

CONSIDERACIONES SOBRE LA LLAMADA METODOLOGÍA JURÍDICA

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alcalá, España

1. Introducción

A caso sea una opinión personal o minoritaria, pero yo no puedo por menos de sentir desazón, insatisfacción al leer acerca de la llamada Metodología jurídica. No digamos si lo leído es una de las partes de los proyectos docentes y de investigación que se presentan a los oportunos concursos, y que llevan tal nombre o título. Irremediablemente, me producen los aludidos textos sensación de confusa mezclanza, de oscuridad, de acumulación asistemática de doctrinas y teorías, algunas bastante peregrinas. Mi propósito al escribir estas líneas no es otro que el intento de poner alguna claridad en el asunto.

Me parece que para salir airoso de la prueba, son de señalar los siguientes avisos previos:

- Historia del pensamiento jurídico y metodología jurídica son cosas distintas aunque se relacionen.
- No puede hablarse, sin discriminar tipos, del jurista ante el Derecho.
- Hay que evitar el peligro americano.

Por lo que hace al primer aviso, la afirmación tiene visos de perogrullada, pero lo cierto es que las exposiciones al uso hablan, por ejemplo, de las diferentes doctrinas iusnaturalistas o positivistas y, a renglón seguido, sin explicación alguna, de la analogía o de los criterios interpretativos. Yo creo que conviene separar con nitidez dos grandes cuestiones: una es la idea de qué cosa sea el Derecho; otra, la respuesta concreta y determinada que haya de darse a un conflicto de intereses llevado ante el Tribunal. De lo primero, trata la Historia del pensamiento jurídico. De lo segundo, la Metodología jurídica. En cada uno de los dos epígrafes siguientes, trataré sumariamente cada una de estas cuestiones.

Ahora bien, que en aras de la necesaria claridad docente y discente hayan de deslindarse estas cuestiones, no quiere decir que no exista relación entre ellas: pero hay que explicar en qué consiste esa relación. Entiendo que la personal idea que del Derecho tenga el aplicador de aquél influirá, necesariamente, en la selección o utilización de criterios que emplee para encontrar la respuesta jurídica. Quien estima que la ley agota el contenido del Derecho no se enfrenta en la misma disposición metodológica que quien mantiene otra opción, ante el problema de la laguna normativa.

Ni tampoco significa la distinción, que el jurista práctico pretenda dedicarse a la Ciencia jurídica -como disciplina estrictamente positiva- desdeñando la Filosofía del Derecho que sería menester de teóricos o filósofos. La pretensión de conseguir una «Teoría pura» del Derecho, no sólo me parece inalcanzable sino, sobre todo, irreal, contraria a la realidad, o sea, inveraz. No existe la neutralidad ideológica en el jurista, ni debe existir, pero para comprender las cosas, sí deben distinguirse intelectualmente aquéllas.

La segunda advertencia anunciaba la necesidad de evitar generalizaciones inconvenientes. A los tres momentos que pueden observarse en la vida de la norma jurídica -creación, estudio, aplicación- corresponden tres categorías de jurista: legislador, estudioso y juez. No creo que la situación de cada uno de éstos sea la misma ante el Derecho. Sin embargo, en los trabajos sobre metodología jurídica, generalmente, se habla del jurista, o del Juez, pero lo que no se hace es distinguir. De nuevo, no se pretende que puedan levantarse muros de separación incommunicables, pero sí de tratar desigualmente lo que es desigual. Los criterios de interpretación de la norma tradicionales resultan de superlativa importancia para el Juez, cuya función es aplicar una norma -no inventarla o modificarla o sustituirla-; tienen menor importancia para el estudioso, quien manejará esos criterios pero, sin duda, no renunciará a su sentido crítico, valoraciones axiológicas, consideraciones prácticas, sugerencias *de lege ferenda*, etc.; y la tendrán en grado mínimo para el legislador. En cambio, para él será decisivo, a la hora de crear Derecho, la idea que de éste tenga: piénsese, por ejemplo, cómo ha de influir su pensamiento jurídico en trance de configurar las fuentes del Derecho; pero para el Juez, su personal idea del Derecho resulta incomparablemente menos decisiva cuando tenga que resolver el litigio sometido a su jurisdicción.

Finalmente, creo que hay que andar con cuidado con lo que afirman los juristas anglosajones, en general, y norteamericanos, en particular. Sé

muy poco de esto, de manera que, con cierto atrevimiento, me limitaré a escribir dos párrafos y ya no volveré sobre el particular. No sólo es que -tengo la impresión- en la ciencia jurídica americana hay un exceso de sociología, economía y otras disciplinas extrajurídicas, sino que el mundo jurídico anglosajón es muy diferente del nuestro, por lo que las importaciones son, por lo menos, arriesgadas. Nuestro mundo gira en torno a la norma jurídica.

El suyo, a la decisión judicial. La trascendencia de la distinción es superlativa. A los juristas del otro lado del Atlántico les puede resultar de lo más atractivo y sugerente atender con todo detalle a los comportamientos judiciales, su regularidad o no, el elenco de causas sociales, personales, ambientales, profesionales... que pueden influir en sus decisiones; pero todo esto para nosotros, aparte de que constituye una obviedad, no es importante: ya sabemos que el Juez es sensible a muchas cosas -sin necesidad de que nos lo cuenten las innumerables teorías sobre el llamado realismo jurídico-; lo que le pedimos, precisamente, es que las resista y aplique la norma. Resultan alarmantes algunas opiniones que, por haber caído en el peligro denunciado, olvidan cosas tan elementales en nuestro sistema jurídico como la enumeración y ordenación de las fuentes del Derecho o la función judicial determinada en el párrafo primero del artículo 117 de la Constitución.

2. Sumaria noticia de la historia del pensamiento jurídico

En mi opinión, hay dos modos fundamentales de pensar respecto al Derecho, y nada más. Para unos, el Derecho se identifica con la ley promulgada regularmente por el legislador, de modo que ésta agota el contenido de aquél: es el positivismo. Para otros, el contenido del Derecho se integra no sólo con la ley dada por el legislador, sino también con preceptos naturales, esto es, una normatividad ínsita en la conciencia del hombre y que la razón descubre por ordenación del Creador: es el iusnaturalismo. Y todas las demás doctrinas o teorías han de situarse en un plano distinto porque, en rigor, son modalidades, más o menos fieles, de alguna de las dos anteriores, incluido el llamado Derecho Natural racionalista, que no es, en verdad, iusnaturalismo sino positivismo, como más adelante diré.

2.1. Iusnaturalismo

A) NOTAS CARACTERÍSTICAS

Podrían señalarse las que siguen:

- La ley no agota el contenido del Derecho, según queda dicho.
- En rigor, no existen dos órdenes jurídicos para ordenar la vida social. El ordenamiento jurídico de una sociedad es único, si bien en él encontramos el elemento positivo y el elemento natural. No existe tensión entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, sino que éste viene a complementar, en lo necesario, a aquél¹.

El elemento natural fundamenta y justifica el elemento positivo, hasta el punto de que una contradicción grave entre ambos significa que la ley positiva es injusta y pierde, por ello, su naturaleza de ley.

Los preceptos naturales primarios se conocen por la razón y son universales, indelebles e inmutables².

Existe un Dios providente ordenador de la creación. La ordenación divina de la creación o ley eterna referida a la criatura racional se denomina ley natural, y la parte de ésta que ordena la actuación del hombre hacia fuera, en relación con los demás, se llama Derecho Natural, frente a la parte ordenadora interior que es la Moral Natural.

B) EL IUSNATURALISMO EN LA HISTORIA

α) La necesidad de acudir a una normatividad extralegal parece haberse sentido en todos los momentos históricos, afirman Díez-Picazo y Gullón³. En efecto, y comenzando con la Antigüedad griega, es difícil sustraerse a la cita de Sófocles. Ante el tirano Creonte que le pide cuentas por haber desobedecido un decreto suyo -injusto-, Antígona le replica: «No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy, ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron»⁴. Llama la atención esta referencia expresa a leyes no escritas, cuando los griegos estuvieron más inclinados a reflexionar sobre la justicia que sobre el Derecho. Por ejemplo, Aristóteles, cuando formula

¹ HERVADA, J: *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*: EUNSA: Pamplona: 1987: pág. 25 y 81.

² SANTO TOMÁS: *Summa Theologica*. I-II. q. 94.

³ Díez-Picazo, L y Gullón, A: *Sistema de Derecho Civil*. I. 10ª edic. Tecnos. Madrid. 2001. pág. 139.

⁴ Antígona, edit. Gredos. Madrid, 1981. Versos 450-456.

la capital distinción entre justicia natural y justicia legal, caracteriza la natural por «tener en todas partes la misma fuerza y no estar sujeta al parecer humano», mientras que «las cosas que son justas no por naturaleza, sino por convenio humano, no son las mismas en todas partes»⁵.

En cambio los romanos, aun cuando recibieron la tradición griega, por idiosincrasia, prefirieron pensar ya en el Derecho y en las leyes, aunque no desconocieran la virtud de la justicia. CICERÓN se expresa en términos contundentes y hermosos: *Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna... Huic legi nec abrogari fas est... nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus... nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia post hac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex, et sempiterna et immutabilis continebit*⁶. Tres juristas bien conocidos, posteriores, mantienen la tradición: GAYO distingue entre *ius civile* y *ius gentium*, al que describe como el establecido por la razón natural en todos los pueblos; PAULO, entre *ius civile* y *ius naturale*, fundado en la naturaleza de las cosas, y que siempre es justo y bueno; ULPIANO, más confuso, distingue Derecho civil, natural y de gentes, distinción trimembre que ha provocado encontradas interpretaciones. En todo caso, lo importante es que los juristas romanos, eminentemente prácticos, supieron fundir en la idea de Derecho, como señala HERVADA, «factores naturales (*naturalis ratio*) y los factores positivos (*civilis ratio*)». No hay más que un ordenamiento jurídico, en parte natural y en parte positivo⁷.

No puede cerrarse el periodo histórico de la Antigüedad sin invocar otros dos fundamentos, clásicos igualmente, del iusnaturalismo: SAN PABLO y SAN AGUSTÍN. El Apóstol de las gentes afirma: «*En efecto, cuanto los gentiles, que no tienen Ley hacen por razón natural lo que manda la Ley, estos tales, no teniendo Ley, son para sí mismos ley, y ellos hacen ver que lo que la Ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia y las diferentes reflexiones que allá en su interior ya los acusan, ya los defienden...*»⁸. El Obispo de Hipona trata del asunto, especialmente,

⁵ Ética a Nicómaco, Ed. Gredos, Madrid, 1985: libro V, epig. 7.

⁶ De Republica. III, XXII, citado por RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. Ma. . Historia del pensamiento jurídico, 5ª edic. Unive. Comp: Madrid, 1984, pág. 69. Advierto, no obstante, que el autor estima que CICERÓN pierde en el texto transcrito "rigor científico", por su tono "encomiástico y oratorio". A mí no me lo parece.

⁷ HERVADA, J. op. Cit., pg. 81, de quien tomo las citas de los juristas romanos.

⁸ Epístola a los romanos: 2. 14-16.

en sus obras *Contra Faustum* y *De libero arbitrio*. HERVADA resume su pensamiento: la ley natural es reproducción de la ley eterna en el alma racional del hombre. De ella deriva cuanto hay de justo o legítimo en la ley humana, de modo que una ley humana que la vulnere, no es ley, ni obliga en conciencia⁹.

b) Con SANTO TOMÁS el iusnaturalismo se afianza definitivamente en el pensamiento jurídico, de modo que ya no se pondrá en duda hasta el siglo XVII. Ésta es, en síntesis, la doctrina del Aquinate en el asunto que nos ocupa: La creación entera está ordenada por la mente divina (ley eterna), de suerte que toda criatura participa a su manera de esa ordenación o ley. La criatura racional lo hace también a su modo, esto es, a través de su *razón*, y esa participación en la ordenación universal se llama ley natural: «la luz de la razón natural por la que discernimos entre lo bueno y lo malo -que tal es el cometido de la ley- no es otra cosa que la impresión de la luz divina en nosotros»¹⁰. Pero la ley natural es insuficiente para regular las relaciones humanas, por ello la razón humana, en el orden práctico, «parte de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas. Y estas disposiciones particulares descubiertas por la razón humana reciben el nombre de leyes humanas»¹¹. «Luego la ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley»¹². La ley humana se deriva de la natural de dos modos: por vía de conclusión, esto es, como conclusión de un silogismo práctico, por ejemplo, del principio no hacer daño a otro, se concluye la obligación positiva de reparar daños y perjuicios; y por vía de determinación, esto es, por opción libre entre varias posibilidades, todas conformes con el precepto natural, por ejemplo, sentada la obligación de reparar, caben distintos sistemas: criterio judicial del daño, valoración según criterios legales predeterminados, sistema mixto, etc.¹³.

En el delicado problema del contenido de la ley natural, SANTO TOMÁS sienta un primer precepto que descubre al constatar que todo hombre obra por un fin y el fin tiene *razón* de bien, a saber: «el bien ha de hacerse

⁹ Op. Cit., pg. 105.

¹⁰ Summa Theologica I, II, q. 91, artículo 2.

¹¹ Ibid., artículo 3.

¹² Ibid., I-II, q. 95, artículo 2.

¹³ Vid. Ibid.

y buscarse; el mal de evitarse». De este primer precepto deriva los restantes preceptos primarios que clasifica según los tres órdenes de inclinaciones naturales: conservación del ser sustancial (los preceptos que miran a la conservación de la vida humana); conservación de la especie humana (los preceptos que miran a la unión de los sexos, educación de los hijos); conservación de la convivencia social basada en la naturaleza racional del hombre (preceptos que miran a evitar las ofensas intolerables para vivir en sociedad)¹⁴.

c) La doctrina tomista originó un reverdecimiento o segunda floración de iusnaturalismo que se conoce como la Escuela Española del Derecho Natural. FRANCISCO DE VITORIA (1492-1546), DOMINGO DE SOTO (1495-1560); LUIS DE MOLINA (1535-1600) y, sobre todo, FRANCISCO SUÁREZ (1548-1617) son sus principales representantes. En el asunto que nos interesa siguen en lo sustancial a SANTO TOMÁS, por lo que no es preciso entrar en más detalles, dada la índole de esta sumaria reseña. En otro orden de cosas, es muy importante la incorporación que hacen, fundamentalmente SUÁREZ, del concepto de *ius* como poder, es decir, como derecho subjetivo, frente a la noción de *ius* aristotélico-tomista como objeto de la virtud de la justicia, pero no es ahora nuestro tema¹⁵.

El siglo XVII supone el nacimiento del llamado iusnaturalismo racionalista que veremos en el epígrafe siguiente, y que se extiende durante el siglo XVIII. El siglo XIX conoce el apogeo del positivismo. Así, el iusnaturalismo no renace hasta el siglo XX, en buena medida como reacción ante las catástrofes bélicas de la centuria. Hay un grupo de autores que, ciertamente, no pueden considerarse iusnaturalistas tradicionales, pero sí se descubre en ellos huellas o influencias más o menos intensas del pensamiento jurídico que nos ocupa. En cualquier caso, no son positivistas puros; a lo sumo, positivistas mitigados. En la historia del pensamiento forman lo que se ha dado en llamar objetivismo jurídico: conjunto de doctrinas que defienden la existencia de ciertos condicionamientos objetivos del Derecho Positivo. Podemos citar a STAMMLER (1856-1938) que postula un Derecho Natural pero en sentido kantiano, que desemboca en el llamado por RADBRUCH «Derecho Natural de contenido variable». RADBRUCH es, precisamente, otro célebre autor de este grupo (1878-1949): sufrió los desmanes del régimen nacional-socialista, y exigió que el Derecho positivo incorporase la idea de justicia

¹⁴ Vid. *Ibid.*, q. 94, artículo 2.

¹⁵ Sobre esta derivación de *ius* desde una noción objetiva a otra subjetiva, a partir de OCCAM, puede verse la monografía de GALLEGU, E. A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Dykinson, Madrid, 1999.

a través de «valoraciones morales». Pero, junto a este límite, manejó otro más conocido, el de «la naturaleza de la cosa»: el Derecho ha de permitir hablar a las cosas antes de regularlas. En esta línea, GENY (1861-1938) habló del Derecho natural como conjunto de reglas jurídicas que la razón extrae de la naturaleza de las cosas. También de gran influencia en Italia y España ha sido DEL VECCHIO (1878-1970) quien define el Derecho natural como «la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento»¹⁶.

Afirma HERVADA que el objetivismo jurídico significa una reacción insuficiente frente al positivismo. «A fin de cuentas -señala- los condicionamientos objetivistas no impiden la injusticia... «les falta un factor jurídico -no extrajurídico- que evite el derecho injusto»¹⁷.

Terminemos con dos autores de más neto y sólido iusnaturalismo: CATHERINE (1845-1931) y VILLEY (1914-1988) que ha propugnado la vuelta al Derecho natural clásico.

2.2. El llamado iusnaturalismo racionalista

A) ANTECEDENTES

Acontecimientos novedosos que afectan sustancialmente al iusnaturalismo tradicional:

Al cerrarse el largo período histórico de la Edad Media, tan fecundo y fructífero en tantas cosas, a pesar del simplismo con que todavía hoy suele despacharse el asunto, comienzan a sobrevenir cambios sociales de la mayor envergadura histórica que, como no podía ser de otro modo, acabarán influyendo en la concepción del Derecho, que es lo que ahora nos interesa. Retengamos sólo tres movimientos intelectuales, tres mutaciones trascendentales en la historia del pensamiento occidental. Son éstos:

- Reforma protestante: Como es natural, ni éste ni los otros dos acontecimientos luego indicados pueden ser tratados ni siquiera sumariamente. Me limito a la indispensable alusión a cada uno de ellos y a decir dos palabras, mínimamente identificadoras de la nueva doctrina pero que atañen de modo especial a nuestro tema. La reforma protestante supuso, entre otras cosas, la ruptura entre fe y razón,

¹⁶ Citado por RODRÍGUEZ PANIAGUA, op. cit., pg. 363.

¹⁷ HERVADA, J., op. Cit., pg. 326.

entre lo sobrenatural y lo natural. La gravedad de este modo de pensar difícilmente puede exagerarse. Por lo que hace al mundo de lo normativo, la escisión apuntada significaba la separación del Derecho natural de la Teología: el primero mira al orden temporal; la segunda, al orden de la salvación. Pero no hay unidad entre ambos órdenes. Esto explica que sea en el siglo XVII cuando adquiere autonomía académica el Derecho natural, y se doten cátedras de esta disciplina. Pero será un Derecho natural intramundano, inmanente.

- Racionalismo e idealismo: Desde DESCARTES (1596-1650) y hasta nuestros días -con reducidos islotes- la filosofía será racionalista e idealista¹⁸. Entendido el hombre como mera sustancia pensante, *razón*, se acaba generando y difundiendo en este siglo y en el siguiente una ingenua confianza en la *razón* que, presuntuosa, se jacta de haberse liberado de la fe medieval. No es difícil comprender, pues, que el Derecho, positivo o natural, será para esta línea de pensamiento mero producto de la *razón*, sin vínculos metafísicos.
- Positivismo: Con los antecedentes indicados en el epígrafe anterior, necesariamente había de concluirse que no hay conocimiento fuera de la experiencia sensible. Así, se reducen al método empírico los modos de conocer. El positivismo no distingue entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, y cree que el mismo método, basado en la percepción sensible, puede aplicarse para conocer la realidad de unas y otras. Es la apoteosis del método matemático. Y se le estima utilizable respecto al Derecho. Con *razón*, advierte FERNÁNDEZ-GALIANO que, al aplicar la *razón* sobre los datos del fenómeno jurídico, se cae en la cuenta de que los Derechos positivos son distintos aquí y allá «mas como *de singularibus non est scientia*, era imposible construir una ciencia del Derecho positivo. Por ello, no había otro remedio que sustituir este objeto singular por otro universal, y ese otro es el Derecho natural»¹⁹.

B) NOTAS CARACTERÍSTICAS

Podrían señalarse las que siguen:

- Se quiebra el vínculo del Derecho natural con Dios. Se recordará la doctrina tomista de la ley natural como participación en la sabiduría divina (ley eterna), lo que aseguraba el enlace -vía

¹⁸ MARÍAS, Julián: "Historia de la Filosofía", Alianza editorial, Madrid, 2000, pg. 215.

¹⁹ FERNÁNDEZ-GALIANO, A., "Introducción a la Filosofía del Derecho", Edersa, Madrid, 1963, pg. 170.

participación- del Derecho natural -y aun de todo el Derecho- con Dios. La ruptura entre el orden sobrenatural y el natural; la posterior emancipación de la razón -el hombre sólo puede estar seguro de su propia existencia porque piensa- la aceptación de que, a efectos dialécticos, es posible construir un Derecho natural *etiamsi daremus Deum non esse*; el rechazo de la fe como fuente de conocimiento, al no apoyarse en una realidad empíricamente comprobable...; todas estas premisas intelectuales, incompatibles con la idea de participación en la sabiduría divina, concluyeron en la edificación de un Derecho natural como conjunto de dictámenes de la recta razón, acomodados a la naturaleza humana y descubiertos por el propio hombre, al reflexionar sobre aquélla, sin la menor vinculación con un Dios creador y legislador.

- Elaboración del Derecho natural *more geométrico*. Convencidos de que el Derecho podía tratarse como las Matemáticas, los filósofos de la Escuela del Derecho Natural racionalista construyen éste como una estructura racional que, partiendo de un principio fundamental, va encadenando verdades sucesivas, por vía deductiva. Se consigue, así, una ciencia exacta, superando las entelequias acientíficas del iusnaturalismo tradicional. La persuasión de que es posible construir un sistema jurídico exacto, preciso, casi perfecto, obra de la *razón*, explica, en buena medida, el ideal codificador: en verdad, los legisladores no tendrían sino que plasmar en sus cuerpos legales esas magníficas construcciones, trabajosamente elaboradas por los filósofos-juristas²⁰.
- Gran disparidad en el contenido del Derecho natural racionalista. Con agudeza, llama la atención FERNÁNDEZ-GALIANO sobre nota tan llamativa en una sistematización que se presentaba como resultado del ejercicio de la razón, razón que es la misma en todos los hombres. No puede negarse la interna contradicción entre ésta y la característica precedente. es que cada autor cree descubrir la naturaleza empírica del hombre en una u otra tendencia natural predominante: PUFFENDORF, en la sociabilidad; TOMASIO, en la felicidad; HOBBS, en el egoísmo; ROUSSEAU, en la bondad. como el sistema se obtiene por deducción a partir del principio fundamental, los resultados necesariamente variarán²¹.

²⁰ HERVADA, J., op. cit., pg. 257.

²¹ FERNÁNDEZ-GALIANO, A. op. cit., pg. 172.

- Quiebra de la unidad del ordenamiento jurídico. Creo que es un mérito indiscutible de Javier HERVADA esta reflexión tan cierta como sugestiva. Ya apunté, siguiendo a este autor, como característica del iusnaturalismo tradicional la contraria. Ahora, hay que referirse a la quiebra de la unidad. La mentalidad racionalista concibe el Derecho natural «como un orden o sistema del leyes de la naturaleza que regula la sociedad, junto a otro orden o sistema de leyes constituido por el Derecho positivo»²². Dos órdenes normativos confluyen sobre la sociedad y, en buena medida, en tensión: escribe este autor cómo el Derecho positivo se identificaba con el Derecho estamental del Antiguo Régimen, al paso que el Derecho natural venía a ser el propio de la época de las luces, el nuevo Derecho racional²³. Y se preparaba el triunfo del positivismo, porque, a la postre, lo que importaba al jurista aplicador del Derecho del Estado, por oficio, era el positivo; el otro, el natural era otra cosa, pero no Derecho vigente; acaso un ideal para el orden jurídico positivo, o una ética social²⁴.

Expuestas las notas características del iusnaturalismo racionalista, basta su comparación con las que señalamos como identificadoras del iusnaturalismo tradicional para concluir que estamos ante realidades sustancialmente distintas. ¿Qué más da que la norma jurídica la elabore un jurista en su oficio de legislador que un jurista como pensador o filósofo del Derecho? ¿Acaso no ejercitan ambos la razón? No hay diferencia sustancial entre el teórico que sobre su mesa construye un sistema jurídico escrutando, según él, la naturaleza humana, y el jurista práctico que sobre su mesa redacta una ley, si tanto el primero como el segundo están convencidos de que no existe una normatividad superior a la que puede descubrir su razón. Afirmar que existe un orden normativo superior al legislador positivo, pero que se descubre mediante la aplicación exclusiva de la razón a los datos experimentales que ofrece la naturaleza humana, no me parece esencialmente diferente de afirmar que no existe más que un orden jurídico: el positivo. Basta pensar en la intercambiabilidad de los oficios de legislador y tratadista. Si nuestros juristas, el teórico y el práctico, cambian, respectivamente, sus papeles llegarán al mismo resultado que al que habrían llegado en su antiguo oficio. Y es que de la misma causa proceden efectos iguales; de modo

²² HERVADA, J., op. cit., pg. 257.

²³ Ibid.

²⁴ Vid. Ibid.

que es indiferente quien use la razón. Lo decisivo sería aceptar otra causa, pero si es la misma no salimos del mismo producto. Quiero decir que la diferencia esencial entre uno y otro iusnaturalismo radica en la aceptación o no de un Dios providente y legislador, en los términos que quedaron expuestos por SANTO TOMÁS. Pero si hay diferencia esencial, no me parece correcto o acertado seguir llamando iusnaturalismo o Escuela del Derecho Natural -siquiera sea con el calificativo de racionalista- a una doctrina sustancialmente diferente de la que se llamó así, al menos, desde Roma, aunque la idea, como vimos, es anterior. Más preciso sería hablar de una modalidad, a lo sumo, de positivismo.

C) PRINCIPALES REPRESENTANTES

Se acepta comúnmente que fue HUGO GROCIO (1583-1654) quien puso los fundamentos del Derecho natural racionalista. En efecto, este autor estima innecesario el vínculo divino y hace del Derecho natural un producto primariamente humano. Es muy conocida su postura: aquél fluye de principios internos al hombre, de modo que aunque Dios no existiera o no se cuidara de las cosas humanas -lo que no puede admitirse sin cometer un crimen grave- el Derecho natural existiría. Pero como GROCIO cree en Dios, añade que también puede decirse que aquél procede de la libre voluntad de Dios: naturaleza humana, y libre voluntad divina como doble origen del Derecho natural, pero esta segunda a través de la primera, en tanto Dios es autor de aquélla. Derecho natural es dictamen de la recta razón. Dios ha ordenado o prohibido el resultado de las cosas humanas. Dios ha ordenado o prohibido el resultado de ese dictamen, cabalmente, porque conviene o no a la naturaleza racional y social del hombre.

Dentro ya, de esta Escuela Racionalista del Derecho, suelen citarse como principales autores a PUFFENDORF (1632-1694), TOMASIO (1665-1728) y WOLFF (1679-1754). Para ellos, el Derecho natural es la *recta ratio*, esto es, el dictamen de la recta razón adecuado a la naturaleza humana, sus necesidades e intereses. Pero puede señalarse otra corriente de pensamiento, dentro de la misma Escuela, como hace HERVADA, para cuyos representantes -HOBBS (1588-1679), SPINOZA (1632-1677), LOCKE (1634-1702), ROUSSEAU (1712-1778)- el Derecho natural más parece un conjunto de normas dictadas por la razón para sobrevivir en sociedad, ante la imposibilidad, por diferentes causas, de permanecer en el estado de naturaleza²⁵.

²⁵ HERVADA, J., op. cit., pg. 257.

No procede en un trabajo de estas características entrar en exposiciones detalladas de los autores citados. PUFFENDORF y WOLFF representan, probablemente, el más genuino esfuerzo por construir un Derecho natural según el método de las ciencias naturales. Elaboran vastos sistemas integrados por una sucesiva concatenación de sentencias, lógicamente derivadas unas de otras. Se ocuparon hasta de ofrecer un Derecho Procesal natural. TOMASIO es muy conocido por la distinción de las tres normatividades que dicen relación al hombre: la Moral, el Derecho, y los usos sociales. El Derecho se caracteriza por las notas de alteridad y coacción. Esto significa que el Derecho natural, por carecer de coacción, no es un Derecho completo. Sólo el Derecho positivo es Derecho completo.

Los autores de la segunda tendencia de racionalismo jurídico, antes citados aunque sin ánimo exhaustivo, aun se apartan más del iusnaturalismo clásico y se acercan más al positivismo: evidente, por ejemplo, en HOBBS; más lejano, ciertamente, de LOCKE. Parece que, en rigor, el Derecho natural sería el regulador de la vida del hombre en el estado de naturaleza, de modo que cuando, por diferentes razones, deciden los hombres organizar el Estado, no dudan en confiar a éste un amplio margen de actuación en la elaboración de la ley positiva. El Derecho natural, entonces, viene a consistir en un conjunto de prescripciones que, con independencia de que vengan o no exigidas por la naturaleza humana, resultan indispensables para vivir en sociedad. El problema está en quién interpreta el grado de necesidad de una norma positiva. LOCKE es el que, con más claridad, advierte que los derechos que el hombre tenía en el estado de naturaleza limitan el poder legislativo: Hasta el punto de que en caso de grave violación de aquéllos, los ciudadanos recuperan automáticamente el poder que habían transferido (*llamada al cielo*).

2.3. El positivismo jurídico

A) ANTECEDENTES

Es sabido que son diversas las modalidades, más o menos extremas, de positivismo jurídico, pero a los efectos que nos interesan basta con una caracterización elemental. Para este modo de pensar, no existe normatividad superior, ni siquiera diferente de la que integra el Derecho positivo, de modo que todos los positivistas coinciden en negar la existencia de un Derecho natural. Ley y Derecho son cosas sinónimas, en la formulación más genuina.

Se comprende que como actitud intelectual pueda encontrarse en cualquier época, y así los sofistas griegos han sido considerados como

los positivistas de la época, pero con tal denominación se alude, en concreto, a una firme y extendida concepción del Derecho que aparece en el siglo XIX y que, sin duda, sigue vigente en la actualidad, aunque no sea con la pujanza de entonces, sino con buena dosis de matizaciones y cautelas, pues, no en vano, según se advirtió, la segunda parte del siglo XX ha conocido otro renacimiento del Derecho natural.

La aparición y consolidación del positivismo tenía necesariamente que producirse una vez que el pensamiento jurídico había transitado por la Escuela Racionalista del Derecho, verdadero antecedente doctrinal específico de la corriente que ahora consideramos, como advertí anteriormente. Pero, además de esta preparación inmediata y específica, vale la pena recordar otros factores que intervinieron en la causación del fenómeno positivista:

Ante todo, el positivismo filosófico, porque a lo largo del tiempo la historia del Derecho ha corrido paralela a la historia de la Filosofía, como es natural. Si la metafísica intenta explicar la naturaleza de los seres, su esencia y sus causas, el positivismo filosófico busca sólo hechos y las leyes que los gobiernan, pero sin elevar la mente a cuestiones abstractas o generales, como causas sustancias o principios. El positivismo se detiene en el dato, en lo que está puesto²⁶. En lo jurídico, el dato puesto es la norma promulgada.

El historicismo es otra corriente de pensamiento filosófico que ayuda a entender la nueva doctrina. Como explica FERNÁNDEZ-GALIANO, el pensamiento quedó agotado por la excesiva dosis de rigor racionalista, con su pretensión de imponer leyes fijas e inmutables. La reacción había de exaltar el sentimiento frente a la idea, lo espontáneo frente a lo reflexivo, la evolución frente a la inmovilidad²⁷. Era la versión humanista de la teoría evolucionista en las ciencias biológicas y de la naturaleza. En lo jurídico, se manifestará en la Escuela Histórica del Derecho.

Finalmente, el magno fenómeno de la codificación ha de estimarse, al tiempo, causa y efecto del positivismo jurídico. Si la codificación supuso, entre otras cosas, el monopolio de la ley en la creación del Derecho y la creencia de que los Códigos eran suficientes en sí mismos para resolver cualquier cuestión jurídica, dicho está que aquellos juristas habían de ser positivistas.

²⁶ MARÍAS, J., *op.cit.*, pg. 339.

²⁷ FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *op.cit.*, pg. 179.

B) NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA DOCTRINA

- El Derecho se identifica con la ley. El ordenamiento jurídico se compone exclusivamente de normas elaboradas y promulgadas por el legislador. No hay más Derecho, pues, que el «puesto» por el legislador, a través del procedimiento formal de elaboración de leyes.
- Como el positivismo se desentiende de causas y valoraciones metafísicas, es natural que la Filosofía del Derecho se pretenda sustituir por una Teoría general del Derecho, encaminada a fijar conceptos jurídicos generales mediante un método racionalista-deductivo conocido como formalismo jurídico.
- La validez y eficacia de la ley sólo depende de su regularidad formal, nunca de su contenido. El juicio «ley injusta» carece de sentido riguroso. Basta con que el legislador esté legítimamente investido de potestad, y con que se haya observado el procedimiento técnico de elaboración de la ley.
- El Ordenamiento jurídico es monista. No existen factores naturales que remitan a normas procedentes de Dios. El Derecho natural o no existe o no es Derecho.

Esta nota es fundamental porque es la más característica, quizás, del positivismo. La doctrina suele destacar que bajo el manto positivista se arrojan muchas teorías que, de suyo, son muy diferentes: No estoy muy seguro de ello, ni me parece convincente el reparo. No es posible descender a detalles, pero el rechazo de un legislador supremo -en que coinciden todas esas teorías que se quieren presentar como distintas- a todos homogeniza. Claro que se puede ser más o menos extremista; cierto que hoy existe elevado grado de consenso en aceptar lo que se ha dado en llamar objetivismo jurídico, a modo de conjunto de limitaciones a que estaría sujeto el legislador. Pero, a la postre, es la misma razón humana, según va dicho anteriormente, la que construye o trata de construir esos límites. El inmanentismo es nota común de todo positivismo.

C) PRINCIPALES MANIFESTACIONES DOCTRINALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

- a) Escuela de la exégesis. Gira en torno al Código de Napoleón (1804). Deslumbrados los autores franceses por el fulgor del Código no aceptan otro Derecho que el contenido en aquél. Ni quieren saber Derecho Civil sino más bien el Código civil. Como apunta Aza, estos juristas probablemente no rechazaban la existencia de principios

naturales, pero pensaban que de tal modo habían quedado incorporados al Código, que no tenía sentido salir de aquél para hallar la norma aplicable²⁸.

- b) Escuela Histórica. Dejando, ahora, antecedentes, se considera esta corriente de pensamiento unida al nombre de SAVIGNY (1779-1861) y al fenómeno de la codificación. El modo de arreglar la situación de confusión y desconcierto en que yacía el ordenamiento alemán de la época, origina la famosa polémica entre THIBAUT y SAVIGNY. Su doctrina del nacimiento espontáneo y progresivo del Derecho, producto de la acumulación y sedimentación de criterios en las conciencias de las gentes, a lo largo de la historia, aparece como reacción frente al racionalismo jurídico y la escuela de la exégesis que fue su verificación práctica. El historicismo rechaza la posibilidad de encontrar principios generales y abstractos, alumbrados por la razón que, a la postre, cuajen en un código que es, así, una obra casi perfecta. Sólo el estudio de la historia, de las instituciones jurídicas que se han originado en el tiempo, permite al científico del Derecho aprovisionarse de los materiales nobles que luego permitan hacer una ley. Porque la manifestación genuina del Derecho es la costumbre, y la ley sólo vale en tanto recoja aquélla. No hay principios universales: cada nación y cada época tendrá su propio Derecho, al que se llega por la comprensión del pasado de esa nación. Sólo la Historia es, en rigor, fuente de conocimiento. Se comprende bien que en semejante concepción del Derecho no hay lugar para el Derecho Natural. Insisto en una idea anterior: no es sustancial la diferencia entre decir que el único Derecho procede de la razón reflexionante o que procede de la razón aplicada a comprender la historia y descubrir los principios sedimentados con el paso del tiempo. Razón abstracta o razón histórica. Pero ninguna fuente trascendente.

SAVIGNY no era ajeno al nacionalismo romántico de la época, en una nación que pugnaba por constituirse como Estado moderno. En ese ambiente encaja bien su «fantasmal y evanescente espíritu del pueblo»²⁹, que toma de SCHELLING. De todos modos, nunca he entendido por qué el espíritu del pueblo alemán se manifestaba a través del Derecho Romano.

- c) Jurisprudencia de conceptos. Si bien la concepción inicial del Derecho de SAVIGNY podía calificarse de histórica-sociológica, no es

²⁸ AZA PINILLA, I. "Introducción a la Teoría del Derecho". Taller Ediciones. JB, Madrid. 1995. pg. 48.

²⁹ MUÑOZ DE BAENA, J. L., en la obra colectiva Filosofía del Derecho. UNED, Madrid, 2000. pg. 190.

menos cierto que aquél ya cultivó -en su última etapa, la del Sistema de Derecho Romano actual- un procedimiento para conocer el Derecho Romano, basado en el descubrimiento de las conexiones lógico-sistemáticas de los conceptos, para elevarse a conceptos más abstractos y elaborar instituciones y normas jurídicas nuevas, que significó cierto abandono de aquel historicismo para incurrir en una concepción logicista, sistemática del Derecho³⁰. La profundización en tal método significó ya de lleno el conceptualismo jurídico de PUCHTA (1797-1846), discípulo de SAVIGNY, llevado a la máxima expresión por WINDSCHEID (1817-1892) y MERKEL (1836-1896). La ciencia del Derecho ha de limitarse a la observación de los datos normativos. A partir de las normas, mediante su análisis, se aíslan los «elementos o cuerpos simples del Derecho»; conseguido así el material, se procede a la «concentración lógica» que permite obtener reglas generales. Desde éstas, en otro paso de abstracción, se eleva «la Construcción jurídica», que culminará en «el sistema»³¹. No puede negarse la aportación que a la técnica jurídica significó el pandectismo y su método dogmático, pero en él tampoco hay lugar para los valores.

- d) La teoría pura de KELSEN (1881-1973). Recibe el nombre de la pretensión de su autor de elaborar una Teoría del Derecho, libre de cualquier ideología política, de la moral, de la naturaleza, de la razón³². La ciencia, según él, es incompatible con los valores, entre los que está la Justicia. No es que no existan valores -aunque afirma que son relativos-, sino que son ajenos al Derecho. De ahí su creencia de haber conseguido el neutralismo axiológico, como si fuera posible semejante cosa. El Derecho se reduce a normas, y normas en sentido estricto, sólo son las coactivas o sancionadoras. Una norma no vale por su contenido sino por haber sido producida del modo previsto por la norma superior, cuya validez descansa en la que le sigue en la escala, hasta llegar, en la cúspide de la pirámide, a la norma fundamental, la Constitución. El problema es señalar el apoyo de esta norma fundamental. Como no podemos elevarnos hasta el infinito, aquella norma fundamental deriva su validez no de una norma «puesta» sino «presupuesta»: no es la constitución, sino «el hecho, el mero hecho, histórica y sociológicamente comprobable de

³⁰ Idem, 191.

³¹ VID. DE CASTRO, F., *"Derecho Civil de España"*, I. Madrid, 1955. pg. 493.

³² VALLET DE GOYTISOLO, J., *"Metodología jurídica"*. Civitas, Madrid, 1988. pg. 231.

que las obligaciones de aquélla derivadas son habitualmente observadas. Pero con esta respuesta se ha pasado ya de la línea de las normas a la de los poderes: la validez de la norma última se funda en la efectividad del poder último»³³.

3. Metodología jurídica o criterios de determinación de la respuesta jurídica correcta al problema planteado.

3.1. Advertencias previas.

Importa insistir en este momento en una de las advertencias iniciales: hay que distinguir entre los tres tipos de jurista para valorar adecuadamente todas estas cuestiones de metodología. Por método jurídico hay que entender el camino para conseguir la resolución del litigio o problema jurídico planteado. Ahora bien, en las sociedades civilizadas este cometido, cuando no lo consiguen directamente los interesados, corresponde al Juez. También, en otra medida, al abogado, notario, funcionario, etc., pero, para mayor sencillez, lo personalizaremos sólo en el Juez. De donde se sigue que a quien compete mayormente la utilización de estos criterios prácticos que conducen a la solución del problema es al Juez. En cambio, tiene mucha menor relevancia para la función judicial el concepto que el Juez tenga acerca del Derecho. Podrá aceptar o no en el ordenamiento jurídico la existencia de un elemento extrapositivo, pero su deber será aplicar ese ordenamiento y moverse dentro de él con la libertad que se le conceda, al margen de su concepción del Derecho. De manera que si la Ley le permite el recurso, por ejemplo, a los preceptos naturales hará bien en valerse de ellos, pero si el ordenamiento es netamente positivista -es claro que estoy caricaturizando para mayor claridad-, no podrá salir de la ley positiva. Incluso, en relación con los diferentes criterios metódicos, tampoco puede el Juez sino utilizar los establecidos por el ordenamiento.

En cambio, si pensamos en el legislador caemos en la cuenta de que lo realmente importante será el concepto de Derecho que tenga; la Metodología no le compete sino en cuanto debe señalar al Juez los criterios utilizables en la averiguación de la solución al problema jurídico. Pero lo trascendental es la idea de Derecho que profese: su postura metodológica -en el sentido que vengo asignando al término- dependerá, obviamente, de su concepción iusnaturalista o positivista. ¡Y tantas cosas más!

³³ Acertada crítica de BOBBIO, citado por Manuel SEGURA ORTEGA en la obra colectiva citada, *Filosofía del Derecho*, pg. 247.

Finalmente, el estudioso del Derecho se ve concernido por la Filosofía del Derecho y por la Metodología. El tratadista ha de exponer el Derecho vigente, lo que exige comprenderlo, esto es, averiguar las soluciones previstas para los conflictos que se susciten. Pero con no menor propiedad le compete el enjuiciamiento crítico y las propuestas *de lege ferenda*, ante la ley positiva. Tarea ésta que no se limita a los aspectos técnicos, sino que abarca la valoración moral de aquélla o, si se prefiere, su adecuación o no al bien común, a la satisfacción de los intereses generales de la comunidad. Y esto ya nos remite a la historia del pensamiento jurídico de la que, sin duda, el estudioso se valdrá para configurar su propia concepción del Derecho.

3.2. Soluciones para la solución del conflicto

Para ofrecer soluciones a los problemas jurídicos sólo caben dos posturas metodológicas: la que se basa en la norma escrita, y la que se apoya en el arbitrio judicial. Llamaré normativista a la primera, y judicial a la segunda. Se comprende que hablamos en términos de predominio de uno u otro criterio, y no de posturas puras, históricamente inexistentes. Veamos, brevemente cada una de ellas:

A) MÉTODO NORMATIVISTA

La respuesta al problema jurídico hay que buscarla y encontrarla en la norma escrita. El Juez ha de aplicar la norma. Pero la aplicación exige una tarea previa de comprensión, de puesta en claro de aquélla, que se conoce como interpretación. Y la interpretación es una modalidad de raciocinio que como todo razonamiento humano exige la utilización de criterios o juicios de valor formulados ante la constatación de hechos que generan aquéllos. Quiero decir, por tanto, que los criterios de interpretación no son otra cosa que criterios lógicos exigidos por la misma naturaleza de las cosas -comprensión de una norma, sobre todo, si es una norma escrita-, por lo que necesariamente han de utilizarse, hayan sido o no recogidos por el legislador, y sea cual fuere la ley en cuestión: desde la Constitución a la última circular administrativa³⁴. SAVIGNY no hizo sino recoger exigencias puramente lógicas a la hora de aplicar la *razón* a la inteligencia de una norma, sin perjuicio de que pueda señalarse algún otro elemento interpretativo, que, por lo demás, seguramente puede englobarse o comprenderse en alguno de los cuatro

³⁴ Digo esto porque algunos han puesto en duda que los criterios del artículo 3.1 del CC. fueran aplicables a la Constitución, como si ésta no fuera una ley, por muy suprema que sea..

ya filiados: ¿Acaso, por ejemplo, el criterio de interpretación según la Constitución, no encaja en el criterio sistemático?

En conclusión, toda norma ha de entenderse para saber qué manda u ordena, lo que es tanto como decir que ha de interpretarse, tarea que arguye el empleo de los conocidos instrumentos interpretativos que no son precepto normativo sino exigencia de *razón* o estricta lógica. Que estén o no recogidos en un artículo es perfectamente irrelevante. Como lo es toda polémica que olvide la naturaleza de estos criterios: si el legislador debe o no positivizar criterios de interpretación; si tienen o no, una vez positivizados, carácter vinculante; si su enumeración es exhaustiva o no; si su infracción abre o no la vía casacional; si son aplicables para comprender la Constitución; etc.

No me parece oportuno entrar, a continuación, en el examen de los archiconocidos criterios, elementos o datos de interpretación, ante todo, porque no creo que fuera capaz de decir algo nuevo y valioso. Por ello, me voy a limitar a ofrecer algunas consideraciones generales sobre la doctrina de la interpretación de la norma que, como siempre que se habla de estas cosas, se predicán de la norma en general, aunque propiamente resultan más atribuibles a la norma escrita o ley, a saber:

1ª. No creo que pueda escandalizar a nadie que conozca la realidad forense una postura de cierto escepticismo ante el ingente esfuerzo doctrinal que se hace por explicar lo que se llama la realización del Derecho. Quiero decir que, en la inmensa mayoría de ocasiones, los Tribunales juzgan por intuición de justicia. Conocidos los hechos, concluyen cuál deba ser la solución justa, y luego se afanan por justificarla; de modo que no utilizan las reglas de interpretación para descubrir el verdadero sentido de la norma y así llegar al fallo, sino que, antes bien, utilizan aquéllas para hacer que las normas seleccionadas para su aplicación digan lo que quieren que digan a fin de llegar al fallo previamente establecido. Muy mal se les ha de dar la tarea interpretativa como para que no resuelvan según su sentido de lo justo: lo que puede suceder cuando, en efecto, la ley se manifiesta inequívoca, con un mandato que no puede soslayarse de otro modo que no sea incumpliendo abiertamente la ley ³⁵.

Pero siendo las cosas así, hay que extraer una consecuencia congruente, y contar con ella: los Tribunales, y también el Tribunal Supremo, están

³⁵ En este sentido, ALBALADEJO, M.. "*Derecho Civil*", I, vol. I. Bosch. Barcelona. 1996, pgs. 156-157.

más preocupados por hacer justicia que por dar doctrina, luego parece desacertada toda valoración exagerada de la jurisprudencia. No digo que no se conozca ni se invoque, pero utilizarla como argumento de autoridad determinante o consumir grandes dosis de energía en averiguar «la doctrina jurisprudencial» sobre una materia, no creo que esté justificado. La jurisprudencia cambia tantas veces como lo exige aquel interés preponderante del TS a que me refería. No es cosa de caer yo en la exageración de signo opuesto, pero ante tanta colección de sentencias y las interminables relaciones de ellas transcritas en las revistas doctrinales, no puedo evitar un sentimiento de perplejidad.

2ª. Pero que ese sea el comportamiento habitual de los Tribunales no quiere decir que debamos aplaudirlo. Al contrario; porque entraña graves riesgos. Lo que sucede es que la cosa no produce -o no ha producido- más desaguisados porque lo habitual es que dé igual empezar las sentencias por el final que por el principio. Dicho con más seriedad: la intuición de lo justo aprehendida tras conocer los hechos arroja el mismo resultado que si se prescindiera de aquélla y se siguiera el proceso silogístico que la ortodoxia manda: fijación de hechos, selección e interpretación de la norma; subsunción; y conclusión o fallo. Pero porque debería obrarse siempre así y no por intuición -ya volveremos sobre esto al hablar en el epígrafe siguiente del Derecho judicial- no son inútiles los esfuerzos doctrinales para reflexionar y profundizar en la tarea de interpretar normas, método de resolver conflictos muy superior al del Derecho judicial.

La tarea que nos ocupa puede ser sencilla en muchas ocasiones pero, sin duda, en otras adquiere gran complejidad y ello por dos circunstancias, entre otras, que Díez-Picazo ha destacado³⁶. De una parte, no se trata, generalmente, de interpretar una norma, lo que sería, más propiamente, una labor hermenéutica; sino más bien de reconstruir la normativa aplicable: para empezar hay que traer a colación diferentes preceptos o textos normativos porque pocas normas se bastan a sí mismas a la hora de resolver un caso; para cada texto habrá que averiguar su verdadero sentido; pero, además, esos diversos textos forman parte de un ordenamiento, con principios y valores que hay que conocer; y todo ese conjunto normativo será el que se someta a interpretación jurídica, pero no en abstracto, sino en relación con los hechos planteados. Y aquí viene la segunda circunstancia antes aludida: no es fácil separar la

³⁶ DÍEZ PICAZO, L., *“Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho”*, Ariel, Barcelona, 1973, pgs. 232 y ss.

etapa de fijación de hechos de las que le siguen, que son jurídicas: selección e interpretación de las normas. Como dice el autor antes citado, «el derecho está predeterminado por la valoración que a los hechos se les dé y debe además adaptarse a ellos»³⁷. Ni tampoco es hacedera la escisión entre selección e interpretación porque como recuerda aquél, «también para decidir que una norma no se aplica, es preciso interpretarla previamente»³⁸. En conclusión, el Juez llama a su presencia hechos y normas y, simultáneamente, en un proceso de tanteos, de aceptación y rechazo, de acercamientos y retrocesos, hasta llegar al resultado final, va desarrollando esas diversas tareas que pueden distinguirse intelectualmente pero que en la aplicación real del Derecho se entremezclan y confunden.

La amplitud de la tarea justifica la afirmación rotunda de que «la norma jurídica con la que se regula cada caso concreto es una norma específica que ha previsto el Sistema para ese caso concreto y no para ningún otro»³⁹.

3ª. En el estadio actual de la Ciencia jurídica, en lo tocante a la teoría de la interpretación, no parece que tenga sentido seguir hablando de teorías objetiva y subjetiva de la interpretación. Si el objeto real o la meta de la interpretación es la averiguación del sentido o espíritu del precepto, por lo que el «espíritu o finalidad» de las normas no es un elemento más de interpretación sino el propósito inexcusable que debe guiar al intérprete, de lo que se trata es de saber lo que la norma dice, no lo que quiso decir el legislador⁴⁰. Lo que pasa es que, indiscutiblemente, en ese razonamiento lógico en que consiste la interpretación, la voluntad del legislador será un dato más que utilizará el intérprete. Se combinan en su trabajo elementos de ambas índoles. Cuando se atiende a la letra del precepto, a su sintaxis o formulación gramatical, o bien cuando se integra aquél en el resto del Ordenamiento, es claro que se están manejando criterios más bien objetivos. En cambio, cuando se atiende a los antecedentes históricos e, incluso, a las circunstancias del tiempo o lugar, aparecen rasgos más subjetivos. Pero todos son necesarios en la búsqueda del sentido de la norma, en la averiguación de su contenido ordenador u organizador. De nuevo, el intérprete los utilizará simultáneamente,

³⁷ Loc. Cit, pg. 232.

³⁸ Ibidem.

³⁹ ESPINAR VICENTE, J. M., Lección magistral en la apertura del curso 2001-2002, en la Universidad de Alcalá, pg. 15 del texto escrito, inédito.

⁴⁰ ALBALADEJO, op. cit., pg. 153.

atendiendo ya a uno ya a otro, volviendo sobre aquél, o rechazando el que, provisionalmente, había aceptado, hasta llegar al resultado final de su indagación. Los criterios no son antagónicos sino complementarios.

- 4ª. Finalmente, me gustaría hacer algún comentario en relación con dos elementos interpretativos que pasan por novedosos o añadidos a los tradicionales, aunque, en rigor, como dije, no es difícil integrarlos en aquéllos. Me refiero al sociológico y la interpretación *secundum Constitutionem*.

Nadie pondrá en duda que la comunidad en que se aplica la norma puede experimentar cambios importantes en su sistema de valores y creencias, costumbres, hábitos de trabajo o diversión, y tantas cosas; circunstancias que no pueden desconocerse o desatenderse por el intérprete de la norma. Lo que no significa que, so capa de interpretación exigida por el cambio de contexto social, se pueda transitar de un ordenamiento normativista a otro judicial, en el sentido que vengo utilizando estos términos en este epígrafe. No es admisible que el Juez llegue a una conclusión que contraría formalmente la letra de la ley so pretexto del criterio sociológico. El significado literal del precepto, según lo percibe cualquier lector de cultura suficiente, es un valladar infranqueable para el Juez. También el criterio de la Constitución exige una utilización ponderada. Advierte LARENZ «la interpretación conforme a la Constitución, si quiere seguir siendo interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley»⁴¹. Dentro de la Constitución pueden haber distintas interpretaciones; de modo que aquélla no puede invocarse para imponer, sólo por tal criterio, una de ellas. Pero aparte de otras muchas cuestiones, en este punto lo más grave es, sin duda, la pretensión de imponer a los jueces ordinarios determinada interpretación de la legalidad ordinaria, al socaire de la interpretación de un precepto constitucional. Como es sabido, no es otro el peligro, casi inesquivable, que se corre en Derecho español, por la deficiente regulación del recurso de amparo constitucional, acentuada por la interpretación maximalista establecida por el Tribunal Constitucional. Y lo peor es que hay cierta corriente doctrinal e, incluso, judicial a favor de semejante opinión, sobre la base de una lectura apresurada del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero este artículo no dice que los jueces

⁴¹ LARENZ, K., "Metodología de la Ciencia del Derecho", Ariel, Barcelona, 1994, pg. 338.

han de interpretar las leyes según lo hagan las sentencias del Tribunal Constitucional, sino según la Constitución, ésta sí entendida como la entienda el Tribunal Constitucional, que es cosa diferente. En fin, no es posible mayor detenimiento en este punto, aunque sea uno de los dos o tres problemas realmente sustanciales que están planteados, en la actualidad, en nuestra vida jurídica⁴².

A) MÉTODO JUDICIAL

El segundo método de solución de conflictos consiste en atribuir al Juez semejante potestad. No que el Juez decida exclusivamente según su leal saber y entender, sino que el Juez se mueve en un amplio espacio, en el que la norma existe pero no es sino un elemento más que se ofrece al juzgador, en su tarea de administrar justicia. El Juez no está vinculado al mandato contenido en la norma, como en el sistema anterior, sino que cuenta con un ancho margen de libertad que le permite, incluso, orillar la norma si estima que ésta no resuelve la cuestión justamente. Repárese en que la alternativa, norma-Juez, no es ningún descubrimiento de nuestros días. Como tampoco la preferencia en favor del sistema normativo. PLATÓN, en su juventud, cuando escribe *La República*, se muestra partidario del método judicial, al entender que serían los ciudadanos más dotados y mejor preparados -los filósofos- quienes mejor harían justicia, al poder apreciar directamente las circunstancias del caso concreto. Pero en su obra de madurez, *Las Leyes*, rectifica su criterio en favor de normas escritas que si, ciertamente, acaso pueden acomodarse peor al caso concreto ofrecen un grado de seguridad e imparcialidad incomparablemente superior. Por lo expuesto, pienso que las diferentes doctrinas acerca del cometido del Juez -jurisprudencia de intereses, jurisprudencia de valores, Derecho libre- no deben encuadrarse, en rigor, en la historia del pensamiento jurídico sino más bien en la metodología jurídica. Es verdad que, a la postre, sus defensores coincidían en su concepción positivista del Derecho -acaso sea más correcto decir que coincidían en rechazar la idea de un Derecho natural- pero también me parece posible que un iusnaturalista puede pensar perfectamente que será el juez, mejor que la norma, quien puede aplicar al caso los preceptos naturales.

Tampoco se me escapa que las teorías aludidas no sólo pretendían determinar el oficio del juzgador sino que se dirigían también al

⁴² Me ocupé del asunto en: Plancamiento técnico del conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, "Revista La Ley", 1994-3, pg. 1001.

legislador y al estudioso. Empero, creo que no puede negarse el carácter preponderantemente judicial de aquéllas. Lo que ante todo y sobre todo buscaban eran instrumentos de aplicación del Derecho ya dado: por tanto, sus destinatarios principales eran los jueces.

Por cuanto antecede, y con el relativismo propio de estas cuestiones, y salvo siempre mejor criterio, me inclino por ubicar tales posturas teóricas dentro de este apartado, posturas que paso a recordar muy brevemente.

Como reacción a la jurisprudencia de conceptos, se extiende ampliamente por Alemania la jurisprudencia de intereses, cuyo principal autor fue HECK (1858-1943). La verdad es que el camino se había iniciado por IHERING, en sus obras de madurez, al resaltar «el fin en el Derecho», que no es otro que el de amparo y protección de unos valores y necesidades reclamados por la sociedad. HECK y la llamada Escuela de Tubinga conciben la norma como la resultante de los intereses, aspiraciones, pretensiones, valores, existentes en la sociedad, de modo que el Juez para aprehenderla cabalmente deberá identificar aquéllos pues son su razón de ser. Así, podrá resolver según el verdadero espíritu de ley, sin sentirse vinculado por su letra.

En la misma línea de reclamar libertad para el Juez, pero con mayor intensidad, destaca durante la primera mitad del siglo XX el movimiento del Derecho libre. Son autores antiformalistas que coinciden en considerar que el Derecho no puede comprenderse en el Derecho estatal o ley. BÜLOW (1837-1907) afirmará que el verdadero creador del Derecho es el Juez, no el legislador. EHRLICH (1862-1922) defendió la libre determinación del Derecho a través de criterios objetivos que el juez no halla en la ley positiva sino en la propia vida social. KANTOROWICZ (1877-1940) situó ya expresamente el Derecho libre junto al Derecho estatal. Aquel equivale a la opinión jurídica que se va conformando en la sociedad a partir de la jurisprudencia y de la doctrina de los estudiosos del Derecho. El Juez se deja guiar de esa opinión al seleccionar e interpretar la norma estatal. GENY (1871-1938) insistió en la insuficiencia de las fuentes formales del Derecho, lo que exigía al Juez recurrir a la naturaleza de las cosas, a los datos de la *razón* y la conciencia, incluso, a las ciencias auxiliares del Derecho, en su tarea de «libre investigación científica».

En conclusión, a mí me parece innegable que por mucho que se quieran señalar orientaciones más o menos objetivas al Juez, en su labor de selección, interpretación y aplicación de la norma, el margen de libertad de aquél es muy grande, tanto que bien puede caracterizar esta segunda vía de solución de conflictos. Desde el momento en que se admite que

el Juez puede buscar fuera de la ley, es inevitable caer en el libre arbitrio judicial. Que en cierta dosis existe incluso en un sistema normativista, pero que si ya, de entrada, se da como bueno semejante recurso extranormativo, es claro que hemos cambiado de sistema. Y no se puede cambiar de un sistema a otro, a gusto del intérprete. Esto es lo más importante de toda esta reflexión. Elegir la vía normativa o la vía judicial como instrumento de resolución de conflictos, corresponde a la Constitución, formal o material, de modo que el desdén posterior hacia el sistema instaurado, por la atracción que pueda ejercer el opuesto, es un comportamiento sencillamente inconstitucional. Por ello hay que denunciar con decisión y fortaleza las veleidades que, con frecuencia, se descubren en jueces y tribunales, algunos de alta jerarquía, en favor del método judicial de solución de conflictos, con violación plena del artículo 117.1 de la C E y 1.1 del Código Civil.