigne aucun rôle ne doit pas paraître sur la scène. L'administrateur qui ne peut pas me montrer le texte où il puisse l'autorité dont il se dit armé ne peut rien exiger de moi. Son pouvoir est vain, car sa fonction n'existe que par le texte. Nous n'avons d'ordre a recevoir que de la loi; tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire et despotisme». En igual sentido, ZANOBINI, «L'attività amministrativa e la legge», en *Rivista di Diritto pubblico*, 1 (1924) 381; del mismo: «Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare», en *Archivio Giuridico*, 86 (1922) 177, y el resto de la doctrina italiana, sobre todo moderna.

²⁰ Cfr., en este sentido, KLEIN (en *VVDStRL*, H. 5, p. 66); Hans SCHNEIDER (ibidem, H. 15, p. 89), SCHÄTZEL (ibidem, p. 95), HAUSLEITER, «Massnahmerecht und Dauerrecht», en *DöV*, 1956, p. 143; Hildegard KRUEGER («Die Verfassungswidrigkeit der Lex Schoerner», en *DVB*, 1, 1955, p. 758; Herbert WERHANN, «Das Gesetz als Norm und Massnahme», en *VVDStRL*, 1957, H. 15, p. 35; Ulrich SCHEUNER, «Die Staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft», ibidem, 1953, H. 11, p. 1); RUMPF, ibidem, H. 15, p. 92; MUENCH, ibidem, H. 15, p. 88. MENER, «Gesetz als Norm: Das Gesetz als Norm und Massnahme», en *VVDStRL*, 1957, H. 15, p. 1; HUBER, «Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht», *DöV*, 1956, p. 97, 135, 172, 200; BALLERSTEDTS, «Ueber wirtschaftliche Massnahmegesetze», en *Festschrift fuer Schmidt-Rim-*

ser así porque lo que se regula no es tanto una conducta de particulares contra una actuación de competencias y el principio de unidad y de coherencia interna del sistema jurídico fuerza a que el arbitrio de la Administración sea cada vez menor. El poder de conformación jurídica reside únicamente en el elemento discrecional de la regla jurídica elemental, pues el resto de libre arbitrio le va siendo erosionado a la Administración a través de reglas generales, órdenes ministeriales, instrucciones, circulares, etc.²¹. Ello dificulta extraordinariamente el campo observado, hace que el Derecho administrativo sea probablemente el de mayor complicación dentro de toda la estructura del ordenamiento jurídico, pero esta complicación es consecuencia, como antes se ha indicado, de la necesidad de la seguridad jurídica, de la predictibilidad de la decisión y de la necesidad de reducir el poder de libre conformación de los actos administrativos a la mínima expresión. El mismo principio general de igualdad postula esta concreción sucesiva de normas.

7. LOS GRUPOS NORMATIVOS

El Derecho administrativo aparece como una subestructura que es un auténtico conjunto de reglas jurídicas. Estas reglas jurídicas en cuanto regulan un problema abstracto se unen en grupos normativos. Es importante destacar que el grupo normativo no inserta dentro de sí los llamados elementos complementarios o de relación (por ejemplo la capacidad jurídica o de obrar) sino pura y exclusivamente aquellas reglas jurídicas, cualquiera que sea su rango normativo, que confluyen en la regulación típica del caso abstracto. Hay así un grupo normativo para el contrato de suministros que en el fondo viene a comprender las normas de la Ley de Contratos del Estado de su Reglamento, el Pliego de Condiciones Generales y el

pler, 1957, p. 369; H. W. KOPP, *Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie mit vergleichender Berueksichtigung der Schweiz, Deutschlands, Frankreich, Grossbritaniens und der USA*, 2 t., Zürich, 1958.

²¹ Y sobre todo por los principios generales. La burocracia, término inventado por el economista V. DE COUNAY (1712-1759), tiene mala prensa, V. EBEL, *Die Willkuer* (Goettingen, ed. O. SCHWARZ, 1953, p. 10) ha dicho: «staedtische Willkür et poena arbitraria sind beides Erzeugnisse jüngener Verhältnisse». El arbitrio judicial encuentra pocas objeciones, no así el de la Administración. Cfr. sobre el primero —demostrativos del aserto— GERMANN, «Auslegung und freie Rechtsfindung», en *Revue Pénale Suisse* (1941) 134; ANGEL, «La création des infractions par le juge en droit français et en droit anglais comparés», en *Bulletin de la Société de Législation comparée* (1931) 91; del mismo, «L'Analogie en Droit pénal», en la *Revue Internationale de Droit Pénal* (1955) 277.

Pliego de Condiciones Particulares para el caso abstracto. Naturalmente que el grupo normativo incluye no solamente reglas jurídicas de diferente rango, sino que no puede directamente resolver el caso sin ayuda de otros grupos normativos que se refieren a la capacidad de contratar, a la fiscalización del gasto, al sistema de selección de contratistas, etc. El conjunto de grupos normativos que incluye las normas específicas para regular un supuesto de hecho abstracto con todos los elementos de conexión es una *clase normativa*. Aquí la idea de *clase* tiene carácter extensivo, cuantitativo y no cualitativo: se refiere a la *extensión* de los elementos y a su número, integrantes de un grupo normativo²².

Todo lo expuesto sobre conjuntos, subconjuntos, clases y grupos normativos puede parecer una innecesaria complicación. He de aclarar que la complicación del Derecho administrativo no radica en su construcción científica, sino en su propia naturaleza, en la abundancia de reglas jurídicas frente a los principios generales que informan el conjunto del Derecho administrativo.

Sin esta complicación no se lograría la comprensión y el Derecho administrativo se quedaría a nivel de repertorio de formularios administrativos y no sólo eso, es que la preocupación cardinal del jurista es comprender y difícilmente se podrá comprender el Derecho administrativo si se prescinde de su complicada armazón, de su peculiar edificación o, dicho en otros términos, su particular estructura. El jurista no es un contemplativo o un filósofo que busca solamente un saber de comprensión, sino también un saber hacer, es decir, una abstracción como método de transición para la vuelta a lo concreto en el caso singular. Para el jurista el saber o el comprender es el *saber hacer* y no hay otra razón en sus construcciones y por ello mismo llama sin complejos a la puerta de otros métodos para proporcionarse ese saber abstracto o sistemático que necesita. Toda construcción inicial aparece incongruente por un sano recelo

²² Cfr. sobre lógica de clases, Ota WEINBERGER, «Rechtslogik», en *Forschungen aus Staat und Recht*, 13. Wien-New York, Springer Verlag, 1970. Es curioso destacar la validez (con todas las dificultades definitorias de género-especie) de la lógica dialéctica de los siglos XVI y XVII. Así, en WESENBECK (*De juris arte et scientia comparada*, en N. Reusner *χειραγωγία sive Cynosura juris*, I, Spira, 1588, p. 45, y en *Prolegomena de studio juris*, recte instituendi, en *Paratitla in Pandectas juris civilis*, Basileae, 1556, p. 25): genere remoto, removetur quaelibet ejus species, posito genere, ponitur qualibet ejus species; posita specie, ponatur quoque genus oportet (id. en ALCIATO, ZASIO y CORASIO). O la distinción de totum, en *integrale quantitatis, in modo*; ad remotionem unius contrariorum immediate positorum, sequitur positio alterius.

ante la novedad, pues al jurista, y sobre todo al que opera en Derecho administrativo, le gustaría poder formalizar su trabajo de manera que le fuera posible actuar con elementos y relaciones simples explícitas y controlables, partiendo de un tipo de axiomas también sencillos. El estructuralismo y la doctrina de los conjuntos seduce hoy al jurista no por una moda superficial, que de otra parte, está ya pasada, sino por su propia eficacia en otros campos de pareja dificultad, como la del lenguaje o de la psicología. Esta eficacia constituye el mejor título de nobleza para la utilización de instrumentos no pensados inicialmente para explicar el Derecho, y mucho menos la complicada trama del Derecho administrativo. Por otra parte, la utilización de estos cuerpos aparentemente extraños al mismo tiempo a sus propias tareas no compromete al jurista en la pérdida de su identificación con la parcela del saber humano en que trabaja.

Toda explicación que descubra la esencia y reduzca a unidad la multiplicidad será ya a priori algo no arbitrario. Cualquier renuncia al intento implicará la caída de la ciencia del Derecho en la pura tópica, es decir, en lo que constituye una petición de principio: la aplicación en un caso concreto como ciencia. Para evitar esta doble tentación, el jurista, sobre todo el dedicado a la parcela del Derecho administrativo, precisa de toda necesidad de un control epistemológico de su método.

Toda la estructura del Derecho administrativo o, si se prefiere, todo el conjunto de las reglas jurídicas pertenecientes a esta estructura que, a su vez, se inserta en una estructura superior que es la totalidad del ordenamiento, responde a un conjunto signifiante, es decir, dador de cierto sentido; sentido que proporcionan los llamados principios generales reguladores y no supletivos, diferencia importante que más adelante se matizará. La ciencia del Derecho no es, a más de ello, una aceptación de la realidad de unas normas aisladas, sino más bien una prospección de esta realidad, un intento de intelegibilidad, un conato de comprensión de lo aparentemente caótico.

Del mismo modo que el conjunto de los vegetales no es el objeto de la botánica, el conjunto de las normas administrativas tampoco es el objeto del Derecho administrativo. Fuera de una estructura, de unos principios, de una jerarquía, el Derecho administrativo se quedaría en una simple posibilidad de descripción, en un quehacer descriptivo sin que el proceso del conocimiento que es el único

factor capaz de conducir a una comprensión, estuviera presente. El administrativista está así prisionero de la norma oscilando entre los simples criterios de validez de las normas con arreglo al único criterio de jerarquía normativa y los principios generales inspiradores o regulativos de todo el ordenamiento administrativo.

Es la idea de los grupos normativos, de la relación de los mismos a través de los elementos de integración, de la *clase normativa* y, en definitiva, a través de la comprensión de la estructura cuyo andamiaje lo constituyen los principios jurídicos regulativos donde puede escapar de la trampa que la simple descripción le tiende y le permite categorizar y analizar ese trozo del ordenamiento jurídico que la proliferación de normas encubre como una tela de araña²³. Naturalmente que hay varios caminos para este saber de comprensión: detenerse en las simples leyes, con lo cual el campo queda ya barrido de una aparente escoria, la descripción entonces tendrá una cierta categoría aspectual, cuya conexión común sería sólo formulada por los principios generales, reguladores en su articulación con las leyes. Esto simplificaría, efectivamente, la comprensión del Derecho administrativo, pero es un camino corto, incompleto y, sobre todo, incierto, pues el actuar de la Administración es otro. En especial, la concreción sucesiva de las normas: en tal modo que no es infrecuente el caso de leyes que aparecen en el "Boletín Oficial", pero son inefectivas e inactuales en espera de su Reglamento. De todos modos, también al escapar de ideas que están incluidas en la propia estructura del Derecho (por ejemplo, la isomorfía, o heteromorfía de las normas), difícil explicación categórica encontrará la aparente ruptura de principios generales. La ventaja de la aplicación de la estructura y del grupo normativo desde la regla jurídica hasta el conjunto total del ordenamiento administrativo es que describe un sistema virtual y actual sin prescindir ni amputar la realidad, presentando un sistema cuya finalidad es organizar los resultados de un modo coherente y unitario, apto para la interpretación.

²³ Esto no es incompatible, sino todo lo contrario, con el surgimiento de subordenamientos nuevos: Derecho agrario, de la Seguridad Social, o el propio Derecho Fiscal. Sobre éste, cfr. A. HENSEL, *La influencia del Derecho Tributario en la formación de conceptos del Derecho público*; y O. BUHLER, «La influencia del Derecho Tributario en la formación de conceptos del Derecho público», en la revista *Hacienda Pública Española, Instituto de Estudios Fiscales*, 22 (1973) 174; y en general las fundamentales aportaciones de SÁINZ DE BUJANDA sobre el tema.

8. EL CONCURSO DE GRUPOS: TIPOLOGÍA GENERAL

Los grupos normativos no actúan aisladamente o sólo a través de las concurrencias operativas. Queda por examinar la concurrencia o *concursus legum* de leyes generales y especiales dentro del propio ámbito administrativo los supuestos en que los grupos se entrecruzan (*Verwobenheit*). Tal es el caso de un idéntico supuesto de hecho valorativo (*Wertsachverhelt*) de igual significación (*Bedeutungseinheit*), pero con un mismo fin más o menos comprensivo en extensión. La *lex specialis* no implica sino una mayor amplitud e intensidad de significado. Basta comparar la LPE con la Ley de Minas, en tal modo que, aun conteniendo el ámbito de la *lex generalis*, afila su significado a algo más concreto, y de ahí su prevalencia aplicativa en los casos de antinomia, que serán estudiados más adelante. La relación *lex-specialis* versus *lex-generalis* radica, pues, en la existencia de una ley especial, cuya inflexión de contenido finalista (*Zwecksachverhalte Abwandlungen*) contiene la *lex generalis*. Para que haya tal, precisa isomorfía en ambas, contenido diferente e identidad parcial. Tal es el significado de la equivalencia y contravalencia en las leyes.

Una tipología de estos casos es difícil de hacer, puesto que nuestro Derecho administrativo es extraordinariamente complejo en su totalidad²⁴. En principio la concurrencia o concurso puede estructurarse de una de las siguientes formas:

1. Ley general-ley general, pero en tal relación que una pueda funcionar reversiblemente como especial de la otra. Así sucede con el Concurso

LPE



LCE

LPA



LRLocal

Son relaciones reversibles según el supuesto de hecho contemplado.

²⁴ Cfr. Max RAPPOLD, «Die Gesetzeskonkurrenz, Ein Beitrag zur reinen Theorie des Rechtssatzes», en *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 6 (1966) 40. Aparte del trabajo fundamental de LENT, éste y otro más es casi todo lo que hay; Lrich KLUG, «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», en *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1956) 399.

2. Concurso especial simple:

LCF (equivalente económico en concesión de servicios).

L. Ordenación Transporte (indemnizaciones por subida de tarifas).

3. Concurso de leyes especiales en cadena (*Kettenmässige Konkurrenz*-LENT):

LPE (en cuanto al plazo máximo de 99 años).

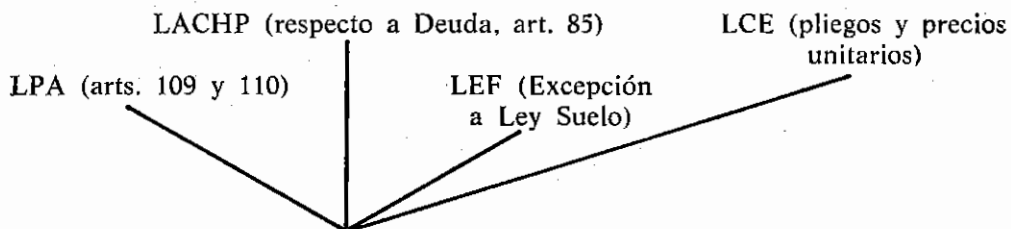


L. Aguas.

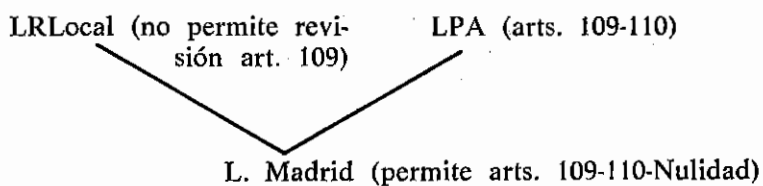
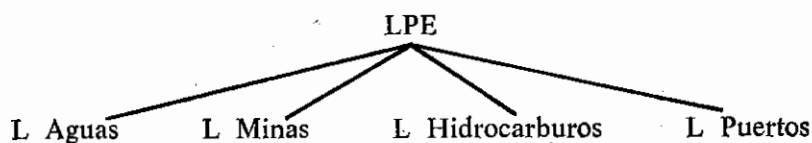


L. Aguas en Canarias (contemplando el caso desde Canarias).

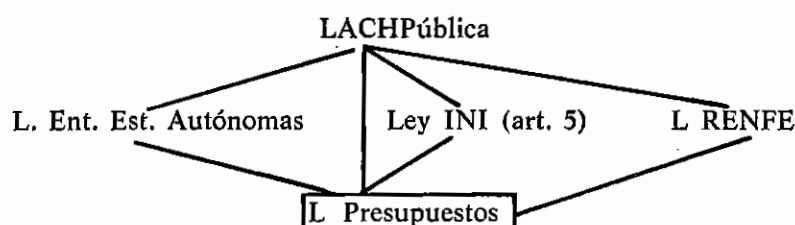
4. Concurso de varias leyes generales frente a una especial:

*Ley Especial Gran Madrid —v— Leyes de Haciendas Locales*

Otro caso:

5. Concurso de varias leyes especiales con una general (*Geschwistersaetze*):

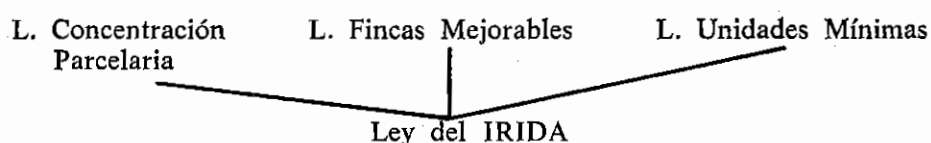
6. Pluralidad de leyes especiales frente a *lex generalis*, y *lex consumens*



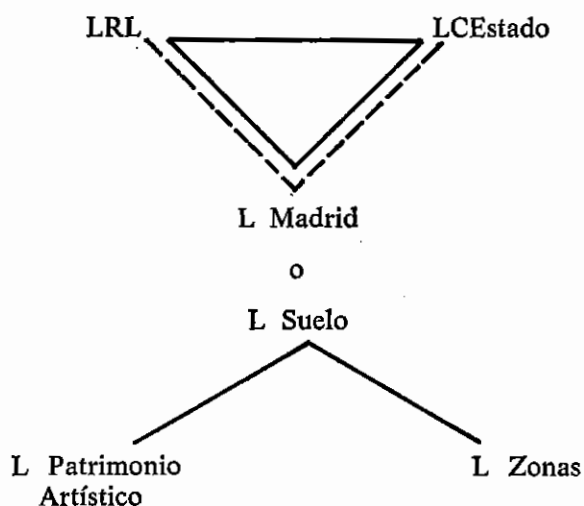
Sobre la *lex consumens* véanse las Sentencias del Tribunal Supremo, 9 marzo 1964, 26 enero 1960, 27 diciembre 1962, 23 septiembre 1963.

7. Especialidad plural claudicante.

El concurso se produce por la presencia de una *lex consumens* que engloba las especialidades, despojándolas de sentido:



8. Igual sucede con la Ley especial de Madrid, a través del doble juego de remisiones y *lex repetitae*, donde la línea continua ejemplifica la remisión y la punteada la reproducción.



9. Concurso de Leyes generales (sin planteamiento de *lex posterior*)

LRL (art. 369) → LPA (reposición potestativa → LJCA (no reposición)

que ha servido para procesalizar en primer lugar el desacreditado recurso de reposición y para eliminarlo en segundo término de la Ley de Régimen Local.

El concurso de normas no es tan simple, pues, como podría parecer a primera vista²⁵. Entre muchos casos puede examinarse la siguiente hipótesis realmente planteada.

En el supuesto que tuvo que informar el Consejo de Estado sobre el paseo marítimo de Barcelona, hubo de manejarse hasta tres normativas diferentes: la Ley de Puertos, Ley Especial del Paseo Marítimo de Barcelona y Ley Cambó de Desecaciones Marítimas y Paseos Pantanosos, y aún, de modo indirecto, la Ley de Aguas, dada la remisión que el último párrafo del artículo 48 de la Ley de Puertos de 1928 y el art. 51 de la Ley de Puertos de 1880 verificaban. Para decidir el caso no hubo más remedio que conjugar todas estas disposiciones y aun otras normas de rango inferior, como el Real Decreto de 21 de marzo de 1895 para la declaración de insalubridad de los terrenos (aludido en el art. 62 de la Ley de Aguas) y el Reglamento de 19 de enero de 1928. No es, con todo, un caso extraño la concurrencia de cuerpos legales diferentes, pues en cuanto el mismo supuesto de hecho tenga regulaciones distintas, aunque sea en diferentes aspectos todas estas regulaciones son concurrentes²⁶. El problema es cuál de las reglas legales es la que soluciona el problema, pues a menudo se interfieren dando soluciones contradictorias.

²⁵ RAPPOLD reconoce sólo las formas 2 (*einfache Spezialität*), 3 (*Kettenmässige Spezialität*), 5 (*Geschwistersätze*), 6 (*Völlige mehrfache Spezialität*) y 7 (*Hinkende mehrfache Spezialität*). Cfr. también mi *Introducción y Teoría de las Normas*, Madrid, Facultad de Derecho, 1968. Cfr. el concurso del art. 52, 2, LJCA, LPA (art. 1, 26), 305 LEC y 4. 3 C. civil.

²⁶ LEIBNIZ se lamentaba de que la búsqueda de la norma hubiera consumido la creatividad reconocida a generaciones de juristas (CANISIO, GRETSER, SIRMONDO, PETAVIO, COMBESSISIO, ALLATIO, POSSINO, DACHER, AURIO, BOLLANDO, PEPPERBROCK, etc.) y, en general, dice: «De Jureconsulti Medii Aevii optime meritis est, quisquis est, cuius cura tot eorum monumenta in Oceano juris, inque natis ex eo Tractatum voluminibus, vel ut postea appellata sunt, tractatu Tractatum, junctim edita visuntur, quae alioqui portasse tenues in auras dudum abiissent. Dolendum est profecto, qui tot aliis de luce nominis prospexit, seipsum tacuisse; quum tamen grandi illo in toto volumina confecto indice nihil cogitari possit laboriosius, nihil desiderari accuratius». («God. Quil. Leibnitii, Dissertatio de Stilo Philosophico Mario Nizolli», en *Opera omnia, generae, apud Fratres de Tournes*, 1768, Biblioteca Nacional.)

El concepto de contexto legal tiene así el significado de *praeter legem*, esto es, la aplicación de la ley deberá tener en cuenta el sentido de las palabras y el contexto, pero este contexto se refiere no al título o capítulo o ley entero en que una norma jurídica está incluida, sino a todas aquellas normas que confluyen.

Cuando el concurso de normas en las formas puramente numerativas, sin pretensión de ser una descripción exhaustiva lo antes verificado, sino simplemente tiene una clara distinción respecto del grupo normativo. En el grupo no hay antinomia o contradicción, pues todas las normas que componen el grupo, confluyen a la regulación del supuesto de hecho concreto, y ello en un mismo sentido y para una consecuencia unívoca. En el concurso de normas se trata frecuentemente de concurso de grupos normativos, dada la presencia en el Derecho administrativo de normaciones inferiores a Ley: cada Ley que interviene en un concurso normativo lleva normalmente tras de sí su Reglamento y hasta las órdenes ministeriales reguladoras de detalles. Importa esta precisión para deslindar con claridad y de modo terminante el concepto de grupo normativo de la idea del concurso de normas. A su vez, también es oportuno deslindar el concurso de normas de la colisión de las mismas. La colisión tiene sus propias reglas para la elección de la norma aplicable y antes de ello para la decisión de la norma vigente. Se trata simplemente de demostrar que el contexto del Derecho, y en concreto del Derecho administrativo, es un contexto mucho menos simple de lo que cabría en principio pensar y desde luego infinitamente más complicado que lo que se relaciona con el Derecho civil, penal o procesal.

9. LAS CONSECUENCIAS INTERPRETATIVAS DE LA REALIDAD SOCIAL

La nueva redacción del Código civil obliga a tener en cuenta la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. Este punto se vio ya con anterioridad respecto de los principios generales y de la valoración axiológica que toda interpretación aplicativa lleva consigo. Tal consideración de la realidad social se centra como criterio operativo en infinidad de casos; baste citar dos de ellos extremadamente significativos. Según la terminología legal tradicional los créditos del tesoro no devengan interés a favor de los acreedores particulares, salvo expresión legal y cuando tal expre-

sión legal se produce se reduce al interés legal. Sin embargo, para los contratos de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicable y, soslayando el principio tradicional, incluso positivamente conseguido en algún texto aislado de que el Fisco no debe intereses, una jurisprudencia ya reiterada ha establecido que aunque el contrato sea administrativo ha de considerarse en cuanto a su contenido como regulado por el Derecho mercantil, esto es, como contrato de comisión, procediendo la indemnidad total del comisionista con el abono no ya del interés legal, sino de los gastos efectivamente realizados²⁷.

Igual sucede con este criterio interpretativo en casos incluso más dudosos relativos nada más y nada menos que a la vigencia, no ya a la aplicabilidad, de una norma antigua frente a un principio general actual. Un caso concreto, entre muchos que podrían citarse, es el relativo a la responsabilidad extracontractual de un contratista de obras públicas por daños ocasionados por negligencia del propio contratista. Según el artículo 121 de la Ley de Obras Públicas de Queipo de Llano, de 13 de abril de 1877, la competencia para las cuestiones relativas a los daños y perjuicios ocasionados a terceros por motivo de contrato de obras públicas corresponden a los Tribunales ordinarios. Sin embargo, la fuerza expansiva del principio de funcionamiento normal o anormal de servicios públicos que el artículo 121 de la Ley de Expropiación, paralelo al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, contiene, produce el resultado contrario de estimar que el contratista de obras públicas no hace otra cosa sino verificar en lugar de la Administración una obra pública, y por tanto un servicio público en sentido amplio. La competencia pasa así a los Tribunales Contencioso-administrativos, debiendo estimarse derogado en consecuencia el artículo 121 de la antigua Ley de Obras Públicas de 1877. Insisto en que no se trata más que de casos paradigmáticos, pero que responden en un todo al criterio que el título preliminar del Código Civil, en su nueva redacción, impone en cuanto a que la aplicación de la Ley debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en que se produce

²⁷ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 25 y 26 de febrero de 1965; 11 de noviembre de 1965; 15 y 17 de junio de 1967; 22 de mayo y 6 de junio de 1968; 5 y 15 de noviembre de 1968; 21 de febrero, 27 de marzo, 5 y 15 de noviembre 1 y 14 de diciembre de 1969; 7 y 14 de marzo de 1970; 15 y 19 de enero, 22 de abril y 23 de diciembre de 1971, y 2 de octubre de 1972. Cfr. mi artículo en *Estudios del Consejo de Estado*, Madrid, 1969.

tal aplicación. Es justamente bajo este criterio interpretativo por lo que las normas legales, incluso en colisión, deben ser interpretadas. El sistema jurídico actúa consciente de la dinámica social, que es hoy totalmente contraria a la justificación de las leyes por su antigüedad, sino justamente por su modernidad y en razón a ser las modernas más adecuadas a las circunstancias sociales en que la ley se aplica, por lo que puede llegarse a conclusiones que en el Derecho dogmático serían inalcanzables.

III

INTERPRETACION Y LAGUNAS DE LEY: EL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS, EL APOTEGMA IN CLARIS Y EL HECHO NOTORIO

Una vez definido el sentido de las nociones jurídicas y de las palabras utilizadas en las mismas, la operación siguiente es la de sus inferencias, que dependerá de la estructura expuesta, esto es, la formación de lo que KALINOWSKI denomina conceptos jurídicos segundos. Las reglas son conocidas: Sólo debe utilizarse un único criterio y no simultáneamente varios; la extensión de los conceptos obtenidos por división (los “miembros” de la división) deben agotar el concepto definido; la división de un concepto es lógicamente correcta cuando se opera con un criterio único y cuando es exhaustiva (completa) y disyuntiva. De ahí que la división entre bienes muebles o inmuebles sea lógicamente incorrecta por existir un *tertium genus*¹. Las reglas del pensamiento, ya sea convencional (constructivo), intuitivo (pensamiento cognitivo) o discursivo, exigen claridad del objeto, que sólo el jurista y la gramática contextual puede darle. Así se caracteriza una noción (al estilo clásico de género próximo y diferencia específica) y se la describe (definición descriptiva) y se vincula a su origen (definición genética)². En todo caso, se evita el *idem per idem* tautológico o el *ignotus per ignotius*. Antes de cualquier manejo jurídico o de cálculo de normas la definición es precisa; definición de significados y casos de laguna legal.

Por eso es en la aplicación del Derecho, en el Derecho vivo y en actuación donde se muestra su esencia³. Y cabalmente en este lugar, que es el punto de inflexión del sistema jurídico, quisiera poner de relieve algo importante.

¹ Cfr. Lothar PHILLIPPS, «Rechtliche Regelung und formale Logik», en *ARSP*, 3 (1964) 317.

² Cfr. sobre la diferencia Gustav RADBRUCH, «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», en *RIPD*, 12 (1966) 46; P. OPPENHEIMER, «Vom Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen», *Travaux IX^e Congrès Inst. Phil.*, París, I, 1937.

³ Es la distinción germana tremendamente ilustrativa de *Auslegung* frente a *An-wendung*, la hora de la verdad de la norma.

1. EL SURGIMIENTO DE LA DIALÉCTICA

De suyo, y porque en ninguna otra ciencia un pensamiento ha sido tan actual, tan fructuoso, tan fértil en disciplinajes a veces contrapuestos como el de Aristóteles, cuya figura se agiganta, conforme lógica, retórica, dialéctica y tópica van apareciendo, con una cierta absurda aspiración al monopolio. En una modestia explícita, Aristóteles llama a Zenón de Elea el fundador de la dialéctica⁴. A Platón y Euclides de Megara, ambos discípulos de Sócrates, les reconoce el servicio enorme que prestaron a la lógica⁵. Mas con todo, Aristóteles en sus *Elencos Filosóficos*, a la lógica priora (esto es, tópica) pudo escribir, con justicia que dos mil años adveran:

"De todas las invenciones, una parte ha sido tomada de la mano de otros que habían trabajado en ella, y desarrollada luego, paso a paso, por sus sucesores; la otra parte, de *nueva invención* por regla general, primeramente ha tenido un escaso crecimiento de más valor no obstante con mucho, que el acrecentamiento por ella alcanzado gracias a los posteriores. Es que el comienzo es quizá la porción mayor de todo y por ello también la más difícil... Mas de la presente doctrina no había hasta ahora algo elaborado ya y en otra parte todavía sin elaborar, *sino que hasta el presente no existía en absoluto nada de ella.*"

2. EL POSTULADO DE PLENITUD JURÍDICA

La plenitud del Derecho se predica desde el punto de vista de la solución, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, Derecho y realidad no son, como se ha visto anteriormente, dos mundos diferentes, ni en su naturaleza, ni en la función misma que los eventos desarrollan en el Derecho. Sin embargo, un Derecho que no tenga conexión con lo que acontece en la sociedad que pretende organizar es una simple abstracción ideológica. El tema de la plenitud y de los apotegmas completivos no existiría si a cada acto humano correspondiera de modo evidente y automático un tipo con con-

⁴ Dialéctica, VIII, 57, cfr. para esta nota y la siguiente J. M. BOCHENSKI, *Historia de la lógica Formal*, Biblioteca Hispánica de Filosofía, Madrid, Gredos, 1966.

⁵ *Metaphysica*, 1078 b, 17-32.

secuencias concretas y no matizables, previstas en la norma. Pero no es así, y es imposible de suyo que lo sea. Los apotegmas nacen no sólo para la duda interpretativa, sino para alcanzar el postulado de plenitud del ordenamiento jurídico.

2.1. *El carácter del postulado político*

Desde el punto de vista, pues, de la estructura, no es exigible una plenitud de normas, pero sin embargo todo esquema de Derecho, todo derecho estructurado no puede rehusar respuesta —encogiéndose de hombros— a las preguntas hechas, por insólitas que sean, siempre que alcancen relevancia jurídica. Esta vinculación de la norma a los hechos es la que conduce a la interpretación de la previsión reguladora del caso, según la norma, que es el solo camino para salvar la aporía que, de otra manera, se produciría entre el cosmos jurídico y el universo de lo real.

Las lagunas de Derecho adquieren así una significación relevante para la explicación del Derecho, para la búsqueda de un método superior de interpretación, sin perder por ello su carácter de cuestión práctica ⁶.

⁶ Son ya clásicas las obras de E. ZITELMANN, *Luecken im Recht*, Leipzig, ed. Duncker-Humblot, 1903 (Hay traducción española en el tomo *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, ed. Losada, 1949), y D. DONATI, *Il Problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910. Cfr. COMTE, «Décision, complétude, cloture», en *Etudes de Logique Juridique*, 1966, pp. 1 y ss.; CANARIS, *Die Feststellung von Luecken im Gesetz*, Berlin, Duncker-Humblot, 1964; FORRIERS, «Les Lacunes du Droit», en *Études de Logique Juridique*, 11, 1967, p. 57; *ibidem*, KLUG, «Observations sur le probleme des lacunes du droit», p. 98. J. MIEDZIANOGORA, «Juges, Lacunes et Idéologie», en *Logique et Analyse*, 33 (1966) 52; Jerzy WROBLEWSKI, «Normativity of Legal Science», en *Logique et Analyse*, 33 (1966), p. 60; A. G. CONTE, *Saggio sulla Completezza degli Ordinamenti giuridici*, Torino, ed. Giappichelli, 1962; G. KALINOWSKI, *Introduction a la logique juridique*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1959; W. V. O. QUINE, *El sentido de la nueva Lógica*, trad. esp. de M. Bunge, Buenos Aires, ed. Nueva Visión, 1958; del mismo, *Los métodos de la Lógica*, trad. esp. de M. Sacristán, Barcelona, Ariel, ed. 1962; WITTGESTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. inglesa de Pears-Mc Guinness, London, Routledge, ed. 1961; Kaarle MAKKONEN, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung, Eine strukturanalytische Studie* (trad. B. Assmuth), Turku Turun Yliopisto, 1965; Walther BURCKHARDT, *Die Luecken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Bern, Staempfli, 1925; del mismo, *Methode und System des Rechts*, Zurich, 1936; Claus Wilhelm CANARIS, *Die Feststellung von Luecken im Gesetz*, Berlin, Duncker-Humblot, 1964; Karl ENGISCH, «Der Begriff der Rechtsluecken», en el *Festschrift fuer Wilhelm Sauer*, Berlin, 1949; U. KLUG, «Rechtsluecke und Rechtsgeltung», en el *Festschrift fuer*

2.2. Limitación del concepto de laguna legal

No es fácil, en principio, la definición de lo que sea una laguna de Derecho, pues son múltiples las respuestas dadas a la simple definición de la misma. Puede decirse, sin embargo, que existe una laguna en una estructura de normas cuando tal estructura debe reglar el caso y no hay norma positiva directamente aplicable. Laguna surge de la colisión entre la plenitud exigible de respuestas y la naturaleza cerrada o no del Derecho: es, pues, un concepto de relación (inadecuación por ausencia de norma frente a la necesidad de dar contestación). La tesis de Kelsen no pasa de ser un *Wunschrecht* (KLUG), un Derecho imaginado y deseado.

De esta primera precisión se desprenden las llamadas auténticas lagunas y las pseudo-lagunas o lagunas aparentes. Una laguna, en sentido propio, se produce por la ausencia de reglas jurídicas directamente aplicables al caso en una estructura jurídica que, sin embargo, considera relevante este caso y debe darle respuesta adecuada⁷.

2.3. Laguna de Derecho y de Ley

Una laguna de Derecho frente a lagunas de ley, también calificada como laguna aparente y no verdadera laguna se produce cuando el supuesto de hecho está regulado por una norma, pero la solución ha de considerarse como impropia o inadecuada. Laguna deontológica, derivada a su vez de una inadecuación respecto a un ideal jurídico que trasciende del ordenamiento (lagunas ideológicas)

Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, I, p. 71, Muenchen und Berlin, 1965; Hans MERZ, «Auslegung, Lueckenfuellung und Normberichtigung», en *AcP*, 163 (1964) 305; ENGISCH, «Der Begriff der Rechtsluecke», en el *Sauer-Festschrift*, 1949, p. 87; Walter DUNZ, «Das Schweigen des Gesetzgebers und die Rechtsfindung», en *N.J.W.*, 11 (1958) 6; Ernst FORSTHOFF, «Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert», en *Zeitschrift fuer die gesamte Staatswissenschaft*, 96 (1936) 49; P. FORIER, «Les lacunes de Droit», en *LeA*, 10 (1967) 57; E. WOLF, «Les Lacunes de Droit et leur solution en Droit Suisse», *LeA*, 10 (1967) 78; Ulrich KLUG, «Observations sur le probleme des lacunes en Droit», *LeA*, 10 (1967); G. GANGI, «Il problema delle lacune nel diritto privato», en *Archivio giuridico*, 89 (1923) 137; y los estudios incluidos en *Le probleme des lacunes en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

⁷ Los argumentos —analogía *a pari*, etc.—, no alteran la Ley. La hacen, como ha dicho GENY, «penser jusqu'au bout», atraen todo el sentido de la ratio legis.

o es inmanente al mismo (lagunas teleológicas)⁸. Las primeras entrañan una ausencia de contenido axiológico, esto es, valorativo (bueno, malo, justo, injusto). Las segundas una falta de eficacia. De ahí que no se trate tanto de una laguna jurídica cuanto de un fallo de la política jurídica o de los principios inspiradores de la estructura del Derecho.

2.4. *Laguna como patología por defecto del sistema jurídico*

En todo caso, la laguna de ley implica una ausencia de reglas jurídicas, una patología por deficiencia de la estructura del Derecho. En efecto, esta estructura puede devenir patológica, tanto por defecto cuanto por exceso; por defecto en el caso de las lagunas de ley; por exceso en el caso de la solución de antinomias.

No puede considerarse, por el contrario, una patología de la estructura jurídica el supuesto de laguna intencional o crítica (CONTE), es decir, el supuesto en el que el legislador deja la competencia de conformación bien a la justicia, bien a la interpretación, bien a los propios interesados. La ausencia de una regulación directa está aquí inserta en la propia estructura del Derecho, y lo mismo cabe decir en aquel campo de actuaciones personales en sociedad que son irrelevantes a los fines del derecho. En ambas hipótesis la estructura jurídica, o confía al operador jurídico la regulación del caso, o se desentiende de tal regulación por considerarla irrelevante en el mundo del Derecho⁹.

2.5. *El espacio vacío de Derecho y lo irrelevante*

Según CONTE, la teoría del *rechtsleerer Raum* es incorrecta porque o bien es falso su antecedente o bien es falso su consecuente.

⁸ Amadeo G. CONTE, «Décision, Complétude, Cloture, à propos des lacunes en Droit», en *Logique et Analyse*, 33 (1966), 1 y ss.

⁹ Para M. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1961, p. 147, toda laguna es aparente, pues si es real lo que se produce es un *espacio-vacio-de-derecho*. Para la crítica de esta conclusión tajante. Cfr. ya antes K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen*, Leipzig, ed. Duncker-Humblot, 1892; Santi ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Módena, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1929; BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, Torino, ed. Giappichelli, 1960, pp. 141 a 148; K. ENGISCH, *Der rechtsfreie Raum*, 1952. (Hay traducción de E. GARZÓN VALDÉS, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, Argentina), Dirección General de Publicidad, 1960.

El antecedente es que lo incualificado— que existe una serie de acciones no cualificadas por normas— no es un concepto normativo. Si el antecedente es falso, o sea, en la hipótesis de que lo incualificado es un concepto vacío de derecho, puesto que en esa hipótesis se da a tal espacio carácter jurídico; si el antecedente es verdadero, entonces es falso el consecuente —la afirmación de que no hay lagunas—, pues lo único que hay que notar es que “espacio vacío de derecho” es otro nombre dado a las lagunas. Como puede verse, la cuestión es aquí de lenguaje de juristas sólo: afirmar que no hay lagunas porque hay “espacio vacío de derecho” es realizar una sustitución de términos, negando al mismo tiempo que se haya realizado esa sustitución¹⁰.

El D. de Policía de Carreteras prohíbe quemar rastrojeras a los particulares colindantes con el camino público dentro de una zona precisada. ¿Quiere esto decir que se prohíbe fumar en tal zona? Evidentemente el apotegma de analogía no llega a tanto. Pero no es una conducta totalmente indiferente al Derecho: si se produce un incendio por su culpa, incurrirá el fumador en responsabilidad. Lo que sucede es que en el elenco de las normas hay clases bien diferentes: a estos efectos del ejemplo expuesto es claro que la norma prohibitiva tiene dos partes: imposición de un deber de no-hacer y previsión de sanciones por incumplimiento de ese deber. Para el fumador hay sólo una norma, la que regula las consecuencias de un acto dañoso a terceros. Es innegable que invirtiendo los términos equivale a una prohibición general —civil, administrativa o incluso penal— de producir daños. De ahí que la aparente conducta indiferente —fuera del conjunto normado— no lo sea en realidad.

La afirmación de KELSEN, compartida por Julius STONE y TAMMELO, sólo vale en los llamados sistemas jurídicos cerrados, basados en la regla de la libertad¹¹.

¹⁰ CAPELLA, «El Derecho como lenguaje», *op. cit.*, pp. 296 y 297. Como ha puesto de relieve J. MIEDZIANOGORA, «Juges, lacunes et idéologie», en *Logique et Analyse*, 33 (1966) 52.

¹¹ Ilmar TAMMELO, «On the Logical structure of the law field», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, p. 95. Es importante subrayar la conclusión de J. MIEDZIANOGORA, «Le législateur peut obéir à d'autres impératives de ceux de la règle de justice, par exemple à des compromis électoraux ou parlementaires à des pressions de groupe, etc... et par conséquent le raisonnement qui se fonde sur la similitude idéologique des deux lois en vue de leur efficacité n'est jamais certain. Il constitue donc une décision de politique juridique puisqu'une autre décision de la part du législateur serait possible. L'étude de la question des lacunes montre que, même dans le cas où il n'y a pas de la

2.6. *Lagunas primarias y secundarias*

De igual modo cabe la distinción de lagunas primarias y secundarias. Lagunas primarias son las existentes en el momento del nacimiento de la norma; secundarias las que se ponen de relieve más tarde, normalmente como consecuencia de modificaciones posteriores en el mundo de los hechos o de la realidad. El progreso técnico, la aparición de figuras contractuales, no encajables en los tipos jurídicos predeterminados de un sistema, no dejan de hacer aparición continuamente¹². Son las que pueden llamarse lagunas eidéticas¹³, a las que el jurista, con poca precisión, suele llamar categorías jurídicas no previstas.

2.7. *La búsqueda de la norma completiva: las categorías jurídicas*

Es construible una tipología de la búsqueda de normas para categorizar tipos jurídicos nuevos. En efecto, para ello es preciso tener en cuenta argumentos analógicos, y sobre todo finalísticos (el fin del supuesto de hecho abstracto) frente al ya pasado sistema de la naturaleza jurídica, que en el fondo venía a llegar a conclusiones casi idénticas.

cune singulière, l'idéologie de la politique jurisdictionnelle est une des composantes du droit positif, une des sources des règles en droit positif appliqué lors des procès».

¹² El propio término de naturaleza jurídica *φύσις δικαίου*, naturaleza de los contratos *φύσις των συναλλαγματων*, procede de Aristóteles, donde *φύσις* es la esencia permanente (essentialia), pero tomando los usuales de su época, no como una definición lógica y permanente. Cfr. Helmut COING, «Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts», *Zeit. f. Sav. St. R. Ges.*, 69 (1952) 32; Synallagma no equivale aquí sino a relación jurídica.

¹³ Para Platón, el «Eidos» de las cosas es la imagen que ofrecen cuando son contempladas en la unión *ειδωτος* de lo que son verdaderamente. El carácter eidético es, pues, propio de las esencias. Husserl reafirma este carácter de las esencias y opone lo eidético a lo fáctico, no en cuanto mera oposición de lo formal a lo material, sino como diferencia entre lo que es inmutable e intemporalmente válido y lo que es mutable y contingente. Las ciencias de las esencias son así ciencias eidéticas en las que están fundadas las ciencias de hechos o fácticas, en virtud de la participación y dependencia de todo hecho con respecto a su esencia. La calificación de lo eidético conviene sólo a las esencias puras y a las ciencias que se ocupan de ellas, sin que con ello quede prejuzgado el carácter formal o material de las esencias mismas que no abandonan en ningún momento su universalidad y aprioridad. V. J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Méjico, ed. Atlante, 1944.

Las categorías jurídicas nos llevan a la última consecuencia de la llamada jurisprudencia de conceptos, que es un camino de comprensión y aplicación del Derecho extremadamente útil. Una categoría jurídica viene a significar una consecuencia jurídica uniforme para todos aquellos casos que han quedado calificados como tal categoría jurídica. Es evidente el enorme juego que las categorías jurídicas desempeñaron, desempeñan y desempeñarán para la comprensión del Derecho. En definitiva, viene a sustituir la limitación específica del Derecho.

Lo que sucede es que la configuración de las categorías jurídicas debe ser un proceso ininterrumpido, fluido y continuo como lo es la vida jurídica misma. Actuar con categorías jurídicas del Código civil o del Código de comercio es olvidar una multitud de relaciones jurídicas nuevas. Naturalmente que hay solución intermedia, los llamados contratos mixtos figuran en las combinaciones de categorías jurídicas, pero con mucha frecuencia se observa que éstos son solamente soluciones de pura transición, ya que las categorías jurídicas de un contrato mixto muchas veces vienen a adquirir más importancia jurídica, incluso en el tráfico social, que las categorías componentes.

Causas y efectos de las categorías y el porqué de la no utilización de tipos legales es el primer tema a considerar. Dentro de él se comprende la búsqueda y hallazgo de normas aptas para el fin e interés de los particulares y para la finalidad social del supuesto. De varias normas se vendrá en recomponer un nuevo grupo normativo apto ya al nuevamente aparecido. La adecuación es verificada al interpretar, según el nuevo grupo, la categoría también nueva, desde perspectivas sociológicas y jurídico-sociológicas. Cuando se trata de una categoría de conjunción la parte común es la que es objeto de examen: la normativa estará constituida por interpretación de algún tipo jurídico ya normado o por analogía, la propia Jurisprudencia se ha enfrentado y se seguirá enfrentando a este tipo de análisis, despiece, reconstrucción del grupo normativo aplicable ¹⁴.

¹⁴ Cfr. entre muchos Hans WUESTERDOERFER, *Zur Methode soziologischer Rechtsfindung, Zwei systematische Abhandlungen*, Berlín, Duncker-Humblot, 1971. En Derecho mercantil, en aviación y, en general, en los Derechos que responden a técnicas modernas no previstas en las leyes son encontrables infinitud de ejemplos.

2.8. *Lagunas de previsión: categorías jurídicas no normadas genérica ni específicamente*

En el campo del Derecho privado el tema no tiene mayor trascendencia, sino en la jurisprudencia de los conceptos o en la taxonomía de los tipos jurídicos, pero no sucede lo mismo en el conjunto del Derecho administrativo en que frecuentemente el tipo de contrato administrativo obedece a reglas de tipicidad previa, debiendo ir la norma siempre a posteriori de los hechos, sin posibilidad, o con poca posibilidad, de previsión. Así sucede con la aceptación del leasing o de los contratos de engineering, la contratación de transferencias de tecnología a favor de la Administración, etcétera, que son, como ha denominado HECK, lagunas de previsión de la estructura del Derecho¹⁵. En parte esta distinción se conecta a las denominadas por ENGISCH, lagunas provisionales de la Ley, producidas cuando la regulación del supuesto de hecho que se espera de un grupo normativo es inaplicable, pero se obtiene una regulación gracias a otro grupo normativo. Se trata de lagunas provisionales de la ley y no de lagunas de Derecho.

2.9. *Lagunas internas o externas: interrelación de los conjuntos del ordenamiento jurídico*

De otro lado, se suele también distinguir entre lagunas internas o externas al conjunto. Se produce justamente por el juego de los conjuntos que constituye en su totalidad la estructura del Derecho. La existencia de dos conjuntos de normas permite que pueda actuar un conjunto a falta de regulación del conjunto inmediatamente aplicable, y así sucede con los contratos atípicos del Derecho administrativo que reciben su regulación del Derecho civil, no sólo por recepción del artículo 4, núm. 3, del propio Código civil, en su nueva redacción ("las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes"), sino por remi-

¹⁵ Cfr. S. T. S. de 19 de abril de 1915: «La Jurisprudencia contemporánea es un intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado, en que los redactores hubieran podido o puedan incurrir». Y la S. T. S. de 7 de mayo de 1926: «Las realidades de la vida con sus hechos concretos, obligan al T. S. a completar su doctrina». La S. de 20 de junio de 1928: «La función de juzgar tiene el doble concepto de resolver la colisión de Derecho planteada y la de interpretar las leyes para los casos sucesivos».

sión, como vemos, aceptada del artículo 16 de la Ley de Contratos del Estado. Dicho de otro modo, si se trata de una laguna inmanente, la falta de regulación se produce por falta de grupo normativo al que, sin embargo, pertenece el supuesto de hecho. En el caso de laguna trascendente lo que existe es ausencia de regulación en uno y otro caso. Si se tiene en cuenta que el sistema cerrado de un Derecho no supone su complitud, se verá la frecuencia con que tales lagunas se presentan. Una laguna trascendente puede producirse por una remisión al vacío frecuente en todo Derecho.

2.10. *La complitud del ordenamiento y las lagunas de normas constructivas: la imposibilidad de integración de la laguna*

Importa subrayar, con CONTE, que la complitud (completezza, completeness, Vollstaendigkeit, Volledigheid) no supone la clausura como orden cerrado del Derecho (cloture, chiusura, Geschlossenheit, closedness, geslotenheid) ni al revés, el orden cerrado no supone la complitud. No obstante, desde un punto de vista axiomático se ha hablado de ausencia deontológica de normas en aquellos casos en que la vida social parece precisar de tal norma: son las llamadas lagunas diacríticas. Sin embargo, la ausencia de las normas, salvo en estos casos en que la ley quiere expresamente dejar ausente la regulación, una conducta no implica lo irrelevante jurídico. Cuando la razón de ser de las leyes hace considerar relevante una conducta, son los llamados argumentos tópicos que pueden devenir lógicos, como veremos, los que permiten encontrar una regulación sin salir de la propia norma, sin entrar, por tanto, en las fuentes supletivas. En tanto el argumento a contrario —inclusio unius exclusio alterius— valga sin salir de la ley, la laguna podrá ser resuelta, y con ella se obtendrá la solución. Una laguna constructiva —ley sin reglamento, medios financieros y organización— es ley pendiente de eficacia, no de validez. Con todo, una sentencia rara vez confesará la laguna o la analogía: ambas le confieren un poder que desea, pero no quiere confesar, pero que pese a él, reconoce cada vez que hace una interpretación extensiva o aplica la analogía¹⁶. Le es más cómodo tranquilizar su fallo haciéndolo descansar en la Ley.

¹⁶ Buena prueba es que todo el *mos italicus* no distingue entre interpretación extensiva y analogía, quizá por paralelas razones políticas. (Cfr. COING, *Studi in memoria di Koschaker*, 1954, I, p. 73; Alexander BECK, «Das gemeine Recht als Rechtsquelle», en *Rechtsquellenprobleme im Scheiweizerischen Recht*,

2.11. *Lagunas aparentes por doble remisión*

Un caso de laguna por auténtico reenvío, es decir, remisión doble al vacío, se produce en el Código civil respecto del plazo de prescripción de la acción civil dimanante del delito. En efecto, el artículo 1092 del Código Civil establece que las obligaciones civiles de los delitos o faltas se regirán por las acciones del Código penal. El Código civil se remite así al conjunto del código penal, pero a su vez éste, en su artículo 117, dispone que "la responsabilidad civil suceda de delito o falta se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil". Hay aquí remisión a una remisión, es decir, un auténtico reenvío. Frente al cual el Código civil no tiene otra respuesta que la prescripción de las acciones personales, es decir, la de los quince años del artículo 1964. Esta solución, que sería la del Derecho positivo, es muy difícil de justificar dentro de un sistema coherente; en primer lugar, porque la responsabilidad aquiliana prescribe al año, y la propia responsabilidad del delito, que es el elemento principal del cual surge la responsabilidad civil, dura quince años, siendo normalmente menor (art. 113 del Código penal); sin embargo, la Sentencia de 12 de marzo de 1934, respecto de la responsabilidad extracontractual por indemnización por causa de muerte en acción civil derivada del delito, establece la prescripción de quince años. Aunque la Jurisprudencia reiterada hace pensar que se trata de una laguna deontológica, no ontológica, querida por la ley.

2.12. *Supuestos de impunidad de conductas delictivas por lagunas sistemáticas. La inaplicabilidad del fraudem legis:* *S. T. S. de 3 de febrero de 1969*

La sistemática jurídica puede llegar, sin embargo, a ciertos casos que produzcan impunidad o vacío jurídico para conductas que son claramente reprochables, no sólo desde un punto de vista ético

Bern, Stämpfli, p. 276.) El término *analogía juris* es del siglo XVII. Fue HUFELAND, en 1799, el primero que destacó que la analogía es creación, como una salida de la ley. THIBAUT, p. ej., equiparaba aún analogía e interpretación extensiva. De KIPP es la frase de que «hablar del Derecho fuera de la ley positiva es un contrasentido —Nonsens—».

social, sino también jurídico, pero que son consecuencia del *carácter cerrado* del conjunto jurídico¹⁷.

El Código civil, en su nueva redacción, establece en su artículo 6, núm. 4, la doctrina creada en el Derecho intermedio del fraude a la ley, al establecer "que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir", sin embargo, la doctrina del *fraudem legis* nace en el Derecho intermedio para los contratos y para la protección de los acreedores y se desarrolla en el Derecho internacional privado a propósito del matrimonio y del divorcio. Prácticamente el Derecho penal ha quedado ausente de la doctrina elaborada durante estos siglos del fraude a la ley, y es significativo que frente a lo dispuesto en el artículo 6, núm. 4, del Código civil, el artículo 8 del mismo título introductorio dispone que "las leyes penales, las de policía y las de seguridad públicas obligan a todo el que se halle en territorio español". La Sentencia de 3 de febrero de 1969, de la Sala II, contempló un caso de impunidad legal producido por disyunción de normas, la que no es posible aplicar a la doctrina de los actos en fraude de Ley. Un español se estableció en Francia en 1954, obteniendo la nacionalidad francesa y desarrollando distintas actividades mercantiles. Al irle mal los negocios se declaró en quiebra en 1962, en vista de lo cual abandonó sus negocios volviendo a España, cuya nacionalidad recobró el mismo año. Por acto verificado en fraude de acreedores durante los años 1960-61 en Francia, el ministerio fiscal le acusó en España. Se daba aquí una auténtica laguna de ley que, por analogía de no alcanzar la doctrina del fraude de ley, llegó a la conclusión de impunidad. En efecto, el principio general del Derecho según el cual el reo de un delito o debe ser castigado o debe ser entregado al juez del país en que cometió el delito (*aut tradatur aut puniatur*) es inaplicable. No se le podía conceder la extradición porque era español, no se le podía castigar en

¹⁷ Cfr. R. LEGROS, «Considérations sur les lacunes et l'interprétation de la loi pénale», en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, octubre 1966; en la misma Revista, T. E. TROUSSE, «L'Interprétation des lois pénales», febrero de 1953; SALVAGNO CAMPOS, «Le délit innomé et l'interprétation analogique», en la *Revue Internat. de Droit Penal*, X, p. 162; MAX WAIBLINGER, «Die Bedeutung des Grundsatzes *nullum crimen sine lege*», en el tomo *Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht*, Bern. Stämpfli, 1955, p. 212.

España porque el delito se realizó en Francia. Por imperativo de la ley, la laguna legal conduce así a una auténtica contradicción e impunidad. El Considerando más significativo de esta importante sentencia indica que: "del exclusivo dato de que al tiempo de comisión de los hechos enjuiciados como delito y perpetrados en el extranjero, fuese asimismo súbdito extranjero el reo, no podría derivarse sin más la impunidad del delincuente ante la jurisdicción penal de España, a cuyo territorio se trasladara ulteriormente dicho sujeto, recobrando la nacionalidad española que originariamente ostentaba, ya que si bien el artículo 339, en su relación con el 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular los casos en que los Tribunales españoles conocerán de delitos cometidos en el extranjero, se refieren literalmente a españoles, presuntos responsables de tales delitos, la interpretación racional de la mencionada norma no puede menos de conducir a la conclusión de que aunque el delincuente no fuese español en el momento de delinquir, entrará en el ámbito de estos preceptos y sería, en consecuencia, justiciable de los Tribunales españoles por razón de aquellos delitos siempre que después hubiera adquirido la nacionalidad española y se encontrara en España o, lo que es lo mismo, que el momento decisivo al que habrá que atender y en el que habrá de jugar, a estos efectos, la nacionalidad española del reo, será no ya tanto el de la comisión del hecho delictivo como el de su represión, en el que el Estado español, por exigencias de estricta justicia, plasmadas así en el Derecho internacional como en el Derecho interno, se encontraría ante el dilema u opción de entregar al reo al país en cuyo territorio delinquirió o bien juzgarlo por sí mismo, de acuerdo con la legalidad vigente y de conformidad con el universal y justo principio "aut tradere aut punire"; sin que sea dudoso que en casos como en el que nos ocupa, al no ser posible la extradición de un actual nacional, por imperio del artículo 3.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 (R. 2076 y Ap. 51-66, 5729) y no ser tampoco enjuiciable en España por una rígida interpretación de los aludidos artículos 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la consecuencia no podría ser otra que la impunidad, en modo alguno querida en estos términos, ni por la moral internacional, ni por el ordenamiento positivo paccionado o interno". Es la confesión paladina de una laguna, pero *deontológica*, esto es, solo integrable de *lege ferenda*. Conviene recordar este caso para comprender el capítulo siguiente respecto a la *logización* de

las lagunas y del espacio indiferente al Derecho. Es probablemente un ejemplo paradigmático¹⁸.

2.13. *Lagunas y conjuntos jurídicos vacíos: su diferencia*

Como se ha dicho antes, la laguna es algo diferente a conjunto vacío, es decir, de lo irrelevante jurídicamente, de lo que intencionalmente se ha dejado por la estructura jurídica fuera del campo del Derecho. Hay un conjunto vacío de Derecho cuando una conducta, un acto, o en general, una situación no está jurídicamente ni aprobada ni autorizada, ni ordenada, ni desaprobada, ni permitida, produciendo todo ello que tal situación no sea el objeto de un supuesto de hecho ni de una consecuencia jurídica por tanto. Todo conjunto vacío elimina, pues, el concepto de laguna de Derecho. Como más adelante se verá, en ciertos casos el Derecho, como elementos integrantes del grupo, toma en consideración estas situaciones o conductas irrelevantes de suyo: las buenas costumbres, la conducta regular, la corrección, la amistad o enemistad no pertenecen, de suyo, a ningún conjunto jurídico, pero forman parte frecuentemente de grupos jurídicos.

2.14. *Lagunas técnicas: la norma vigente no operativa*

Las llamadas lagunas técnicas son una especie particular de laguna, esto es, de ausencia de normas frecuente en el Derecho administrativo, por falta de atribución de competencia o ausencia de un reglamento general o especial en virtud del cual deba producirse la actuación administrativa. El grupo normativo permanece inactivo pese a estar en vigor las normas que lo componen, pero tanto la problemática de este supuesto como su solución positiva serán examinados más adelante. Igual sucede con las llamadas reglas o

¹⁸ Cfr. La génesis del *nullum crimen sine lege* es dudosa (Magna Charta de 1215 (art. 39), *Petitions of Rights*, Declaración de Derechos del Hombre, de 1774, en Philadelphia, etc.). Hoy figura en todas las Constituciones y Códigos Penales. Cfr. SCHOTTLAENDER, «Die geschichtliche Entwicklung des Satzes Nulla poena sine lege, en los *Strafrecht. Abhandlungen* H. (1911) 132; ANGEL, «La règle nulla poena sine lege», en *Législations Modernes (Annales de l'Institut de Droit Comparé)*, II (1936) 245; GLASER, «Nullum crimen sine lege», en *Journal of Comparative Legislat. and Int. Law*, I (1943), p. 29. FEURBACH fue el formulador en su expresión actual.

normas de construcción (organización de las competencias) o la colisión con falta de medios financieros¹⁹.

2.15. *Código civil: lagunas de Derecho y lagunas de Ley*

La reforma del título preliminar del Código civil (Decreto de 31 de mayo de 1974, que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código civil en el "Boletín Oficial" de 9 de julio de 1974) claramente distingue las lagunas de Derecho de las lagunas de Ley: "la formalización de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de Ley, que pueden darse siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica...". El otro procedimiento integrador está constituido por el Derecho supletorio, función que siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código civil, exponente todavía de los principales rasgos característicos del Derecho común, como lo prueba el propio contenido del título preliminar.

2.16. *Las falsas lagunas*

Aplaudo sin reservas el nuevo Código civil: por una laguna real ha habido mil falsas lagunas, provocadas por la ambigüedad verbal de la ley. Por otra parte vuelve a la tradición española. Aparte de VÁZQUEZ, COVARRUBIAS MENCHACA, citaré a alguien mucho menos conocido, pero igual en doctrina: Gregorio LÓPEZ MADERA (*Animadversionum juris civilis singularium*, Augustae Taurinoque, apud Haeredem Nic. Bevilaquae, 1586, pp. 98 y 99): «Saepe admiror doctorum... varias lecturas: cum nihil in ipsis legibus videam, quod eos possit ad tot intellectus asserendo inducere... Fit enim credo claris, lex ex his obscura et quae aperte decidit, in discrimen vocata; cum ipsis eisdem doctoribus axioma sit, legem quae plures habet intellectus, non posse secure allegari».

¹⁹ Cfr. mi *Introducción y Teoría de las Normas*, Madrid, Facultad de Derecho, 1968; y G. BURDEAU, «Pouvoir politique et pouvoir financier (Essai de systématisation de leur relations)», en *Mel. Dab., op. cit.*, pp. 33 y ss. El llamado «amigo de los hombres», MIRABEAU, tenía la presciencia de que al cesar los pagos estatales, las naciones se arruinarían. Hoy hay que completar esta máxima, como pone de relieve BURDEAU, «c'est en orientant leur dépenses que les nations se gouvernent».

2.17. *Antinomias, contradicciones y lagunas: el principio non liquet*

Antinomia y contradicción juegan prácticamente de modo biunívoco, mas al dar siempre solución, hay sólo antinomia y no contradicción. Desde Ulpiano a Zasio, desde Hugo-Savigny hasta nuestros autores, la confusión entre derogación e inaplicación seguirá vigente, sin parar mientes en que es algo trascendentalmente distinto.

La solución que se dé teóricamente al problema de las lagunas de ley depende de la concepción sobre la naturaleza y la estructura del propio derecho. En todo caso, al prohibirse la denegación de justicia y obligarse al juez a que decida la pretensión deducida, la laguna de Derecho o laguna jurídica debe ser eliminada de un modo o de otro de la estructura del Derecho²⁰. La denegación de justicia parece formulada no sólo en el Código penal en términos negativos, sino también como deber positivo en el artículo 1, núm. 7, del Código civil: los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido". Algunas etapas han recurrido a la llamada solución *extraordinaria* más política que jurídica.

3. APLICACIÓN DE NORMAS COMPLETIVAS Y RÉFÉRÉ LEGISLATIF

La atribución al juez de dar *una* solución, aunque se cumpla diciendo que es *improcedente* la pretensión o se rechaza *a limine* (contencioso-administrativo) es también como tantas cosas en el Derecho, fruto de un pendular vaivén.

²⁰ La prohibición de la denegación de justicia no procede del *Code napoléonico* ni es peculiar del *non liquet* del Derecho romano. Aparece, por ejemplo, en el *Espejo de los Sajones*. Cfr. Guido KISCH, en *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis* (1939) 457: *Die Talionsartige Strafe für Rechtsweigerung im Sachsenspiegel*: «Swelk Richtêre schuldig». Cfr. también Karl August ECKHARDT, «Sachsenspiegel Land, und Lehnrecht», en *Monnumenta Germanize Historica «Nova Series»*, tomo I, Hannover, 1933, con referencia al *Deuteronomio* y a Moisés. Cfr. sobre la inexistencia de *non liquet* en Derecho internacional, J. STONE, «Non liquet and the Function of Law in the International Community», en *British Year Book of International Law*, 35 (1959) 124. Cfr. las obras de F. CASTRO y BRAVO, *op. cit.*, y DUALDE, *op. cit.*

3.1. Roma: Pontifex, Pretor, Emperador

En Roma se crea, para la interpretación legal, una serie de mecanismos diferentes, como acudir al pontifex (en Derecho romano inicial), al pretor y, por fin, al Emperador. Justiniano intentó la conciliación de antinomias y el Derecho completo: *In dubiis* decidía el Emperador: "Si quid vero ut supra dictum est, *ambiguum* fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur, ut ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari" (C. I. 17, De vet. jure enucleando, 2C § 21); bajo penas severísimas se prohibía la interpretación.

3.2. La Glosa y el Derecho Intermedio

El Medievo de la Glosa y Comentadores procurarán salvar el principio, pero pasando por bajo el puente. Cuando el Emperador está presente... de hecho no estaba nunca. Es la época en que florece el entimema de esa premisa²¹.

3.3. El *référé législatif*

El absolutismo volverá al sistema. A fin de limitar el papel político real de los Parlamentos, Luis XIV prohíbe el registro de sus edictos, con reserva de interpretarlos por vía general. La "Ordonnance civile pour la réformation de la justice", de 1667, prescribe en su título I, art. 7, que si en el proceso surgen dudas o dificultades para la ejecución de los edictos, el Rey prohíbe al Tribunal interpretar, reservándose tal función²². El Código de José II, de 1786 (I, § 24), prohíbe al juez interpretar las dudas sin referir el tema al soberano.

²¹ Término derivado del griego ἐνθύμημα = reflexión, pensamiento. Puede definirse como un silogismo abreviado, que por sobreentenderse una de las premisas sólo consta de dos proposiciones, denominadas antecedente y consiguiente. Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970.

²² Si dans les jugements des procès que seront pendants en nos cours de parlement, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par dévers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention. Se subraya la palabra *exécution*, en lugar de interpretación.

En la misma época de la Ilustración, Federico II incluye disposiciones idénticas en la orden de puesta en vigor del Allgemeines Landrecht (§ 47-48, 50-51). Pero no el Rey, sino “una comisión de leyes”, es la que despachará la consulta.

3.4. *El référé de carácter general*

Pero justo con la Ilustración vino el movimiento de separación de poderes. En 1748 publica *De l'esprit des lois* de MONTESQUIEU: “No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo... la libertad de los ciudadanos sería vana, pues el juez sería legislador y juez”²³.

Ya en plena Revolución Francesa, la Ley de 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial establece el référé de carácter general para todos los tribunales. En su artículo 12 se decía: “Los Tribunales no podrán dictar reglamentos, sino que se dirigirán a los Cuerpos legislativos siempre que lo crean necesario para interpretar una ley o hacer una nueva.” No prohibía, según Portalís y Tranchet, la interpretación, sí la innovación; bajo su pretexto, se refería no sólo a la obscuridad, sino fundamentalmente al silencio”²⁴.

3.4.1. *Casación en su origen*

La Ley de 27 de noviembre, 1 de diciembre de 1890, estableció un Tribunal de *Cassation*, para un référé de naturaleza especial, en caso de doble anulación de sentencia. El Tribunal de Casación volverá a estudiar lo que iba de instancia, y el tema será resuelto con carácter general sometiéndolo al Cuerpo legislativo que redactará un Decreto declaratorio de la Ley, firmado y sancionado por el Rey, el Tribunal fallará según tal Decreto.

²³ Cfr. Charles HUBERLANT, «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la Loi», en *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 31.

²⁴ Repetidas veces se ha insistido en que el Derecho administrativo nace, como hoy es entendido, en el régimen administrativo continental en un momento determinado de la Revolución francesa y es, en este momento, cuando se afirma la necesidad de salvaguardar el principio de igualdad y la necesidad de que sólo la Ley sea norma jurídica, necesidad que en la expresión textual de la Revolución se denominaba «necesidad de un regulador general de la sociedad» (*Il faut un régulateur général et commun des jugements: ce régulateur est la loi*). Cfr. K. ZEIDLER, *Massahmegesetz und Klassisches Gesetz*,

3.4.2. *Référé al Tribunal de Casación*

Este *référé general* fue rápidamente derogado, en tanto el *référé especial* —en caso de conflicto de decisiones judiciales, ante el Tribunal de Casación— subsistió mucho más. Este segundo fue creado por el artículo 256 de la Constitución del Directorio de 5 fructidor año III. Antes en el Consulado era el Conseil d'Etat.

3.4.3. *Las sentencias contradictorias y su control*

En el Imperio una ley de 10 de septiembre de 1807 organizó un recurso por vía de autoridad en caso de conflicto de un segundo fallo contradictorio (Tribunal de Casación) pero voluntario, salvo caso de tercer fallo impugnado. Fue abolido por Ley de 1 de abril de 1837.

3.4.4. *El Code y la desaparición del référé: Las diversas soluciones positivas ante la laguna legal*

El *référé* desapareció así en 1837, siendo sustituido por el artículo 4 del Code, copiado en el antiguo 6 de nuestro Código civil, 3 del Código civil de Holanda, 4 del Código civil belga²⁵. En tanto Suiza disponía una redacción más moderna. La ley rige todas las materias

Karlsruhe, C. F. Muller Vlg., 1961: «Das Gesetz partizipiert nämlich an der Vielschichtigkeit des Rechtsbegriffes überhaupt und darüber musste das Mittelalter anders denken als die Aufklärung und darüber wird der Liberale eine andere Auffassung haben als der Befürworter totalitärer Staatsführung». Cfr. sobre cómo la idea de la Ley formal, como norma superior, es previa y separable de la concepción del Estado. WILLIAMS, «The controversy Concerning the world Law», en el *Archiv R. Soz. Phil.*, 1949 (38). El solipsismo de la ley completa procede del Enciclopedismo como STEN GAGNER ha demostrado y tenía el sentido polémico de arrebatar poder al estamento judicial del Ancien Régime. Cfr. también Ernest CASSIRER, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, 1932. De ahí la frase de que quien habla de laguna legal, *calomnie la loi*. Cfr. Maxime LEROY, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, París, 1908.

²⁵ El auténtico *référé* ha desaparecido como consecuencia de la evolución política y constitucional del siglo XIX. Quedan, sin embargo, restos de tal *référé*. El primero es el precepto del Código penal que autoriza al Tribunal sentenciador cuando aprecie que el tenor del Código penal o es excesivamente duro o excesivamente blando, o que precise corrección en general para elevar al Gobierno la correspondiente propuesta al objeto de que la Ley penal pueda ser modificada. No es un *référé*, puesto que no se refiere a casos pen-

relativas a la letra o espíritu de una de sus disposiciones. En caso de ausencia de disposición legal aplicable, el juez se pronunciará según la costumbre y, en su defecto, según las reglas que fijará asumiendo la función de legislador. Se inspirará en las soluciones consagradas por doctrina y jurisprudencia.

Se ha destacado el paralelismo de este artículo 1 y la Etica a Nicomaco de Aristóteles. Este invita al juez a que se coloque en lugar del legislador con la diferencia de que Aristóteles invita al juez y el Código le obliga. Pero como se ha observado si este Código es muy audaz, su aplicación ha sido prudente y parsimoniosa.

El Código de Austria de 1811 remitía al Derecho natural (art. 7) e influyó en el Código Civil italiano tras el Albertino. El nuevo Código italiano de 1942 remite a los *principios generales del ordenamiento jurídico en vigor* en el Estado (art. 12). El Codex Iuris Canonici (1917), aparte de la analogía, remite al *usus Curiae* y a los principios generales del Derecho (canon 20, 18, 19)²⁶. De todos modos, la interdicción de interpretar es ineficaz (référé), porque habrá que interpretar la ley interpretativa. Restos de *référé legislatif* quedan en el artículo 2 del Código penal, apenas utilizado con eficacia y, sobre todo, en el Derecho administrativo, por las normaciones subordinadas de un lado y la compulsión de tipicidad del acto²⁷. No es que sea cierta la afirmación de BERNAERI "Quand l'Administration a parlé tout est dit", es que el edictor normativo usual es la

dientes de fallo, sino sólo al futuro particular de la Jurisprudencia, de la fórmula coordinatoria de la creación de Derecho.

En el Derecho administrativo, frecuentemente se recurre a la solución de normas con rango de ley o con rango inferior, procurando que las leyes habiliten tal producción de normas de categorías inferiores a référé que llevan lagunas de Derecho y evitar solución por solución analógica. Por otra parte, también participa en cierto modo en la naturaleza del référé la llamada interpretación auténtica, bien sea por el propio particular o por la administración.

Ultimamente se viene diciendo que una norma aclaratoria viene a ser con cierta frecuencia una nueva norma, en los casos extremos pueden hasta dictarse leyes que han venido a cortar doctrina jurisprudencial *lite pendente*. Tomo como base José Luis VILLAR PALASÍ, *El Mito y la realidad de la disposición aclaratoria*, Madrid, 1965, toda la doctrina publicada desde aquella fecha viene a indicar en el sentido en que se ha aportado en este lugar que la interpretación auténtica es legalmente nueva (Rechtssetzung). Cfr. *Stillstand und Fortentwicklung in Schweizerischen Rechts*, Bern, Staempfli, 1965.

²⁶ Cfr. W. ONCLIN, «Les lacunes de la Loi en Droit Canonique», en *Le Probleme des lacunes en Droit*, Bruxelles, Bruylant (1968), 181.

²⁷ Cfr. Henri BUCH, «Les lacunes en Droit administratif», en *Le Problème, op. cit.*, 1968, pp. 491 y ss. Cfr. Con invocación a los principios generales, frente al tecnicismo, detallismo, elaboración precipitada y presentación como textos completos, el art. de Louis DUCHATELET, *Le problème de la lacune en législation sociale*, *ibidem*, pp. 425 y ss.

Administración. Son frecuentemente problemas menudos que producen por eso lo que hace más de un siglo (1934) decía CORMENIN: "La législation administrative en son ensemble n'est guère qu'un entassement incoherent d'articles où tout est mêlé, ce qui est de principe et ce qui est de règlement, ce qui est transitoire et ce qui est définitif, ce qui est des choses et ce qui est des personnes. La plupart de ces lois se commentent sans s'expliquer, elles se contradisent sans s'abroger, elles se rapportent sans se suppléer. Le Bulletin où elles sont pêle même engouffrés est comme un vaste arsenal qui fournit des armes a tous les parties, a tous les intérêts, a tous es sophismes." Ahora bien, el editor normativo suele ser la propia Administración, pero la oportunidad —que no es el *bon plaisir du Roy*— tiene que tenerse en cuenta. La rutina, la esterilización y la parálisis amenazan siempre a la Administración. Sólo la ausencia de norma habilitante —ejemplo raro— provoca lagunas verdaderas. Como decía HAURIU, la *souplesse* es la característica de la Administración bien concebida. De ahí que las lagunas sean anomalías, que se solucionan solapadamente.

Ahora bien, si se trata de una concepción en un momento determinado y para un país también determinado de Derecho libre, la solución se dejará al propio operador jurídico, e incluso sería discutible que en tal concepción pudiera hablarse de auténtica laguna jurídica, pues prácticamente todo el Derecho pasaría, en su aplicación, a ser Derecho libre y por tanto no estructura jurídica, sino que abandonaría al juez la conformación según su recto juicio en cada caso concreto. En otra concepción como la del Derecho suizo, la laguna de Ley se resuelve por arbitrio judicial, pero sólo en el supuesto de inexistencia de regla directa o indirectamente aplicable. Esta solución defendida a priori y a posteriori por HUBER, autor del proyecto del Código civil suizo, se fundamenta entre otras muchas razones en que los propios jueces son parte frecuentemente de las comisiones prelegislativas, y de ahí que no sea descabellado confiar el Derecho aplicable a la laguna de Ley a la creación judicial: el juez actuará como si fuera legislador para el caso de laguna legal.

4. MONOPOLIO Y PRERROGATIVA DE EDICIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

En los supuestos del Derecho continental, con excepción del ya citado, de Suiza, los jueces tienen prohibida la creación de normas.

La Ley provisional sobre organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870²⁸ establece, en efecto, en su artículo 2 que “la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponderá exclusivamente a los Tribunales, habiéndose extendido en la Ley Orgánica del Estado la expresión de juicios civiles y criminales a los laborales y contencioso-administrativo y conservando idéntica expresión. El artículo 3 de la misma Ley provisional señala expresamente, y el artículo 4 concreta: “que por consecuencia de lo ordenado en el artículo que precede no pueden los jueces ni los Tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares de la Administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones generales acerca de la aplicación o interpretación de las Leyes”. Esta es la concepción francesa con respecto no sólo al *deni de justice*, de un lado, y al cercenamiento del *référé législatif*, de otro.

Aquí es donde recobra todo su sentido el concepto sistemático del Derecho. En efecto, éste contiene tres tipos diferentes de normas (CONTE):

1. Una serie de normas precriptivas, una valoración, una *χρίσις* de ciertas conductas que forman las leyes de calificación (*χρίσεις*), deónticas aisladas, no susceptibles de germinación, como un *ἔργον* fijo, cerrado.

2. Una serie de proposiciones prescriptivas con criterio de valoración deóntica, criterio de *χρίσις*, no fijas ni inertes, sino susceptibles de desarrollo según reglas de transformación e inferencia lógicas. Tales normas no son ya un *ἔργον* acabado, sino una *ἐνεργεια* fecunda.

3. Por último, proposiciones con criterios de decisión (por ejemplo, título preliminar del Código civil) y principios generales valorativos.

Los tres tipos de normas actúan conjuntamente y permiten la solución de toda laguna, la respuesta a cualquier caso concreto, sin que por ello el sistema caiga en el Derecho libre.

No obstante en el Derecho administrativo las lagunas son, a veces, insalvables:

1. Una ley sin Reglamento es válida y vigente, pero normalmente inaplicable; salvo el caso de pervivir el Reglamento anterior de la ley sustituida.

²⁸ Igual la Ley Org. del Poder Judicial de 28 de noviembre de 1974.

2. La falta de elementos desgajados o fisionados produce igual efecto: si no se ha fijado el arancel de una mercancía, no hay posibilidad de liquidar la deuda arancelaria.

Las llamadas lagunas en las *normas constructivas* (WROBLENSKI) tienen en este aspecto trato diferente.

5. LAGUNAS, INTERPRETACIÓN Y ESTILO LEGAL: LA INTERPRETACIÓN INTERNA Y EXTERNA DE LAS LAGUNAS: ALUSIÓN A LA TÓPICA

El problema lenguaje-significado-Derecho no es sólo una cuestión de *eleganter dixit*, como se lamentaba en 1947 aquel gran jurista que fue don Nicolás PÉREZ SERRANO en galanas frases: "Una ley redactada en noble tono con frase pulida y tersa, será estudiada, entendida y aplicada con mayor facilidad que una ley de términos grises y borrosos y de expresión balbuciente o atormentada. Porque sigue siendo venturosa realidad aquella alianza de la verdad, el bien y la belleza, que amorosamente conviven sin esfuerzo. Y aún cabría sostener, exagerando algo la nota, que donde se respira fealdad no es posible hallar ni concepto verdadero ni solución justiciera." El estilo jurídico es mucho, pero ni por asomo lo más importante²⁹. El artículo 1524 del Código civil es claro, pero si se hubiera aplicado a rajatabla hubiera provocado injusticias; está claro para un gramático, pero no para un jurista, más de acuerdo con la Jurisprudencia: los nueve días de retracto desde la inscripción en el Registro o, *en su defecto* (es decir, no inscripción), desde el conocimiento, son tan claras que ningún lingüista dudaría, donde el Tribunal Supremo gracias a Dios dudó, en beneficio de la justicia; igual hubiera sucedido de seguir la interpretación literal (caducidad en lugar de prescripción y dies a quo) con el artículo 40 LRJAE.

Las lagunas de ley suelen ser pasajeras y provisionales sobre todo en el Derecho administrativo, que sigue más de cerca la reali-

²⁹ Cfr. MININ, *Le style des jugements*, París, 1962. K. N. LLEWELLYN, «On the Good, The True, the Beautiful in Law», en *Chicago Law Review*, 1942. Es ya clásico el libro, conciso e incisivo, de H. TRIEPEL, *Vom Stil des Rechts*, Heidelberg, 1947. Además, cfr. H. DOLLE, *Vom Stil des Rechtssprache*, Tübingen, 1949. E. A. PRJASZNIKOW, O języku prawowych aktów. En *Uczonyje Zapiski WNIISZ*, 6, 1966. B. WROBLEWSKI, *Język prawny i prawniczy*, Krakow, 1946. P. STEIN, «Elegance in Law», en *Law Quarterly Review*, 77 (1961) 242. A. DIHLE, «Analogie und Attizismus», en *Hermes*, 85 (1957) 170. La exigencia del estilo se encuentra por primera vez en LABEO (cit. por VENULEIUS, *lib. i. de Stipulationum*, D. 45. 1. 137 7): «Et usitatus et elegantis».

dad social que los demás conjuntos de Derecho, pero en todo caso, hasta el momento la normación y sin carácter retroactivo, la laguna legal es un fenómeno frecuente frente al cual el juez, y más generalmente el operador jurídico, necesita la actuación de fuentes de integración del conjunto normativo. La estructura del Derecho debe proporcionar siempre una respuesta positiva y suficiente. En tales casos el sistema de fuentes y la propia estructura de Derecho, la presencia de principios informadores de toda la estructura y de cada uno de sus conjuntos permitirán al operador jurídico llenar la laguna a través de la costumbre, la analogía, los principios generales del Derecho, siempre dentro del cuadro de las normas.

Las concepciones que parten de la negación de la existencia de tales lagunas son contradictorias a la vida real del Derecho, al Derecho en su realidad. Para Kelsen, por ejemplo, es inconcebible la existencia de una laguna de Derecho, y mucho más de una laguna técnica. Siempre habrá una norma general más o menos abstracta, más o menos elevada para la regulación del caso concreto para el que posiblemente falta regulación concreta³⁰. Del mismo modo no hay tampoco inoperatividad de un grupo normativo por falta de procedimiento. Si este procedimiento no se ha dictado, está en el poder del operador jurídico el establecer uno cualquiera, aunque se refiera a temas tan delicados como los del sistema electoral. El órgano competente podrá proceder a la votación determinando discrecionalmente el procedimiento de votar en el caso extremo; si la ausencia de normas es absoluta, es que la conducta es una conducta irrelevante para el Derecho.

Pero este sistema de inversión jurídica no es siempre válido, más bien es excepcionalmente admisible. No hay fuerza creadora en la laguna, sino clara invocación a la fuerza de inspiración (valoración) jurídica, lo que ha venido en llamarse la actual jurisprudencia de valores (*Wertungsjurisprudenz*).

Interviene aquí la apelación a los llamados argumentos jurídicos enclavados tradicionalmente en la tópica (mezcla de deducción e

³⁰ La Constitución supone un mandato al legislador y un límite a la creación de principios generales a los que informa. Cfr. KELLER, *Die Kritik, Korrektur und interpretation des Gesetzeswortlautes*, 1960; Herbert KRUEGER, «Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers», *DVBl*, 1961, p. 658; Erwin STEIN, «Die Verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung», *NJW*, 1964, p. 1745. Pero es sólo cierto eso si todo el Derecho fuera el Penal.

inducción) y no en la Lógica formal³¹. El argumento a simile y el argumentum e contrario. Si con la argumentación no se llega a alcanzar una solución serán los principios generales los que proporcionen tal solución. Esto hace necesario pasar al punto de los llamados argumentos de deducción, de tradicional raigambre no sólo en el Derecho continental, sino en todo el Derecho de occidente. La racionalidad de la conclusión —dentro de un sistema— es la mejor verificación racional y valorativa de una decisión.

6. EL PRINCIPIO IN CLARIIS NON FIT INTERPRETATIO

En el aforismo IX decía BACON que doble es la incertidumbre de la Ley: una cuando nada se permite y otra cuando es antigua o dudosa. (*Duplex legum incertitudo: altera ubi lex nulla praescribitur, altera ubi ambigua et obscura.*) Hemos visto la laguna legal, veamos ahora la ambigüedad, comenzando por la claridad de la Ley.

³¹ Cfr. Z. ZIEMBINSKI, *L'enseignement et les recherches scientifiques concernant la logique en Pologne et Tchécoslovaquie*, en *La logique juridique*, París, ed. Pedone, 1967, p. 83. *Polish Logic*, 1920-1939, with an introduction by Tadeus KOTARBINSKI, Oxford, at the Clarendon Press, 1967. La opinión de KANT sobre la tópica —aupada por los Humanistas del siglo XVI era terminante y seca— sich Schullehren und Redner bedienen konnten, nur unter gewissen Titeln das Denkens nachzusehen, was sich am besten fue seine Vorliegende Materie Schichte, und darüber mit einem Schein von Gründlichkeit, zu vernunfteln oder wortreich zu schwatzen» (en *Kritik der reinen Vernunft*). La tópica —que renace con VIEHWEG casi al tiempo de la lógica deóntica— es curiosamente —uno y otro caso— subproducto aristotélico, así como la retórica de Perelman, una especie de Tertia via escéptica. La tópica ataca la concepción del sistema jurídico como algo definitivo, inmodificable, cerrado con siete llaves. Pero es algo que recuerda la discusión maniquea, pues ningún sistema científico se considera —y menos el Derecho— como cerrado y concluso. En tal dirección, lo tópico no encuentra ningún obstáculo real en ninguna ciencia, y menos en la jurídica. Ni el físico, ni el bioquímico o el matemático, se cierran a banda a nuevos hallazgos por mucho que, al contradecir lo hallado, lo hagan inservible. KIRCHMANN podía perfectamente —y desde 1848 ha llovido mucho— haberse referido a las matemáticas, o a la astronomía o la medicina. Otra cosa es ese apego de algunos a la teoría que confunden con la justicia. Como decía Leibniz en su época el adagio era: «Curetur secundum Galienum, Moriatur secundum voluntatem Dei». Hace más de dos mil años Platón apuntaba ya que no hay enfermedades, sino enfermos, y Aristóteles que no hay problemas jurídicos, sino casos a resolver; E. MARTENS, *Das Selbstbezügliche Wissen in Platons «Charmides»*, München, Hanser, 1973. Lo más que a la tópica se puede reconocer —en Derecho como en medicina— es que cuando falla el experto y teórico al propio tiempo hay que ir al curandero o guiarse por la intuición (*Notbehelf* lo llama CANARIS). Cfr. Ilmar TAMMELO, «The nature of facts as a Juristic Topos», *ARSP* (1963) 236.

La aplicación de los argumentos³² se plantea, en primer lugar, cuando no existe directamente un sentido claro en la norma a aplicar o cuando tal norma no es claramente aplicable. De ahí el principio general de *in clariis non fit interpretatio*³³. El problema consiste justamente en que la delimitación del sentido claro (*sens clair*, *sensu paleso*), no es a su vez un término claro y habría, pues, que hablar de la necesidad de una interpretación para definir el sentido claro y no proceder, por tanto, a argumentos de deducción posteriores³⁴, mas en ningún caso se elimina una interpretación, *quamvis*

³² Se suele llamar por el Tribunal Supremo *apoteogmas*; alguna sentencia usa el término *epiquerema* (S. 9 julio 1969, Sala IV) para examen de una serie de circunstancias. Para Aristóteles *epiquerema* era un polisilogismo cuya premisa mayor es sólo problemática o verosímil.

³³ Cfr. *In clariis*; cfr. Jerzy WROBLENSKI, «Semantic Basis of the Theorie of legal interpretation», *LeA* (N. S.), 21-24 (1963) 397; K. CLAUS, «Die *sens claire*-doctrine als Grenze und Werkzeug», *LeA* (N. S.), 21-24 (1971) 251. Si el operador jurídico opina que la Ley es clara, la aplicación es automática, sin más juicio de valor que el de la Ley (W. BURCKARDT) y ninguno del operador. Un análisis científico tiene que abordar lo problemático, y lo cierto es que en Derecho la vida real es menos complicada —en el cumplimiento normal de contratos y normas— de lo que puede parecer. La misma Ley de Procedimiento Administrativo habla de los actos y procedimientos *automatizables*. La realidad muestra que el Derecho se desliza en su cumplimiento cuantitativa y cualitativamente de modo fluido. Pero eso es lo aproblemático, lo normal. El operador jurídico y, sobre todo, el jurista científico tienen que tener presentes *las lindes del problema* para completar un panorama. A veces se confunden ambos planos y se llega a afirmar que a la vista de la escasa jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Administración, el criterio es restrictivo. Nada más lejos de la verdad, pues lo que ocurre es que en el trámite del Consejo de Estado normalmente conformado se da plena satisfacción a las pretensiones.

³⁴ Cfr. Martín KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker-Humblot, 1967, p. 226: «Se puede decir que si un texto es claro y unívoco, es algo poco claro y poco unívoco. No se puede analizar un texto legal sólo, sin el caso al que se enfrenta. La necesidad de interpretarlo —dicho en otros términos— no surge o deja de surgir de esa claridad, sino más bien al revés: La univocidad o equivocidad —*Eindeutigkeit* oder *Mehrdeutigkeit*— de un texto depende de que para hallar una solución justa haya que aclararlo o no (*Interpretationsbeduerftigkeit*). Cfr. Karl CLAUS, «Die *sens-claire*-doctrine als Grenze und Werkzeug», en *Logique et Analyse*, 53-54 (1971) 251 y ss. Invierte el planteamiento: La claridad de la norma es un límite al radio de acción del operador jurídico. Ahora bien, para ello precisa que el lenguaje usado sea el presente y corriente (no uno técnico o anticuado), que no haya discordancia entre el lenguaje usado por el legislador y por la norma; de ahí, esto es, de estas dos características calificables como estructura lingüística objetiva y subjetiva (*objektive-subjektive Gestalt*) se generan la estructura intermediadora —vinculación a la letra de la norma— y la estructura pragmática (prohibición implícita de jurisprudencia con efectos (*Zielverfehlungen*) que desnaturalicen la norma (Sentencias 9 julio 1907, 2 marzo 1908, 4 marzo 1929, 25 y 29 octubre 1930, 27 junio 1947). Es, de este modo, el fin de la norma el que limita el sentido claro: *Verbis*

sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus (D. 25, 4, 1, § 11). El artículo 1281 del Código Civil obliga en este sentido a la interpretación literal "Si los términos del contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes". Y de igual modo, el artículo 675, relativo a los testamentos, exige frente al tenor literal que aparezca la voluntad del legislador. "Sensum, non verba, considerare debemus (C. P. X. de verborum significatione 5. 40). Verba sunt intelligenda, non secundum quod sonant, sed secundum mentem proferentis (C. 6. X. de verborum sign. 5. 40).

6.1. *La falta de claridad en el lenguaje: los niveles de ambigüedad*

A su vez la interpretación puede provocarse bien por falta de claridad del lenguaje, es decir, no coincidencia del definiens y el

legis tenaciter inhaerendum, G. G. LEIBNIZ, limitaba la claridad a la contextual y extrínseca: «Claritas vero, quae ex circumstantiis simitur, vel ex ipsa oratione, vel extrinsecus. Si ex ipsius orationis circumstantiis sumitur, erit, claritas, si non vocabuli per se, tamen orationis per se. Quod fit, quum ex ipsa oratione apparet materia subjecte de qua agitur et quum materia subjecta tollit ambiguitatem... Item si praemissa est definitio vocabuli, eo ipso obscuritas subblata est (Gothofredi Guillelmi Leibnitii, *Opera Omnia*, t. IV, III Jurisprudentiam, Genevae, apud Frates de Tournes, 1767, p. 57). Hay todo un fortísimo nacimiento reivindicador de Leibniz. Cfr., entre muchos, George KALINOWSKY ET GARDIES (Jean Louis) un logicien déontique avant la lettre: «Gottfried Wilhelm Leibniz», en ARSP (1974), 10; Louis COUTURAN, *La logique de Leibniz d'après les documents inédits*, Paris, ed. Félix Alcán, 1901; del propio VIEHWEG: «Die Juristische Beispielfalle in Leibniz ars combinatoria», en los *Beitraege zur Leibniz-Forschung*, Reutling ed. Schischkoff, 1948; Michel SERRES: *Le System de Leibnitz et ses modeles mathematiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 3 tomos. Sin embargo, es curioso releer el *Eloge de M. G. G. Leibniz*, por DE FONTANELLE, obra que no he visto citada (Genevae apud Frates de Tournes, 1768, p. XIII): «Il s'éleva une serieuse tempête et le pilote qui se croyoit pas être entendu par un Allemand, et qui le regardoit comme la cause de la tempête, parce qu'il le jugoit hérétique proposa de le jeter a la mer, en conservas néanmoins ses hardes et son argent... M. LEIBNIZ sans marquer aucun trouble, tira un chapelet, qu'apparemment il avoir pris précaution et le tourna d'un air assez dévot. Cet artifice lui reussit; un marinier dit au pilote que puisque cet homme-la n'étoit hérétique, il «... n'étoit pas juste de le jeter a la mer». Luego, al hablar del Code du Droit de gens: «Il y fait voir que les actes de la nature de ceux qu'il donne, sont les véritables sources de l'Histoire, autant qu'elle peut être connue car il savait bien tout le fin nous en echappe, que ce qui a produit ces actes publics et mis les hommes, en mouvement ce sont une infinité de petits resorts cachés mais tres puissants, quelquefois inconus a ceux memes font agir et presque toujours si disproportionnés a leurs effets que les plus grands événements en seroient deshonorés». Cuenta los esfuerzos de Leibniz para aprender Química (página XXIX). El prólogo no tiene desperdicio, está lleno de ironías sobre Leibniz. Así su demostración matemática de la Trinidad.

definiendum. La flexibilidad e incertidumbre inherente a los conceptos legales tiene una consecuencia inmediata: es generalmente más difícil afirmar que una expresión o declaración es falsa cuando se conecta exclusivamente a conceptos jurídicos que cuando se relaciona con hechos extrajurídicos. Los hechos jurídicos difieren de los extrajurídicos (al menos de aquellos hechos extrajurídicos que conciernen al Derecho) por el dato de que sus límites o fronteras son generalmente menos ciertos. Pero es sólo una diferencia de grado, de intensidad.

La ambigüedad del propio lenguaje usual se sitúa a diversos niveles: puede ser simplemente de orden lexical (una palabra tiene diferentes sentidos); la ambigüedad sintáctica es más delicada (el hecho de determinar la estructura de la frase para resolverla). Y hay otro tipo de ambigüedad estructural más complicada, que aparece cuando las frases son estructuralmente idénticas y tienen, por tanto, diversos sentidos. Ambigüedad y polisemia son conceptos diferentes, pero juegan en el lenguaje con la misma consecuencia de oscurecimiento. La llamada estructura de superficie puede, en lingüística, devenir estructura profunda, mas en todo caso llevará consigo una opacidad a interpretar para el jurista. Sinonimia, antonimia, ambigüedad, paráfrasis, polisemia, son los elementos corrientes de la componente semántica, que precisan las denominadas reglas de proyección (KATZ-FODOR, 1963): dos palabras son sinónimas si su sentido está representado por el mismo conjunto de rasgos semánticos³⁵.

³⁵ El problema tiene su alcance, incluso constitucional; como es sabido, en Suiza la voluntad del legislador se expresa en tres idiomas diferentes, que son los tres nacionales. Naturalmente, que cuando los textos legales aparecen tratados en tres idiomas, es imposible evitar diferencias de matices, que a veces alcanzan valor fundamental. A. BOLLA, en «Il testo italiano nella Interpretazione della legge svizzera», en el tomo *Rechtsquellenproblem in Schweizerischen Recht*, Berna, Stämpfli, 1955, pp. 56 y ss., muestra los casos del artículo 92 del Código civil, que recoge, por otra parte, una tradición común. El prometido que rompe la promesa nupcial sin grave motivo debe resarcir al otro prometido, a sus padres, los gastos realizados con vistas al matrimonio. Es un texto claro en todo el Derecho continental europeo, pero en Suiza se utiliza la expresión de «depenses», para el francés «spese», mientras que para el alemán es la de «Veranstaltungen». El vocabulario traduce las expresiones comunes como disposición o preparación. Otro caso se refiere, por ejemplo, a la igualdad del sentido jurídico, pero no usual, de la expresión del art. 335 del Código de las obligaciones ante la palabra «concluso», «conclu» y «abgeschlossen». En el texto alemán es pasiva la aplicación por analogía de la culpa contractual «die Bestimmungen über der Mass der Haftung bei unerlaubter Handlung». Pero, sin embargo, el texto francés no habla de medida (missura o Mass), sino que aplica por analogía a los efectos de la culpa contractual todas «Les règles relatives à la responsabilité derivant d'actes illicites». La consecuencia

Serán antónimas si tienen un rasgo diferente y el resto del conjunto es igual (símbolo categorial + denotadores + diferenciadores): un caso lo supone el uso de *hombre* en vertiente masculina o simultáneamente como hombre + mujer. Dos palabras son hypónimas si el conjunto de rasgos semánticos de uno está comprendido en el conjunto de rasgos semánticos de otro (animal peligroso —perro, en el célebre caso citado por Rümelin—). Todos los fenómenos que conciernen a los enunciados son vagos, intuitivos sujetos al contexto (lingüístico y situacional), difíciles por ende de describir de modo racional ³⁶.

Toda una rama científica moderna nacida a fines del siglo pasado es justamente la llamada semántica o semiótica, de clara aplicación al Derecho. A fin de cuentas, la gramática no es sino un modelo de aclaración, esto es, debe hacer explícita la gramática implícita que utilizan quienes hablan.

práctica es que la semántica contractual da lugar al resarcimiento, como en el caso en que el deudor no puede probar que no le es imputable ninguna culpa. En alguna Sentencia, como la de 1 de octubre de 1929 del Tribunal Militar de Casación, que puso de manifiesto la necesidad que el Tribunal o el juez tiene de buscar en los tres textos aquellas expresiones que mejor respondan a la razón legal. No solamente es en Derecho civil donde esto se produce, sino también en el Código penal. Al abandono de familia o la denegación de alimentos debidos contenido en el artículo 217 del Código penal suizo, se refiere según el texto italiano «ai propri congiunti»; en el texto francés se habla nada más del deber «à ses proches». El texto alemán utiliza la expresión «Angehörigen». Según el texto alemán o el francés, no hay delito para quien niegue alimentos a su mujer divorciada.

³⁶ Cfr. Manfield BIERWISCH, *Modern Linguistics, Its development methods and problems*, Morton, 1971. BAGOLINI, «Responsabilità e analisi del linguaggio», *Riv. Trim. Proc. civile* (1958), p. 592; BOBBIO, «Scienza del Diritto e analisi del linguaggio», en *Riv. Trim. Diritto e Procedura civile* (1952); Juan Ramón CAPELLA, *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1958; Rudolf CARNAP, *Introduction to Semantics*, Cambridge, 1948; J. FERRATER MORA, *Las palabras y el hombre*, Barcelona, ed. Península, 1972; del mismo, *Indagaciones sobre el Lenguaje*, Madrid, Alianza, 1970; Pierre GUIRAUD, *La Sémantique*, París, Presses Univ. de France, 1969; R. M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford Univ. Press, 1952; K. KRAUS, «General Semantics», II (Studien im Recht), Berlín, Eigen, vlg., 1970; del mismo, «Semantik im Dienste des Rechts», *ARSP* (1963) 373; Ernst, J. LAMPE, *Juristische Semantik*, Berlín-Zürich, vlg., Gehlen, 1970; G. C. LEPSCHY, *La Linguistique structurale*, París, Payot ed., 1968; ELSOKO SAAR, «Sprache als Problem und Werkzeug der Juristen», *ARSP* (1967); Paul RICOEUR, «Structure et Hermeneutique», en *Esprit*, XXXI, n. 322. Sobre todos, Ferdinand DE SAUSSURE, *Curso de Lingüística general*, Buenos Aires, ed. Losada, 1969; V. SCARPELLI, *Contributo alla Semantica del Linguaggio normativo*, Torino, ed. Accademia delle Science, 1959; Z. G. ZIEMBINSKI, «Le caractère Sémantique des Normes juridiques», en *Logique et Analyse* (1962).

6.2. *Peculiaridad semántica del Derecho*

La peculiaridad semántica del Derecho radica en concreto en que fuera de unas pocas y a veces imprecisas nociones, el Derecho opera con el lenguaje usual: de ahí que el Derecho romano y el intermedio insistieran en que "non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudire debent" (CELSE, l. 7, § 2 D. de Supellectile legata, 33 1.^{er}). Los filósofos griegos se preguntaban ya si el lenguaje se regía por la naturaleza o por la convención; la discusión se ha prolongado hasta nuestros días³⁷. Y semeja el cuento de la buena pipa.

Cabalmente todos los intentos de conseguir un metalenguaje jurídico pueden obviar en gran parte esta particularidad del Derecho como universo semántico, y son ya muy abundantes los intentos desde distintas direcciones para la construcción de tal metalenguaje, pero con todo, aunque se facilite la labor del operador jurídico, se estará en el fondo desvirtuando la labor regulativa del Derecho, la comprensión por todos y por cada uno de los preceptos, al menos los más generales ordenadores de la vida en comunidad. Ha sido muy repetida la frase aplicada al Código civil napoleónico, pero de perfecta aplicación al nuestro de que, cuando un escritor quiera aprender a redactar debe releerse una parte del articulado del Código civil. El estilo, en efecto, es llano, al alcance de cualquiera, y hasta los términos que al hombre de la ciudad le son incomprensibles (foros, anticresis, censos) son perfectamente comprensibles por aquellos a quienes afecta en las regiones agrícolas donde se utilizan. El Código civil tiene en este sentido el carácter de un modelo de estilo y precisión en el lenguaje jurídico. Si se trata de regular un fundo, el Código civil, en todos los artículos, repite cuidadosamente el mismo término fundo. Si el objeto de la regulación es la servidumbre predial, el Código no tendrá empacho en utilizar a lo largo de toda la regulación el término predio, sin la tentación de buscar un sinónimo, que produciría o podría producir una oposición multipolar, tal como se la denomina en la semántica actual, contribuyendo a quitar claridad, aunque hiciera más ligero el texto.

Los términos jurídicos están así motivados por las mismas razones que el lenguaje, y de ahí la aplicabilidad de la estructura del

³⁷ Cfr. Christian NIQUE, *Iniciation Méthodique à la grammaire Générative*, París, A. Colin, 1972, p. 27.

lenguaje como sistema semántico al campo del Derecho. El lenguaje no es invención de nadie, porque es invención de todos, pues hasta los neologismos obedecen a necesidades comunes y no al capricho de quien los lanza, con más o menos éxito. Si tiene fortuna se insertan en el lenguaje y pasan a ser patrimonio común. ¡Qué lejos estamos, sin embargo, de Descartes, que pretendía eliminar del razonamiento toda idea que no fuera *claire et distincte*!

6.3. Definición legal y convención estipulativa del lenguaje

La propia teoría de la definición legal no es hoy sino una aplicación particular al mundo jurídico de la teoría general de la definición (Dubislaw), oponiendo a la idea de esencial (Aristóteles) el contenido del concepto (Kant) o de la regla que establece el uso de un signo (Carnap)³⁸. El lenguaje jurídico tiene su propia peculiari-

³⁸ Sin embargo, el Derecho ha sido siempre consciente de la necesidad de precisar sus conceptos y su lenguaje. El de *verborum significatione* romano no fue sino uno de los primeros pasos de tal andadura. Hay toda una extensísima bibliografía de los Comentadores medievales sobre el problema. Entre ellos hay que destacar B. CEPOLLA, «De verborum et rerum significatione», en *Opera*, Lugduni, 1578; Andrés ALCIATO, *De verborum significatione*, Lugduni, 1565. Ya antes, BARTOLO, *In Dig. Nov. de verborum significatione I. tugurii*, núm. 1; *In Dig. Vet. de rebus creditis si certum petetur I. bene est*; Jason de MAINO, *In Dig. Nov. de acquirenda vel amittenda possessione I. possessio appellata*, n. 24; Juan de IMOLA, *In Dig. Nov. de verborum obligationibus, I. de stipulationibus*, n. 8; Bartolomé DE SALICETO, hasta CUYACIO, CORACIO, ALCIATO, ZASIO, EVERARDO. Las dictiones podrían resolverse de cuatro modos diversos: *diffinitio*, *interpretatio*, *derivatio* o *allusio*. La *interpretatio*, llamada también *etymologia* ἔτυμος = verdadero), λόγος (discurso, palabra) era la *resolutio vocis ex proprio significato verbi* (BARTOLO-BALDO). La *allusio* era simplemente la *adsonantia vocabuli* quae aliquando ex sillaba, aliquando ex una litera sumitur... ut taberna dicuntur a tabulis». *Derivatio* o *conjugatio* indicaba no una correspondencia vocal o fónica, sino una relación de derivación jurídica: hereditas a heres, doctor a docere. Todos estos *loci argumentorum* concluían en un manejo amplísimo y casi ilimitado de la norma. De ahí la reacción del siglo XVI, que dio lugar a las distinciones de género y especie (EVERARDO, GAMMARO, OLDENDORP, VIGELIO, DONELLO, CANTIUNCULA) y las *distinctiones*, que aun manteniendo la naturaleza tópica de la argumentación, deslindaron, o lo intentaron al menos, su aplicabilidad a actos, tipos legales concretos, con elementos esenciales comunes. Se aceptó así el criterio porfiriano de *genus generalissimum*, *genus subalternum*, *species subalterna* y *species specialissima* (convenio, pactum privatum, pactum publicum). La *divisio* era la primera operación lógica y conjugada con lo anterior continuaba dando flexibilidad al Derecho a través de las reglas lógicas de formación expansiva: *genere remoto*, *removetur et quolibet ejus species*, *posito genere*, *ponitur qualibet ejus species*; *posita species*, *ponatur quoque genus oportet* (WESSENBECK). La *divisio* entre totum integrale y quantitatis y modo concluía igualmente en la argumentación entre el totum integrale y las partes integrales más partes substantiales (Pablo DE CAS-

dad semántica³⁹. El conjunto de significados jurídicos no son sino una parte del lenguaje, funcionando como un subsistema en el sistema general de significados. Compraventa, propiedad, cosa, pertenecen al lenguaje ordinario, sin quedar por ello dentro del campo de significación jurídica. Frecuentemente la correlación entre significante y significado, distinción introducida por Saussure, pierde su correlación cuando se escribe un significante en el mundo jurídico. Multitud de expresiones de uso común, al pasar al campo del Derecho, mudan de nivel y adquieren no sólo un matiz de metamorfosis, sino un significado diferente, en concreto el pretendido por el Derecho, pues hay un triple nivel lingüístico: el sintáctico⁴⁰, que considera los signos desvinculados de su significación y de la persona que los utiliza, el semántico según el contenido expresivo de los signos y el pragmático, según la utilización por el que utiliza tales signos. La distinción entre lenguaje legal-lenguaje de los juristas⁴¹, produce

TRO): posito toto integrale et qualibet ejus pars ponitur. No valía, por el contrario, a partibus ad totum. Cfr. KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, HALEN, Scientia Vlg. (1965), p. 18, nota 8, sobre los glosarios muy numerosos sobre el significado de las palabras.

³⁹ W. DUBISLAW, *Die Definition*, 3.^a ed. Leipzig, F. Meiner, 1931; CARNAP, *Philosophy and logical Syntax*, London, Routledge, 1935; AYER, *Language, Truth and Logic*, Victor Gollancz, Londres, 1936, t. esp. M. Roca, Barcelona, 1971 (1.^a ed. inglesa de 1936 con el título *Language; Truth and Logic*, London, Victor Gollancz, 1936); OGDEN-RICHARDS, *Il significato del significato* (trad. ital. PAVOLINI), Milano, Giuffrè, 1966 (la 1.^a ed. inglesa es de 1936); Héctor Neri CASTANEDA, «Ought and Assumption in Moral Philosophy», en *The Journal of Philosophy* (1960) 791; R. M. HARE, *The language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952; A. FLEW, *Essays on Logic and Language*, Oxford, Blackwell Scientific Publications, 1951; Carl G. HEMPEL, «Vagueness and Logic», en *Philosophy of Science*, 55 (1948) 297; del mismo, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leyden, ed. Sythoff, 1936; Arne NAESS, *Interpretation and Presiseness, A Contribution to the Theory of Communication*, Oslo, ed. Dybwad.

⁴⁰ En los debates que precedieron a la aprobación del Code napoleónico se suscitó el problema de mantener o eliminar las ficciones legales. TOULLIER protestaba en el sentido de que la ficción es indigna de la majestad del legislador, que no tiene ninguna necesidad de ella, ya que puede ordenar directamente lo que quiera. A lo cual MARCADE respondió: es precisamente por esa misma razón de que el legislador puede hacer y ordenar lo que quiera, por lo que puede crear tantas ficciones como desee. Cabalmente por el argumento de TOULLIER el Presidente norteamericano HOOVER vetó una ley en junio de 1930, dictada para que los veteranos —de la Primera Guerra Mundial— enfermos en el período 1925 al 30, tuvieran asimilación por presunción los heridos en dicha guerra. Sobre el aspecto político del tema, entre muchos, Cfr. BLANKENBURG-H. TREIBER, «Bürokraten als Politiker-Parlamentarer als Bürokraten. Empirie des Entscheidungsprozesses und Gewaltenteilung», en *Die Verwaltung*, 1972, pp. 273 a 786.

⁴¹ Inicialmente tratado en 1948, en ZIEMBLINSKI, «Le caractère semantique des normes juridiques», en *Logique et Analyse*, 1962. Cfr. Jerzy WROBLEWSKI,

la falta de distinción clara entre los dos tipos de lenguaje. En todo lenguaje habrá siempre: a) la *denotación*, o sea, lo que los términos significan, lo que nombran; b) el sentido (Sinn), que es lo denotado, y puede variar con el tiempo y con el sujeto que usa el término ⁴².

«Prawo i Logiczna Analiza języka», en *Zycie Nauki*, 7 (1949) 44; id. «Język Prawny a teoria dogmatyki prawa», en *Panstwo i Prawo*, 57 (1958) 57, G. WILLIAMS, «Language and The Law», en *The Law Quarterly Review*, 1945-46; N. BOBBIO, «Scienza del Diritto e analisi del linguaggio», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* (1950) 342. Para el Derecho, como se verá más adelante, vale el diálogo de Humpty Dumpty con «Alicia en el País de las Maravillas»: «Cuando yo uso una palabra —dijo Humpty Dumpty en un tono más bien desdenguado— esa palabra significa exactamente lo que yo quiero que signifique. Ni más ni menos.

La cuestión está —dijo Alicia— en si Vd. puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

La cuestión está —dijo Humpty Dumpty— en quién es el que manda. Esto es todo».

Cfr. Infra el significado de *hijuela*, *hipoteca*, *servidumbre*, *asociación*, *causa*, *coalicción*, *comisión*, etc. El caso de *prenda*, *sin desplazamiento*, es lógicamente una *contradictio in terminis*, pero responde al mismo carácter convencional de las definiciones del Derecho. Igual oposición *equipolente* implica *hipoteca mobiliaria*. Naturalmente que es más fácil el tipo de oposición *bilateral equipolente*, *locatio conductio*, *emptio-venditio*, predios *dominante-sirviente*, pero el Derecho actual actúa, no al estilo romano de la *contrapositio idempotente*, sino como tipologías únicas, desde el siglo XVIII: Arrendamiento, censo, venta, servidumbre, y no por capricho, sino porque así se abría el abanico a nuevos tipos, se descerrajaba el sistema jurídico, para acercarlo a la vida. Dicho en términos más actuales, los *semas* (átomos del lenguaje) se articulan en *lexemas*, no opositivamente, sino conjuntamente. Los *semas* se articulan en *clasemas* contextualmente: la identidad del nivel del razonamiento se mantiene en el *clasema* al conservar el *sema* (o el *semema*, como se le denomina al actuar fuera de su atomismo), en el mismo sentido. Obsérvese que la lingüística coincide con la isomorfía jurídica. *Sema* es la especificación singular del significado. *Sema* es la unidad significativa. *Lexema* es un conjunto de *semas* referidos a un objeto común de mundo significado: Pertenece al discurso, y no a la lengua. *Sema* y *semema* se contraponen: el primero mira al significado abstractamente, sin tener en cuenta su posición en el discurso. Pertenece a la lengua (*langue*), mientras que el *semema* se mueve en la *parole* en el contexto. Al *semema* contextual, en el nivel de discurso, se denomina *clasema*: implica la coherencia y el sentido del mismo discurso. Hasta el *fonema* puede ser relevante en Derecho, para el tema de similitud de marcas. Cfr. S. 6 julio 1971 (A. 3925), entre muchas. Es conveniente insistir en las definiciones de los términos usados. La noción de fonema tiene su origen en SAUSSURE. Para dicho autor el fonema es «la imagen acústica» correspondiente a un sonido material determinado. El fonema se define así como la «suma de las impresiones acústicas y de los movimientos articulatorios de la unidad oída y de la unidad hablada, que se condicionan recíprocamente». V. Georges MOUNIN, *Saussure, presentación y textos*, Barcelona, ed. Anagrama, 1969, pp. 56 y ss., y SAUSSURE, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, ed. Losada, 1969, p. 93.

⁴² Cfr. Juan Ramón CAPELLA, *El Derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 31. Sin embargo, la doctrina hasta 1850 se preocupó fundamentalmente de las definiciones, conscientes de que marcaban no sólo el sentido,

6.4. *Sinonimias, polisemias, equivalencia y pluralidad de sentidos*

El apotegma de la no interpretación, en los casos de sentido jurídico claro, pasa así a ser algo subjetivo frente a las anfibologías con que el lenguaje jurídico se produce frente al lenguaje usual. Entre ambos hay sinonimias y polisemias, equivalencias y pluralidad de sentidos. Claramente se deja ver, por ejemplo, que cuando la Ley Hipotecaria (arts. 145 y 159) caracteriza la hipoteca, lo hace definiéndola como derecho real de concepción registral; mientras que la Ley de Administración y Contabilidad, al hablar de las hipotecas tácitas a favor de la Hacienda Pública, está hablando más bien de un derecho de prelación, en concurrencia con otros acreedores, que de un derecho de hipoteca como tal, y así se ve al comparar el artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad con el artículo 16 de la Ley

sino también el linde de las normas. No ya en Glosa, o en los Comentadores, sino en el Humanismo de los siglos 16 y 17, precursores de la Ciencia del Derecho del siglo XIX (WOLF), será obsesivo el problema de la definitio. Cfr. G. WESENBERG, *Neue Deutsche Privatrechtsgeschichte in Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr, 1954. Así en Pedro Amores GAMMARO, «Dialectica legalis seu de modo disputandi ac ratiocinandi in jure», en *Cynosaura*, op. cit., con reediciones en 1514, 1536 y 1543. (De extensionibus, en J. APELL, «Dialogues de studio juris recte instituendo exercendoque interlocutores tres Albericus, Sempronius, Sulpitius», en *Cynosaura*, op. cit., p. 173), que separa definitio, divisio, causa, effectus, contraria y circumstantiae: el modus definiendi, et argumentandi son esenciales. FREGIO (*Partitiones juris utriusque*, Basileae, 1571): definitio, divisio, distributio, genus et species. HEGENDORF (*Oratio de artibus futura jurisconsulto necessariis et frugiferis comparandis, item consilium de compendiaria discendi jura civilia ratione*, Hagenaue, 1529), distingue la dialéctica como *contracta et quasi adscripta eloquentia* y la retórica como *dilatata dialectione*. La idea era aristotélica, pero a través de Cicerón (definitio est oratio id quod definitur, explicat quid sit). *Idem* en A. ALCIATO (*opera*, Basileae, 1550, I, c. 3), DONELLO, LUZACIO, CORASSIO, CONNANO, etc. Cfr. V. PIANO MORTAR, «Dialettica e giurisprudenza, studi sui trattati di dialettica legale del sec. XVI», en *Annali di Storia del Diritto*, 5 (1957) 315. Así como los conceptos de orden son distinguibles objetivamente de los conceptos de clase (graduación, frente a si-no) muchas veces la definición de una orden jurídica depende del lenguaje utilizado. Así, en el ejemplo que pone VOJIM DIMITRIJEVIC, de la Universidad de Beograd. Aquí no se fuma «Ovde se me pusi» es en croata equivalente a *no fumar*, y al mismo tiempo a algo descriptivo-valorativo: Todo lo que se haga en este cuarto es no fumar. Cfr. en el mismo sentido que ya Kelsen intuyó, RADOMIR LUKIC, *Vudd v pravo*, Beograd, Univ., 1974. Es la mayor objeción a la diferencia que Jerzy WROBLENSKI establece sobre normas descriptivas y evaluativas (seguido por KALINOWSKI). Cfr. en general F. EBEL, *Ueber Legaldefinitionen Rechtshistorische Studie zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, Insbesondere ueber das Verhaeltnis von Rechtsetzung und Rechtsdarstellung*, München-Berlin, Dunker-Humblot, 1974.

de Entidades Estatales Autónomas, o al concretar el artículo 8 del Reglamento Hipotecario las cargas reales. La misma palabra hipoteca tiene, por razón de origen, un significado totalmente diferente, significado que alcanza también a las consecuencias jurídicas y que no es pura y simplemente un problema de polisemia que pertenezca al mundo de lo especulativo o a la ciencia de la semántica. A la inversa, dos términos pueden tener idéntico significado jurídico. Así, la sentencia de 16 de febrero de 1891 indicó en materia de testamentos que *formalidades* y *solemnidades* son sinónimos jurídicamente, por referirse ambas al modo o forma de hacer el testamento.

Según el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, el demanio del Estado está excluido de inmatriculación. El número segundo de este artículo remite en cuanto a la inmatriculación del demanio de las Corporaciones Locales a sus reglamentos específicos... Al promulgarse la Ley Hipotecaria el carácter demanial de los edificios afectados a servicios públicos era dudoso. La duda quedó eliminada por la Ley de Patrimonio del Estado, que los califica inequívocamente como demaniales si están afectos a un servicio público. Implícitamente el criterio de la Ley Hipotecaria era el de la ostensibilidad del uso público, uso común o destino al servicio público, siguiendo las huellas del artículo 339 del Código civil. Ello produce y ha producido un sinnúmero de complicaciones y contrasentidos legales. Así, la zona marítima costera, ostensiblemente de dominio público, admite enclaves privados si están inscritos en el Registro y gozan de protección de tercero hipotecario (salvo juicio declarativo promovido y ganado por la Administración, basado en la falta de buena fe en la ocupación de algo ostensiblemente demanial, o si se quiere atinente al clásico demanio natural). Los edificios municipales se inscriben obligatoriamente (art. 35 del Reglamento de Bienes); los estatales sólo antes de afectarse (art. 55 de la Ley de Patrimonio del Estado).

También en este mismo terreno, el contagio lingüístico ha ocasionado que se pudiera alguna vez hablar del interdicto propio para recuperar el demanio, *sine auxilio judicis*, pero sólo dentro del año y día, olvidando que claramente la Ley de Régimen Local habla para este conjunto de "en cualquier momento" y que la compulsión directa está autorizada por la Ley de Procedimiento Administrativo sin plazo contra despojos o perturbaciones demaniales. La recuperación del demanio no es un interdicto: la culpa aquí es de la vieja legislación que arranca de 1835 y de la dogmática.

Polisemia aparece con el término *título*⁴³. Aparte del Código de Comercio y del Derecho penal y administrativo, sólo en el Código civil tiene los siguientes sentidos: 1) Causa de atribución patrimonial que paraliza la acción de enriquecimiento sin causa (art. 1901 del Código civil). 2) Fundamento de adquisición de un derecho real (teoría del título y el modo —arts. 432, 464, 1953 y 1959—). 3) Documento que prueba la existencia de un derecho a favor de una persona (artículo 448). La polisemia indica confusión, por ejemplo en el artículo 448, según el cual “el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título,

⁴³ Cfr. LALAGUNA, *Jurisprudencia*, op. cit., pp. 2-4; A. D'ORS, «Títulos», en *Anuario de Historia del Derecho español* (1953) 495; cfr. G. LÓPEZ MADERA, en 1586, p. 180: «Si autem propositionem, quam probato jurisconsultus, de possessione naturali, id est, de detentatione intelligas, est plane absurdum, quod, asserat, simul duos is eodem fundo asidere nom posse. Si vero de civili et probationem de naturali, male cohaerent nihil que probatio sufficeret». Según VÁZQUEZ DE CHÁVEZ (1617), «Bona fides in proposita materia, nihil aliud significat quam rem alienam ignorantiam (id est conscientiam alieni non habere)» (§ 6). Y más abajo repetirá: «Im omne praescriptione desideratur titulus, non tamen oportebit illum probare nisi ubi expresse adesse praecipitur et est casu in usucapione et praescriptione rerum quae capi et apprehendi possunt.» Sigue prácticamente con la actual solución jurisprudencial, a 400 años vista. Por eso el primero y principal problema de la interpretación en cualquier época es el *sentido normativo* de la palabra más usual. Y ello se complica con la teleinformática jurídica o juscibernética, precisada al dar los datos de una adecuación jurídico-valorativa, pues de otro modo el ordenador es un desordinateur (cfr. Georges ELGOZY, *Le Péril informatique*, París, ed. Calmann-Levy, 1972); M. LOSANO, *L'informatique et la tradition juridique*, en *Law Computers and government Comtes Rendues de la Bangkok World Conference*, septiembre 1969, y en *ARSP*, 58 (1971) 102; K. L. BLAK, «Indexing system for legal data retrieval of electronic date processing to legal research», *M.U.L.L.*, diciembre (1960) 174; J. R. CADES, en «Jurimetrics and general Semantics», en *M.U.L.L.*, marzo (1964) 18; atrevido es el artículo de R. C. CROSS, *Documentation automatique, problèmes de programmation en SYUNTON*, «Un système général de documentation automatique» (*Rapport Euratom*) Bruxelles, Presses academiques europeennes, 1964 (4 tomos); Jean Marie BRETON, «Indexation juridique —indexation des mots clés ou texte integral—. *Informatique & Gestion*, 8 (1969) 25; RANDALU, «Tarjetas perforadas en la Ciencia y la práctica jurídica», en ruso, en *Juridischenko literatura* (1969). Sobre las dificultades, cfr. Spiros SIMITIS, *Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung*, Karlsruhe ed Mueller, 1970. Sobre todo *World Conference on Informatics in Government Papers in the W.I.C.G.*, Fiorenza, 16-20 octubre 1972 (2 volúmenes). Antonio E. LUÑO PEÑA, *Juscibernética y metodología jurídica*, Madrid, 1970, y *Juscibernética y España*, 1971; sobre el *thesaurus*, cfr. Vincent-Jean Raymond GUILLON, *La logique des Termes juridiques*, París, ed. Dalloz, 2.^a ed., 1972; IFIP-ICC, *Vocabulary of Information Processing*, Amsterdam, North Holland, 1966; Mario PEI, *Glossary of Linguistic Terminology*, N. York-London, Columbia Univ. Press, 1966; UNESCO, *Principes directeurs pour l'établissement et le développement de Thesaurus scientifiques et techniques, monolingues destinés a la recherche documentaire*, SC/MD, 201 (1970); UNESCO, *Unisist Program*, 1971.

y no se le puede obligar a exhibirlo". Parece que se refiere a documento (exhibición), pero del contexto se deduce con claridad que se refiere a causa o fundamento de la adquisición de un Derecho real. Igual sucede con posesión natural (art. 430), sobre el que tanta tinta se ha vertido.

6.5. *La juridicidad de los vocablos*

No sólo las palabras propiamente jurídicas, para el jurista todo vocablo es normativo⁴⁴. Véase entre muchísimos ejemplos citables qué es *amenaza*. Cualquiera lo sabe, pero el jurista ha de definirlo. Así, la sentencia de 24 de abril de 1967 (A. 1799): «La acción de amenazar es relativa en sí y en sus efectos, pues el miedo concreto que la amenaza produce violando la libertad del sujeto pasivo, es enteramente subjetivo y variable según las circunstancias e incluso el temperamento del sujeto amenazado, por lo que en cada caso debe ser ponderado de quién parte la amenaza, a quién se dirige y qué efectos puede producir en su ánimo, y si tiene la entidad suficiente, sobre todo en las condiciones: primero, para turbar la volición y después para conseguir que se realice aquello que es contrario a la voluntad del amenazado, y que no hubiese llevado a cabo sin el acicate de la amenaza; aunque preciso es reconocer que nuestro art. 493 objetiviza la acción —«el que amenazare a

⁴⁴ Cfr. por todos Karl CLAUS, «Semantik im Dienste des Rechts», *ARSP* (1963) 375; cfr. Títulos-valor, cambial, acción, obligación, capacidad, causa, concurso, confusión, ejecución, exceso, motivos causa revisión, orden, violencia, por no citar más que unos pocos casos de ambigüedad (que en griego llamaban los gramáticos anfibología). El intérprete jurídico se encuentra enfrentado de buenas a primeras con esta lógica del lenguaje, que probablemente le resolverá la mayor parte de su problemática: el sentido del *título* (colisión entre 464 y 1955 C. civil, colisión entre artículo 321 C. civil y Ley 24 abril 1958; artículos 51 versus 68 C. civil). El jurista hace su reducción deóntica de ambilógicos y unívocos sentidos (distinguiéndolos en la vieja técnica del *prae-mitto, sciendo*). Casi todo, su labor se quedará —como hasta ahora— en la lógica más o menos formalizada (pero respondiendo sin pasar a través del metalenguaje) a la lógica semántico-jurídica. A lo más, pasará en la interpretación de la *ratio legis* a la *occasio legis* para aclarar dudas de leyes inactuales (artículo 42, O. M. 10 marzo 1941, Ley 24 abril 1958), o el artículo 321 (nueva redacción necesaria ante la S. T. S. de 29 de febrero de 1901, o Sentencia de Galdós, modificada por ley 20 diciembre 1952). La lógica semántica es la más operativa para el jurista, pero no para el cálculo deóntico de normas que apunta el edictor de normas y a otro tipo de jurisconsulto. Cfr. sobre semiótica jurídica Sygmunt SIEMBINSKI, «Le caractere sémantique des Normes Juridiques», en *Logique et Analyse* (1962) 54; Francisco PUY, «La logique juridique (Travaux du II Colloque de Philosophie du Droit Comparé, París, 1967, p. 126), y la amplia bibliografía hasta 1963 de Amadeo CONTE, Ernst FORSTHOFF, *Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle, 1940; Helmut HATZ, *Rechtssprache und Juristisches Begriff*, Stuttgart, 1963; Arthur KAUFMANN, «Die Geschichtlichkeit des Rechts in Lichte der Hermeneutik», en *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt/Main, 1969; Elk OKSHAR, «Sprache als Problem und Werkzeug der Juristen», *ARSP* (1967) 94.

otro»—con independencia de que el efecto intimidativo se consiga o no; pero no obstante, la doctrina y la jurisprudencia han exigido para reconocer la existencia del delito: a) la realidad material del peligro y del trastorno en el ánimo del sujeto pasivo; b) la eficacia de la intimidación acreditada por el cumplimiento de la condición, aunque naturalmente el hecho de que el conminado no se pliegue a las exigencias, no priva de ilicitud a la amenaza inicial; c) el no ser esencial la posibilidad real de cumplimiento cuando no se trate de una manifiesta y notoria inverosimilitud, pues la cuestión no estriba tan sólo en la realidad del mal y en sus posibilidades de ejecución abstractamente consideradas, sino en el efecto que la intimidación produzca sobre el sujeto pasivo; d) el no depender la existencia del delito de que el amenazante tuviera o no la seria intención de cumplir el mal futuro con que intimida, pues lo que importa no es el verdadero propósito del culpable, sino las consecuencias que su amenaza produzca en el destinatario; e) la injusticia del mal, si bien en principio puede ser lícito el conminar con un mal que pueda o debe imponerse tal conminación se convertirá en antijurídica si se condiciona su no actuación mediante precio o imposición de un hacer que ya de por sí resulte injusto.»

6.6. *Términos nuevos y arcaicos*

Ya no es cierto lo que decía IHERING de que el Derecho es como el idioma de un pueblo, un producto interior ordenado de su historia: es, por el contrario, el fruto de una política, pues la ley no consagra sólo la costumbre, sino que aspira hoy por doquier a conformar una Nueva Sociedad: con mayor, menor o nula participación del ciudadano es otro problema que hay que soslayar aquí por apartarse del tema. De ahí que las letras del alfabeto del Derecho deben ser más numerosas que las del lenguaje y exijan una exactitud y corrección mucho mayor. La particularidad de la semántica jurídica es justamente este correlato con la historia y la política, y aun si se quiere en el conjunto del Derecho civil, con el sentimiento jurídico de un pueblo. En este sentido son estructuras similares a las del lenguaje primario. Por otra parte, el Derecho no se crea de un golpe, sino que es el producto evolucionado de muchos años. Cuanto más próxima sea la redacción de una Ley, más transparencia adquiere el sentido de sus términos⁴⁵; cuanto más lejana, más se irá progresivamente perdiendo la motivación semántica de los términos jurídicos. Un salto de pie de presa es aún, según la vigente y centenaria Ley de Aguas, un *artefacto*. Los términos más cercanos (escalafón, acto administrativo, base liquidable, acción de oficio), sugieren ya

⁴⁵ Cfr. LEISNER, «Antigeschichtlichkeit des oeffentlichen Rechts», en *Der Staat*, 7 (1968).

de modo directo el contenido propio del término, pero esto no sucede cuando los términos jurídicos tienen su origen más remoto⁴⁶. Los más próximos son transparentes, los más remotos han sido ya recubiertos por el moho del tiempo que produce la opacidad del propio lenguaje, aunque en su origen permitieran adivinar su contenido. Pensemos en el propio término de *mostrencos*⁴⁷. Con frecuencia aparecen términos jurídicos que se resisten a la definición,

⁴⁶ Hay aún más: el uso del término como definiendum y sugeridor de sentimientos en el operador jurídico. PARETO habla ya de cinco puntos de uso argumentativo de las palabras:

1) Términos indeterminados (normalmente a través de sorites o silogismos en cadena, alguno de cuyos términos hacen nacer sentimientos indeterminados e irreales).

2) Términos indicadores de una cosa y que hacen surgir sentimientos accesorios: el que permanece en la fe es perseverante, el que lo hace en la herejía es obstinado. Así, el término polivalente de libertad.

3) Términos polisémicos (sumo, bien, verdad, naturaleza).

4) Metáforas y alegorías.

5) Términos vagos que concluyen por aparecer como una simple música de vocablos.

Cfr. N. BOBBIO, «Pareto e la Teoria dell'argomentazione», en *Revue Internationale de Philosophie*, 58 (1961) 388. En la lógica moderna se distingue:

1) Un mismo grupo de definiciones auténticas que comprende (DUBISLAW):

a) Las definiciones explícitas, la definición se da en forma de ecuación, signo de definir (definiendum en función de definiens ya conocido) todo elemento del definiens tiene que ser ya conocido y claro.

aa) Definición explícita en sentido estricto es una definición en que el definiendum consta sólo al nuevo signo.

bb) Definiciones de uso son las que contienen nuevos signos y, otros, el nuevo signo no tiene de suyo significación alguna previa; mas en ellas se indica qué significación tendrán las proposiciones en que aparezca tal signo.

b) Las implícitas (postulados o axiomas): un cálculo axiomático precisa fijar las relaciones lógico-formales entre los signos no lógicos que intervienen. Son signos convenidos.

c) Por abstracción, en que se forman círculos o clases de igualdad.

d) Por coordinación, prescripciones de interpretación del cálculo en cuanto tal cálculo tiene que representar un determinado dominio de objetos.

e) Definiciones impropias o pseudodefiniciones.

Cfr. V. KLUG, *op. cit.*, pp. 134 y ss., y G. W. LEIBNIZ, *Opusculæ et fragmenta inedita*, Hildesheim, ed. Georg Olm, 1966, p. 258: «Definitio satis perfecta est, si ea semel explicata dubitari non potest an definitum sit possibile. Si una ex definitionibus eligatur, caetera ex ea demonstrantur ut proprietates. Unaquaeque proprietas reciproca totam subjecti naturam exhaustit, seu ex unaquaeque proprietate reciproca ducit possunt omnia, *Requisitum* est quod definitionem ingredi potest.»

⁴⁷ Derogada la Ley de 9-16 de mayo de 1835, por la Ley de Patrimonio del Estado, que absorbió su contenido, pero prescindiendo del término *mostrencos*. Quizás ni Cela tenga conocimiento del origen de la expresión —hoy de mal gusto— de exigir algo, «por huevos». Procede de un término forense *por huebos* (*opus est*, es preciso), sustituido hoy por la fórmula usual de «por ser de Justicia» en los escritos procesales. Poseer, estado, deposición, son también polisemias extremas.

sin dejar por ello de tener sentido jurídico⁴⁸. No son palabras vacías, *hollow-words*, sino conjuntos tan hechos (idea del servicio público) que se resisten a la definición. Olivecrona se refiere a la definición, por ejemplo, de dólar o peseta, que se hace *idem per idem* (The problem of monetary unit, N. York, 1957), y que es convencional y variable, WITTGENSTEIN ha puesto de relieve la imprecisión rica en flexibilidad de toda lengua al hablar de "conceptos con bordes embotados comparables a las fotografías antiguas ya borrosas", aunque añade, "¿es siempre una ventaja reemplazar un retrato confuso por otro bien delineado?, ¿no es, con frecuencia, lo confuso lo que necesitamos?". Con frecuencia, y más en el Derecho administrativo, hay una constante tensión entre el Derecho y lenguaje⁴⁹. El jurista quiere delimitar con todo rigor, mientras que su vehículo de expresión, por su connatural flexibilidad, ofrece variados aspectos y matices que producen la incertidumbre del sentido de la norma. Así, la Sentencia de 30 de septiembre de 1967 (A. 3834), "no cabe acudir a posibles equivalencias gramaticales" para el rigorismo formal del artículo 1720, Ley Enjuiciamiento Civil⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. VOGEL, *Der Räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnorm*, 1965. Así acaece con la idea del Servicio Público, por ejemplo. OLIVECRONA, *Legal Language and Reality in Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962, p. 170. Por razones diferentes, el término importado del francés de «establecimiento público» que recoge el Código civil y la primera Ley de Beneficencia, no tiene hoy el alcance general que en el país de origen, y es más bien una expresión concreta para casos específicos y no categorial. Que hay remisiones al vacío lo ha demostrado Lorenzo MARTÍN RETORTILLO respecto al inexistente Reglamento para las multas de orden público, sin que aún ninguna Sentencia se haya hecho eco de esta absurda anomalía. Por el contrario, la Jurisprudencia ha aceptado plenamente las doctrinas del acto separable (*acte détachable*), conceptos jurídicos indeterminados (traducción literal del alemán *unbestimmte Rechtsbegriffe*) (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, A. I. Civitas, *Revista de Occidente*, 1974, pp. 292 a 299), aunque encuadrándolas en el control de la discrecionalidad (al estilo de HECK), y no en la estimativa jurídico-valorativa, al que pertenecen. Igual con el control judicial de los *hechos determinantes*, conceptos normativos y cláusulas generales que suponen una pareja importación, también sistemáticamente enclavadas —y ello es muy dudoso lógicamente— en el control de la discrecionalidad, salvo en esta obra.

⁴⁹ Un gran poeta, SOUTHEY (citado por WRIGHT, «Law from Lay classics», *Illinois Law Review*, 12 (1918) 408), llegó a decir respecto al manejo jurídico del lenguaje: comparado con el teológico, pues éste es «A fundamental rule of interpretation... that the words and phrases of Scripture are to be understood in every sense of which they are susceptible». Pero los juristas van más allá: «They deduce from words not only every thing that they can possibly signify, but sometimes a great deal more; and sometimes they make them bear a signification precisely the opposite to what they were intended to express».

⁵⁰ Cfr. sobre el tema en general J. L. MONTROSE, «Syntactic (Formerly Am-

6.7. *Definitio y descriptio: el sentido peculiar de las palabras en el Derecho*

De ahí la frecuencia con que términos incluso iguales, y a veces hasta elementos estrictamente jurídicos, aparecen definidos en el conjunto del Derecho civil o en los grupos normativos del Derecho administrativo. En la esfera jurídica se delimitan los significados a los propios efectos, aunque contradigan no ya el significado general, en el lenguaje común, sino incluso dentro de la propia estructura del Derecho. Son las llamadas definiciones estipulativas⁵¹. La definición estipulativa es terminología moderna, pero la solución es antigua y no escapó a los juristas del Renacimiento, que la denominaron *descriptio*. Y así en OLDENDORP, "Impropia definitio quae est descriptio vocatur, est qualibet rei designatio", y lo más importante, aclaraba a continuación la fuga de todas las argumentaciones lógicas o tópicas en tal caso: "Ex definitione ducitur validum argumentum, non ex descriptione." Cabalmente eso es lo que intenta la Ley al fijar una definición estipulativa "a sus efectos solo".

Funcionario es diferente para el Código penal que para la Ley de Funcionarios del Estado o la Ley de Contratos del Estado. No es solamente un área de significado lo que se pretende delimitar, sino que se aspira a elevar a un plano diferente por su inserción en el grupo normativo de la definición de un término usual. Esta posibilidad de auto-definición de los grupos normativos y de los conjuntos

phybulous) Ambiguity», en *Modern Uses of Logic in Law* (MULL), junio 1962, p. 65. Más generalmente ERNS FORSTHOFF, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle, 1940; HELMUT HATZ, *Rechsspreche und juristischer Begriff. Vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes*, Stuttgart, 1963; HANS SPIES, «Gesetzeswortlaut und Auslegung», en *Deutsche Richterzeitung* 34 (1956) 168. BACON decía ya: «Obscuritas legum a quattuor rebus originem ducit: vel ab accumulatione legum nimia, praesertim admixtis obsoletis; vel a descriptione earum ambigua, aut minus perspicua et dilucida: vel a modis enucleandi juris neglectis, aut non bene institutis; vel denique a contradictione et vacillatione judiciorum» (tractatus de Fontibus Universi Juris, aphorismus 52): y añadía: «descriptio legum obscura oritur aut ex loquacitate et verbositate earum» (*Aphorismus*, 65). Sobre BACON, cfr. ENRICO DE MAS, «Norma e sanzione giuridica in F. BACON», en la *Norma Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1960, páginas 138 y ss. Sobre la vaguedad de los términos —que V. IHERING lamentaba—, cfr. GERHARD LEDIG, «Zwei rechtstheoretische Fragen», en *RIFD* 6 (1966) 259. Según la regla 30 de BONIFACIO VIII: In obscuris minimum est sequendum y (r. 45): Inspecimus in obscuris quod est verosimilius vel quod plerumque fieri consuevit.

⁵¹ ROBINSON, *Definition*, Oxford, 1954, p. 9; IVANHOE TEBALDESCHI, «Aspetti semantici e neo-retorici», en *RIFD*, d. 43 (1966) 970.

produce, dentro de la semántica, un fenómeno curioso y peculiar, cual es el de la distinción del significado propio del uso común. La hipoteca de aeronaves no es una construcción semántica ilógica, pues lo que se pretende es una economía atribuyendo a las aeronaves todo el régimen general establecido en principio para bienes fundiarios. "El vocablo *hijuela* significa cosa, rama o tramo anexo y subordinado a otro (S. 5 abril 1961, A. 1534, S. oct. 1968, A. 4647), y ello solo para el Reglamento de 9 de diciembre de 1949 sobre Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera, pues tiene otros sentidos jurídicos (por ejemplo en la partición hereditaria); mas ninguna que coincida con el uso común de filiación. Por el contrario, *asociación y coalición* es jurídicamente irrelevante, pues son sinónimos a efectos penales (Sentencia septiembre 1968, A. 4001), e igualmente *Comisión* (Sentencia 16 febrero 1967, A. 719). Acción es polisémica, según actúe en el Derecho penal, procesal o mercantil (sociedad por acciones). Igual acaece con el semema *título o carta* (carta de naturaleza frente a carta).

La sinonimia o polisemia se evitan con definiciones propias de cada grupo normativo, produciendo así la precisión deseada por el jurista. La imprecisión, por el contrario, es motivada por cambios de aplicación, homónimos reinterpretados y préstamos semánticos. *Pródigo* no es lo mismo en el lenguaje normal que en el lenguaje jurídico, como antes se ha visto, respecto de la hipoteca tácita o expresa. La honrosa palabra *liberal* ha causado no pocos disgustos por su polisemia actual. Por otra parte, a su vez dentro del lenguaje jurídico hay distintos niveles de utilización semántica, pues hay un lenguaje diverso para el legislador, los jueces, la Administración, los abogados o los juristas teóricos. Toda aquella exigencia de las Partidas de la utilización de palabras buenas llanas "e paladinas, de manera que todo hombre las pueda entender o retener", desaparece ante la tecnicidad precisa de las formulaciones jurídicas.

6.8. *Términos extranjeros y su uso en ordenamientos diversos al de origen*

Los préstamos del lenguaje extranjero contribuyen más a esta polisemia. NUSSBAUM estudió, en 1950, los distintos aspectos del *trust*, que ya entonces había hecho aparición en Europa. Pensemos en el uso corriente de know how, royalty, swap, switch (operación

mercantil-voluntaria trilateral)⁵², banalización y pool de servicios aéreos.

El fenómeno no es de hoy, ni peculiar en España.

El mismo término de *responsabilidad* fue introducido en el Common Law (responsability) por Ben Johnson en 1599, en el sentido de *correspondent*, respondiendo a algo. Pasó al sentido de *liable* en el Parlamento, en 1643 (respuesta a un cargo) y es utilizado en 1691 por John Locke como capaz de cumplir un deber (trustworthy). En el latín no es encontrable sino en el bajo latín del siglo XIV, derivado del francés⁵³. Antes se utilizaba *causa actio*, como traducciones del griego *αἰτία* y *ἀναγὰς*. En Alemania se importa en 1644. Igual sucede con *imputación*, usado por Cicerón como verbo (imputare) y aparecido como sustantivo en los apologetas cristianos con rápida expansión⁵⁴. Es una razón más de prudencia para todo traductor de Derecho. No digamos nada de las anfibologías inglesas: *delivery* es parir o entregar. Excuso decir el efecto de una mala elección de significado al traducir. Hacer el amor puede ser flirtear en español, pero no en francés; la remisión a una ley se llama en italiano *rinvio*, porque *remissione* quiere decir perdón. (De ahí el mal uso que se hace del término reenvío. En ruso *ikrá* es, o pantorrilla o caviar; también en italiano *cazzo* no es precisamente cazo u olla; ni en portugués espantoso tiene su traducción literal en español. En alemán, *ein bischen* puede ser un poco o un bocado; en chino *mao* es, o caballo o pelo. En *lilja pige* es dos cosas bien diferentes en noruego o sueco. En polaco *draznic* es, o estimular o aburrir, hastiar. No hay idioma que escape a la polisemia. Podrían multiplicarse los ejemplos ad infinitum.

A veces el texto legal lo acoge, y así sucede con la introducción en la Ley de Patrimonio del Estado precedida por la doctrina y la jurisprudencia del término *afectación jurídica*, término que vino a significar, según el Diccionario, un auténtico dislate, pero que ha venido a reemplazar el vocablo utilizado en el Código civil de *destino de las cosas*.

⁵² Cfr. Christian DE WULF, *The trust and Corresponding Institutions in the Civil Law* (prof. Jean LIMPENS), Gent. Bruylant, 1965. Paul DEMIN, *Le contrat de know-how, étude de sa nature juridique et du régime fiscal* (prof. van HECKE), Bruxelles, Bruylant ed., 1958.

⁵³ Cfr. Charles de Fresn DUCANGE, *Glossarium Mediae et infimae latinitatis*, París, Niort, 1833-87, palabra *responsabilis*. Cfr. Richard Mc KEON, «The Development and the significance of the concept of Responsibility», en *Revue Internationale de Philosophie*, 39 (1957) 3.

⁵⁴ S. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo Cantabrigiae*, 1672, I, Del I par, 4, p. 3; del mismo, *De Officio Homini et Civis, Juxta Legem Naturalem*, Cantabrigiae, 1682, t. I, cap. I, par. 17, pp. 8-12; C. WOLFFIUS, *Philosophia Practica Universalis. Methodo Scientifico Pertracta*, 2.^a ed., Halae Magdeburgicae, P. I, cap. I, par. 12 y 55; KANT dará al término su sentido actual (*Die Metaphysik der Sitten; Einleitung der Methaphysik der Sitten*, IV (*Philosophia Practica Universalis, Immanuel Kants Werke*, ed. CASIRER, Berlín, 1922), vol. VII, p. 25.

Igual ocurre con la expresión de *casar* una Sentencia, que, por el carácter del otro significado al que es polisémico, más sugiere confirmarla que quebrantarla. Del Derecho francés pasó tanto el significante como el significado, pero coincidiendo en este caso, como en el de la afectación, que pasan tanto el término como el sentido, con lo que la polisemia producida tiene carácter más radical (Pastor Ridruejo).

Por este fenómeno una lengua entrega a otra un significado peculiar del término paralelo, que convive con el originario produciendo la polisemia. La claridad, pues, se va restringiendo de manera progresiva. Incluso si se intenta ver una claridad en el llamado contexto verbal es también aquí inescrutable, pues en el Derecho civil la voluntad negocial se refiere a los actos coetáneos y posteriores, con lo que la claridad no se alcanza con el contexto verbal, sino dentro del contexto vital o de situación ⁵⁵.

6.9. *El proceso de elección entre la diversidad de significados*

En el Derecho, y más singularmente en los grupos normativos de la Administración, la masa de significados que configura particularmente un lenguaje determinado descubre definiciones que crean significados peculiares. La definición no es aisladamente una norma —y de ahí la perplejidad de VON WRIGHT—, sino una proposición; pero es que el Derecho no actúa aisladamente, sino en grupos normativos. Nombrar no es describir, descubrir no es prescribir, ergo la definición no sería norma. Ahora bien, si los elementos complementivos de la norma —elementos desgajados, interpuestos y definitorios— se reintegran en su grupo, adquieren su pleno sentido jurídico. OLIVECRONA observaba ya que “nuestro lenguaje legal es básicamente una parte del lenguaje común” ⁵⁶, y si se quiere precisar el ámbito prescriptivo de un grupo no hay otro remedio que incluir su propio deslinde de campo actuativo (definición), pues de otro modo la vaguedad conceptual y la ambigüedad sintáctica podrían o derbordar o restringir tal campo actuativo; la definición radica

⁵⁵ Los peligros del comparativismo jurídico aparecen paladinamente en el caso de introducción de *cuerpos extraños*, auténticas importaciones sin aduanas ni control en la estructura axiológica de un Derecho concreto. Cfr. la sesión de Viena, en 1963, de la Sociedad de Derecho Comparado (Ponencias de KAISER, STREBEL y BERNARDI, en *ZdöRV*, 24 (1964), p. 391).

⁵⁶ Karl OLIVECRONA, «Legal Language and Reality», en los *Essays in Honour to Roscoe Pound*, Indianapolis, ed. Bobbs-Merrill Co., 1962, p. 151.

aquí en determinar el contenido del grupo, sobre todo frente a otros o frente al significado general o usual (p.e., funcionario). Son, como decía Platón, *diaíresis*, divisiones de lo universal, o reducción del definiendum al definiens (CARNAP), son así *redefiniciones*⁵⁷, pero no *proposiciones vacías* (KALINOWSKI, GARCÍA-MAYNEZ), *sin status jurídico*, irrelevantes al Derecho. Para éste, toda definición es esencialmente *ad hoc*⁵⁸, y de ahí los repetidos fracasos que KANT denunciara de una definición explicatoria. De otro lado, la definición que evite ese escollo caerá en un incesante análisis y descripción, que lleva a desesperar de la propia definición (H. KANTOROWICZ). La definición en Derecho no es real ni nominal (DUBISLAW-KLUG), sino teleológica, estipulativa (R. ROBINSON), como concepto que es de clase (*class concept*) (B. E. KING): cualquier otra idea de definición será, como ha puesto de relieve M. VILLEY, *pénible à digérer*.

6.10. Las escalas de gradación

De otro lado, es una objeción que no ha tenido en cuenta ninguno de los cálculos lógicos que actúan sobre creaciones de metalenguaje, el Derecho no actúa de una manera peculiar sólo en el sentido de valer o no valer, ser justo o injusto, ser válido o nulo. Hay escalas de gradación prácticamente en todos los campos del Derecho. La gradación de las zonas en el Código penal corresponde a la intensidad mayor o menor de los derechos reales sobre la propiedad, a la llamada escala de demanialidad en el Derecho administrativo o escala de contractualidad, pues los extremos son claramente determinables (patrimonio privado del Estado, demanio natural, por ejemplo, contrato administrativo, de obras públicas, acto administrativo, de nombramiento de un funcionario o de jubilación del mismo), pero entre los términos extremos hay toda una gradación paulatina de mayor a menor intensidad, y dependerá del punto de vista del jurista el clasificar una figura jurídica e incluso un grupo normativo más próximo o más lejano de estos extremos

⁵⁷ H. L. A. HART, «Definition and Theory in Jurisprudence», en *The Law Quarterly Review* (1954) 37; A. KAPLAN, «Definition and Specification of Meaning», en *The Journal of Philosophy*, 1946, p. 281.

⁵⁸ Cfr. I. TAMMELO, «Justice and Doubt», en *Oesterreichische Zeitschrift fuer oeffentliches Recht*, 9 (1959), p. 308; Julius STONE, «Meaning and Role of Definition of Law», *ARSP, N. Folge*, 39 (1963), p. 4; Julius PAUL, «Language and the Law: Jurisprudence and Some First Principles of General Semantics», en *Dickinson Law Review*, 62 (1958).

claros⁵⁹. Una concesión administrativa es un acto administrativo de un lado, pero es un contrato de otro, un convenio de acción concertada parece un contrato, pero su contenido está predeterminado y en gran medida ese contenido es un contenido no dispositivo en cuanto supone exención tributaria, por ejemplo. Igual sucede con la facultad disciplinaria o la sancionatoria oscilando entre la calificación de inexistencia de la falta, hasta la falta muy grave, con toda una escala de casos intermedios. Bertrand RUSSELL, en *Significación y Verdad*, planteaba la disyuntiva entre el sentido del objeto en sí o la descripción o delimitación de su cualidad por el significado, concluyendo que es aporética la opción por el primero de los términos, ya que en ese caso sería incognoscible la sustancia y peligraría el principio de identidad, pues cosas u objetos con las mismas cualidades podrían, a pesar de todo, ser distintas al no estar agotadas por éstas⁶⁰.

⁵⁹ Sobre la claridad necesaria en el lenguaje jurídico se pronunciaron todos los juristas, pero sobre todo los de la Humanitas del siglo XVI. Así, V. ZASIO (*Intellectus juris singularis*, 1526). Sobre él, cfr. Erik WOLF, Ulrich ZASIVUS (1481-1535): «Monument historique ou exemple actuel?», en *Mélanges Dabin*, cit., p. 373, y la amplísima bibliografía allí citada. De ahí la vinculación del *significatum* a la *ratio legis* para evitar caer en puro psicologismo subjetivo al atribuir un sentido a la norma. La S. T. S. de 28 de marzo de 1950 (A. 988) dice, en efecto, que «así como la fijación del Derecho en abstracto o en concreto, por la Autoridad Social, en sus leyes, o por los particulares, en la esfera de su autonomía y de los actos jurídicos, presupone una formulación o expresión de voluntad sujeta a las imperfecciones propias de todo ser humano, y que ha de ser interpretada con la conveniente aptitud para que aquélla rinda el máximum de su potencialidad normativa y puedan entrar en juego, no sólo su contenido literal y sus intenciones expresas, sino *todo su contenido espiritual* y sus soluciones latentes e implícitas. Del mismo modo la declaración y aplicación del Derecho por los Tribunales requiere una expresión o manifestación externa, que es también susceptible de interpretación adecuada para que puedan quedar patentizados el verdadero sentido y el integral contenido de las decisiones en que la actividad judicial se plasma».

⁶⁰ Un concepto no es cierto ni falso: sólo lo son las proposiciones. Un concepto no es válido ni inválido, sólo lo son los razonamientos. Pero hay una distinción de «bueno-malo» entre los conceptos descriptivos indefinidos. Para dar un nombre, diré que un concepto es o no significativo. Un concepto es significativo si y sólo si concurre, junto con otros, en declaraciones de legalidad que tenemos motivos para creer que son ciertas. Se sigue de aquí que algunos conceptos son, en un sentido inherentemente vago y que no podemos ni necesitamos precisar, «más» significativos que otros. Por ejemplo, un concepto que concurre solo en una o dos leyes que concretan y están aisladas es «menos» significativo que el que concurre en una teoría bien establecida de ámbito considerable. Se sigue, además, que lo que no es significativo hoy puede serlo mañana. Todo juicio puede construir partiendo de juicios atómicos, mediante la realización sucesiva de dos operaciones. Los juicios pueden estar compuestos de otros mediante los *conectivos*. Son éstos palabras lógicas que se ponen entre o en el caso de «no» antes de los juicios. Por ejemplo, «si *p* y *q*, entonces *no-r*»,

6.11. La clarificación de la claridad: La S. T. S. 12 junio 1972

Como se ha visto por lo relativo a las complicaciones estrictamente lingüísticas, difícilmente puede darse un caso en que no exista un prejuicio respecto de la claridad en tal modo que el apotegma de *in claris* implique siempre un entrar a considerar el sentido de la norma, el sentido de los hechos, y más bien apunta a la falta de problematicidad de la aplicación normativa a los hechos, esto es, a la calificación de los mismos desde un punto de vista jurídico. El principio, en modo alguno puede considerarse de directa o inmediata aplicación como un axioma que elimina toda intelección y que haga del operador jurídico un simple aplicador automático de la ley. Aunque tal término de aplicación automática de la ley no sea del todo desconocido en nuestra ley y lo recoge por ejemplo el artículo 6.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, el propio análisis del lenguaje hará que la claridad de una norma y la aplicación automática de la misma sea el producto de una interpretación previa y no la eliminación de esta interpretación, y ello porque incluso la propia estructura del lenguaje así lo exige, aun en los casos más evidentes de aplicabilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1972 (A. 3170), de la Sala IV, relativa a la Ley de Convenios Colectivos, así lo estableció con una clara visión del problema al indicar que "para resolver cualquier caso concreto es obligatorio interpretar la normativa aplicable al mismo, pues 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 repetido 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; así pues, aplicación del Derecho e interpretación del mismo, pueden considerarse dos actividades íntimamente entrelazadas y conexas, inseparables por tanto". En esta sentencia, en el tercer considerando, se vuelve a insistir en que lo que se acaba de exponer "tiene toda la fuerza que le presta el dimanar de verdades o axiomas de la teoría general aplicativa del Derecho".

es el esquema de un juicio compuesto de otros tres mediante «no», «y» y «si-entonces».

7. LA CLARIDAD EN EL MUNDO DE LOS HECHOS: LO NOTORIO DE HECHO Y DE DERECHO

Este pensamiento es fruto de una vacilante jurisprudencia, de un lado, y de la doctrina, del otro. Vacilante en cuanto numerosas Sentencias —civiles sobre todo— habían indicado que “cuando el precepto legislativo que haya de aplicarse sea claro y terminante en sus exigencias, huelga todo comentario e interpretación que tienda a formar deducciones contrarias al mandato imperativo que ha de cumplirse” (Sentencia 24 mayo 1927). La Sentencia de 6 de junio de 1928 reiteraba que “las disposiciones legales no deben interpretarse más que en caso de duda o de oscuridad”. Las Sentencias de 12 de octubre de 1912, 14 de marzo de 1917, 13 de mayo de 1916, 6 de octubre de 1920, 4 de mayo de 1920, 29 de octubre de 1925, inciden en el mismo criterio. Frente a ellas hay un triple grupo de decisiones:

1.º Las relativas a la *claridad en el contexto*. Así, la Sentencia de 19 de abril de 1927: “Se ha de tener en cuenta no sólo el contexto literal de las leyes y el espíritu en que se inspiran, sino las correlativas relaciones que guardan entre sí.”

2.º Las referentes a la *relación armónica*. Así, la Sentencia de 25 de octubre de 1930: “Es ya axiomático que la interpretación de la ley sólo puede tener lugar cuando surge alguna duda racional, bien en su texto literal o bien de la falta de relación armónica entre éste y su espíritu o propósito conocido del legislador, pues faltando estas únicas condiciones justificativas de la interpretación, no debe realizarse, entrañando una modificación del acto legislativo, pues esto equivaldría a ir contra los principios éticos, jurídicos y constitucionales.”

3.º Las Sentencias —severamente criticadas por la doctrina— de la interpretación literal que conducen a resultados injustos. Así, la Sentencia de 21 de febrero de 1900 sobre el artículo 839 del Código civil en relación al 835 (concurrentia de viudo con su entenado, aplicándose la cuota viudal con detracción del tercio de mejora). La claridad puede producir monstruosidades jurídicas, so capa de respeto a la ley. Laurent, citado por Dualde, llegó a decir: “En rigor, el padre podría casarse con la hija adulterina, puesto que el reconocimiento está prohibido y jamás el hijo adulterino o incestuoso puede tener filiación. Nosotros quisiéramos admitir esta objeción, pero a pesar de ello la rechazamos. Los principios más elementales

de Derecho nos obligan a ello. El reproche se dirige al legislador y sólo él puede tomarlo en cuenta... El intérprete debe tener como regla constante el respeto a la ley, aun cuando ésta conduzca al absurdo de que el padre adulterino pueda casarse con la propia hija, ya que la violación de la ley por parte del juez es mayor escándalo que un matrimonio incestuoso”⁶¹.

De otro lado, no hay nada menos claro que algo que sea claro, quiere esto decir que para llegar a la conclusión de claridad textual de la norma, el juez debe ya interpretarlo, en el sentido de la Sentencia de 12 de junio de 1972 citada. No hay pues contradicción entre el apotegma *in claris* y la necesidad de concluir —a través de la interpretación— esa claridad. Por ello, el Código Civil (artículo 3. 1) dice: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.” No puede definirse más breve y contundentemente un sistema de Derecho, sus elementos de unidad y coherencia, su carácter abierto y progresivo, que en estas breves palabras del Código.

La claridad se refiere, pues, al proceso de aplicación de la norma previa la búsqueda y hallazgo de la aplicable al caso, y tiene dos vertientes, por tanto: la vertiente normativa y la vertiente del hecho. Hecho y Derecho son los dos componentes de la aplicación normativa.

“Algunos jueces, por lo menos algunos de los actuales, tienen un excesivo interés en ciertas normas o doctrinas jurídicas. Lejos de “manipular” los hechos con el propósito de hacer lo que consideran justo, deformarán más bien los hechos, al cumplir su función de determinarlos —dejarán a un lado los aspectos individuales de un caso particular— para establecer o reivindicar, o introducir, su norma jurídica favorita. De ese modo, la norma y los hechos pueden interactuar de manera poco deseable”. A este respecto es tentador, pero injusto, calificar a los jueces, distinguiendo a los que son estimulados primariamente por normas —es decir, por los aspectos generales de los casos— y a los que se interesan sobre todo por las particularidades. Semejante clasificación hace recordar la descripción de Maurois de las diferencias entre Gladstone y Disraeli: A Gladstone le gustaba elegir un principio abstracto y deducir de

⁶¹ Cfr. DUALDE, *Una revolución en la Lógica del Derecho*, Barcelona, Bosch.

él sus preferencias. Disraeli sentía horror por los principios abstractos. Le agradaban ciertas ideas porque apelaban a su imaginación. Dejaba a la acción el cuidado de someterlas a prueba. Cuando Disraeli cambiaba sus opiniones, admitía el cambio y estaba dispuesto a mostrarse cambiante; Gladstone amarraba su constancia a briznas de paja y cría que eran gruesos pilotes... Disraeli, el doctrinario, se enorgullecía de ser un oportunista; Gladstone, el oportunista, se enorgullecía de ser un doctrinario. Puede ponerse en duda que esas tajantes diferencias existieron realmente entre esos dos hombres. Pero suponiendo que existieran, podría decirse que cada juez es, en parte, un Gladstone y, en parte, un Disraeli. El porcentaje de esos componentes varía de juez a juez, y aun de tiempo en tiempo en un juez particular⁶². Mas hay justamente un supuesto en que la apreciación de los hechos es eliminable por técnicas jurídicas, y es el que seguidamente vamos a examinar.

7.1. *La teoría de la Notoriedad de Hecho y las probatio probata*

La doctrina de que la interpretación no procede más que cuando no hay claridad se puede aplicar indistintamente a la claridad del Derecho aplicable o a la claridad de los hechos en cuanto probados. En este segundo aspecto toda la doctrina del Derecho común intermedio llevó la fórmula actual todavía relativa a los hechos según la cual *notoria non sunt probanda*⁶³.

7.1.1. *En Derecho romano*

La doctrina de la notoriedad no aparecía en el Derecho romano, en el que los *notoria* eran simplemente las denuncias de los delitos presentadas ante el juzgador. Cum veteres pro denuntiatione facinorum id acciperunt (ALCIATO sobre D. 48, 16, 6, 3).

Tenía el término *notorium* un significado en el Derecho romano totalmente diverso al que luego aparecerá en el Derecho común, concretamente por obra de Graciano, que apenas se limita a esbozar el concepto; que atrajo inmediatamente la atención de los decretalistas hasta alcanzar una verdadera y auténtica teoría de la notoriedad.

⁶² En Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, Buenos Aires, Centro ed. de América Latina, 1968, pp. 94 y 95.

⁶³ Cfr. Carlo GHISALBERTI, «La teoría del Notorio del Diritto Comune», en los *Annali*, pp. 403 y ss.

7.1.2. Surgimiento en el Derecho Canónico

En la *quaestio prima* del caso segundo del Decreto se plantea de modo incidental la doctrina de la notoriedad de los hechos, repitiendo luego los decretalistas (RUFINO, ESTEFANO TORNACENSE, ROLANDO, etc.) las mismas palabras con pocos añadidos a los conceptos insinuados en el pensamiento de GRATIANO.

El primer desarrollo aparece con Juan el Teutónico, en la Glosa ordinaria al Decreto⁶⁴ en cuanto se plantean las premisas de una teoría de la notoriedad o de los hechos notorios. En pocas líneas, pero extremadamente importantes, se contienen todos los elementos esenciales que sirvieron luego para la definitiva sistematización de la materia.

GRATIANO se había limitado a seguir una tradición incierta con raíces en la historia eclesiástica, según la cual no precisaba buscar testimonio cuando el crimen era conocido por todos: *de manifesta et nota plurimis causa non sunt querendi testes* (c. 17, C. II. q. 5).

7.1.3. El pase del principio al proceso

La segunda fase de elaboración de la doctrina de la notoriedad corresponde al tratamiento del tema por Sinibaldo de Fieschi y Enrique da Susa⁶⁵, comentando las decretales de Gregorio IX que contienen una disciplina prolija respecto de la notoriedad. Hay aquí ya una superación de las posiciones iniciales de la Glosa al Decreto y de un planteamiento ya distinto de la esfera del proceso, es decir, de la eficacia procesal de la notoriedad.

7.1.4. La incorporación al *Jus Commune*

Surgida así en el Derecho canónico, pasa inmediatamente a los comentaristas del Corpus Iuris Civilis, Azzo y Accursio⁶⁶, contribuyeron a formar la doctrina de la notoriedad, dándole así un conte-

⁶⁴ *Glosa Manifesta ad c.*, 15, Q. 11, p. 5.

⁶⁵ Sinibaldo de FIESCHI (luego Papa Inocencio IV), *In libros quinque Decretalium Commentaria*. Enrique DA SUSA (el Ostiense), *In librum tertium Decretalium Commentaria* (al C. 15, X. 3, 6).

⁶⁶ Azzo, «Lectura Codicis ad L. Nullum Cod. de Testibus» (C. 4, 20, 14); ACCURSIO, «Glosa fin. in. L. Civis, Cod. de appellat» (C. 7, 62, 11); «glossa

nido civilista a lo que inicialmente pertenecía al campo del Derecho eclesiástico. En el siglo XIII, Guillermo Durante y Alberto da Gandino⁶⁷ intentaron la exposición completa de la disciplina de los diferentes medios de pruebas analizando entre todos la notoriedad y fijando por aquella vez las bases científicas para comprender los efectos de lo notorio a lo largo del procedimiento.

En el período de los comentaristas (Cino de Pistoia, Juan d'Andres, Bartolo, Baldo y Pablo de Castro⁶⁸), se limitaron a verificar el trasplante o la unificación entre la doctrina canónica y la romanista, pero planteándose siempre el tema desde la aplicación del Derecho sustancial y no dentro del procedimiento. OLDENDORP, precisará que todo lo concerniente a *notoria, rumor y fama* es un *locus extraneus*, qui ex aliis rerum adminiculis sine ulla arte suggerit probationem, para separar el tema de los argumentos legales o apotegmas. Toda la materia fue recogida por Antonio Da Doadrio en su *Tractatus de Notorio*⁶⁹, que recoge científicamente toda la materia anteriormente tratada reelaborando la teoría de la notoriedad, sus efectos procesales y, sobre todo, la conexión entre la notoriedad sustantiva y su consecuencia procesal. Sin embargo, su formación esencialmente canonista dejó de un lado toda la elaboración de los comentadores del Derecho romano.

El primer trabajo que puede denominarse de auténtica lógica jurídica es el elaborado por Benedetto Capra⁷⁰, ya en el siglo XV, obra

I in L. Pessimum genus ff. de receptator» (Dig. 47, 16, 1); «Accorsio da Regio e i suoi Scritti», en *Rivista italiana per la scienze giuridiche* IX (1936) 31; V. GUALIZZINI, *La scuola giuridica reggiana nel Medioevo*, Milano, Giuffrè, 1952; SAVIGNY, *Geschichte des roemischen Rechts im Mittelalter*, 2.^a ed. V. Heidelberg, 1850, p. 275; E. GENZMER, *Zur Lebens geschichte des Accursius*, en el *Festschrift fuer Leopold Wenger II*, Muenchen, 1945, p. 223. Para las obras de Los Comentaristas, cfr. *La Pubblicazione delle Fonti del Medioevo europeo negli ultimi 70 anni (1883-1953)*, Roma tip. Bardi 1954. P. WEIMAR, «Die Legistische Literatur der Glossatorenzeit», en el *Handwörterbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, pp. 129 a 260.

⁶⁷ Alberto da GANDINO, «Tractatus de maleficiis», en Hermann KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus ud das Strafrecht der Scholastik*, Berlín-Leipzig, 1907-1926, II, pp. 99 y ss., y en *Archivio Giuridico NS*, VIII (1901), 401.

⁶⁸ Cfr. sobre BARTOLO, J. L. J. van de KAMP, *Bartolo de Saxoferrato (1313-1357) Leven Inloed Proefschrift*, Amsterdam & París, 1936; WOLF, *Bartolus of Sassoferrato, his position in the History of Medieval Thought*, 1913; Siciliano VILLANUEVA, «Leggi e canoni in materia di Diritto Privato secondo i principali canonisti e legisti del secolo XIII», en *Studi in onore di V. Scialoja*, II, 1934.

⁶⁹ «Tractatus de Notorio», en el *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii tum Caesaris juris facultate Jurisconsultorum*, vol. IV, C. 502, 57, Venetiis, 1584; cfr. CALASSO, *Medioevo del Diritto*, I le Fonti Milano, Giuffrè 1954, pp. 587-588.

⁷⁰ *Tractatus de notorio en Conclusionum, Regularum, Tractatum et Communium opinionum volumen primum*, C. 74, ss. Venetiis, 1568. Cfr. Piergo-

quizá menos conocida, pero mucho más original que todas las anteriores.

7.1.5. *La evidentia facti y los medios de prueba*

El Derecho alemán protestante del siglo XVIII recoge la doctrina de la notoriedad a través de la obra de Jacobo OTTO⁷¹ y Justus HEMING BOEHMER, que acentúan sobre todo el carácter procesal de la institución. Donde existe notoriedad se elimina el procedimiento ordinario a virtud del principio *notoria non esse probanda*. La finalidad, sin embargo, de estas obras era la de reconvenir a la Curia romana, eliminando el proceso inquisitorio al cual se ligaba el origen de la notoriedad, con evidente error, pues lo notorio nace antes de Inocencio III, introductor de la Inquisición. La notoriedad representa una economía de los medios de prueba, pues reduce a la evidencia la realidad de los hechos en cuestión, pertenece al Derecho probatorio y ningún esfuerzo procesal hay que hacer para aquello que pertenece a la *evidentia facti*.

Todo este planteamiento, sin embargo, pertenecía a la teoría procesal de los medios de prueba⁷². A la posible evidencia de la narración histórica de los hechos, pero insinuando siempre el problema de jerarquía de pruebas. Como LEVY ha puesto de relieve, la notoriedad más que estar colocada en el ápice de los medios de prueba indescritibles, eliminaba la necesidad de prueba contraria, al hacer más expedito el procedimiento. Por ello, los jurisconsultos medievales llegaron a constituir la categoría de la notoriedad como el grado más alto en la jerarquía de las pruebas, entendiendo por grado el valor de la fuerza probatoria atribuido a cada especie de prueba. Sin embargo, tal principio de jerarquía de medios proba-

vanni VITO, «La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica. II, Le poenae e le cause nella doctrina del secolo XIII», en la *Collana degli annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova*, n. 38, 1974.

⁷¹ *Dissertatio juridica sistemae examen doctrinae de notorio*, Halae Magdeburgicae, 1746. Otro escritor alemán, WETZEL, derivaba lo notorio del Derecho germánico, en concreto lo afirmado bajo juramento (1878).

⁷² Y así está aún hoy. Cfr. E. ALLORIO, «Osservazioni sul fatto notorio», en la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 2 (1934) 3; G. CHIARELLI, «La definizione giuridica del fatto notorio», en el *Archivio Giuridico*, 98 (1927) 227; MAZZARELLA, «Appunti sul fatto notorio», en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, II (1934) 65. Cfr. para el Common Law, I. R. M. CHISHOLM, «Appear», «Take» y «Evident», en *The Journal of Philosophy*, N. York, 53 (1956), aunque se toma desde la perspectiva filosófica. En la misma, vol. II, R. FIRTLM, *Ultimate Evidence*.

torios no fue nunca considerado igual e indiscutible. Y de hecho puede decirse también que la notoriedad no ocupaba el máximo puesto en la jerarquía de las pruebas, sin que ello signifique desconocer todo el valor que en la práctica y en la doctrina se le reconoció desde el Derecho común en la Edad Media, e incluso en el Derecho actual.

7.1.6. *La delimitación progresiva de lo notorio*

La principal preocupación de los jurisconsultos, tanto los canonistas como los civilistas, fue la de delimitar el concepto de la notoriedad de otras ideas más o menos afines. Preocupación que nacía del deseo de impedir que se hiciera una aplicación extensiva e indiscriminada de este instrumento de prueba. El mismo Alejandro III había dicho *cum multa dicuntur notoria quae non sunt providere debes ne quid dubium sit pro notorio videaris habere* (C. 14, X, 2, 28), mientras Juan el Teutónico, en su glosa al Decreto, indicaba las dificultades de tal delimitación. Todos los días hablamos de lo notorio, pero ignoramos qué sea.

En efecto, Antonio da BUDRIO, en su *Tratado de Notorio*, había asimilado a la notoriedad los conceptos de *manifestum*, *evidens*, *publicum*, *notum* y *cognitum*. Teniendo en cuenta que la idea de notoriedad expresa el conocimiento general de un dato de hecho, conocimiento valorable con relación al ambiente, respecto de la esfera cultural de una determinada colectividad, puede lógicamente admitirse que aquello que por su naturaleza es notorio es también manifiesto, evidente, público y conocido.

7.1.7. *Manifestum y notorium*

La proposición contraria es menos sostenible. Pues, en efecto, así como la notoriedad fue una técnica procesal surgida en Gratiano y para el Derecho canónico, la idea del *manifestum* era ya conocida del Derecho romano como calificativo de términos jurídicos, pudiendo encontrarse términos como los de *aequitas manifesta*, el *manifestum furtum* o los *manifesta crimina*, en que los adjetivos tienen una clara calificación jurídica respecto al sustantivo a que se refiere, dándole determinada categoría dogmática⁷³. En el Medievo, por el contrario, el término *manifestum* sufre una ampliación significativa, pues lo que inicialmente se refería a un concepto jurídico indicando que algo era conocido para una o varias personas, los hechos notorios tenían para el Derecho canónico un sentido diferente en cuanto se referían al conocimiento por parte de todos. *Manifestum* y *notorium* son así técnicas radicalmente diferen-

⁷³ Es oportuno subrayar cómo los ataques de la *manifiesta ilegalidad* (LPA) ignoran no sólo la Historia, sino el propio horizonte del Derecho, pues la expresión aparece en el Derecho civil, procesal, penal y, en general, en toda la estructura del Derecho; el contraargumento del subjetivismo es pueril, es aplicable a la Matemática, a la Física o a la Medicina.

tes, de origen distinto, con consecuencias también diversas. En este sentido BARTOLO pudo decir que un hecho, cuando es conocido por una o varias personas, puede calificarse de manifestum, pero sólo alcanza la notoriedad cuando es conocido por todos. Es decir, notoriedad es tanto como conocimiento general de la colectividad entera, que requiere el conocimiento del hecho por todos, no simplemente un conocimiento ex certa scientia o exceptis auctoribus. En el mismo sentido la notoriedad implica algo diferente a lo evidente. Tradicionalmente toda la glosa se preocupa de deslindar la notoriedad de la evidentia facti, poniendo de relieve cómo la categoría del notorium no coincidía de modo directo con la evidencia. Evidens es todo lo que es claro y no deja lugar a dudas, pero requiere un proceso de comprensión, puede ser comprendido por todos. Baldo dirá, a este respecto, que evidens est quod manifeste liquet; manifestum autem est id quod evidenter apparet sin que sea posible confundir los dos términos. No es notorio necesariamente aquello que es evidente, pues lo que es evidente para unos puede no serlo para otros, dependiendo de su capacidad de comprensión, mientras que, por el contrario, la notoriedad, al referirse a los hechos, es conocida indistintamente por todos. Las precisiones medievales van así presidiendo la idea de la notoriedad, se distingue también la notoriedad de lo publicum como contrapuesto al privatum y con relación a los hechos; según tenga difusión el conocimiento de los mismos en un ámbito individual o colectivo. Un hecho, un delito, pueden ser públicos; sin llegar a ser notorios, mientras que lo contrario es válido. Todo lo notorio es público.

7.1.8. Notorium y fama

En idéntico sentido de delimitar la notoriedad se la distingue del concepto de fama. Aquí no se trata ya de una simple distinción conceptual, aunque puede decirse generalmente que ninguna de las diferencias anteriores responde a mero prurito dogmático, pues la importancia y gravedad de diferenciar los términos se desprende de la consecuencia que el ordenamiento jurídico atribuía a cada uno de los mismos. Fama, de hecho, estaba en la jerarquía de las pruebas (el problema de jerarquizar los medios de prueba fue una de las clásicas preocupaciones de los juristas medievales). Se distingue así entre publicum ex evidentia y publicum ex fama. Sólo al primer término se le asimilaba la notoriedad.

La precisión del término concluye al indicarse que de fama se puede hablar de dos modos diversos: en un primer sentido, como una valoración moral e intelectual de una persona formulada por otra y basada en la integridad de su vida y sus costumbres; pero esto no puede confundirse con un notorio, que es algo nacido de actuar incierto difundido entre el vulgo, pero que necesita no una simple sospecha, sino un conocimiento fundamentado por parte de todos. La notoriedad no puede nacer ex sola suspicione et in certo auctori proveniens. En su Tractatus de Fama, Tomas di PIPERATA indica que la *publica opinio* y la *publica existimatio* vienen a ser similares, sin diferencia sustancial entre ellas, viniendo a ser una simple presunción de conocimiento y, con ello, claramente distinguible de lo notorio. BALDO precisará que la fama puede ser errónea, pero que no puede serlo lo notorio.

Lo notorio es, pues, el conocimiento por parte de todos, y se contrapone —es justamente lo opuesto— al conocimiento por parte de nadie, es decir, a la nesciencia. Un hecho o un delito pueden existir y ser verdaderos, pero pueden estar más allá del conocimiento de los hombres. Se habla entonces de lo notorio frente a lo occultum, y éste se define como aquello que ninguna razón puede probar. Es decir, la ignorancia total de un hecho. Entre el conocimiento y la ignorancia totales hay toda una gradación de conocimiento, según la mayor o menor posibilidad de conocer la existencia de un dato.

Todos los conceptos más o menos precisados van así quedando aislados de lo notorio, que, viene a concluirse, es sólo aquello *quod notum est publice omnibus vel pluribus et maiori parti hominum in Republica ut nulla tergiversatione celari possit*. Lo notorium califica, pues, la certeza del hecho a que se refiere. De ahí la consecuencia jurídica estrictamente adscrita a la notoriedad como categoría jurídica; *notorium est probatio indubita et finita quae nulla eget discussione*. Sobre estas presunciones, para que exista lo notorio, haría falta el concurso de tres elementos: primero, el conocimiento de un dato de hecho y de derecho; segundo, la extensión de este conocimiento, por lo menos la presunción de que tal conocimiento se extiende a todos los miembros de una colectividad determinada, y tercero, la absoluta imposibilidad de ocultar, negar o impedir que se le conozca la existencia de este dato o este hecho. Fundamentalmente son los dos primeros elementos los que alcanzan mayor relieve sustantivo para definir la notoriedad, aunque sea el tercero el que traiga las consecuencias procesales más importantes, en concreto, la innecesariedad de la prueba sobre los hechos notorios.

7.2. *Notoriedad jurídica y presunciones*

La notoriedad no se refiere solamente a los hechos o a las conductas, es decir, a lo *notorium facti*, sino que dentro de la concepción medieval actúa en paralelo en el mundo del Derecho y en el mundo de lo preciso el *notorium iuris* y el *notorium praesumptionis*. Estos términos, que aparecen por primera vez en Juan el Teutónico, permanecieron a lo largo de toda la glosa, y los comentaristas, tanto romanistas como canonistas. La distinción nace por la imprecisión de lo que deba entender una colectividad cuyo conocimiento de los hechos es lo que determina la presencia de lo notorio, así como por las circunstancias que debe apreciar el juez en que el hecho presuntamente notorio acaeció, es decir, la necesaria calificación de la multitud *praesentium* y del momento (de día o de noche, por ejemplo, abiertamente o en la oscuridad), esto es, *ex tempore qualitate* ⁷⁴.

⁷⁴ En su clásica sutileza los comentaristas discutirán si bastan diez personas, por ejemplo, que conozcan el hecho, que hayan estado presentes al cometerse el hecho, para que éste devenga notorio. Mientras BALDO afirmaba

Cuando estos elementos se reúnen el *notorium facti* pasaba a ser una *probatio probata*, es decir, algo que no precisa de prueba. la ficción era así constitutiva del moderno apotegma *notorium non eget probatione*, o el de *nulla melior probatio, quam evidentia rei* (S. T. S. 10 abril 1893, entre otras muchas).

La extensión del *notorium* alcanza también al *notorium facti permanentis*, frente al *notorium facti actu momentanei* o al *notorium facti interpolati* (repetición de un acto con solución de continuidad, en el tiempo, por ejemplo los préstamos usurarios).

7.2.1. *Notorium juris*

La extensión del *notorium facti* al *notorium juris* implica unificar estas dos categorías por razón de lógica sistemática. La identificación aparece por vez primera como antes se ha indicado, con Juan el Teutónico, hay notoriedad de Derecho, por ejemplo, en la presunción de cosa juzgada o cuando alguien está convicto y confeso. Lo cierto es que ambos tipos de notoriedad son *probationes probatae*. La consecuencia de la *confesus in iure pro iudicato* aparece aquí en paralelo con la eficacia de la cosa juzgada a propósito del Digesto (Dig. 50, 17, 207).

Por último, el tercer caso de notoriedad era la notoriedad de presunción, calificada como una subespecie del *notorium iuris* en aquellos casos en que la prueba o era difícil o suponía un quebranto a la moral. Por ello, según la definición corriente, *notorium praesumptionis* est *evidentia iuris vehementer praesumpta ut est paternitas et filiatio*.

que según el texto romano diez hombres equivalen a una turba, Alberto da GANDINO prefería dejar la calificación de este dato al criterio del juez. Por otra parte, no es solamente el problema del número, sino también la calidad de los presentes, su capacidad por razón de edad para discernir, e incluso la categoría social de los mismos. Se fue precisando así claramente los elementos necesarios para calificar un hecho como notorio: que constituya de suyo una prueba cierta e indubitada, mostrada directamente a todo el pueblo o a la mayor parte, que los testimonios fueran muy numerosos y directos, es decir, no de oídas o a través de la fama. Que el hecho fuera tan claro y evidente que no dejara lugar a dudas sobre su naturaleza y calidad.

7.2.2. *Fictio juris en la prueba y en la construcción de categorías jurídicas*

Corresponde a Benedetto CAPRA el haber detectado por vez primera que la notoriedad de presunción es realmente una ficción jurídica, esto es, una notoriedad para facilitar la tarea del Derecho, pero que nada o poco tiene que ver con la idea general de lo notorio⁷⁵. No obstante, en su origen hay algo de común, así como en la consecuencia. En su origen, en cuanto se pretendía con el *notorium* evitar el escándalo de testimonios en juicio contra delitos de los clérigos. Y en la *fictio legis* o *praesumptio juris et de jure* igual propósito aparece con frecuencia: en concreto evitar, por ejemplo, la investigación de paternidad en cuanto a la presunción de hijo legítimo. Estas ficciones legis son, como decía con agudeza JHERING, *weisse Luegen*, mentiras blancas o piadosas de la Ley, mentiras a medias, porque en la mayor parte de los casos la presunción o ficción responde a la realidad de los hechos, en tal modo y manera que no constituye una conclusión errónea de los hechos para conectarles consecuencias distintas de las que corresponderían al hecho real.

La ficción es un expediente de resolver problemas, pero no es conscientemente falso. De otro lado, no sólo hay similitud de origen y propósito, sino de consecuencia: eliminar la prueba cabalmente por la misma razón de posible escándalo social y constituir ambos casos como *probatio probata*⁷⁶. Históricamente la persona jurídica nace también como una ficción legal —persona ficta— probablemente con una finalidad también radicalmente distinta —como en el *notorium*—, de la que luego prescindirá al hipostatizarse como técnica legal. Según DEWEY, nació la idea para que el *collegium*, *universitas* o *capitulum* eclesiástico no pudieran ser excomulgados o ser acusados de delito. No podía excomulgarse o penarse a un simple nombre. De hecho la dogmática, desde hace ya bastantes

⁷⁵ BALDO (*Ad. Cod. de acus. et incripti. L. ea quidem* (Cod. 9, 2, 7): «*fictio est falsitas pro veritate accepta ex specialissima et justissima causa in jure expressa*». Sobre la presunción *juris et jure* y la *fictio* con finalidad paralela a la notoriedad. Cfr. Rafael LLANO, *Naturaleza jurídica de la fictio juris*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1963 (origen y estudio canonístico). Sobre antecedentes históricos, el discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia de BONILLA. En general, Lon. L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, Univ. Press, 1967.

⁷⁶ Cfr., entre muchos, BUELOW, «*Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*», 62, *Archiv fuer die civilistische Praxis* (1879), 10.

años, viene limitando la equiparación de persona jurídica a persona física: los delitos recaen sobre quienes tienen el poder de mando de tal persona jurídica —levantamiento de velo, *lifting of the veil*, *Durchgang*—. El peligro, en efecto, de toda ficción es el contagio semántico a la categoría asimilada. Hablar de la muerte de la persona jurídica no tiene sentido, así como la aplicación del Derecho familiar. Se trataba de utilizar el término *persona*, con la finalidad diferente, algo típico en toda ficción. De ahí la futilidad de tanta literatura del pasado siglo, y aún antes, sobre la naturaleza de la persona jurídica. Fue un simple artificio legal con fin concreto. Al olvidarse tal específica finalidad, surgieron todas las dudas. Karl PEARSON ha sugerido el paralelo entre la ficción de la persona jurídica y la ficción física del éter. Toda clase de teorías surgieron sobre ambos conceptos, hasta caer en la cuenta de que se trata de simples artificios —parámetros a desaparecer en la solución de una ecuación— que no explican nada, sino que, por el contrario, soslayan difíciles explicaciones. PEARSON concluye que en ambos casos se trata sólo de conceptos intelectuales solo útiles para el propósito de facilitar nuestra rutina de percepción. KRUECKMANN decía ya en 1929 que en la persona jurídica no hay más misterio que el que pueda haber en la frase “el vagón arrastra una carga muy pesada”. En esta expresión la palabra vagón es un concepto unitario, pero es cosa muy diferente, ruedas, maderas, ejes, tornillos, techo, muelles, en tanto que el verbo contiene puramente una personificación metafórica, una subjetivización unitaria del vagón. De ahí que carezca de sentido preguntar al jurista si cree en la realidad de la persona jurídica o al físico si cree en la realidad del éter. El físico cree que el espacio tiene ciertas propiedades, y las agrupa en la palabra éter; el jurista cree que la persona jurídica puede y debe ser tratada jurídicamente como una persona-centro de imputación, titular de deberes-derechos en ciertos aspectos concretos, para los que le resuelve la papeleta. Y nada más. No elucubra ya teorías abstrusas.

7.2.3. *La finalidad de las técnicas del notorium*

Es importante subrayar que gran parte de esta doctrina cuya permanencia en nuestro Código civil se detecta fácilmente, e incluso en la Ley de Enjuiciamiento civil respecto de la jerarquía de las pruebas (destruida luego por la constante doctrina jurisprudencial

de la probanza conjunta), responde a la idea de los comentaristas. Y es pertinente destacar que en su origen se trataba de economizar medios procesales disciplinando de un modo unitario conceptos y normas que el Derecho canónico había ido formulando de modo disperso y confuso. A más de ello, había una finalidad concreta en la doctrina de la notoriedad y de la probatio probata: en concreto, la Iglesia la aplicaba a propósito de materia penal para las hipótesis de disciplina del clero, vida privada de los sacerdotes y sus delitos. Se intentaba refrenar ciertos escándalos (delitos de herejía, cisma, apostasía, matrimonios e impedimentos matrimoniales, etc.), pero sin hacer intervenir a los testimonios extraños con el consiguiente escándalo. Naturalmente que al pasar a los comentaristas del Derecho romano la doctrina de la notoriedad se extenderá a todas las ramas del Derecho civil, hablándose así de servidumbre notoria y de la notoriedad del demanio. Cabalmente es toda idea de la notoriedad del demanio la que hará que nuestras leyes hipotecarias (artículo 5, L. Hip.) rechazaran la posible inscripción en el registro del demanio natural, mientras no prohibían la inscripción patrimonial.

La doctrina de la notoriedad es así, en el fondo, una doctrina sustantiva de un lado y un criterio procesal de otro: In manifesta et nota plurimis causa non sunt querende testes. La regla notoria non sunt probanda o la notoria non indigent probatione pasará al Derecho moderno desde un origen históricamente muy alejado de la razón de ser de estas técnicas en el momento actual.

7.2.4. *Los criterios restrictivos y el nacimiento de los principios de defensa necesaria y sanación de plazos*

Toda la doctrina delimitadora de la notoriedad, para evitar que su uso ilícito excluyera la defensa, pasará a la regla defendida por Guillermo Durante: defensio legitima nemini de iure est deneganda. Por ello aparecerá aquí, a su vez, un principio polarmente opuesto al de la probatio probata, engendrando los llamados remedia erga decissionem. Fue Juan Calderini el que anunció, por vez primera, el principio de que por muy notorio que sea el delito o el hecho es preciso siempre una situación, pues, de lo contrario, procedería la appellatio propter omisam citationem. La purgatio citationis será la consecuencia que se deducirá de la falta de notificación debida. De

ahí a la moderna tesis de la sanación de plazos por notificación indebida no habrá sino un simple paso.

Todos estos casos —notorium, fictio, legis, praesumptio juris et de jure— no son, como ha dicho FULLER, sino una orden legal a las facultades lógicas del operador jurídico (We fend to assume that the law has a "mandamus to the logical faculty")⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. CALAMENDREI, *Estudios sobre el proceso civil: La definición del hecho notorio*, trad. esp., Buenos Aires, 1945, con distinción de las llamadas «máximas de experiencia»; L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, ed. Praxis, 1967. Caso curioso para el Derecho administrativo lo supone frente a la imprescriptibilidad demanial (LPE) la protección tabular (Sentencias de 5 mayo 1917, 20 noviembre 1918, 16 noviembre 1920, 27 diciembre 1921, 27 febrero 1925, 25 febrero 1928, 31 diciembre 1928, 12 marzo 1929, 2 enero 1931, 14 marzo 1930, 21 abril 1930, 28 junio 1930, 11 mayo 1932, 24 junio 1936, 10 marzo 1948, 10 diciembre 1954, 10 junio 1957, 30 enero 1958, 20 febrero 1958, 24 julio 1959, 20 noviembre 1959, 30 enero 1960, 12 junio 1962, 31 diciembre 1962, 7 febrero 1963, 25 enero 1964, 11 marzo 1964, 23 abril 1966, 8 marzo 1967, 19 junio 1967, 5 nov. 1967, 21 abril 1969, 21 junio 1969, 27 noviembre 1969, 9 diciembre 1970, 5 noviembre 1971, 24 abril 1972, 5 julio 1973, 15 octubre 1973, 24 octubre 1973, 3 diciembre 1973 (férreamente mantenida, incluso en el demanio ostensible-costas, Sentencias de 24 octubre y 3 diciembre 1973). Cfr. sobre el hecho notorio en el Derecho procesal moderno: ALLODRIO, «Observazioni sul fatto notorio», *RDPC* (1934) 13; APFELBAUM, *Die bei Gericht offenkundige Thatsache*, Greifswald, 1913; CALAMANDREI, «Per la definizione del fatto notorio», *RDPC*, I (1925) 273; CARNELUTTI, «Massime di esperienza e fatti notori», *RDPC* (1959) 639; MAZARELLA, «Appunti su fatto notorio», en *RDPC*, II (1934) 64; PIRAS, «La massime di esperienza e la motivazione insuificante», en *Jus* (1955), 79.

IV

LA INTERPRETACION OPERATIVA E INTEGRATIVA

1. LA NATURALEZA ESPECÍFICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: LA DISTINCIÓN CON LAS MÁXIMAS JURÍDICAS Y LOS APOTEGMAS LÓGICOS Y DECISIONALES

Regula, máxima, aforismo, constituyen una preocupación permanente hasta nuestros días por simplificar todos los aspectos del Derecho: desde el aspecto didáctico hasta la facilidad para el operador jurídico y hasta la misma simplificación de lo que de suyo es, confesémoslo, bastante complicado. Es conveniente, sin embargo, verificar un previo deslinde entre los apotegmas tópicos a los que prefiero llamar pseudológicos o de silogismo complejo, de los principios generales. En efecto, en cualquiera de los repertorios que, a partir de la rúbrica de *regulis juris* del Digesto han ido apareciendo, prácticamente hasta hoy, se mezclan principios sustantivos de Derecho, a modo de máximas compendiadas del Derecho vigente, principios generales de Derecho, cuya misión es la de informar axiológicamente todo el ordenamiento jurídico y los apotegmas interpretativos. Por ello es conveniente el deslinde, sobre todo entre principios generales de Derecho y principios interpretativos o apotegmas lógicos.

La bibliografía sobre los principios generales del Derecho en cualquiera de las ramas o subconjuntos del ordenamiento jurídico es extremadamente abrumadora. Lo que quiero aquí, en esta operación de puro deslinde, es el contraste entre la visión filosófica de la cuestión y la visión estrictamente jurídica¹.

¹ Cfr., restringiéndome al Derecho administrativo español, las obras de M. CLAVERO ARÉVALO, «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo», en *RAP*, 7 (1952) 51; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 30 (1959) 131; del mismo, «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», en *RAP*, 40 (1963) 189; F. GARRIDO FALLA, «Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho administrativo», *REVL*, 97 (1958) 3. Sociedad y Derecho son algo inseparable. Cfr. Hugo SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909; es conocida la antinomia propuesta por O. W. HOLMES entre Law in

En principio, hay ya una clara nota diferenciadora: el principio general de Derecho es esencialmente algo valorativo, hasta el punto que el propio Código civil, en su nueva redacción, los denomina informadores del ordenamiento en paralelo con la Ley de Contratos del Estado y el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que concierne en estos dos últimos casos al Derecho administrativo. Quizá con esta precisión bastara, pues el apotegma interpretativo es solamente un instrumento para integrar las lagunas legales y tienen una naturaleza pseudológica y por tanto permanente. Dicho más simplemente, la analogía podrá haber sido objeto de diferentes teorías desde Aristóteles hasta hoy, pero en su esencia es la misma desde entonces hasta la actualidad. Un apotegma lógico podrá ser analizado cada vez más estrictamente, pasando incluso de ser un argumento tópico o falsamente lógico a ser un argumento de silogismo plenamente lógico.

Frente a ello el principio general de Derecho no es estático ni permanente, responde a la ideología social y es la penetración de tal ideología, de los valores predominantes en la sociedad² e incluso

the Action y Law in the Books; W. SAUER, *Lebendiges Recht und lebendige Wissenschaft*, 1936: «Tatbestände des Lebens und Tatbestände der Gesetzes gehören zusammen, diese wachsen aus jenen heraus»; cfr. sobre la realización de la ley y su aplicación a lo real (*Gesetzesverwirklichung*, Serge MAINWALD, en el *Archiv fuer Rechtsphilosophie*, 1952 (XL), p. 55, y MÜLLER-ERZBACH, *Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben*, 1939 (rechtsgestaltende Kraft des Lebensbedürfnisses); G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, 1920. Aunque a veces se llegue a resultados paradójicos y dudosos. Cfr. Abraham EDEL, «Contexto y contenido en la Teoría de las Ideas», en *Filosofía del Futuro*, México, Cía General Ediciones, 1951, p. 467: «Vistas las cosas estrictamente en el plano del sentido común, resulta a veces muy difícil evitar los juicios causales. Por ejemplo, durante gran parte del siglo XIX dejó, en muchos Estados meridionales de los Estados Unidos, de considerarse la esclavitud como un mal necesario para justificarla como un bien positivo. El hecho coincide con la expansión del mercado algodonero a medida que el invento de las máquinas para la industria textil y el tremendo desarrollo de su comercio crearon una verdadera hambre de algodón.» Cfr. también Henri BLOCH, «L'égalité», vol. I, *Travaux du Centre de Philosophie du Droit*, Bruxelles, Bruylant ed., 1971.

² El nuevo carácter con que aparecen los principios generales, en doble vertiente de fuentes supletorias e informativas del ordenamiento, viene a romper —probablemente por contagio del Derecho administrativo al conjunto del Derecho— el simple sistema de suplencia de los mismos, que era tradicional en el Derecho civil. No sólo el antiguo art. 6 del Código civil, sino la jurisprudencia, cuidaron de congelar esta naturaleza exclusivamente supletoria. Así desde el Auto del T. S. de 13 octubre 1894 («según preceptúa el art. 6 del Código civil, los principios generales del Derecho sólo son aplicables al punto controvertido en defecto de ley o costumbre, y esto supuesto, cualquiera que sea la exactitud rigurosa del que como tal principio se invoque en el recurso,

de los mitos aceptados en cada país³ y en cada momento en el ordenamiento jurídico. Es el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de Derecho: de ahí que la propia Ley les denomine principios generales *informadores*; en cuanto recojan tales valores tendrán efectividad, que perderán de otra manera⁴.

éste es evidentemente inadmisibile, si no se alega como supletorio, en virtud de deficiencia de la ley»), repetido en Auto de 30 mayo 1898 y Auto de 7 febrero de 1899. La enumeración de sentencias y autos sería interminable. Baste por todas la de 18 de marzo de 1931: «Los principios generales del Derecho sólo pueden estimarse para llenar las lagunas del mismo, cuando no haya ley o costumbre exactamente aplicable al punto controvertido.» Cfr. *Recopilación de Jurisprudencia*, de M. RODRÍGUEZ NAVARRO, y apéndices del mismo.

³ Los principios tienen una cierta conexión con la filosofía política imperante, que condiciona hasta su dogmática. Cfr. Erk VOLKMAR-BHEYEN, «Bedingungen einer Rekonstruktion rechtlichen Argumentierens», en *ARSP*, 60 (1974) 353. Cfr., sobre el tema de cómo articular Derecho-realidad, la asamblea de la «Société suisse des juristes», en Locarno (18 a 20 octubre 1974), con intervenciones de los Profs. EICHENBERGER, BUSER, TROLLER, FLEINER, HAEFELIN, NOLL, LIVER, AUBERT, GROSSEN y DUBS. Uno de los temas tratados más sugestivos fue el *contrepoids* de los grupos económicos de presión en la legislación que puede llegar a romper la relación dialéctica entre poder político y poder económico, con posible tiranía del segundo (tyranie et danger de mainmise dans la législation).

⁴ La misma realidad produce esta mutación: Muchos ejemplos de obsolescencia son provocados por la ausencia de medios financieros. Así, el R. D. de 9 de diciembre de 1887 ordenaba se convocasen concursos anuales de obreros agrícolas para premiar a los que más se distinguieran en las operaciones manuales de cultivo. Este tipo de normas no se derogan; basta con no pedir consignación presupuestaria, o al Ministerio de Hacienda con no incluirla en el Anteproyecto de Presupuestos. Nuestras leyes de Carreteras, de Montes, de Auxilios a los Abastecimientos de Agua, no son inteligibles en su realidad, sin repasar los Presupuestos. En algún caso extremo la ineficacia de la Ley por mor del Presupuesto abocó a auténticas confiscaciones: así luce en la historia de la reversión de oficios y derechos enajenados de la Corona. El D. de 12 de junio de 1822 consideró como acreedores del Estado a «todos los poseedores de oficios públicos que salieron de la Corona por título oneroso y que han sido suprimidos por incompatibles con la Constitución y las Leyes». La Ley 14 julio 1842 reconoció de nuevo tal derecho. Ante la avalancha de reclamaciones la Ley 1 agosto 1851 indicó que «serán objeto de una Ley especial los créditos procedentes de oficios enajenados». Por último, la R. O. 17 marzo 1884 (*Gaceta*, 1 mayo) declaró la «imposibilidad de abonar los créditos mientras no se publique la Ley especial». Y así quedaron definitivamente las cosas, salvo para el Conde de Asalto, que obtuvo una Sentencia favorable del T. S. La historia legislativa de los auxilios estatales al abastecimiento de aguas a poblaciones (R. D. 28 junio 1910, O. M. 6 julio 1927, D. 27 marzo 1914, R. D. 20 diciembre 1919, R. D. 27 julio 1920, R. D. 13 noviembre 1922, R. D. 9 junio 1925, D. 17 mayo 1940, D. 27 julio 1944, D. 17 marzo 1950, D. 1 febrero 1952, D. 10 agosto 1958) no son claramente inteligibles si se prescinde de su reflejo presupuestario, aunque desde 1950 sea ello difícil por estar contenidos en partidas globales indiferenciadas. La R. O. 8 enero 1906, que creó la Inspección Central de Aguas, indicaba que ello se

Un análisis más detenido pondrá de relieve la función totalmente diferente de los principios generales y de los apotegmas interpretativos.

a) Principio es tanto como comienzo, mas este comienzo se sitúa en dos órdenes diferentes, como ha puesto de relieve Henri BUCH, Cicerón utilizó ya el término de *principium juris*, aunque su sentido actual provenga, según Federico de CASTRO, de Raimundo Lullio. En un orden ideal es el comienzo en la ordenación de las ideas más que en el encadenamiento cronológico de las cosas. Esto vale en el mundo de las ideas, mas el principio es también una fuente, una causa de acción, que ARISTÓTELES definía como la fuente o causa de acción, en tanto que la causa es el origen del efecto. Desde el punto de vista jurídico el principio general se considera como un freno de los fenómenos sociales reprehensibles. Todo principio en el mundo del Derecho se sitúa a la vez en el mundo ideal de los valores y en el mundo real de donde surgen dos consecuencias: la primera es que hay entre estos dos mundos un movimiento, lo que hace que los principios generales no sean inmutables, sino que, por el contrario, estén en progresiva mutación hoy más acelerada que nunca, hasta el punto que algún jurista, A. J. ARNAUD, ha hablado del paso actual de la geometría euclidiana a la no euclidiana en la estructura de los principios generales del Derecho.

Pensemos en el viejo principio general de Derecho que arranca del Derecho romano, según el cual quien usa de su derecho no hace daño a nadie (*qui suo iure utitur neminem laedit*), frente al abuso del Derecho o al enriquecimiento sin causa, por ejemplo. O el secular *caveat emptor* frente al actual *in dubio contra proferentem*, en los contratos de adhesión. La progresiva administrativización del Derecho civil obedece a la inmovilidad relativa de éste, que ha hecho decir a ARNAUD que la primitiva imagen del *Code* que parecía exaltar la libertad, la voluntad humana enmarcada en un código elaborado a escala humana desaparece tras su análisis riguroso. El Dere-

hacia «a fin de que no sean *letra muerta* las leyes y queden defendidos los derechos de la colectividad y del Estado». La ineficacia del vigente Servicio de Inspección de Fraudes en Agricultura se debe cabalmente a la falta de personal y Laboratorios. Los ejemplos podrían ser, en ese sentido, abundantísimos. De ahí el criterio que señaló el Preámbulo de la R. O. de 20 julio 1890 sobre reforma provincial y municipal: «Siempre hay en el mecanismo que funciona, mucha vida que utilizar y, por lo tanto, mucho esfuerzo y mucho valor, y mucha riqueza de tiempo, de enseñanza, de instalación, que se desperdician o malgastan en las implantaciones de organismos enteramente nuevos.»

cho considerado como sistema autónomo, el Derecho entendido como "motor activo", el Derecho considerado como creación voluntaria del hombre, todo esto no tiene ningún sentido. La verdad es más bien que el *Code* era un sistema de coerción, ligado a un contexto socio-económico muy preciso y a una toma de posición política (o mejor dicho antipolítica), filosóficamente fundamental, y desfasado hoy —que es lo peor— del contexto consensual hoy vigente, y muy distinto de 1808, respecto al cual es un *renversement ideologique*.

Se cuenta que los grandes magistrados consultados sobre el Proyecto vieron escapar su arbitrio judicial y sus esperanzas de un sistema nuevo, denunciaron su conservadurismo y la confusión de poderes. Se conoce la reacción de Bonaparte ante estas objeciones: *¡Si l'on marche ainsi, je reprendrai mon sabre!*, exclamó en pleno Conseil d'Etat. El verdadero autor del *Code* es ideológicamente, técnica y políticamente, social y económicamente, la burguesía jansenizante y galicana de la Ilustración, formada en el siglo XVIII, que atravesó por medio de Napoleón las vicisitudes de la Revolución.

De ahí su obsolescencia, no tanto técnica —y tal es el error de las reformas parciales— cuanto ideológica y de fondo. De ahí también la preeminencia invasora de las Leyes administrativas que lo van vaciando progresivamente. Un Derecho cuyos principios generales no sean eco de la ideología y del consensus del momento, no será ineficaz, a veces contraproducente, sino sobre todo un aparato de convivencia social pacífica saboteado, con maderas en sus ruedas que impiden su funcionamiento deseado. La naturaleza no creadora, no valorativa y además conservadora inercial del Derecho de las *regulae juris* frente al principio general, aparece clara en el aforismo 82 de BACON: *Regulae sunt dictamina generalia rationis, quae per materias legis diversas percurrunt, ut sunt tanquam suburra juris* (que son como elementos de fijación-conservación del Derecho)⁵.

La segunda consecuencia es simplemente un corolario de la primera, y es más bien una interrogación: ¿Cuál es la naturaleza de esta progresión, de este movimiento, de esta mutación de los principios generales? Se trata de una dialéctica del pensamiento axiológico y de la realidad concreta. El primero perteneciente al mundo inmutable de los valores, pero es filtrado por la ideología y el consenso en cada momento y en cada país; pues, en efecto, el mundo

⁵ Cfr. STRAKOSCH, «Der Konservatismus und das Recht», en *Gedächtnisschrift für René Marcic*, Berlin-München, Duncker-Humblot, 1974, tomo 2.

de los valores existe *valiendo* de suyo, pero la aceptación de estos valores es justamente la ideología o el consenso que es aquí, para nuestro tema, lo relevante⁶.

Los albores del Derecho como Ciencia mañanean cuando el hombre se pregunta ¿qué es la Ley que me obliga? ¿Por qué debo obedecer? Ahí comienza el primer hito, que nunca se deslastrará del *μῦθος*⁷ de la religión y del poder. No hay una Ciencia del Derecho en Egipto porque religión y poder eludirán la cuestión del qué y el porqué. Como no hay sino arqueología en el Código de Hamurabí: ambas rozan cronológicamente la frontera de la encuesta, sojuzgando la racionalidad a la irracionalidad misterial de los Dioses o aplastando —hasta el punto de erradicar cualquier vestigio de pregunta— con la fuerza ponderal de así es y así debe ser. He dicho lastre porque todo el hilo de mi pensamiento está hilvanado en mostrar la pervivencia eternal de lo irracionalmente demostrable en el Derecho. Los escasos periodos de angustia hacia la racionalidad periclitán o sucumben en el hondón de los valores convicción que son —como intentaré mostrar— subrogados de racionalidad, taras de masa frente a individualidades inquisitivas, incluso a la menguada lente de lo humanamente comprensible. Coherencia lógica y Derecho son términos que el hombre —racionalmente y por perpetuar el valor convictivo socialmente de las normas, en aras de una convivencia en paz relativa— pretende siempre conciliar. Cuando algo es relativo y se demuestra se hace Ciencia. Mientras que al intentar mostrar que es absoluto lo que es relativo, se hace política, sociología, retórica y, en última instancia, mentira. La adecuación entre lo que es el canon de medida de lo que es, y lo que parece que es,

⁶ Lo cual produce, a veces, la perplejidad del jurista al antiguo estilo, para quien el Derecho es lo inmutable, lo perdurable, sólo lo lógico. Cfr. C. A. EMGE, «Verwechslung von Dogmatischen Rechtsbegriffen mit Rechtstatsachen», en ARSP (sobre las unwirkliche Konstruktionen und Künsteleien Erkünsteltes Lebensfremdes Rechts [ARSP, 39 (1950) 5]).

⁷ Cfr. Adolf GRABOUSKY, «Über die Bedeutung des Mythos für die Gegenwart», en el Archiv fuer Rechts und Sozialphilosophie, 40 (1952) 1. ¿No es un mito preservado de las regulae conservar hoy la regula mala semper praesumitur esse mala para la custodia de los hijos cuando la culpa de la separación fue de la mujer? ¿Quién la sostendría hoy? Pues se sigue aplicando por inercia. Cfr. Edward RUELKER, «An Introduction to the Rules of Law», en The Jurist, X (1950) 271; Serge MAINWALD, «Das Recht als Funktion gesellschaftlicher Prozesse», en ARSP SL (1952); K. DOEHRIG, «Der Autoritätsverlust des Rechts», en Ausländisches Umweltrecht, II, Beitr. 2, Umweltgestalt, M. Plank Gell (1973), y Kurt SCHILLING, «A priori und Faktizität in der Geschichte», en ARSP, 29 (1950) 12; Henry W. JOHNSTONE, Jr., «Argumentation and Inconsistency», en Logique et Analyse (LeA), 58 (1961).

forma un triángulo que muestra la relativa falsedad del metro tomista-aristotélico entre la *adaequatio rei et intellectus*. La diádica metódica no toma en cuenta el tercer factor, el canon del observador, su capacidad y su mensura, que no sólo le es *connatural*, sino que le es *socialmente connatural*.

¿Derecho, Ciencia? No es sólo la voz agorera de Kirchmann, sino la respuesta impremeditada, pero no impensada, de los científicos *ex jure proprio* el que resuena con respuesta inquietantemente negativa a los oídos del jurista desde hace dos mil años. Aún más, el propio filósofo se sigue replanteando y resolviendo por su cuenta y riesgo la pregunta, otorgando a veces —parcas y un tanto renuentes— la concesión de *τὲχνέ* de arte, de tecnología. Es un error la confusión noética entre lo útil y lo verdadero, entre —digámoslo en términos a la *page*— tecnología y ciencia. No hay en origen, en esencia, en terminología y, a fin de cuentas, en puro sentido común, otra distinción entre la verdad y su utilización que no sea la correspondencia del *λογος* y la *τὲχνέ*, lo racional y lo racionalmente utilizado. Este es un inicial reproche a la filosofía de la ciencia, pues ¿no es toda verdad en sí una utilidad? ¿No es útil su simple captación? Llevamos dos mil años bisturizando la física y la ingeniería, la química y la industria, el Derecho y su ejercicio. La verdad puede ser de dentro —numénica— o de fuera —fenoménica—, pero toda ella es verdad. La quintaesencia del hombre, su convivencia, su sociabilidad y hasta su Ciencia —a escala uno o socialmente— es cierta o no, y en esa misma medida le marca, le esencializa y aún más le funcionaliza. Esencia y función son diferencias de contemplación, no ontológicas. Es animal racional el hombre, aun cuando no razona, por estar dormido, como un automóvil sin pegás puede marchar o estar en punto muerto, o parado. Nada contradice a su esencia, o por mejor decir, a su existencia.

Hay una epistemología a escala humana, y no haberlo reconocido es el gran pecado de la filosofía. Me basta renacer una pregunta: ¿Hay universales? ¿Hay una esencia del número, de la mente, de lo razonable? ¿No hay hiato en la pregunta así formulada entre algo tan absurdamente incomparable como la idea de coleóptero o de negocio jurídico? Ambos son atajos para una comprensión de totalidad, para una racionalidad del mundo a escala humana.

b) El principio general se concibe a veces como axioma o como deducción, o finalmente como una generalización de hechos experimentales, es decir, de fallos de sentencias o de preceptos disper-

sos en el mundo de las normas. En el momento en que esta generalización cubre todo el conjunto de los hechos experimentados, es decir, cuando llega al fundamento profundo de la realidad social pasa a ser una proposición fundamental, esto es, un principio fundamental de Derecho.

Concebido de este modo el principio o proposición fundamental, inspira el ordenamiento y suscita la pregunta de que habiendo nacido a través de un proceso de generalización de casos concretos o experiencias reales (normas aisladas o sentencias reiteradas) debe tener un momento de aparición⁸. Tal momento se desprende, de un lado, de la acumulación de experiencias y, de otro, del estado de los conocimientos generales y particulares del Derecho. Dicho de otro modo, se trata de la dialéctica, esto es, del conjunto opuesto de la idea y de la situación. Por ello, todo principio general está esencialmente expuesto a sufrir modificaciones: no se encuadra en un mundo de la lógica más o menos discutible, pero inmutable en cuanto a su modo de ser, sino, por el contrario, engarza dos mundos variando la conexión.

La ideología social es mudable de suyo, e igualmente el Derecho, que ha de responder, para ser eficaz y para ser congruente con su propia naturaleza, a tal consenso (a veces Ersatz de consenso). El principio general es, a su vez, el camino y la causa de su propia evolución, dado su carácter de puente entre dos mundos conceptualmente distintos.

c) El conocimiento de los principios generales es indispensable para comprender la construcción de un sistema jurídico. Este se presenta atomizado en multitud de reglas, en diferentes subconjuntos (Derecho civil, mercantil, administrativo, internacional, etc.); de ahí el enorme valor no sólo didáctico, sino a efectos de comprensión global de los principios generales de Derecho. No se agota aquí, sin embargo, en esta especie de rendición de cuentas del conjunto del Derecho frente a los valores socialmente admitidos, la

⁸ La operatividad real de un principio general de Derecho comienza en la vida forense a través de la jurisprudencia reiterada. Esto era algo negado aparentemente, pero absolutamente verdadero. El Código civil, en su art. 1, núm. 6, viene a reconocer esa realidad anterior: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el T. S. al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.» Deja, pues, de ser explícito para la casación civil tan sólo y se generaliza la realidad. Cfr. con anterioridad J. LORENTE SANZ, «La recepción de la jurisprudencia contencioso-administrativa como fuente formal», en *Rev. de Derecho Público*, 2 (1933) 230.

función del principio general. Este no es una simple idea, sino que nace como algo operativo, como un elemento constitutivo del sistema. No permanece detrás de la bambalina de las normas, sino que, por el contrario, está en pleno proscenio en la actuación práctica del Derecho. Sin los principios generales no habría quizá ordenamiento jurídico sistematizable, ni valorable, antes bien, el desorden, la confusión y la desintegración de la multiplicidad de las normas se perdería en un caos ininteligible globalmente. Una máxima de Derecho es sólo la estela de lo que la ley ya ha decidido. Un principio general, por el contrario, es la proa de un rompehielos: afilada y apta para romper esa costra de inmovilidad del Derecho positivo. Sin los principios generales el Derecho se reduciría a un centón de leyes positivas, desordenadas y axiológicamente indeterminadas. Con todo, los principios generales son claramente distinguibles de las máximas jurídicas: éstas son un resumen didáctico de lo que la ley positiva establece, aunque ilógicamente, por el carácter conservador del Derecho, prevalezcan a veces sobre el Derecho positivo, cuando éste cambia, siendo así como principios generales en cuanto a su función, pero claramente apartables en cuanto son efectivas máximas. Valga como ejemplo la pervivencia supérstite de la máxima romana: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (D. de regulis juris, 50. 17. 1. 7, procedente de POMPONIO) que es totalmente incongruente con el Derecho positivo español (artículos 658, 667, 763, 764 y 986 del Código civil) y que, sin embargo, aparece citada en la Jurisprudencia.

Sería posible aplicar una norma, interpretarla, pero desde luego, podría dar lugar a fallos contradictorios, a soluciones ambiguas que se contradijeran recíprocamente.

d) El conjunto de los principios generales de un sistema en sus múltiples combinaciones podrá, a veces, provocar conflictos de prioridad aplicativa de un principio frente a otro e incluso antagonismos o contradicciones entre los mismos. Este es otro rasgo diferencial con los apotegmas lógicos o pseudológicos, pues éstos descansan sobre la base más o menos fundada de la lógica, en tanto que los principios generales responden a los valores admitidos por una sociedad que no pocas veces admite al mismo tiempo valores contradictorios.

De todos modos, el conjunto de los principios es lo que produce y determina la unidad y homogeneidad de un sistema jurídico.

Por ello no debe pensarse que funcionan exactamente separa-

dos⁹. Principios generales y normas no funcionan separados, ni pueden hacerlo, pero difieren en el modo de hacerlo. Aplicado o no, el principio general marca sólo la dirección —sola o en conjunto con otros principios generales— de la ejecución de la ley. Los principios, al ser relativos frente a otros, tienen su peso relativo, su medida y su trascendencia, difícil pero no imposible de jerarquizar. La importancia del principio radica en el daño o beneficio que su aplicación puede suponer (amount of good or harm: RAZ), y en tal forma que los conflictos entre ellos quedan determinados por su relativa importancia (trascendencia de los fines de las conductas a calificar). Tanto las reglas jurídicas (argumentos, adagios) como los principios, no son conceptos legales, radican en el propio Derecho natural y en las normas constitucionales. La relación de norma-principio es lógico-valorativa. La norma tiene carácter prescriptivo, el principio es directivo, se refiere a géneros, tipos amplísimos de actuar, sin especificidad. La diferencia descansa aquí en la naturaleza y grado de especificidad propia de ambas.

Los principios actúan frente a la norma de cinco formas:

1.º Como fundamento, razón, clave o argumento de interpretación. Es el modo más amplio y general de actuación.

2.º Como fundamento, para el cambio de criterio jurisprudencial o legal, el límite de la interpretación es como el filo de la navaja y es fácil pasar de un lado a otro^{9 bis}.

3.º Como fundamento para excepciones de la ley.

4.º Como fundamento de nuevas leyes.

5.º Como criterio de actuación en casos singulares. Forman aquí un límite a la arbitrariedad (sea arbitrio judicial o discrecionalidad administrativa). Un conjunto de principios o uno solo pueden

⁹ Un conjunto desordenado de leyes no forma sistema, ni aun uno ordenado, pero sin principios generales informadores. Cfr. DWORKIN, «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review*, 35 (1967) 14-45; Joseph RAZ, «Legal Principles and the Limits of Law», *The Yale Law Journal*, 81 (1972) 823; SINGER, «Moral Rules and Principles», en *Essays in Moral Philosophy*, Melden, 1958, p. 169; RAZ, «The Identity of Legal Systemes», *California Law Review*, 59 (1971) 795; cfr. «Undertanding the models of rules; Towards a Reconciliation of Dworking and positivism», en *The Yale Law Journal*, 81 (1972) 912.

^{9 bis} Así la constante jurisprudencia sobre aplicabilidad del art. 41 de la Ley Hipotecaria a los montes públicos (Sentencia T. S. 30 septiembre 1958, 23 enero 1959, 5 diciembre 1958, D. Comp. 1 febrero 1950, D. Comp. 29 enero 1951, D. Comp. 1 mayo 1953, 21 mayo 1953, 28 octubre 1954, 5 septiembre 1962, etcétera) obligó al art. 10 de la Ley de Montes a prohibir los interdictos o *procedimientos especiales* contra los montes públicos. A veces llega a dictarse la ley *lite pendente* (cfr. mi *Introducción y Teoría de las Normas*, op. cit.).

justificar un fallo, y ya no es válida la invocación de que en casación no sean alegables^{9 ter}.

Un principio general es una directriz: en consecuencia, es necesariamente vago en su expresión, tiene un peso cierto frente a otros principios y se aplica fundamentalmente a unas leyes precisadas de interpretación, pero no de modo exclusivo (tras la reforma del Código civil). Hay principios sustantivos y de procedimiento: ambos apuntan a esta estructura fundamental del Derecho, evitando que la operatividad e interpretación del mismo devenga algo arbitrario, según las aspiraciones, valores o intereses del operador jurídico. Y en modo alguno pueden ligarse a las creencias de la mayoría, al consenso general, que visto de reverso vendría a ser la opresión de una minoría.

Hay principios generales que nacen de leyes y no de jurisprudencia, aunque sea ésta luego la que vaya concretando y, a veces, aislando de la ley generadora, el principio, basándolo en apotegmas jurídicos, en argumentos de Derecho natural o incluso, como en algún caso paradójico, en principios evangélicos o reglas paulinas. Y no es un caso único, pues basta ojear la enorme cantidad de sentencias que aplican el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído (*nemo in auditu damnari*), para verificar esta afirmación. Como tal principio general, sin embargo, es contradicho en otros casos (por ejemplo, condenas al Fondo nacional de garantía, circulación de automóviles o en accidentes de trabajo), sin dejar de ser tal regla general, pues las excepciones se refieren a los terceros en el delito.

e) Ahora bien, el Derecho no es solamente normativo, sino también formalista sistemático, al menos dentro de nuestra cultura occidental. Por ello es oportuno subrayar la génesis de un principio general de Derecho. No es, efectivamente, ni un axioma, es decir, un principio reconocido como verdadero, ni una proposición evidente *ex terminis*, como decía LEIBNIZ¹⁰, ni tampoco un postulado que requiere el asenso social o del operador jurídico, pues ya hemos vis-

^{9 ter} Así en el control de *concursos* de méritos (S. T. S. de 24 noviembre 1959, 28 abril 1964, 8 octubre 1973).

¹⁰ Cfr. Godofredi Guilielmi, L. B. de LEIBNITZ, *Nova methodus discendae docendae jurisprudentiae, ex artis didacticae principiis, in parte generali praemissis experientiaeque luce, cum praestatione Christiani*; L. B. de WOLF, *Lipsiae et Halae ex officina Krugiana*, 1748. He podido ver la edición princeps original, con gran desencanto por mi parte. Después he releído los fragmentos inéditos, muchísimo más interesantes; con gran honestidad reconoce que lo mejor de su trabajo se debe a R. Lullio.

to que es justamente una consecuencia de este consenso y no una causa. Un principio general en su propio ámbito de aplicación no se deduce de ningún otro, pero dentro de su ámbito produce subprincipios a modo de corolarios más específicos, con un contenido más concreto, pero de la misma naturaleza que el principio general. Sucede aquí lo mismo que con el enfoque de una máquina fotográfica: cuanto mayor sea la apertura del diafragma menor fondo de perspectiva tendrá, y viceversa. Cuanto más desenfocado, más confuso, y en este caso más propicio a confusión. El principio general de interdicción de la arbitrariedad, por ejemplo, trae como consecuencia el principio de igual trato, o de par conditio, el principio de la imparcialidad de la decisión (a propósito de las consecuencias de la recusación, no previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo) y otra serie de corolarios que, en definitiva, no son sino concreciones y especificaciones de los casos menos generales que el principio de que derivan. No son principios paralelos, sino principios subordinados, principios o subprincipios, mejor dicho, del primero. El principio general encuentra su génesis en la realidad de las normas que componen el ordenamiento. De ahí que no sea infrecuente encontrar en las sentencias la formulación de un principio general al lado del artículo concreto de una ley que viene a recogerlo, pero, sin embargo, son casos diferentes. El calificativo de general implica que aunque una ley o muchas leyes recojan positivamente el principio, éste deviene general incluso para aquellos supuestos en que no exista la regulación normativa expresa. Los principios generales constituyen generalizaciones experimentadas de datos jurídicos entre los que naturalmente figuran las normas positivas, pero los principios generales se distinguen de las normas positivas de igual modo que toda generalización se diferencia de los fenómenos singulares incluidos en ella. Por contrapartida a esta enorme vitalidad del principio general, puede decirse que está vacío de contenido: es un regulador de la vida jurídica, de la operación jurídica del Derecho en actuación. Frente al viejo espíritu de las leyes que conciben que la ley es la manifestación de la voluntad general, el principio general es realmente, o al menos en forma más clara, más contundente y superior el auténtico espíritu de las leyes. Tal es el sentido de las palabras *principios informadores* que utiliza la reciente redacción del título preliminar del Código civil. Al afirmar que los principios generales están vacíos de contenido hay que matizar que puede parecer paradójico, que al ser introducción de los valores de

consenso ideológico de una sociedad, y la generalización de estos valores en cuanto están insertos en normas positivas, aunque sean aisladas y parciales, parece que se incurre en una contradicción. Lo que se pretende decir es simplemente que el principio general de suyo no ordena nada; es una simple directiva informadora del ordenamiento jurídico, pero no es una norma, ni es equiparable a una norma generalizada. La mutación de los principios generales responde a la misma estructura dinámica del Derecho. El fenómeno jurídico se produce en dos planos: en el primero están los hechos sociales que por su generalización engendran otros sistemas sociales, cuya base es la voluntad política, la economía y la norma jurídica; en el segundo las relaciones jurídicas que engendran las reglas de Derecho cuya consecuencia es la construcción del sistema jurídico. Es cierto que hay dos planos, pero la interferencia entre uno y otro es continua, permanente e incesante, porque tal interferencia es esencialmente dialéctica. Los hechos sociales crean relaciones de naturaleza jurídica, del mismo modo que la generalización de experiencias sociales exige la formulación de reglas jurídicas: éstas constituyen los sistemas sociales y, a su vez, los sistemas jurídicos. Tal encadenamiento entre la vida social, sistema jurídico y principios generales tiene más bien forma triangular, no es en modo alguno una función lineal. Esto es, que impide la pretensión de axiomatizar los principios generales o incluso el Derecho reduciéndolo a proposiciones evidentes. Desde un punto de vista axiomático el Derecho estaría lleno de paradojas: lo que primero salta a la vista es que la soberanía del Derecho es la que garantiza y asegura el derecho de la soberanía. Axiomatizar el Derecho y los principios generales sería como dejar en permanente congelación al cuerpo social, detener el curso del sol como Josué y hacer del Derecho una estructura axiomática y formal, cualquiera que fuera la ideología de la sociedad a la que el Derecho debe servir. Claramente se deja ver que la evolución de la vida social no se deja embridar sin perder su propia naturaleza dinámica. Es más, si los valores imperantes en cada momento son los que en definitiva provocan las normas positivas en que formando un puente entre ambos, los principios generales recogedores de toda aquella parte axiológica y de consenso de uno y otro, se demuestran contraproducentes para una auténtica convivencia pacífica, esto sólo será posible verlo a posteriori. Cada época, dice IHERING, es un misterio para quienes la viven; no se refiere a la lógica, que tiene un carácter inmanente y en cierto modo inmutable.

Porque aunque se tenga vergonzosamente que confesar que el consenso es la piedra de toque de toda su construcción, aunque el operador jurídico tenga también que reconocer que la eficacia de sus decisiones estribará en el asentimiento mayor o menor que encuentren los destinatarios de tal decisión, aunque la obediencia espontánea responda, en definitiva, a una ideología que responde a veces a mezquinos propósitos, lo cierto es que el jurista, en lugar de haber descubierto estas verdades elementales, ha creado, dogmáticamente, como si las cosas fueran las que él quisiera que fueran, todo un pseudo sistema jurídico ignorante de este peso valorativo de humanidad latente, velada y larvadamente, bajo una careta o no, pero inalienable para el sentimiento de la justicia o injusticia del Derecho en su conjunto¹¹.

Podrá efectivamente, mediante un esfuerzo dialéctico creciente, construirse una lógica más perfecta que sirva para la interpretación operativa. Podrá incluso llegarse a eliminar los llamados argumentos tópicos, fijando las reglas estrictamente lógicas de su aplicación y transformándolas de pseudosilogismos en auténticos silogismos. Tal es el esfuerzo que desde siglos se viene realizando para unir tópica con lógica; para salvar el abismo que desde ARISTÓTELES viene señalado entre uno y otro tipo de argumentos. Mas con todo, los argumentos no varían, son de mayor o menor aplicación según el carácter del ordenamiento jurídico (cerrado o abierto con postulado de complitud o sin tal postulado) por el consenso del principio non liquet o su sustitución por el référé législatif. Pueden incluso llegar a no tener aplicación ante el supuesto utópico y ucrónico de un Derecho libre, del llamado juez, del cadí al cual tampoco, dicho sea de paso, es identificable; es decir, la aplicación de las reglas lógicas o pseudológicas podrá ser mayor o menor dependiendo de la naturaleza del sistema jurídico. Pero no son como los principios generales informadores del ordenamiento y de su naturaleza axiológica. Entre el mundo de los valores y el mundo de la lógica hay todo un abismo de naturaleza esencial gnoseológica y epistemológica¹². Los apotegmas interpretativos no varían en su esencia, aunque

¹¹ Cfr. F. FLEINER, *Politik als Wissenschaft*, Zurich, 1917, p. 8, ha podido decir, con razón, que «las ideas maestras, directrices y dominadoras de una época quedan larvadamente tras el escenario, escondidas a quienes viven en una época histórica en que tales ideas configuran».

¹² La gnoseología es una parte esencial de la Ciencia que se ocupa de la teoría del conocimiento, que tiene en cuenta (pero es diferente) la lógica o

se vayan analizando cada vez más profundamente, pero tal análisis será científico y no valorativo. Por el contrario, hay que insistir que el principio general del Derecho es, por su naturaleza, mudable, no es formal, sino material, y traduce de forma generalizada lo que el ordenamiento parcial o aisladamente ha establecido, y al mismo tiempo recoge aquellos puntos de consenso social evidentes.

Toda esta larga precisión es oportuna en este lugar, por cuanto en casi todas las recopilaciones de reglas de Derecho, desde Justiniano hasta hoy, se vienen mezclando tres tipos de aforismos: el aforismo que simplifica una regla parcial de Derecho. Si examinamos cualquier repertorio de aforismos, incluso el más reciente de Guillermo CABANELLAS, publicado en 1974, veremos que bajo el número 3442 se contiene el aforismo *notarius de dolo et imperitia tenetur* (el notario responde por dolo e impericia). No sólo por el carácter concreto de este aforismo, sino también porque no viene sino a recoger en forma extractada lo que la ley dice de modo claro, el aforismo no es sino una especie de simplificación didáctica de la norma¹⁸. Por el contrario, en el número 3 se recoge un principio general *permisa vobis facile abusi fueritis potestate ac ideo vos ea non immerito privare possumus* (quien mal usa de su poder debe ser privado de él). Este es un principio general que naturalmente generaliza, como antes se ha dicho, una serie de disposiciones aisladas que vienen a decir lo mismo. Pero en casos concretos, y en el mismo libro de aforismos, se contienen una multitud de apotegmas interpretativos. Así, el número 2188 contiene la regla *in casibus omissis deducenda est norma legis a similibus*, que constituye un criterio de analogía considerada tradicionalmente como argumento tópico de interpretación. Insisto en llamar la atención sobre los tres tipos de aforismos o apotegmas, pues si los primeros, es decir, aquellos que resumen simplemente reglas concretas de Derecho positivo, también de forma concreta, son simple embellecimiento u ornamentación de las decisiones judiciales, los principios generales del Derecho

psicología. El fenómeno del conocimiento es el objeto de la gnoseología. Epistemología es la teoría del *saber científico* (dejando aparte lo experimental y lo opinático).

¹⁸ Así lo entendió claramente Gregorio LÓPEZ en sus comentarios a las Partidas, que recogían gran parte del título de *regulis juris justinianeae*: *Regula est propositio brevis, et cum verbis generalibus dictata, et habet vim legis, nisi alia lex ei contrarietur: quia tunc non ipsa, sed lex observabitur*» (Partido VII, tít. 34, pref.), y BACON, en su «Aforismo 82», aclaraba terminantemente: *regula legem indicat, non statuit*.

son, por el contrario, informadores de todo el ordenamiento jurídico al que dan sentido y cuyos valores aceptados ponen de relieve. Los principios o apotegmas lógicos o pseudológicos de interpretación tienen una naturaleza radicalmente distinta, pero la misma utilidad que los principios generales del Derecho, pues permiten una actuación racional y lógica en las interpretaciones operativas de las leyes. Todo intento de la lógica moderna consiste en quitar el carácter tópico a estas reglas interpretativas delimitando con claridad su campo legítimo de aplicación y evitando esa naturaleza tópica reversible y, en definitiva, arbitraria en que tradicionalmente han sido formados durante siglos. Para la analogía —expresamente admitida en nuestro Código civil— y sus argumentos conexos (a pari, a simili, a majore, a minore, etc.) ello es una labor ineludible para el jurista. Que el fondo del Derecho cambie, que la interpretación deba tener en cuenta la situación de hecho e ideológica, no quita que en todo caso sea coherente, racional y lógica. No es una paradoja que sea en el Derecho de los países socialistas donde mayor énfasis se ponga hoy en la lógica interpretativa. Ni lo es tampoco —pese a los condicionamientos aludidos— que desde 1950 el intento esforzado de escapar a lo tópico, delimitando los argumentos analógicos valorativos, sea hoy una obsesión universal.

La pretensión de racionalizar el Derecho es casi connatural al mismo desde Grecia. Las vicisitudes de este proceso de racionalización lógica han sido, sin embargo, muy variadas.

La política y la lógica crean las Leyes. La política determina el contenido y la oportunidad. La lógica sólo condiciona las reglas jurídicas. Contenido y forma están estrechamente unidas, en una interacción constante (*Wechselwirkung*). Cuanto más complicada sea la vida social, más necesaria es la lógica para simplificar y hacer transparente la norma¹⁴. El conjunto de normas no avanza hoy,

¹⁴ Cfr. IVO HANGARTNER, *Rechtsstaatliche Gesetzestechnik en Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht*, Bern, Staempfli, 1965, p. 103. En palabras de Georges RIPERT: Ils peuvent facilement se mettre d'accord, si on ne leur demande pas de s'entendre sur le fondement des principes mais seulement sur l'existence. Que ces principes soient donnés par le droit naturel, par la force de la tradition, par les exigences de la raison, par le souci pratique de l'ordre, l'essentiel est de constater leur valeur en tant qu'une limite est apportée a la souveraineté du droit positif (*Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 344); Peter LIVER, «Der Begriff der Rechtsquelle», en *Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht*, Bern, Staempfli, p. 30.

como decía Benjamín CARDOZO, como un glaciario, poco a poco, sino como un torrente, que hace más precisos que nunca el asidero permanente de la lógica y su sistema, al que IHERING llamaba la fuerza invencible de crear nuevas materias jurídicas (*Das System ist eine unversiegbare Quelle neuen Stoffes*).

V

LOS ARGUMENTOS LOGICO-FORMALES Y LOS APOTEGMAS LOGICO-DECISIONALES

La aplicación al Derecho de la lógica formal, o, si se quiere, para conservar la especificidad del Derecho, de la lógica jurídica¹ es un fenómeno constante en el Derecho, pero que ha adquirido en los últimos tiempos un auge insospechado, producto quizá de la proliferación de las normas y del quebranto que ello supone para la seguridad jurídica y para el principio de igualdad entre el Derecho, que son los dos pilares fundamentales sobre los que se apoya actualmente el consenso social de todo sistema jurídico; todo comienza su solución en el mismo instante en que se desespera de hallarla.

El problema estriba en saber si tal lógica juega un papel esencial o es, simplemente, algo subordinado como método de razonamiento. La lógica formal presta a la ciencia del Derecho varios servicios fundamentales: en primer término, desempeña un enorme papel en su elaboración y sistematización. Un gran lógico inglés del siglo XIX, desconocido en su propio país, Andrés LABANDE, barruntó ya que las ciencias inductivas, entre las que bien se puede colocar el Derecho como una especie distinta pero inclusiva, no podría progresar en modo alguno sino por la conjunción de dos operaciones complementarias: la vinculación a los hechos, es decir, su conexión con un acto espiritual que confiere a su diversidad la unidad de forma necesaria para que tales actos sean inteligibles, y la aplicación de los conceptos, es decir, la determinación precisa de sus formas, el desarrollo de su contenido y su encadenamiento formal. La lógica formal es un instrumento para explicitar estas concepciones, pues el Derecho no puede ni debe jamás olvidar que sus ideas no son válidas sino en la medida en que están suficientemente ajus-

¹ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, «La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 30 (1957) 1; LEIBNIZ (en *Dissertatio*, op. cit., p. 42) rechazaba toda especificidad: «logicam veram non tantum instrumentum esse, sed et quodam modo principia ac veram philosophandi rationem contineri quia generales illas regulas tradit ex quibus vera falsaque dijudicari, adhibitisque solis definitionibus et experimentis omnes conclusiones demonstrati possunt».

tadas al hecho que debe regir y a las necesidades y a las aspiraciones de la sociedad a la que el Derecho pertenece; pero debe aspirar a hacer claras, distintas y coherentes las nociones que utiliza, en la medida de lo posible. El análisis lógico y la deducción son los únicos caminos para conseguir este resultado, pero no suministrarán sólo una claridad de rigor propio que facilite su aplicación, sino que llegarán a ser, también, un instrumento de crítica por el mismo hecho que permitirá extraer las últimas consecuencias e inferir las implicaciones de sus principios y sus formas.

Siempre habrá, en el Derecho, un espacio delicado y enfermizo donde tratar de la conciliación de contradicciones: desde el Common Law, en que es célebre el caso *Bradley v. Carrit* (1903) con el *Kreglinger v. New Patagonia Meat & Cold Storage* (1914) —a field full of paradoxes and contradictions (LAWSON)—² con nuestros fallos 1 julio 1950 v. 11 noviembre 1943 sobre el artículo 1451 del Código civil, Sentencia 11 noviembre 1943 v. 9 julio 1940 sobre precontrato y promesa de venta, el Auto de la Audiencia de Barcelona de 3 marzo 1967 y Sentencia de 5 enero 1967 sobre Derecho de superficie. La única preocupación será abstenerse de creer que las inferencias garantizan el valor de las proposiciones a que conducen, pues tal valor será siempre relativo en función de los principios y fórmulas que constituyen las premisas previas. Por el contrario, el resultado obtenido de tal inferencia puede, a su vez, plantear la duda de la verdad o falsedad de las premisas en cuestión.

Esta función científica se une a una función social: la lógica es necesaria para asegurar la coherencia y seguridad del Derecho³. Responde a una exigencia del espíritu humano que, inexorablemente, demanda la predictibilidad del fallo y la igualdad jurídica, como formas de asentimiento a la justicia. Por ello, si el Derecho no puede ser descubierto ni demostrado sólo por deducciones, siempre tendrá éste la ventaja de permitir el control de su racionalidad, regular su aplicación y obtener, de modo más preciso, el consenso y la adhesión de la sociedad a que se dirige.

² Cfr. Anthony R. BLACKSHIELD, «Some Approaches and Barriers to the definition of Law», *ARSP* (1963), 36. Alguna de las paradojas más triviales ha desencadenado una oleada de bibliografía. Así, aquella que se formula diciendo que si el Parlamento inglés lo puede todo, puede también acordar su eliminación institucional. Cfr. I. TAMMELO, «The Antinomy of Parliament Sovereignty», en *ARSP*, 44 (1958) 495; K. J. J. HINTIKKA, «Remarks on a Paradox», *ibidem*, p. 514; Julius STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford, California, Stanford Univ. Press, 1968, p. 27. Todo esto hizo que EHRlich dijera en 1917 que los principios de lógica jurídica son sólo *Zunftregeln*, esto es, reglas para el gremio de los abogados y nada más.

³ De ahí que sea injustificado el ataque furibundo de WITTGSTEIN a las llamadas tautologías de la lógica. Esta no crea; ayuda al correcto razonamiento y detecta los fallos de la incorrecta inferencia.

Por último, y de un modo menos directo y esencial, la lógica puede, en tanto que es la ciencia de las estructuras del pensamiento, permitir la comprensión por el jurista sobre la estructura del sistema jurídico. Las leyes aún no codificadas forman sistemas que se completan y se corrigen recíprocamente, de tal modo que, conscientemente o no, resultan unas elaboradas en función de otras; se establece entre ellas relaciones de complementariedad y equilibrio. Las investigaciones lógicas, las lingüísticas⁴, permiten al jurista penetrar en el análisis de esas estructuras siempre que se ponga en guardia para no asistir a tales inferencias lógicas como algo absolutamente necesario, en una especie de adocenamiento provocado por la incomprensión y la perplejidad ante instrumento que es su esclavo. Lo último con lo que ha de transigir es en la incomprensión de su trabajo. En todo lo demás debe permanecer alerta a un resultado que es función —de momento— de los datos suministrados.

Por ello es absurdo condenar como estéril el esfuerzo de muchos lógicos para la puesta a punto de una acumulación coherente de las reglas jurídicas, aunque puede preguntarse lícitamente si el Derecho tiene necesidad de una lógica tan depurada como la propuesta o si debe o puede contentarse con una simple lógica al viejo estilo. La pregunta apunta a si el Derecho puede alguna vez garantizar que todas las operaciones primordiales del método jurídico queden reducidas a formas lógicas que podrían imprimir al Derecho un dogmatismo, una rigidez y un automatismo que difícilmente se acomodaría a la complejidad de la realidad y a la flexibilidad de la vida social.

Pero esta diagnosis y prognosis extremadas no vislumbran siquiera una nueva orientación que puede y debe traer consigo un equilibrio positivo. Por de pronto, se trata de algo —llamémosle progreso— que aporta al jurista algo que no le permite ya mantenerse en una ficticia inmovilidad y ni siquiera retroceder. Todo cambio, al aportar beneficios, impone también sacrificios y renunciaciones. Se trata sólo de saber si una compensa a la otra. Los éxitos y las perspec-

⁴ Cfr. LEIBNIZ (*Opera omnia*, t. 4, Genevae 1768m, *op. cit.*, p. 43): «Claritas est non verborum tantum, sed ex constructionis. Nam si constructio clara non est sit; p. 72: notum erit quidem, quid verba significant simpliciter et per se sumpta sed non quid significant hoc loco ad caetera relata», y p. 45: «definitio nihil aliud est, quam significatio verbis expressa, sed brevius, *significatio significata*». Claramente distingue la lógica semiótica estructural (¡en 1768!) de la formal (p. 53): «Ita similiter logicae duas esse partes, unam verbalem, alteram realem, unam claro distincto et proprio verborum usu seu de stilo philosophico; altera, de regendis cogitationibus.»

tivas cada vez más amplias se han combinado con otras ciencias, nos han atropellado y dominado; han absorbido tal cantidad de atención y de energía que la necesidad vital del Derecho ha quedado relegada a un segundo término, absorbidos por la resaca de la actividad técnica y tecnológica. Con todo, bueno será examinar el origen del logicismo jurídico.

1. CONSIDERACIONES GENERALES: LA CONTRADICCIÓN INMANENTE Y LA DOCTRINA DE LA DOBLE RAZONABILIDAD (DISSOI LOGOI): EL SURGIMIENTO DE LOS ARGUMENTOS TÓPICOS

Es ya una larga tradición de dos mil quinientos años la que está detrás de los argumentos pseudológicos o formales. Proceden, antes incluso que de Aristóteles, de los sofistas. La teoría de los centros de argumentación parte del planteamiento del status quaestionis (staseis) como teoría de lo probable y de lo normal que pasará de un lado a la dialéctica y, de otro, a la retórica.

Es imposible subrayar cómo la auténtica tópica jurídica —no fáctica— y la retórica como igualdad razonable de argumentos es algo anterior al período socrático. En concreto, fue PROTÁGORAS el primero que afirmó que el logos no podría, de suyo, explicar nada de modo necesario; sólo la experiencia —es fácil una vez pasado el evento— le podía calificar, y aun así dudosamente. El pensamiento es profundo y no fútil. Derecho, Economía y Política —y a veces la medicina— están permanentemente abocadas a dejar de ser medida a priori y *mésurer la mesure par le mesurable*, esto es, por el resultado. El metro deviene en esa perspectiva elástico: si las cosas salen bien, la decisión era razonable. No, no puede honestamente decirse que haya pasado de moda o sea sólo historia el criterio del *dissoi-logoi*.

En definitiva, para la llamada *Jurisprudencia realista*, tan de actualidad en Norteamérica, la decisión del juez se basa en el llamado *cost-benefit-analysis*, esto es, la posición del coste social de un fallo frente al beneficio social de otro. Y si esto es hecho conscientemente, y es objeto de estudio, podemos pensar que también en otros sistemas de Derecho opera tal previsión, consciente o inconscientemente, en la mente del operador jurídico dentro del amplio cúmulo de posibilidades que la interpretación de hecho frente al derecho brinda.

La vida política social, ética y jurídica, está imbuida sólo de experiencia: *χαι πρῶτος ἐφη δύο λόγους εἶναι περὶ παντός πράγματος αντιχειμένους ἀλλήλοις*; en toda experiencia hay dos *topoi* en recíproca oposición. De ahí vendrá la doctrina de la doble razón *δισσὸς λόγος* que aplicaba desde lo social hasta las matemáticas (enantidromía de Heráclito)⁵. Aristófanes, en *Las Nubes* (882-885), aludirá a la colisión entre el *dikaïos logos* frente al *adikos logos*; es la afirmación ligada con el carácter humano del canon de medida universal, para todo, en la ya clásica afirmación de que el hombre es la medida de todas las cosas, en la heterogeneidad del *logos* frente a la naturaleza y en la imposibilidad de comunicar a los demás el propio pensamiento. HIPPIAS verificará el paso de este escepticismo radical al pensamiento lógico, con el argumento de que los *topoi* pueden ser ciertos ambos, pero en momentos (*χαῖρῳι*) ocasiones, personas y circunstancias diversas. *δίχῃ* es justicia, y viene de *διχεῖν*, echar (como echar los dados)⁶. Heráclito y los pitagóricos intentarán hacer lógica en todo campo (matemáticas, política, Derecho), en Archytas la formalización matemática llegará a su extremo⁷. Conforme se desmitificaba la teología, crecía el logicismo⁸. SÉNECA recogerá prudentemente la idea al decir «de omni re in utramque partem tributari posse ex aequo et de hac ipsa, vel omnis res in utramque partem disputabilis sit».

2. DERECHO Y HECHO: LO LÓGICO Y LO RAZONABLE

Es significativo e importante destacar cómo todas las argumentaciones lógicas aparecen marcando lo que actualmente se denomina cuestión de hecho frente a cuestión de Derecho. Toda la teoría del signo judicial o *semeion* de Isócrates se refiere más bien a los indicios probables de averiguación de la situación fáctica sobre la que luego ha de recaer una solución judicial, a diferencia de los *signos*

⁵ Cfr. DIELS-KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker, griechischen und deutsch*, 5.^a ed., Berlin, W. Kranz, 1934-38; LEVY, «Dissoi: on twofold Statements», en *American Journal of Philology*, 61 (1940) 292; W. KRANZ, «Vorsokratisches, IV, Die sogenannten dissoi logoi», en *Hermes*, 72 (1937) 223; P. NATORP, «Protágoras und sein Doppelgänger», en *Philologus*, 50 (1891) 263; Ferdinand SCHUPP, «Geschichte der Beweistopik in der älteren griechischen Gerichtsreden», en *Wiener Studien*, 45 (1926-27) 17 y 173; Mario UNTERSTEINER, «Le Antilogie di Protagoras», en *Atiquitas*, II, III (1947-48) 34; del mismo, *The Sophist* (trad. K. Freeman), New York, Philosophical Library; Barna HORVARTH, *Die Gerechtigkeitslehre der Vorsokratiker*; Max POHLENZ, *Die Stoa, Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1948; HIPPIAS intentará conciliar la contradicción, hablando de la ocasión (*χαῖρῳι*) de cada afirmación.

⁶ Víctor EHRENBURG, *Die Rechtsidee im fruehen Griechentum*, Leipzig, 1921, página 71.

⁷ Texto en DIELS, *op. cit.*, p. 262; vid. sobre la *ἐναντιοδρομία* de Heráclito. Vid. infra Rabelais y su crítica a la regulación.

⁸ Esta es la explicación de HORVARTH, la voluntad de los dioses es desconocida, luego lo verdadero lo es también en cuanto depende de esa voluntad.

necesarios (tejmerion). Los tres períodos claramente identificados como niveles diferentes a la filosofía griega corresponden a Isócrates, Aristóteles⁹ y Hermágoras de Temno, aportador este último, por influencia de los estoicos, de la separación entre hipótesis y tesis. Corresponde a Aristóteles la gran división entre la tópica y la lógica. Será Hermógenes de Tarso el clasificador de los argumentos tal como hoy son conocidos¹⁰.

3. EL PORQUÉ DEL NACIMIENTO DE LOS APOTEGMAS LÓGICOS

Todo el desarrollo de la doctrina de los argumentos no es el resultado de una simple especulación teórica. Aparece como consecuencia de una preocupación práctica. En el siglo V antes de Cristo, y a la caída del tirano Trasíbulo, de Sicilia, se produce una serie de reclamaciones de los antiguos dueños de propiedades confiscadas. Y es justamente a este propósito cuando surgen las doctrinas de lo verosímil (el *eikos* tomado de síntoma médico), de *litis* (agon, el sentido agonal de la dialéctica como lucha).

No es solamente este hecho histórico el que puede explicar el porqué de toda una doctrina en un momento dado, las causas de unión de la averiguación de los hechos con la búsqueda de la norma. Es también el sistema procesal griego según el cual podrían producirse tres hipótesis diferentes ante el supuesto de un homicidio, por ejemplo: 1.º, el imputado niega el hecho (corresponde en el areópago enjuiciar, y a través de conjeturas (στοχασμός); 2.º el imputado acepta el hecho, pero niega la premeditación (el enjuiciamiento corresponde al palladio, en cuyo caso hay un problema de definición, ὅρος no ya de simple conjetura); 3.º, el imputado afirma que mató, pero que tenía para matar derecho por su estado de calidad, por ejemplo, en defensa propia (en cuyo caso el enjuiciamiento corresponde al delfinio, y sobre las dos fases anteriores de conjeturas y definición es necesario juzgar sobre tal estado de calidad o ποιότης).

⁹ Cfr. M. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, Giuffrè 1961; «L'élément juridique dans la logique médiévale», en *Logique et Analyse* (1963), 540.

¹⁰ Cfr. «La logique juridique comme théorie de la controverse (a propos du περί τῶν στάσεων d'Hermogene de Tarse)», en *Ar. Phil.*, D. XI (1966) 88.

4. TÓPICA, LÓGICA Y RETÓRICA: EL SILOGISMO COMO PRUEBA APODÍCTICA EN LA INTERPRETACIÓN

En Aristóteles es cuando surge paralelamente y ante esta complejidad la dialéctica y la retórica en un intento de convertir lo que era antes un simple arte o *tejné* en ciencia, en *empeiría*. La retórica no constituye un saber científico, un *epistemé*, pero se sitúa en la lógica menor; por el contrario, la dialéctica es como la lógica del problema y de lo verosímil. Probabilidad tomada aquí no como normalidad, en un sentido matemático moderno, sino como lo aceptable por todos. Tópica y silogismo no constituyen sino términos extremos de un pensamiento lógico, cuyo último límite —dentro y fuera de la lógica— lo constituye en definitiva la tópica. El silogismo es la prueba apodíctica o necesaria en cuanto se deduce de hechos ciertos una conclusión también cierta, pero este carácter apodíctico puede ir quebrando en cuanto las premisas son simplemente probables. Si alguna de las premisas es sólo probable, el silogismo se convierte en herístico.

Aristóteles aporta un efectivo conocimiento de los argumentos lógicos, pero no limita el saber del Derecho al silogismo necesario ni a la dialéctica. Pues, en definitiva, el propio silogismo herístico, es decir, aquél en que una o las dos premisas parecen probables pero no lo son, está ya cerca de las pruebas inductivas, de los lugares comunes de la justicia en el caso concreto, de la retórica y, en última instancia, del argumento tópico. Ni la tópica ni la silogística agotan el saber del Derecho, que oscila así en el pensamiento aristotélico entre el conocimiento de lo concreto, es decir, los *topoi* y el conocimiento de lo abstracto, de lo necesario (es decir, el *zeseis*). Aristóteles parte así de las pruebas impropias artificiales o externas como prueba atípica, dando preferencia a la prueba interna propia o inartificial. En el libro I de la metafísica indica Aristóteles que el deseo de conocer es compartido por todos los hombres, e intenta explicar el proceso del conocimiento: Se comienza acumulando experiencia (*empeiría*) o buscando y recordando todas las observaciones (1, 1, 4). De la experiencia se pasa a la Ciencia (*τεχνή*), hallando los elementos comunes observados en los casos particulares (1, 1, 5). Este progreso de lo particular a lo universal (*ἡ ἀπὸ τῶν καθ' ἕκαστον ἐπὶ τὰ καθόλου ἐφοδος*) es la inducción o *ἐπαγωγή* (Tópica 1, 12; 105 a 14), por el que se alcanzan los primeros principios (Analítica Posterior

2, 19, 1006, 3). Como tal *epagoge* contrasta con *apodeidsis* (ἀπόδειξις), que es el método de prueba partiendo de los primeros principios (Anal. Post. 1. 18. 1816. 1). Estos primeros principios se formulan articulando:

- a) *Axiomas* (proposiciones evidentes de por sí, cognoscibles inmediatamente por todos).
- b) *Definiciones* (ὁρισμοί, ὅροι) que aseguran el sentido de las palabras.
- c) *Hipótesis*.
- d) *Diferencias* (διαίρεis) entre género y especie.

Es la reconstrucción de los hechos que se ha venido en llamar la narración histórica, antecedente de la argumentación jurídica, el στοιχασμος, lo estocástico, lo probable y razonable. Si la premisa menor es estocástica (hechos) la conclusión será sólo razonable, no apodíctica.

5. EL PENSAMIENTO ARISTOTÉLICO Y LAS COLECCIONES DE REGULAE JURIS Y DE APOTEGMAS JURÍDICOS

a) Las reglas de Derecho, las *regulae juris*, aparecen con la emergencia de los juristas en el Derecho romano, pero con un sentido radicalmente diferente de la lógica de Aristóteles. P. Mucio Scevola, M. Junis Brutus y Manilius, al discutir el significado de los términos de la Ley Atinia, a mediados del siglo II antes de Cristo, fueron los que comenzaron a establecer las primeras reglas, y a ellos atribuye Pomponio (D. 1, 2, 2, 39) la construcción del Derecho civil, al decir que ellos fueron *qui fundaverunt ius civile*.

Fue ya después de Catón el Joven cuando se generalizan las llamadas *regulae*, escindiéndose así según afirma Paul Joers en 1885, la jurisprudencia científica que comenzó con las *regulae juris* (Die Regularjurisprudenz) diferenciándolas de la jurisprudencia de opiniones referentes a casos particulares (Die cautelarjurisprudenz), basándose fundamentalmente en un fragmento de Cato (D. 45, 1, 4, 1).

b) La adopción de las técnicas, tanto retóricas como lógicas, griegas fue verificada por los gramáticos, pero no llegó al auténtico Derecho vivo, aunque sea ésta una afirmación todavía discutible. Se encuentra, sin embargo, en Cicerón, en el cual se halla también una traducción bastante exacta de los términos griegos (así la *definitio*, la *divisio in genera, topica, loci, inductio*, etc.); mas sin em-

bargo, la mejor confesión es la propia de Cicerón, que se lamenta en *De Oratore* de la falta de una completa ciencia del Derecho, de una jurisprudencia lógica. En el Derecho romano clásico no aparecen más que muy excepcionalmente las *regulae* (siglo y medio antes de Cristo). El desarrollo de las *regulae juris* corresponde al período postclásico y al bizantinismo, que parecía mostrar un insaciable apetito en la confección de *regulae*.

c) La *regula* significaba cualquier cosa recta. En la construcción, por ejemplo, una pieza de madera o de hierro recta era una *regula*. Por restricciones sucesivas el significado de la *regula* pasó a ser el de medida casi como una traducción de la palabra griega canon (κανών). Cicerón la utiliza en *Lucullus* indicando que la *regula* capacita al hombre para distinguir lo que es verdadero de lo que es falso. En *De Legibus*, la *regula* es también la medida para distinguir lo justo de lo injusto. En la dialéctica ciceroniana la *regula* era la medida para distinguir los argumentos verdaderos de los falsos. Paulo (D. 50, 17, 1) define clásicamente ya la *regula*. *Regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Esta definición estaba relacionada con el problema de las manumisiones, y en su texto original se refería a una discusión sobre la validez de legados otorgados a esclavos manumitidos, y en particular al efecto que sobre tales legados tuvo la llamada *regula catoniana*.

d) El hecho de que Sabino y Plautius hubieran discutido la naturaleza de la *regula* demuestra que la noción era conocida de los juristas del primer siglo después de Cristo. Pero pasó a ser un término común sólo en los ámbitos de los juristas del siglo segundo. Neratius publicó la primera colección de *regulae*, y Juliano, contemporáneo suyo, utilizó como algo usual el término de *regula*. Las *regulae* estaban destinadas para la gente que conocía algo el Derecho, pero que no estaban interesadas en argumentos y razones, es decir, con pretensión de simplificar el contenido del Derecho si se quiere, las *regulae* tienen una finalidad más bien didáctica. Las últimas colecciones de *regulae* fueron las de Licinius, Rufinus, Marciano y Modestinus, escritas al parecer bajo el mandato de Caracalla.

e) Cuando toma carácter oficial la colección de *regulae juris* es en el *Digesto*, en la compilación de las existentes hasta el momento. En la constitución *Tanta*, Justiniano se refiere a la necesidad de rellenar las lagunas de la ley citando como apoyo las opiniones de Juliano y Adriano: en efecto, los juristas habían declarado que tales

lagunas habían de ser integradas por constituciones imperiales. Desde entonces, la expresión de regla pasa a ser parte aceptada del vocabulario de los juristas. La diferencia entre máximas y regulae comienza justamente cuando estas últimas son ya admitidas. En el último período clásico del Derecho romano la regla es aplicable a proposiciones de diferente naturaleza, en tanto que las máximas son tan exactas que no tienen conexión ni relación discernible con una situación concreta. La máxima es un principio amplio atinente a normas de la Ley. Tiene una abstracción muchísimo mayor, tiene una finalidad más popular, pero no determina una solución para un caso concreto de forma tan clara como la regla.

Desde la mitad del siglo III en adelante, los escritos de los juristas cesaron de tener validez como fuente de Ley. La única fuente se derivaba de las leyes en el sentido de las constituciones imperiales. Sin perjuicio de ello siguieron las colecciones de material legal, como la *collatio legum mosaicarum et romanarum* y los *fragmenta vaticana*.

f) En la baja Edad Media se insertan las regulae en la legislación del momento. En la *lex romanam burgundionum* se comienza con la frase siguiente: *incipiunt capitula legis romanae*, continuándose reiteradas veces la expresión de regla. Igual sucede con la Ley romana Visigotorum del siglo VI o la *lex romana canonicae compta*, del siglo IX.

El nivel de la cultura legal comienza elevarse en el siglo XI, extendiéndose incluso a países donde el Digesto no había tenido aplicación, así en la *Collectio británica*. El apoyo del Derecho canónico desde el siglo XI, y sobre todo la influencia de la dialéctica imperante a partir del siglo XII (como muestra el conocido *sic et non* de Pedro Abelardo de 1120), contribuyeron al mantenimiento y evolución de las colecciones de reglas jurídicas.

g) Los glosadores se centraron en las regulae como manifestación de una tendencia general de abstracción a la generalización. De este modo la glosa comienza a desvincular el sentido propio de las regulae, su contenido específico, y a utilizarlas en forma de máximas. Tales máximas, a veces llevaban el término de brocardo, cuyo origen es oscuro. Tradicionalmente se le suele ligar al canonista Burchardo de Worms, cuyo *Decretum* de 1120 está repleto de tales brocardos, aunque según KANTOROWICZ la palabra es una corrupción de *pro y contra* (*precontra-brocontra-brocardus*)¹¹. Las primeras dis-

¹¹ En 1645 Vossius estimaba que el origen del término venía de *protarchi-*

cusiones de los glosadores sobre la regula fueron contemporáneas de Gratiano y de la concordia discordantium canonum. La segunda generación de glosadores, alumnos de Irnerio, siguieron con las colecciones de regulis. Bulgarus, considerado como boca de oro, fue el más influyente de la escuela bolonesa. Placentinus y Juan Bassianus escribieron comentarios suplementarios al apparatus de regulis de Bulgarus. La summa de regulis iuris atribuida a Bassianus dudosamente, contribuye a la difusión y consolidación de las colecciones de reglas. El apparatus maior de regulis de Azzo aparece hacia los fines del siglo XII. Toda una serie de glosadores siguieron su ejemplo, mezclando reglas y brocardos definidos ya como *brocarda sunt loci generales quibus argumenta ad causas de facto ac notamus*. La distinción radicaba, según la glosa, en que la regula tenía respaldo en el Digesto y el brocardo era una simple construcción general.

En el siglo XIII aparecen también las colecciones canónicas de regulae. Bonifacio VIII ordenó publicar una colección de regulae definida ya en la regula por Dinus como formada a partir de un número de decisiones que tienen la misma ratio determinationis. Los comentadores siguieron con la tesis de Dinus a partir de Bartolo (1314-1457, en su comentario al Digesto 50, 17, 1). Pero los comentaristas fueron precisando las limitaciones de las regulae y por ello dieron preponderancia a aquéllas que se relacionaban con la interpretación y con el procedimiento, como útiles instrumentos auxiliares para la argumentación. Por el contrario, desconfiaron de los brocardos. Cinus, maestro de Bartolo, había advertido ya *haec via est brocardica et ideo semper dubia*.

Sin embargo, los juristas prácticos y la vida real del Derecho acogieron con entusiasmo todas estas colecciones de reglas, que llegaron incluso al Derecho inglés, utilizando, sin embargo, los términos de máxima, adagia y regula, como términos equivalentes.

h) El término de máxima es una abreviación de maxima propositio, una idea que se remonta a la antigüedad. En su comentario a la tópica ciceroniana Boethius indicó que Aristóteles había postulado ciertas proposiciones universales que eran evidentes en sí mismas y no necesitaban demostración, a las cuales denomina loci. Fue el co-

ca, id est prima principia. Los brocardos eran máximas muy generales. HUGOLINO los llama argumenta generalia vel vulgariter brocarda. De todos modos, el primer libro en que aparece el término es el de PILIO, en su *Brocarda seu libellus disputationis*.

mienzo de una tradición típica que llegará hasta nuestros días. Lo importante es que las máximas lógicas y tópicas se fueron diferenciando de las *regulae* que contenían proposiciones sustantivas. Petrus Hispanus, discípulo de Guillermo de Shyreswood, escribió las *summulae* lógicas, en donde describe la máxima como una proposición que no tiene otra más clara o anterior (*propositio quae non est altera prior vel potior*), tal como que el todo es mayor que cualquiera de sus partes. La doctrina de Pedro Hispano, luego Papa Juan XXI, tuvo una amplísima difusión. Sir Eduardo Coke, en su *Commentary of Littleton*, publicado en 1628, describe la máxima como una proposición que hace que sin prueba, argumento o discurso, permite llegar a conclusión, *quia maxima est ejus dignitas et certissima auctoritas atque quod maxime omnibus probetur*.

Prácticamente así hay una serie de etapas en la confección y aparición de las *regulae*: el período post clásico del Derecho romano, el título de *regulis juris* del Digesto justiniano, la inclusión de las *regulae* en la legislación de la baja Edad Media, el renacimiento de las *regulae* y la aparición de los brocardos, la preferencia de los postglosadores y comentaristas, desde Bulgaro, por las reglas interpretativas o de argumentación hasta llegar a los llamados humanistas. El último de los comentaristas, Filipus Decius (1454-1535), escribió un comentario detallado del título del Digesto en el que compiló todo el trabajo de sus predecesores, de modo paralelo al modo en que Dinus había compilado el trabajo de los glosadores dos siglos antes.

i) En la práctica forense la popularidad de las *regulae* fue enorme en esta época, desde Justiniano hasta el siglo XVI, en que los humanistas volvieron a recapacitar sobre la validez, sobre todo en materia de lógica, de las compilaciones de *regulae*. La práctica de mezclar reglas de Derecho civil y canónico, el carácter reversible de las reglas interpretativas llegó a considerarse, en el siglo XVI, como un escándalo jurídico. La práctica jurídica fue caricaturizada por Rabelais al describir el juicio celebrado ante un juez que decidía sus casos mediante una tirada de dados. El juez se defendió, según esta descripción, alegando que la tirada de dados estaba gobernada y amparada por el estricto respeto a la Ley. Cuando la cuestión planteada era oscura, utilizaba un dado pequeño, siguiendo la máxima *semper in obscuris quod minimum est sequimur* (siempre en las materias oscuras hay que seguir aquello que sea mínimo), contenida en Digesto 50, 17, 9, y además canonizada, según alegaba el

supuesto juez, en Sex. 5, 12, 30. Cuando se le preguntaba cómo y por qué redactaba el fallo, el juez contestaba que él daba la razón a la parte a quien le tocara primero la mejor puntuación de los dados según la regla *qui prior est tempore potior est jure*. Rabelais aquí, aparte de realizar una caricatura, se hacía eco de todo el enorme criticismo que el Renacimiento trajo prácticamente hacia todo, y desde luego hacia el Derecho.

Un ejemplo es el libro de Lorenzo Valla, *Elegantiae linguae latinae*, donde se dedicó a analizar el lenguaje del Digesto y a atacar sistemáticamente a Justiniano, del cual dijo sarcásticamente que con toda seguridad no sabía nada de Derecho, con toda probabilidad tampoco sabía latín.

En el mismo camino de condición se incluía toda la obra de Acursio, Bartolo y todos sus contemporáneos, fundamentalmente por su mal latín. Su punto de vista era que nadie puede ser un buen abogado si ni siquiera era capaz de hablar bien, y sí, por el contrario, era capaz de perpetrar tales barbaridades con el idioma. En el mismo sentido Rabelais hizo que un personaje suyo describiera el Digesto como un traje de lamé de oro orlado de porquería: "pues no hay libro en el mundo tan fino, tan exacto, tan adornado, tan elegante como los textos de las Pandectas, pero lo que le rodea, es decir, la glosa de Acursio, es tan sucio, tan puerco y tan escandaloso y tan maloliente, que no se puede encontrar allí sino fealdad y villanía".

j) Esto fue solo el comienzo de la crisis de las *regulae*, crisis constructiva al caer en manos de los llamados humanistas la revisión, sobre todo de las reglas argumentativas. Quizá el primero fuera Jacobo Cujacio¹², quien subrayó que la rúbrica era de *diversis regulis juris antiqui* y no de *omnibus regulis juris*. Se reunieron así en el Renacimiento el análisis lingüístico, el histórico de reconstrucción de los textos del Derecho romano y, sobre todo, la lógica, con toda la doctrina de los *loci argumenti*. Por de pronto, se reordenaron según una técnica sistemática las *regulae* del Digesto en la obra anónima *Enchiridium titulorum aliquod iuris*, publicada en Lyon en 1558, sobre todo en lo que hacía al título de *verborum significatione*. Comenzaba así lo que los propios humanistas denomi-

¹² En «De ratione docendi juris», en *Opera*, Neapoli, 1758, t. VIII. Cfr. sobre Cujas, P. MESNARD, «La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique», en la *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1950; P. F. GIRARD, «La jeunesse de Cujas. Notes sur sa famille, ses études et son premier enseignement a Toulouse (1552)», en *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, XXIX (1916) 429.

naron el thesaurus semántico o de significación de las palabras para el Derecho y la prevalencia de la dialéctica¹³. El mismo término Thesaurus servirá hoy para designar la indexación para las técnicas más avanzadas de cálculo de normas. Toda la discusión acre del mos gallicus (humanismo legal) frente al mos italicus (derecho pragmático de los glosadores) comenzará y se acrecentará con el humanismo, con pequeños intentos de sincretismo, esto es, de recoger la validez de uno y otro método por los juristas neerlandeses (Julius a Beyma, Everhardo, Bronchorst).

Todo este acervo metodológico lingüístico, histórico y, sobre todo, lógico, será recogido en una abundantísima selva de autores, de los que unos se dedicarán a las reglas de Derecho material (Gothofredus) y otros (Everardo, Gamarus, Alciato, Oldendorp, Wesenbeck, Hopper, Corasius, Vultejo, Tolosano, Ottomano, Cantioncula) al argumento lógico. Paralelamente Francis Bacon (1561-1626) publicaba sus *Maxims of the law*. Comprendiendo 25 máximas para compendiar todo lo más importante de las reglas jurídicas.

Todavía Grocio proclama que así como los matemáticos tratan sus figuras abstraídas de los cuerpos naturales, así al tratar la ley hay que preparar la mente separándola de los hechos particulares.

En la Humanitas, el Humanismo, los apotegmas tomaron el doble sentido didáctico y lógico, intentando resumir las reglas del razonamiento jurídico en unas máximas rotundas, breves y fáciles de captar, y los *topoi*, argumentos con apariencia de silogismos lógicos, considerando y valorando la lógica como la *demonstración irrefutable* recordando al Estagirita. Los Topoi son literalmente traducidos por *loci*, o más claramente como *loci argumenti*. EVEHARDO¹⁴ los define así: "Locus est argumenti sedes, unde dicitur argumentum. Nam locus nihil aliud est, quam communis quaedam rei nota cujus admonitu, quid et quomodo in quacunque re probabile sit, potest inveniri vel in ipsa causa, vel extra causam de qua quaeritur." Y GAMMARO: "Loci appellantur sedes quaedam a quibus in rem quamvis confirmandam vel referendam *necessaria probatione* ducuntur argumenta." Es inútil, por reiterativo, citar más testimonios de la Humanitas: en todos ellos se encuentra la distinción de las argumentaciones tópicas: "argumentationis quatuor sunt species:

¹³ Pedro HISPANO la define así: «Dialectica est ars artium scientiae scientiarum ad omnium methodorum Principia viam habens.»

¹⁴ Nicholas EVEHARDO, *Loci argumentorum legales*, Lugduni, 1569, con otras ediciones en Lovaina en 1516, 1552, Lyon en 1579, Francoforte en 1591, 1604 y 1624.

scilicet, syllogismus, enthymema, inductio (analogia) et exemplum". Lo tópico, instrumental, retórico y aun arbitrario (por la posible inversión de argumentos), no es paradójicamente sacado a la luz como tal, en ningún caso, salvo en algún fragmento aislado de Petrus HISPANUS o Pablo DE CASTRO. Los Humanistas seguirán proclamando, reiterativamente, aburridamente podría decirse sin exageración, que los loci son parte de la lógica. ALCIATO¹⁵ llegará a decir: "Argumentum est ratio quae rei dubiae facit fidem", con una contundencia de probanza incompatible con lo tópico y atinente al silogismo de la lógica formal, aunque a veces se escinda el argumentum del locus definido siempre como argumenti sedes, en una relativamente buena traducción de la Tópica aristotélica.

El predominio de la lógica racional aparece claro en los Humanistas. CORASIO: Cum lex nihil aliud sit quam recte et a numine deorum tracta ratio praecipiens honesta et vetans contraria, omnibus igitur ratio omnibus lex et omnibus jus a natura datum est.

Del genus et specie derivaban inferencias lógicas: genere remoto, remouetur et quaelibet ejus species; posito genere, ponitur quaelibet ejus species, posita species ponatur quoque genus oportet (ALCIATO).

Olvidando la contentio verborum, se ocuparon de los argumenta y loci (Alciato): La dialéctica no tenía buena prensa en ellos. Gentile decía que: «dialectica studia non prodesse consulto juris et interpreti». Una es la ratio dialéctica, otra la del jurisconsulto, la primera es sólo en detrimento e incomodo de todas (dispersio dialectica). En cambio, la razón —la lógica— es el anima et vigor legis (Alciato); hay que rechazar una interpretación que implique injustum nititur ratione naturali. Y Cujacio dirá: «cum ratio sit anima medullaque legum, quae legum et bonum tuetur. Donello añadirá que lex ex ratione et sententia legislatoris producitur. Althusio fundamentará la Ley en la recta ratio (specialis para las necesidades concretas, ratio generalis communis para las permanentes). Para Oldendorp lo justo reposa en el *natürliche Vernunft*.

Todo ello llevará a una racionalización progresiva del Derecho, a una *Verwissenschaftlichung* (WOLF)¹⁶. RAMUS hablará del methodus seu dispositio qua de multis enunciatis... ad universalia progreddus.

¹⁵ Cfr. sobre ALCIATO, E. COSTA, «Andrea Alciato e Bonifacio Amerbach», en el *Archivio storico italiano*, Serie V, t. 26, 1905, pp. 100 a 135. E. von MOELLER, *Andreas Alciat. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der modernen Jurisprudenz*. Breslau, 1907; P. E. VIARD, *André Alciat (1492-1550)*, París, 1926, p. 141; H. de GIACOMI, *Andreas Alciatus*, Basel, 1934.

¹⁶ N. HORN, «Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts», en el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1973, pp. 261 a 364.

Juan DOMAT, ya a fines del siglo XVII, publicaría *Des règles du droit général* incluidas en *Le droit civil dans leur ordre naturel*. Un poco más tarde Cornelius VAN BYNKERSHOEK, en el prefacio a sus *Observationes iuris romani*, publicadas en 1710, se quejaría del abuso en la práctica forense de los *rabulae* o leguleyos que pleiteaban pura y exclusivamente alegando y contraalegando reglas jurídicas digeridas a medias. En el siglo XVIII Roberto José POTIER publicaría, desde 1784 a 1752, su *Pandectae in novum ordinem digestae*, en 960 reglas. En el siglo XIX siguieron publicando colecciones de reglas y axiomas. Ni siquiera la codificación pudo concluir con tal técnica de recopilación de aforismos o reglas jurídicas. En España, en 1846, se publicó en Barcelona el compendio de Derecho romano o aforismos y decisiones sacado del Digesto y del Código. Antes se había publicado la obra de Pedró SANZ con el nombre de *Manual de las Reglas de Derecho*. En 1889 aparece el *vademecum* de *Diversis regulis iuris civiles et canonici* de Juan de Marfá en Barcelona y ya después el Código de la Iglesia, *Principios y Máximas de Derecho Universal*. En 1943 se publica en Madrid el *Diccionario de reglas, aforismos y principios de Derecho*. En 1947 aparece el libro de Jaime M. MANS PUIGARNAU con el título de *Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*. El fenómeno no es peculiar de España, en 1966 publica P. STEIN, en Edinburg, sus *Regulae juris*; en 1974 acaba de aparecer el libro de Guillermo CABANELLAS, en Buenos Aires, con el título de *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Sería una larguísima lista el mencionar, siquiera fuera en cuanto a las obras más importantes, el enorme catálogo que llega desde Justiniano hasta nuestros días con idéntico o igual título. Y no solo en la época de la glosa, sino hasta la actualidad se siguen mezclando los tres tipos de aforismos o apotegmas antes separados. Las máximas o aforismos que vienen simplemente a decir en latín lo que una ley positiva dice para un caso positivo teniendo en la expresión latina exactamente el mismo sentido que el término legal, constituye lo que antes se ha denominado técnica ornamental, y a veces embrolladora, que no contribuye a la claridad, sino todo lo contrario. En segundo lugar los aforismos que se refieren a principios generales de Derecho, claramente distintos en cuanto constituyen, según la nueva redacción del Código civil fuente de Derecho y son además informadores de la totalidad del ordenamiento y, por último, los aforismos o apotegmas lógicos o pseudológicos que encuentran su enclave en la lógica,

auxiliadores de la interpretación operativa. A estos últimos es a los que se refieren, concretamente, los denominados apotegmas lógico-decisionales, que es el objeto de esta investigación¹⁷.

6. LA ANALOGÍA

El término de analogía es utilizado por Aristóteles pura y exclusivamente en el sentido de proporción, más bien en un sentido extrajurídico que en el propiamente jurídico.

6.1. *Analogía y ejemplo*

Sustituible por el término de paradigma o ejemplo, Aristóteles, y más claramente aún Hermógenes, ven con certeza que el llamado argumento de analogía no es un argumento necesario y por tanto es una mezcla de inducción y de deducción que debe ser tratada aparte de la silogística como argumento de deducción. Es más, en el capítulo 24, libro II de la Analítica Priora, Aristóteles coloca esta pseudo analogía bajo el epígrafe de paradigma o ejemplo, tras haber tratado la inducción o el tratamiento inductivo¹⁸. Es interesante transcribir exactamente los términos en que aparece esta falsa ana-

¹⁷ Aclaro que utilizo la historia por dos razones: primero, porque el origen de los apotegmas lógicos puede evidenciarnos un desvío —real por otra parte— del sentido originario. Segundo, porque de todo el cálculo deóntico, proposicional, modal o de clases, surgido desde Leibniz y que empezó a florecer en la década de los cincuenta, apenas he podido encontrar un axioma que no tuviera reflejo desde Aristóteles+Humanistas+Leibniz. He procurado utilizar al mínimo el metalenguaje lógico de las técnicas modernas, aunque hayan estado presentes continuamente en todo el trabajo. Todas las soluciones halladas por el Derecho —desde Aristóteles a la lógica deóntica— parten de un doble postulado (que excluye la lógica deóntica de normas): hay que aplicar una norma (o una mezcla —*Mischung*— LENT) de ellas y no hay (aunque las haya lógicamente) contradicción. Releyendo la glosa, los Comentaristas, la Humanitas y el Derecho dogmático, no he encontrado sino estas dos constantes: el pensamiento de lo alternativo (¿cuál es la norma de todas las posiblemente aplicables?) que hay que aplicar y el pensamiento de la reducción jurídica de lo contradictorio. Por eso la lógica tosca de la alternatividad es encontrable en dos mil años, aunque tal alternatividad —en el complejísimo juego de las normas supuestamente aplicables— sea, con mucho, más complicada de lo que aparece en un dualismo A o B.

¹⁸ En HERMÁGORAS el propio término de silogismo aparece como fundamento de la decisión particular, basado en otra decisión particular; es un procedimiento de evaluación, un método de búsqueda de precedente, no un cálculo silogístico, como luego aparecerá. Por ello prima el argumento a simile (ἀπο τον ισον): a maiore (ἀπο τοῦ μείζονος), a contrario (ἀπο τοῦ ἐναντίου) o a minori (ἀπο τοῦ ἐλαττωτος). Cfr. «Logique, argumentation et Histoire de la Philosophie chez Aristote», de Martial GUEROUlt, *LeA*, N. S., 21-24 (1963) 431;

logía en Aristóteles: "Tenemos un ejemplo cuando se demuestra que el término mayor es predicable del término medio a través de un término semejante al tercero. Deben conocerse ambas cosas, que el término medio se predica del tercer término y que el primer término se predica del término semejante al tercero. Por ejemplo, supóngase que A equivale a *malo*; B a *hacer la guerra a los vecinos*, y C a *Atenas contra Tebas*, y D a *Tebas contra Focia*. Si, pues, queremos demostrar que la guerra contra Tebas es mala, debe bastarnos con decir que la guerra contra los vecinos es mala. La evidencia de esto puede derivarse de ejemplos semejantes: por ejemplo, que la guerra de Tebas contra Focia es mala. Por tanto, dado que la guerra contra los vecinos es mala y la guerra contra Tebas es una guerra contra los vecinos, es evidente que la guerra contra Tebas es mala. Ahora bien, resulta claro que B se predica de C y de D —ya que ambos ejemplos son de hacer la guerra contra los vecinos— y que A se predica de D —puesto que la guerra contra Focia hace no buena a la de Tebas—; pero que A se predica de B será demostrado por medio de D. Ese mismo método tiene vigencia en supuesto de que nuestra convicción de que el término medio se refiere al extremo se deduce o deriva de más de un término semejante.

Es, pues, evidente que un ejemplo representa la relación de la parte al todo o del todo a la parte, sino de una parte a otra, allí donde ambas son subordinadas de un mismo término general y una de ellas es conocida. Difiere de la inducción en que la última, como hemos visto, demuestra, a partir de un examen de todos los casos individuales, que el extremo mayor se predica del término medio y no enlaza la conclusión con el término menor; mientras que el ejemplo los enlaza y no utiliza todos los casos individuales para su demostración."

6.2. *El paradigma*

En el llamado argumento de analogía entra, pues, como primer argumento mezcla de inducción y deducción el paradigma¹⁹. Tam-

en la misma revista, p. 351, el artículo de Víctor GOLDSCHMIDT, «Logique et Rhétorique chez les stoiciens». Pertenece a Gorgias el llamado argumento a contrario (apagógico) ὁ δια τοῦ ἀδυνατοῦ συλλογισμός. Según Gorgias, la tragedia del pensamiento está en la lucha entre el ser y la naturaleza (περὶ μὴ ὄντος ἢ περὶ φύσεως), en la heterogeneidad del logos respecto a la realidad.

¹⁹ Cfr. sobre el paradigma, Víctor GOLDSCHMIDT, *Le paradigme dans la dialectique platonicienne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1947.

co el término de proporción y de paradigma es desconocido en la interpretación de las normas en nuestro Derecho. Así, por ejemplo, cuando se trata de la calificación de altura proporcionada o desproporcionada en las edificaciones según ordenanzas (Sentencia de la Sala 4.^a de 18 de mayo de 1973, A. 2180), donde claramente indica que la norma “junto al dato de determinación automática sin margen de apreciación advierta que la *desigualdad o desproporción* debe ser con la altura autorizable correspondiente en la zona, esto es, la que estando permitida en las ordenanzas, es la normal o frecuente en el área territorial de comparación, desproporción además que la norma cualifica especialmente, exigiendo que sea manifiesta—ostensible o patente—, como dijo el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de mayo de 1966); acusada palmariamente, apreciable en grave medida, que hiera y desentone, y el otro anunciado requisito es el desmerecimiento inferido de la existencia de cosa o cosas de desmerecimiento, de lo que en fórmula abierta, el precepto enumera algunos presupuestos objetivos cuya justificación debe constar, pues son los *antecedentes necesarios* en los que debe apoyarse la decisión administrativa, hasta el punto de que su falta de justificación deja sin soporte válido al acto administrativo, pues la calificación de inadecuado depende justamente de esos presupuestos objetivos”. El paradigma es, pues, el clásico ejemplo tópico en el que reentran los conceptos jurídicos indeterminados, ya que se trata de una concreción en un caso singular de imposible definición como no sea en el núcleo esencial del concepto indeterminado²⁰.

Incidentalmente apunto a que la idea de núcleo (*Kern*) y halo (*Beurteilungsspielraum*) es encontrable desde HEGEL. Hay en los conceptos jurídicos indeterminados una gradación (*sliding scale* la llama CASTBERG) que va desde la certidumbre a la completa duda, sin que pueda lógicamente hablarse de grados de corrección en las

²⁰ Cfr. M. FELLNER, «Der unbestimmte Rechtsbegriff aus der Sicht der Verwaltung», en *DVBI* (1966) 161; F. CZERMAK, «Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum», *DVBI* (1966) 366; A. HUETTL, «Zur Auslegung des Rechts, besonders des öffentlichen Rechts», *DVBI*, 1965; H. JAEGER, «Zum Beurteilungsspielraum», *DöV* (1966) 799; JESCH, «Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht», *AöR*, n. 82, p. 163; H. KELLNER, «Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgeschichtlichen Prozespraxis», *NJW* (1966) 857; O. KOPP, «Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung», *DöV* (1966) 317; KORBMACHER, «Ermessen Unbestimmter Rechtsbegriff-Beurteilungsspielraum», *DöV* (1965) 696; J. SCHMIDT-SALZER, *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, München-Berlin, Duncker-Humblot, 1968.

declaraciones jurídicas, como no puede hablarse de grados de verdad al intentar comprender la realidad. No es tanto, pues, un argumento de interpretación cuanto de aplicación del Derecho, pues el concepto jurídico indeterminado constituye de igual modo, como las referencias a lo extrajurídico (moralidad, buenas costumbres, etc.), referencia tópica sólo definible hic et nunc en un momento histórico dado y en un país también dado. El concepto jurídico indeterminado no es sino un elemento integrador de la norma que no deviene elemento normador al igual que los elementos interpuestos; aun de distinta naturaleza tienen de común con éstos su falta de contenido normativo dentro del grupo en que se insertan para darle sentido y producir su posible obligación.

Pese al apotegma *secundum leges, non secundum exempla iudicetur*, la ley remite a veces al paradigma, y en tales circunstancias el paradigma es, como ha dicho nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 10 de abril de 1968; 6 de noviembre de 1963; 5 de noviembre de 1964; 6 y 11 de marzo de 1965; 3 de mayo de 1966; 20 de diciembre de 1966; 21 de abril de 1967; 5 de diciembre de 1968; 17 de enero de 1969; 2 de mayo de 1973), una adecuación de índole claramente subjetiva y relativa variable según el caso concreto que se examine. Para el supuesto de adecuación de un edificio hay que ponderar múltiples circunstancias, tales como época de construcción, estado de conservación, estructura externa, etc. Aunque sea en *obiter dicta* (sabido es que muchos *obiter dicta* preparan futuras sentencias en que son ya *ratio decidendi*), la S. T. S. (A. 5815, de 1966) aplica el criterio de proporcionalidad: "No cabe eludir tampoco el hecho ciertamente relevante que según la propia expresión del recurrente implica pequeñísima proporción (el impuesto) sobre el producto elaborado, pues de aceptarse su punto de vista se faltaría a un *elemental criterio de proporcionalidad*..., con la conclusión de que se llegaría al absurdo de una cuantiosa reducción de un 4 por 100 sobre el volumen de ventas con una elemental falta de relación entre tipo tributario y lo abonado."

6.3. *Los precedentes y el principio de igualdad*

Otra aplicación del paradigma es el supuesto de los *precedentes administrativos*. Así como en materia de edificaciones y, en general, en el urbanismo como función pública, las ordenanzas de edifica-

ción suelen contemplar la equiparación de alturas y la edificación de los edificios como término normativo, el precedente no produce hasta el momento más consecuencia que la obligación de motivar el porqué la Administración se aparta en un caso dado de las actuaciones seguidas en precedentes anteriores (art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Esta motivación, como la jurisprudencia ha cuidado de puntualizar, tiene por objeto el posible control judicial sobre la discrecionalidad e incluso sobre la desviación de poder, no calificado ya de control de la moralidad administrativa, sino de simple adecuación de la competencia-poder a la finalidad de la misma. Sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha hecho escaso uso de estas grandes posibilidades de control de la discrecionalidad que se le brindaban a través de la motivación necesaria de los actos que se apartan del precedente, pudiendo decirse prácticamente que la motivación ha quedado de momento en vía muerta como un simple requisito formal a insertar en el acto²¹.

La observación es peculiarmente importante en tiempos en que la Administración tiene *libremente* el desorbitado poder de *hacer rico o arruinar* a cualquiera. Declárese zona verde o, por el contrario, zona de edificación intensiva y veremos esquilmar un patrimonio o acrecentar la cuenta corriente del individuo. Y no sólo en urbanizaciones, contribuciones especiales, cuyo reparto se hace a modo de voleo, más similar a la lotería que al Derecho. Es toda la intensa intervención económica de la Administración, que puede dejar y deja al ciudadano inerte, con el único recurso —no precisamente legal— del pataleo. Por lo demás, el recurso al pataleo no es traducible, que yo sepa, a ningún otro idioma.

Dos posturas antitéticas cabe adoptar, y de hecho en la doctrina se encuentran, ante el valor jurídico atribuible al precedente. Una primera, negativa basada en la necesaria flexibilidad de la actuación administrativa. La Administración no podrá vincularse por el pre-

²¹ En el sentido de valoración del precedente administrativo KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, op. cit., p. 243; FORSTHOFF, «Der Jurist in der industriellen Gesellschaft», *NJW*, 60, p. 1273; O. A. GERMANN, *Problème*, op. cit. (basándose en el principio de igualdad); O. A. GERMANN, «Zum Verhaeltnis zwischen Rechtsquellen und Rechtsfindung», en el *Festschrift fuer Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 485. En alguna ley se reconoce la vinculatoriedad del precedente (así en admisiones temporales, régimen de reposición con franquicia arancelaria, draw-back o en los llamados agravios comparativos de la evaluación global fiscal). M. HAURIU, «De la répétition des précédents judiciaires à la règle de Droit coutumière», en los *Cahier de la Nouvelle Serie*, 15 (1931), referido a la jurisprudencia.

cedente, puesto que ello significaría tanto como la necesidad de resolver en idéntico sentido siempre idénticos supuestos, cuando de hecho un caso similar, pero en distinto tiempo, puede conducir a una resolución distinta por haber cambiado una serie de circunstancias extrañas al supuesto. Prácticamente éste es el criterio de nuestra jurisprudencia administrativa. Al precedente no es atribuíble valor alguno: Si el precedente se basa en una resolución meramente ajustada a Derecho, su eficacia deriva no de la mera existencia del precedente, sino de su ajuste a la legalidad. En definitiva, del principio interpretativo *ubi est eadem dispositio juris esse debet* (Sentencias de 20 de octubre de 1952, 23 de junio de 1951).

Los posibles precedentes administrativos contra legem no justifican que en un nuevo caso se prescinda del cumplimiento de los preceptos legales aplicables (Sentencia de 5 de enero de 1957).

En el caso contrario, si el precedente obedeció a un error de hecho o de derecho, la resolución que se diera al mismo no es invocable ante otro supuesto idéntico, sino que, por el contrario, podrá motivar revisión del precedente erróneamente resuelto.

En sus Tópica, explicaba ya CICERÓN que “quiere la equidad que a casos iguales se apliquen principios jurídicos iguales” (Valeat aequitas, quae paribus in causis, paria jura desiderat): como dice la Sentencia de 3 de abril de 1963, “a igual situación igual tratamiento jurídico”.

Sin embargo, esta tesis negativa de nuestra jurisprudencia, gran parte de la doctrina se enfrenta con una consideración opuesta, en concreto, la que atribuye valor jurídico positivo al precedente (no valor normativo, sino de criterio interpretativo)²², fundándose en que los actos nulos, de seguirse el precedente, provocarían la contrariedad a la ley, que no son parte los supuestos beneficiarios del precedente, que el juez juzgue sólo *un caso* y no todos; pero todo ello con preterición del principio de igualdad de trato, constitucionalmente consagrado en la práctica administrativa asimilable a la costumbre y al principio de justicia material del caso.

²² En este sentido, O. A. GERMANN, «Zum Verhaeltnis zwischen Rechtsquellen und Rechtsfindung», en el *Festschrift fuer Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 485.

6.4. *La integración de caso particular a caso particular.*

Las categorías jurídicas nuevas y su engarce en las normadas

Tanto el paradigma como la adecuación y el precedente son supuestos de aplicación de casos particulares a casos particulares, es decir, no entran dentro de lo que en términos generales se denomina subsunción jurídica. No hay aquí premisa o término mayor de naturaleza universal que permita la deducción clara. Se trata de la aplicación o proporción de caso a caso. Tal era el significado, en definitiva, no sólo en Derecho, sino también en la literatura y en la filosofía griega del término paradigma, pasado luego al latín como *exemplum*. Distinto caso lo suponen ya como argumentos integrativos de la norma los supuestos de los principios reguladores de una institución o de un tipo legal que posee normación a otra. El Derecho como sistema abierto y cambiante no solamente permite la inclusión de tipo jurídico e instituciones jurídicas nuevas, sino que ha de permitir su solución ante un Derecho positivo fijo para un caso concreto aún antes de que el legislador tome conciencia del nuevo fenómeno y le dé su adecuada regulación. Son los supuestos de los contratos atípicos, contratos mixtos del Derecho civil. Las causas de eximentes del artículo 9 del Código penal, aplicadas incompletamente como atenuantes cuando están incompletas según el arbitrio de los tribunales. E incluso en el Derecho administrativo presidido por el principio de tipicidad de los actos no dejan de hacer continua aparición técnicas nuevas: *Franchising*, *Leasing*, contratos de *Know-how* (sea *ground lease* o *building* = paralelos al derecho real de superficie, pero no coincidentes), utilizaciones de informática para simplificación de trabajos burocráticos, búsqueda de datos, confección de nóminas, etc., para las cuales se tiene que aplicar normas compuestas procedentes de distintas instituciones o diferentes tipos legales incluso entre conjuntos diferentes. Así sucede con los contratos de suministro-comisión celebrados por la Comisaría de Abastecimientos con los particulares, para los que pese a su naturaleza administrativa se afirma su naturaleza de fondo mercantil y se les aplican los preceptos del contrato-comisión relativos a la indemnidad del comisionista para un contrato típicamente administrativo.

Un fenómeno jurídico producido en la vida real, sin previa regulación típica, será, hasta que aparezca la norma, un *híbrido*, o si

se quiere un inválido que precisará muletas de las que no podrá prescindir hasta la tipificación *ex lege*. Así sucedió con el contrato civil de suministro, regulado en el Derecho fiscal y, en parte, por el administrativo, y que actúa en el conjunto del Derecho civil como conjunto sistemático de reglas jurídicas; o el contrato de cuenta corriente aglomerado compensatorio de varias operaciones, a modo de un super-contrato. Por eso al suministro se aplicaron reglas del contrato de compraventa (THON, ENNECERUS, KIPP, PLANIOL), del arrendamiento de obras (CURTIUS, NAVARRINI), del mandato (KOCH). La Sentencia de la Sala 3, de 13 de febrero de 1942, resolvió constructivamente un supuesto no previsto expresamente en la Ley: "No puede sostenerse que el derecho de superficie no esté admitido en el Derecho Nacional, pues si bien es cierto que los preceptos del Código civil remiten a las normas reguladoras de censos y arrendamientos, ello puede ser acaso debido a que la institución se hallaba en desuso, que puede ser transitorio a medida que nuevas circunstancias sociales o necesidades públicas, generales o locales, hoy cada día más acentuadas, reclaman una regulación específica de pactos hasta ahora gobernados supletoriamente por normas propias de otras figuras jurídicas." En el mismo sentido la Sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 1928, dijo que: "cuando unos preceptos legales están en contraposición con progresivas concepciones jurídicas, aquéllas mueren para dar vida a otras, pues la naturaleza, las circunstancias y las realidades de la vida tienen que ajustarse a estas evoluciones científicas". En la Sentencia de 27 de mayo de 1924 el Tribunal Supremo indicó que "el Código autoriza al juzgador para establecer la regla de Derecho aplicable al caso sometido a su decisión, cuando no existe Ley o ésta es deficiente"²³. En la Sentencia de 2 de junio de 1927 se dice que "el fundamento de los contratos se encuentra en la limitación de la naturaleza humana y en la necesidad del auxilio de los demás para realizar los fines de la vida. Por ello, a mayores necesidades humanas se crean nuevos contratos para satisfacerlas, y dentro de los mismos se admiten ramificaciones de éstos para hacerlos más flexibles en beneficio de los intereses sociales y del orden económico. Los Códigos modernos, la jurisprudencia de los tribunales extranjeros y las nuevas orientaciones del Tribunal Supremo cuando existe el silencio de las leyes, responden unánimemente al anterior

²³ En J. PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como Fuente de Derecho*. Barcelona, Bosch, s. f., p. 232.

fin, no sólo en la definición de los nuevos contratos sino en la evolución de los más antiguos, y entre éstos no hay ninguno tan discutido y tan modificado como el contrato de arrendamiento”.

El derecho real administrativo de adquisición, que la Ley establece, a favor del expropiado y de sus causahabientes, para recuperar el bien de que fue privado aquél coactivamente, por causa de utilidad pública o interés social, surge imperativamente, en los supuestos denominados de “adhesión” a la expropiación o convenio sobre justiprecio, en los que sólo existe acuerdo sobre la cuantía de la indemnización, distinto de la “cesión amigable”, en la que procede negar la posibilidad de reversión, como declaró la Sentencia de 26 de febrero de 1931 (A. 3254), “cuando no se emplea esa coacción por partir el ofrecimiento del dueño” y “falta ese primordial y característico elemento de la coacción”, ya que el derecho de reversión no puede ostentarlo quien “no fue forzado a la expropiación de su finca”, lo que no acontece cuando el convenio o acuerdo sobre el justiprecio no es más que una de las formas de determinarlo, evitando la continuación del expediente expropiatorio, a tenor de lo previsto en los artículos 24 y 30 de la Ley de Expropiación Forzosa, y que si optase a la posibilidad de la reversión, haría de peor condición, al expropiado que acepta la hoja de aprecio de la Administración, poniendo fin a una fase del procedimiento, que al que discrepa de la valoración administrativa y da lugar a la continuación del expediente o incluso a la impugnación jurisdiccional del justiprecio, toda vez que, sin negar la posibilidad de pactar contractualmente el derecho de reversión, al poner fin al expediente de justiprecio de mutuo acuerdo, como reconoce la Sentencia de 2 de junio de 1966 (A. 3011), ni la renunciabilidad del derecho potestativo legal del artículo 54 discutido, debe concluirse que la voluntad del expropiado, limitada a la determinación del justiprecio, no significa la desaparición de la nota de forzosidad o coacción que legitima el derecho de reversión”. Así se pronunció expresa y literalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1971 (A. 4782) sobre el derecho de recuperación.

Otro caso es el contrato de edición o las importaciones de tipos jurídicos (holdings, trust). El Derecho alemán construyó el llamado resultado de asimilación (Anweisung) autónomo, técnica de la que carece nuestro Derecho. Es el Derecho administrativo quien ha ido regulando —con una clara invasión de lo privado por lo público— estas figuras atípicas, que el Derecho civil mal ajustaba con remiendos de trajes, con vestidos hechos de tales, desvirtuando

como atípicos su propia y auténtica tipicidad. ¿No es realmente demostrativa la calificación del llamado *derecho de palco* como *servidumbre prospiciendi*?²⁴. Los conceptos no pretenden dar de sí nada que no hayan recibido de antemano. Por lo demás, todo sistema jurídico es abierto y el fenómeno de la disgregación de reglas ante un nuevo tipo no es nuevo. Así sucedió en el Derecho romano con el censo: «Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio ut et quibusdam causis queri soleat utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio» (Inst. tit. 24): a quibusdam locatio existimabatur, a quibusdam venditio, lex Zaenoniana data est quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem». Igual acaeció con los quasi-ex-contractu y los quasi-ex-delicto y con la propia responsabilidad ex delicto²⁵.

Lo que IHERING llamara *simplicidad elemental de los cuerpos jurídicos*²⁶, se va oscureciendo ante el fenómeno de la incesante prolijidad y complejidad del sistema. La combinación de principios sistemáticamente distintos va produciendo nuevas figuras, como se produjo la enfiteusis a modo de combinación de propiedad y obligación, la comunidad conyugal a modo de conjunción de propiedad y matrimonio. Todas las primeras fases de un sistema son simples.

El Derecho moderno, sin embargo, aparece con dos características desconocidas en la época de IHERING. Ni los usos del lugar son ya otra cosa sino un viejo reducto que el título preliminar del Código civil ha eliminado al hablar en general de la costumbre y de los usos sin localizarlos expresamente; haciendo esto con plena intención, según se desprende de los debates parlamentarios, ni en segundo lugar el supuesto sociológico que contempla el Derecho tiene hoy un remoto parecido con la pandectística contemplativa. Del viejo tronco común se han ido desprendiendo gruesas ramas que pasan a ser más fuertes y más sólidas, más consistentes y más pegadas a la vida real que el propio árbol. Me refiero al Derecho administrativo, cuya misión hoy, conformadora de una nueva sociedad, palanca de poder y el mejor instrumento que la política puede utilizar, constituye no ya una rama secundaria, sino aquella en la que el ciudadano constantemente se encuentra en su vida cotidiana.

²⁴ Cfr. DUALDE, *Una revolución*, op. cit. pp. 102 y ss. Cfr. ya, sin embargo, la Sentencia de 5 enero 1967 y los trabajos de GULLÓN BALLESTEROS, MACHADO CARPENTER, MARTÍNEZ DE RADIO, citados por LALAGUNA.

²⁵ «Suldano da reato in Diritto romano», en *Arch. Giur.*, 151 (1956) 16.

²⁶ Cfr. W. WILHELM, «Iherings Lehre vom abstrakten Privatrecht», en *Acta Universitatis Szegediensis, acta Juridica et Politica*, 17 (1972) 151. El Derecho romano utilizaba *elementos atómicos* frente a un Código civil actual que usa *elementos complejos*, esto es, abstracción.

El Derecho aéreo era impensable en la pandectística y, sin embargo, su importancia hoy es trascendental. Igual acontece con el Derecho agrario y con toda una serie de conjuntos normativos que no ya sólo son desgaje del Derecho civil, sino que aspiran, a su vez, a ser ramas autónomas del Derecho. Del mismo modo que las primeras fases de un sistema son simples ante una sociedad poco numerosa en habitantes, ante pequeñas ciudades y una agrarización fuerte, el Derecho moderno es extremadamente complejo (baste ver el aumento progresivo de repertorios o colecciones legislativas de cada año), produciendo la necesidad más acuciante que nunca de un análisis teórico que sirva de base a la dispersión de las normas. Teorías que hubieran resultado inútiles en tiempo de IHERING son hoy absolutamente imprescindibles.

6.5. *Intersección y disyunción de conjuntos normativos:
la cláusula "sin perjuicio" frente a la remisión*

Especial tratamiento merece la aplicación del precedente o de la conjunción de grupos o conjuntos diversos heteromorfos cuando existe expresa remisión legal de un texto a otro. En efecto, los grupos no actúan dentro de una estructura unitaria del Derecho, pese a que sean entre sí heteromorfos, es decir, a que tengan unos principios generales rectores y una naturaleza diferente (Sentencia de 5 de diciembre de 1972, A. 5166; S. de 23 de marzo de 1973, A. 1292, entre muchas otras). La remisión produce la necesaria intersección o actuación conjunta de grupos normativos, si no son recíprocamente excluyentes (Sentencia de 31 de marzo de 1973. A. 1388, Ley de 1933 y Decreto-Ley de 12 de junio de 1953 sobre patrimonio artístico nacional deben seguir la Ley de Procedimiento). El supuesto contrario, por tanto, de una total disyunción entre conjuntos lo supone la inclusión en la norma de la llamada cláusula sin perjuicio, no extraña en nuestro ordenamiento jurídico (lo dispuesto en esta Ley será sin perjuicio de lo previsto...) y equiparable al notwithstanding del Common Law; remisión a las cláusulas sin perjuicio lo constituyen justamente los dos extremos en que la aplicación queda incluida o excluida, pero por determinación legal, no por vía de interpretación o búsqueda de la norma por el operador jurídico.

6.6. *La analogía stricto sensu*

Al hablar de la analogía es necesaria una precisión previa a: los apotegmas, aforismos, reglas o máximas pseudológicas, a las que pertenece la analogía, tienen una funcionalidad ambivalente, pues de un lado son principios interpretativos para determinar el sentido de una ley y de otro, más trascendentalmente, son instrumentos para colmar las lagunas normativas. La aclaración es pertinente, por cuanto en toda legislación hay supuestos abstractos que inciden en una analogía lógica: pero si reciben regulación legal específica quedan fuera de la *analogía* como apotegma, por muy análogos que sean a efectos dogmáticos. La solución legal no se apoyará para nada en la analogía, sino en la Ley. Un caso relativamente claro lo brinda la antigua prohibición de transigir los Derechos de la Hacienda pública salvo por Ley (LACHP), alterada luego por la Ley de Patrimonio del Estado según la cual basta Decreto. Desde luego, tal regulación para nada se aplica a la resolución de los contratos administrativos por mutuo acuerdo, que admite la Ley de contratos del Estado, o al justiprecio por mutuo acuerdo de la Ley de Expropiación Forzosa; o incluso al desestimiento procesal de la Administración. Los apotegmas lógicos no juegan ante regulaciones diferentes de supuestos análogos.

Con esta aclaración podemos ya pasar a analizar el origen, trayectoria y límites de aplicación de tales principios.

6.6.1. *La repulsa del Derecho romano a la analogía integrativa*

De igual modo que la analogía era extraña en su concepto actual a la concepción aristotélica, era también un cuerpo espúreo en el propio Derecho romano. En éste aparece la teoría de la analogía en la retórica gramática, pero sin trasladar el término al campo del Derecho²⁷. En éste aparece la palabra *proportio* en idéntico

²⁷ El campeón de la analogía fue Aristarchus de Samothracia (215-145 a. C), fundador de la llamada Escuela Alejandrina, paralela a la Crates: consuetudo et analogia coniunctiones sunt inter se quam credunt: Varro. Las reglas gramaticales eran los cánones: las regulaciones del lenguaje eran las analogías ekloguismós; analogiae, similitudines y declinationes constituían los *precepta* gramaticales. De todo ello sólo la *definitio* y el *exemplum* pasan auténticamente al Derecho (SCHANZ, «Die Analogisten und Anomalisten im roemischen Recht», en *Philologus*, 42 (1882), p. 312; MEYER, «Die quaestiones der Rethorik und

tico sentido al antes expuesto como un camino para la búsqueda de la norma en el casus non expresus (Dig., 14, 4, 16). La laguna legal está presidida a lo largo del Derecho romano por una construcción diferente a la concepción de la analogía. Esta, la analogía iuris, es así un producto del Derecho intermedio que aparece formalmente ya trasplantado al Derecho moderno del Derecho natural de fines del siglo XVII. La analogía como un medio de búsqueda de la norma o búsqueda del Derecho extrayendo la solución del caso concreto y aplicándola a otro caso concreto, estaba siempre ausente del Derecho romano. En algún caso los exempla al estilo del paradigma aristotélico sirvieron para el Derecho público (por ejemplo, para el aquae et ignis interdictio), pero el Derecho estaba constituido por la expresión de la ley, el plebiscitum y el edictum. En algún caso en que ha podido aparecer como tales aplicaciones analógicas se trataba pura y exclusivamente de que faltaba una norma para el caso concreto, pero dado el carácter estrictamente monopolista del Derecho a través de la auctoritas no cabía ni el argumentum a simile ni la analogía (Pomponius, Digesto, 1, 2, 2, 7). Así se desprende de los términos tajantes de la interpretatio juris (Ins., 4, 3, 10) refiriéndose siempre a los verba legis. Es cierto que toda la retórica romana había utilizado la expresión de analogía y de proportio, pero dada la estructura del sistema judicial romano, el iudex, al menos en el proceso civil estaba en estricta subordinación a la lex

die Anfaenge der juristischen Methodenlehre», en el *Zeitschrift der Savigny Stiftung Roem. Abt.*, 68 (1951); Arnold AERHARDT, «Betrachtungen ueber die Lehre vom error», 25, *St.* (1969), p. 402; cfr. el trabajo de análisis exhaustivo de Artur STEINWERTER, Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie (continuación de Analoge Rechtsanwendung im roemischen Recht *Schritti Albertario*, I, 105-127, y en el *Festschrift fuer Fritz Schulz*, 2 (345-364); del mismo, en *OZöR*, I (433-446). Desde el cálculo lógico cfr. J. M. BOCHENSKI, «On Analogy», en *The Tomist*, vol. IX, n. 4, p. 424; U. KLUG, «Zur Lehre von den Kontrapositionsschlüssen», en el *Zeitschrift fuer Philosophische Forschung*, III (1948-49) 6; J. MOOR, «Das logische im Recht», en *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, II (1927-28) 195; R. BOVENSIEPEN, «Analogie und der Argumentum a contrario», en el *Handwoerterbuch der Rechtswissenschaften*, p. 134. En general, Maurice DOROLLE, *Le raisonnement par analogie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1949; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del Diritto. Memorie dell'istituto giuridico serie II, memoria 36*, Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1938; Walter SAX, *Das Strafrechtliche Analogieverbot*, Goettingen, 1953; Alessandro GIULIANI, «L'élément juridique dans la logique médiévale», en *LeA* (N. S. 53-54) (1971) 363; A. PECZENIK, «Analogia Legis. Analogy from Statutes in Continental Law», *LeA* (N. S.), 53-54 (1971), 329. Sobre el Derecho romano, Franz WIEACKER, *Ueber das klassische in der roemischen Jurisprudenz*, Tuebingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950; Fritz SCHULTZ, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951, y nuestros clásicos V. ALVARO D'ORS, F. HERNÁNDEZ TEJERO, Ursicino ÁLVAREZ, etc.

de un lado y al *ius civile* y al *edictum*, de otro. Cuando se habla de la similitudo rerum no se le esgrime como un argumento deductivo, como una subsunción, sino como expresión del porqué del arbitrio judicial, y de ahí que el *exemplum* nunca constituya un elemento vinculante. En este sentido hay que aceptar los términos de la *interpretatio legis* y los de *a similia procedere*, es decir, como fundamento de la *aequitas ad exemplum*.

Cuando se detecta una laguna, ésta o viene a resultar por arbitrio del juez, pero sin proceso de argumentación deductiva, o bien se dicta nueva norma. Así, en la *constitutio* tanta, Juliano y Adriano establecieron que *si quod in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque conjecturas et imitationes posit nova instruere auctoritas repitiendo que si quid imperfectum inveniatur ab imperiali sanctione hoc repleatur*. Frente a la concepción aristotélica según la cual corresponde al juez la aplicación más allá de la norma a través de la deducción, el monopolio de producción jurídica se reserva aquí al Emperador y al Pretor. El *procedere ad similia* servirá como argumento de equidad para establecer una nueva norma. De otro lado, el término de *ratio legis* o *ratio iuris*, como veremos, aparece en la glosa para conservarse hasta el vigente Código civil en su título preliminar de 1974. Tenía en el Derecho romano nada más el sentido de proporción aritmética, sin perder este significado originario en los casos de la *ratio aequitatis* o *ratio stricta*. La ficción, para proceder a la aplicación paradigmática, aparece nada más en los *responsa*, *rescriptos* y en el proceso formulario general.

Muchos de los supuestos en que aparecen en el Derecho romano los *procedere a similia*, la *extensio ad exemplum*, son, como se ha puesto de relieve, interpolaciones medievales.

La primera vez que aparece el término la causa legis o la *ratio legis* es en Irnerio, en la Escuela de Bolonia²⁸ (*Glosa visum est en el Dig., 1, 4, 2, de Constitutionibus principum L. in rebus*). La utilitas y los fines políticos del Derecho se ligaban en principio a la *aequitas*, a la causa legis y a las concepciones ético religiosas de la época. Los dos términos de causa y *ratio* convergieron rápidamente no sólo por influjo de la escolástica sino en cuanto apuntaban ambas a la idea de la *rationabilitas*, esto es, a la lógica y a la

²⁸ Cfr. G. PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, Greifswald, 1888; E. BESTA, *L'opera d'Irnerio*, 2 tomos, Torino, 1896; P. LEGENDRE, «Recherches sur les Commentaires pré-accursiens», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 33 (1965) 354; Robert W. Alexander J. CARLYLE, *Il pensiero politico-medievale*; Bari, ed. Laterza, 1956; DEMERS, «Les divers sens du mot ratio au Moyen Age. Autour d'un texte de Maître Ferrier de Catalogne (1275)», en *Etudes d'Histoire littéraire et doctrinale du XIII siècle*, vol. I de las *Publications de l'Institut d'Etudes médiévales d'Ottawa*, 1932, p. 109.

razón. Una realidad objetiva, esto es, la causa, y una subjetiva, la ratio, vinieron a unificarse olvidando su posición dialéctica inicial. La tradición estoica transmitida a los glosadores a través de SÉNECA había identificado ya ambos términos: *causa autem id est ratio materiam format*. En Juan BASSIANO se vuelven a encontrar *causam id est rationem*. Todos los términos interpolados del Derecho romano venían a confluir, a dar así a la ratio iuris un significado teleológico y justificativo al cual se unió la conciencia producida por la lógica racional de la teología.

En tiempos de Bartolo, el término ratio y causa eran ambivalentes, anfibológicos, aun cuando pareciera siempre que la causa miraba ad futurum, mientras que la ratio se refería de praeterito. La causa se va en los comentaristas subjetivando a los negocios jurídicos sobreviviendo así a la inicial confusión, mientras que la ratio se va ligando progresivamente a la ley y aún más al Derecho. Se habla así ya de la rationabilis lex en un sentido totalmente distinto a la vieja expresión de Constantino. La ratio es la aequitas rudis frente a la aequitas constituta.

Sobre esta tradición Dino de Mugello vuelve a hablar del contraste entre la sentencia y los verba de la ley. La primera hay que salvaguardarla siempre, aunque sea a costa de las palabras, es decir, que los verba deben ceder puesto a las ratio expresas en norma escrita: *mihi autem videtur quod eum, cum mens nihil aliud sit quam ratio quae legislatore movit, tunc verba legis non extendatur nisi ad eum casum ad quem extendatur ratio*. Aparecen aquí el mens legislatoris, la interpretación extensiva y la ratio legis²⁹.

Hay que insistir, en todo caso, que la ratio era expresamente la que justificaba la aplicabilidad de la norma ratio pro lege habetur. La rationabilitas es el criterio mismo de aplicación o de corrupción de la ley.

Aparecen así, en el temprano medievo, el concepto moderno de equidad, el de la analogía extensiva y el de la ratio legis. La prohibición de aplicar extensivamente las normas penales pertenecía ciertamente al Derecho romano clásico y al justiniano la aplicación extensiva y desde luego la analogía.

²⁹ La interpretatio declarativa, restrictiva y extensiva constituyen los criterios utilizados respecto de los verba legis. Pero cuando se usa una u otra se opera con algo vivo. Así no hay *fraus* fiscal pasivo, por inacción, y ahí se aplica, «Statuta enim debent intelligi secundum proprium sensum vocabulorum» (NICOLA DEI TEDESCHI). De ahí el mito sobre los argumentos de la glosa, que lo son sólo vistos unidimensionalmente desde ahora y aquí. Así es comprensible

6.6.2. *La ratio legis, la exceptio y la analogía*

La fuerza preceptiva de la *ratio legis* produce, como se ha visto, enjuiciamiento de la propia norma desde el punto de vista de la equidad, la analogía y de la aplicación extensiva de la norma al propio tiempo que se da a la inspiración teleológica o *ratio finalis* mayor preponderancia que la expresión literal de aquélla. Conviene, sin embargo, separar cuidadosamente todos estos supuestos. La interpretación extensiva no es, en definitiva, sino una discordancia exclusivamente verbal entre la *definitio iuris* y la intención de la propia norma. El legislador no ha dicho lo que quería decir a diferencia de la analogía (el legislador no pensó en lo que debió pensar WINDSCHEID). Es un problema de semiología, y no de lógica.

La idea legal es desbordada en su expresión verbal, pero no incide en analogía, pues se está todavía en la aplicación de la misma ley, en su misma razón de ser, en su misma dirección, incluso por encima de la palabra se intenta hacer realidad la innovación que la norma contiene. De ahí que la interpretación extensiva pueda ser aplicada dentro de normas singulares, o incluso punitivas, como el Código penal, para el cual está tajantemente prohibida la analogía. En los mismos términos de interpretación se mueve la llamada interpretación analógica en que se trata de propia remisión de la norma a conceptos no delimitados y cuya delimitación se confía al operador jurídico: se produce cuando una norma, incluso penal, establece que constituye ensañamiento... o cualquier otro medio de idéntica naturaleza. Igual sucede en el Derecho fiscal, en que no es posible siquiera la interpretación extensiva, pero sí cabe la interpretación analógica, pues, se insiste, hay una autén-

la frase de ROTA, «*significatio est intellectus rei ad quem vox imponitur*». Igual sentido en los principios: «*verba secundum naturam contractus et subiectam materiam accipiuntur etiam verba impropriando, verba intelliguntur secundum qualitatem personae*». Hay también un trasfondo político: la costumbre precisa consenso del Príncipe, pero le equipara su *patientia*. El Derecho estatutario no recibe analogía, pero se le va asimilando al Derecho común; las *leges correctoriae* prevalecen sobre el Derecho viejo. Con OCKAM, y luego MARSILIO, se llegará al máximo: el Derecho es *inventio humana*, producto ex voluntate humana y no sólo la costumbre. Para la glosa y los comentadores bastó la *interpretatio*. «*Verbum interpretationis in proprio sensu denotat vocabuli apertam significationem hic tamen largius ponitur pro correctione, arctatione et prorogatione*». La *medulla rationis* hacía romper la *curtex scripturarum*.

tica remisión de la norma a una delimitación del contenido de la misma ³⁰.

6.6.3. *Las premisas lógicas y la premisa valorativa de la analogía como silogismo decisional: el círculo de semejanza*

La analogía implica, por el contrario, la existencia de diferentes premisas. La analogía legal desarrolla la idea fundamental de la proposición jurídica de que parte, descartando todos los supuestos inesenciales, y una vez así clarificada la aplica a los casos que caigan bajo ella; así que tan sólo se apartará del caso concreto en la ley

³⁰ Dogmáticamente las diferencias son claras. M. KRIELE (*Theorie der Rechtsgewinnung*, op. cit., p. 223) indica, sin embargo, cómo en muchos casos «toda la amplia zona entre los extremos permite una elección entre una interpretación según las palabras o admitir que hay una laguna jurídica». La opción se realiza, no tanto por razones lógicas o dogmáticas, sino atendiendo al resultado, a la decisión de una u otra fórmula. De ahí que nuestro Código civil hable del *contexto* y no de la *ley* al referirse a la interpretación literal. Todos los problemas de la filosofía del Derecho se enfrentan a su *hora de la verdad* en la teoría de la interpretación (KRIELE, op. cit., 225). WURZEL establece la siguiente gradación:

1. Analogía.
2. Interpretación extensiva (sentido más amplio que la expresión).
3. Interpretación lata (polisemia eligiendo el significado más amplio).
4. Interpretación declarativa (homonimia).
5. Interpretación estricta (polisemia, eligiendo el significado más estricto).
6. Interpretación restrictiva (definiendum más estricto que el definiens).
7. Antinomias.

La distinción de normas rígidas y elásticas, flexibles o de Derecho equitativo es tradicional en nuestro derecho (CASTÁN, *Derecho civil Español, Común y Foral*, I, p. 262, 9.ª ed. Madrid, 1955; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil Español*, Madrid, 1957, I, vol. I, p. 40. En cuanto al carácter tópico del argumento, se ha podido decir que tanto analogía como el *argumentum a contrario* son siempre reversibles, dependiendo de consideraciones extralegales (cfr. infra y en especial T. STROEMBERG, *Inledning till den allmänna rättsläran*, Lund, 1970, 4.ª ed. Gregorio LÓPEZ había glosado que «argumentum a contrario non sumitur ubi contrarium est expressum in iure». Esta es y ha sido la calificación de los argumentos hasta 1966. En efecto, José HOROVITZ, en su tesis doctoral («Sintesis on Ulrich Klug's legal Logic. A critical Account», en *Logique et Analyse*, 33 (1966) 78) ha reducido los mismos argumentos a lógica formal. Tanto respecto de la analogía como de los demás argumentos aparecían como creación judicial de Derecho. Ello junto a la prohibición de creación normativa de la Ley Orgánica del Poder judicial de 1870, como por la dogmática imperante —que puede muy bien denominarse Ciencia savignyana del Derecho— determinan la preferencia de los Tribunales por la interpretación extensiva y lata, ante problemas que eran sólo claramente solubles a través de la analogía. Esta aparece en nuestra jurisprudencia escasísimas veces frente a las interpretaciones extensivas. Sobre la escasa diferencia cfr. J. WROBLEWSKI, «Interpretatio extensiva», en *Ruch Prawniczy Economiczny i Socjologiczny*, 1 (1965) 117.

en aspectos inesenciales, en puntos que en rigor no tocan a la regla jurídica. Así como la interpretación extensiva expresa el pensamiento o idea de la ley desbordando su estricta expresión³¹, la analogía desarrolla la idea de la ley, pero en una especie de progreso del Derecho en una intensidad mayor que la prevista en la ley. Extensión e intensidad explican claramente la diferencia radical entre interpretación extensiva y analogía.

6.6.4. *El principio ubi est eadem ratio*

El principio ubi est eadem ratio (eadem aequitas ibi debet esse idem ius) aparece incluso en la argumentación llamada de apotegma jurídico por nuestros tribunales³², a veces con bastante número

³¹ Así surge en Bartolomeo CEPOLLA (*De interpretatione legis extensiva*, Venetiis, 1557), al que siguen Costantino ROGERIO (*De juris interpretatione en Tractatus univ.*, op. cit., I, fol. 386); Andrea GAMMARO (*De extensionibus*, ibídem, t. XVIII, fol. 247), y Stephano FEDERICI (*De legum interpretatione*: ibídem, t. I, fol. 209). Hay toda una serie de tanteos y contradicciones terminológicas acerca de la diferencia o identidad entre analogía e interpretación extensiva, que NICOLINI (*Il principio di legalità nelle democrazie comunali*, Padova, Cedam, 1955, p. 64) ha puesto de relieve: la *eadem qualitas* de dos supuestos de hecho producía su similitud; de ahí la *identitas rationis* que pasará con REGERIUS a *eadem aequitatis ratio*. ZASIO comentará mucho más tarde que *nullum simile est idem*, pero no se trataba, ni mucho menos, de eso, sino de la oportunidad práctica y real de extender a través de la *ratio legis* una norma. Con todo se comenzó a precisar la distinción entre *similitudo* y *paritas* (CANTIUNCULA); ésta desarrollaba un principio argumentativo válido, pero independiente. La *paritas* se enfrentaba a la *comparatio rationis*, pero todo quedaba en el terreno de la disquisición lógica, no en la explicativa. Con todo, la *comparatio* dará lugar lógico-tópico a los argumentos a *minori* y a *maius*. La diferencia lógica entre interpretación extensiva y analogía puede caracterizarse, con HOROVITZ, de la siguiente forma: Sea *L* una norma referida explícitamente al supuesto de hecho *M*. El problema estriba en saber si es también implícitamente aplicable a *S*, es decir, si la fórmula *f* obtenida al sustituir *S* por *M* en *L* es válida. Hay dos posibilidades: 1) Hay una expresión *R* tal que la fórmula *g*, obtenida al sustituir *R* por *M* en *L* constituye una generalización válida, tanto para *L* como para *f*; o *r*). Se acepta una regla de significación *m* para *M* suponiendo que a fin de aplicar *L* a todos los *S* son *M*. La respuesta a esta cuestión previa es positiva por razones lógicas. En esas circunstancias decimos que *M* y *S* es en el primer caso anterior 1) también *R*; son similares entre sí de modo esencial respecto a la verdadera intención o idea básica de *L*. El proceso de descubrimiento de *g* (o la conjunción de *L* y *m*), y de *f* es válido, confirmando consecuentemente *g* (o la conjunción de *L* y *m*), infiriendo *f* de *g* (o si se quiere, de *L*, con el fin *m*): éste es el *argumentum a simile*. Para la explicación lógica de la analogía, cfr. U. KLUG, en *Le Problème*, op. cit., pp. 94 y ss.

³² Sentencia 1 junio 1897; S. 2 diciembre 1915; S. 15 abril 1916; S. 17 mayo 1918; S. 4 julio 1941; S. 27 abril 1918; 1 diciembre 1903; S. 13 marzo 1916; S. 10 julio 1919; S. 13 diciembre 1913; S. 30 octubre 1891. Asimismo,

de variantes de expresión. Así desde AGRICOLA, ubi est eadem ratio vel aequitas, ibi debet esse eadem juris dispositio; illa autem, quae in radice et causa conveniuntur, conveniunt etiam in effectus. OLDENDORP aclarará que “quando autem duo sunt similia secundum quid, sed non simpliciter, non procedit argumentum a simili, si in

el artículo 26 de la Ley de Expropiación forzosa de 1879, establece que la cantidad que se abone al propietario por todos conceptos, deberá ser libre de gastos. Esta cantidad es la suma ofrecida por la Administración, teniendo el particular el plazo de 15 días para aceptar o rehusar la oferta lisa y llanamente. El artículo 41 del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa establece la misma exención de toda carga o gravamen para el mismo supuesto de ofrecimiento administrativo. Este precepto general se repite luego a lo largo de la legislación especial en materia de expropiación forzosa. En este sentido, el R. Decreto de 10 de marzo de 1881, que aprueba los Reglamentos para la aplicación al ramo de guerra en tiempo de paz de la Ley General de Expropiación, estableció en el párrafo 1.º de su artículo 29 el mismo precepto de exención del propietario de toda clase de gastos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en materia de expropiación forzosa, al aclarar el contenido del artículo 26 de la Ley general, concretó que los términos en que la ley se pronuncia de toda clase de gastos, comprende no solamente los gastos negociales, sino también los impuestos, tanto generales como municipales. En este sentido, además de las sentencias que aduce la interesada en su solicitud y que recoge la Asesoría Jurídica del Ministerio, puede citarse la sentencia de 14 de noviembre de 1947, en la cual se concreta que la libertad de gastos que afectan al propietario en relación con el artículo 26 de la ley, comprende también la exención del impuesto de plus valía. De este modo se viene tendiendo tradicionalmente a que la libertad de gastos en la cantidad ofrecida por la Administración, implica la entrega líquida de esta cantidad ofrecida, sin descuento alguno por razón de gastos, honorarios, impuestos, arbitrios o gravámenes. Sin embargo, el problema es distinto cuando en lugar de contemplar el supuesto del ofrecimiento administrativo y la aceptación por el particular, se examina la normativa general y las normativas especiales en materia de expropiación en relación con el pago del justiprecio, dentro del cuarto período del procedimiento de la expropiación. En este supuesto, la ley calla en absoluto cualquier mención sobre la libertad del gravamen o carga, y del mismo modo el reglamento y las disposiciones en materia de expropiación especial silencian cualquier mención a la exención del impuesto en relación al pago del justiprecio. Si bien es cierto que por razón de analogía entre el pago mediante ofrecimiento de la Administración aceptado por el particular y el pago de esta misma cantidad fijada después del trámite del justiprecio, parece conducir a la necesidad de emplear para el segundo supuesto la exención propuesta taxativamente para el primero. A tal interpretación extensiva se opone la aprobación tajante de extender por analogía las exenciones tributarias que deben, por el contrario, estar fijadas y declaradas de modo directo y explícito por la Ley. En el Derecho constituyente es evidente que existe una radical analogía entre los dos supuestos, sin que sirvan las explicaciones justamente para la falta de exención de los impuestos y cargas en las cargas del justiprecio al presentar explicación de atribuirse la exención impositiva al caso de ofrecimiento aceptado en razón a constituir de este modo un incentivo para la brevedad del trámite y la aceptación por el particular. Tal explicación basta para excluir dentro del ámbito del Derecho constituyente la analogía radical que existe entre ambos supuestos. Sin embargo, de lege condita es

eo in quo fit comparatio, sit dissimilitudo debet autem similitudo sumi a pari ratione vel majore, non autem a minori. Aunque añade contundentemente: Nec sufficit allegare aliquam dissimilitudinem in genere, sed debet esse dissimilitudo *in eo in quo fit comparatio*.

Pasando al Derecho el argumento toma la forma de *argumentum*

necesario llegar a la conclusión contraria. La jurisprudencia que se cita por la interesada en su escrito dirigido a la Confederación, solamente se refiere a aquellos supuestos que contempla el artículo 26 de la Ley, siendo imposible también extender este criterio jurisprudencial del mismo modo que no es factible declarar por analogía la extensión declarada en la Ley (Dictamen del Consejo de Estado núm. 14. 115).

En cuanto a procedimiento, el Dictamen de 22 de junio de 1972 (N. 37.583), dice que «La contestación a esta pregunta como a otras muchas cuestiones que se plantean en el ámbito del Derecho, puede intentarse desde dos perspectivas bien distintas. Puede, en efecto, plantearse el tema desde una perspectiva, antes aludida, de reforma del ordenamiento establecido y, en tales circunstancias, la respuesta, privada del dogmatismo que le atribuiría el contar con unas normas preestablecidas, se ha de mover en función de las coordenadas básicas de la actividad administrativa: la mayor oportunidad y simplicidad compatibles con la mejor justicia, tanto general como del caso concreto. Semejante perspectiva —conviene insistir— sería la adecuada en el caso de que se hubiera elevado a este Alto Cuerpo una consulta de índole prelegislativa. No es éste el caso de la presente consulta, como ha podido advertirse.

La otra perspectiva que cabe adoptar, y por la que ha de inclinarse este Consejo para atenerse a los límites y sentido propios de la consulta planteada, se mueve en torno a un principio esencial, que ya no es aquí el de la oportunidad compatible con la justicia *in genere* y al margen del Derecho vigente, sino el de la correcta interpretación de éste, aun cuando, en lo posible, los resultados de esa interpretación deban hacerse compatibles con el servicio de aquella oportunidad administrativa, en una dimensión que reviste ahora carácter subordinado, pero en modo alguno secundario.

Efectivamente, tal y como está redactado el vigente artículo 91, en sus números 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entiende este Alto Cuerpo que no puede solicitarse un informe de los Consejos Superior de Transportes Terrestres o de Obras Públicas sin obligar, en estricto cumplimiento de aquel precepto, a una nueva puesta de manifiesto del expediente a los interesados y, con ello, a la formulación posterior e inmediata de nueva propuesta de resolución e informe de la Asesoría Jurídica de este Ministerio.

Debe precisarse, empero, que el artículo 91 de esta Ley gira todo él en orden a las garantías del administrado. Ello significa, pues, que la posibilidad, obvia, de recurrir a nuevos informes, de índole facultativa tan sólo, no significará la necesidad de nueva puesta de manifiesto a los interesados si tales informes no incorporan «otros hechos, ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas» (art. 91, 3, de la Ley citada) por aquéllos y que estos interesados no hubieran podido tener presentes al evacuar la vista anterior. Pero debe aquí llamarse la atención que la expresión amplia del precepto (nuevos hechos, alegaciones y pruebas) conducirá en la práctica a repetir la audiencia del interesado en la mayoría de los casos, puesto que es de presumir que cuando se requiera de nuevo uno de estos informes existirá alguna cuestión controvertida y el órgano informante producirá nuevas razones («Alegaciones», en la terminología de la Ley), que, según tal precepto, el interesado tiene derecho a conocer para, en su caso, rebatirlas. Las únicas excepciones que

e silentio: “la ley no dice nada respecto a ... ergo; es cabalmente lo contrario al apotegma *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”. En el primer caso, la ley no dice nada, no prevé el caso; en el segundo, trata únicamente todo el conjunto de casos.

aquí la Ley establece son el informe de la Asesoría Jurídica y el dictamen de este Alto Cuerpo, si bien debe notarse que, incluso antes de emitirse este último, los interesados tienen derecho a solicitar nueva audiencia ante el Consejo de Estado, si bien el otorgamiento de esta audiencia excepcional ya no es obligado (art. 23, 3, de la Ley orgánica del mismo).

Por lo demás, los peligros de una nulidad de trámites que esto conlleva, apuntados en potencia por la anterior consulta de ese Ministerio, y también advertidos en el precedente dictamen de este Alto Cuerpo, se ven confirmados al haberse dictado recientemente por el Tribunal Supremo sentencia estimatoria a recurso presentado en un supuesto concreto que se incluye dentro del género de cuestiones que aquí se consideran. En efecto: por sentencia de 24 de mayo de 1972, el Alto Tribunal ha anulado las actuaciones practicadas y resoluciones dictadas, «a partir del trámite de audiencia» del interesado y «a fin de que... se le dé de nuevo vista de las actuaciones incluyendo el dictamen del Consejo de Obras Públicas y sea posteriormente resuelto (el expediente) con arreglo a Derecho». Funda este fallo el Tribunal Supremo básicamente en lo que, en línea por cierto coincidente con el anterior dictamen de este Consejo, expone en su considerando segundo, donde afirma que «no puede dudarse que, de acuerdo con lo dispuesto en los dos primeros párrafos, del artículo 91 (de la Ley de Procedimiento Administrativo), la audiencia de los interesados deberá preceder a la propuesta de resolución... de lo que se sigue que en los expedientes en los que deban emitir, preceptiva o facultativamente, informe los Consejos Superiores de Transportes Terrestres o de Obras Públicas, tales informes deben considerarse informes técnicos, propios de la instrucción del expediente, que, sin desconocer el alto valor de los Consejos que lo emiten, forman parte del conjunto de informes a que se refiere el artículo 84, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo e integran una fase del proceso de instrucción y, en consecuencia, deben ponerse de manifiesto a los interesados que tengan derecho a que se les dé vista del expediente, pues el procedimiento administrativo, compuesto de tres fases, los informes, la prueba y la audiencia de los interesados, el último trámite o fase es la de la audiencia del interesado, que debe constituir el momento final de la instrucción, siempre que no pueda prescindirse de la audiencia, de acuerdo con lo previsto en el núm. 3 del artículo 91 y a excepción tan sólo del informe de la Asesoría Jurídica y del dictamen del Consejo de Estado, por lo que, salvo esta excepción, del resto de los informes habrá de darse vista al interesado, tanto sean preceptivos como si se estimaran necesarios para mejor conocimiento del órgano que deba resolver.

De ahí que, máxime habida cuenta del criterio sentado ahora por el Tribunal Supremo en la sentencia referida, deba concluirse, en cuanto a esta primera cuestión, que, a juicio de este Alto Cuerpo, si bien la autoridad u órgano competente puede requerir, por vía facultativa, una consulta a los Consejos indicados, ello obligará a una nueva audiencia de los interesados, salvo que el informe de estos cuerpos no adicione ningún nuevo hecho, alegación o prueba (art. 91, 3, de la Ley citada), lo que, de hecho, equivale a que este nuevo informe se limite a ratificar, sin más, otros informes anteriores que los interesados hayan conocido en su momento.»

6.6.5. *Los dos condicionantes del círculo de semejanza*

La analogía es, tal y como se la describe en la actualidad, un argumento lógico decisonal, pues, en efecto, su aplicación lleva aparejada una auténtica decisión del juez y no una simple inferencia lógica, como lo son los silogismos. Apremiar la existencia o inexistencia de un *círculo de semejanza* entre la hipótesis legal y el hecho no previsto implica, por de pronto, una selección por parte del juez de los elementos relevantes de uno y otro (norma y laguna). Tal apreciación es, en el fondo, una decisión del juez. Decía Anatole FRANCE que los historiadores escriben la historia del pasado seleccionando según su opinión los hechos conocidos que consideran más notables. De ahí que en la historiografía de la historia se haya cambiado, desde Tucídides hasta nuestros días, la perspectiva y la apreciación de lo que es notable y relevante. Ya no son las batallas, las listas de Reyes y Emperadores, lo que constituye la Historia. Hoy se la concibe como la evolución de las sociedades humanas, y son relevantes aquellos detalles que hace unos siglos no importaban al historiador: el modo de vivir de las gentes, su alimento, su economía, sus viviendas, etc. Algo parecido acaece con el jurista cuando selecciona aquellos rasgos del supuesto legal y los compara con los que presenta la laguna legal.

Encontrar una semejanza entre algo abstracto y algo concreto es todavía más relativo.

De ahí que al jurista no le baste con indicar que la analogía es aplicable cuando hay un círculo de semejanza entre la norma y la laguna legal. No obstante la relatividad y el subjetivismo en la apreciación de tal semejanza puede irse cercenando mediante análisis sucesivos.

Existe círculo de semejanza entre X e Y cuando tal semejanza es reversible: dicho de otro modo, cuando la semejanza supone una relación biunívoca. La afirmación es, en el fondo, trivial, pero útil. Si X es semejante a Y, sin duda Y es semejante a X. El operador jurídico, antes de aplicar la analogía, debe invertir la hipótesis, esto es, considerar que la norma regula la laguna legal y examinar después, invirtiendo los términos, si considera apropiada la analogía para lo que es realmente el supuesto legal, que pasa a ser supuestamente laguna legal. Si la contestación es afirmativa, procederá la analogía, pero indudablemente no será procedente en caso contra-

rio (por ejemplo, nulidad culpable frente a resolución culpable del contrato administrativo).

Una segunda limitación ayuda a transformar en argumento lógico lo que es un argumento decisonal. En definitiva, la expresión legal y la *ratio legis* condicionan la aplicabilidad de la analogía. Habrá que examinar detenidamente la norma para discernir si entre el supuesto de hecho legal y su consecuencia jurídica existe una implicación intensiva o no intensiva. Dicho en otros términos, si la ley se pronuncia en términos equivalentes a: en el caso X, y sólo en el caso X, se produce la consecuencia Z, la analogía queda excluida. En el fondo ésta es la razón de que en el Derecho Penal, para la tipificación de los delitos, en el Derecho excepcional o de privilegio y en las llamadas leyes odiosas, no se aplique la analogía. Así pues, dos características son precisas para el círculo de semejanza: relación biunívoca o recíproca entre norma y laguna e implicación no intensiva en la estructura de la norma. Hubiera preferido analizar otro ejemplo, pero estimo que es más aconsejable reexaminar el caso propuesto creo por RUEMELIN y analizado por STAMMLER, y sobre todo por RECASENS SICHES. Se trata de la prohibición de transportar perros en las líneas de ferrocarril. Insisto en que ejemplos como éste los hay a millares, pero que estimo mejor apurar un argumento ya antiguo a guisa de ejemplo de algo pensado de nuevo.

La analogía procede al cumplirse los dos requisitos antes analizados. Entre el perro —prohibido expresamente por la ley— y un oso, por ejemplo, hay un círculo de semejanza. Descompongamos, según lo antes visto, tal círculo de semejanza: veremos que el par perro-oso responde a una similitud recíproca o biunívoca. En otras palabras, el perro y el oso están comprendidos en un conjunto común a ambos (animales peligrosos para los viajeros). Este conjunto, que incluye el caso legal y la laguna, es un concepto superior, un *Oberbegriff*. Perro y oso son elementos del mismo. Veamos ahora el requisito de inversión del argumento: supongamos que la ley dice expresamente que queda prohibido el transporte de osos en los trenes de viajeros. La inversión del argumento será válida: también quedará prohibido el transporte de tigres, leones, e incluso perros, en cuanto pertenezcan al conjunto de “animales peligrosos para los viajeros”. Esto se ve más claramente al constatar el cumplimiento simultáneo del segundo requisito antes analizado, esto es, que la ley no suponga una implicación intensiva de “queda prohibido sólo el transporte de perros y no de cualquier otro animal, aunque sea

peligroso". Es claro que la intención de la ley no es ésta, ni su redacción permite deducir tal hipotética implicación intensiva. Cumplidos los dos requisitos, la analogía no encuentra más dificultad que el límite de las prohibiciones o de las leyes odiosas. Aquí la literatura, muy abundante, sobre este ejemplo ya clásico no ha caído en la cuenta de que esta prohibición no es una ley odiosa, sino una norma protectora de la seguridad de los viajeros. En efecto, la norma no prohíbe el transporte de los perros, y por analogía de cualquier otro animal peligroso, sino en función de la seguridad del pasajero. Esto aparece claro cuando se examina el caso del transporte de animales en vagones especiales sin pasajeros. Aquí la analogía no tiene lugar: si se prohíbe el transporte de perros, será posible quizá el transporte de leones, tigres u osos. Tal acontece con el transporte de los vagones de circos. Lo que sucede es que es difícil calificar inequívocamente de ley favorable u odiosa cualquier norma, pues lo que para unos es ventajoso es posible y probable que sea perjudicial para otros. Cuando muchos juristas teóricos se han enfrentado a este ejemplo ya famoso no han apercibido con claridad, o al menos con toda claridad, esta dialéctica permanente entre el calificativo de beneficiosa o perjudicial de una norma; para ello hubiera bastado examinar el destinatario de la norma y no el titular de la competencia para ponerla en eficacia. Cuando el reglamento de policía de ferrocarriles prohíbe el transporte de perros en los vehículos de viajeros, el destinatario-beneficiario es el viajero o el conjunto de viajeros, aunque el titular de la competencia para hacer real esta prohibición sea el empleado del ferrocarril.

La dialéctica del carácter odioso o beneficioso de una norma es algo que ya desde Protágoras se había intuido (ésta es una de las razones o aspectos de los *dissoi logoi*). En las reglas del Papa Bonifacio VIII se encuentra un ejemplo revelador de tal dialéctica: según el *privilegio del canon*, quien impusiera manos violentas sobre un clérigo quedaba ipso facto excomulgado. Aparentemente, la ley es odiosa, puesto que castiga con una pena canónica grave. Bonifacio VIII aclaró, en una explicación que pone de relieve el carácter dialéctico antes visto, que no se trataba de una ley odiosa o de un privilegio (que no podía servir de soporte a la analogía o incluso a la interpretación extensiva), sino que era una ley beneficiosa pero para su auténtico destinatario, los clérigos.

De la redacción de la ley se desprenderá la presencia o no de estos requisitos para la aplicación de la analogía. En el mismo ejem-

plo antes visto, si el ferrocarril establece un servicio especial para el transporte separado de perros (o más generalmente, en realidad, para animales domésticos), es claro que la analogía del oso no procede. Desciendo a estos detalles para que se vea con toda claridad y en el mismo ejemplo de RUEMELIN que ha obsesionado a los juristas y los lógicos, para intentar aclarar, a mi vez, lo que creo que es simplemente entre los juristas y los lógicos un “juego de la patata caliente”. No es preciso pasar de uno a otro el reproche porque el caso es, si se plantea claramente, claro.

He de advertir que en particular para la analogía y sus argumentos pseudológicos derivados hay que renunciar a la utopía del logicismo total. La vida es existencia y no esencia. El Derecho está embebido de ideología valorativa, y no solamente sería inútil, sino contraproducente, embalsamar la ciencia del Derecho en una momificación lógica, inmutable e inasequible al tiempo. Los conceptos jurídicos indeterminados, las válvulas del Derecho, el arbitrio judicial o la discrecionalidad administrativa, juegan el mismo papel que el reducto tópico, por tanto pseudológico, de los llamados argumentos decisionales (analogía y derivados). Ello no empece el deber del jurista de delimitar algo que está umbilicalmente unido al Derecho y a la vida para evitar que se transformen en arbitrariedad. Al Derecho no hay que exigirle más seguridad, más predictibilidad del resultado y más lógica que la que la misma vida social contiene en sí misma. Ahí está la frontera, el límite, el linde y el foso infranqueable de la mecanización lógica del Derecho como ciencia.

7. EL ARGUMENTUM A SIMILE Y LA EXTENSIO A SIMILIA

El famoso *argumentum a simile* devuelto después de mil quinientos años de la lógica aristotélica, aunque la retórica latina lo había utilizado. La vis ac potestas de la norma se concentra en su ratio. Como BACON decía en su aforismo 11, *in casibus omissis, deducenda est norma legis similibus*.

De ahí la posibilidad de la *extensio a similia*. El trabajo del intérprete es el de descubrir esta fuerza oculta de la ley. Como dice la Sentencia de 28 de marzo de 1950 (A. 988) “la fijación del Derecho, en abstracto o en concreto, por la autoridad social en sus leyes, o por los particulares en la esfera de la autonomía de los actos jurídicos, presupone una formulación o expresión de la voluntad sujeta

a las imperfecciones propias de todo lo humano y que ha de ser interpretado con la conveniente aptitud para que aquella *rinda el máximo de su potencialidad normativa* y puedan entrar en juego no sólo su contenido literal y sus soluciones expresas, sino todo su contenido espiritual y sus *soluciones latentes e implícitas*". La llamada *identidad de razón* es la base, según el Código Civil, de la analogía (art. 4, 1).

Si hay una identidad de *ratio* para supuestos diferentes tiene que haber una misma disciplina normativa, es decir, la ley debe aplicarse no solamente a los casos previstos por la misma, sino también a aquellos otros que tengan idéntica razón legal, estén o no previstos en la ley, y ello aparte de la interpretación extensiva. Los comentaristas llegarán a decir que una ley es tanto como un mandato general y que, por tanto, debe comprender, si no *in actu* al menos sí *in aptitudine*, todos los casos que deban tener idéntica eficacia y una misma disciplina normativa.

En todos los supuestos los glosadores se apoyarán en fuentes romanas interpoladas o no, pero en todo caso sin parar mientes en que el operador jurídico fundamental en el Derecho romano era el poder público, mientras que en el medioevo era el viejo Derecho, y, por tanto, había quebrado ya el monopolio de creación jurídica.

Al Príncipe seguía correspondiendo el monopolio de creación del Derecho; de ahí el auge de la analogía, que hacía pasar larvadamente al jurista la normación. Azzo dirá que «cum dubitatio contingit in super aliquo negotio novo, aut super lege aliqua: *si super negotio Dominus Imperatur est consulendus, si tamen praesens est et ejus sit copia...* Si autem non sit ejus copia procedendum est de similibus ad similia. La analogía produjo el juicio de árbitros y la fuerza de los juristas en el contexto político³³. La regla ciceroniana que claramente era un reproche a la incapacidad de los juristas romanos para una construcción sistemática del Derecho aparece como concluyente: *in paribus causis debet habere paria iura* a virtud de su naturaleza de *rerum convenientia*. Eadem qualitas a través de la *ratio legis* pasó a ser *identitas rationis*. La *similitudo de facto* provocaba la *identitas de iure*.

La analogía deviene así un procedimiento interpretativo, basado en la semejanza de los supuestos jurídicos; reposa implícitamente en el postulado de la plenitud hermética del Derecho, cuyo espíritu

³³ Cfr. Petrus JACOBUS, *De arbitris et arbitratoribus*, en el *Tractatus universi juris*, III, p. I, fol. 309. Será la Escuela de Orleans —según GIULIANI— quien eliminó los elementos metafóricos y figurativos, devaluando el apotegma a *simili* y ligándolo —hasta hoy— a la *ratio juris*. Cfr. A. GIULIANI en *Etudes de Logique Juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 89.

racional hacía posible la expansión lógica por parte del intérprete³⁴. La *similitudo* del supuesto de hecho equivale a la *identitas rationis*. Para los comentadores es un caso especial de regulación de un supuesto a través de normas que no lo habían previsto de modo expreso³⁵: el árbitro-comentador tiene en su mano el mismo poder que el juez. Así se pudo aplicar las reglas analógicas al feudo, de la enfiteusis: en ambos casos se trataba de cesión perpetua de tierras (De feudo ad emphyteusi valet argumentum) *quando non reperitur casus aliter decisis in feudis*. La trascendencia social de este modo de argumentar era y fue evidente, en cuanto al intérprete no le cabía otra función que aplicar el Derecho y no crearlo, pues hasta la equidad necesitaba apoyatura de remisión legal. De ahí que se fundamentasen en *praesumptio ex naturali aequitate*³⁶. Encontrando en el Corpus Juris expresiones lo bastante ambiguas, los comentaristas crearon el argumento analógico o *a simili*: de *similibus ad similia* allí donde había *similitudo*. El propio Digesto había confesado la incoherencia de las normas (D., 1, 3, 12): "Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia aequum manifesta est, is qui jurisdictioni praest ad similia procedere atque ita jus dicere debet." Los comentaristas extraerán hasta la última consecuencia: "si occurrit dubitatio... super facto a lege non decisso, procedendum est de similibus ad similia vel recurrendum ad principem". Así la analogía respondía cabalmente al principio de legalidad que constituía el fondo de su ordenamiento positivo. La creación del Derecho —ante el caos normativo— recaía más sobre el trabajo interpretativo de los juristas que sobre los casuísticos rescriptos del Príncipe. El *argumentum a simile* era una inapreciable herramienta para la integración lógico-política del ordenamiento jurídico.

³⁴ Cfr. Vincenzo PIANO MORTARI, «Il Problema dell'interpretatio juris nel Commentatori», en *Annali di Storia del Diritto*, II (1958), p. 96, Milano, Giuffrè.

³⁵ Cfr. Petrus IACOBUS, «De arbitris et arbitratoribus», en *Tractatu universi juris*, Venetiis, 1584, t. III, P. I., fol. 309; LANFRANCO DA ORIANO, «Tractatus de arbitris», en *Tractatus universi*, op. cit., t. III, P. I., fol. 206; G. PRETI, «Studi sulla logica formale nel Medio Evo», en *Rivista Critica Storia Filosofia*, 1953.

³⁶ Cfr. BALDO, Consilia IV, cons. 235, núm. 1: «Quaestiones tacitorum voluntatum testatoris determinat legislatio praesumendo ex naturali aequitate». M. D. CHENU, «Grammaire et théologie aux XII^e et XIII^e siècles», en *Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen-Age*, 1935, p. 5; PRADISI, *L'uso del metodo dialettico nei glossatori*, sec. XIII, en el Congreso d'Accure, Bologna, octubre 1963.

7.1. *El argumentum a pari y la fictio ex aequitate*

En Azzo aparece el argumento en forma del apotegma de *argumentum a pari: idem in simili, nam de similibus a similia est procedendum et ubi eadem ratio idem ius*. La sustancia de equivalencia de estas reglas intercambiables entre los glosadores, y a veces utilizadas conjuntamente, dio lugar, sin embargo, a algunas precisiones que no acotaron la fuerza singular del razonamiento expuesto; así, Rogelio hablaba que cuando faltaba el *ius civile* había que acudir a la *actio utilis*. Y Placentino hablaba que la regla no era sino una *fictio ex aequitate*. Sin embargo, era indiferente que la acción actual fuese dativa o no: las consecuencias eran idénticas y era pura sutileza intentar distinguir entre ser creado o ser generado: ser creado implica una suficiente materia pre-existente, la segunda la insuficiencia de la materia para ser generada. De todos modos, la distinción entre la interpretación extensiva, la analógica y la propia analogía *iuris* no estuvo nunca clara. Inconscientemente la glosa pretenderá siempre llegar al término positivo, la analogía *stricto sensu*, y por ello se comprende la afirmación de BARTOLO, según el cual la *extensio*, para ser tal, debía ir mucho más allá de la ley y no limitarse estrictamente a declarar *sub mens* porque *illud quod est ex sententia legis non est ex lege*. Si de un lado confundió los términos, por otro se apuntaba ya agudamente a algo que en nuestros días recobrará vigencia: la semiología jurídica, es decir, todos los problemas ligados al lenguaje del Derecho³⁷.

En razón al mismo argumento la *extensio* no puede ser conducida *propter identitatem*, sino sólo *propter similitudinem rationis*.

Se ve esto claramente en uno de los últimos compiladores, como Bartolomé CEPOLLA (de *interpretatione legis extensiva*).

³⁷ Con todo, hablar de lógica-no-formal para estos argumentos es una *contradictio in adjecto*. CARNAP («Meaning and Synonymy in Natural Languages», en *Philosophical Studies*, 1955, trad. esp. M. Bunge, en *Antología Semántica* ha mantenido la tesis de que es superfluo un campo especial de la lógica de la significación, contradiciendo su propia construcción lógica de expresiones, aprobación, deseo, orden, decisión...). Cfr. P. A. SCHILPP (ed.), *The Philosophy of Rudolf Carnap*, Illinois, La Salle, 1963. Con todo asombra la trivialidad con que los lógicos tratan a veces al Derecho, así como los casos infantiles, tautológicos que suelen utilizar. Por ello no es extraño que el jurista no se aproxime sino con enorme recelo a la lógica, pues suele pensar que para ese viaje no necesita tales alforjas. Un caso límite lo constituye el

La analogía surge así, al principio, como una interpretación tomada de textos, interpolados o no, pero en todo caso desprovistos de su sentido originario del Derecho romano. Sigue por la concepción de la acción actual cuando la ley no atribuye acción directa y concluye con la afirmación de Placentino de que *inter directas tamen et utile non est differentia*. El ciclo de la analogía legis y de la analogía iuris había quedado ya completo con esta identificación. El principio *ubi eadem ratio ibi idem ius* había aparecido ya para permanecer todavía en la argumentación de los apotegmas utilizados corrientemente en nuestro Tribunal Supremo. Había pasado a ser ya un apotegma.

7.2. *La aplicación analógica en el Código civil, en su nueva redacción, del título preliminar: la identidad de razón*

En la aplicación moderna de las normas jurídicas el artículo 4.º, número 1, del Código civil, en su redacción moderna, indica con toda claridad que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regula otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón”³⁸.

Esta identidad de razón no puede ser nunca, según la idea del

llamado sofisma *οὐτως* descrito por Carl PRANDL (*Geschichte der Logik im Abendlande*, 2.ª ed., Leipzig, Gustav Fockf, ed. 1927, I, p. 492: Lo que yo soy, no lo eres tú. Yo soy un hombre, luego tú no lo eres. O la aplicación del argumentum e contrario: el robo está prohibido por la Ley. Matar no es robar, luego por el argumentum e contrario, es lícito matar.

³⁸ Para Ph. HECK, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», en *AcP*, 112 (1914), pp. 1 y ss., hay laguna cuando el juez debe decidir y otorgar tutela jurídica, y es imposible la subsunción: Hay laguna en los casos *schutzbeduerftigten*, aber nicht gedeckten Sachverhalte. La diferente aplicación de la analogía y el argumento a contrario —aparentemente disyuntivos— aparece cuando se observa que el argumento analógico es sólo lógico, pero no teleológicamente reducible al argumento e contrario (Arthur KAUFFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965, p. 25). Son las consecuencias justas o no las que fundamentan la analogía (Die Ruecksicht auf die Konsequenzen der Norm; Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker-Humblot, 1967, p. 208). De ahí que toda la controversia histórica sobre la analogía carezca de coherencia (argumentos de la teoría objetiva: voluntad, forma, fiabilidad (*Vertrauensargument*) y necesidad de complitud (*Ergaenzungsargument*). La analogía prolifera con los textos legales de cambio lento (Código civil, Código de comercio, por ejemplo), de los que se ha llegado a decir por WIEACKER que el jurista que aprende allí y sólo allí se encontrará luego en una vida jurídica real absolutamente extraña. Distinto panorama —en detrimento de la fijeza y certidumbre del Derecho, pero con mayor apego a lo real— en el Derecho administrativo.

sistema, como compuesta de los dos elementos de orden y coherencia interna de carácter valorativo simplemente formal o lógico, sino también axiológico. La analogía no es considerada como una inferencia lógica, pues la premisa interpuesta —la de identidad de razón— no es formal, sino finalista; para su aplicabilidad puramente lógica haría falta un triple requisito: a) la similitud entre A y B debe descansar sobre un elemento común M que sea razón suficiente para la conclusión común; b) la similitud entre A y B estriba en la común pertenencia a un conjunto M; en B no debe haber tal causa de exclusión o excepción que haría inaplicable la misma conclusión para A (PFAENDER). De ahí que en la analogía y en los argumentos ligados a ella se habla de reglas pseudológicas de integración. Aún más, en su simple formulación, dos conclusiones contradictorias pueden aparecer según se aplique la analogía o el argumento *a contrario*. Un ejemplo aclarará la afirmación: La Ley de Contratos del Estado establece la incapacidad del quebrado para devenir contratista del Estado. En un caso real, se adjudicó un contrato de obras públicas a un quebrado por haber ocultado éste su condición de tal. Según la letra de la Ley de Contratos del Estado, eso produce la nulidad de la adjudicación, pero no se prevé consecuencia de penalidad. Esta aparece para la negativa a formalizar la adjudicación definitiva y para la resolución culpable del contrato. La duda aparece en la opción a aplicar el criterio *lege silente* para una penalidad, en cuyo caso, la resolución no implicaría pérdida de fianza ni indemnización. Por el contrario, si se analiza que en la resolución se penaliza la frustración del fin del contrato administrativo por culpa del contratista, se verá que el *círculo de semejanza* con la nulidad *ex culpa* es evidente, ergo procede la analogía y, por tanto, se debe penalizar al licitador. Esta *reversibilidad* de la argumentación analógica es la que le ha proporcionado el calificativo de *argumento tópico*. Toda la Teoría —lógica y jurídica— llevan dedicando siglos a la categorización lógica de la analogía, relativamente hacedera en cuanto a los límites o fronteras de aplicabilidad, pero extremadamente difícil en cuanto al hallazgo de un criterio positivamente directivo.

7.3. *El soporte de los principios generales del Derecho:
la Sentencia de la Sala VI de 6 de mayo de 1974
sobre los hijos ilegítimos*

No solamente es el concepto de lo axiológico y lo finalista lo que hay que tener en cuenta al aplicar la analogía, sino también las líneas tendenciales de los principios generales informadores del ordenamiento jurídico (art. 1.º, núm. 4, del Código civil)³⁹. Es significativa la Sentencia de 6 de mayo de 1974, de la Sala 6.ª en cuanto se liga la analogía a la línea tendencial valorativa de un grupo normativo. Se trataba de reconocer como beneficiario o no de pensión de orfandad al hijo ilegítimo en quien no concurre la condición de natural. El intérprete jurídico, en este caso el Tribunal Supremo en su Sala 6.ª, se encuentra con el problema de una regulación positiva contradictoria con la tendencia general, no sólo del Derecho en cuanto a estructura total, sino del conjunto de la Seguridad Social, y pasó por encima de la norma limitativa, aplicando estos principios generales ordenadores e informadores del Derecho, de carácter axiológico y, sobre todo, con carácter de tendencia legislativa. La tendencia legislativa fue aquí el mayor argumento que refuerza la posición de la decisión de nuestro más alto Tribunal. Se planteaba la polaridad que, como veremos, existe intercurrentemente entre principios generales informadores del sistema que no tienen por su propia naturaleza tendencia a exclusividad aplicativa y sí, por el contrario, aptitud para ser conjugados recíprocamente en una ponderación de estos principios generales que son los que garantizan, de un lado, la seguridad jurídica y, de otro, el progreso del Derecho. En todo caso, el Tribunal Supremo aplicó aquí un criterio de estricta subordinación a la tendencia marcada por leyes, aunque se saltara normaciones de rango inferior⁴⁰. Más lógico, quizá, hubiera sido

³⁹ Los llamados argumentos lógicos son, de este modo, *subservient to extra-logical legal norms and principles*. Cfr. H. J. VAN EIKEMA HOMMES, «Some Remarks on the relation between Law and Logic», en *Logique et Analyse*, 53-54 (1917) 168. De otro modo se podría caer en las trampas del logicismo puro (*pièges du logicisme*). Así sucede con el principio *quae non prohibita permissa*. Esto se refiere, como es natural, a la inclusión de lo permitido-no prohibido en todo el campo del Derecho, que es, como veremos, uno de los fallos fundamentales de la lógica deóntica, que complica además innecesariamente el cálculo de normas y concluye falsamente.

⁴⁰ No sólo se trataba aquí de un principio general de Derecho —la pérdida del padre priva a los hijos aún ilegítimos de su fuente de ingresos durante su minoridad—, del principio de igualdad aplicado en un sentido expan-

declarar, aunque fuera de modo incidental, la contradicción de la norma subordinada a la de mayor rango y, después de eso, aplicar el principio general tajantemente contemplado en las leyes a que se refiere la Sentencia. El supuesto vale la pena de ser reproducido, pese a su carácter específico, en cuanto implica una confirmación, de un lado, del carácter abierto del sistema, de otro, de los principios generales informadores del propio sistema y, por fin, de la línea tendencial marcada por el legislador y no por el operador jurídico, en este caso el juez.

Examinemos en detalle esta Sentencia:

Considerando que el Reglamento General de Prestaciones de 23 de diciembre de 1966 —artículo 37— y la Orden de 13 de febrero de 1967 —artículo 16— reconocen como beneficiarios de la pensión de orfandad a los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos del causante, sin aludir a los ilegítimos en quienes no concurre la cualidad de naturales, con lo que parece excluir a éstos del derecho a pensión; problema ya resuelto por esta Sala en su sentencia

sivo y de la *propia naturaleza de las cosas* desde el criterio de privación de fuente económica de apoyo. Este argumento no luce expresamente, pero queda latente a lo largo de la sentencia que *desde esa perspectiva*: el supuesto de hecho es igual para el hijo legítimo que para el ilegítimo. Hippias decía, respecto a la naturaleza de las cosas que éstas eran determinativas de la norma. Las cosas del mismo género deben incluirse en la misma norma. Antifonte (antes de 423 a. C.) erigió el *physei dikaion* como parámetro válido de la mejor conducta; para ésta hay que atenerse a la *physis* más que al *nómos* (en contra de Epicuro). La *rerum natura* fue recogida como argumento tópico por Cicerón (*De legibus*, 11, 7: *quid est enim verius quam neminem esse oportere tam stulte adrogantem, ut se rationem putet inesse, in coelo mundoque non putet*). Para Cicerón, era la *ratio profecta a rerum natura*. Santo Tomás repetirá que la naturaleza rei es inmanente en las situaciones jurídicas como *adaequatio y commensuratio*. Cfr. en general Ilmar TAMMELO, «In natura dei fatti como topos giuridico», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XL (1963) 655, y bibliografía allí citada. Es interesante destacar la unión que TAMMELO hace del Derecho natural, naturaleza de las cosas, lógica material (*sachlogische Verbindlichkeit*) y supuesto de hecho en cuanto apoyaturas útiles para la construcción —no artificiosa, ni meramente artificial de la analogía—. En todo caso, es de destacar la preeminencia de la *ratio* de ley sobre la expresión gramatical, según reiteradísima jurisprudencia, incluso contenciosa (Sentencias 8 de mayo de 1951, 2 de enero de 1952, 27 de junio de 1956, 15 de noviembre de 1966, 7 de octubre de 1966, 11 de abril de 1967, 15 de febrero de 1971, 8 de marzo de 1973, etc.): «Hay que tener en cuenta, más que la gramaticalidad de las palabras, su espíritu informante, pues... la interpretación de las leyes ha de hacerse captando su espíritu, que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, para la resolución judicial, repudiando las sentencias de interpretación literal para que el objetivo del Derecho que, en definitiva, consiste en la realización de la justicia, sea cumplido en beneficio del bien individual y colectivo, principios éstos incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico por el artículo 83 de nuestra Ley Jurisdiccional.»

de 1.º de abril de 1972, que declaró son tales hijos ilegítimos beneficiarios de la pensión, pues del artículo 51 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, así se deduce por ser descendientes con derecho a alimentos, de acuerdo con los artículos 139, 143 y 845, párrafo primero del Código civil, titularidad de un derecho a pensión de orfandad que no ha desaparecido bajo la vigencia de la Ley de Seguridad Social, porque este nuevo Ordenamiento no tiene carácter regresivo, según reiteradamente ha declarado esta Sala, y de modo paladino se reconoce en la Disposición Final Novena de la Ley 24/1972 de 21 de junio.

Considerando que el artículo 162, 1 de la Ley de Seguridad Social, Texto Articulado I, reconoce derecho a pensión de orfandad a los hijos del causante, sin otras especificaciones; posteriormente, los artículos 37 del Reglamento y 16 de la Orden ya mencionados, a la vocación genérica "hijos del causante" hecha por la ley, agregan unas notas especificadoras —legítimos, legitimados, naturales reconocidos, adoptivos— que de ser entendidas en su literalidad excluyente de los demás hijos silenciados, privaría a los ilegítimos no naturales de un derecho que la legislación anterior les reconocía, marginándoles con olvido de "razones generales de humanidad y justicia", según dice la sentencia de 1.º de abril de 1972, razones humanitarias que fueron tenidas en cuenta por el legislador al desarrollar el Sistema de la Seguridad Social, como muestra la orden de 28 de diciembre de 1966, sobre protección de la familia, cuyo artículo 12, bajo el que transparece el 140, 3.º, del Código civil, reconoce derecho a la asignación por nacimiento de hijos a las mujeres trabajadoras "cualquiera que sea la condición legal del hijo nacido".

Considerando que este atemperamiento humanizador de la norma es conforme a la legislación más reciente, como muestra el artículo 7, 1.º, de la Ley 24/1972, de 21 de junio, sobre perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social, pues si los hijos ilegítimos, aunque no estén comprendidos en el apartado a) del artículo 167, 1.º del Texto Articulado I, pueden causar la asignación mensual de protección a la familia, no habrán de quedar desamparados por el sistema si el padre fallece en accidente de trabajo, con el contrasentido de negárseles una prestación de orfandad a pretexto de una filiación ilegítima que, viviendo el padre, no fue obstáculo y sí causa de la asignación mensual por hijos⁴¹.

⁴¹ La Sentencia es un caso entre muchos de ese carácter evolutivo —el

Considerando que por ser doctrina unánime, de los autores y de la jurisprudencia, no es preciso argumentar la tesis de que las prestaciones mortis causa otorgadas por el Sistema, tienen fundamento compensatorio de un menoscabo patrimonial, originado en la pérdida de rentas de trabajo con cuyo importe atendía el causante al cumplimiento de sus obligaciones familiares; de ahí que a la percepción de las prestaciones de orfandad concurren los hijos legítimos con los que no lo son, y por cuotas iguales porque la titularidad de los hijos nace del hecho biológico de la filiación: orden sucesorio laboral diferenciable del civil donde muy otra sería la solución, matizada con la diferenciación de unos alimentos debidos en la familia legítima —artículo 142 del Código— y de los debidos en la ilegítima: artículo 143.”

En este supuesto aparecen todas las reglas del pensamiento analógico dentro de un sistema. Conviene, por ello, analizarlo más detenidamente.

7.4. *Los elementos relevantes de un supuesto normativo y el círculo de similitud modo syllogismi*

En toda norma abstracta —o si se prefiere grupo normativo— aparecen dos elementos: los presupuestos jurídicos de aplicabilidad (*Rechtsvoraussetzungen*) y las consecuencias jurídicas (*Rechtsfolgenanordnung*); de ahí que pueda unirse la analogía a uno u otro elemento. La analogía puede jugar entre supuestos abstractos de hecho, que tengan elementos comunes.

1: *a, b, c, d.*

2: *a, b, c, e.*

3: *a, b, e, f.*

flujo del Derecho— del que se ha hablado, respecto al carácter abierto del sistema jurídico y, de otro, un reflejo de las concepciones de *consenso social*. Cfr. Gerd WINTER, *Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, erörtert an der sozialen Stellung unehelicher Kinder*, Berlín, Duncker-Humblot, 1969. Una norma, un acto administrativo o un fallo es una *spes* (Erwartung) en la consideración de la Sociedad. Los valores sociales conflictivos aparecen en normas conflictivas y ésta es la ocasión del juez, extraer el *valor latente* de la norma socialmente prevalente. Cfr. Hans-Wolfgang ARNDT, *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, in Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts*, Frankfurt, Athenäum ed., 1974.

Las situaciones 1, 2 y 3 pueden ser tratadas como análogas al tener comunes dos elementos (*a*, *b*)⁴², siempre que —y aquí vuelve a aparecer el criterio interpretativo de valoración— tales elementos comunes sean los más significativos en la descripción del supuesto de hecho abstracto. Recuérdese el ejemplo antes expuesto de nulidad culpable del contrato de obras públicas frente a la resolución culpable del mismo. La conclusión será idéntica, los supuestos, no obstante, diferentes en su complitud (*Teilverschiedenheit*). Por eso la analogía no es subsunción, sino creación de norma (producción o formulación analógica de una nueva norma), cuyo sentido finalista es el mismo que la aplicada, pero cuyo supuesto previo de hecho es sólo parecido. De ahí que no se trate de inferencia lógica, sino de un auténtico juicio de valor. Cuando el operador jurídico aplica la analogía está incluyendo el supuesto de hecho previsto y el no previsto en una *clase de situaciones* común, a la que se liga la consecuencia jurídica⁴³. Lo que hace en realidad el operador jurídico en esos casos, tras verificar la existencia de laguna legal, es formular un contenido que debería estar en la norma, pero que no

⁴² La apreciación de los elementos componentes comunes o dispares es, con todo, algo subjetivo. Es conocida la antigua anécdota del bar inglés donde entra un canguro y pide un sandwich de fideos. Se le sirve, paga y se va. Un asistente al bar dice asombrado al dueño del mismo: ¡Es la primera vez que veo algo así, y aún no me lo creo! Y recibió la respuesta: pues no sabe lo que se pierde, porque los sandwiches de fideos son estupendos. Si en la determinación de lo relevante nos confundimos de elemento, puede suceder algo parecido a la anécdota. Cfr. VON KAREL ENGLIS, «Die Norm ist keine Urteil», en *ARSP*, 3 (1964) 305; «Eine Anordnung von Begriffen, die ihren Begriffsinhalten widerspricht, ist logisch unrichtig»... jede Betrachtungsweise hat ihre Determinierung (Kausalität, Finalität, normlogischer Grund). Joel KUPPERMANN y Arthur S. McGRADE (*Fundamentos de Lógica*, Madrid, Bibl. Univ. Laboral, 1973, pp. 231 y ss.) citan la anécdota de una discusión de dos Directores de Escuelas: el Director de la Escuela A indica que sus métodos pedagógicos son mejores que los de la B, como se evidencia en las notas obtenidas en exámenes ante Tribunales comunes a A y B. El Director de B rearguye que no es esa la razón, sino la de que los alumnos, por su extracción, tienen un coeficiente intelectual mayor y son de familias donde el ambiente es más culturalizado. El problema radica —en esta anécdota— y, en general, en la analogía, en la selección de las *características pertinentemente significativas* (antecedente-consecuente) de la norma. Por eso el peligro mayor de la analogía es la llamada *analogía insuficiente*. Todavía falta una lógica (anatomía de los elementos relevantes de la norma) para poder examinar lógicamente, y no valorativamente, la aplicabilidad de la analogía.

⁴³ Eduardo GARCÍA MAYNEZ, «Die Argumente a simili ad simile, a maiore ad minus und a minori ad maius», en *ARSP* (1965), p. 119; Wenn man die Tatbestände A-B in Uebereinstimmung... auf die gleiche Weise entscheidet, so bedeutet das, sie als Anwendungsfaelle einer neuen Norm zu betrachten, die vom Richter fuer die Loesung des Unvorgesehenen entdeckt wurde.

lo está: actúa insertando la norma en relación con una nueva clase de supuestos de hecho más amplia ⁴⁴; no se pasa de lo particular a lo particular o de lo general a lo general, sino que se indaga y se formula una regla general a la que se aplica luego el caso particular, *modo sylogismi*: el operador jurídico no alcanza ya una decisión problemática, sino una norma analógica, a la que atribuye la misma modalidad apodíctica de la inferencia lógica y su misma validez. La analogía deviene así en la explicación de García MAYNEZ una parte del problema general de la búsqueda y hallazgo de la norma aplicable, incluyendo las normas implícitas no formuladas, pero que debe hallar y aplicar.

7.5. Analogía legis y proceso de aplicación del Derecho

El proceso de aplicación del Derecho tiene una serie de fases o niveles sucesivos:

1.º La interpretación, identificada como la tarea de reconstrucción de las normas e integración del grupo normativo.

2.º La *ratiocinatio* o interpretación lógica, esto es, el hallazgo de las consecuencias más o menos explícitas de los grupos normativos; el análisis de la conducta a calificar y las reglas de interpretación aplicables.

3.º Si aparece laguna legal, análisis de la aplicabilidad de la analogía y los demás argumentos ligados a ella o de la argumentación *a contrario*. La analogía legis es una auténtica reconstrucción del sistema valorativo de las normas, producto de una tensión entre la seguridad y estabilidad jurídicas, de una parte, y de la flexibilidad del sistema, de otra: se trata de hallar un fundamento valorativo o axiológico en la norma que permita englobar en la misma el acto, la situación, la relación o la conducta a calificar ⁴⁵. Las llamadas teorías o métodos objetivos de interpretación, o la misma búsqueda de la intención del legislador, son paradójicamente las más subjetivas, pues al atribuir a un *ídolo* creado subjetivamente por el intérprete sólo se toma en cuenta la valoración subjetiva del mismo.

⁴⁴ Cfr. para la idea de *clase*, S. K. LANDER, *An introduction to Symbolic Logic*, New York, Dover Publications, 3.ª ed., 1953, cap. 5 a 8.

⁴⁵ Cfr. M. ZYGMUNT ZIEMBINSKY, «Analogia legis et interpretation extensive», en *La Logique juridique* (Travaux du II^o Colloque de Philosophie du Droit comparé), París, ed. Pedone, 1967, p. 247.

4.º Un caso de analogía de razón valorativa se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1950; con la palabra *hijos* se entienden también designados los *nietos* para la sucesión genérica. Y en igual sentido las Sentencias de 19 de octubre de 1899, 3 de octubre de 1900, 30 de octubre de 1903, 1 de febrero de 1912, 14 de mayo de 1928 y 1 de mayo de 1941. La analogía puede ser no sólo de ley, sino de jurisprudencia. Así la sentencia de 23 de enero de 1942 (entre muchas otras) se refiere a la de 30 de mayo de 1917 al invocar “la identidad que existe entre los hechos que la motivaron y los del presente juicio... por lo que resulta de indiscutible aplicación al presente caso la doctrina de dicha Sentencia”. Sin embargo, los llamados por nuestro Tribunal Supremo *apoteogmas jurídicos* son como reglas de inferencia lógica subordinadas a la ley, en el sentido de que son sólo fuente subsidiaria de Derecho (Sentencia de 20 de marzo de 1972, A. 1464) y no abren la casación, que con esta conclusión se viene a cerrar una vez más, hasta llegar a algo inaccesible (Sentencias de 5 de octubre de 1942, A. 1161; 14 de octubre de 1958, A. 3092).

7.6. *La parte lógica del argumento de analogía. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1966*

La *analogía legis* constituye, con todo, un argumento lógico, al que hay que ligar la especificidad de lo jurídico en lo excepcional, como límite, cosas no diferentes en cualquier otro campo científico que utilice la Ciencia. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1966 se analizan los artículos 174, 178 y 180 del Estatuto de Propiedad Industrial, en los que “aludiéndose a los modelos de utilidad, se alude a que no hayan sido conocidos, divulgados o practicados en España” comparando estos preceptos con el número 3 del artículo 188 en que “reglamentando estrictamente los modelos o dibujos industriales, se determina que podrá alegarse como motivo de oposición, y por tanto ser denegada su concesión, cuando se probase documentalmente ante el Registro de la Propiedad Industrial que carece de la condición de novedad”. La Sentencia entiende que la diferencia que se observa, al fijar el ámbito territorial en que puede quedar contradicha la novedad, es intencionada por parte del legislador, y en consecuencia debe entenderse que, con referencia a tales modelos industriales, la *novedad* ha de tener un

carácter absoluto... Para resolver la cuestión no puede menos de ser destacado el artículo 49, en el que se declara, en su párrafo 1.º, que "se considerará como nueva a los efectos de este Decreto-Ley lo que no es conocido ni ha sido practicado en España ni en el extranjero", requiriéndose por tanto una *novedad absoluta* que no cabe referir sólo a las patentes, en cuyo título y capítulo 1.º del mismo se encuentra el artículo de referencia, puesto que el mismo se cuida de advertir que tal disposición es "a los efectos de este Decreto-Ley", por lo que, en definitiva, lo dispuesto para los modelos de utilidad constituye excepción a la regla general y no un precepto que debe extenderse por analogía a lo que, no prescrito expresamente, se ha de entender sometido a aquélla ⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. respecto a la imposibilidad de analogía a la regla excepcional (recogida en nuestro Código civil actual): J. WROBLEWSKI, «Norma generalna i norma indywidualna», en *Zesz. U. L. Lodz*, 23 (1962) 3; del mismo, *Lex generalis a lex specialis* en la misma Revista 28 (1963) 3; J. CARBONNIER, *Exceptio est strictissimae interpretationis*, en *Droit civil*, I, París, Presses Universitaires de France, 1962, pp. 132 y ss., en Digesto (D. 5c, 17, 155, 2) (D. 48, 19, 42) (D. 1, 3, 14); en la glosa y en las llamadas reglas de Bonifacio VIII: quae a jure commune exorbitat, nequanquam ad consequentias sunt trahenda (regla 28); Quod alicui gratiose conceditur, trahi non debet ab aliis in exemplum (regla 74). In argumentum trahi nequeunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa (regla 78). La exclusión de la analogía para los privilegios y leyes excepcionales es reiteradamente recogida desde el siglo v hasta hoy bajo diferentes reglas de Derecho, sólo distintas en su expresión: Quod contra rationem juri receptum est, non est procedendum ad consequentias (D. 1, 3, 141 de legibus). In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam (JULIANO). Quod alicui gratiose conceditur trahi non debet in exemplum (CELSE), quod propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi (PAULO). Los fragmentos romanos no tenían el carácter de generalidad que luego en la Edad Media se les daba. Aparecen para limitar o circunscribir la libertad de formalidades para testar otorgada por los Emperadores a los soldados, en una serie de concesiones a éstos que comenzó con JULIO CÉSAR, continuó con TITUS y DOMITIANUS y culminó en una *plenissima indulgentia* de NERVA, hecha permanente por TRAJANO. Por eso aparece incluso en los veteres. En la Humanística se tratará de hacer lógica la aplicación de la analogía y el mejor método que se encontró fue el deslinde, esto es, el negativo para definir su aplicabilidad. Así dirá EVEHARDO (*op. cit.*, p. 132): Istud argumentum a simili si bene summatur juxta modum jam dictum, est forte: alias autem est multum fragile, claudicans ut ita loquar uno pede: quod ex eo provenit quia non est similitudo in eo quod fit comparatio. Elimina la aplicabilidad en diez casos: si se trata de ley exorbitante (frente a lo cual Pablo de CASTRO aludirá a la extensio legis seu statuti —not C. de inoffic. test.): cuando no hay assimilatio persona ad personam, rei ad rem, facti ad factum (aquí la analogía depende de la asimilatio otorgada o negada por el juez), in casibus expressis per se in jure, quia in incertis non in certis locus est coniecturis: ubi tractatur de legum correctione, quando statutum imponeret poenam habitu respectu ad privilegium alicujus personae, quia tunc nulla potest fieri extensio: quando datur dissimulatio etiam parva (en casos de adulterio sólo); quando lex vel dispositio est odiosa et in ea est

7.7. *La analogía ex contextu*

Veamos otro caso real:

Interpretar el contexto y no una ley; por ejemplo, Ley Hipotecaria y Código civil, de donde pueden inducirse analogías.

Del precio de una venta de una finca, quedan aplazadas tres cantidades a pagar en tres años, garantizándose con hipoteca. Habiéndose embargado tres veces al vendedor un crédito hipotecario, hay tres anotaciones. Posteriormente se presenta una escritura de pago y cancelación por el primer plazo. ¿Se puede despachar? ¿Qué ocurre con las anotaciones de embargo?

dictio taxativa (prohibición de matrimonio por vía testamentaria) quando esse-mus in materia privationis quia poena privationis non imponitur nisi ex ex-pressu dicat; quando in dispositione diceretur quod verba intelligantur (au-sencia de laguna) ad litteram prout jacent (pero como puntualizará FELINO y admite EVERARDO tampoco procede el argumento a contrario en tal caso); quando in aliqua parte laederet jus naturale; quando lex vel statutum non habent in se aliquam rationem nisi quia ita placuit statuenti (dote, por ejem-plo) y, finalmente, quando per argumentum a simili vellemus extendere vel trahere legem retro ad praeterita». Según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 35.642: «El Consejo de Estado estima que la asimilación del concepto de «ley especial», al que se refiere el artículo 69 del Estatuto, a «ley que con-templa una situación jurídica concreta, singular e individualizada», no puede aceptarse ni en términos generales, dentro de la formulación de conceptos usualmente admitida por los juristas, ni en términos particulares, refiriéndose el problema a la legislación de Clases pasivas. Por ley especial se entiende usualmente una ley que regula una materia determinada, un ámbito particular dentro de un ordenamiento jurídico dado. Ley especial no equivale a Ley que crea de modo inmediato una situación jurídica concreta referida a persona o personas determinadas. Esto es precisamente lo que constituye el «ius sin-gulares» o «privilegio» disposición que carece del ser modelo de conductas, precisamente por crear ella misma la situación jurídica concreta, en vez de establecer una hipótesis normativa abstracta, que requiera para su concreción la producción de un hecho concreto, en nuestro caso, de una resolución admi-nistrativa que señale el haber pasivo. Ni siquiera haciendo equivalente ley especial a ley excepcional, en el sentido de norma que va «contra tenorem rationis» de la ordenación general y que es dictada para regular una situación de carácter anómalo y transitorio, puede identificarse el concepto de «ley especial» al de «ley que crea una situación jurídica concreta» carente de valor normativo ejemplar. Dentro de la tradición legislativa de Clases Pasivas, las leyes que han creado por sí mismas una situación jurídica concreta otorgando una pensión a determinada persona o personas al margen de las reglas gene-ales del Estatuto, son las que, técnicamente hablando, constituyen el privi-legio. La ley creadora regula o debe regular todo lo relativo a la pensión que por esta vía de privilegio concede a persona determinada; sólo cuando expresamente se remita a la legislación general de Clases Pasivas, podría en-enderse aplicables los preceptos del Estatuto. Las pensiones extraordinarias a las que se refiere el Estatuto y que regule el propio Estatuto no son precisa-mente pensiones creadas por una ley de privilegio en favor de una persona determinada. Son pensiones que se conceden en base a un conjunto normativo que está contenido en el propio Estatuto y que contempla no situaciones concretas y determinadas, sino situaciones jurídicas abstractas, hipótesis nor-mativas, cuya verificación y concreción se realiza en virtud del acto adminis-

De acuerdo con una posición registralista pura, no procedería en ningún caso la cancelación sin el consentimiento del anotante, ya que al haber un gravamen real y judicial sobre un derecho real limitado, no puede éste cancelarse sin el consentimiento del titular de aquel gravamen. No procede ninguna aplicación analógica de la Ley Hipotecaria y su Reglamento sobre cesión del crédito hipotecario y su hipoteca, sino el argumento «a contrario» y las normas del derecho real gravado con otro.

Conforme a una posición mitigada, al poner su acento en las normas civiles sobre el pago (1164 y 1165 del Código civil) cabe, en cambio, la aplicación analógica de aquellos preceptos hipotecarios (arts. 149 y 151 de la Ley Hipotecaria, y 176, 222 y 243 del Reglamento; arts. 107-4, Ley Hipotecaria, y 175-4 del Reglamento⁴⁷).

*7.8. La prescripción de la analogía en el Derecho Penal
y la inexistencia de derechos adquiridos en ese conjunto
normativo: la Sentencia de 26 de marzo de 1968*

La analogía —como el derecho adquirido— debe desaparecer en la Ley penal. Así, la Sentencia de 26 de marzo de 1968 (A. 1648): “Una vez que el legislador efectúa el proceso formativo intrínseco de elaboración material de la Ley, ésta es promulgada y publicada o notificada abstractamente a cuantas personas están obligadas a acatarla, para que luego de transcurrido el plazo de veinte días señalado en el artículo 1.º del Código civil de “vacatio legis”, entre en vigor a no señalarse otro mayor o su vigencia instantánea, excepcionalmente, y desde el momento en que se inicia su vida imperativa o de efectiva vinculación “erga subditos”, obligan las prescripciones en ella contenidas, conforme a su peculiar naturaleza y sustanciales mandatos; y rigiendo en el orden penal el principio de la legalidad, consagrado fundamentalmente en el artículo 17 del Fuero de los Españoles, y especialmente en los artículos 1.º, 2.º y 23 del Código penal, que en su expresión dogmática es recogido en la

trativo de aplicación de los preceptos del Estatuto. De ahí que no pueda establecerse una vinculación entre los conceptos de ley especial y de pensión extraordinaria, en el sentido de que cuando el Estatuto (en su art. 69) habla de ley especial se está refiriendo a una ley que crea de modo concreto y determinado una pensión extraordinaria en favor de persona o personas determinadas. Cfr. además sobre la inaplicación de la analogía del privilegio S. T. S. de 19 de diciembre de 1913, S. T. S. 21 marzo 1882; 12 enero 1884; 11 marzo 1895; 12 julio 1905; 20 enero 1908; 27 febrero 1909; 19 diciembre de 1913, etc. (privilegium est strictissime interpretationis). La aplicación analógica procede cuando hay enumeración de excepciones, para todo lo no exceptuado. Tal es el sentido de la exceptio firmat regula, exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis; enumeratio infirmat vim legis in casibus non enumeratis, etc.

⁴⁷ Cfr. CARRETERO GARCÍA, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 9 de diciembre de 1966, pp. 3-6.

máxima "Nullum crimen, nulla poena, sine previa lege", y que consagra el monopolio de la ley como fuente formal, los delitos y las penas deben ser creados por ello con exclusividad, a medio del sistema lógico-formal de la tipicidad que precise abstracta e hipotéticamente la infracción y su sanción, y cuyo nacimiento y efectiva aplicación se produce de la manera antes indicada, sometiéndose, si no se exceptiona expresamente, a los tipos legales creados, cuantas situaciones de hecho se subsuman en ellos, desde el instante en que entran en vigor, y aunque se trate de delitos creados "ex novo" y vinieran efectuándose con anterioridad las mismas conductas, sin posible incriminación, por ser entonces atípicas al faltar norma previa que las acogiera, ya que en lo penal no puede admitirse la existencia de derechos adquiridos, que si en el derecho privado requieren normas de excepción y respeto, por tratarse de derechos incorporados al patrimonio subjetivo particular, en el aspecto punitivo, salvo disposición expresa y "uti singularis", no tienen efectividad, porque los aspectos públicos, éticos y morales, y hasta políticos, priman sobre cualquier situación previa e imponen su cese ante el ataque social, que a juicio del legislador pueden constituir.

Si el "vicio tolerado" que la prostitución era en España, por afectar este fenómeno social a la humana dignidad, fue declarado "tráfico ilícito" por el Decreto-ley de 3 de marzo de 1956 (R. 438 y Ap. 51-66, 11950), prohibiendo las mancebías y casas de tolerancia, o cualesquiera otros que a ellas se dedicaran, ordenando su cese en el plazo de tres meses, y estimando delito, además de infracción administrativa la subsistencia o reapertura de las mencionadas casas —arts. 3 y 4—, es evidente que la aplicación de los artículos 431 y 438 del Código penal de 1944, se inició inexorablemente por mandato del artículo 3.º de aquella ley especial, a los tres meses de su entrada en vigor, reemplazándolos por la reforma de 1963, los tipos especiales del artículo 452 bis, en su enumeración a) a f), sin posibilidad de admitir que las situaciones anteriores pudieran subsistir, por el mandato contrario expreso indicado de su cese y la estimación de delito en caso contrario, por lo que es obligado concluir que desde tal momento constituye delito, las conductas que encajen en tal tráfico ilícito de prostitución, al no haberse admitido la continuidad de ejercicio de estados anteriores, sino prohibidos expresa y rotundamente".

Esta tajante afirmación requiere dos aclaraciones:

7.8.1. *Dolo civil y penal*

Entre civil y penal precisa dolo penal específico⁴⁸. Así, la Sentencia de 24 de enero de 1968 (A. 612) dice: "El art. 531, párr. 2.º del C. P., castiga el que por medio de su acción comisiva, dispone de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, significando esta conducta en su dinámica y consecuencias, una defraudación real, que requiere, de un lado, el engaño "in rebus" por simularle la libertad de una cosa mueble o inmueble, que no lo está jurídicamente, por pesar sobre ella una carga, limitación o gravamen que se oculta, y de otro, como resultado del ardid, un perjuicio patrimonial ajeno, conseguido por medio del correlativo propósito lucrativo, pues creyendo adquirirse un bien libre y pleno del cúmulo de facultades que componen el dominio en superposición integradora y complementaria, faltan algunas de éstas, por pertenecer a terceros, con limitación que representa en definitiva una carga impuesta de condición real que generalmente garantiza el cumplimiento efectivo de una obligación; por lo que el precepto protege penalmente, un especial saneamiento contra gravámenes ocultos, con base en la ausencia de buena fe y en la presencia del "dolus malus" del propietario disponente del bien gravado, que se traslada jurídica y económicamente como si estuviere liberado de todo peso o carga, y con detrimento efectivo patrimonial del burlado adquirente.

La Sala de instancia indebidamente incriminó el hecho probado en el indicado delito del artículo 531, párr. 2.º del C. P., pues es condición indispensable, para que existiera, que dispusiere el dueño de la cosa gravada, ocultando la carga hacia terceros, pues si la misma no pertenece al transmitente, por no poseerla en ninguno de sus elementos dentro de su patrimonio, falta toda base para la tipicidad de dicha infracción criminal, que es precisamente lo que sucede en el caso de estudio en que, por enajenación anterior, el procesado no era propietario de la chatarra al enajenarla por segunda vez, dando vida a un supuesto de doble venta no acogido en tal norma por ausencia de los elementos precisos para su vida; sin que pueda por ello acogerse la calificación de la Sala en buena técnica penal, ni siquiera por la aplicación de la doctrina que invoca de las Sentencias de 20 de abril de 1914, 12 de diciembre de 1916 y 7 de enero de 1921, que estimaron existente este delito en casos de posterior venta de frutos, anteriormente enajenados a un comprador, para cuando se recogieran, auxiliándose en tanto económicamente su producción, puesto que la chatarra no es fruto según la definición que de los naturales, industriales y civiles, realiza el artículo 355 del Código civil que

⁴⁸ Cfr., no obstante, F. CASTEJÓN y MARTÍNEZ DE ARIZALA, *Teoría de la continuidad de los Derechos civil y penal*, Barcelona, Bosch, ed., y bibliografía allí citada.

atiende a su derivación accesoria de otras cosas que los generan, sino bien mueble autónomo de acuerdo con el artículo 335 del mismo Cuerpo legal, y además los supuestos de hecho que motivaron aquellas resoluciones eran diferentes, al existir un gravamen sobre los frutos enajenados por su propietario, que era el bien protegido por tal norma penal al venderlos sin declararlo y, sin embargo, en el caso de ahora, el que dispuso no era dueño, y la cosa objeto de la segunda transmisión no se encontraba gravada, sino libre, faltándole titularidad jurídica al vendedor, que se fingió dueño.»

7.8.2. *Analogía y concurso de leyes penales: La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1967*

No es analogía, sino estricta aplicación, el concurso de leyes penales.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1967 (A. 4532) dice⁴⁹: «El principio de legalidad, consagrado en los artículos 1.º, 2.º y 23

⁴⁹ Sobre la analogía prohibida en lo penal, cfr. F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, Barcelona, ed. Clarasó, 1949; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, ed. D. Privado, 1944, I; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, ed. Nogués, 1946; Juan DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal*, II. vol. I, p. 110; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950. Todos con amplísima bibliografía y tratamiento pormenorizado. Baste aquí la remisión. A veces el límite de interpretación y analogía es quebradizo, incluso en este tipo de materias reservadas a Ley; bien por el juzgador —que intuye la reprochabilidad—, bien a través de Circulares de la Fiscalía de las que es ya clásica la identificación a bien mueble de la electricidad. El que las sucesivas reformas penales incluyan tipos nuevos (como la defraudación en el suministro de energía eléctrica) debe servir de recordatorio lógico a que *antes no estaba tipificada* la conducta. Tanto más cuanto el principio de reserva *nullum crimen sine proevia lege poenali* es principio constitucional, al que no es aplicable, no ya la analogía, sino si siquiera el *actum in fraudem legis*, que la glosa pasó tras toda una serie de curiosas desvirtuaciones que merecen una tesis histórico-jurídica, al Código civil vigente, pero que no cubre el conjunto del Derecho. La fuerza expansiva de la analogía alcanza, pese a su prohibición al Código penal, teniendo en cuenta la frágil franja que escinde o difumina más bien la interpretación extensiva y la analogía. No es sólo la carga de la prueba de eximentes y atenuantes (interpretados restrictivamente): es que se llega a confundir el viejo principio de *non omne quod licet honestum est* y la reprochabilidad social se viene a confundir con la penal. Apenas hay lagunas reconocidas cuando desde Aristóteles se viene a concluir que la laguna es *inevitable, orgánica y general*; GEGOUT, *L'interprétation literal des lois pénales en les Sources du Droit recueilli en l'honneur de Fr. Gény*, París, ed. Sirey, 1934, III, p. 305; H. P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeit Voraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz «nullum crimen sine lege»*, München-Berlin, Duncker-Humblot, 1970; *ibidem*, ed. J. KRÜMPPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, 1966; JIMÉNEZ DE ASÚA, «L'analogie en droit penal», en *Révue des Sciences Criminales* (1949) 187 (Cass. 5 avril 1965, Pas. 1965-1, 831, Cass. 18 janvier 1962, Pas. 1962-1, 578 en Belgique. Para Francia,

del Código penal, y también reconocido en el 17 del Fuero de los Españoles, en su expresión dogmática recogida en la máxima «nullum crimen, nulla poena sine lege», otorga un monopolio como fuente formal a la ley en el ámbito penal y, por consecuencia, a la misma pertenece con exclusividad la creación de los delitos y de las penas, que expone a medio del sistema lógico-formal de la tipicidad, que es la precisión abstracta e hipotética de la infracción y de su sanción, correspondiendo al Juzgador la función subordinada de interpretar y de revelar el contenido o núcleo latente en la norma, y la adaptación de reproche abstracto definido, al supuesto de hecho a medio del juicio concreto de culpabilidad, atendiendo a las circunstancias de evolución vital, y sin que jamás tenga misión de incriminación analógica o creativa de tipos, al ser simple servidor de la ley, que debe aplicar adecuada y justamente.

Al aceptar como reiteradamente ha aceptado esta Sala, a partir de sus Sentencias de 24 enero 1953 (R. 125) y 24 octubre 1954 hasta llegar a la de 10 junio del año actual (R. 3148), la figura del delito de fraude colectivo no ha realizado una función incriminatoria judicial o de tipificación prohibida y lesiva del dogma legalista, base de todo Estado de Derecho, ni ha desconocido

R. LEGROS, *Considerations sur le vol*, en *Rev. D. Penal*, mayo 1955, Comar, 10 abril 1956, *Sem. Jur.* 1956, 6711 y, en general, Robert LEGROS, «Consideration sur les lacunes et l'interpretation en droit penal», en *Le probleme des lacunes*, 1968, *op. cit.*, p. 313, con un fortísimo ataque a la quiebra jurisprudencial del nullum crimen). Al mismo tiempo pone de relieve la obsolescencia de la prohibición del juego. Igual para Noruega, ANDENAES, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, traducción inglesa, London, 1965. Para Suecia, STRAHL. En cambio, los países socialistas parecen haber vuelto al principio: SCREVEN, *Les infractions dans les Codes pénaux des Etats socialistes*, Bruxelles, 1965. La defensa social parece haber sustituido la regla (LEGROS). El poenalia sunt restringenda se queda sólo para la prueba. La vieja regla que hacía asimétrico el Derecho penal y relativa la ley penal ha dejado paso a la defensa social (FORIER). Cfr. para el Derecho comparado, E. MEZGER-A. SCHONKE-H. H. HESCHEK, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, 5 t. München-Berlin, Duncker-Humblot, 1955, 1957, 1959, 1962, 1973. La prohibición legal de aplicar la analogía al Derecho penal tiene, además de sus razones valorativas y de seguridad del Derecho, una base en la estructura especial de la ley penal. En toda ley —salvo la penal o la punitiva en términos generales— se contiene una regla de lo que la ley quiere se haga (endonorma en la terminología egológica de Cossío) y las consecuencias del incumplimiento de esta regla (perinorma). La Ley penal, por el contrario, va directa a la *perinorma*, por más que pueda inferirse un mandato jurídico de no-matar. Además de ello, como W. GOLDSCHMIDT ha puesto de manifiesto con una enorme agudeza, la pena no es compensación al dañado (como en las otras ramas del Derecho): que el homicida vaya a prisión no es compensador de la familia del muerto. Hay así un desequilibrio estructural en la norma, esencial a la misma; de ahí su peculiaridad esencial. Esta ha producido que en la lógica deontica apareciera la llamada paradoja de Alf Ross, sobre la que se ha vertido demasiada tinta. Según la exposición de la lógica deontica, parece, en efecto, que hay una libre opción: mata y ve a la cárcel, o no-mates y queda libre, lo cual lleva al absurdo en cualquier modelo interpretativo del Derecho. Sobre la paradoja de Ross (obligación alternativa como transmutación de la ley penal) cfr. con su bibliografía Otta WEINBERGER, «Der Begriff des Nicht-Erfüllung und die Normenlogik», en *Ratio*, 1975 (cuyas pruebas he podido conocer).

el contenido de los artículos 1.º, 2.º y 23 del Código penal, abrogándose facultades legislativas que sólo al legislador corresponden, sino que su función ha consistido en aplicar un tipo abstracto adaptándolo al caso concreto, acogiendo en él lo imprevisto expresa e intelectualmente por el legislador, pero que no rechazó y que la vida ha hecho surgir imperiosamente, en el ámbito delictual, por lo que, actuando en función interpretativa, sin alterar el humanitario principio «pro reo», ni crear una ficción jurídica, sino aceptando un ente jurídico o realidad natural con existencia genuina, lo único que efectuó fue agrupar por el propósito uniforme del sujeto activo la total entidad económica defraudada y deseada conseguir en intención final, con independencia de las fracciones de perjuicio individual, que constituyeran sus sumandos, para lo que no creó tipos, sino que aplicó los existentes, y concretamente el de estafa, que manda atender a efectos de la penalidad, en el artículo 528, a la entidad valorativa de lo defraudado, pero que no impone que el perjuicio tenga que pertenecer a un solo sujeto o a una agrupación de aquéllos, y aunque lo normal sea lo primero, al afectarse por lo común con dicha infracción derechos individuales, puede sin embargo suceder, cuando los agravios materiales sean múltiples y obedezcan a una sola voluntad delictiva que lesione a una clientela ignorada en su conjunto, que hayan de agruparse las defraudaciones parciales en una sola, por resultar en lo penal primordial, el sentido espiritual y voluntarista de la actuación humana, para configurar las infracciones de acuerdo a lo pretendido por el delincuente, actuando con tal solución el Juzgador con arbitrio judicial permitido, y no con arbitrariedad creadora de tipos analógicos, que le resulta prohibida, ya que, tomando el delito de estafa, ha sido absolutamente respetuoso con sus requisitos, y ha entendido que la defraudación lograda es la de una masa de perjudicados que el tipo permite, pues en absoluto su dicción constriñe, a la individualización de los perjuicios por cada sujeto, al nada establecer positiva ni negativamente, y que el juzgador puede integrar con arreglo al ánimo delictual y necesidades sociales; razones todas que llevan a desestimar los motivos de fondo del recurso, formulados bajo los números 3.º a 7.º inclusive, pues no se han violado los preceptos tan citados 1.º, 2.º y 23 del C. P., ni el principio de legalidad, ni las cuantías del delito de estafa, que se estiman de 114,20 pesetas, ni su número de 3.360, ni ha desconocido que cada hecho constituya una falta, pues han sido rectamente aplicados, como ha quedado expuesto, por tratarse de un solo delito de estafa, con un perjuicio total por defraudación colectiva, que excede en su perjuicio de 500.000 pesetas.»

7.9. *Analogía como silogismo decisonal: su posible logización*

La lógica jurídica se encontraba con el supuesto de la analogía como un caso especial intermedio entre la inducción y la deducción, entre el sistema y la tópica, entre los axiomas y la casuística, entre la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de conceptos, sin parar mientes en que una exacta concepción del Derecho radica en el *mesotés*, en el término medio entre una y otra polaridad exage-

rada. La conclusión analógica pertenece a la clase de conclusiones *mediatas*, precisa de dos o más premisas anteriores; se trata de una conclusión de particular a particular (*vom Besondere auf das Besondere*) o, en ciertas condiciones, de lo general a lo general, mas en todo caso no hay premisas previas universal-particular o al revés. La conclusión finalmente es problemática (KLUG), no es una inferencia válida y, por tanto, probatoria, como en el silogismo. Según la tópica, que parece en este punto seguir ESSER, el llamado argumento a simili es antitético del argumento a contrario, y no parecen tener el hilo conductor que no lleve a dos caminos polarmente tan diferentes: como si faltase el indicador de carreteras entre la de Cádiz y la de Burgos y concluyen, en definitiva, en que se trata de instrumentos que el juez, y más generalmente el operador jurídico, tiene a su disposición para echar mano de todos, como el cirujano echa mano de su instrumental para cortar o para unir. Tal distinción existe sin embargo, y no es precisamente tópica, los argumentos son efectivamente contrarios, luego puede calcularse de antemano que operan sobre racionalidades diferentes, sobre hipótesis deónticas opuestas y con una desviación esencial una de otra⁵⁰. En

⁵⁰ Cfr. contra el principio *ubi est eadem ratio* el contrapuesto polarmente de la *lege non distinguente*: *quae in unum casum concepta sunt ad alios casus trahi non debent*. Favorito de la Jurisprudencia, muy abundante en el uso del apotegma y claramente ligada a una idea tópica del Derecho sin reflexionar que el Código civil, en su nueva redacción, sólo prohíbe la analogía en las *leyes singulares* (*quae in unum casum concepta sunt*, o con mayor claridad *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem constituentium introductum est*, D. 1, 3, 16, que el Código civil recogerá al proscribir la analogía de *leyes excepcionales* y las de ámbito temporal, art. 4, 2). De todos modos, la analogía será la pieza de escándalo de los lógicos. DUALDE, forzando los términos (*op. cit.*, p. 75), llega a hablar de la *antediluviana armazón mental* de la analogía ya blindada con el prestigio y la exquisita labor de sus defensores: la función interpretativa de la analogía es, ante todo —dirá— un procedimiento prelógico, no pertenece a nuestra economía mental: una cosa no está y está al mismo tiempo quebrantando el principio de contradicción: un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual se le aplica para que produzca un efecto de que ella no puede ser causa, lo cual contraría el principio de causalidad... es un toilette de la lógica para disimular la prelógica, una explicación que se da a sí misma la razón, de la presencia en su seno de un impulso mágico, que no puede articular en su sistema... el precepto legal que se considera semejante, pero en donde no está previsto el caso, actúa como mástil de amarra de un cable corto que marca el radio de expansión, pero esto supone que hay algo en el precepto que se refiere al caso en estudio, lo cual está en contradicción con el punto de partida, que es el vacío legal». Sin embargo, el caso propuesto por ZITELMANN es ya clásico: Según el Derecho alemán, el contrato mercantil entre ausentes o presentes tiene regulación diversa, pues se concede un plazo (para aceptar o rechazar) al ausente. Pero ¿qué sucede si el contrato se negocia por telé-

primer término, el argumento de analogía es de fácil aplicación o de manejo más tópico en el Derecho internacional, esto es, en el Derecho abierto como lo sería según los postulados de la escuela libre de Derecho de Kantorovicz; pero dentro del Derecho escrito, la analogía se circunscribe a la plenitud hermenéutica del Derecho en cuanto respuesta necesaria, no en cuanto respuesta axiomáticamente prevista. Por de pronto, en la lógica axiomática se concluye que la analogía, en cuanto es una aplicación de lo individual a lo individual o del particular al particular, no es al estilo del silogismo, sino que participa de inducción y de deducción. Hay una analogía exacta (ZIEHEN encuentra, por ejemplo, que hay una proporción o razón matemática que forma parte del razonamiento analógico), así en materia de volúmenes edificables hay una analogía incompleta cuando un predicado P conviene a uno de los sujetos A y B, pero la regla jurídica está establecida sólo para A, y aquí la analogía es sólo probable en cuanto la identidad no existe en la totalidad de elementos relevantes, sino en una parte de ellos. El operador jurídico es el que deberá aquí decir si esta parte de elementos es la relevante y la diferente es irrelevante en Derecho. En este sentido es de significar, por ejemplo, una analogía probable aplicada por el Tribunal Supremo en la Sala 5.^a por Sentencia de 6 de junio de 1974. Se trataba en este caso de una Resolución del Instituto Nacional de Previsión recurrida ante la jurisdicción laboral equivocadamente, pues la competente era la jurisdicción contencioso-administrativa. De seguirse el tenor de la ley estrictamente cuando la Sentencia del Tribunal Supremo se produce, el acto estaría ya consentido, según una interpretación formalista del Derecho, produciéndose por tanto indefensión en el particular. Es de significar que toda la doctrina administrativa sobre sanación de plazos en el supuesto de notificaciones defectuosas no es de suyo aplicable a la jurisdicción laboral que constituye un ordenamiento cerrado como conjunto. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo desestimó la demanda aceptándose que era competente la jurisdicción del trabajo, pero haciendo

fono? La ratio legis es clara: se trata de dar un plazo si es imposible responder *inter absentes*; no importa tanto la presencia física o no, sino la posible o imposible respuesta inmediata. Hay que subrayar que el teléfono era desconocido al redactarse el Handelsgesetzbuch (C. Com.). Para deslindar los terrenos hay que recordar a Popper (José R. ECHEVARRÍA, *El criterio de falsibilidad en la epistemología de K. Popper*, Madrid, Q. del Toro, ed. 1970, p. 47): «El enunciado trivial: Hay una cura todas en enfermedades es irrefutable, no podemos demostrar su falsedad; sin embargo lo tenemos por falso apoyándonos en los conocimientos actuales sobre la medicina.»

constar expresamente "que si la parte demandante se persona ante dicha jurisdicción en el plazo de un mes a contar del día siguiente a la notificación de la sentencia se entenderá haberlo efectuado en fecha en que inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo. La sentencia podrá estar dogmáticamente más o menos justificada, pero no deja de ser, en primer lugar, justa, que es lo que hay que predicar en definitiva de toda Sentencia. Es aplicación del principio *in pro actione* que informa axiológicamente toda la estructura del ordenamiento jurídico español, aunque sea por vía de analogía, con sanación de plazos de lo contencioso-administrativo"⁵¹.

Estos casos prácticos son útiles para comprender la lógica de la analogía. Dentro de una estricta lógica jurídica hay que prescindir

⁵¹ Cfr. Fiori RINALDI, «Is Analogy a decision process in English Law?», en *Logique et Analyse*, 53-54 (1971) 363. Para Bracton todo razonamiento legal es típicamente analógico: a diferencia de la matemática que opera con identidad de relaciones, el Derecho funciona con *resemblances*, con semejanzas. Por eso no es posible construir argumentos analógicos deductivos: sería tanto como la cuadratura del círculo. La analogía, en su tercera premisa, supone un salto de razón —*leap. Sprung*—. Por eso la conclusión analógica es sólo heurística, no apodíctica. Su aplicabilidad es función del *peso de similitudes*. No deja por ello de ser lógica. Por eso no es cierta la afirmación de KLUG sobre la paradoja de que es posible llegar a una conclusión sin ayuda de la lógica. Esta afirmación puede entenderse como: 1), la solución es posible sin razonamiento alguno, psicológicamente; 2), los jueces no formalizan siempre sus razonamientos a base de entimemas —silogismos implícitos e incompletamente formulados—; 3), una buena solución no tiene por qué deducirse por inferencia lógica; 4), esta formulación es imposible. Pocos mantendrían esas precisiones. «Si la lógica fuera algo opuesto a la vida, es difícil entender por qué en las discusiones científicas, jurídicas o callejeras, la acusación de que el contrario o su argumentación es ilógica, es lo más grave que se puede responder discursivamente... precisamente porque el objetivo instrumental común de todo saber es la lógica (QUINE, *Los métodos de la lógica*, trad. esp. de M. SACRISTÁN, Barcelona, Ariel, 1962). Cualquiera aceptará de buen o mal grado que es alto, bajo, tiene buena o mala memoria, pero nadie aceptará que no piensa lógicamente. BACON, en su aforismo XX, decía: «Proclium est extensio legis ad casus post notos, qui in rerum natura non fuerunt tempore legis latae. Ubi enim casus exprimi non poterat, qui a tunc nullus erat, casus omissus habetur pro expreso, si similis fuerit ratio. Atque de extensione legum, in casibus omissis, haec dicta sunt nunc de non exemplorum dicendum.» Cfr. para el Common Law, LINCOLN, «The Relation of Judicial Decisions to the Law», *Harvard Law Review*, 21 (1907) 120; CARPENTER, «Court Decisions and the Common Law», *Columbia Law Review*, 17 (1917) 597, y la nota «The Legitimacy of Civil Law Reasoning in the Common Law, Justice Harlan's Contribution», en *The Yale Law Journal*, 82 (1972) 258, sobre la utilización de los argumentos *something like*, *equal protection analysis*, *beyond the particular scope of the Statutes involved reason by analogy*, *equity of the Statute reasonable classification*, *statutory underinclusivity*. Cfr. también REUTEL, «The necessity of a new Technique of Interpreting the Negotiable Instruments Law: the Civil Law Analogy», *Tulane Law Review*, 6 (1931) 1; F. DENIS LLOYD, «Reason and Logic in the Common Law», en *Law Quarterly Review*, 64 (1948) 468.

de los argumentos psicológicos, ideológicos, aprobación o disenso. Están ya en la norma incluidos todos esos juicios de valor, o al menos el operador jurídico debe suponerlo así.

7.10. *La metalógica aplicada a la detección de lagunas integrables y no integrables: la teoría de CARNAP-KLUG*

La aplicación de la analogía es sólo procedente cuando haya laguna legal, no cuando se trate de un indiferente jurídico. Por ello, es precisa la delimitación entre uno y otro campo y es necesario el análisis de la existencia lógica de laguna. Aunque parezca complicado, el mejor método no es sino el metalenguaje lógico y el ejemplo al canto.

Según KLUG, siguiendo a CARNAP debe partirse de las siguientes definiciones a efectos de las lagunas:

«1. Sea N una clase ordenada y finita de normas, que denominamos subconjunto normativo.

2. Llamaremos S_N una clase ordenada y finita de tipos de situaciones, regladas por N .

3. Llamaremos S_W la clase ordenada y finita de todos los tipos de situaciones que se produzcan en la realidad.

En 1, 2 y 3 se trata de clases finitas, lo cual simplifica el análisis lógico y corresponde, además, al modo de pensar del jurista.

Es claro que para 1 presupone la existencia de infinitas normas jurídicas a aplicar. Igual para 2 y 3, dada su naturaleza de clases finitas, lo cual es cierto, además, en el mundo real del Derecho y en la tipología jurídica. Todas las situaciones posibles serán, pues, N y no N . Cada problema tendrá en el conjunto su solución legal: no hay lagunas ni, por tanto, son precisas las técnicas de integración. Pero veamos el supuesto real del ordenamiento jurídico, siguiendo el mismo esquema sólo aparentemente difícil de captar:

1. N_U designa un sistema normativo global o real si S_N y S_W son isomorfos, idea ya conocida.

2. S_N y S_W son isomorfos —es decir, de la misma estructura—, pero hay una relación R entre los dos argumentos (el correlativo) que ordena fielmente la representación de S_N según S_W .

Tal es el caso cuando se cumplen las condiciones siguientes:

a) R no tiene sino una significación.

b) Los elementos de S_N son los antecedentes de R .

c) Los elementos de S_W son los consecuentes de R .

d) Si dos elementos de S_N se encuentran en el orden considerado o puede definirse.

3. N_{no-u} es un sistema normativo no global si y sólo si S_N y S_W no son isomorfos. Como puede concebirse que el sistema normativo no global, que N_{no-u} no regula ningún elemento de S_W , es precisa esta constatación para él

en la concepción del sistema normativo parcial. Recuérdese la Sentencia del T. S. de 3 de febrero de 1969 sobre impunidad de un delito por el juego negativo (N_{no-u}) de la norma y porque el dilema aut puniatur-aut tradatur no es isomorfo: ninguno de los extremos del dilema es aplicable.

4. Sea S_T una clase parcial no vacía de S_W . N_P es entonces, y sólo entonces, un sistema normativo parcial cuando S_N es isomorfo con una clase parcial S_T de S_W , el número de elementos de N_P será menor que el de S_W .

5. Un sistema normativo parcial N_P se llamará sistema sin lagunas o cerrado N_G cuando no pertenezca a los elementos de N_P , esto es, al ordenamiento jurídico propio (por ejemplo, al eclesiástico, o al Derecho de la Seguridad Social), la norma que —salvo S_N — regule N_P .

6. Un sistema normativo parcial W_P será un sistema normativo autónomo con lagunas W_{AL} cuando la norma según el supuesto de hecho entra en S_N , pero debe regularse y pertenece a W_P y entra en el subconjunto S_T regulado por W_P . Si se designa S_O esta clase parcial de S_W integrada por elementos que deben ser regulados por W_P , se puede decir de W_{AL} se caracteriza porque S_N , es decir, la clase de tipos o hipótesis regulados por el sistema W_P y S_O , no son isomorfos, faltando la isomorfía con el sistema W_P . Un caso lo puede suponer la adjudicación de concursos por silencio positivo en el RCALocal frente a los contratos de la Administración Central, en todos los supuestos de competencia dudosa o conjunta (mercados, servicios públicos, etc.). Asimismo, la inaplicabilidad de la Ley de Procedimiento Administrativo al INP, que deja en el aire la solución de todo un complejo de problemas.

7. Una clase de sistemas normativos autónomos con lagunas se designa ALN. Un sistema normativo parcial heterónimo y con lagunas N_{HL} existe cuando un sistema normativo MN no idéntico a N_P contiene normas aparte de las que regula S_T , que regulan N_P . Asimismo, ALN no es isomorfo con N_P y con $S_T - S_W$. Por ejemplo, Código penal frente a Ley de Orden Público, o viceversa⁵².

8. La clase de sistemas normativos heterónomos con lagunas se llama HLN. Por ejemplo, los Derecho civiles forales respecto de los casos resueltos por el Derecho común por existencia de laguna.

9. Con todo ello se llega a: hay laguna de ley cuando el Derecho afectado es un elemento de ALN o de HLN. En el primer caso, la laguna es autónoma. En el segundo, heterónoma.

El concepto de laguna puede definirse sólo con el análisis del sistema formal⁵³.

⁵² Cfr. MOR GIANFRANCO, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, Giuffrè, 1974; F. GARRIDO FALLA, «Las medidas de policía y la teoría de las sanciones administrativas», en *RAP*, 28 (1959) 11; J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Independencia de la potestad sancionatoria de la jurisdicción penal», *RAP*, 47 (1965) 127.

⁵³ Para hacerse una idea plástica de esta exposición de CARNAP, y sobre todo para ayudar a la comprensión a quienes temen las ideas abstractas no tangibles, piénsese, por ejemplo, en uno de los test utilizados: una superficie con agujeros de forma irregular, en número determinado (finito). Son las normas del conjunto. Este es el tablero donde están los agujeros irregulares. En el supuesto 1, 2, 3, primero cada supuesto de hecho encaja en un agujero, ni sobran piezas, ni agujeros. En el segundo, con nueve epígrafes, el simil se complica: hay casos en que pasa igual que en el caso anterior, pero aún así,

Como conceptos fundamentales no definidos, aparte del cálculo lógico usado, se utiliza ante todo los conceptos de tipo y situación real y norma. Abreviadamente se llama norma a grupo normativo (con todos sus elementos, organización, competencia, elementos definitorios, interpuestos, reificados⁵⁴, etcétera). Es indiferente que el grupo sea prohibitivo, ordenativo, permisivo (con todas las salvedades hechas antes), etc.

Laguna verdadera, sin solución extranormativa, y con ello la característica conceptual es *falta de regulación esperada* de S_T por N . Así hay laguna en caso de falta de Reglamento necesario de una ley e imposibilidad de aplicar otro isomorfo. El ejemplo sirve para comprender el cálculo lógico expuesto. O cuando falta la organización o los medios financieros. Puede ser laguna voluntaria o involuntaria, esto entra ya en lo metajurídico. La laguna entonces, en el lado del Derecho, es una *espera frustrada de norma* o puede ser secundaria, el surgimiento de un *hecho imprevisto por el grupo* y subconjunto de grupos. De ahí que primario y secundario haga relación a la norma o al hecho y haya lagunas jurídicas y fácticas. La laguna puede o no encontrar su solución en otro conjunto (por ejemplo, el civil para los contratos administrativos, el penal para la prescripción de las faltas administrativas); la solución de la laguna no será immanente sino trascendente, por remisión (como en el primer caso) o sin ella. La auténtica solución y la auténtica laguna sería sin la remisión; ésta evita expresamente las lagunas y no puede hablarse propiamente de lagunas. En cambio, por ejemplo, el subconjunto de la Seguridad Social evita las remisiones y expresamente se encierra en sí. De ahí la enorme cantidad de lagunas encontrable y su necesaria solución metasistemática, esto es, fuera del conjunto cerrado (bien por Derecho administrativo, principios generales, etc.).

El espacio vacío de Derecho (Rechtsleerer Raum) de Kelsen es RL_N respecto al sistema normativo W , pero sólo cuando designa la clase no vacía de S_W y el complemento de S_T , siendo N un elemento de N_G . Por ejemplo, el Derecho penal en cuanto a la tipicidad, presupuesto del delito con existencia legal. La distinción de laguna de ley y de Derecho suministra la precisión oportuna. Si se admite que la Ley GN tiene laguna y que el Derecho RN no presenta lagunas, entonces, en las condiciones vistas, habrá espacio vacío de

encaja; en otros casos encajan dos o tres piezas componiéndolas en un agujero (es decir, éste se completa no con una pieza, sino con varias de ellas); en otros, la pieza que es menor que el agujero cabe en él, pero no lo completa. Y, por último, hay casos donde la pieza es mayor que los agujeros disponibles y no se puede encajar en ninguno. No es precisamente el mejor ejemplo, y soy consciente que este sistema de ejemplificar será todo lo pedagógico que se quiera, pero contribuye, de un lado, a una posible desvirtuación de la tesis expuesta abstractamente y, de otro, fomenta la pereza mental del jurista, que por vocación y oficio ha de estar acostumbrado a manejar abstracciones. En el fondo participo de la extrañeza del padre que al preguntar al hijo si sabe cuántas manzanas son 2 y 2, recibe la paradójica e ilustrativa respuesta: Con manzanas no sé, pero atrévete a preguntármelo con peras. Me consuela lo escrito por Bruno BARON y Freytag LORINGHOFEN, «Das Verstehen in den exakten Wissenschaften», en *ARSP*, 39 (1950), p. 73.

⁵⁴ La idea de elemento reificado dentro de un grupo normativo indica un concepto que es jurídico en otro ordenamiento (hijo, p. ej., en el Derecho de familia), clérigo (en el Codex J. Canonici), pero que el Derecho administrativo, que opera a través de grupos, recoge como dato-hecho-resultado ya calificado.

Derecho respecto a *RN*. Los tipos de relación no regulados por *GN* lo serán por *RN* o caerán si no en el espacio vacío de *RN*. Habrá laguna de ley que deberá ser integrada, pues no es un indiferente jurídico.

Cuando la laguna se resuelve por la costumbre o el principio general lo hace merced a un *metasistema* y significa abandonar la *ratio legis*, pasar a lo arbitrario o lo tópico. De ahí que sea preferible agotar el sentido de la ley con los argumentos interpretativos, como más adelante se verá ⁵⁵.

La explicación de Carnap-Klug deja, sin embargo, el problema sin una solución inequívoca y no es demasiado clara. No sólo eso, sino que, además, mezcla indebidamente dos problemas radicalmente distintos: el del espacio vacío de Derecho y el de las lagunas legales.

El espacio vacío de Derecho comprende tres categorías de conductas o actos radicalmente distintos entre sí: la primera la constituye aquella hipótesis en que no hay norma reguladora de la conducta ni de su consecuencia jurídica. Un buen ejemplo lo constituye la sentencia citada anteriormente en la que por el juego de las normas un delito queda impune. La segunda categoría comprende aquellos casos que los clásicos juristas romanos denominaban *leges minus quam perfectae*. La conducta está regulada, pero la infracción a tal regulación no existe: puede considerarse como un defecto de la ley, en cuyo caso estaríamos frente a una laguna, de igual modo que en las llamadas leyes constructivas sin regulación posterior (ley sin reglamento necesario, sin organización necesaria, sin medios financieros necesarios). La última categoría de espacio vacío de Derecho lo constituye lo que tradicionalmente se denomina el indiferente jurídico.

Por el contrario, la auténtica laguna legal la constituye todo aquel conjunto de hipótesis que responde a la *ratio legis* de una norma vigente o de un grupo, pero que no puede recibir regulación directa de esa ley o ese grupo. La diferencia entre la interpretación extensiva de una ley y la integración de la laguna legal auténtica estriba en que en el primer caso se opera con la lógica semántica (interpretar hijos como comprendiendo también los nietos, por ejemplo) y en el segundo se actúa a través de los argumentos de lógica decisional (analogía y sus argumentos derivados). Es indudable que tanto en la lógica semántica como en la decisional no se

⁵⁵ Prácticamente ver H. DESCHENAUX, *L'application de la logistique a la Science du Droit* (Recueil publié par la Société Suisse des Juristes a l'occasion de l'exposition nationale suisse, Lausanne, 1964); H. FIEDLER, «Juristische Logik in mathematischer Sicht», *ARSP*, 52 (1966) 93.

trata de un razonamiento de matemática pura: el Derecho es un regulativo social, responde a una ideología de base cambiante. Lo existencial no puede fundirse con lo esencial. Quiere esto decir que aunque la lógica pura vaya colocando límites a la aplicabilidad de los diferentes tipos de interpretación o integración, siempre habrá un reducto de decisión cambiante, por de pronto con el tiempo y con el sistema jurídico político de cada país, y un reducto, por pequeño que sea, no eliminable del operador jurídico (Administración pública, juez).

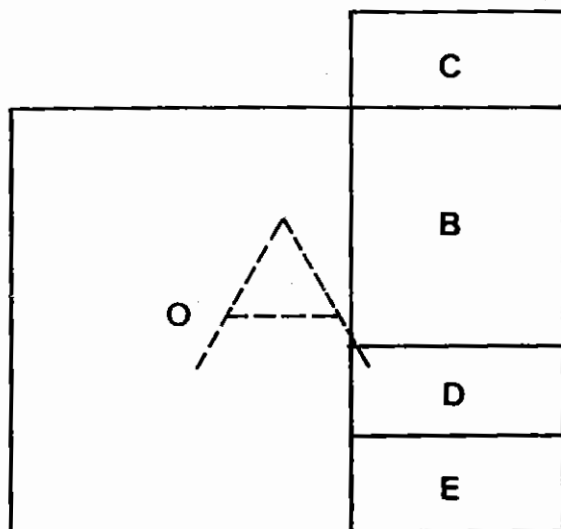
Por otra parte, el espacio vacío de Derecho solamente existirá cuando ninguno de los conjuntos que constituyen la estructura de un sistema jurídico no contenga regulación directa o indirecta (hipótesis de conducta no regulada, pero de consecuencia regulada) para el caso en cuestión. Es evidente que en la mayor parte de los lugares no hay prohibición de fumar, pero si se produce un incendio o un daño, el Derecho reaccionará exigiendo responsabilidad. Hipótesis semejantes a ésta las hay infinitas. El hecho es indiferente al Derecho, pero puede haber reacción jurídica frente a su consecuencia. Realmente, la norma aquí se limita a establecer la responsabilidad por un daño producido por una conducta humana; abstracción hecha de que tal conducta esté regulada o no.

Además, un conjunto de Derecho puede considerar como espacio vacío una conducta determinada que, sin embargo, regula a otros efectos un conjunto diferente: Una sociedad, de hecho, no está regulada a efectos civiles como sociedad, pero sí lo está a efectos fiscales. El conjunto del Derecho fiscal regula hasta la sociedad prohibida y la trata fiscalmente, haciendo abstracción de la nulidad o ilicitud. El Código penal considera muchas conductas como no constitutivas de delito o falta, conductas que, sin embargo, castiga el Derecho administrativo. Una simple infracción de tráfico es un indiferente jurídico normalmente para el Derecho penal, pero no para el Derecho administrativo. La desatención de un funcionario público es penalmente indiferente al Derecho penal, pero puede producir en el Derecho administrativo consecuencias jurídicas.

Resumiendo: antes del problema del espacio vacío de Derecho y de las lagunas, es preciso confrontar el caso concreto o la hipótesis abstracta con toda la estructura del sistema jurídico. De otro modo aparecerían un sinnúmero de espacios vacíos y lagunas que no son tales, sino sólo desde la perspectiva parcial e incompleta de un conjunto de Derecho del ordenamiento.

Cuando se ha hablado del espacio vacío de Derecho se han mezclado cosas diferentes: una conducta que es indiferente al Derecho por no afectar a la sociabilidad o no tener relevancia especial no es lo mismo que un fallo en la regulación del Derecho positivo. En el caso extremo, una laguna legal (delitos no previstos o leyes sin coerción), si no pueden salvarse por la vía de la aplicación del Derecho, se subsanarán por la vía de la creación de la norma de rango suficiente. El caso no es infrecuente, y es en definitiva una de las misiones del legislador. Confundir lagunas transitorias y no resolubles por el camino de la aplicación con el espacio vacío de Derecho, es una menguada y estática visión del problema.

Un gráfico explicará quizá con mayor claridad lo expuesto hasta aquí:



El cuadro A (punteado) comprende la totalidad de conductas, hechos y actos. De ellos el rectángulo O corresponde a lo que clásicamente se viene denominando lo indiferente jurídicamente. Tal indiferencia al Derecho es dinámica en el sentido de que en una época puede ser prohibida una conducta y, por tanto, no ser indiferente jurídicamente, y en otra época levantarse la prohibición. Ello por múltiples razones, económicas (prohibición de acaparamiento de ciertas mercancías que desaparece con la abundancia de las mismas); morales, en el sentido de moral social (recuérdese la ya célebre sentencia del bikini); políticas (reconocimiento de aso-

ciaciones políticas), etc. Como se ve, el conjunto de lo indiferente al Derecho es algo variable en el tiempo, y desde luego también en el espacio.

Del rectángulo *A* hay una parte jurídicamente relevante. Son las conductas previstas por el Derecho. Pero, a su vez, todo lo jurídicamente relevante comprende cuatro bloques diferentes. El primero señalado con la letra *C* corresponde a aquellos casos en que la ley o, por mejor decir, el ordenamiento jurídico positivo, ha previsto y regulado. Sin embargo, tales conductas reguladas no se producen en la realidad: están fuera del rectángulo *A*: el legislador se pasó de imaginación o la ley quedó obsoleta en cuanto a la realidad. Examinando la jurisprudencia recopilada del Código penal se observa que hay bastantes artículos sin sentencia alguna. Son conductas posibles, pero inexistentes en la realidad, mas, sin embargo, pertenecen al ordenamiento jurídico. Este está constituido en una primera consideración por la suma *C* más *B*. Ahora bien, la significación exacta de *B* se desprende no sólo del sentido literal de sus palabras, sino de su sentido jurídico: es el campo de aplicación de la regla nisi tota lege perspecta, y sobre todo de la semántica jurídica. La diferencia entre el sentido literal y el jurídico está señalada en el rectángulo *D*. La particularidad de este bloque radica en que *D* puede minorar o disminuir el rectángulo *B* (interpretación restrictiva), puede ser nulo (interpretación literal) o puede constituir una ampliación de *B*, tal como en el gráfico se expresa (interpretación extensiva). En todos los casos de *D* se trata de interpretar las palabras de la ley, pero sin salirse de ella ni aumentarla.

Por último, el rectángulo señalado con la letra *E* comprende no las palabras de la ley y su sentido jurídico, sino la ratio legis. El ordenamiento jurídico positivo lo constituye, por tanto, la suma de *C*, *B* y *D*. Es en el momento de la aplicación de la ley cuando aparece el conjunto *E*⁵⁶. Este nada más comprende los instrumentos de

⁵⁶ La afirmación del texto ha de entenderse, sin embargo, como relativa por tres razones fundamentales: en primer lugar, porque con igual razón podría eventualmente afirmarse que la interpretación de las normas aparece sólo de modo auténtico en el momento de la aplicación de las mismas. De ahí, por ejemplo, que la nueva redacción del título preliminar del Código civil contenga la rúbrica de «aplicación de las normas» conteniendo las reglas de interpretación. En segundo término, porque el juez con frecuencia encubre una analogía bajo el argumento de estar verificando una interpretación extensiva. Así sucede con la Jurisprudencia, que asimila a ciertos efectos hereditarios, la expresión legal de hijos con el sentido de hijos más nietos. Difícilmente esta llamada interpretación extensiva puede calificarse doctrinalmente como

integración de la norma (analogía, argumentum a pari, a simili, a contrario, de maiore ad minus, de minore ad maius, a fortiori, etc.). Asimismo, pero en sentido negativo, esto es, disminuyendo el rectángulo formado por $C+B+D$, en la aplicación de las normas puede constituir un límite operativo del ordenamiento: o bien por el absurdo lógico en la conclusión o bien, y ello es más importante, porque la conclusión implique una manifiesta iniquidad.

Todo ello será examinado a continuación. Importa aquí, en primer lugar, aclarar la diferencia entre el llamado vacío de Derecho con lo jurídicamente indiferente, y, al mismo tiempo, escindir ambos supuestos de la hipótesis totalmente distinta de la laguna de Ley.

El límite de la lógica aplicada al Derecho aparece sólo cuando se une la norma con el hecho. Puede haber y hay un cálculo de normas tal y como la lógica deóntica, modal, proposicional o de clases ha planteado. Incluso hay la posibilidad de afirmar que, con un mejor desarrollo y precisión de tal metodología, los llamados por POPPER "criterios de falsibilidad" llegarían a evidenciar una exactitud en el cálculo de las normas. Habrá que concluir, quizá, que tras dos milenios hay que retornar a la vieja afirmación de Aristóteles. El silogismo es una verdad evidente, la tópica es una verdad razonable, verosímil o probable. El auténtico sentido de esta afirmación radica en la presencia o ausencia de los hechos y su apreciación. Ello no empece la tarea de hacer cada vez más estrictamente lógicos los argumentos tópicos.

7.11. *Analogía, mezcla de deducción e inducción: los intentos de hallazgo de lo propincuamente semejante*

Que la analogía no es sino mezcla de deducción y de inducción, y en todo caso contiene un elemento valorativo, es algo cuya responsabilidad y mérito corresponde a los comentaristas medievales. En efecto, éstos, al hablar de los silogismos, claramente escindieron el silogismo normal o tradicional del silogismo con término

tal, pues el juez no utiliza la lógica semántica de la expresión legal «hijos», sino que investiga y aplica la ratio legis. Por último, la analogía también puede considerarse y analizarse ante una hipótesis planteada en abstracto y no ante un caso real. El texto pretende nada más deslindar de un modo gráfico lo que es el auténtico ordenamiento jurídico total de lo que constituye su actuación aplicativa.

interpuesto. En la Sentencia antes citada este pseudo-silogismo sería la siguiente premisa mayor: en el contencioso-administrativo, si se obedece a una notificación defectuosa, hay sanación de plazo y no caduca la acción; premisa menor: en lo laboral, los plazos de prestación y de caducidad son inexorables según ley, y no hay doctrina ni ley que prevea la sanación de los plazos; premisa intermedia, o inductiva, o valorativa: no hay razón alguna que no permita la sanación de los plazos cuando se elige jurisdicción incompetente en lo laboral, pues la razón de ser de la sanación de plazos en lo contencioso-administrativo es idéntica en todo lo relevante jurídicamente a lo contencioso-administrativo. Conclusión: se permite la sanación de plazos cuando se interpone equivocadamente la pretensión ante la jurisdicción laboral y procede la contencioso-administrativa. Como se observará, no hay aquí rigurosamente un silogismo deductivo, ni siquiera una deducción, pues se interpone un juicio valorativo que implica la exposición de un principio general y concreta la de la sanación de plazos nacida en la jurisdicción contencioso-administrativa, pero aplicada ahora a nivel heteromórfico, en una Sala distinta, concretamente en la laboral. El paralogismo posible radica cabalmente en este término interpuesto de raíz indicativa y teleológica⁵⁷.

Para una mayor precisión de esta regla inductiva que actúa como premisa fuerza de un silogismo también fuerza sea obligada la razón de semejanza⁵⁸. De todos modos, hay que concluir en la

⁵⁷ Para una consideración más general, cfr. Ganshof VAN DER MEERSCH, «Le Droit de la défense, principe général de Droit. Réflexions sur des arrêts récents» en *Mélanges DABIN*, III, p. 569, y sobre todo 598; ODENT, «Les droits de la défense», en *Études et Documents du Conseil d'Etat, de France*, 1953, pp. 55 y ss.

⁵⁸ Confrontar Norberto BOBBIO, *L'analogia nella Filosofia del diritto*, 1938; J. M. BOCHENSKI, «On Analogy», en *The Thomist*, 1948; L. BAGOLINI, «La scelta del metodo nella giurisprudenza», en *Atti del III Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto*, 1957, p. 24; P. OERTMAN, *Interests and Concepts in The Jurisprudence of Interests (20th Century Legal Philosophy Series)*, 1948, p. 68; E. GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964; Ladislav A. FUERST, «Die juristische Argumentation im Lichte der Logischen Erkenntnistheorien», en *Logique et Analyse*, 53-54 (1971), p. 477; I. HOROVITZ, «La logique et le Droit», en *Études de logique juridique*, Bruxelles, 1967, II, p. 43; Paul COSMOVICI, «La logique juridique a la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences», en *Logique et Analyse*, 53-54 (1971), p. 459; y en la misma Wilhelm Raimund BEYER, «Das Modell in der juristischen Beweiskette», p. 437, y A. PECZENIK, «Analogia legis. Analogy from Statutes in Continental Law», pp. 329 y ss.; K. AJDUKIEWICZ, «Klasyfikacja rozumowania», en *Studia Logica*, II, 1955, p. 278; Z. ZIEMBA, «Logika formalna w myśleniu prawniczym», en *Panstwo i Prawo*, 2 (1957) 265; Z. ZIEMBINSKI, «Logika prawnicza,

imperfección estructural lógica por indicación de la analogía, por lo cual hace que no pueda ésta ser contenida entre las conclusiones apodícticas o de certeza⁵⁹. En efecto, si la base del argumento es sólo la similitud, no hay relación lógica fundamental: Si se construye

Todo M es P todo S es N	N es sólo similar a M, perteneciente al círculo de similitud esencial.
Ergo todo es P	

El círculo de semejanza será más o menos amplio (y con ello más o menos utilizable la analogía) según la definición concreta o vaga de la norma.

Hasta hoy han sido inútiles, por aporéticos, tautológicos o contruidos en su peor sentido, los intentos de buscar las notas o elementos idénticos, los propin cuamente semejantes, por ejemplo, de ZIEHEN. Todos los casos de ZIEHEN son, en el fondo, argumentos concluidos de antemano. Buscar propiedades fundamentales (prima-

Logica dla prawników Logiczne problemy prawoznawstwa», en *Studia Logice*, 18 (1966) 179; J. NOWACKI, «Analogia legis», en *Warszawa, P. W. N.*, 1966, p. 233; J. NOWACKI, «Analogia intra legem w orzecznictwie Sadu Najwyższego», en *Zess. U. L. Lodz*, 44 (1966) 33; M. J. DE ROMEO Y LAGUNAS, «La analogía como procedimiento de investigación y del Derecho», en *Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia, Medellín, Columbia)*, 22 (1963) 247.

⁵⁹ Cfr. Eduardo GARCÍA MAYNEZ, «Die Argumente a simili ad simile, a maiore ad minus und a minori ad maius», en *ARSP* (1965), pp. 115 y ss. En las reglas de Bonifacio VIII se definen: Plus semper in se continet, quod est minus (r. 39); Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus (regla 53); in toto partem non est dubium contineri (r. 80). Sobre los argumentos cfr. C. VARGA, «Nature of Legal Reasoning», *Etudes de Logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 55 y ss.; Hassan Abdel RAHMAN, «L'Argument a maiore et l'argument par analogie dans la logique musulmane», *RIFD*, 48 (1971) 127; R. FEYS-M. Th. MOTTE, «Logique juridique systemes juridiques?», *LeA*, 5 (1959) 143; G. KALINOWSKI, «Y-a-t-il une logique juridique?», *LeA*, 5 (1959) 45; del mismo, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L. G. D. J., 1955, p. 39; O. C. JENSEN, *The nature of legal arguments*, Oxford, B. Blackwall, 1957; D. LLOYD, «Reason and Logic in the Common Law», en *Law Quarterly Review* (1948) 468; WRÖBLEWSKI, *Jezyk Prawny i prawniczy*, Krakow, Polska Akademia Umiejetnoscí, 1948; del mismo, «O tak zwanym sylogizmie prawniczym», en *Zagadnienia Prawa Karnego i Teorii Prawa*, 1959, p. 227; A. G. GUEST, *Logic in the Law*, en A. G. Guest, ed. *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, p. 188. Ya mucho antes M. H. SPRUYT, *Introduction a la dialectique legale*, Bruxelles, ed. Rumpelbergh, 1814; SAINT ALBIN, *Logique judiciaire ou Traité des arguments légaux*, Paris, ed. Decourchant, 1832; Beviat SAINT PRIP, *Manuel de logique juridique*, Paris, ed. Plon, 1876; FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LgDJ, 1914.

rias o irreductibles) y secundarias relativas no son sino buscar ejemplos cuya conclusión está ya determinada de antemano. En todo caso, analogía no es una operación lógica derivada y secundaria, incierta y fuera de la lógica clásica, según las reglas de derivación. La exigencia de consimilitud o del círculo de semejanza es algo, en definitiva, que sólo valorativa y axiológicamente es calificable. No obstante hay en la analogía, tal y como se describe la homomorfía e isomorfía de los conjuntos, unas reglas de delimitación. El exemplum o el paradigma aristotélicos referido a los tipos legales o tipológicos sistemáticos se refiere a conjuntos homomórficos. El argumento a pari y la analogía se refieren a conjuntos homomórficos y, en algunos casos, a grupos no isomórficos dentro de la homomorfía, como por ejemplo en las sentencias antes citadas⁶⁰.

7.12. *El postulado de no contradicción y su inaplicabilidad al Derecho*

No tener esto en cuenta es el fallo fundamental de toda la lógica deóntica, modal y proposicional. En efecto, todas ellas parten del postulado de no contradicción (*A* no puede coexistir con no *A*). En el caso de los argumentos analógicos equivale a decir que si no cabe la analogía hay que aplicar el argumento *e silentio* o el argumento *a contrario*, y no hay una tercera solución (principio lógico del tercio excluso). Pero, por ejemplo, un notario ¿es funcionario público? Aquí cabe la analogía para unos casos y el argumento a contrario (*qui dicit de uno negat de altero*) en otros, según los grupos normativos en que se plantee la pregunta. De ahí que la relación entre ambos argumentos sea más complicada que la que suele presentar. Algo parecido sucede con grupos de prohibición de hacer respecto de la prohibición de no hacer.

⁶⁰ En su intento de hacer lógico el argumento EVERARDO (*op. cit.*, p. 137) cita las tres maneras de construcción:

- a) *parium eadem est natura vel sic*;
- b) *parium eadem est potentia et non maior vel sic*;
- c) *a pari potentia causae, par effectui procedit*.

Con el ejemplo, desde las XII Tablas de la usucapio anual o bianual de fundo o muebles y el caso del edificio,

8. ARGUMENTUM E SILENTIO Y LEGE NON DISTINGUENTE

El argumento *e silentio* que nuestra Jurisprudencia califica como *lege non distinguente* (ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus)⁶¹ no juega polarmente con la analogía (analogica v. argumento a contrario) en un conjunto homomorfo, y así se puede fácilmente comprobar con el análisis de nuestra numerosa jurisprudencia, en que aparece bajo diversas fórmulas: ubi lex non distinguet, nec nostrum est distinguere; lex ubi voluit dixit: ubi noluit tacuit; quum lex loquitur generaliter, generaliter est intelligenda.

Sólo en los conjuntos homomorfos puede jugar el argumento por inversión o argumentum a contrario, cuando no procede lógicamente la analogía. Hay que precisar, sobre todo, que en Aristóteles la búsqueda de la verdad comienza en las opiniones (endoxa), esto es, en lo tópico, sigue con el argumento a contrario (διαπορησαι προς αμφοτερα) (dialéctica) y concluye con la crítica (εξεταστική) como lo más esencial de la dialéctica. Es, pues, una fase a nivel del análisis⁶².

8.1. La relación entre conjuntos heteromorfos

No hay analogía, en principio, entre grupos heteromórficos, y en este sentido no son doctrina legal, a efectos de casación, las sentencias de las Salas 3.ª, 4.ª y 5.ª de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, ni hay analogía posible entre dolo civil y el dolo penal (Sentencia de 21 de enero de 1972, A. 310), ni entre los

⁶¹ Cfr. Contenciosas, Sentencias de 22 de marzo de 1972 (A. 2164), 25 de octubre de 1971 (A. 4267), 23 de noviembre de 1966 (A. 5696), 17 de octubre de 1966 (A. 4232), 4 de junio de 1966 (R. 3162), 11 de junio de 1971 (A. 3139), 30 de octubre de 1971 (A. 4510) (no distingue entre desistimiento y renuncia, alegando el artículo 98 de la Ley de Procedimiento Administrativo). La afirmación del texto ha de entenderse con cautela, por cuanto hay supuestos excepcionales de aplicaciones analógicas (de norma a norma) entre conjuntos heteromorfos. Así, la retroactividad en el régimen disciplinario *pro reo*, «dado el matiz semejante a las normas punitivas» (Sentencia de 17 de mayo de 1973, entre muchas), pero cabe pensar en un principio superior a ambos conjuntos y directamente inordinado en la estructura general del Derecho (interpretatio *in mitius*, aspecto que elimina esta aparente excepción).

⁶² Cfr. Martial GUEROU, «Logique, Argumentation et Histoire de la Philosophie chez Aristote», en *LeA*, 21 a 24 (1963) 431.

artículos 528 del Código penal y 1474 del Código civil. La ratio legis es aquí de mayor intensidad en el Código penal que en el Código civil.

En el mismo sentido de aplicar los principios generales con carácter expansivo y directo conectados a la legalidad, prescindiendo de normas de rango inferior, las Sentencias de la Sala 6.^a de 17 de marzo de 1973 y 17 de junio de 1972, que declaran la compatibilidad de la pensión de vejez y pensión de viudedad, pese a lo dispuesto en la Orden ministerial de 13 de febrero de 1967. La analogía se produce aquí por aplicación del número 2 del artículo 56 del Reglamento general de Régimen Especial Agrario, de 23 de diciembre de 1972, en cuanto al nivel de prestaciones no inferior, en el campo, a las correspondientes de la industria.

9. LOS ARGUMENTOS A FORTIORI Y A PARI

Para analizar el alcance y valoración de los llamados *argumentos a fortiori y a pari* es conveniente una percepción previa referida a las normas que se ponen en conexión a través de la analogía⁶³. Las implicaciones del argumento pueden ser inciertas o contradichas⁶⁴. ¿Procede el argumento a pari o a contrario? El argumento a fortiori está lejos de ser cierto siempre. Un pensamiento, en efecto, puede ser más o menos coherente, profundo o superficial, conllevar presupuestos de desigual valor. Quienes están convencidos que una u otra de las soluciones es la lógica, examinaron antes las soluciones normativas o jurisprudenciales anteriores, es decir, lo *positivamente consagrado*. Si las opiniones son muy encontradas y las divergencias irreductibles, precisará una norma interpretativa; será un Derecho positivo *in potentia*, pero eso es algo que puede y debe evitarse fijando los límites lógicos de aplicabilidad. KLUG utiliza la idea de implicación extensiva e intensiva para resolver la duda. A veces se define con imprecisión lo que es la similitud. En lógica deóntica el argumento no es irreversible, sino cuando se traduce en una conclu-

⁶³ Cfr. Carlos E. ALCHOURRON, «Juristische Schluesse a fortiori und a pari», en *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*, herausgegeben im Auftrag der Internationalen Vereinigung fuer Rechts und Sozialphilosophie, Ibero-Amerika Verein, Hamburg, 1965, pp. 5 a 27.

⁶⁴ Cfr. Henry BATIFFOL, «Sur la positivité...», en (Mel. Dabin), *op. cit.*, pp. 13 y 14.

sión deductiva, lo cual puede hacerse mediante la definición de un dominio de similitud, como lo hacen todas las ciencias.

Para el argumento a contrario, la duda surge cuando el edictor de la norma descuida precisar la especie de implicación entre hipótesis y consecuencias jurídicas. En la lógica proposicional, en efecto, se usa la implicación intensiva (si p entonces siempre q), intensiva (sólo si p entonces q) y recíproca (si y sólo si p entonces q). El argumento a simili y el a contrario no son reversibles, porque son autónomos (pese a la opinión contraria, encabezada por NAWIASKY)⁶⁵.

Sin perjuicio de ligar estos argumentos a la analogía, se mantiene que pueden reducirse a inferencia de la Lógica formal (AFTALION, GARCÍA OLANO, VILLANOVA, F. GÉNY, BORDA): estos apotegmas no serían de este modo sino *reglas lógicas*.

Frente a esta tajante afirmación el Derecho norteamericano los considera (HOLMES) como *fallacies of logical form*, siguiendo la conocida frase de BACON: "la lógica que se usa hoy es más adecuada para declarar y garantizar los errores que se cometen cotidianamente que para investigar la verdad; es más perjudicial que útil". Toda ciencia busca su lógica, pero la lógica de enunciados contiene sólo reglas de inferencia vacías, que cada ciencia ha de rellenar; es como un complejo de matraces, tubos correctivos y derivaciones apto para una síntesis de proteínas o para la destilación de alcohol, depende de lo que se ponga dentro de los enunciados. Con todo, el progreso del Derecho es incomprensible sin tener en cuenta su multipolaridad. Justicia en la decisión, compatible con cierta predictibilidad de la misma, progreso en la justicia y lógica. Esta funciona más bien como regulador-freno de verdad. Pese a ello, el Derecho nunca ha renunciado de plano a la lógica (sobre todo en el operador edictor normativo) aunque el operador aplicativo (Administración y Jueces) hayan tenido que bailar en la cuerda floja que va desde la lógica a la justicia, desde lo verdadero a lo justo. Naturalmente que preferiría en todo caso una armonía total, pero la realidad del Derecho positivo se lo veda. Y de ahí los argumentos pseudo-lógicos, pues el Derecho está abocado a la decisión justa, sea o no verdade-

⁶⁵ Los valores de las tablas veritativas son para la implicación extensiva $\rightarrow$ VFVV, para la intensiva $\Rightarrow$ VVFV y para la recíproca $\leftrightarrow$ VFFV. No es reversión el argumento a contrario, sino en la implicación extensiva (no en la intensiva y recíproca

$$(RV \Rightarrow RF) \rightarrow (RV \rightarrow -RF)$$

y no

$$(RV \rightarrow RF) \rightarrow (RV \rightarrow -RF)$$

ra en su inferencia. Los argumentos tópicos no pueden cimentarse en la validez-verdad de la lógica, pero tampoco son falsos a priori. Es decir, con ciertos condicionamientos pueden reconducirse a la lógica formal.

El argumento a fortiori y a pari surge en Aristóteles (Retórica II, cap. 23, IV): "*otro tópico es el del más y del menos*", "otro, a partir de las cosas homólogas, porque de manera semejante es necesario que tengan o no tengan los mismos predicados" (Ret. II, 23, II), "otro tópico proviene de que la consecuencia es la misma, porque también es lo mismo aquello de que deriva" (Ret. II, 23, XVIII). De ahí salieron los *argumenta a fortiori* y *a pari* en el Medievo. La misma técnica de Sujeto (S)-Predicado (P) se remonta a Aristóteles. El esquema del argumento a fortiori es el siguiente ⁶⁶.

X - R - Y ... A tiene más dinero que B

Y - R - Z ... B tiene más dinero que C

Conclusión: X - R - Z ... Ergo: A tiene más dinero que C

⁶⁶ Cfr. OLDENDORP: «Totum quantitatis dupliciter accipitur. Alias, cum alicui rei adijcitur signum universale, quod refertur ad omnia ejusdem significationis. Alias quando numerus maior ad alios minores refertur, ut centum, respectu quinquaginta, viginti decem, quinque.» Y añade: «quidquid vere affirmatur vel negatur de toto, id etiam vere potest dici vel negari de partibus» (op. cit., pp. 28-29). La repetición de la regla es incesante: In eo, quod est plus, semper inest et minus (en lo que es más, está siempre comprendido también lo que es menos). Plus semper in se continet, quod est minus (C. 35, de regulis juris, in Sexto, 5, 12; siempre lo que es más contiene en sí lo que es menos), major pars trahit minorem (la mayor parte atrae a la menor); Cui majus conceditur et minus concedi videtur (A quien se concede lo que más se entiende también lo menos); Argumentum a majori ad minus valet, si utrobique sit ratio eadem (DECIO, In tit. ff. de reg. jur.), cui licet quod est plus licet utique quod est minus (C. 35 de reg. jur. 5, 17), recogidos reiteradamente por la jurisprudencia (Sentencias 10 de marzo de 1903, 10 de marzo de 1905, 4 de enero de 1916, 18 de diciembre de 1940, etc.). Esto en lo que se refiere a la intensidad del Derecho, potestad o facultad. En cuanto a su extensión, los aforismos son igualmente abundantísimos: In toto et pars continetur (GAYO, 1, 113, D. de regulis juris, 51, 17): In toto partem non est dubium contineri (C. 80, de regulis juris, in Sexto, 5, 12): Apellatione rei pars etiam continetur (PAULO I, 72 D. de verborum significatione), y en la glosa. Tota in pars et tota in qualibet parte; major pars trahit minorem; argumentum de toto ad partem est in jure validum (DECIO, In tit. ff. de reg. jur.) con la excepción de argumentum de toto ad partem non valet, quando lex differentiam facit inter totum et partem (DECIO, ibidem); Approbatione totius rei, quaelibet ejus pars approbatur. Cfr. S. 19 diciembre 1913. En otro orden, pertenece al mismo género el apotegma Qui indignius est inferiore ordine, indignior est superiore (Pomponio: D. 1, 9, 4).

Este esquema incluye el argumento a fortiori, pero éste no se reduce siempre al mismo esquema: es decir, el esquema es condición necesaria, pero no suficiente, para caracterizar el argumento a fortiori. Para ello es necesario analizar la relación (R) y su necesaria naturaleza de *transitividad* y *asimetría*. En el caso propuesto por KLUG (si la ley prohíbe que vayan dos en una bicicleta con más razón prohibirá ir tres) no se trata tanto del argumento a fortiori como de una simple subsunción: ir tres pertenece a la prohibición puesto que van dos en bicicleta (HOROVITZ). De todos modos, hay que lamentar que los ejemplos dados en la lógica deóntica —incluyendo el cálculo de normas de S. MAZAS— sean tan triviales.

KLUG indica que “si una relación R es tal que si vale xRy vale también yRx ; tal relación se llama simétrica. Si valiendo xRy no vale siempre yRx , tal relación se llama no simétrica; y si con xRy no vale nunca yRx , la denominación es de asimétrica. Relación simétrica es, por ejemplo, la de que x es parte contractual con y porque si vale entre $x - y$ vale igualmente entre $y - x$, ya que siempre que x tenga un contrato con y , y tiene un contrato con x . Mas en la relación x es apoderado de y , la conversión es no simétrica, porque no siempre que x sea apoderado de y , será y apoderado de x , podrá serlo o no serlo. Es relación asimétrica la de que x es heredero de y , porque la conversión no vale jamás ya que aun en el caso de herencia recíproca o bien x ha sobrevivido a la muerte de y , y se constituye su heredero por tal hecho, o al revés, y presupone la muerte de x . Así que cuando nos consta que vale una parte nos constará que no puede valer la otra. Es también asimétrica la relación de legítima defensa, porque la relación “ x hiere a y con ocasión de una riña, pero en legítima defensa”, no es invertible. Si z es el antecedente e y el consecuente de esta relación, queda, por el mero hecho, excluido el que y pueda ser el antecedente y z el consecuente, ya que sólo una de las dos partes puede haber obrado en legítima defensa.

Otra propiedad importante de las relaciones de Derecho es la de transitividad; una relación R se llama transitiva si xRy , yRz implica xRz . En caso diferente, será no transitiva. Y si con xRy e yRz no vale jamás xRz , la relación será transitiva.

Algún ejemplo aclarará estos presupuestos de asimetría y transitividad.

Según el Código civil, todos los derechos patrimoniales son renunciabiles, en tal modo que se puede renunciar a un legado, pero

no a un contrato administrativo, que es una relación asimétrica, en el sentido de que no hay posible inversión de situaciones jurídicas entre las dos partes contratantes. Por ello, y pese a que la Ley de Contratos del Estado no prevea el supuesto, la renuncia del contratista de obras públicas, tal renuncia se interpreta como abandono de las obras e incumplimiento culpable, con pérdida de fianza y resarcimiento de daños y perjuicios a la Administración. Aquí la asimetría es el primer presupuesto, y es evidente que existe⁶⁷. Asimismo, la relación es transitiva, ya que la consecuencia en uno y otro caso, renuncia o incumplimiento del contratista, produce la misma consecuencia de frustrar el fin del contrato, paralizar las obras y perjudicar a la Administración.

Otro supuesto es la posible aplicación de las revisiones de precios de los contratos de obras públicas a los de compra o suministro (Decreto de 22 de mayo y 11 de junio de 1963). Es clara la imposibilidad de analogía por falta de transitividad. El contrato de obras supone un tracto sucesivo, y no la compraventa o el llamado suministro administrativo (salvo que suponga tal tracto, en cuyo caso recobra la relación su transitividad y es aplicable el argumento lógico). Quizá el modo de comprender el auténtico sentido de la asimetría y de la transitividad como presupuestos condicionantes de la aplicabilidad lógica del argumentum a fortiori sea narrar un paralogismo, de aplicación falaz del argumento, por no tener en cuenta cabalmente los requisitos de transitividad y asimetría. En Europa Oriental, donde los rabinos eran predicadores, pero sobre todo eran los jueces y árbitros para las cuestiones de moral, religión y Derecho talmúdico, se cuenta la siguiente anécdota: "Ante uno de esos rabinos-jueces se encuentra un acusado. Ha sido sorprendido con la mujer de otro en flagrante adulterio. 'Sinvergüenza', le grita el rabino al acusado. Maestro —suplica el reo—, está escrito que no debe juzgarse a nadie sin ser oído. Déjame demostrarte mi inocencia. Veamos: Maestro, ¿no admites que puedo tener relaciones íntimas con mi propia mujer? El rabino replica: Evidentemente. Y contesta el acusado: ¿Y él, el marido de la mujer con quien me sorprendisteis, puede tener relaciones con mi mujer? El rabino: ¡Bah!, claro que no, ¡qué ocurrencia! Ya lo ves tú mismo —responde el acusado—,

⁶⁷ El mismo término utilizado por KLUG de simetría-asimetría puede prestarse a confusiones, y hay que entenderlo en el sentido antes explicado en el texto. Es evidente que más plástico y comprensible sería el de relación invertible o el de implicación, pero esos términos están ya utilizados en otros sentidos, dentro de la misma lógica jurídica.

Maestro, si yo puedo tener relaciones con una mujer, con la que él no puede tenerlas, mejor puedo tenerlas yo con una mujer con la que hasta él puede tenerlas." Este viejo cuento yiddisch creo será más ilustrativo que una más detallada aclaración de los términos metalógicos.

Otros ejemplos de relación transitiva: x es pariente de y , ya que si vale tal supuesto y vale también el de que y es pariente de z , será también x pariente de z . La relación x es representante de y no es transitiva, porque si x es representante de y e y es representante de z , no es necesario que x sea representante de z , aunque pueden darse casos en que lo sea. Otro caso de relación no transitiva será x es cómplice de y . Por el contrario, la relación x es padre de y es intransitiva, porque si x es padre de y e y es padre de z , x no podrá ser jamás padre de z . En general, y referido sólo al Código civil, puede decirse que hay relación *simétrica*: en la permuta, comodato, mutuo, depósito, mandato, seguro, prenda, transacción, restitución de lo indebido. Hay *simetría imperfecta* en venta, alquiler, contratos aleatorios, donaciones, sucesiones y mandato remunerado. Hay *reflexividad*, en la sociedad; *antisimetría* en la ocupación, accesión, tesoro, delitos y cuasidelitos; y *transitividad* en sucesiones, mandato, hipoteca⁶⁸. Presupuestos en todo caso es que los miembros de la relación R estén unidos bajo isomorfía.

Los *argumentos a fortiori* y *a pari* surgen con los comentaristas, pero tienen su origen remoto en Aristóteles, concretamente en la Analítica Prior.

En el *argumento a fortiori* se trata de conclusión en la que las premisas utilizan expresiones de más que, o menos que, de las que se deduce a fortiori la conclusión. Por ejemplo, si está permitido prestar dinero al 12 por 100 lo está con mayor razón al 6 por 100 ($E - X$; $E - Y$).

$E - X$	Préstamo al 12 % está permitido
$X - R - Y$	Préstamo al 12 % es más caro que al 6 %
$E - Y$	Ergo: préstamo al 6 % está permitido

La validez de estas conclusiones parece evidente. Si las premisas son verdaderas la conclusión será también verdadera. Sin embargo,

⁶⁸ Cfr. André-Jean ARNAUD, *Essai d'Analyse structurale du Code Civil français*, Paris, L. G. D. Jurisp., 1973, pp. 115 y 116.

cuando las premisas están constituidas por conceptos de relación, esto es, concretan una relación entre dos o más individuos, y ello desde un punto de vista jurídico, la validez de tal silogismo comienza a perder su carácter apodíctico. Para que el argumento pueda ser cierto, la relación R de la premisa mayor y menor, precisa reunir la siguiente condición: en concreto, debe ser transitiva y asimétrica.

En el argumento a pari entran dos relaciones en juego, para caracterizar la comparación. Primero, la relación R (transitiva y asimétrica), sobre la que hay que basar el argumento a fortiori. Segundo, otra relación S con similitud en lo relevante y sobre la que se basa el argumento a pari⁶⁹.

Esta relación S pertenece a las llamadas relaciones de equivalencia, esto es, que presentan una identidad de sentido. (La igualdad es la identidad en *todo sentido*; esta es la diferencia ya desde antiguo detectada entre el argumentum a simili y el argumentum a pari.) Las relaciones de equivalencia son transitivas, simétricas y reflexivas. Una relación S es simétrica si $X-S-Y$ es equivalente a $Y-S-X$. Una relación S es reflexiva si todos los elementos u objetos regulados por S tienen la misma referencia: $X-S-X$ es verdadero.

Para el argumento a pari tenemos, pues, dos relaciones:

R (transitiva y asimétrica)

S (transitiva, simétrica y reflexiva)

No basta con ello; de la combinación binaria de las relaciones (xSy) , (xRy) o (yRx) sólo una podrá ser lógicamente inferida y será verdadera⁷⁰.

Para el denominado Derecho público, que comprende el Derecho administrativo, Derecho de familia y Derecho penal, hay un tercer requisito para la aplicabilidad lógica del argumento a fortiori: en concreto, el de que la *extensión* del derecho, deber, potestad, obliga-

⁶⁹ En otros términos dirá CANTIUNCULUS (*op. cit.*, p. 145) locus a minore est fortiori, constructive et affirmative, ab eo in quo est minor ratio ad id in quo est maior ratio: est argumentum necessarium et nunquam fallit. Locum a maiore procedit destructive et negative: si id de quo magis videtur inesse non inest, nec etiam id de quo minus (por ejemplo, si no se castiga el delito consumado, menos la tentativa). Cfr. Pablo DE CASTRO (*in lege si vero § de viro ff. soluto matrim.*).

⁷⁰ Cfr. sobre los conceptos comparativos, C. G. HEMPEL, «Fundamentals of Concept Formation», en *Empirical Science*, Chicago, 11-10 (1952).

ción, facultad o sujeción no esté compartimentado y, viceversa, que la *intensidad* de la situación jurídica no se transforme en extensión. Claramente se deja ver este tercer requisito en el reparto de competencia en el Derecho administrativo. En él, la atribución de una potestad o competencia responde al principio de legalidad. De ahí la inadmisibilidad de las llamadas cláusulas accesorias (condición, término, modo, reserva de revocación, etc.), salvo expreso o implícito apoderamiento a la Administración para ello. La prohibición, salvo ley expresa, de la avocación, es una simple consecuencia de este tercer requisito. El Consejo de Ministros no puede imponer una multa que por su cuantía está atribuida a un Ministro, y en este sentido se ha pronunciado ya nuestra jurisprudencia. De igual modo, un Ministro no podrá dictar una resolución que la ley atribuye a un Director General suyo. Son dos ejemplos de conversión de extensión en intensidad y, al contrario, de transformación de intensidad en extensión. Ambas coinciden, sin embargo, en los supuestos de delegación concreta y en las llamadas "delegaciones larvadas o camufladas". No es infrecuente ver en los textos legales expresiones como ésta: "La competencia en materia de... corresponde al Ministro de..., el cual la ejercerá normalmente a través del Director General correspondiente." No es una delegación, una suplencia o una sustitución en los términos en que la Ley de Procedimiento Administrativo los configura. Son auténticas posibilidades "camufladas" de avocación.

Igual sucede en el Código Penal. Es evidente que un parricida es un homicida, pero el tipo legal es diferente y tasado. Cumplidos estos tres condicionamientos, el argumento a fortiori deja de ser tópico para pasar a ser plenamente lógico.

Conexiones entre los argumentos son fácilmente inferibles:

- a) Si el *argumentum a fortiori* es válido, lo es también *a pari*.
- b) Si valen los argumentos *a maiori* o *a minori*, vale el *a pari*.

Naturalmente, si se trata de contenidos normativos idénticos (prohibido, obligado, etc.).

Un ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1966: "Se aborda lo que es cuestión crucial del pleito, o sea, el concreto punto de determinar si el concepto de 'novedad' aplicado a los modelos industriales ha de entenderse en un sentido 'absoluto' (referido a España y al extranjero) o solo 'relativo' (circunscrito al territorio nacional). La Sala sentenciadora, a la vista de

la diferencia que se observa analizando los artículos 174, 178 y 180 del Estatuto, en los que, refiriéndose a los modelos de utilidad se alude a que no hayan sido conocidos, divulgados o practicados en España, al compararlos con el número 3 del artículo 188, en que, reglamentando estrictamente los modelos o dibujos industriales, se determina que podrá alegarse como motivo de oposición y, por tanto, ser denegada su concesión 'cuando se probare documentalmente, ante el Registro de la Propiedad Industrial, que carece de la condición de novedad', entiende que la diferencia que se observa al fijar el ámbito territorial en que pueda quedar contradicha aquélla es intencionada, por parte del legislador, y, en consecuencia, debe entenderse que, con referencia a tales modelos industriales, la 'novedad' ha de tener un carácter absoluto. El recurrente, por su parte, estima que se trata de una simple inexpressión o vacío de la Ley, que ha de llenarse, aplicando, por analogía, lo dispuesto para los modelos de utilidad, bastando con que aquella modalidad de la propiedad industrial no haya sido concedida, divulgada o practicada en España, para que pueda concederse y ser invulnerable, por este concepto, el registro de la misma. Y para resolver la cuestión no puede menos de ser destacado el contenido del artículo 49, en que se declara, en su párrafo 1.º, que 'se considerará como nuevo, a los efectos de este Decreto-ley, lo que no es conocido ni ha sido practicado en España ni en el extranjero', requiriéndose, por tanto, una 'novedad absoluta, que no cabe referir sólo a las 'patentes', en cuyo Título y Capítulo 1.º del mismo se encuentra el artículo de referencia, puesto que el mismo se cuida de advertir expresamente que tal disposición es 'a los efectos de este Decreto-ley', por lo que, en definitiva, lo dispuesto para los modelos de utilidad constituye excepción a una regla general y no un precepto que deba extenderse, por analogía, a lo que, no prescrito expresamente, se ha de entender sometido a aquélla, por lo que siendo ajustada a Derecho la apreciación de la Sala, decaen también los motivos que se examinan."

10. LAS DIFICULTADES PLANTEADAS POR LAS LLAMADAS NORMAS PERMISIVAS Y PROHIBITIVAS: LA HOMOMORFÍA

Todas las dificultades de reducción lógica de los llamados argumentos tópicos radican en las llamadas *normas permisivas*, y sobre todo en el sofisma jurídico (no lógico) de que la negación de una

norma prohibitiva implica tanto como la permisión⁷¹. Con todo, incluso en las normas de prohibición se pone en duda la inferencia lógica.

DUALDE⁷² pone el siguiente ejemplo de Derecho Civil: "el artículo 582 del Código civil prohíbe abrir ventanas, balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no se guarda la distancia de dos metros en las vistas rectas y 60 centímetros en las oblicuas. Nada se dice en él de las azoteas de las casas, y por tanto en este punto se dibuja una laguna en la ley. El problema lo resolvió el Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 de junio de 1892 y 15 de diciembre de 1916, aplicando el argumento de analogía a *fortiori*, y dijo con relación al artículo 582: que al prohibirse lo menos, se prohíbe lo más... toda vez que la casa del demandante, de igual modo que pudiera serlo desde un balcón, se domina y registra fácilmente desde la barandilla construida por los recurrentes en su terrado o azotea, que por su extensión y por la altura que tiene dicha barandilla, equivale a un balcón de grandes dimensiones, por lo cual está comprendida en la prohibición de la Ley". El Tribunal Supremo, pues, dado que desde un terrado se puede ver la propiedad de un vecino, y dado que existe una barandilla, denominó a esto un balcón grande. Estudió directamente las semejanzas de poder registrar la propiedad del vecino y de existir una barandilla pero no se elevó a principios que había de extraer de los usos y

⁷¹ El razonamiento sólo es válido para cada subconjunto del ordenamiento (Penal, Civil, Administrativo, etc.). La categoría de la permisión (lo permitido —como uno de los fines de la ley desde MODESTINO—) ha sido el *forunculo* de la lógica deóntica, o del cálculo de normas, como se le ha denominado plásticamente. Desde 1951 hasta hoy G. H. VON WRIGHT ha tenido que ir desmenuzando una a una todas las contradicciones que se iban poniendo de relieve. Hasta el momento, ha construido ocho categorías de permisión. No obstante, el obstáculo lógico está no en distinciones sino en precisiones: porque primero se identifica, unas veces con las normas que atribuyen una competencia (destinatario: no el sujeto cuya conducta es relevante, sino el operador jurídico, legislativo, Administración o juez), otras con la constatación de que una actividad no está prohibida (con lo cual se confunde con el indiferente jurídico), y sólo pocas veces con la idea ya más que bimilenaria de MODESTINO de una norma que declara una conducta jurídicamente permitida. Todas las distinciones (partiendo de una dicotomía de permisión débil —weak— o fuerte —strong—) son complicadoras de la categoría, aparte de la enorme confusión terminológica: leyes, reglas, o conductas permisivas, y la enorme polisemia encerrada en los términos «puedo», «tengo derecho a», «me está permitido». El tema merece —y tendrá Dios mediante— su tratamiento aislado y específico. Hasta que no se establezcan las *modalidades normativas* elementales no avanzará este tema. Cfr. Z. ZIEMBINSKI, «Proba uporządkowania podstawowego słownictwa prawnicznego», en *Studia Logica*, Poznań, 1964, pp. 261 y ss.

⁷² Cfr. J. DUALDE, *Una Revolución*, op. cit., p. 86.

prácticas, de la distinta situación y del diferente destino de las cosas. También a ras de tierra se puede colocar una barandilla, no obstante registrarse la propiedad del vecino, y nadie pensará que se trata de un caso comprendido en el artículo 582 del Código civil. "Después de estas sentencias, la costumbre ha venido ratificando que entre los terrados no es razonable que existan, ni ninguna persona normal lo reclama, paredes ciegas que los incomuniquen: la vida ha venido a desmentir a la analogía."

Sin embargo, hay que indicar que el aparente silogismo no descansa sobre una base axiomática, sino que en el fondo esconde una valoración al referirse a normas permisivas. Y de igual modo encuentra su validez sólo dentro de conjuntos homomórficos. Aún más, lo que en el Derecho civil esté permitido, puede estar prohibido al menos en el Derecho administrativo. En éste, el argumento de que quien puede lo más puede lo menos es enormemente restringido en su aplicabilidad, por el principio de vinculación de la competencia. Por eso el apotegma es sólo aplicable dentro de la homomorfía de un mismo conjunto. Se aplica así dentro del Derecho civil para conductas o acciones permitidas o prohibidas que respondan a esquemas de transitividad y asimetría.

De igual modo son aplicables al Derecho administrativo con iguales requisitos de aplicación (por ejemplo, Sentencia de 13 de abril de 1971, A. 1806): si se puede expulsar a un extranjero del territorio nacional, con mayor razón se le podrá prohibir la estancia en una provincia; o la Sentencia de 14 de abril de 1971 (A. 3472), un Ayuntamiento no puede revocar por acto de contrario imperio un acto declaratorio de derechos, pero sí puede pedir la lesividad de su acto por la simple infracción, luego con mayor razón si se trata de una nulidad de pleno derecho.

Según los términos de comparación, el argumento a simile corresponde a los siguientes argumentos: 1.º, *argumentum a maiori ad minus* en las normas permisivas; 2.º, *argumentos a minori ad maius* (en las normas prohibitivas: si se prohíbe lo menos se prohíbe también lo más); 3.º según las normas contenidas los términos de comparación de conductas o actividades permisivas, prohibitivas, facultativas o imperativas, los argumentos se multiplican con iguales condiciones y argumentos de validez a los anteriormente expuestos.

De la *comparatio* en la analogía surgieron estos argumentos, como decía GAMMARO⁷³, en el sentido que *minus* y *maius* se enten-

⁷³ Cfr. GAMMARO, *Dialectica legalis, seu de modo disputandi ac ratiocinandi*

dían “non secundum quantitatem vel potentiam, sed secundum maiorem vel minorem essendi rationem”. Evehardo indicaba que el procedimiento argumentativo *a minori* debía construirse ab eo in quo est minor ratio ad id in quo est major ratio; por el contrario, el argumentum a maiori debía estructurarse “ab eo in quo est major ratio ad id in quo est minor ratio”. No olvidemos el contexto histórico y la prevalencia de la ratio legis, que nuestro Código civil actual ha hecho revivir. No se trataba, pues, de *cantidad* en el supuesto de hecho, sino de *intensidad* en la *ratio legis*. Cuando se recordaba —o se recuerda hoy— al jurista que ha de atenerse a la primacía de la ley (Non exemplo, sed legibus est iudicandum) se le está amonestando de política, no de Derecho, pues operadores jurídicos son ellos también (legislador, Administración, jueces).

Si a un eclesiástico se le prohibía vender bienes de la Iglesia, con mayor razón no podía vender la misma Iglesia: “si id quod minus videtur inesse inest, et id quod magis videtur inesse inerit”.

KALINOWSKI indica que el argumento de *maior ad minus* consiste en reconocer como ordenado o permitido, pero de una manera sobreentendida, hacer algo “menos” de lo que está ordenado o permitido expresis verbis. Si, por ejemplo, está permitido divulgar en forma impresa las actas de las sesiones de las Cortes, se sobreentiende a fortiori —como argumento de maior ad minus— que está también permitido hacerlo oralmente, puesto que hay un sobreentendido de que la divulgación oral es menor que la impresa (menor aquí quiere decir menos eficaz)⁷⁴. El argumento a maior et minus se inscribía generalmente —dice GREGOROWICZ⁷⁵— entre los argumentos de la lógica jurídica: son inferencias que hacen posible una interpretación extensiva, es decir, que deben permitir la aplicación de la ley a materias o a casos no previstos en la misma.

Pone el ejemplo —como argumento de maior ad minus— del copropietario que puede disponer de su cuota sin el consentimiento de los demás copropietarios; como argumento de maior ad minus tiene también el mismo derecho con el consentimiento de los otros copropietarios.

in juri, Bologna, 1514, 1536, Basilea, 1543 (con el título de *Topicorum Libri tres*), publicado junto a las obras de CANTIUNCULA y APELT.

⁷⁴ Cfr. G. KALINOWSKI, «Interpretation juridique et logique des propositions normatives», en *Logique et Analyse*, N. Serie, 2 (1959) 135; E. GARCÍA MAYNEZ, «Die argumentum», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

⁷⁵ Cfr. J. GREGOROWICZ, «L'argument à maior ad minus et le problème de la logique juridique», en *Logique et Analyse*, N. S., 5 (1962) 66.

Al variar un artículo se produce, o puede producir, alteración en el conjunto. Así, el artículo 855 indica como justas causas de desheredación al cónyuge las que dan lugar al divorcio, según el artículo 105 del Código civil, y en su párrafo final establece que “para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo”. Es decir, precisa separación legal más de hecho para la desheredación. Al innovarse el artículo 105, que establece el abandono del hogar como causa de separación legal, este *abandono*, de por sí, es causa de desheredación. Ahora bien, no se ve la aparición denunciada por LALAGUNA⁷⁶ de innovación alguna; pues abandono del hogar es más *intenso* que no *vivir bajo el mismo techo*, y es, al propio tiempo, causa de separación legal. Al contrario, refuerza lo anterior y vale el *argumento de minore a majus*.

Según KLUG, con el argumento de maior ad minus se entiende lo mismo que la lógica jurídica clásica designaba con el nombre de *conclusión ad subalternatam propositionem* dentro de los tipos de conclusión por su alternación, esto es, una especie determinada del grupo superior de conclusión inmediata. Según las reglas de subalternación puede concluirse de la validez de un juicio universal al del particular. El argumentum a maiore ad minus está construido, pues, para juicios alternativos, según el siguiente esquema: según KLUG

todos los *S* son *P* (propositio subalternans)

algunos *S* son *P* (propositio subalternata)

del juicio universal afirmativo —premisas— se concluye la particular afirmativa —conclusión—. De igual modo es posible concluir del juicio universal negativo al particular negativo. Por ejemplo, si el mandatario no puede vender tampoco podrá hipotecar, pues la hipoteca supone una posible venta en caso de impago. Si el demanio es imprescriptible e inalienable, tampoco será hipotecable.

Sin embargo, el uso de la expresión argumentum a maiore ad minus responde a la misma estructura de la construcción de una *clase* más extensa que la indicada en la norma, al estilo de la analogía. Si cada sujeto de la acción de la clase *X* puede hacer toda acción de la clase *A*, es que cada acción de la clase *B* pertenece a la clase de acción *A*, y entonces todo sujeto de la clase *X* puede hacer cualquier acción de la clase *B*.

⁷⁶ LALAGUNA, *Jurisprudencia*, op. cit., pp. 163 y 164.

KOTARBINSKI da la siguiente explicación: Si la ley permite un acto que representa un inconveniente de extensión o intensidad mayor, permite ipso facto, todo acto que tenga el mismo inconveniente, pero con extensión o intensidad menor. Si está permitido matar en legítima defensa, con mayor razón está permitido herir solamente en iguales circunstancias. Hay aquí —sigue— una relación extralógica sin valor universal. Y, por tanto, hay que considerar el argumento de *maiore ad minus* como un modo falible de inferencia, desprovisto de naturaleza propiamente lógica, dado que utiliza constantes extralógicas junto a las lógicas. Casi en el mismo sentido se pronuncia Chaim PERELMAN, que considera el argumento *quasi lógico* dado que no concluye siempre como lo hace la inferencia lógica o la matemática: “el argumento de *maiore ad minus* no puede servir a una demostración rigurosa, pues su utilización precisa cada vez una toma de posición que justifique su aplicabilidad a circunstancias determinadas. No se le puede calificar de correcto o apodíctico o, por el contrario, como incorrecto y sin valor, sino que es necesario caracterizarlo como relevante o irrelevante, fuerte o débil, en función de las razones que justifiquen eventualmente su empleo”.

El argumento tiene una estructura paralela a la analogía; en ambos casos tiene lugar una valoración de las dos situaciones (prevista y no prevista en la norma). La diferencia estriba en que para la analogía, el operador jurídico debe estimar si hay o no igual ratio juris y similitud en el supuesto de hecho, en tanto que en el argumento a *maiore* no hay igual ratio, sino mayor intensidad en la misma. De ahí que sea más fácil y simple la igualdad de decisión.

Contrapartida exacta del anterior argumento es el llamado a *minore ad maius*, que en la lógica clásica se denomina *ad subalternantem propositionem*; se concluye de la invalidez del juicio particular al de lo universal. La premisa dice, pues, en los juicios afirmativos: “es falso que algunos *S* sean *P*”, y la conclusión que se obtiene: “es falso que todos los *S* sean *P*”.

El ejemplo de KALINOWSKI es simple: si está prohibido pisar la hierba, con más razón está prohibido destrozarla. Se trata, igual que en los casos anteriores, de inducir conclusiones partiendo de lagunas legales. Y al igual que en ellas, puede el operador jurídico construir una prohibición más general (está prohibido todo lo que destroce la hierba, incluso pisarla). Así reconstruido el precepto —Obersatz—, la inferencia lógica puede legítimamente entrar en juego. En la lógica de clases se diría: “Si cada sujeto de acción de la

clase *X* debe no hacer ninguna acción de la clase *A*; y cada acción de la clase *B* pertenece a la clase de acción *A*, entonces, todo sujeto de acción de la clase *X* debe no hacer ninguna acción de la clase *B*". Es, en el fondo, como ha puesto de relieve ENGISCH, un modo de Barbara II.

En todos estos casos se viene en concluir que en la analogía, y en todos los argumentos unidos a la misma, se está utilizando una premisa tácita que equivale a interponer un precepto. En el fondo se parte siempre, incluso en los supuestos de asepsia lógica más aparential —como se ve en estos clásicos apotegmas—, de referencias a lo valorativo, a los principios generales en que el Derecho reposa. El argumentum a simile parte del supuesto de que la igualdad es el argumento de toda descripción de igualdad en el tratamiento jurídico.

El argumento a pari corresponde a las llamadas relaciones de equivalencia en que las premisas están constituidas por relaciones transitivas simétricas y reflexivas.

11. EL ARGUMENTO DE PARALELISMO DE CONJUNTOS HOMOMORFOS AUNQUE NO SEAN ISOMORFOS (S. T. S. 15 enero 1971)

Distinto de la analogía, pero respondiendo a las mismas ideas que preside el paradigma de la analogía, los argumentos a pari y a fortiori, es el llamado razonamiento del paralelismo entre instituciones. Se trata aquí de un trasplante no lícito lógico ni jurídicamente en conjuntos heteromórficos, y ésta es la razón de la falsedad del argumento. Así, cuando la relación laboral propia de las entidades gestoras de la Seguridad Social, aunque recojan en paralelo disposiciones de la legislación de funcionarios del Estado, en modo alguno le son aplicables, pues son conjuntos de Derecho laboral y de Derecho administrativo heteromorfos. Incluso aunque se trata de conjuntos homomorfos, por ejemplo dentro del Derecho administrativo, no cabe la analogía si no existe entre los grupos normativos isomorfía. En este sentido es significativa la Sentencia de 15 de enero de 1971 sobre la revisión de precios en los contratos administrativos de las corporaciones locales, pese a la suspensión de tal revisión establecida por el Decreto de 25 de febrero de 1955. La Sentencia parte de que el Decreto dictado de 1955 no ha tenido derogación expresa, ni puede estimarse la tácita, pero fundamenta sobre

todo la argumentación en el “paralelismo con el que se dictan normas para la revisión de precios de los contratos de la Administración Local, en consecuencia de las que se van dictando para la revisión de precios de los contratos de la Administración estatal”. Haciendo historia de este paralelismo recogido en el preámbulo del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales: “Las disposiciones referentes al órgano local siguen el régimen estatal”, y aunque en la legislación de contratos del Estado se haya vuelto a la revisión de precios sin establecerse normativamente el paralelo con las Corporaciones Locales, debe entenderse que no puede desligarse una y otra normativa, pues “se trata, en definitiva, de dos actividades de una misma manifestación jurídica, la contratación administrativa en la que los principios inspiradores de una y otra deben ser, por tanto, idénticos... con lo que se hace necesario procurar el mismo tratamiento”⁷⁷.

Este criterio, que hubiera podido encontrar mejor fundamento en los antiguos argumentos ubi est eadem ratio, fue contradicho casi a continuación por la Sentencia de 5 de enero de 1972, más apegada al texto de las normas y que negó la revisión de precios y, por consecuencia, el mismo paralelismo.

12. EL ARGUMENTO AD ABSURDUM: LA INTERPRETACIÓN APAGÓGICA (Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1971)

El *argumentum ad absurdum* o demostración *apagógica* consiste en la exposición de lo contrario, resultando una conclusión absurda.

Si lo que se pretende demostrar no fuese cierto, lo sería su contradictorio. *Es así* que de su contradictorio sólo se siguen tesis absurdas y consecuencias falsas. Ergo es verdad la tesis original, ya que su contradictoria es falsa. También las conclusiones permiten verificar la prueba de modo directo, o la prueba indirecta. Son casos en que la consecuencia es el fundamento esencial de la

⁷⁷ El argumento del paralelismo está expresamente reconocido en el Codex, canon 18: «Las leyes eclesiásticas deben interpretarse conforme a la significación propia de las palabras, considerada en el texto y en el contexto; si la significación permanece dudosa u oscura se ha de recurrir a los *lugares paralelos del Código* si es que existen, al fin y circunstancias de la ley y a la mente del legislador.» Pero no es con fin interpretativo, sino supletorio (cfr. canon 20).

condición o, al revés, cuando la condición es la condición de ser de la consecuencia.

Hay que demostrar que el testimonio de A es increíble. Para ello se plantea:

1. Si no es cierto que la deposición del testigo A sea creíble, habrá alguna consideración que justifique esa falsedad.

No se justifica ninguna consideración.

Ergo el testimonio de A es verdadero.

Es la llamada *deductio ad absurdum*.

2. El testimonio de A es verdad, si A podía y quería decir la verdad.

Ahora bien, A podía y quería decir la verdad.

Ergo el testimonio de A es verdadero.

Esta es la prueba directa *in modus ponendo ponens*. La prueba indirecta recobra su valor allí donde la directa no alcanza, en concreto en el *modus tollendo ponens* de la conclusión disyuntiva. El fundamento propio de la prueba apagógica es, por ello, la conclusión disyuntiva que tiene la estructura: A es o bien B o bien no-B. Pero no-B puede ser una simple negación de B; los predicados son entonces contradictorios. Lo que importa es, sin embargo, saber qué es A, y no tanto que A sea distinto de B. Otro significado se alcanza en los juicios disyuntivos, en que no-B está determinado. Así A se ha equivocado o es perjuró (tertio excluso).

O con varios miembros o elementos: A estaba en el momento del delito en su oficina, o en casa (y no en ninguna otra parte).

La prueba apagógica puede instrumentarse planteando hipotéticamente una tesis contradictoria (que lleva a conclusiones absurdas). Una prueba apagógica tiene valor propio cuando se van excluyendo todos los elementos disyuntivos hasta alcanzar el verdadero⁷⁸.

Hay que añadir, sin embargo, el elemento valorativo que interviene casi siempre en estos casos: lo absurdo no es algo más que lo lógicamente absurdo, sino lo *valorativamente absurdo*⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. W. KROHN, *Die formale Logik in Hegels «Wissenschaft der Logik»*, München, Hansen, ed., 1972.

⁷⁹ Cfr. ARISTÓTELES, *Organon*, III, II libro, cap. 11, 14417; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart-Kohlhammer, 1959; «Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens», en *Studium Generale*, 12 (1959) 76; SCHNEIDER, *Logik*, op. cit., pp. 210 y ss. En la lógica pro-

Como criterio interpretativo en la búsqueda de la norma aplicable, y para el supuesto de que existan dudas sobre la aplicabilidad, debe seleccionarse siempre aquella norma o grupos de normas que hagan eficaz la finalidad que la norma persigue y desecharse aquella que conduzca a un resultado absurdo. En su glosa a las Partidas decía Gregorio LÓPEZ (Ley VIII, tít. I, Part. 1): *Lex praesumitur rationabilis*. En el Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1971 se contempla un supuesto del llamado argumento de exclusión por absurdo. Se trataba de derribar un chalet, en virtud de ejecución de Sentencia, para después, por virtud de unas nuevas ordenanzas de edificación, volver a construir el mismo chalet como antes era. Se aplica en este Auto la imposibilidad legal de cumplimiento encajada en el artículo 107 de la Ley jurisdiccional y, desde luego, "con arreglo a la lógica también jurídica de inaceptación del absurdo, pues nada más contrario a ello puede imaginarse que derribar como ilegal un edificio para levantarlo como legal y exactamente igual, seguidamente, sin beneficio para nadie". Igual aplicación del argumento ad absurdum se verifica en la Sentencia de 23 de febrero de 1971, en que se desestima un recurso sobre petición de tendido de líneas de fluido eléctrico, pero sin contar con potencia energética, esto es, se pedía una servidumbre de paso sin energía que transportar. *Vitanda est interpretatio quae absurdos redderet legisladores*, decía el Derecho intermedio⁸⁰.

El argumento se utiliza con bastante frecuencia, si bien precisa, como antes se ha visto, un juicio valorativo y una posible elección de normas. El juez, en efecto, y más generalmente el operador jurídico, debe aplicar la ley y obedecerla, pero en la búsqueda del Derecho aplicable elegirán aquel grupo normativo más adecuado para que la norma produzca efecto y para que desde un punto de vista teleológico el fin perseguido por la norma se ajuste más exacta-

posicional se la denomina Ley de Duns Scoto, del nombre del teólogo medieval. Si *S* tiene que ser *P* o *N* y no es *N*, entonces es *P*. El nombre surge con Gorgias, *o día tou adunatou sillogismós*, como tragedia del pensamiento (*Perí me outos e peri fyseos*), *ó dia tou adunatou sillogismós peri mē outos ē peri fyseos*.

⁸⁰ Cfr. EVERARDUS, *op. cit.*, p. 181, «Non est asserendum, dicendum vel faciendum id... ex quo sequi potest absurditas, inhumanitas, scandalum vel inconveniens. Dispositio generalis sive legis sive statuti restringenda ad vitandum absurdum... absurdum dicitur id, in quo neque ratio neque aequitas militat. Añade, sin embargo, una limitación aún poco estudiada hasta hoy: «Argumentum ab absurdo tollitur, si absurdius sequatur» (p. 187: el origen de esta regla está en ALBERICO DE ROSATE.)

mente en su interpretación. La deductio o reductio ad absurdum es, de esa manera, sólo una demostración indirecta, llamada también a veces demostración apagógica, pues se trata de intentar demostrar la verdad de una tesis determinada dando un rodeo; mostrando que la contradictoria de la tesis es contradictoria con una tesis demostrada como verdadera. La naturaleza del argumento pseudológico se evidencia cuando se le conecta con el llamado desde el siglo XVI *argumentum ad absurdum*. Si la negación o el rechazo de una conclusión absurda conduce a un absurdo mayor, hay que admitir la conclusión absurda (CANTIUNCULUS). Todo es, en definitiva, relativo en cuanto a la consecuencia jurídica. Como se ha indicado, en todo caso se trata de un juicio de valor, y lo importante del argumento es el valor del resultado, que deja así de pertenecer a la lógica formal para entrar en la axiomática jurídica⁸¹.

13. LA POSIBLE LOGIZACIÓN DEL DERECHO Y EL DERECHO COMO CIENCIA

Quisiera aclarar que he pretendido racionalizar lo irracional según lo formalmente ilógico, pues considero una apreciación no apresurada que la lógica formal no tendrá la salida que sus propios autores preconizan como no hagan lógicos o limiten los llamados argumentos tópicos, esto es, si no establecen las reglas de explicación lógica del topos o de los llamados argumentos tópicos. Me ha sido necesario, para ello, no sólo una serie de precisiones difíciles de captar, incluso para el iniciado o para el experto en el manejo de la lógica formal o jurídica, pero creo honestamente que es menester insertar todo lo que la lógica formal considera como ilógico o extralógico en un sistema jurídico con sentido⁸². Es un fácil escape

⁸¹ Cfr., entre muchas, las Sentencias del T. S. de 31 de mayo de 1966 (A. 2887) y 14 de octubre de 1964 (A. 4241), «La exégesis de un precepto legal no puede llegar a un resultado absurdo».

⁸² Ya LEIBNIZ intentó la formalización (definición del ámbito de aplicabilidad y eliminación del original carácter reversivo de los argumentos). Así, en *Nova Methodus*, op. cit., p. 90: «Elementa enim ita comparata esse debent more mathematico, et ex iis omnes quaestiones possint decidi... Ita si argumentum ex textu elementorum vel legum sit a simili, contrario causa, effectum, genere, toto, parte alioque loco topico, pro quolibet sit certum signum; ita qui textum evolvit, et signum intuebitur, vim argumenti facile perspiciet, eoque ipso ingenium exercebit, nec quicquam brevitatis ei officiet. Sed haec aliquando exemplo magis et factis, confecto tali Breviario, quam nunc verbis ostendemus v.g. pro loco a contrario esto signum (). a simili (). a causa O.— ab effectum —O.

construir una ciencia jurídica pura que prescinda de la sociología o de la ideología de los edictos o, más generalmente, de los operadores jurídicos; pero el Derecho es, fundamentalmente, una ciencia valorativa, imbuida de ideología en todos sus niveles hasta el punto de que la separación de hecho y derecho no supone, en muchos casos, sino respuestas pagadas según se presenten los hechos. Es más, esta separación del caso a la norma ha de salvarse en alguna forma si se quiere conseguir de una manera válida lo que está ya realizándose de una forma, a mi juicio, inválida. Las *contradicciones*

a genere $\sqsubset$, a specie $\sqcup$. a toto $\sqcap$ a parte $\sqcup$. Et quoties duae leges vel duo loca elementorum conjuncta demum vim concludendi ostendunt, ibi potest adhiberi signum.» Más adelante define la lógica (pág. 97): «Analysis logica est: occurrentium definitionum, divisionum, propositionum, syllogismorum ordinis; et singulorum non solum ratione inventionis seu locorum ex quibus sunt, sed ex ratione iudicii seu maximarum ad quas exigenda sunt consideratio», citando antes a Justus BRAVEN, Ger. BODDENIUS, Bernard GOSMANN y ALCIATO. La interpretación es real (análisis de una ley aislado) o *textualis* (*χαραπὸδα*) al legis totalis verba, et agit de *connexione* legis cum aliis legibus» (p. 91) «Ad logicam juris pertinent, Jurisconsultorum rationes definiendi, dividendi, casus formandi per artem combinatoriam». La lógica cita a Hottmann, Schickhardt, Evehardo, Brunner, Felde Cujas, Cantuuncula. Antitópico fue también Egidio Mommerio (negat haberi debere locos communes, p. 33), Meyer, Antonio MATTHEAE: «Analytica seu ars iudicandi, mihi quidem videtur duabus fere regulis tota absolvi:

1. Ut nulla vox admittatur nisi explicata
2. Ut nulla propositio nisi probata.

LEIBNIZ enuncia el principio de razón también en estos términos: principium reddendae rationis: el principio del fundamento, en cuanto que éste, el fundamento, exige que se dé cuenta de él. Omnis veritatis reddi ratio potest, escribe Leibniz: se puede dar razón de toda verdad. El principio exige dar razón —reddere—, entregar, devolver, re-presentar la razón de todo lo real. Leibniz lo llama principio de demostración, de demostración de toda afirmación. Así considerado, el principio es un principio del conocimiento, de lo real en cuanto conocido, no de lo que es. Sin embargo, el principio, en cuanto que exige que lo real dé, entregue su razón, su fundamento, no se puede decir que sea exclusivamente un principio del conocimiento. Ese dar razón se refiere ciertamente a las cosas en cuanto re-presentables, en cuanto objetos para un sujeto cognoscente, pero, asimismo, en cuanto que esos objetos representan lo que son en sí. Heidegger nos dice que eso es lo que hace grande al *principium grande*, que ésta es su fuerza; es la fuerza del fundamento que exige darse, entregarse, dar cuenta de sí. Con el criticismo kantiano y su consumación en el idealismo termina, según Heidegger, la historia del principio de razón como principio de los entes. En este desenlace se hace patente el desdoblamiento del concepto de razón-fundamento (Grund), en el doble sentido de razón razonante (Vernunft), razón calculadora y de razón formalmente fundante inherente a las cosas. Pero la razón es para el pensamiento moderno, postkantiano, ante todo, esto: cálculo, capacidad de ajustar de modo exhaustivo todo lo real al dominio objetivante del intelecto, de la razón. La ciencia y la técnica modernas son los últimos frutos de esta razón calculadora y fundante: y ya queda dicho cuán amargos son estos frutos, cuán desdichadamente dejan al hombre desamparado, sin tierra firme y bien fundada.

lógicas son reducibles en el Derecho, pese a la contraria afirmación de algunos lógicos que no tuvieron en cuenta el aserto inicial de KALINOWSKI. Un sistema jurídico puede admitir la negación del principio de no contradicción, sin perder necesariamente su coherencia, cosa que no puede hacer de momento el cálculo deóntico de normas y que no podrá nunca aceptar una lógica ontológicamente axiomatizada. No son antinomias, sino contradicciones positivas —creo que hasta las inventadas por MUNZER en 1973 tendrían solución— que han recibido respuesta reductiva. Esto es, toda contradicción —no la antinomia, que suscita una temática mucho más simple— precisa la reducción deóntica, al estilo de la eidética en la fenomenología⁸³, según la ratio legis.

La ratio legis no sólo extiende su potencialidad a la explicación de la norma a efectos aplicativos, a la admisión y rechace de la analogía, sino incluso a la aclaración de aparentes contradicciones. Así parece existir una contradicción en el artículo 1964 del Código civil (la acción hipotecaria prescribe a los veinte años y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince).

La hipoteca es garantía real de un crédito, pero tiene término especial. La contradicción se resuelve en una mera antinomia, aun-

⁸³ Así, el art. 149 del Código civil: el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos o pagando la pensión que se le fije, o *recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*. De otro lado, esto provoca, o puede provocar, la contradicción con la pérdida de una de las facultades esenciales de la patria potestad. El Tribunal Supremo zanjó la contradicción —que no antinomia— estimando que no cabe que el deudor acoja a la nieta en su casa, pues ello privaría a la abuela de la patria potestad (S. T. S. 25 noviembre 1899). Igual con la madre natural y el padre natural (S. T. S. 5 diciembre 1903): es la solución a la contradicción lógica entre los arts. 149 del C. civil y el de patria potestad. Este y muchos otros ejemplos aducibles muestran esta reducción deóntica, previa al cálculo de normas, pero eso es algo que sólo el jurista puede solucionar, no el matemático. Cfr. Enrique LALAGUNA, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho, Pamplona*, Aranzadi, 1969, cita otros muchos ejemplos que serán analizados, cfr., en general, T. MAUTNER, «The Absent-minded legislator», en *LeA*, 53-54 (1971) 105; *ibidem* Lincoln REIS, «Some Thoughts on the Limits of Legal Reasoning» (p. 137); *ibidem* Norbert BOBBIO, «Le bon législateur» (p. 243). La solución jurídica de contradicciones es una aporética lógica, impuesta por la naturaleza del Derecho imperfecto. Una clara contradicción existe entre los arts. 759 y 799 del Código civil al estar en un mismo cuerpo legal, no cabe ninguna de las reglas resolutorias de antinomias y ha de ser calificado el problema de contradicción. Ahora bien, las soluciones dadas divergen profundamente, pero son conciliables. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, I, 3.ª ed., Madrid, 1968, p. 678; LALAGUNA, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1969, pp. 219 y 220.

que históricamente haya significado una contradicción, al exhumar, como pone de relieve LALAGUNA, la controversia ya antigua sobre la Ley 63 de Toro (veinte años la prescripción general y treinta a la acción donde haya hipoteca o donde la acción fuera mixta de personal y real). La coincidencia en veinte años reproducida en la Ley Hipotecaria de 1861 vuelve a aparecer en el Código civil⁸⁴. La sentencia de 8 de noviembre de 1960 alude a unión de crédito más derecho real: "No puede imaginarse la acción hipotecaria sin un prius, que llegue a constituir un elemento esencial de su concepto, del crédito asegurado, pues de otro modo habría que admitir que el tiempo de diferencia supondría una hipoteca vacía o independiente, siendo así que el crédito hipotecario constituye una carga o gravamen que ha de prevalecer sobre el simple crédito personal." Por eso se ejercita contra el deudor (Sentencias de 7 de noviembre de 1914, 21 de febrero de 1915, 21 de junio de 1919, etc.). Pero no es precisa esa consideración doctrinal, cierta de otra parte; bastaba aplicar la *lex specialis*. Hay, en efecto, créditos (hereditarios y de otra índole) garantizables mediante hipoteca y con plazo menor: prevalece el de veinte años. Sin embargo, como los Humanistas vieron claramente, puede incluso no haber antimonía; los veinte años protegen contra el *tertius possessor*⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. los trabajos de LÓPEZ DE HARO en *RGLJ*, 140 (1932) 172; BELLVER CANO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1934), 661; Díez-PICAZO, ALBALADEJO, ROCA SASTRE, etc., en el sentido arriba indicado.

⁸⁵ Cfr. DONELLO, *op. cit.*, cap. XXIV, p. 30: *Excipiuntur hic quoque actiones quaedam genera ipso duae, hypothecaria interdum generaliter autem omnes actiones iudicio inclusae. Primum hypothecaria sed tum, cum movetur adversus debitorem, ejusdem heredem haec adversus hos possessores excluditur, non ante... Interest igitur utrum pignus possessum sit ab extraneo alioquin se diuturni temporis possessione tueatur adversus creditorem pignus persquentem; an vero a debitore ipso a quo pignus est, aut herede ejus: si ab extraneo, si quidem bona fide, an justa causa aut herede ejus... Igual en Antonio GÓMEZ, *op. cit.*; en Juan Bautista de VILLALOBOS: *Antinomia Juris Regni Hispaniarum ac civilis in qua practica forensium causarum versantur, ac Aerarium commune opinionum communium, Salmanticae*, excudebat Alexander a Canova, 1560: *actio hypothecaria tam in debitore, quam in alio tertio retinente rem hypothecatam quanto tempore praescribitur*, fol. 6, núm. 33. Se repite la fórmula en Antonio VÁZQUEZ DE CHAVES, ad 1. C. Lusitani bififormis tractatus de usucapione et praescriptione et ad interp. jur. Matriti, excudebat Andrea a Parra, Gaspar García, 1617: *Usucapione vel praescriptione jam completa rei hypothecariae titulo obligata, si res ipsa ab eo, qui usucapione dominus factus est, detineatur alio insuper longo tempore praescribetur hypothecari; quae singularis est declaratio et limitatio* (BALDO 1, de usucap. pignor.). Cita a PARLADOIRO en el sentido de que la *litis contestatio* no interrumpe la prescripción. VÁZQUEZ justifica la excepción en vista al *tertius possessor* (II pars. parágrafo 45).*

Hay una especie de vindicta particular de las Ciencias naturales⁸⁶ —aceptado aquí el término en su sentido convencional— respecto del filósofo y el jurista. Durante dos mil años estuvieron supeditados —e infravalorados— al filósofo y al jurista. Ha habido una especie de desvío abrumador, de desconfianza, recelo, hostilidad y escarnio del filósofo al científico natural, que pasa ahora, tras dos milenios, su factura. Santo Tomás se ocupó de química, como Newton, como Leibniz, pero lo ocultaron ante toda esta enorme presión social que trataba con desdén y orgullo a estas “actividades de segundo orden”. Han pasado los siglos y los descubrimientos más revolucionarios y fecundos han partido de estos segundones desheredados, en tanto la filosofía y el humanismo han ido cayendo en la acrimonia histórica, de la que son indicios la prematura tecnificación de la psicología, de la economía frente a la inmovilidad del Derecho. Lo malo es que la máquina o la técnica siguen siendo consideradas en gran parte la *voraz*, como la llamó JÜRGEN; de no cambiar las cosas —y será preciso para ello una catarsis profunda— el Humanismo llegará a ser pieza de Museo, como lo es la Arqueología. El Derecho dejará de ser ciencia para ser algo pragmático, retórico, un arte menor, no un epifenómeno de la política, sino un subproducto de la misma. Y lo malo es que no estamos absolutamente condenados a presenciar el desarrollo —no fatal— de los acontecimientos. Un naufragio del humanismo implicará la atrofia de los impulsos creadores del espíritu y afectaría en sus raíces vitales a la misma técnica. El Humanismo, la Filosofía y el Derecho han de desarrollarse en mayor proporción al progreso de la técnica, aumentando su

⁸⁶ «Le indagine dei giuristi e il loro valore scientifico», en *Scientia* (1945), 59. Toda la lógica formalizada, surgida fuertemente desde 1950, puede ser la esperanza de este callejón aparentemente sin salida. Pero eso es otro libro, que Dios mediante, prometo escribir. Las Ciencias llamadas naturales (bioquímica, física, matemática, astronomía) están más allá de la calle. Cfr., entre muchos, William S. BECK, *Modern Science and the Nature of Life*, A Pelikan Book, Penguin Books Ltd., Middlessex, 1957 (p. 55: «Decline and Fall of the Absolute», p. 60, Words, conceptions Models and Meaning, Decline of *Either* the fall of or, p. 63, The Taste of Frustrations. N. W. PIRIE, *The Meaninglessness of the Term Life and Living*, 1953; Marie BAAS, *The Scientific Renaissance (1450-1630)*, Harper and Torch Books, N. York, Harper and Row 1966. WHITEHEAD llegará a decir «La nueva situación del pensamiento surge por el hecho de que la teoría científica está pasando la frontera del sentido común (outrunning common sense), que era la confortante complitud del siglo XIX. Sólo el cielo sabe qué tipo de contrasentido o de aparente absurdo se demostrará mañana que es verdad («Heaven knows what seeming nonsense may not to-morrow be demonstrated truth»)). John Henry NEWMAN, *University Sketches*, N. York, a division of St. Paul's Publications, s. d.

cometido y su responsabilidad. Pues el dilema derecho-técnica puede aportar factores de amenaza de la divergencia —ya actual— entre desarrollo técnico-económico y jurídico. Mostrar esto ha sido uno de los fines de este trabajo, que concluyo con la conciencia de ser sólo una advertencia y no una solución.

14. LOS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS DE LA LÓGICA JURÍDICA

14.1. *Los límites lógicos estrictos*

No solamente la lógica, sino también cualquier otra ciencia, como la física, la química, y cualquier otra de las llamadas antiguamente naturales, han ido progresando más que por la acumulación de nuevos datos —lo cual en tales terrenos es siempre importante en cuanto sean demostradores de falsibilidad o de falsedad (falsibilidad-POPPEr)— sino también por la aparición de las paradojas. La paradoja constituye, desde los tiempos de Zenon, el mayor acicate que el científico en cualquier rama ha tenido para reconstruir su ciencia, ante el riesgo de tener que declarar anticientífico todo su trabajo. Bueno será aclarar que la mayor parte de las paradojas —opinión verdadera o no contraria a la opinión general y unión de ideas aparentemente irreconciliables—, bajo ese nombre y en los de *antilogia* y *endiarias*, aparecieron en Grecia. Cuando un modesto matemático noruego, ABEL, explicó los criterios de convergencia de las series matemáticas, los matemáticos más ilustres que asistieron a esta conferencia se precipitaron literalmente a sus domicilios para comprobar si en todo lo que habían escrito habían incurrido en alguno de los criterios de falsa convergencia allí denunciados. Me refiero nada más y nada menos que a ilustres matemáticos en pleno auge de su gloria científica. La paradoja es así la espuela que estimula al científico a superar de nivel en nivel su concepción teórica de su rama peculiar de la ciencia. Todas ellas, sin embargo, encuentran a su vez una doble consecuencia: la paradoja, de un lado, puede resolverse elevando el nivel de abstracción y, por tanto, de dificultad de comprensión de la teoría o, por el contrario, marcar un límite a la aplicabilidad científica de esta misma teoría. “La verdad final —decía Jenófanes— no la conocerá aquí nadie, pues todo es tan sólo una red de conjeturas”, sobre todo cuando conectamos la lógica a los hechos.

Un ejemplo singular del primer supuesto —superación de lo contradictorio mediante una mayor abstracción— lo supone a la lógica la llamada paradoja de Bertrand Russell. Un bibliotecario confecciona un catálogo de todos los catálogos bibliográficos existentes hasta el momento. La paradoja surge cuando el logicista se pregunta si este bibliotecario debe incluir su propia obra o no en el Catálogo. Si son los catálogos de otros existentes hasta la época en que comenzó su trabajo, no puede incluirlo, pues es posterior, pero a su vez, está en la clase definida por el trabajo a realizar. Esta paradoja de Russell, junto a otras más ligadas a la matemática, hicieron surgir los Principia mathematica de Whitehead y Russell. De igual modo puede establecerse que la teoría de los conjuntos o la famosa cortadura de Dedekind vinieron a intentar resolver la paradoja del continuo o de Aquiles y la tortuga. Una pequeña anomalía en los datos astronómicos permitió a EINSTEIN la construcción de la Teoría de la Relatividad restringida.

Paradoja y progreso están inexorablemente unidos, pero el progreso arrastra siempre un cierto lastre: este lastre lo constituye la mayor y mayor abstracción de las ciencias. En la matemática y en la física todo esto es verificable y cualquier matemático estará conforme en que ya no existen las viejas paradojas, pero a costa de que su ciencia haya devenido una explicación científica difícilmente representable incluso en gráficos, y, por tanto, necesitada de un especial talento de abstracción para comprender el sentido íntimo de la misma.

En la lógica jurídica, simplemente un aspecto, más que una parte de la lógica formal, tales paradojas no dejan de existir y son ya tradicionales. Algunas han sido resueltas al pasar a la lógica matemática o formal, pero siempre es bueno mentar algunas de aquéllas que no tienen solución y que constituyen, por tanto, el límite del posible avance hacia la lógica del Derecho.

No quisiera ser aquí exhaustivo, pero tales paradojas lógicas son desgraciada o afortunadamente bastante numerosas. Basta con la pregunta erotérica⁸⁷:

¿Has dejado alguna vez de volar con tus alas? ¿Has dejado al-

⁸⁷ De ἐρωτησις = pregunta. Cfr. K. ADJUKIEWICZ, *Logiczne podstawy Naukaczania*, 1934; M. PRIOR-A. PRIOR, «Erotic Logic», en el *Philosophical Review*, 64 (1955) 43; G. STAHL, «La lógica de las preguntas», en *Anales de la Univ. de Chile, Santiago*, 102 (1956) 71; TADEUCZ KUBINSKI, *Wstęd do logicznej teorii pytan*, Warszawa, Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, 1971.

guna vez de mentir? Preguntas que en una proposición de *sí-no*⁸⁸ son incontestables, habiéndose construido gran parte de la lógica moderna sobre tablas veritativas fundamentadas en este mismo dilema *sí-no*. La pregunta erotérica no cabe en tal tabla veritativa de *sí-no*. Si digo que he dejado alguna vez de mentir, digo que he mentido muchas veces, lo cual puede ser falso. Si digo que no he dejado de mentir, reconozco que soy un pertinaz mentiroso, lo cual puede también no ser verdad. Muchas veces en los ejemplos más agudos de la pregunta erotérica, tales como ¿has dejado alguna vez de ser imbécil? u otra parecida, no hay contestación posible de *sí o no*.

La famosa paradoja de Epiménides se conserva hasta nuestros días sin una acertada respuesta sobre el dilema verdadero-mentiroso. El dilema aparece incluso en El Quijote: "Un caudaloso río dividía los términos de un mismo señorío (y esté v.m. atento, porque el caso es de importancia y algo dificultoso): digo, pues, que sobre este río estaua una puente, y al cabo della una horca, y una como casa de Audiencia, en la cual de ordinario había cuatro Iuezes que juzgaban la ley que puso el dueño del río, de la puente y del señorío, que era en esta forma: Si alguno passare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero a dónde y a qué va, y si jurare verdad, déxenle pasar, y si dixere mentira, muera por ello ahorcado en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna. Sabida esta ley, y la rigurosa condición della, passaban muchos, luego en lo que juraban se echaua de ver que dezían verdad, y los Iuezes los dexauan passar libremente. Sucedió pues que tomando juramento a vn hombre, juró y dixo, que para el juramento que hazía, que yua a morir en aquella horca que allí estaua, y no a otra cosa. Repararon los Iuezes en el juramento y dixeron: Si a este hombre le dexamos passar libremente, mintió en su juramento, y conforme a la ley deue morir, y si le ahorcamos, él juró que yua a morir en la horca y auiendo jurado verdad, por la misma ley deue de ser libre. Pídese a vuessa merced, Señor Gobernador, qué harán los Iuezes de tal hombre."

Naturalmente que el dilema erotérico o el de Epiménides, así como los sorites estoico megaicos que se refieren ya no a dilema de

⁸⁸ Aristóteles llamaba apofántica (de ἀπόφασις, declaración) al lenguaje usado para hacer aserciones verdaderas o falsas (verdad-mentira). Toda frase es significativa (¡abre esa puerta!), pero no toda es apofántica, sólo aquella cuya respuesta es verdad-mentira.

sí o no, sino a conceptos de grado o de orden (¿cuándo una persona llega a ser calva si le voy arrancando pelo a pelo su cabellera? ¿Cuándo un grano de arena junto a otro que voy acumulando llega a ser un montón de arena?), muestran los límites del posible proceso de conversión a la lógica de todas las preguntas que no ya sólo el Derecho, sino la vida real suscita. Mas, aparte de estos límites lógicos, importa algo que es con mucho más trascendente que tales fronteras y que serán examinados en el punto siguiente.

14.2. *La iniquidad manifiesta como límite interpretativo*

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que la lógica viene a constituir, más que el núcleo esencial del Derecho, el límite formal exterior de su aplicación. Pues en definitiva el ordenamiento jurídico está constituido más por un conjunto de proposiciones valorativas de conductas que de principios lógicos. La lógica tiene así su propia función: delimitar las contradicciones lógicas de un sistema, componer de un modo lógico este mismo sistema en tal modo que sea comprensible y unitariamente ordenado, categorialmente estructurado. De igual modo es papel de la lógica la evitación de aquellos resultados de interpretación aplicativa que conduzcan al absurdo.

Ahora bien, respecto de este absurdo, se ha puesto ya el límite de que una conclusión absurda puede ser admisible cuando de su eliminación se produjera un resultado aún más absurdo. Es lo que antes se ha llamado la *reductio de absurdum ad absurdum*.

a) El límite, sin embargo, para toda interpretación lo constituye más que positivamente la equidad, negativamente el supuesto de iniquidad manifiesta. Por muy bien estructurado desde el punto de vista valorativo y lógico que esté un ordenamiento siempre podrán, y desgraciadamente los casos no son infrecuentes, darse conclusiones de que una aplicación estrictamente formal y lógica conducta a lo que se viene denominando, la *iniquidad manifiesta*. Los casos no son, como he dicho antes, infrecuentes, ni es éste un supuesto que pueda ser calificado de insólito en ningún ordenamiento. Por restringirnos al nuestro citaré unos casos reales: un español se casa en Venezuela y el matrimonio tiene un hijo. Cuando el hijo tiene escasos meses el marido abandona a la mujer y se vuelve a España con su hijo pequeño. Vuelve a casarse de nuevo en España alegando viudedad y tiene del nuevo matrimonio (ilegítimo por vivir todavía la

esposa y no estar disuelto o anulado el anterior matrimonio) cinco hijos. Pasa un cierto tiempo y el padre muere. El hijo mayor, es decir, el proveniente del primer matrimonio celebrado en Venezuela, llega a enterarse de la verdad, esto es, de la existencia de una bigamia y de que por tanto el único heredero legítimo es él, pese a haber convivido como hermano durante más de veinte años con sus otros cinco hermanos de parte de padre. La mujer venezolana murió entretanto poco tiempo antes que su marido. Es de significar que la mayor parte de la fortuna obtenida por el marido se consiguió por su trabajo en España. La conclusión formal del Derecho conduciría inequívocamente a una iniquidad manifiesta. Del mismo modo que es el operador jurídico, normalmente el juez, quien debe resolver las contradicciones legales de un modo lógico, o al menos razonable, es también el que debe resolver la iniquidad manifiesta, teniendo en cuenta la equidad.

Por eso tal demanda formalmente articulada según todos los preceptos de la ley no llegó jamás a prosperar.

b) Otro supuesto de iniquidad manifiesta ocurrió en nuestra postguerra. Se insiste que se trata de un caso real con Sentencia del Tribunal Supremo. Un padre vive con tres hijos y abandona a su mujer y al hijo mayor. Mujer e hijo mayor, estando desamparados, son fusilados en Paracuellos del Jarama. En 1940 se plantea el problema de la herencia, porque la mujer era propietaria de distintos terrenos procedentes de bienes de sus antepasados y poseía una regular fortuna. Y es justamente el marido y padre quien reclama tales bienes. Pese a la dudosa aplicación del precepto de indignidad para suceder y, sobre todo, por falta de probanza en este supuesto real, en que se produjo el insólito caso de la llamada *vista en discordia* (esto es, el Tribunal se dividió en su apreciación del caso y se reprodujo la vista ante un nuevo Tribunal cuyo presidente fue el de la Audiencia), la Sentencia fue denegatoria de la pretensión.

c) Otro caso, ya perteneciente al Derecho administrativo, donde por la complejidad de sus normas son infinitas las hipótesis con la misma conclusión, es el cambio jurisprudencial ocurrido a raíz de la interpretación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Por su origen (art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa) y por su misma aplicación literal, "lesión de bienes y derechos patrimoniales", parecía referirse sólo a los daños ocasionados en patrimonio, pero no a las lesiones corporales o incluso a la muerte producida por el funcionamiento normal o

anormal de los servicios públicos. Una famosa Sentencia que cambió el criterio se refería a un atropello producido por un coche del Parque Móvil cambiando la orientación de la interpretación hasta entonces vigente y estimando indemnizables los daños físicos y la muerte. La anterior interpretación habría que englobarla también como una iniquidad manifiesta de sentido relativo e incluso lógico: si tengo una pierna artificial y soy atropellado por un coche oficial que me rompe la pierna artificial, se me indemniza, pero no si lo que hace es cortarme una pierna mía. Como se ve, era un caso mixto entre absurdo e iniquidad manifiesta, que afortunadamente la jurisprudencia resolvió con acertadísimo criterio. No me resisto a transcribir el llamado *caso del torero*, por muy conocido que sea ⁸⁹.

d) En España ocurrió hace algunos años lo siguiente: Un famoso torero y la hija de una familia de rancio abolengo se amaron mutuamente. Los padres de la joven se opusieron al matrimonio. No obstante, siendo ella mayor de edad, la oposición no pudo impedirlo. El matrimonio fue muy feliz hasta que después de breves años la mujer murió a causa de una intoxicación. En estos años el diestro había ganado varios millones de pesetas. Como no había descendencia, los padres, que hasta el último momento habían interrumpido toda clase de relaciones con el matrimonio, reclamaron su parte en la sucesión.

Según el Derecho Español, la mitad de los bienes gananciales corresponden a la mujer como socia (art. 1426) y constituyen, por consiguiente, su patrimonio relicto. Como no había testamento, los padres sucedían en los bienes relictos (art. 935), salvo el derecho del cónyuge supérstite a una tercera parte de la herencia en usufructo (art. 836, párr. 1). Conste, por lo demás, que aun habiendo hecho testamento los padres habrían tenido su legítima forzosa correspondiente a la mitad del haber hereditario de los hijos (art. 809). De paso, tan sólo sea dicho que según el Derecho Argentino el diestro no hubiera heredado nada (arts. 3567 y 3576). Por testamento podría haber heredado un tercio (art. 3594). Como se ve, pues, es el Derecho español más favorable al cónyuge que el Derecho Argentino.

Ahora bien, ¿es esta solución, en nuestro caso, justa? La indignación general que se produjo a raíz de la reclamación de los padres constituye un síntoma de que alguna consideración especial

⁸⁹ Tomado del trabajo de W. GOLDSCHMIDT, «La Justicia sin venda», publicado en el libro, *Conducta y Norma*, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, pp. 165 y ss.

desvía en este supuesto la justicia general de la reglamentación de la ley. ¿Dónde reside lo particular de este fallo?

Desde luego, no consiste en el mero hecho de que los padres se habían opuesto a la boda. Tampoco se refiere a su actitud hostil hasta el último momento. Si la hija se hubiera casado contra la voluntad de los padres —pongamos por caso— con un comerciante, la reclamación de los padres no encontraría oposición.

Una circunstancia interesante en nuestro caso consiste en que los padres se aprovechan, con su conducta precisamente, de aquella calidad del yerno que les había servido como motivo de su oposición. El ser torero había sido la piedra de escándalo; y es a esta profesión a la que se debe la ganancia fabulosa.

Supongamos que el prometido de la hija hubiera sido un bolsista o un jugador y que los padres se hubieran opuesto por considerar esta profesión como muy insegura. Nos parece que en este caso tampoco sus reclamaciones habrían producido la indignación popular. No es que el ser bolsista o el ser jugador tenga algo de indigno. Pero la ganancia obtenida se considera como fortuita, como un regalo de los dioses, aunque, por lo menos en el supuesto del bolsista, no ha de serlo así. Pero por algo reza el refrán popular: "Dinero de sacristán, bailando viene, bailando va."

Variemos ahora el caso en el sentido de que la hija se hubiera enamorado de un inventor y que los padres se hubieran opuesto alegando la falta de talento del novio y la penuria económica que iba a sobrevenir. Supongamos que el inventor hubiese ganado una fortuna durante los años del matrimonio gracias a su genialidad técnica y que, después de la muerte de la hija, los padres, pese a la interrupción absoluta de relaciones, reclamaran su parte en la herencia. Aun en este caso, me parece, no se provocaría la indignación popular. Si bien es cierto que la actividad creadora de una persona, sea la misma técnica, o artística, o científica, no causa éxitos con carácter fortuito o con la sospecha de que lo sean, no lo es menos que la actividad creadora no implica normalmente peligros de vida y salud.

He aquí una de las circunstancias decisivas: La cuota hereditaria reclamada por los suegros ha sido lograda con continua exposición de la vida. Las personas que precisamente por lo arriesgado de la profesión del diestro se opusieron a la boda, ahora desean recoger los beneficios que estos riesgos han causado. No quisieron estar a las duras, pero sí quisieran estar a las maduras.

¿Opinaríamos del mismo modo si se tratara de la petición de herencia de los padres del diestro en el supuesto de su muerte y en la hipótesis de que en su tiempo se hubiesen opuesto a que escogiera dicha carrera y que no hubiera habido reconciliación por culpa de los padres? Indudablemente nuestro parecer sería distinto. También en este caso no sería posible negar la contradicción interna consistente en considerar la carrera de diestro como motivo de ruptura durante la vida y en pedir sus resultados económicos después de la muerte del torero. Pero la diferencia está en que la relación paterno-filial fundante del derecho sucesorio nunca fue rechazada como tal, constituyendo el conflicto un mero incidente de esta misma relación. En nuestra hipótesis se basa, en cambio, la reclamación de los padres sólo en apariencia en la relación paterno-filial económica y aun jurídicamente estriba en el matrimonio de la hija con el torero, y este matrimonio fue precisamente rechazado desde un principio.

Los padres del torero nunca dirían: "No queremos ser sus padres." Lo que dirían sería: "Precisamente por ser sus padres, no queremos que se haga torero." Los padres de la joven, en cambio, dijeron: "Precisamente por ser torero, no queremos que sea nuestro yerno."

La rebelión de nuestro sentimiento de justicia en el caso de autos arraiga, pues, en que, por un lado, la petición de herencia de los padres de la mujer descansa en realidad en dos hechos: 1.º En el matrimonio de la hija con un diestro; y 2.º En los riesgos de vida de esta profesión, fuente de sus fabulosas ganancias; y en que, por el otro lado, los padres hasta el momento mismo de la reclamación habían desautorizado el primero por razón del segundo. Así resulta que personas que ni le han dado la vida, y que tampoco la aprueban por el riesgo que corre, se aprovechan de la ganancia que este riesgo produce.

¿Cómo es posible rechazar la petición de herencia de los padres dentro del Derecho Español legislado? Desde luego, no han incurrido en ninguna causa de indignidad. Cabe pensar en el remedio del abuso del derecho admitido por la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo de España⁹⁰ y la nueva redacción del C. civil.

e) Supuestos como éstos hay en la vida real y en la vida forense múltiples casos. Por eso, y por mucha que sea la pretensión del jurista de hacer del Derecho un instrumento lógico, no deberá

⁹⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944.

nunca perder de vista que el Derecho está constituido para los hombres y no los hombres para el Derecho, y que la lógica es sólo el elemento detectador de contradicciones y formalizador de un sistema, pero nunca el inspirador de los valores jurídicos y sociales que el ordenamiento jurídico encierra⁹¹.

f) Permanentemente se da un conflicto entre el Derecho y la justicia, entre el Derecho y la ética. Son conflictos que en la vida y en la ficción devienen frecuentemente tragedias.

No es sólo el clásico ejemplo de Antígona transplantado a la Nora de IBSEN, no es sólo "le crime de Silvestre Bonnard", de Anatole FRANCE. El Derecho, como regulador general, no puede tener en cuenta los casos singulares, no puede individualizar, sino tratar en la misma medida situaciones exteriormente idénticas, pero, sin embargo, el Derecho como sistema, en cuanto pretenda acercarse a la justicia, debe tener en cuenta esta individualización, esta aplicación de juicios subjetivos de valor que están en el fondo del Derecho.

Seguridad jurídica y justicia pugnan así en un mundo de valores en el que se ha intentado desde hace mucho, y se sigue intentando, encontrar las formas de salvar los casos singulares.

g) Incluso en la primera fórmula inventada para que el arbitrio desapareciera y se constituyera en su lugar la seguridad jurídica y la justicia, como fue la separación de poderes, no tiene en su origen otro ideal que el de la *dignité humaine*⁹². Se puede encontrar una frase muy significativa a estos efectos en MONTESQUIEU: "Si je savais quelque chose qui me fût utile, et qui fût préjudiciable à ma famille, je la rejetterais de mon esprit. Si je savais quelque chose utile à ma famille, et qui ne le fût pas à ma patrie, je chercherais à l'oublier. Si je savais quelque chose utile à ma patrie et qui fût préjudiciable à l'Europe ou bien qui fût utile à l'Europe et préjudiciable au Genre humain, je la regarderais comme un crime"⁹³.

h) No es sólo esto, es incluso en el propio mundo de los valores donde existen conflictos de prioridad y jerarquía. Todo el Derecho está infiltrado de consideraciones valorativas, está transido de valor, hasta el punto de que puede razonablemente decirse que el

⁹¹ Cfr. ESSER, «Wertbezogenheit der Rechtordnung», en el *Jahrbuch der Internationaler Hochschulwoche des oester. College*, 1946.

⁹² Cfr. P. BARRIER, *Un grand provincial: Montesquieu, Bicentenaire*, E.d.L., pp 97 y ss. 107 (1946).

⁹³ Cfr. *Pensées*, I, 492, I, 344; *Cahiers*, 1716-1755 (Edición Grasset, 1941), pp. 9 y ss.

Derecho sirve de conservación y realización de los valores. Y, sin embargo, el Derecho no pertenece al mundo de los valores en cuanto tal Derecho positivo. Estos conflictos entre el Derecho y el mundo de los valores, e incluso estos internos conflictos entre los distintos valores axiológicos, precisan de la decisión. Esta decisión no podrá ser solamente la lógica y la derivada del Derecho positivo, sino, en definitiva, la decisión justa, por mucho que el Derecho positivo brinde pocos argumentos para tal decisión⁹⁴. Hay cuatro preguntas al Derecho que están indudablemente unidas: valoración del Derecho total, del caso, lógica del sistema total y lógica del caso.

⁹⁴ Cfr. Hans Ulrich EVERS, *Des Richter und das unsittliche Gesetz*, Berlín, 1956; O. A. GERMANN, «Zur Problematik der Ermessensentscheide», *Festgabe für Erwin Ruck*, Basel, 1952, p. 173; del mismo, «Zur Überbidung des Positivismus im schweizerischen Recht», *ZSR*, 71 (1952), pp. 99 y ss.; Friedrich August FREIHERR VON DER HEYDTE, Richterfunktion und «Richtergesetz», *Gedachtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, pp. 493 y ss.; Fritz VON HIPPEL, *Die Perversion von Rechtsordnung*, Tübingen, 1955; Hans RYFFEL, «Das Problem des Naturrechts heute», *ZbJV*, 92 (1956), pp. 136 y ss.; Eberhard SCHMIDT, «Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus», *Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Heft 1, Karlsruhe, 1952; Hans WENZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951; Franz WIEACKER, «Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung», *Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft*, Karlsruhe Heft, 34, Karlsruhe, 1958.

CONTESTACION
DEL
EXCMO. SR. D. EDUARDO GARCIA
DE ENTERRIA Y MARTINEZ-CARANDE

Excmos. señores, señoras y señores:

Esta Real Academia se honra hoy con la entrada en sus filas de un gran jurista. Es mi honor personal, también, ser el portavoz de la Corporación para así proclamarlo, un honor al que va unida la emoción del reencuentro bajo estas bóvedas de dos compañeros que fundaron hace ya bastantes años una amistad verdadera sobre muchas cosas, como es común en toda relación personal, pero entre ellas, destacadamente, sobre una identidad de vocación profesional y teórica hacia el Derecho público.

Permitidme que pase un momento al terreno de los recuerdos personales, lo que hago sólo porque con ello no creo apartarme del objeto propio de esta contestación. Va a hacer pronto treinta años, en la primavera de 1947, batallábamos en el viejo Palacio de los Consejos un grupo de jóvenes Licenciados en Derecho en las oposiciones a Letrados del Consejo de Estado. Aquella fue la ocasión de la fulgurante aparición de VILLAR PALASÍ en el mundo jurídico y también a un nivel más amplio del de su Valencia natal, donde hasta entonces había quedado limitada su fama. Desconocido de todos los opositores, recién desembarcado de su provincia, donde se había preparado solo, VILLAR triunfó arrolladoramente en aquellas oposiciones ante el asombro y la admiración generales. Asombro, dicho sea entre paréntesis, en el que participaron todos los estamentos de aquella vieja casa. (Ha pasado a la tradición de la institución el famoso examen de idiomas de VILLAR, último ejercicio de las oposiciones, y en el que, frente a los dos idiomas mal hilvanados que llevábamos todos, él presentó siete u ocho. El Tribunal había agotado su sabiduría lingüística para examinarle de seis (previa preparación de unos cuantos textos); imperturbable, VILLAR, desde su silla, leía y traducía todas las lenguas vivas europeas, una detrás de otra, con una increíble seguridad (y más en quien aún no había traspasado nunca las fronteras nacionales). Consejeros, Letrados, administrativos, porteros incluso, avisándose unos a otros, en-

traban en la sala a presenciar aquel ejercicio insólito. Cuando llegó al quinto o sexto idioma, el Tribunal se dio por satisfecho, pero el opositor se permitió notar que él había presentado también árabe, latín y griego. El Tribunal le hizo ver cortésmente que no juzgaba necesario el examen de esas lenguas. Villar se quedó desolado, y a la vez su modestia, no menos asombrosa que sus facultades, y su temor de opositor, le hizo pensar en el acto que esa denegación encubría en realidad una reprobación de su ejercicio, en el cual se recuerda que sólo había fallado una palabra del portugués, el inocente término *disoito* (dieciocho). Ya en los pasillos, VILLAR se quejaba de su mala suerte por ese resbalón, que para él presagiaba consecuencias fatales, y que rompía la serie gloriosa de los cinco ejercicios anteriores. Sus compañeros no le conocíamos aún lo suficiente y nos parecía aquella desolación muy poco sincera, y la interpretábamos como una simulación o como una broma, en los dos casos de mal gusto, dado lo aplastante de su superioridad sobre todos. Ese fue el último ejercicio de las oposiciones, en las que quedó definitivamente calificado por quienes en ellas participamos de "monstruo", calificativo afectivo con que aún muchos le llamamos.]

Peró VILLAR no era sólo un opositor sin par y un lingüista fuera de serie. A partir de entonces tendría ocasiones más serias de probarlo que con la obtención de "números uno", que en él ha seguido siendo hábito sin fallo en todas cuantas pruebas se ha presentado. Tuve la fortuna de ser destinado con él, después de nuestro ingreso, en la Sección de Obras Públicas del viejo Consejo, en la que aún él continúa, por cierto, muchos años después de mi retirada de aquella entrañable institución. Allí comenzó para nosotros la atracción y aun la pasión por el Derecho Administrativo vivido y estudiado, atracción y pasión nada inocente, puesto que ha marcado ya para siempre nuestras vidas. Tuvimos la fortuna de encontrar en la casa un gran maestro en la materia, nuestro actual Presidente de esta Corporación, don Luis JORDANA DE POZAS, además de una tradición viva de servicio al Estado y al Derecho. Esta tradición quizás la encarnaba como nadie el viejo Consejero Permanente don Manuel DURÁN DE COTTES, que recordaba en los debates la otra ocasión (la segunda era la entonces presente, por virtud del Decreto-Ley de 22 de octubre de 1936) en que se habían suspendido los preceptos de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, la guerra de 1898 con los Estados Unidos, y las opiniones de SAGASTA y de

SILVELA (una gloria de la casa, que, por cierto, le había hecho a él Gobernador Civil) sobre el particular. Allí comenzó, pues, para nosotros dos una carrera paralela, no obstante variaciones pasajeras, que nos llevaría a preparar conjuntamente trabajos, estudios, publicaciones, a lanzarnos mancomunadamente a la empresa de la "Revista de Administración Pública", que comenzó a publicarse en 1950, junto con el equipo de los administrativos del momento, encabezados por nuestro maestro JORDANA, y al final a profesar el Derecho Administrativo en la misma Facultad universitaria; ahora, finalmente, a este acto, que comprenderéis por qué presenta para mí resonancias tan singulares.

Aquel muchacho que tan fulgurante entrada había hecho en el mundo jurídico y profesional había nacido, el 30 de septiembre de 1922, en Valencia en el seno de una familia tan modesta como entusiasta y eficaz en la educación de sus hijos (cuatro varones, todos Catedráticos de Universidad en España o en Estados Unidos); la capacidad extraordinaria de todos ellos les ayudó no poco, como es natural, pero es fácil imaginar la efervescencia y la tensión de aquella casa con un equipo tan espectacular de muchachos lanzados a la conquista del mundo por el camino del estudio y de la ciencia. Huelga decir que José Luis VILLAR no ha tenido en su vida más que Matrículas de Honor y "números uno". En 1939 ingresó por oposición en el Colegio Mayor San Juan de Ribera, admirable institución que es quizás la única que ha llegado a nuestro tiempo sin interrupciones desde la tradición de los Colegios Mayores anteriores al siglo XIX. En este Colegio pudo hacer sin sobresaltos sus dos carreras, de Filosofía y Letras, Sección de Historia y de Derecho. En 1945 concluyó ambas, con el inevitable cortejo de honores y de Premios Extraordinarios. En 1946 se le otorgó el Premio Nacional de Derecho por poseer el mejor expediente académico de todos los licenciados de España en aquel año. Posteriormente se ha licenciado también en Ciencias Económicas y ha hecho los estudios de Periodista en la antigua Escuela Oficial. En 1947 fue el suceso, ya aludido, de su ingreso en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado. En 1950, Letrado del Instituto Nacional de Previsión.

En 1952 inicia —él ha pretendido siempre que sin verdadera vocación —aunque muchos de sus amigos nos permitimos dudarlo—, su carrera política, que igualmente le llevaría a la cima. Es nombrado primeramente Secretario General Técnico del recién creado Ministerio de Información y Turismo. Se trataba de aprovechar en

las tareas administrativas sus extraordinarias capacidades y conocimientos, y para ello se configuró un nuevo cargo a su medida en la organización ministerial española, la Secretaría General Técnica. El artículo 5.º del Decreto de 15 de febrero de 1952, en cuya redacción tuve yo alguna parte, me será permitido proclamar sin inmodestia, participación debida sólo a mi relación personal con VILLAR, definió así esa nueva pieza estructural:

«A las inmediatas órdenes del Ministro funcionará, sin carácter de Administración activa y como órgano de estudio, asistencia técnica y planeamiento, la Secretaría General del Ministerio, cuyo titular será nombrado por Decreto y tendrá categoría personal de Director General.»

Mía fue la descripción de la misma sobre el modelo *general staff*, pero todo estaba configurado a la medida de VILLAR, en atención a sus condiciones personales y para la tarea que en él se confiaba. Tras otras extensiones de la figura a otros Departamentos, su generalización se haría en 1957 por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pasando así a ser una de las escasas novedades actuales a nuestra más que centenaria organización ministerial.

Pero las características de VILLAR, que tanta transcendencia tendrían en nuestra organización administrativa, terminarían por romper, como estrecho, ese marco para el desenvolvimiento de su capacidad política. En marzo de 1957 fue nombrado, en efecto, Subsecretario de Información y Turismo, hasta 1962, en que pasa a ocupar el mismo cargo en el Ministerio de Comercio. En este cargo cesa, a petición propia, en 1965, para poder participar en las oposiciones a la segunda Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad (hoy Complutense) de Madrid, a lo que luego me referiré. Su fama de administrador, de hombre que domina los entresijos del aparato y de los instrumentos técnicos y jurídicos disponibles, quedó flotando en nuestra Administración, y no es extraño por ello que en 1968 fuese designado Ministro de Educación y Ciencia. En este cargo permaneció hasta 1973.

No es de este lugar, naturalmente, glosar su discutida, pero espectacular gestión ministerial. Me limitaré a decir que no creo que pueda discutírsele el haber hecho, por vez primera desde GIL DE ZÁRATE Y MOYANO, ciento veinte años antes, un replanteamiento radical de toda la problemática educativa que, como sociedad y como nación, nos acucia y nos reta. Su *Libro Blanco*, "Bases para una

política educativa", de 1969, es aquí su aportación más rica y poderosa y marca un hito necesario y definitivo de nuestra Administración educativa. La Ley General de Educación, que él redacta y hace aprobar en 28 de julio de 1970, parte de ese previo estudio y pretende obtener de su crítica las conclusiones positivas, quizás algunas más resbaladizas. La Ley es importante como pocas lo han sido; sus líneas directrices no son fácilmente cuestionables en línea de principio, aunque quizás en su aplicación (que ya está corriendo a cargo de otros gestores que su autor) pueda localizarse más de una debilidad administrativa. Pienso que es muy posible que la Ley VILLAR deba ser retocada, pero también que no será fácil salir de sus planteamientos generales en mucho tiempo y, en cualquier caso, nunca ya hacia la situación anterior, definitivamente descalificada. ¿Puede decirse mucho más de un legislador? La modernización de la aún esclerotizada sociedad española pasa necesariamente por el cauce que él ha abierto con decisión.

Seguir la línea de su vida política, que él afirma ya clausurada (aunque no todos lo pensemos), nos ha apartado de otra línea paralela en el *curriculum* de VILLAR, que sólo su capacidad fuera de serie le ha permitido mantener abierta, la de su vida académica y científica. VILLAR ha pasado por todos los grados de la docencia, desde 1948, hasta que en mayo de 1965 alcanzó, por oposición, la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Complutense. Creo poder decir que es aquí donde él más se siente realizado y sus discípulos y alumnos —signo infalible— así lo proclaman. Cuéntese sólo la impresionante serie de tesis doctorales por él dirigidas —término que no es en él convencional—, el número de discípulos que ha formado, la lista de publicaciones que llevan su nombre.

Como no es cosa de hacer aquí un catálogo de sus obras (las haremos constar en un Anexo a esta Contestación, para que el lector pueda consultarlas según sus curiosidades), destacaré únicamente, además de la larga serie de estudios monográficos que han constituido uno de los puntales de la ya venerable "Revista de Administración Pública" desde su origen, las publicaciones que reflejan su labor de profesor: sus nutridos tomos de apuntes, en particular el referente a los *Contratos Administrativos*, que ha sido impreso como libro y, sobre todo, sus obras generales, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, *Introducción y teoría de las normas*, 1968, el compendio de éste que es su *Curso de Derecho Administrativo*,

1972, y, en fin, el Manual que él ha dirigido con destino a las lecciones de la asignatura en la Universidad a Distancia, 1974.

La personalidad científica de VILLAR es completamente singular. Servida por capacidades personales excepcionales y animada por una fuerza de trabajo sin parangón, constituyen un fértil semillero de ideas originales, un hervidero de sugerencias y de visiones nuevas, lo contrario de la llamada "ciencia convencional" (qué consiste, como es sabido, en coger cien libros sobre un tema para hacer con ellos el ciento uno). Los trabajos de VILLAR no se parecen a los de nadie. Comienzan por presentar un buceo histórico absolutamente original. Uno de sus temas preferidos ha sido el de mostrar cómo una gran parte de las pretendidas novedades del Derecho Administrativo, como supuesto producto sin precedentes de la Revolución Francesa, procede en realidad de las viejas formas prerrevolucionarias de administrar, lo que él ha calificado de *Derecho regio*, el viejo Derecho de las curias reales a partir del siglo XII, y muchas veces anterior. La Administración como realidad y los problemas jurídicos que su desenvolvimiento plantea, son una constante que traspasa las épocas históricas, sin perjuicio de que cada una de éstas matice su presentación y alcance. La capacidad de VILLAR de búsqueda de datos, de lectura de viejos infolios, de investigación incluso de archivo, sirve a ese programa de manera poco común. Sus lectores nos atreveríamos, no obstante, a incitarle a que sistematice todos sus descubrimientos analíticos, todos originales y algunos sorprendentes, y que los complete para presentarnos una visión de conjunto de esos créditos históricos del Derecho Administrativo actual, que él sólo está en condiciones de realizar probablemente en toda Europa.

Pero ese fondo historicista de sus estudios no es un lastre que empuje a VILLAR a excusar tomas de posición sobre los perfiles netamente actuales de los problemas del Derecho Administrativo; más bien, la historia le sirve de peldaño para poder acceder a la situación actual de los problemas con más ímpetu y fuerza. Cuando en su exposición llega la hora de abordar esos problemas, lo hace siempre con la originalidad de una mente alerta, hecha a las encrucijadas de la aplicación, bien en el Consejo de Estado, asistiendo o limitando a la Administración activa, desde la serenidad de los planteamientos incomprometidos con la acción, aunque respetuosa de las exigencias de ésta, bien como protagonista destacado de la propia Administración activa, con la tentación de hacer del Derecho

un *instrumentum regni*, que es, al fin y al cabo, uno de los ingredientes constantes del Derecho público, como técnica política que es. La vivacidad de esos enfrentamientos, que están hechos desde dentro de la Administración, da a VILLAR un carácter muy singular de jurista versado en los *arcana dominationes*, en las que CLAPMARIUS (*De arcanis rerum publicarum*, 1605) llamaba *intimas et occultas rationes sive consilia eorum qui in republica principatum obtinent*, y que este mismo autor identificaba con el Derecho público —*contra ius commune sive ordinarium*—, como *correctio legum circa salutem et commodum multorum*, o con la razón de Estado, *vis imperii*. Esa perspectiva pragmática, sea o no singular, está siempre presente en los estudios de VILLAR, para abrir nuevas perspectivas a la interpretación del Derecho positivo, que a su vez aciertan a integrar a las soluciones propuestas en síntesis más amplias. Las dos cosas, agudeza de la interpretación, normalmente en la búsqueda del trans-fondo político de las instituciones, y formulación de síntesis nuevas, abundan en los trabajos del nuevo Académico.

De una de estas síntesis podríamos hablar como simple ejemplo, porque intentar resumir todas sus aportaciones resultaría aquí fuera de lugar. Cuando para cerrar el año primero de la "Revista de Administración Pública", en la que tanto entusiasmo habíamos puesto, convinimos en Consejo de Redacción preparar un número monográfico sobre el fenómeno de las empresas públicas, establecimos todos que a VILLAR correspondía intentar presentar la transcendencia del fenómeno sobre los esquemas tradicionales del Derecho Administrativo. VILLAR, que tenía veinticinco años menos que ahora, pero que estaba ya adornado de una madurez reconocida y admirada, salió del empeño con un trabajo magistral, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo* (R. A. P., núm. 3, 1950). El juicio no es simple tributo a la ocasión en que se pronuncia; sencillamente, basta comparar su fecha, su planteamiento y sus conclusiones con los estudios sobre el mismo tema aparecidos en la bibliografía europea. La crisis definitiva de la ya clásica Escuela del servicio público, que había considerado al Derecho Administrativo como un conjunto de reglas especiales justificadas en las necesidades de la gestión de los servicios públicos, concepción que se amparaba en la autoridad de DUGUIT, y en su extraordinaria obra de jurista, y en la espectacular creación de Gastón JÈZE y de todos los epigonos de la escuela, que imperaban monárquicamente en las Universidades francesas, esa crisis de la que no se es cons-

cienta en la propia Francia hasta un famoso Curso de Doctorado en la Sorbona de EISENMANN, de 1953, sobre *L'autonomie du Droit Administratif*, y hasta el libro de J. L. CORAIL, *La crise de la notion juridique de service publique en Droit Administratif français*, 1954, está ya explicitada con una agudeza extraordinaria por VILLAR en este espléndido trabajo de 1950, que aún mantiene intacta toda su frescura. Hay aquí ya toda una visión conjunta de la disciplina y de sus principales problemas actuales.

Esa capacidad de síntesis de VILLAR le ha llevado con normalidad, no sólo a integrar los resultados de sus investigaciones en construcciones de conjunto ricas y matizadas, sino también a dar el salto más allá todavía, hasta la teoría general del Derecho. El discurso cuyo resumen acabamos de oírle es una muestra excepcional de esa actitud y una pieza que resume muy bien todos y cada uno de los rasgos de su personalidad científica, que muy pálidamente he intentado hasta ahora resumir.

La teoría general del Derecho ha sido tradicionalmente una pertenencia de los civilistas. Ellos han formulado, a través de su impresionante historia bimilenaria, los conceptos generales que todas las disciplinas utilizan (persona jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, etc.), y de ellos procede también la teoría de las fuentes del Derecho y de su aplicación. Quizás el primer embate serio que el viejo *ius commune* sufrió en su monopolio secular de la teoría general fue el de los procesalistas, que aportaron su visión dinámica y formal del conflicto, como *punctum saliens* de la vida jurídica y referencia final de la mayor parte de sus normas. El penalismo también (especialmente en Alemania, por la tradición académica de hacer de sus cultivadores profesores de filosofía jurídica), ha aportado luego perspectivas originales, que enriquecen las que son propias de la vida jurídica civil. Pero creemos que la verdadera revolución en la clásica teoría general está en la que desde el iusadministrativismo se ha puesto en marcha.

Ya Lorenz VON STEIN, en el Prólogo a la 2.^a edición de su magna *Verwaltungslehre*, 1869, anunció que la teoría de la Administración será en el futuro "reconocida como las Pandectas de la teoría del Estado", lo que a su vez se expresa, dice más adelante, en una necesaria *Verschmelzung der Verwaltungslehre mit der Rechtsphilosophie*, una mezcla o fusión de la teoría de la Administración con la Filosofía del Derecho. Por su parte, otro gran teórico salido de las mismas filas administrativistas, el italiano Santi ROMANO, en su im-

portante libro sobre *El Ordenamiento jurídico*, notó ya que el concepto mismo del Derecho se ha elaborado tradicionalmente sobre el Derecho privado, cuando “el Derecho, en aquello que tiene de culminante, y casi se diría de más esencial, es principalmente público”, de donde —concluye— “los elementos del concepto de Derecho deben extraerse más del Derecho público que del Derecho privado”. El Derecho Administrativo, como sistema general, es una construcción reciente y para el cual el tiempo presente y porvenir, en lo que se adivina, reserva su más despierta sensibilidad, a la vez porque la socialización creciente e inevitable impone un orden de servicios públicos y de intervenciones administrativas cada vez más desarrollados y eficaces, y porque, paralelamente, esa tendencia ineludible no debe parar en modo alguno en una absorción de los ciudadanos, en una exclusión de sus libertades y derechos, en su objetualización por los crecientes y asfixiantes aparatos burocráticos.

Y ocurre que este Derecho Administrativo, tan inevitable como necesario, a la vez destino y esperanza, aporta una lógica nueva del Derecho. Por de pronto, en él se conjugan dos aspectos aparentemente contradictorios, a la manera de una síntesis dialéctica, que le da su tensión y su dinamicidad características: la de ser simultáneamente un cauce para la gestión de las necesidades colectivas y un escudo de la libertad y de las posiciones jurídicas de los ciudadanos, una expresión especialmente apta para el mundo actual de lo que COING ha llamado, rehabilitando con oportunidad un viejo concepto, la *iustitia protectiva*. Esta integración de contrarios pone en juego perspectivas inéditas para el civilista. Por otra parte, su sistema de fuentes es mucho más matizado y rico que en los demás sectores del ordenamiento. La pretendida estatalización completa de sus normas, que ha desembocado paradójicamente en lo que ORTEGA ha llamado la “legislación incontinente” (“ametralladora que dispara leyes sin cesar”), ha curado definitivamente a sus cultivadores de toda inclinación positivista y les ha forzado a una utilización general y profunda de la técnica de los principios generales del Derecho, utilización infinitamente más extensa y matizada que la que pueden intentar los privatistas (que son ahora, quizás como hijos de la codificación, los verdaderos últimos positivistas). Los administrativistas son hoy —permítasenos este pequeño orgullo— los auténticos herederos del Pretor romano (no en vano la jurisprudencia del Consejo de Estado francés se ha llamado, con estricta justicia, pretoriana), quiero decir, un tipo de jurista armado con un

sistema de principios que ha de enfrentarse con fenómenos sociales y políticos completamente nuevos y en constante cambio, y a los que ha de aportar soluciones jurídicas continuamente afinadas y rectificadas. En fin, no es la menor de las riquezas que el Derecho Administrativo aporta la de su inextricable mezcla con el mismo Derecho privado, una vez que ha renunciado a su inocente pretensión de autonomía, que encubría en rigor el complejo de inferioridad propio de neófitos; por tanto, es en nuestro terreno, y no en otro, como ha dicho certeramente BALSER, donde al producirse un *gemeinrechtliche Verquickung*, un amalgamamiento jurídico-común, del Derecho público y del Derecho privado, se presenta el verdadero fenómeno de la *Gemeinrechtlichkeit*, de la expresión de un Derecho común o general.

De la riqueza que ese “plano de lanzamiento” proporciona para proyectarse a la teoría general, este discurso de VILLAR puede ilustrar paradigmáticamente —si el autor me permite usar de manera inespecífica uno de los términos lógicos que él disecciona con tanto rigor—. Hay encerrado en este texto una riqueza de experiencia y de sabiduría que sólo un jurista excepcional, que ha recorrido tan auténticamente los largos y variados caminos que VILLAR, es capaz de aportar; y, al final, una penetración que arranca vetas nuevas de los temas más viejos y más generales de la ciencia jurídica.

El discurso revisa toda la teoría clásica de la interpretación del Derecho desde tres perspectivas absolutamente actuales: la perspectiva del estructuralismo, con la que se aporta una nueva luz al viejo postulado de la interpretación sistemática; en segundo lugar, la perspectiva de la tópica, que lanza como un tema mayor el gran pequeño libro de Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, de 1953 (hay traducción española de Luis DÍEZ-PICAZO, Taurus Ediciones, 1964, con un prólogo mío); otra, y finalmente, la aplicación a la teoría interpretativa y específicamente a la tópica, de los métodos de contraste y análisis de la moderna lógica deóntica.

VIEHWEG escribe su libro como *Habilitationsschrift*, esto es, como trabajo para acceder al grado de *Privatdozent*, que es el inicio de la carrera docente, superados los grados subalternos o intermedios, en Alemania. Pocas veces una obra de esta naturaleza, en que se está preocupado más de demostrar que se sabe que de efectivamente hacer un ejercicio positivo de saber, ha tenido una transcendencia tan grande en la Filosofía jurídica. VIEHWEG constata el fracaso del gran esfuerzo de reducir la Ciencia jurídica a una estructura

lógica cerrada, esfuerzo iniciado, sobre el modelo de las Ciencias de la Naturaleza, tras precedentes que se remontan al iusnaturalismo racionalista moderno, por la pandectística en el siglo pasado, con su jurisprudencia de conceptos, y continuando, con rigores más ascéticos aún, por el positivismo jurídico, y por su última formulación, la teoría pura del Derecho. Pero esa constatación no es para él fuente de desilusión, antes bien, lo contrario; le permite sospechar, cuando tantos juristas y filósofos excelsos han puesto en la balanza tanto esfuerzo a lo largo de siglos, que Lógica y Ciencia jurídica no son correspondientes, sencillamente. La Ciencia jurídica no sería expresión de un orden lógico, que encadene de manera rigurosa axiomas y consecuencias; sencillamente, la Ciencia jurídica respondería a otra estructura, la estructura tópica, como fue perfectamente consciente la Ciencia antigua, desde ARISTÓTELES, con CICERÓN, los juristas romanos, los comentaristas medievales del *mos italicus*, aun una buena parte de los posteriores, aunque todos ellos, hasta hoy mismo, hayan practicado la tópica sin ser conscientes de ello. Aun Giambattista VICO, en los comienzos del siglo XVIII, formulaba lúcidamente la distinción entre un método moderno o crítico que, fundado sobre la imagen de la Geometría, pretende deducir una cadena de consecuencias de un *primum verum* establecido como axioma, y un método antiguo o tópico, que no opera por deducciones, sino que se produce analíticamente para despejar el sentido de situaciones concretas mediante una argumentación obtenida de las *verosimilia* proporcionadas por la experiencia. Apoyándose luego en una distinción formulada modernamente por Nicolai HARTMANN, VIEHWEG propone el par de conceptos pensamiento tópico-pensamiento axiomático, demostrando la necesidad de que la Ciencia jurídica se encuentra de contar con el primero de ellos. La esencia del pensamiento tópico consistiría en elevar el problema concreto, y no el sistema abstracto, a centro de la elucidación intelectual. Esta elucidación es un debate de problemas concretos, mediante *topoi* o *loci communes* obtenidos de la experiencia reiterada, contrastados mediante la utilización de analogías o distinciones (*similia, distinctiones*) problemáticas, todos los cuales facilitan un "repertorio de puntos de vista" (próximos, contrarios, analógicos, de autoridad). La estructura tópica es, así, esencialmente discontinua o fragmentaria, no reductible a un sistema lógico.

Este desafío frontal a la lógica jurídica es el que VILLAR recoge en este notable discurso y lo hace armado con las técnicas lógicas

más refinadas y con la experiencia jurídica más auténtica. Pero VILLAR no pretende revisar enteramente la tesis del pensamiento tópico, sino someter algunos de sus postulados al análisis lógico más depurado. Toma para ello como objeto la técnica de los apotegmas o brocados jurídicos, que son la expresión misma del pensamiento tópico, cristalizaciones de la experiencia de resolución de problemas concretos que intentan elevarse a “lugares comunes” (no a principios lógicos estrictamente tales), desde los cuales puede abordarse la solución de nuevos problemas semejantes. Estos catálogos de tópicos que son las *regulae iuris*, por su procedencia de la solución de problemas concretos, y no de un pensamiento sistemático propiamente dicho, presentan un carácter fragmentario y proteico que constituyen todo su encanto y, a la vez, también su riesgo aplicativo. Con toda frecuencia en tales catálogos se encuentran reglas contradictorias si se tomasen como enunciados lógicos absolutos, lo que acredita sin más que no son tales y que su aplicación final obliga a una previa individualización de supuestos aplicativos sumamente analítica, individualización que asigna a cada regla un limitado círculo de validez y que es justamente lo propio del método tópico.

VILLAR va a concretar al final su estudio sobre uno de los tópicos más significativos, el argumento *a simile* o de la analogía. El está en la misma base de toda la operación analítica tópica, especialmente en su expresión medieval (el discurso nos explica agudamente por qué en el Derecho Romano la analogía como técnica integradora de lagunas fue apenas conocida), analítica que obliga a actuar *per distinctionem*, e, inversamente, por concordancias y analogías. *Similia* y *contraria* son dos tópicos generales que, en cierto modo, sirven de guía a todo el *ars inveniendi*, que es propio del jurista. Pero entre ambos —y esto es una prueba final de que la estructura tópica no responde a la lógica— se da no sólo un enfrentamiento dialéctico, sino una verdadera contradicción aplicativa. La cuestión es muy simple. Reduciendo ya la analogía a su sentido moderno más preciso, de técnica integrativa de lagunas legales y de principio interpretativo para determinar el sentido y alcance de un precepto, el problema es el de precisar el ámbito de su aplicación con exclusión del argumento *a contrario*. El silencio de la Ley sobre el caso concreto que ha de resolverse puede interpretarse, en efecto, tanto como una incitación a buscar una “identidad de razón” (expresión del nuevo artículo 4.º del Código civil) entre la solución que la Ley

enuncia y la que se busca, o bien como una distinción deliberada, por virtud de la cual la Ley ha querido que el caso no previsto en su hipótesis se resuelva de distinta manera (*"quae in unum casum concepta sunt ad alios casus trahi non debent"*; *"si lex voluit dicit, si tacet noluit; ubi lex non distinguit, etc."*). El discurso se hace cargo de esta aporía, que la tradición estrictamente tópica intenta resolver por individualización sucesiva de los casos mediante ajustes sucesivos, o, por la eventual entrada en juego de otras perspectivas o principios laterales. VILLAR intenta resolver la cuestión con una profundización lógica arbitrada con las modernas técnicas lógicas proposicionales o deónticas, no obstante lo cual entiende que estas técnicas tampoco pueden determinar con exactitud cuándo la analogía procede necesariamente, sino sólo, aunque ya sea bastante, de manera negativa, cuándo la misma está mal aplicada. No es, pues, una solución lógica entera del problema lo que pretende, sino sólo una reducción de su entorno de irracionalidad. "Hay que renunciar, nos dice expresamente (p. 187), a la utopía del logicismo total [para resolver el problema de la analogía]. La vida es existencia y no esencia. El Derecho está embebido de ideología valorativa y no solamente sería inútil, sino contraproducente, embalsamar la ciencia del Derecho en una momificación lógica inmutable e inasequible al tiempo". En último extremo, se aleja un poco el horizonte de la irracionalidad tópica, de su vivencia artística, no se la vence del todo, por más que las técnicas puestas a contribución sean poderosas, nuevas y sutiles.

El estudio de esas condiciones legítimas de la analogía está hecho, a la vez que sobre un depuradísimo análisis lógico, sobre un importante número de Sentencias de todas las Salas del Tribunal Supremo que le sirven de confrontación o demostración. Debe tratarse, en primer lugar, dice, de una laguna legal, y no de un indiferente jurídico o "espacio vacío de derecho". Por otra parte, ha de penetrarse en el "círculo de semejanza": relaciones simétricas, bi-unívocas (que permitan una inversión convencional del razonamiento en sentido contrario, una aplicación, en cierto modo, de lo que ENGELISCH llamaba "la idea y vuelta de la mirada", "el permanente efecto recíproco"), homogéneas, de extensión e intensidad idénticas.

No me parece que deba yo intentar poner nada propio en esa penetrante investigación. Sólo me resta agradecerle su esfuerzo, que profundamente admiro. Hay aquí un instrumento de contraste que puede resultar precioso para los juristas ante un problema dado,

especialmente ahora que la nueva redacción del Título preliminar del Código civil ha abierto de manera expresa en nuestro Derecho la técnica analógica en los supuestos no regulados de manera específica para aplicar una norma que regule un supuesto "semejante entre los que se aprecie identidad de razón" (art. 4.º). Es, en último extremo, una investigación de primera mano para precisar estos nuevos conceptos legales decisivos de "supuesto semejante" y de "identidad de razón".

Ista est subtilis lex et etiam subtilis titulus, dice BARTOLO con frecuencia (nos recuerda VIEHWEG) para comenzar el análisis tópico de un texto legal milenario que trata de adaptar a una realidad social completamente diferente. Permítaseme tomar ahora esa expresión y adaptarla, por mi parte, un tanto libremente, a esta circunstancia: éste es el sutil autor que hoy toma un lugar entre nosotros y éstos son sus sutiles títulos. Sea bienvenido, con nuestra gratitud.

ANEXO

LISTA DE PUBLICACIONES DEL EXCMO. SR. D. JOSE LUIS VILLAR PALASI

Los jurados de empresa (en colaboración), 1948.

Administración y Planificación, editado por el Instituto de Cultura Hispánica, 1947.

«Naturaleza y regulación de la concesión minera», *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1950.

«La 'Federal Administrative Procedure Act' de Estados Unidos», *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1950.

«La licitud de las huelgas de funcionarios declarada por el Conseil d'Etat», *Revista Administración Pública*, núm. 2, 1950.

«La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *Revista Administración Pública*, núm. 3, 1950.

«Observaciones sobre el sistema fiscal español», *Revista Administración Pública*, núm. 4, 1951.

«La eficacia de la concesión y la cláusula 'sin perjuicio de tercero'», *Revista Administración Pública*, núm. 5, 1951.

«La doctrina del acto confirmatorio», *Revista Administración Pública*, núm. 8, 1952.

«Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *Revista de Administración Pública*, núm. 14, 1954.

«Poder de Policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado», *Revista Administración Pública*, núm. 16, 1955.

«Justo precio y transferencias coactivas», *Revista Administración Pública*, núm. 18, 1955.

«Fisco versus Administración. La teoría nominalista del Impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas», *Revista Administración Pública*, número 24, 1957.

«La determinación del justo precio expropiatorio», *Revista Administración Pública*, núm. 46, 1965.

«La dinámica del principio de legalidad», *Revista Administración Pública*, número 49, 1966.

Mito y realidad de las disposiciones aclaratorias, Alcalá de Henares, 1965.

Apuntes de Derecho Administrativo, 10 tomos, 1965-1966-1967.

«Naturaleza jurídica del cheque», *Revista Derecho Mercantil*.

«El contrato del Agente de Seguros», *Revista Derecho Mercantil*.

Prólogo al libro del doctor Luis EZCURRA CARRILLO, *La Radiodifusión Española hasta 1936*, Madrid, 1974.

Prólogo al libro del doctor José FERNÁNDEZ ALVAREZ, *Derecho Turístico*.

Tópica y lógica, en libro homenaje al profesor Recasens Siches, en Méjico, 1975.

Intervención Administrativa en la Industria, I. E. Políticos, 1965.

- «Relaciones que ligan a la Compañía con los Agentes de Seguros», *Boletín Oficial del Seguro*, 1948.
- «Un dictamen del Consejo de Estado en materia de expropiación forzosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1949.
- Administración y presupuestos*, Colección O Crece o Muere, 1953.
- «El problema de la legalidad presupuestaria en los gastos públicos», *Revista Administración Pública*, 1966.
- «El problema de las nacionalizaciones industriales», *Revista de Economía*, 1949.
- Voces «Concesión» e «Industria» en la Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX.
- Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I: «Introducción y Teoría de las Normas» (636 páginas), Facultad de Derecho de Madrid, 1968.
- Contratos Administrativos*, Madrid, 1968, Facultad de Derecho.
- Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Facultad de Derecho de Madrid, 1972.
- Derecho Administrativo* (1.200 páginas), parte general, 1974.
- Inversiones de Capital Extranjero* (Premio March, 1967).
- Clasificación de Puestos de Trabajo 1966, en la Ley de Funcionarios*.
- Prólogo al libro de OTTO NASS: *Administración*.
- Prólogo al libro de GALLEGU ANABITARTE: *Ley y Reglamento*.
- Artículos en *Revue International des Sciences Administratives* y en la *Beiträge des öffentlichen Rechts*.

INDICE

SALUTACIÓN A LA REAL ACADEMIA	Pág.	IX
ABREVIATURAS		3
I. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA		7
1. Norma y hechos		9
2. Las paradojas de los métodos de interpretación jurídica		11
3. Teoría y práctica: la interpretación operativa		12
4. Los argumentos lógicos como instrumentales		13
5. Características de la paradoja interpretativa		14
5.1. Interpretación como conjunto de métodos		15
5.2. La imposibilidad de jerarquizar los métodos		15
5.3. La reversibilidad de resultados por uso de métodos diversos		15
5.4. Carácter argumentativo y dialéctico de la argumentación		15
5.5. Carácter ideológico de la interpretación: la realidad social del tiempo de aplicación de la ley		15
6. Interpretación extensiva y restrictiva		17
7. Los componentes de nivel en la interpretación para la adecuación a la realidad social		18
7.1. Conceptos múltiples de interpretación		19
7.2. Precisión y disponibilidad de métodos: la dosificación de los mismos		19
7.3. Lo convencional en el Derecho y en las Ciencias		20
7.4. Los niveles descriptivos		34
8. La estructura del poder y la interpretación: prohibiciones de interpretación. Los cambios de directivas jurídicas a nivel de Constitución: ideología y Derecho		35
9. Perspectivas externas de la interpretación: los modelos de interpretación operativa		38
II. LA INTERPRETACIÓN EN CONEXIÓN: «NISI TOTA LEGE PERSPECTA»		41
1. El concepto de sistema estructurado en el Derecho		41
1.1. Las cinco notas fundamentales de la estructura		41
a) Totalidad de razón		42
b) La autorregulación		42
c) La transformación		44
d) Relación interna de elementos		45
e) La explicación valorativa de la estructura desde fuera de la misma		45
1.2. La funcionalidad de la estructura		46
2. La estructura sistemática como medio de transición		48
3. La aplicación al Derecho de la teoría en las clases y en los conjuntos		51
4. La inteligibilidad del ordenamiento en su conjunto		52
5. Proposiciones elementales y conjuntos		53

6.	La estructura singular del Derecho administrativo	54
7.	Los grupos normativos	56
8.	El concurso de grupos: tipología general	60
9.	Las consecuencias interpretativas de la <i>realidad social</i>	64
III.	INTERPRETACIÓN Y LAGUNAS DE LEY: EL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS, EL APOTEGMA «IN CLARIS» Y EL HECHO NOTORIO	67
1.	El surgimiento de la dialéctica	68
2.	El postulado de plenitud jurídica	68
2.1.	El carácter del postulado político	69
2.2.	Limitación del concepto de laguna legal	70
2.3.	Laguna de Derecho y de Ley	70
2.4.	Laguna como patología por defecto del sistema jurídico.	71
2.5.	El espacio vacío de Derecho y lo irrelevante	71
2.6.	Lagunas primarias y secundarias	73
2.7.	La búsqueda de la norma completiva: las categorías jurídicas	73
2.8.	Lagunas de previsión: categorías jurídicas no normadas genérica ni específicamente	75
2.9.	Lagunas internas o externas: interrelación de los conjuntos del ordenamiento jurídico	75
2.10.	La complitud del ordenamiento y las lagunas de normas constructivas: la imposibilidad de integración de la laguna	76
2.11.	Lagunas aparentes por doble remisión	77
2.12.	Supuestos de impunidad de conductas delictivas por lagunas sistemáticas. La inaplicabilidad del <i>fraudem legis</i> : S. T. S. de 3 de febrero de 1969	77
2.13.	Lagunas y conjuntos jurídicos vacíos: su diferencia	80
2.14.	Lagunas técnicas: la norma vigente no operativa	80
2.15.	Código civil: lagunas de Derecho y lagunas de Ley	81
2.16.	Las falsas lagunas	81
2.17.	Antinomias, contradicciones y lagunas: el principio <i>non liquet</i>	82
3.	Aplicación de normas completivas y référé législatif	82
3.1.	Roma: Pontifex, Pretor, Emperador	83
3.2.	La Glosa y el Derecho Intermedio	83
3.3.	El référé législatif	83
3.4.	El référé de carácter general	84
3.4.1.	Casación en su origen	84
3.4.2.	Référé al Tribunal de Casación	85
3.4.3.	Las sentencias contradictorias y su control	85
3.4.4.	El Code y la desaparición del référé: Las diversas soluciones positivas ante la laguna legal	85
4.	Monopolio y prerrogativa de edición de normas jurídicas	87
5.	Lagunas, interpretación y estilo legal: la integración interna y externa de las lagunas: alusión a la tópica	89
6.	El principio <i>In claris non fit interpretatio</i>	91
6.1.	La falta de claridad en el lenguaje: los niveles de ambigüedad	93
6.2.	Peculiaridad semántica del Derecho	96
6.3.	Definición legal y convención estipulativa del lenguaje.	97
6.4.	Sinonimias, polisemias, equivalencia y pluralidad de sentidos	100

6.5.	La juridicidad de los vocablos	103
6.6.	Términos nuevos y arcaicos	104
6.7.	<i>Definitio</i> y <i>descriptio</i> : el sentido peculiar de las palabras en el Derecho	107
6.8.	Términos extranjeros y su uso en ordenamientos diversos al de origen	108
6.9.	El proceso de elección entre la diversidad de significados.	110
6.10.	Las escalas de gradación	111
6.11.	La clarificación de la claridad: La S. T. S. de 12 de junio de 1972	113
7.	La claridad en el mundo de los hechos: lo notorio de hecho y de Derecho	114
7.1.	La teoría de la Notoriedad de Hecho y las probatio probata	116
7.1.1.	En Derecho romano	116
7.1.2.	Surgimiento en el Derecho Canónico	117
7.1.3.	El pase del principio al proceso	117
7.1.4.	La incorporación al Jus Commune	117
7.1.5.	La evidentia facti y los medios de prueba	119
7.1.6.	La delimitación progresiva de lo notorio	120
7.1.7.	<i>Manifestum</i> y <i>notorium</i>	120
7.1.8.	<i>Notorium</i> y <i>fama</i>	121
7.2.	Notoriedad jurídica y presunciones	122
7.2.1.	<i>Notorium juris</i>	123
7.2.2.	Fictio juris en la prueba y en la construcción de categorías jurídicas	124
7.2.3.	La finalidad de las técnicas del <i>notorium</i>	125
7.2.4.	Los criterios restrictivos y el nacimiento de los principios de defensa necesaria y sanación de plazos.	126
IV.	LA INTERPRETACIÓN OPERATIVA E INTEGRATIVA	129
1.	La naturaleza específica de los principios generales de Derecho: la distinción con las máximas jurídicas y los apotegmas lógicos y decisionales	129
V.	LOS ARGUMENTOS LÓGICO-FORMALES Y LOS APOTEGMAS LÓGICO-DECISIONALES	147
1.	Consideraciones generales: la contradicción inmanente y la doctrina de la <i>doble razonabilidad</i> (<i>dissoi logoi</i>): el surgimiento de los argumentos tópicos	150
2.	Derecho y hecho: lo lógico y lo razonable	151
3.	El porqué del nacimiento de los apotegmas lógicos	152
4.	Tópica, Lógica y Retórica: el silogismo como prueba apodíctica en la interpretación	153
5.	El pensamiento aristotélico y las Colecciones de <i>Regulae juris</i> y de apotegmas jurídicos	154
6.	La analogía	163
6.1.	Analogía y ejemplo	163
6.2.	El paradigma	164
6.3.	Los precedentes y el principio de igualdad	166
6.4.	La integración de caso particular a caso particular. Las categorías jurídicas nuevas y su engarce en las normadas.	169

6.5.	Intersección y disyunción de conjuntos normativos: la cláusula «sin perjuicio» frente a la remisión	173
6.6.	La analogía <i>stricto sensu</i>	174
6.6.1.	La repulsa del Derecho romano a la analogía integrativa	174
6.6.2.	La ratio legis, la exceptio y la analogía	178
6.6.3.	Las premisas lógicas y la premisa valorativa de la analogía como silogismo decisonal: el círculo de semejanza	179
6.6.4.	El principio <i>ubi est eadem ratio</i>	180
6.6.5.	Los dos condicionantes del círculo de semejanza.	184
7.	El argumentum a simile y la extensio ad similia	187
7.1.	El argumentum a pari y la fictio ex aequitate	190
7.2.	La aplicación analógica en el Código civil, en su nueva redacción, del título preliminar: la <i>identidad de razón</i>	191
7.3.	El soporte de los principios generales del Derecho: la Sentencia de la Sala VI de 6 de mayo de 1974 sobre los hijos ilegítimos	193
7.4.	Los elementos relevantes de un supuesto normativo y el círculo de similitud <i>modo syllogismi</i>	196
7.5.	Analogía legis y proceso de aplicación del Derecho	198
7.6.	La parte lógica del argumento de analogía. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1966	199
7.7.	La analogía <i>ex contextu</i>	201
7.8.	La prescripción de la analogía en el Derecho Penal y la inexistencia de derechos adquiridos en ese conjunto normativo: la Sentencia de 26 de marzo de 1968	202
7.8.1.	Dolo civil y penal	204
7.8.2.	Analogía y concurso de leyes penales: La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1967	205
7.9.	Analogía como silogismo decisonal: su posible logización	207
7.10.	La metalógica aplicada a la detección de lagunas integrables y no integrables: la teoría de CARNAP-KLUG	211
7.11.	Analogía, mezcla de deducción e inducción: los intentos de hallazgo de lo propin cuamente semejante	218
7.12.	El postulado de no contradicción y su inaplicabilidad al Derecho	221
8.	Argumentum e silentio y lege non distinguente	222
8.1.	La relación entre conjuntos heteromorfos	222
9.	Los argumentos a fortiori y a pari: la transitividad y la asimetría como condicionantes de la previa naturaleza lógica del argumento	223
10.	Las dificultades planteadas por las llamadas normas permisivas y prohibitivas: la homomorfía	231
11.	El argumento de paralelismo de conjuntos homomorfos aunque no sean isomorfos (S. T. S. de 15 de enero de 1971)	237
12.	El argumento ad absurdum: la interpretación apagógica. (Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1971)	238
13.	La posible logización del Derecho y el Derecho como ciencia.	241
14.	Los límites internos y externos de la lógica jurídica	246
14.1.	Los límites lógicos estrictos	246
14.2.	La iniquidad manifiesta como límite interpretativo	249