

Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil *

JUAN CADARSO PALAU

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La cuestión de la reforma y sus cauces.—3. Técnica y renovación en el nuevo título preliminar.—4. Cuestiones de teoría general del derecho: potenciación del momento aplicativo del derecho.—5. La jurisprudencia y el ordenamiento jurídico.—6. Trascendencia de las tareas de interpretación y aplicación.—7. Crisis del legalismo.—8. Carácter abierto del sistema.—9. Interrogantes sobre la certeza. Hacia una certeza concreta.—10. La necesaria depuración de la jurisprudencia.—11. Reconsideración sobre el modo de entender la codificación y la reforma.

1. Por grata y habitual que fuera la confianza en las arquitecturas sistemáticas, donde procurar decoroso albergue a su quehacer, pocas ocasiones van quedando ya al jurista para la complacencia. Una realidad en constante cambio nos recuerda que no hay conquistas permanentes. Desde esta perspectiva, considerar la reforma como algo circunstancial puede ser, nada más, una suerte de pretexto. La cuestión deviene, sin embargo, uno de los temas centrales de la cultura jurídica de nuestro tiempo. Si de ello nos convence Rodotà es porque, en efecto, la madurez de una reforma no se puede medir solamente por el cuerpo de propuestas técnicas que se está en grado de habilitar, sino por la renovación que la cultura jurídica ha conseguido promover respecto a las ideas expresadas en los textos necesitados de revisión (1).

El Código civil ha sido, una vez más, retocado. Imaginar que lo haya sido por una «mano temblorosa» sería no estar, seguramente, de acuerdo con la experiencia. El número de retoques ya efectuados, así como los proyectados, permite suponer una cierta familiarización con semejantes operaciones de cirugía legal.

(*) Texto de la comunicación presentada a las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Zaragoza en abril de 1975.

(1) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del Diritto civile*, «Riv. Dir. Comm.», 1967, pp. 83-84.

2. La reforma alcanza, ahora, al título preliminar del Código (2), reverdeciendo con ella la «vexata quaestio» de la renovación de nuestro Derecho civil codificado, singularmente en lo relativo al procedimiento más idóneo a realizarla.

De una parte, marca una etapa en el largo camino trazado, a partir de 1946, al soplo de la llamada «cuestión foral». En el debate «revisiones parciales - código nuevo», el Decreto de 23 de mayo de 1947, asumiendo las conclusiones del Congreso Nacional de Zaragoza, tomaba partido por la reforma total y sistemática, pero pausada. Predomina, y se impone, el escrúpulo contra las reformas parciales, en las que se ve un peligro para la armonía del sistema (3). Se propugna la elaboración de un código nuevo y general, tarea necesaria, pero grave y trascendental: la búsqueda del «substratum nacional» no es, desde luego, obra de un día, antes bien habrá que encarecerle parsimonia y maduración (4). Late aquí, seguramente, una profunda fe en la idea de código, a cuya elaboración se asigna el elevado rango de los fines. Y en este programa se inscribe la actual reforma del título preliminar (nuevos arts. 13 a 16), dando cumplimiento, después de la labor compiladora, al mandato que formulara el artículo 4.º del citado Decreto de 1947 en orden a la resolución de los conflictos interregionales. La Exposición de Motivos de la Ley de Bases sigue dando cuenta, a este respecto, de aquel propósito de elaboración de «un Código general para España».

Al margen de la cuestión foral, sin embargo, la reforma ha venido siguiendo otros caminos. No, por cierto, el de la revisión periódica previsto en las disposiciones adicionales del Código civil, sistema inoperante por causas que, si bien la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1973 reputa «conocidas», no siempre han aparecido suficientemente explicitadas (5). Sucede, si bien se mira, que el derecho codi-

(2) Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 («B. O.» del 21), y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo («B. O.» del 9 de julio), por el que se sanciona con fuerza de ley el nuevo texto articulado.

(3) Vid. A. FUENMAYOR, *La revisión periódica del Código y de las Compilaciones civiles*, «ADC», 1973, I, pp. 227-229.

(4) Vid. F. DE CASTRO, *La cuestión foral y el Derecho civil*, «ADC», 1949, pp. 1003 ss.: «la urgencia de la tarea y la necesidad de no demorarla —termina escribiendo— no deben llevar a precipitadas improvisaciones; obra clave para la constitución de la sociedad española, decisiva para su vivir, debe calcularse con vigencia para siglos; habría que construir, como los antiguos arquitectos, con piedras de granito y huir de toda concesión a la moda, sea de tipo político o técnico».

(5) Vid. A. FUENMAYOR, loc. cit., pp. 225-227. Si en 1933 J. CASTÁN pudo atribuirlo, en términos de lamentación, a «la indolencia de políticos y jurisconsultos» (*Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, p. 55), ello mismo nos remite a planteamientos más profundos, allí donde afrontar la tensión entre fijez y renovación, entre perduración y cambio, que la propia idea de código propone. Es el mismo CASTÁN quien, sin embargo, de aquella denuncia, rechaza el sistema de reformas parciales (op. cit., pp. 56-57), al tiempo que propugna una reforma que «ha de consistir, no en corregir y adicionar el Código de 1889, conservando su fisonomía, sino en rehacerlo, cambiando su estructura y su espíritu» (op. cit., pp. 60-61). Después de todo, ¿no quedaba la revisión, en las disposiciones adicionales del Código, planteada como «addenda et corrigenda»?

ficado, como sistema, no asume con facilidad el cambio (6). Se trata de una contienda cuyo resultado no cabe predecir de antemano, ni tampoco esperar que se resuelva por una conciliación. Así, el sistema de revisiones periódicas planteaba una tensión no fácilmente soluble: al propio tiempo que afrontaba el cambio, conjurando los peligros de espontaneidad y contingencia mediante su asunción para el sistema (7), provocaba un riesgo de disolución para este último, al remitirlo a una reflexión permanente. ¿Dónde quedan, entonces, las ventajas de un derecho codificado que postula una interrogación constante, nunca acabada? ¿Dónde la seguridad y dónde, en último término, la certeza?

No por ello las reformas dejaron —no podían dejar— de producirse. Ineficaz el mecanismo de revisión periódica previsto por el Código, es obvio que tampoco la esperanza de una futura reforma integral, sistemática y perfecta, habría de mantener una situación de pendencia indefinida. Los cambios, de todos modos, se van produciendo: «una abundante legislación posterior impulsada por exigencias de la realidad —recuerda la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1973— ha ido introduciendo modificaciones dispersas, a veces profundas, en el Código civil». Al margen del sistema surgen, pues, las modificaciones, cuando la realidad las impone: la reforma se desenvuelve, así, en ese ámbito donde la necesidad y el azar no siempre logran deslindarse por fronteras del todo ciertas. En lo que cabe apreciar que, no propiciada por el sistema, y sí sólo admitida la reforma cuando necesaria, puede aquél superar el trance sin deterioro gracias, justamente, a enajenarse todo cometido en el progreso: «un Código —afirma Batlle— no tiene por qué ser un planteamiento nuevo de un orden jurídico, sino la sistematización de una realidad ya existente» (8). Aún así, tampoco cabría considerar al sistema completamente a salvo de las repercusiones que, sobre el conjunto, toda reforma parcial es susceptible de provocar, confirmando de esta suerte los recelos de quienes propugnaban la reforma integral y sistemática (9).

(6) Justamente desde esta perspectiva es enjuiciada la inoperancia del sistema de revisión decenal por F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, I y II-1, 4.^a ed., Madrid, 1968, p. 60.

(7) Precisamente por la ineficacia de las disposiciones adicionales, las reformas realizadas «han carecido del carácter ordenado que se previera» (F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.^a ed., Madrid, 1955, p. 313).

(8) M. BATLLE, *Espiritu y direcciones del Derecho civil español moderno*, Murcia, 1954, pp. 26-27. La cita es de A. FUENMAYOR, loc. cit., p. 229.

Sobre el fundamental tema cambio social-evolución jurídica, vid. L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1973, pp. 300 ss.

(9) Si CASTÁN denunciaba, como hemos visto, «los graves inconvenientes del sistema de reformas parciales», G. GARCÍA CANTERO podrá advertir que los hechos le han dado toda la razón, citando como ejemplo los problemas «derivados de la interpretación del párrafo 2.º del artículo 836 del Código después de su descuidada reforma por la Ley de 24 de abril de 1958» (*Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en *Estudios de Derecho civil* en honor de CASTÁN, t. I, Pamplona, 1969, pp. 88-89). En cuanto a la más reciente reforma en materia de adopción, nuevamente han podido expresarse los recelos ante la técnica de reformas parciales; cfr. G. GARCÍA CANTERO, *El nuevo régimen de la adopción*, «ADC», 1971, III, pp. 811-812; M. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La adopción*, ibid., p. 696.

3. Dadas estas coordenadas, procede preguntar por el sentido y alcance de la reciente reforma del título preliminar.

De los dieciséis nuevos artículos, la modificación de los cuatro últimos se encuadra, según hemos visto, en aquel programa que aborda la unificación de los derechos civiles coexistentes, teniendo la reforma como norte la elaboración de un futuro código general.

En cuanto a los doce artículos primeros, la indagación sobre el sentido de su reforma parece requerir interrogaciones más complejas. Ante todo, significa persistencia en el camino de las reformas parciales, y también, cuando menos «prima facie», una cierta contestación a aquel propósito de reforma integral y sistemática. Certera, y una vez más oportuna, se ofrece ahora la cuestión que dos años atrás planteaba Fuenmayor: «cabe preguntar si existe incompatibilidad —como parece afirmarse en la tesis de Castán y de otros autores— entre revisiones parciales y Código nuevo» (10). Si la pregunta tiene un sentido, éste no es seguramente otro que el de enfrentar al tema verdaderamente esencial: el de la renovación jurídica. Y, a este propósito, podemos partir de un convencimiento: ni la verdadera renovación se identifica necesariamente con código nuevo, ni la reforma parcial constituye cauce totalmente inhábil —aunque lo sea tendencialmente— para conseguirla.

Razón convincente, en el primer sentido, parece proporcionarla de modo evidente la experiencia italiana: «El código de 1942 —escribe Rodotà— no nació en un tiempo en que la ciencia civilista se abría al mundo y a sus razones, sino en la época en que, con mayor rigor e intensidad, se replegaba sobre sí misma en una suprema tentativa de aislar del exterior los datos propios de su orden conceptual. Y si los instrumentos técnicos que se venían formando por tal vía debían ciertamente decirse nuevos, postulaban sin embargo aquella asunción más general y no podían ellos mismos constituir el trámite para una profunda renovación del orden legislativo. O, por mejor decir, una modificación de aquel orden era posible, a condición de que se resolviese en una simple renovación técnica, casi como si se tratase de llevar una ley imperfecta al más refinado nivel conseguido por la elaboración científica... La reforma de la codificación civil fue, y no podía dejar de ser, un hecho prevalentemente técnico, es decir, justamente lo opuesto a aquella profunda renovación del orden jurídico en que habitualmente se hace consistir la sustancia de la verdadera codificación» (11)

Si una tal cosa podía ocurrir, mucha mayor razón habrá para desconfiar de que una mera reforma parcial pueda ofrecer algo más que adaptaciones de índole técnica. Parece oportuno, sin embargo, suspender el juicio sobre este punto, y afrontar la reciente reforma del título preliminar como una excelente ocasión para el contraste.

A tal propósito, hay que conceder que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Bases se expresa en términos sugerentes: «La reforma que ahora se propone difiere de las anteriores porque, referida al Título Preliminar, versa sobre un sector del ordenamiento jurídico

(10) A. FUENMAYOR, loc. cit., p. 230.

(11) S. RODOTÀ, loc. cit., p. 84.

de indudable carácter general» (12). Por razón de la materia, ésta es, desde luego, y después de la de 1958, la reforma de más amplio alcance que sobre el Código civil se acomete: puede suponerse, de antemano, que le cabe un elevado empeño.

Pero se impone ya, antes de seguir, una delimitación entre dos aspectos de la reforma (13). De una parte (y al margen de los ya referidos arts. 13 a 16), se sitúa la normativa del sistema conflictual, ahora en el capítulo IV (arts. 8 a 12). Patente era la insuficiencia del sistema contenido en los anteriores artículos 8 a 11 (14), y tanto se hacía urgente su solución cuanto incesante ha venido siendo el incremento de relaciones jurídico-privadas con elementos internacionalmente dispersos. En este aspecto, no cabe duda de que la reforma se presenta como un necesario «aggiornamento» de sector, respondiendo a lo que podríamos llamar un acto de «ordinaria administración» legislativa (15).

4. En lo demás —y aquí se centra este comentario—, se abordan cuestiones de teoría general del derecho: la enunciación de las fuentes del derecho, en el capítulo I (arts. 1 y 2); en el capítulo II (arts. 3 a 5), la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; y la eficacia general de éstas, en el capítulo III (arts. 6 y 7).

Es aquí donde, justamente, la reforma «suscita muchas reservas», advirtiendo Díez-Picazo y Gullón que este aspecto «puede ser considerado como una reforma de pura «elegantia iuris», es decir, como la adopción en el primer cuerpo legal de una serie de soluciones teóricas a problemas teóricos, que tendrán nula o muy escasa repercusión en la práctica. Mas puede considerarse también, y ello es, sin duda, peligroso, como una facilitación de un mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, lo que, sin duda, puede provocar una grave dosis de inseguridad jurídica» (16).

Cierto es que, si podía quedar insinuado un cierto empeño renovador, éste parece desdibujarse en los propios términos en que la Exposición de Motivos de la reforma se expresa. Así cuando, a propósito del procedimiento de elaboración seguido, alude a «la naturaleza eminentemente técnica de los conceptos ordenadores». Y, de modo específico, al señalar que «las normas del Título Preliminar son susceptibles de per-

(12) Sin ambages se manifiesta en tal sentido el preámbulo del Decreto sancionador del texto articulado: «De todas las reformas, ninguna puede compararse en importancia a la ahora producida».

(13) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1973, p. 47.

(14) Sobre el particular, vid A. MIAJA DE LA MUELA, *Reflexiones acerca de la elaboración de un nuevo sistema de Derecho internacional privado e interregional*, en *Estudios de Derecho público y privado* en honor del Prof. SERRANO, t. II, Valladolid, 1965, pp. 607 ss., especialmente p. 622; id., *Derecho internacional privado*, I, *Introducción y Parte general*, 6.^a ed., Madrid, 1972, pp. 480 y 488 ss.; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido*, «RGLJ», octubre de 1974; pp. 401 ss.

(15) La expresión es de S. RODÒTÀ, loc. cit.

(16) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., loc. cit.

feccionamiento sin alterar sus directrices esenciales, ya completando lo que en el texto ahora vigente sólo aparece bosquejado, ya acomodando éste a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Expresiones susceptibles, sin duda, de procurar cómodo apoyo a aquella primera crítica, un punto escéptica, que no conceda a la reforma más trascendentes logros que el de un simple —y no seguramente conseguido (17)— refinamiento técnico (18).

Por más que, desde tal perspectiva, la ocasión se ofrezca propicia para reiterar nuevamente la tan frecuentada cita de Tomás de Lampe-dusa, lícito es admitir que otras sean las enseñanzas que el nuevo texto propone, sobre todo cuando, más allá de la índole meramente teórica, se acepta que cuestiones como la enunciación de las fuentes, y la interpretación y aplicación de las normas, son temas radicalmente implicados en la experiencia histórica de cualquier sistema jurídico.

Ciertamente, largo es ya el tiempo durante el que nociones fundamentales como ley, código, sentencia, vienen siendo cuestionadas. Acaso estábamos, también, demasiado acostumbrados a mantener semejantes problemas recluidos en la zona de los grandes planteamientos. Debe reconocerse que alguna novedad hay cuando, ahora, el propio orden normativo transparenta tales cuestiones. En todo caso, si a propósito de éstas prevalecían determinados tratamientos en base a un concreto estado del derecho positivo, la inclinación a suscribirlos sólo debe mantenerse «rebus sic stantibus». Admitida esta elemental cautela, cualquier alteración en los datos postula una verificación de las soluciones y, antes aún, de los términos en que los problemas venían siendo formulados.

En lo fundamental, una saludable confesión de realismo asoma en el nuevo título preliminar, lo que tanto puede suscitar un cierto desaliento para el jurista como una profunda responsabilización en su tarea. Destaca este realismo en los siguientes aspectos del nuevo texto:

1) Con ocasión de la enunciación de las fuentes, se alude así a la jurisprudencia en el artículo 1.º-6: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

2) En cuanto a la aplicación de las normas jurídicas:

a) El artículo 3.º-1 codifica así los criterios de *interpretación*: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en

(17) Señala J. L. DE LOS MOZOS, en la revisión y puesta al día de la 11.ª ed. de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1975, pp. 271-272, cómo, al tener que sujetarse los redactores al reducido espacio de los dieciséis primeros artículos del Código, «éstos han adquirido unas dimensiones inusitadas, que recuerdan a las disposiciones administrativas», y que no es éste el defecto más grave, ya que, «a veces, se incurre en imprecisiones conceptuales o en expresiones triviales que deberían haber sido corregidas».

(18) Para A. DE LA OLIVA SANTOS, al menos en lo que concierne a la jurisprudencia, la reforma ni siquiera responde a necesidad técnico-jurídica alguna (*La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código civil*, «RDPI», 1973, núm. 4, pp. 804 y 821).

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».

b) El mismo artículo 3.º, en su apartado 2, remite así a la *equidad*: «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».

c) A la *analogía*, como procedimiento integrador, alude el artículo 4.º-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».

3) Al tratar de la eficacia general de las normas jurídicas, se consagran figuras como el *fraude a la ley* (art. 6.º-4), *buena fe* (art. 7.º-1) y *abuso del derecho* (art. 7.º-2).

No procede, ni podría ser intento de este comentario, entrar en la determinación de cada uno de los conceptos aludidos, que ya cuentan con suficientes —y, en señalados casos, magistrales— tratamientos doctrinales. Mas sí vale subrayar, para lo que aquí ahora importa, el elemento común que los denomina, y que obviamente consiste en una insistente potenciación del momento aplicativo del derecho, a través del cual se procura un descendimiento del plano normativo al plano de lo real. Que un semejante tránsito no pueda representárselo el jurista sin una cierta sensación de vértigo es algo tan probable como, por demás, sintomático de un apego elemental a convicciones de certeza, de seguridad, de coherencia sistemática cotidianamente puestas en cuestión por la experiencia. Ocurre que el camino queda franco, ya, para una decisiva superación del positivismo legalista, lo que, si acaso alude a uno de los lugares comunes de la ciencia jurídica de nuestros días, representa sin embargo un convencimiento que todavía está por desplegar toda su fecundidad práctica. Seguramente era menester, para ello, que la propia ley así lo postulase, hurtando argumentos a todo un modo de hacer, de aplicar y de pensar el derecho, asentado sobre la idea de que la regla escrita, particularmente en su formulación codificada, proporciona el alfa y el omega de la juridicidad (19).

Si la continuada vigencia de un código de factura decimonónica dispensa un evidente abono al formalismo (20), la denuncia está lejos

(19) Recuerda G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1946, p. 46, la afirmación de BUGNET: «Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoleon».

(20) La era de las codificaciones —escribe A. J. ARNAUD, *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVII, *L'interprétation dans le Droit*, Paris, 1972, p. 167— no pudo abrirse más que por el tratamiento axiomático del Derecho. La coherencia del sistema así construido («lo primordial en toda construcción científica —escribe, entre nosotros, E. GÓMEZ ARBOLEYA, *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 57, 1951, p. 21— será la no contradicción. En el mundo del Derecho la no contradicción toma la forma del Código») debe ser mantenida a cualquier precio: fenómeno de idealización. Fundado sobre una observación de las necesidades socioeconómicas..., el Derecho se separa progresivamente de ese soporte real sobre el cual ha sido elaborado, siendo la forma privilegiada por los juristas a costa del fondo.

de ser superflua mientras perduren rastros nada despreciables, como: a) el modo habitual de expresarse las resoluciones judiciales, revistiendo la forma de un silogismo que encuentra su premisa mayor en la norma, de la que la decisión resulta «per modum conclusionis» (21); b) el modo en que es enseñado el derecho en la formación profesional de los juristas: no parece pueda desconocerse el hecho de que todavía perdura, cuando menos tendencialmente, un exceso de conceptualismo en el modo de impartirse la enseñanza jurídica en nuestras Facultades. En absoluto vano podríamos considerar, a este respecto, lo que recientemente advierte Díez-Picazo: «si, como dice Max Weber, el interés de las clases burguesas, frente a la arbitrariedad de los «honoratarios», se centró en una práctica jurídica racional, formal y sistematizada, parece claro también que ese mismo interés ha de centrarse en una formación profesional de los juristas que apunte hacia los mismos esquemas» (22).

5. No es dudoso que una actitud obediente a tales esquemas podrá limitarse a conceder al nuevo título preliminar el calificativo de «elegante», negándole en absoluto el de «renovador». Después de todo, bien claramente queda establecida, en la propia división por capítulos, la distinción entre el plano de la producción o creación del derecho (capítulo primero: «Fuentes del derecho») y el de su aplicación (capítulo II: «Aplicación de las normas jurídicas»), que cabe seguir concibiendo como dos niveles diferentes, y subordinado siempre el segundo (porque plegado al accidente de lo concreto) al primero (sede definidora de las verdades fundamentales y más rigurosamente «preliminares») (23). Creemos, sin embargo, que la preocupación demostrada por separar ambos momentos no es en el legislador más aguda que la conciencia del nexo íntimo que los une. Punto clave para esta reflexión, y donde precisamente puede dejar tendido un puente que salve la escisión convencional, se halla en el apartado 6 del artículo 1.º, donde se dice que la jurisprudencia «complementará» el ordenamiento jurídico.

(21) L. Díez-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «RDP», 1964, p. 932, señala cómo la vestidura exterior de la sentencia consiste en un «razonamiento formal que encarna en argumentos de lógica jurídica»; cfr., igualmente, J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general*, Barcelona, 1974, p. 60, aludiendo al «legalismo» de la jurisprudencia. El formalismo de las sentencias es también denunciado, en Italia, por S. SATTI, *Il giudice a la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, vol. VI, Napoli, 1972, pp. 943-944; cfr., igualmente, N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, en *Studi*, cit., vol. III, Napoli, 1972, p. 121 y bibl. allí citada.

(22) L. Díez-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 159.

(23) Si el siglo XIX vio cristalizar, en esferas autónomas, un poder político (que crea el Derecho) y un poder jurídico (que aplica el Derecho), he ahí al gran ficción—escribe A. J. ARNAUD, loc. cit., p. 168—, según la cual sería posible aplicar el Derecho sin participar en la opción política que implica la existencia misma y la forma de este sistema jurídico autónomo. Vid., en el mismo sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos* (discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 5 de febrero de 1975), Madrid, 1975, pp. 35-36.

De inmediato se percibe que nada fácil ha de ofrecerse el juicio sobre este aspecto de la reforma ¿Qué significado atribuir a semejante expresión? ¿Es la jurisprudencia en algún sentido creadora de derecho? Y si lo es, ¿en cuál? Y si carece de trascendencia creadora, ¿qué cometido, exactamente, le incumbe?

Una autorizada opinión sostiene en este punto, rigurosamente, que ninguna alteración se ha introducido en el enunciado de la teoría de las fuentes según las premisas que, con anterioridad a la reforma, podíamos considerar predominantes. Frente a la pregunta sobre si la jurisprudencia es fuente del derecho, «la respuesta —escribe Albaladejo (24)— es sencilla e indudable: no lo es. Respuesta válida lo mismo para antes que para después de la reciente reforma del título preliminar del C. c.». Y argumenta: «Puesto que la función de la fuente jurídica es crear normas, y la jurisprudencia no, las crea, es claro que no es fuente. De por sí debería bastar otro de Derecho positivo: el antiguo artículo 6 del C. c. o el actual 1, que enumeran las fuentes, citan sólo la ley, la costumbre y los principios generales; luego, según ellos, tampoco la jurisprudencia es fuente. Y, por último, hay aún, si fuera preciso, que no lo es, otro argumento después de la antedicha reforma del título preliminar: que el nuevo artículo 1 recoge específicamente a la jurisprudencia, pero aparte de las fuentes, y la Exposición de Motivos de la reforma dice en su párrafo 10 que: «A la jurisprudencia, sin incluirla dentro de las fuentes...» (25).

Con lo que parece quedar claro que se quiere mantener el «status» actual, en el sentido de excluir a la jurisprudencia de la categoría de fuente (26). Supuesto, por tanto, que la jurisprudencia no

(24) M. ALBALADEJO, *Derecho civil, I, Introducción y Parte general*, volumen 1.º, *Introducción y Derecho de la persona*, 3.ª ed., Barcelona, 1975, p. 114.

(25) En el mismo sentido, comentando la Ley de Bases, resuelve la cuestión R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, Bilbao, 1974, página 241: si, a primera vista, parece que la jurisprudencia pasa a ser una nueva fuente del Derecho español, sin embargo, «interpretando literalmente el texto de la Ley (y en materia tan importante no caben muchos atrevimientos exegéticos), resulta que en la Base (1.ª) se dice que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico», expresión que obliga a pensar que la jurisprudencia no es ordenamiento jurídico, puesto que lo «complementa». Por otra parte, el texto indica que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo *sobre aplicación de las fuentes*. Al referirse la Ley a «la aplicación de las fuentes», parece que acepta que la jurisprudencia *no es fuente*».

(26) E. RUIZ VADILLO, *Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil*, sep. de la «RGD», 1973. Y SERRANO ALONSO, *Aproximación al nuevo Título Preliminar del Código civil*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, núm. 8, segundo semestre de 1974, anexo, p. 8, podrá decir que el número 6 del artículo 1.º «no supone ningún avance legislativo y por tanto es absolutamente superfluo, ya que el valor reconocido a la jurisprudencia es el hasta entonces comúnmente aceptado». En el mismo sentido, A. DE LA OLIVA SANTOS, loc. cit., p. 822: «nada en absoluto cambia», concediendo que «lo único nuevo es, sencillamente, la mera cita de la jurisprudencia» (p. 825).

es fuente —en lo que también conviene Lacruz (27)—, queda entonces por explicar cuál sea el sentido atribuible a esa particular mención con que aparece aludida. La expresión del nuevo texto, considerada «enigmática» (28) y «simbólica» (29), no resulta fácilmente abordable desde los acostumbrados esquemas en que se asienta la teoría de las fuentes, sobre la que parece proyectar un casi inquietante grado de penumbra (30).

Bien lo advierte Albaladejo, señalando: «A pesar de ser las cosas así de claras (que en nuestro Derecho la jurisprudencia no es fuente), la nueva redacción del título preliminar al Código civil, en la parte relativa a las fuentes del Derecho y materias conexas, no se ha limitado, que es lo que debía haber hecho, bien a callar sobre la jurisprudencia (31), bien a precisar con rigor el papel que, por nuestro sistema jurídico, le corresponde, sino que, ciertamente sin incluirla entre las fuentes (cosa por demás —presupuesto ese sistema jurídico nuestro— imposible), sin embargo, no se ha resignado a dejar de decir algo sobre su papel» (32). Lo que es «como querer dar «cierta trascendencia» normativa a lo que, como la jurisprudencia, no es norma ni fuente de normas, sino (como expresamente reconocen el propio art. 1, norma 6, y la Exposición) interpretación y aplicación, por el Tribunal Supremo, de las normas, que son las que constituyen el Ordenamiento jurídico. Pero dar esa trascendencia a lo que no es norma es imposible. Y decir que el Ordenamiento es *complementado* por la jurisprudencia, que ni es norma ni fuente, es, tomado en su sentido literal, decir una inexactitud (32 bis); además de que el Ordenamiento no necesita ser complementado, ya que es completo puesto que con leyes, costumbres y principios generales no deja lagunas que necesiten de la jurisprudencia para ser llenadas de *normación* (valga la palabra)». Y añade: «Mezclar la jurisprudencia con las normas, con el Ordenamiento jurídico, es querer unificar dos planos distintos, uno, el de las reglas, y otro, el de su aplicación» (33).

Restablecido de esta forma el orden del esquema dogmático de las fuentes, no quedarán para la jurisprudencia sino las consabidas afirma-

(27) J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 61.

(28) R. DE ANGEL YAGÜEZ, op. cit., loc. cit.

(29) E. RUIZ VADILLO, loc. cit.

(30) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 273. «La expresión —dice, por su parte, A. DE LA OLIVA SANTS, loc. cit., p. 824— es menos que ininteligible y no sólo no clarifica qué es la jurisprudencia, sino que da origen a serios interrogantes acerca del mismo concepto de ordenamiento jurídico que va implícito».

(31) También A. DE LA OLIVA, loc. cit., p. 822, dada la «superfluidad y vaguedad» de la fórmula, estima hubiera sido preferible el «silencio».

(32) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 117, añadiendo muy significativamente: «Papel que —insisto— como no depende de lo que la ley diga sobre él, sino de la función que en el sistema desempeña realmente la jurisprudencia, es el que es, con independencia del que se diga que sea».

(32 bis) Tanto J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 62, como J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 497, no dudan en calificar dicha expresión de desafortunada.

(33) M. ALBALADEJO, op. cit., p. 118. Vid., sin embargo, J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I., vol 1.º, cit., p. 489, advirtiendo cómo en la práctica «es bien difícil deslindar los respectivos campos de la *producción* y de la *aplicación* del Derecho».

ciones sobre «el respeto que merece» (34), su «inmenso valor» (35), o su «ejemplaridad» y «prestigio» (36), predicados cuya relativa vaguedad —en cuanto circunscrita a ese ámbito de la aplicación, que se pretende bien delimitado y distante, y en último término subordinado— no llega a inquietar.

Creemos, con todo, que el nuevo texto permite —acaso, también, exige— ir más allá. Tanto la pretensión de que el sistema de fuentes perdura, a pesar de la reforma, absolutamente inalterado, como la calificación de inexactitud aplicada a la fórmula del nuevo artículo 1.º del Código, son conclusiones derivadas de modo congruente de unos planteamientos que, sin embargo, parecen darse por supuestos. Conviene, por tanto, que también éstos sean sometidos a verificación.

Si Díez-Picazo ha podido propugnar «una cierta ruptura en el formalismo que existe en la exposición dogmática de las fuentes» (37), parece que hay motivos para afirmar que la reciente reforma, en el aspecto analizado, viene a rubricar una tal actitud.

Actitud que permite considerar el «ordenamiento jurídico» con un entendimiento más amplio que la mera reducción a un «agregado de normas». Es un error de la teoría positivista del derecho —nos recuerda, recientemente, García de Enterría (38)— reducir éste a simples normas e intentar concretar en ellas todos los caracteres del sistema jurídico.

Cuando el nuevo artículo 1.º del Código civil alude al «ordenamiento jurídico», está introduciendo una fórmula que de seguro quiere comunicar algo más de lo que su mera literalidad pudiera evocar. No sería correcta —como ya advirtiera Santi Romano (39)— esa remisión mental a la idea de regla o de norma que la letra de la fórmula tiende a sugerir. Antes bien, el ordenamiento jurídico debe ser entendido como una realidad dinámica; no se estructura solamente en un sistema riguroso, completo y lógico, sino que su sentido es eminentemente funcional y problemático (40). Cobra relieve, desde esta perspectiva, más que el ser, el devenir del derecho (41). Devenir que no es

(34) M. ALBALADEJO, *ibid.*

(35) E. RUIZ VADILLO, *loc. cit.*

(36) R. DE ANGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*

(37) L. Díez-Picazo, *Experiencias, cit.*, p. 146. Cfr. G. GROSSO, *La crisi della legalità*, «Riv. Dir. Civ.», 1960, I, p. 571.

(38) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1974, p. 56.

(39) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Parte prima*, Pisa, 1917, pp. 25-26 y *passim*.

(40) L. Díez-Picazo, *Experiencias, cit.*, pp. 178-179, advirtiendo muy atinada y significativamente que tal conclusión sea «quizá un poco desalentadora, aunque realista».

(41) Cfr. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, pp. 59-60: «En édictant des règles les juristes ont cherché la tranquillité dans le conformisme. En créant des systèmes ils ont prétendu détruire la variété des problèmes et des solutions. La «tranquillité des juristes» est condamnable dans un siècle d'ardent dynamisme; les faiseurs de systèmes sont nuisibles dans l'application d'un droit mouvant». A propósito de la dificultad temperamental del jurista para la asimilación de las metamorfosis, es imprescindible la cita de la obra.

posible comprender mirando sólo al momento de producción de la norma, atendiendo exclusivamente a los dominios de racionalidad y abstracción en que la normatividad se instala, sino teniendo en cuenta el fundamental papel que, en la funcionalización del precepto, nunca acabado, sino en permanente reconstrucción (42), juegan la interpretación y aplicación (43).

Admitiendo así lo que, por demás, se presenta como «una experiencia obvia para quien conoce la vida jurídica» (44), bien parece que podemos pensar el ordenamiento jurídico como una «cotidiana tarea», nunca llevada a término, en la que el material normativo no es la sustancia, sino un elemento de carácter instrumental (45).

En cuanto no resulta sostenible una perfecta ecuación «ordenamiento jurídico = normas generales», parece que comienzan a dispersarse las

clásica en la materia, de R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1.^a serie, *Panorama des mutations*, 3.^a ed., Paris, 1964: «Car le juriste —escribe en p. 14— est volontiers attaché aux institutions pour le jeu desquelles il a été formé, auxquelles parfois, il préside, vers lesquelles, en tout cas, s'orientent son esprit et sa pratique. Il n' imagine pas, sans appréhension, pouvoir vivre et travailler sous des institutions différentes. C'est peut-être, en partie, par économie d'efforts qu'il ne souhaite pas voir changer le Code civil». Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., pp. 153-154, a propósito de la separación entre el «derecho estudiado» y el «derecho no estudiado».

(42) Cfr. T. RAVÀ, *La produzione del diritto civile*, en *Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1965, pp. 1613-1614: «Donde se acepte la idea de que el derecho objetivo es ordenamiento, y esta idea en realidad, de una u otra forma, es patrimonio común, el juez, en todo juicio, para motivar en derecho, deberá reconstruir el ordenamiento entero en su sistemática coherencia».

(43) Los preceptos —dice E. GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit.— se funcionalizan necesariamente en un sistema social dado y en la organización, formal o informal, de que el mismo se dota. La interpretación de cada norma, esto es, la comprensión de su sentido como operación necesariamente previa a su aplicación, es —añade el mismo autor (p. 57)— una interpretación del ordenamiento entero en el que dicha norma se integra y dentro del cual cobra su significación. Cabe, así, una transformación ordinal por el cambio de los elementos no normativos, sino fácticos, del ordenamiento (del subfondo político, del sistema de acciones, un simple perfeccionamiento técnico de la magistratura, la independencia o el sometimiento de la policía respecto de los jueces, etc.); esta transformación recobrará necesariamente sobre la interpretación de las normas, sobre el lugar sistemático que a cada una corresponde y sobre el punto de equilibrio de todas ellas.

Si, como dice A. TESTA (*L'interpretazione del diritto nel diritto come interpretazione della realtà giuridica*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filosofia del diritto*, II, *Comunicazioni*, Milano, 1966, p. 361), «en cuanto específicamente tal, el Derecho es por sí mismo interpretación: interpretación de la realidad en su juridicidad (en suma, de la realidad jurídica)» (cfr. A. J. ARNAUD, loc. cit., pp. 165 ss.); si «la ley es siempre una versión del Derecho» (A. GARCÍA VALDECASAS, *El Derecho, la ley y los juristas*, en «AAMN», t. XV, Madrid, 1967, pp. 473-474), bien se comprende que la interpretación constituye, como afirma L. DÍEZ-PICAZO (*Experiencias*, cit., p. 224), «la médula del quehacer jurídico», así como también, según escribe E. BETTI (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2.^a ed., Milano, 1971, p. 325), «perenne, invero, e non mai condotto a termine, è il compito dell'interpretazione».

(44) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibid.*

(45) L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 181.

sombras en torno al nuevo artículo 1.º del Código civil. No nos dice éste, en su apartado 6, que la jurisprudencia «complemente» las fuentes del derecho. Lo que «complementa» es el «ordenamiento jurídico», expresión ésta que, antes que ambigüedad, denota una escrupulosa precisión en el legislador de la reforma (46).

Siendo, pues, el ordenamiento jurídico «completo» en la esfera de la normatividad general y abstracta —gracias a la cobertura que proporcionan la ley, la costumbre y los principios generales—, no hay inconveniente en señalar, sin negar por ello lo anterior, que sí admite un «complemento»: la jurisprudencia. No despliega ésta su eficacia precisamente como fuente, en el sentido de creación de normas generales y abstractas —lo que significaría, por otra parte, privarla de su primordial fecundidad (47)—, ni cubriendo las lagunas —que, tampoco hay inconveniente en admitirlo, no existen— de la normatividad. Si no le cumple tal misión, ello no debe llevar, en un planteamiento que sería unilateralmente normativista, a negar a la jurisprudencia toda trascendencia ordinamental.

Si ya la alusión a los principios generales del derecho —que, siguiendo al italiano de 1865, oportunamente había suscrito nuestro Código— remite a una normatividad no formulada, parece que se evidencia como imprescindible la función que la jurisprudencia despliega, a un nivel originario, en la funcionalización de aquéllos. Hay que tener especialmente en cuenta, a este respecto, que no pueden dichos principios generales ser limitadamente concebidos como los del derecho positivo (48), circunscribibles mediante un proceso de creciente generalización y abstracción, a base de una mecánica equivalencia y convertibilidad entre principios generales y normas particulares (49). Más cierto es que en los principios generales del derecho opera una fuerza de expansión, no de índole lógica y dogmática, sino valorativa y axiológica: fuerza no ya de «verdad» y de razón teórica, sino de valoraciones

(46) Merece destacarse cómo, introducida la fórmula por primera vez en nuestro Código civil, marca una clara recepción de las ideas ordinamentalistas, ya presentes con anterioridad en el ordenamiento jurídico administrativo: el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y el 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo, refieren el ilícito administrativo genéricamente al ordenamiento jurídico (compárese, al respecto, la fórmula con que ahora se tipifica el fraude en el artículo 6.º-4 de nuestro Código civil), y ello porque —como precisa la E. de M. de la primera de dichas leyes, y recuerda oportunamente E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso*, cit., p. 59)— hay que estimar que reconducir simplemente a las leyes la conformidad o disconformidad de los actos o disposiciones reglamentarias «equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en las instituciones».

(47) Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, loc. cit., p. 808.

(48) Que tales fueron, al parecer, los que primariamente contempló el legislador de los años 80 al redactar el Código civil. Cfr. J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 59.

(49) Para la impugnación de semejante concepción, vid. E. BETTI, op. cit., páginas 310 ss.; cfr., asimismo, L. DíEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 206.

que —como dice Betti (50)— gradualmente maduran y se afirman en base a situaciones históricas contingentes. Si los principios generales no se encuentran ya, ni sólo, dados en el sistema formulado, sino que se generan incluso extramuros del sistema, reconstruyéndose permanentemente en contacto con la experiencia histórica, he ahí cómo la jurisprudencia se presenta, no solamente desplegando una tarea de fijación o «accertamento», sino también operando como factor sustancial en la génesis o determinación de aquéllos (51).

Y aún respecto de la normatividad formulada, tampoco parece que se pueda prescindir del concurso que a la jurisprudencia incumbe en su explicitación permanente. Por más que, a través de la generalización y abstracción que le son inherentes, parezca sustraerse la norma al devenir de la historia, semejante espejismo se desvanece ante la inevitable dialéctica entre idea y hecho que postula una labor de permanente «décodage». Aparece, así, la jurisprudencia como el necesario «complemento» del ordenamiento jurídico, por cuanto procura la reconciliación del sistema normativo con su imprescindible correlato real.

Cuando, por tanto, se descubre una trascendencia creadora en la jurisprudencia, no se quiere necesariamente decir que pueda ésta producir reglas generales (52). Plantear, en tal sentido, la pregunta de si la jurisprudencia es «fuente» de derecho, supone sin duda alguna anticipar va, en un sistema como el nuestro, una respuesta negativa. Sucede, sin embargo, que tal planteamiento, lo mismo que su respuesta, no parece suficiente. Como insuficiente resulta —y creemos que así queda adecuadamente puesto de relieve en el nuevo título preliminar— la mera definición, abstracta y racional, de los centros donde se crean normas. No es, el ordenamiento jurídico, un «datum» que de modo acabado y perfecto quede preconstituido en el sistema normativo: en un

(50) E. BETTI, op. cit., p. 317. Es por ello que, en un sistema como el del Código italiano de 1942, donde con noción tan precisamente positivista aparecen invocados por el artículo 12 de las «preleggi», haya podido afirmar G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, en «RTDPC», 1972, pp. 897 ss., que tales principios «restano fatalmente qualchè cosa di diverso e di più ampio (di più «generale», appunto) di norme ricavate dallo stretto contesto dell'ordinamento giuridico formale». Pues son, en efecto, aquellos principios generales, o mejor fundamentales, que no están ni formalmente declarados por el Derecho escrito ni implícitos en él, sino que se deducen de la estructura esencial de las instituciones en que se concretan, como los definía SANTI ROMANO aduciéndolos como ejemplo de «ius involuntarium».

(51) Así ha podido postularse, en el ámbito del ordenamiento administrativo una «jurisprudencia principal», cuya afirmación y desarrollo «domina avasalladoramente el momento actual de la ciencia jurídica» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en *Estudios de Derecho público y privado* en honor del profesor SERRANO, II, Valladolid, 1965, p. 221). Cfr., sobre lo señalado en el texto, J. L. VILLAR PALASÍ, op. cit., p. 136, n. 8.

(52) Y sólo así parece que podamos comprender a J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 62, cuando, después de dejar sentado que la jurisprudencia «no es fuente», puede afirmar que «lo significativo de la jurisprudencia es de cualquier tribunal es su aptitud para crear, no normas generales, pero sí Derechos». Cfr., en el mismo sentido, J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 498. Vid., *infra*, nota 121.

más cabal entendimiento, aparece aquél como un «*quaesitum*», como un proceso en el que la unidad del sistema es un resultado «constantemente puesto en cuestión y constantemente reconstruido» (53).

Creemos que pueden, así, tornar de sentido las acostumbradas premisas desde las que se aborda la cuestión de la jurisprudencia: si un lugar hay que reivindicar para ésta en el proceso de realización del derecho, no ha de ser precisamente —en un planteamiento que, como oportunamente advierte Lalaguna, delataría su genealogía normativista (54)— sobrestimando su valor normativo y creando con ello las condiciones favorables para una *axiomatización* de la doctrina legal que permitiera establecer una equivalencia, al mismo nivel de generalidad, con las normas legales (55). Sería, entonces, entendida la jurisprudencia como «una suerte de realidad circundante del derecho», algo que posee un cierto «valor complementario» de la ley (56) (en cuanto procedería «*praeter legem*», llenando los vacíos normativos), pero en un sentido justamente rechazable (y erróneamente equiparable al en que el nuevo art. 1.º utiliza la expresión «complementará») (57), por cuanto el propio texto del título preliminar desmiente la posibilidad de semejantes lagunas.

Cuando desde una tal perspectiva se afronta la dialéctica jurisprudencia —fuentes del derecho, tiende a quedar preterida, importa insistir en esto, la verdadera significación creadora de la interpretación como *experiencia jurídica* (58). Si las normas jurídicas no informan la decisión con el perfil abstracto que ofrecen en los textos, sino con un sentido concreto determinado por las posibilidades críticas de la situación enjuiciada —seguimos con Lalaguna—, es precisamente en esa radical e inmediata vinculación del criterio de decisión con una realidad jurídica singular donde hemos de ver el rasgo definidor y más característico de la jurisprudencia. Lo que impone tener presente: a) la especial importancia que se concede al hecho enjuiciado —«la sentencia en su circunstancia»— como punto de partida para la interpretación de las normas; b) una convicción muy viva acerca del papel insustituible del juez en la apreciación de los hechos y en la investigación del derecho aplicable (59).

6. Mostrando de esta forma la fundamental implicación del orden normativo con el acontecer práctico, es la propia ley la que viene a

(53) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., p. 58.

(54) E. LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, páginas 144 y 151-152.

(55) E. LALAGUNA, op. cit., pp. 62-63.

(56) E. LALAGUNA, op. cit., p. 102.

(57) Tal es la que, como «hipótesis cualificada» (y después de renunciar a toda reflexión «nueva»), plantea A. DE LA OLIVA SANTOS, loc. cit., p. 824, para la ineluctancia de la fórmula utilizada por el legislador.

(58) Y ello, curiosamente, cualquiera que sea el signo (favorable o contrario al papel creador de la jurisprudencia, aún concurriendo en el primero un indudable realismo) de la posición que al respecto se adopte.

(59) LALAGUNA, op. cit., pp. 41-43.

suministrar la prueba seguramente decisiva de la trascendencia ordinal que tienen la interpretación y aplicación del derecho. Subrayando, con ello, el carácter abierto del sistema, trasciende el cerco que en torno a la positividad trazaba una pretendida monopolización estatal del derecho (60). Desautoriza, al propio tiempo, una concepción meramente técnica de la actividad jurídica, toda vez que la permanente tarea de reconstrucción del sistema normativo remite de modo necesario a instancias otras (61). Y desvanece, en fin —acaso suscitando también un cierto desencanto—, un equívoco modo de entender la certeza del derecho, unilateralmente referida al conjunto proposicional lógico-normativo que la ley, y muy especialmente el código, permitían argüir.

7. A fin de cuentas, no puede verse en todo ello sino un congruente corolario del proceso de crisis de la legalidad que hoy vivimos en sus aspectos más agudos y sobresalientes. No es preciso insistir demasiado en tema tan frecuentado por la literatura jurídica de nuestros días como el fenómeno que, en rotulaciones tan variadas como igualmente sugeridoras, se ha dado en denominar «inflación», «explosión», «hipertrofia legislativa», «legislación motorizada», «incontinencia normativa», etcétera, del Estado moderno (62).

La ley —escribe recientemente Carbonnier (63)— no tiene ya en nuestros días la significación que antaño tuvo. En muchos casos no es ya aquella máxima de conducta universal que era solemnemente proclamada (64) en honor de las generaciones venideras (la perpetuidad

(60) G. GROSSO, loc. cit., p. 571. Una mirada histórica no muy profunda —nos dirá, por su parte, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., p. 57— basta para comprender que esa pretensión ha jugado un papel capital, sin duda, en la vida de los pueblos, pero que nunca ha logrado triunfar plenamente. Tanto en el transcurso histórico como hoy mismo, digan lo que quieran las constituciones, al lado de las fuentes formalizadas como tales o estatalizadas juegan un papel otras fuentes que no están publicadas en las «Gacetas» o Boletines Oficiales, la costumbre, la jurisprudencia, y, de manera especial, los principios generales del Derecho. Sobre el prejuicio del monopolio estatal del Derecho y su vinculación a una mentalidad antihistórica, vid. E. BETTI, op. cit., pp. 86 y 142.

(61) Pues, como advierte P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, 2.^a ed., Napoli, 1971, p. XIII, resulta «innegable que cuando se quiere reconstruir y determinar la función del sistema normativo considerado en su complejo no se puede por menos de referirlo al sistema económico-social y al sistema político dentro del cual históricamente se sitúa».

(62) Hoy podemos saber lo mucho de premonitorias que tenían las palabras de PORTALIS en el discurso pronunciado durante la sesión del cuerpo legislativo de 14 de diciembre de 1801: «la excesiva multiplicidad de las leyes es un gran vicio político. Las leyes deben ser maduradas lentamente y con madurez de consejo: es necesario que vengan indicadas por la experiencia. Si precipitáseis los expedientes legislativos, las leyes oprimirían a la sociedad en vez de regularla» (LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, ossia comentario e compimento dei codici francesi, I, 2.^a ed. de la versión italiana por G. CROFFI, Napoli, 1840, pp. 346-347).

(63) J. CARBONNIER, *Derecho flexible*, trad. de L. DÍEZ-PICAZO, Madrid, 1974, p. 143.

(64) «Legisladores —decía PORTALIS—, vosotros advertís, con vuestra sabiduría y consciencia, que un proyecto que consagra todas las grandes verdades,

era siempre vocación de la ley) sino un simple procedimiento de gobierno (65), una manera que el Estado tiene de dar sus órdenes en el momento presente a un grupo más o menos extenso de sus súbditos. De ahí esos caracteres que repugnan a las verdaderas leyes, pero que son naturales a los mandatos, como la precipitación, la movilidad y también cierta vulgaridad en el estilo.

Y así el código, nacido como expresión de unas conquistas que aspiraban a la perpetuación a través de una formalización técnica fácilmente sugeridora de intemporalidad (66), acaba evidenciando una contradicción congénita en cuanto se le va superponiendo todo un magna de legislación —significativamente denominada «especial»— que quiebra

todas las sublimes máximas sobre las cuales está fundado el orden social, es esencialmente bueno» (LOCRE, op. et vol. cit., p. 348).

(65) Y así nos explica J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 77, la pérdida de confianza en la ley: «cada vez más, dejando de ser regla de conducta general, abstracta y permanente, se la dirige a conformar situaciones reales concretas y singulares, y viene impuesta por un poder legislativo que ha perdido su independencia y peculiaridad frente al ejecutivo». Y en claros términos de la mentación podrá un procesalista, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Liberalización y socialización del proceso civil*, «RDPI», 1972, p. 512, escribir: «es cierto que las ideas políticas influyen en toda clase de normas jurídicas, ya que las leyes positivas son *desgraciadamente* los instrumentos de que se valen los políticos para modificar las realidades sociales». Por su parte, el tantas veces citado administrativista E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales*, cit., p. 219, destaca cómo «hoy la ley es cada vez más, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia... La radiografía descarnada de las estructuras sociales que ha efectuado la moderna sociología, el descubrimiento del papel de las «ideologías» o del que desempeñan los «grupos de presión», la conciencia de las debilidades de la burocracia, las condiciones políticas presentes en general, han sido también decisivos para quebrantar inapelablemente la «auctoritas» debida a la ley como un producto de la organización colectiva». Perspectiva desde la que comprendemos fácilmente por qué L. DÍEZ-PICAZO (*Experiencias*, cit., pp. 138 ss.) propugna, siguiendo a G. RIPERT (*Les forces créatrices*, cit., pp. 80 ss.), un estudio de la «genética» de las leyes. Sobre el resultado degenerativo de un poder legislativo real apoyado sobre el arbitrio de la burocracia, cfr. G. GROSSO, loc. cit., p. 566.

(66) Cfr. A. MIGNOLI, *Società e giurisprudenza*, en *Studi in onore di Alberto Asquini*, t. V, Padova, 1965, pp. 23-62: «cristalizándolo (el orden jurídico) en un cierto esquema (la codificación), crea la ilusión de su validez absoluta, incluso en el sentido de «eterna», sustraída a las mutables exigencias de la historia». Y así—advierte D. CORRADINI, *Le Codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, en el vol. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, páginas 54-55, a propósito del código francés—, «aún representando el fruto de una auténtica revolución contra el «ancien régime» y a la sombra de las doctrinas del liberalismo, aquel *code* termina por asumir, en la opinión de aquellos que lo comentan, un carácter conservador. Deviene, por una suerte de «metamorfosis» que encuentra su génesis en el hecho de que los grupos situados ayer en la contestación han conquistado hoy el poder, precinto jurídico de los equilibrios realizados en el ámbito de la convivencia e instrumento para impedir cualquier cambio de la situación existente». Vid. A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, pp. 43 ss., quien advierte cómo, aun «partiendo de premisas iusnaturalistas, el legislador de 1804 terminó por elaborar un monumento bastante típico del positivismo jurídico». Y J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., pá-

los esquemas (67). Proscrito por el código, renace inevitablemente el contraste (68) cuando aquella legislación especial —que, por el hecho de haber nacido, no ha surgido seguramente en vano (69)— arguye principios nuevos, diferentes, y no pocas veces contradictorios con los que de modo definitivo parecía evidenciar el sistema (70). Obligado éste a «entrar en arreglos» con la necesidad, termina suscribiendo una serie de compromisos excesivamente onerosos para la coherencia (71).

gina 75, recordando a MANNHEIM, dirá que «el positivismo del siglo XIX y su alejamiento de los valores superiores de justicia se explican en el nuevo planteamiento capitalista por el deseo de seguridad de una burguesía satisfecha que ha traducido en las codificaciones o en la pandectística las exigencias programáticas del siglo anterior esgrimidas contra el antiguo régimen y, confiada en el nuevo orden, desea justificarlo intelectualmente».

(67) La realidad desmiente, así, la «mística de la codificación», que veía en el código una unidad orgánica cuyas partes se corresponden desde el punto de vista de la técnica jurídica. Cfr. G. RIPERT-J. BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le Traité de PLANIOL*, t. I. Paris, 1956, pp. 145-146. La cuestión reviste aspectos no meramente técnicos. Si la desarmonía se debe a que «rédacteurs sans culture juridique sérieuse» advierten los autores citados, *ibid*—détériorent le Code sous couleur de le rajeunir», podrá precisar G. GROSSO, loc. cit., p. 566, cómo en este aspecto converge la burocratización de la técnica legislativa: la compleja y vasta materia de la moderna legislación especial (en la acepción de esta expresión que la contraponen a la legislación orgánica, es decir, a los códigos) hace así que por ella los depositarios de la técnica jurídico-legislativa sean los funcionarios de los ministerios. Espontáneo surgirá en el romanista el recuerdo de cómo en el bajo imperio romano la personalidad de los juristas de la jurisprudencia guía había dejado el puesto al anonimato burocrático de una legislación decisionista. Vid. A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1963, pp. 80-81 y 92 ss.; también SCHULZ, citada a este propósito por J. PUIG BRUTAU, *Prólogo* a la trad. española (por M. Entenza) de la obra de Ph. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, 1961, pp. 14-15, n. 10.

(68) El objeto de un sistema jurídico autónomo—advierte A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 154, recordando lo que escribía LEVI-STRAUSS a propósito del mito— es «suministrar un modelo lógico para resolver una contradicción (tarea irrealizable cuando la contradicción es real)».

(69) G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, «RIPSG», 1951, p. 201, se refiere a CALASSO, quien ha podido calificar de «absurdas» las trabas que, en la época del derecho común, suponía una interpretación restrictiva aplicada a la legislación de los ordenamientos jurídicos particulares, considerados como desviaciones de la «ratio iuris»: ocurría justamente que aquel «ius novum» constituido por los estatutos municipales poseía a menudo fuerzas vitales suficientes para llegar a sustituir su «ratio» por la antigua.

(70) Razón por la cual precisamente ningún sistema puede considerarse cerrado; cfr. P. BARCELONA, op. cit., p. XLI.

(71) Este «décilage trompeur» es denunciado en Francia por G. CORNU, *La lettre du Code à l'épreuve du temps*, en *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, p. 165, quien justamente advierte un «dépassement du Code par le droit»: esa legislación especial que prolifera en el exterior del *code*, al lado de muchos detalles menudos, comprende principios algunos de los cuales tendrían en aquél su plaza legítima. Es por lo que, en la visión actual de las fuentes, el derecho exterior no es un derecho subalterno. El código civil no recoge el conjunto de los principios del derecho civil, de los que las leyes especiales formarían prolongaciones más detalladas en un grado inferior de la jerarquía de las normas. El código civil—escribe CORNU—no es ya, en verdad, el cuerpo de las leyes civiles. Cfr. en el sentido del texto, J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 517, n. 1.

El envejecimiento inexorable de un sistema codificado que, como tal, se pretende cerrado, descubre así su encadenamiento dialéctico.

Si, de una parte, la aspiración al mantenimiento del sistema exige la emancipación de los presupuestos reales (económicos-sociales) por los caminos de la generalización, de la abstracción y de la universalización (72), la evolución social descubrirá que el mantenimiento de los mismos textos frente a nuevos hechos e intereses (73) sólo es posible mediante hábiles manipulaciones que, por la vía de una interpretación y aplicación formalmente respetuosas y fieles a su humilde condición técnica, transigen necesariamente con imperativos exteriores al sistema (74). Tampoco hay que insistir aquí en la radical —y tan común— como evidente— impugnación de la técnica de la subsunción y del silogismo como rútol bastanta a explicar lo que realmente ocurre cuando el juez decide un litigio (75). Los hechos (y la realización judicial del derecho pertenece al mundo de la experiencia) se han encargado de demostrar la vanidad del intento codificador de construir un derecho «a prueba de jueces» (76). Se vigoriza, de esta suerte, la convicción acerca

(72) Cfr. A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 150: «C'est avec l'ère des codifications que le juridique a commencé à prendre son autonomie par rapport à ses fondements économiques. Le systématisation axiomatique... aboutit nécessairement à la construction d'un ensemble dont la cohérence doit être assurée à tout prix, fût-ce au risque de trahir les faits dont les règles juridiques devraient être au moins le reflet, ou même les aspirations de la classe en faveur de laquelle est élaboré le Droit».

(73) En la *Nota preliminar a las Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, de F. GARCÍA GOYENA, reimpresión de la edición de Madrid (1852), Zaragoza, 1974, p. IX, escribe J. L. LACRUZ: «Pero la ordenación del legislador, precisamente por estar destinada a señalar durante tiempo indefinido y en cualquier situación la conducta justa, ha de ser apta para reaccionar ante hechos nuevos, que, por serlo, difícilmente podrían ser imaginados y previstos cuando se elaboró la fórmula en vista de circunstancias y conflictos pasados. El propio destino y naturaleza de la norma imponen una relativa variabilidad de su contenido, a fin de que, funcionalmente, siga siendo el mismo». Vid., también, A. SERENI, *Codificazione e «case law»*, «RTDPC», 1956, pp. 176 y 191.

(74) Cfr. A. SERENI, loc. cit., p. 194.

(75) Vid., al respecto, el penetrante análisis de L. Díez-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 926-932. Sobre «el magno error de considerar la sentencia como un silogismo», vid. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1970, pp. 198 ss. Cfr., también, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, «RTDPC», 1955, I, pp. 257-258, y, fundamentalmente, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966, pp. 205 y ss. Es precisamente un juez quien, entre nosotros, escribe recientemente: «la misión de juzgar se ve claro que está muy lejos de ese automatismo que la vieja idea de la subsunción parece sugerir, si se tiene en cuenta que, antes de encuadrar el caso en la norma, hay que elegir ésta, y, después, adaptarla a las particulares exigencias demandadas por el supuesto concreto que se contempla» (C. ONECHA SANTAMARÍA, *Relaciones entre la legislación y la jurisprudencia*, «RGLJ», agosto 1974, p. 143). Lo destacaba ya el 15 de septiembre de 1973, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo en su discurso de apertura de los Tribunales (V. SILVA MELERO, *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*, recogido en «RGLJ», 1973, p. 415).

(76) La expresión se debe a J. H. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de C. Sierra, México, 1971, pp. 73 y 89.

de la trascendencia creadora —o, siempre, «re-creadora»— que las tareas de interpretación y aplicación despliegan al traducir datos y valoraciones del exterior (77). Claro que, por ello mismo, se erosiona el presupuesto de certeza que el rigor formal de la arquitectura lógico-normativa parecía establecer (78). Advertida la posibilidad de aquellas manipulaciones, la pureza del esquema formal se adivina trayecto incierto desde las más ortodoxas adaptaciones hasta los oportunismos menos escrupulosos.

Acontece, sin embargo, que el mismo formalismo del discurso veda toda penetración en los interrogantes que su propia instrumentalización plantea. En un primer nivel, suscita una pretensión de asepsia técnica (79) por la que el operador jurídico, sustrayéndose a lo que ocurre fuera, cree desplegar una actividad neutral mediante una complacida sumisión a un esquema positivo que ya contiene todas las respuestas. E incluso cuando, a pesar de ello, se sabe que el juez no es inocente de valoraciones (80) ni ajeno a la circunstancia vital —ya el pretenderlo delata un preciso talante ideológico (81)—, entonces vuelve a cernirse

(77) Desde un planteamiento básicamente legalista, así lo reconoce G. TESCHI, loc. cit., p. 270. Dicha trascendencia es variable y se halla en proporción inversa al grado de tecnicismo adoptado en la redacción del código; cfr. A. TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, «RTDPC», 1962, p. 1264, destacando la mayor libertad del juez francés frente al conceptualismo de la jurisprudencia italiana vinculada al Código de 1942; cfr., en el mismo sentido, A. SERENI, loc. cit., p. 192, n. 36, comparando el código francés con la mayor rigidez del B. G. B. Vid., asimismo, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 94; P. CALAMANDREI, loc. cit., página 261; y el reciente discurso de apertura de los Tribunales pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo el 16 de septiembre de 1974 (V. SILVA MILLERO, *Jurisprudencia y evolución*, recogido en «RGLJ», octubre de 1974, pp. 388 y 395-396).

(78) «Si el código —escribe DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 161— es el producto de una consciente orientación de la vida jurídica y política, no cabe duda de que presenta un «techo ideológico» y que está montado sobre unos presupuestos socioeconómicos, que son aquellos que venían dados en el momento de su confección. Cuando la ideología se ha transformado y los presupuestos socioeconómicos han experimentado una alteración, los trastornos que se producen en la aplicación de este Derecho son evidentes, de suerte que el inicial propósito de un Derecho sistematizado e inequívoco, que excluya la vinculación a la tradición y a la arbitrariedad, que era... uno de los intereses profundos que motivaron su aparición, no puede ya cumplirse, y algo parece indicar que, con el mismo Derecho codificado, se produce un cierto retorno a la inicial justicia del *cadí*».

Ante semejantes extravíos, podrá escribir G. CORNU, loc. cit., citando a LARNAUDE, cómo «la jurisprudence, par son lent et incessant travail, a fait, dans beaucoup de matières, des textes du Code civil, un véritable trompe l'oeil».

(79) Vid. G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, en *Il diritto privato nella società moderna*, cit. p. 33.

(80) Cfr. GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, «Riv. Dir. Comm.», 1967, I, p. 254.

(81) El tecnicismo jurídico aparece, desde luego, como una manifestación hegemónica —si no ideológica— de la clase dominante, dirigida a disolver el sentido real de los problemas y las exigencias de renovación maduradas en el ámbito de la experiencia en los áridos esquemas de una cultura tecnificada. La pretendida neutralidad científica —señala D. CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filosofia del diritto*, vol. cit., p. 276— tiende a consagrar acríticamente las normas y los procesos sociales subyacentes que consistieron su origen; cfr. S. RODOTÀ, *La codificazione, Introduzione*, en el vol. *Il diritto privato nella*

el formalismo sobre el momento final del «iter» decisorio, hurtando la necesaria noticia sobre los factores reales y valorativos de la decisión, gracias a la cobertura que ésta encuentra, para cumplir con el imperativo de subordinación a la ley, en la expresión lógico-formal que el propio sistema le dispensa (82). El operador jurídico se obstina, así, en un paradójico modo de proceder, nunca mejor descrito que con la famosa frase: «au delà du code, mais par le code» (83). Y nuevamente la

società moderna, cit., p. 27. No hay que olvidar que institutos como el juez imparcial, el control de legitimidad, la casación, la separación de poderes, que en nuestras organizaciones jurídicas podemos encontrar, presuponen —como observa G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, cit., p. 32— que la actividad de los juristas es una actividad técnica y sugieren la existencia de un derecho-objeto susceptible de determinación más que resultado de opciones, de manipulaciones políticas siempre renovadas. El mismo TARELLO advierte (ibid. y p. 38) cómo un tal proceso de tecnificación de la actividad jurídica lleva consigo un correlativo proceso de irresponsabilización de la clase de los hombres de leyes. Para P. BARCELLONA, op. cit., p. 60, «es evidente que ninguna concepción jurídica puede decirse absolutamente neutral respecto a la solución de los conflictos sociales. Toda toma de posición, incluso la simple asunción de un modelo teórico para la comprensión de la realidad, implica una valoración y compromete toda la responsabilidad del jurista y del hombre». Recientemente, sin embargo, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo, a propósito de la toma de partido por una «jurisprudencia neutral», insiste en que «en tal caso se trata pura y simplemente del ejercicio normal de la jurisdicción» (V. SILVA MELERO, *Jurisprudencia y evolución*, discurso cit., p. 388).

(82) Caracteres paradigmáticos reviste la confesión del magistrado italiano PERETTI GRIVA, *L'umanità del magistrato*, «RTDPC», 1955, I, p. 97: «Ho cercato, anzitutto, in ogni causa, di prospettarmi il giudizio da uomo della strada, del buon padre di famiglia, astenendomi dalle valutazioni astratte, strettamente giuridiche. E quando mi formavo, in tal modo, un convincimento, a base di buon senso, lo passavo al vaglio del diritto positivo, per non venir meno al dovere del magistrato di applicare la legge, senza quelle arbitrariedades che, sotto l'apparenza di un giudizio d'equità, determinerebbe un'assoluta insicurezza dell'ordine giuridico. E debbo dire che ben difficilmente trovavo nel diritto codificado un ostacolo assoluto, che mi impedisese di dar ragione alla parte que io era convinto avesse ragione». Ocasión hay aquí para recordar a BARTOLO, de quien se nos cuenta —cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Interpretación y aplicación de la ley*, «RGLJ», 1973, pp. 441-442— que primeramente dictaba la resolución y luego hacía buscar a su amigo TRIGINIO los pasajes aplicables del «Corpus iuris». Vid. G. LUMIA, *In tema di interpretazione e di applicazione del diritto*, en *Atti del VII Congresso nazionale de filosofia del diritto*, vol. cit., p. 312.

(83) Cfr. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Barcelona, 1961, pp. 227-228; G. CORNU, loc. cit., p. 165. Recoge ESSER la citada frase con ocasión de la denuncia dei «chocante proceso de inversión» característico de la fidelidad textual positivista, a propósito de un desviado entendimiento del «espíritu» y «finalidad» de la norma como criterios interpretativos: «ante la injusticia de una resolución —dice ESSER—, se puede cómodamente elegir entre achacar la responsabilidad al legislador, de cuyo texto no podía prescindirse, o bien demostrar, partiendo de las consecuencias, que «ésta no podía ser la voluntad del legislador», de modo que se corrige el texto «en el sentido querido por el legislador», sin asumir ninguna responsabilidad propia». Un buen ejemplo de esta actitud en nuestra jurisprudencia podemos encontrarlo en la reciente e importante sentencia del T. S. de 11 de octubre de 1974 (R. A. 3.798) que, en ponencia de don Mariano Gimeno Fernández, establece la equiparación del promotor al contratista, a los efectos de someter a aquél a la responsabilidad que en el supuesto de vicios de construcción el artículo 1.591 del Código civil determina; la fundamentación de la sentencia, que desde

certeza, ya deteriorada en la instancia sistemática (84), se diluye también al nivel concreto de unas decisiones que, escamoteando las posibilidades para un análisis verdaderamente crítico, se resisten a ofrecer, ante la búsqueda de su «ratio», caminos más seguros que el de la conjetura (85).

un punto de vista rigurosamente jurídico-formal parece merecer todas las reservas, no oculta (plausiblemente) la verdadera razón de necesidad en que se apoya, aunque al fin no puede resistirse a una reconciliación con el sistema: «otro criterio —expresa el segundo considerando— representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la construcción a medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley»; previamente, en el mismo considerando, se ha advertido que «el término de *promotor* no fue utilizado por el C. civ. por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor».

(84) Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *La experiencia jurídica*, «AAMN», t. XVIII, Madrid, 1974, p. 20.

(85) L. DÍEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia*, cit., p. 932, señala cómo la búsqueda de los criterios judiciales de aplicación del derecho se presenta como tarea «ardua e insegura»; entre otros factores causantes de esta situación, denuncia, con ejemplos concretos (pp. 934-935), el proceder habitual (seguido incluso por los propios Tribunales) consistente en la axiomatización de la doctrina: ello se produce mediante el «aislamiento, abstracción y generalización de una máxima o de una afirmación que, desvinculada del caso en que nació y al cual servía, adquiere, por decirlo así, vida propia y va dando saltos en el vacío y conduciendo a resultados que no dejan de producir alguna sorpresa» (vid. J. PUIG BRUTAU, *Anotaciones a G. BOEHMER, El derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, p. 625; id., *Cómo ha de ser invocada la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo*, «RJC», 1953, pp. 40 ss.). Es indudable que un tal proceder se ve precisamente propiciado por el prurito formalista de respeto al texto; cfr., en este sentido, J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 60; K. LARENZ, op. cit., pp. 286 y 290. Por su parte, P. CALAMDREI describe así una situación que no podríamos considerar infrecuente: «...casi parece que (el juez) tenga recato en declarar abiertamente que, dentro de los límites que la ley le permite, él decide en base a consideraciones del caso, es decir por razones de moralidad y de conveniencia apropiadas a aquel caso y no extensibles a otros; y siente la necesidad, incluso cuando juzga en realidad por razones del caso, de extraer de él un principio de orden general, una máxima que de algún modo se presente como idónea a ser aplicada en el futuro a casos similares. El juez, en suma, no osa confesar ni siquiera a sí mismo que las razones por las cuales ha juzgado, moviéndose lícitamente dentro del ámbito que la ley le deja, son razones concretas propias de aquel caso, que, como todos los casos de la vida humana, es un *unicum*»; se producirá, así, lo que el autor llama una «logicizzazione dell'equità» (ibid., p. 262).

También advierte, de otra parte, L. DÍEZ-PICAZO, loc. cit., p. 933, que «la sentencia como obra literaria es una realidad que decepciona notablemente», y en ello pudiéramos considerar coincidente lo que A. D'ORS, op. cit., p. 81, señala al destacar la clara sobriedad de los llanos *reponsa* de los juristas clásicos hasta en la resolución de las más complejas cuestiones: «el menos gárrulo de nuestros jueces y abogados de hoy —compara D'ORS— no sabría salir de la dificultad sin llenar un numeroso legajo». No podemos, sin embargo, sin embargo, olvidar por ello que en ocasiones (no poco frecuentes) la prolijidad de los considerandos desaparece para dejar su puesto, no a una motivación breve y precisa, sino a una motivación verdaderamente endeble o totalmente inexistente; vid., a este propósito, L. MUÑOZ SABATÉ, *La crisis de motivación de las resoluciones judiciales*, «RJC», 1973, II, pp. 477 y siguientes. Ni cabría omitir, tampoco, la proporción en que esta situación es tributaria del formalismo con que se disciplina nuestro recurso de casación.

8. Por todo ello, parece que el nuevo título preliminar del Código civil se presenta con méritos suficientes para ser acogido con un cierto optimismo.

Dando adecuada razón de la esencial dinamicidad del ordenamiento jurídico, el nuevo artículo 1.º no olvida el valor «complementario» de la jurisprudencia —matizando así la definición sustantiva de las fuentes—, y nos sitúa con ello en la cumbre de la montaña, única perspectiva desde la que son simultáneamente visibles ambas vertientes (86), la normativa y la aplicativa, que, antes que ocultarse, se implican recíprocamente.

El ordenamiento jurídico, entendido como estructura viva y flexible, respira necesariamente realidad. La norma es un proyecto de justicia concreta que no aparece obvio (87) en el momento de su proposición abstracta (88), sino que precisa de una lectura y una explicación para las que no bastan los elementos deducibles del propio sistema (89):

(86) Nos servimos aquí de la imagen que, ideada por el matemático F. GONSETH, es recogida para las ciencias sociales por G. GURVITCH, *Dialéctica y sociología*, trad. de J. R. Capella, Madrid, 1969, pp. 260 ss., en cuyo ámbito trata de clarificar la «complementariedad dialéctica», y en particular la «complementariedad de las alternativas que resultan no ser tales». Sobre la relación entre jurisprudencia y ley como «relación dialéctica», vid. K. LARENZ, op. cit., pp. 207 y 239.

(87) «El código —dice J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 80— no tiene aplicación evidente, sobre todo para un juez responsable». Si esta convicción puede suscitar reservas cuando aparece expresada por un realista como J. FRANK («el proceso o la función de juzgar pocas veces empieza con una premisa de la que se obtenga, a continuación, una consecuencia», cit. por J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, s. a., p. 38), no debemos olvidar que responde a una idea que de alguna forma tenían bien presente los propios redactores del Código francés: advertía PORTALIS, durante la sesión del Consejo de Estado de 2 de julio de 1801, que «bien pocas causas pueden ser decididas con una ley, con un texto preciso» (LOCRÉ, op. et vol. cit., p. 305); reiterando en el discurso pronunciado en la sesión del cuerpo legislativo de 14 de diciembre del mismo año: «En las materias civiles, hay que admitir una de estas dos cosas: o prohibir el poder del juez, o dejar una suerte de latitud al magistrado cuando la ley es ambigua o cuando calla: porque las materias civiles son inmensas, y la previsión de las leyes es limitada. Es imposible tener una ley para cada caso particular» (LOCRÉ, op. et vol. cit., p. 346). Vid. *infra*, nota 121.

(88) Para subrayar que, aún dentro de la más ortodoxa y modesta concepción de su función, no podrá el juez prescindir de una atenta observación de lo concreto, A. M. QUINTAS, *Scienza e problematica nell'applicazione del diritto*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filofia del diritto*, vol. cit., p. 339, recuerda con oportunidad el ejemplo que, tomado de la medicina de su tiempo, recogía ARISTÓTELES en la *Ética a Nicómaco*: quien conoce el principio general de que «las carnes tiernas son digestivas y sanas», pero ignora en concreto «cuáles son las carnes tiernas», no puede determinar la dieta curativa.

(89) El sentido abierto y progresivo del nuevo artículo 3.º de nuestro Código destaca de modo singular si se compara con el enunciado del artículo 12 de las «preleggi» del italiano de 1942, respecto del cual bien podemos suscribir la observación de J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 83, de que en realidad «no se dice al juez cómo decidir, sino cómo exponer lo que haya decidido». En cuanto sugiere una autointegración del sistema, el citado artículo 12 ha merecido la ironía de G. TEDESCHI: «alguna vez el legislador afirma: «Yo soy el primero y el último, y no hay ningún otro fuera de mí», es decir, afirma que solamente de su sistema debe el juez traer todo el derecho... como si eso fuera posible» (loc. cit., p. 187).

de ahí que, como establece el nuevo artículo 3.º-1 (90), el intérprete precise atender, punto a los criterios gramatical, lógico-sistemático, histórico y teleológico, a la «realidad social» (91) del tiempo en que la

(90) A propósito del cual afirma J. L. VILLAR PALASÍ, op. cit., p. 115: «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». Vid., sin embargo, J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 536, quien sostiene que «gramaticalmente hubiera podido mejorarse» el texto del artículo 3.º-1.

(91) En fórmula ejemplar, el Tribunal Supremo destacaría así, en su sentencia de 21 de noviembre de 1934 (R. A. 1.833), la importancia del *elemento sociológico* en la interpretación (el caso requería una interpretación de los artículos 135 y 140 del Código civil menos rigorista que la acostumbrada): «Aún sin acoger todas las conclusiones propugnadas por los partidarios del llamado método *histórico-evolutivo* de interpretación de las normas jurídicas —dice el segundo considerando—, puede admitirse hoy, como doctrina ponderada y de muy general aceptación, la de que no bastan, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos *gramaticales* y *lógicos*, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento *sociológico*, integrado por aquella serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico». El propio considerando refleja la tensión que así se plantea entre firmeza y evolución, entre prudencia y arbitrariedad («y si bien es cierto que esos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo...»), por lo que busca en definitiva su apoyo en un «consensus» expresado en la ley constitucional («...se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata, no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento, de manera inequívoca, en la ley suprema del Estado»), respecto de la que precisamente da el Tribunal Supremo una aleccionadora muestra de «jurisprudencia principal» que no consiente la esterilización de los postulados de aquella mediante la consabida invocación de su carácter programático (vid. el 5.º considerando).

La fórmula inicialmente reproducida, será literalmente reiterada por el T. S. en la sentencia de 24 de enero de 1970 (R. A. 319), de la que es ponente BONET RAMÓN, en un caso en que se niega la reivindicación de un edificio incautado a la Compañía de Jesús.

También es suscrita aquella doctrina por la «RDGR» de 26 de marzo de 1968 («ADG», p. 305), en cuyo 5.º considerando se advierte, además (y para flexibilizar la aplicación del art. 135 del Código civil a la luz de la moderna legislación de Registro civil), que «no es la concepción del Código según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación, la que debe inspirar la interpretación de los nuevos preceptos, sino justamente lo contrario, incluso los preceptos del Código deben ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente, cuando la contraríen...», lo que a su vez es reproducción de lo que la propia Dirección General había resuelto en 8 de octubre de 1964 («ADG», p. 374) a propósito de las divergencias entre el artículo 137 del Código y el 188 del RRCiv (5.º considerando). Vid. J. L. VILLAR, op. cit., p. 66.: «El sistema jurídico —afirma— actúa consciente de la dinámica social, que es hoy totalmente contraria a la justificación de las leyes por su antigüedad, sino justamente

norma haya de ser aplicada (92); y que en esta aplicación haya de ponderarse la «equidad», por donde se descubre que no sólo son enjuiciados los hechos según la ley, sino también la propia ley es criticada a la luz de los hechos (93), y así aquel proyecto de justicia que la norma propone abstractamente, se «re-ajusta» en su ineludible tránsito a lo concreto (94).

El carácter abierto del sistema queda evidenciado, en fin, con la introducción, a un nivel de principio, de fórmulas necesariamente genéricas (buena fe, abuso del derecho), que, como tales, comportan un reenvío a parámetros y criterios de juicio externo (95).

9. Los escrúpulos surgirán espontáneos: ¿qué amenazas hay aquí para el fundamental postulado de certeza? (96). Comencemos por afirmar, en este punto, que la certeza es un valor jurídico abstracto; no un

por su modernidad y en razón a ser las modernas más adecuadas a las circunstancias sociales en que la ley se aplica».

(92) Curiosa es la inversión de orden que, en el enunciado de los criterios interpretativos, se produce en el texto articulado (el art. 3.º-1 lo cierra con «alusión al «espíritu y finalidad» de las normas» respecto de la Ley de Bases (la base segunda, uno, lo cerraba con la referencia a la «realidad social»). Rechaza J. L. VILLAR, op. cit., p. 15, que la nueva redacción del título preliminar pueda estimarse como una jerarquización de los instrumentos interpretativos.

(93) Estos son —escribe A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, II, Madrid, 1971, p. 119— algo más que «el caso» o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas.

Desde esta perspectiva, se comprende que la formación judicial del derecho aparece no ya como simple apéndice de la ley, sino —como dice GAMBINO, loc. cit., pp. 256-257— como elemento funcionalmente necesario a la formulación de las proposiciones jurídicas.

(94) Pues sin esa condición transeúnte hacia lo concreto, perdería validez la abstracción inherente a una estructura sistemática; cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 495, y J. L. VILLAR, op. cit., p. 49.

(95) Por donde la actividad del juez, que en un sistema cerrado se pretende limitada a declarar la voluntad de la ley, concurre aquí a determinar el contenido de las normas o del sistema normativo; cfr. P. BARCELLONA, op. cit., pp. XXIV-XXV. Precisamente estas fórmulas genéricas funcionan también como *válvulas de seguridad* frente al peligro de envejecimiento de un sistema codificado (Id., pp. XL-XLI). Vid. G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto*, cit., pp. 948-949.

(96) Ya advierte el preámbulo del Decreto de 1974 que, con la ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación, se introduce un factor cuyo empleo es «ciertamente muy delicado». En cuanto a la invocación de la equidad, el enunciado de la base segunda-dos explicitaba claramente sus implicaciones con el postulado de seguridad: «Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad *presidirá* la aplicación de las normas...». Aristado como aparece aquí el conflicto, el texto articulado busca ya, en el modo de redactar, el primer paso hacia la conciliación: aquél respeto abandona la escena, pero también la equidad debe descender de su «presidencia» para pasar a «ser ponderada» (si bien seguramente no como mera comparsa, por «modesto» que le encomiende su papel el preámbulo del Decreto).

dogma absoluto ni acreedor, de suyo, de privilegios excluyentes, sino uno de tantos valores jurídicos que incluso se encuentran en conflicto entre sí. La certeza es —en aguda expresión de Merryman— como la reina del ajedrez: se puede mover en cualquier dirección (97). Sabemos que la certeza de la ley se presenta como una exigencia de la codificación, que surge del abatimiento de un sistema feudal en el que la incerteza del derecho consentía la instrumentalización de éste a favor de la clase dominante (98). También sabemos que en la Italia de Mussolini, por ejemplo, algunos intentos de los fascistas de convertir el derecho en un instrumento del estado totalitario fueron afortunadamente rechazados por los juristas (99) en nombre de la certeza de la ley (100). Pero hemos aprendido, igualmente, cómo se degradan, sobre todo por un proceso de normación más burocrático que democrático, las funciones de la ley (101).

Y es que, en su raíz, el problema de la certeza, como tal, es propia-

(97) J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 88. Sobre la equivocidad del postulado de seguridad, vid., también, L. DíEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., pp. 303 ss., advirtiendo oportunamente sus implicaciones políticas. Un penetrante estudio de este postulado liberal, en A. VACHET, *La ideología liberal*, vol. 1, trad. de Fernández Albaladejo y otros, Madrid, 1972, pp. 193 ss., donde, entre otros aspectos, analiza cómo «para los no propietarios, la seguridad no sería otra cosa que el vehículo de su explotación y sumisión a un orden del que están excluidos» (p. 202).

(98) Cfr. L. DíEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 158; P. BARCELLONA, op. cit., p. 37; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 38. El principio de legalidad tenía, sin embargo, un claro trasfondo político en el acceso al poder de la clase burguesa, factor imprescindible para la explicación de las posteriores «metamorfosis» y contradicciones (vid. *supra*, n. 66). El individualismo liberal, traducido en una forma de pacto, sugería una conquista universal pero sólo tendería a consolidar las conquistas de una clase. ¿Qué forma de tutela para los «derechos conquistados» puede ser más eficaz —escribe P. BARCELLONA, op. cit., p. 47— que la que deriva de fundarlos en una «convención» entre todos los miembros de la comunidad? La civilización de los derechos naturales innatos y su transformación en derechos derivados del contrato o del Estado —añade—, es en este sentido la mejor garantía de su estabilidad. El postulado de seguridad presenta, desde esta perspectiva, ciertas relaciones con el miedo: «le Code civil —escribe A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 55— est un monument de la PEUR... Mais il est le Code d'une peur très particulière, celle du petit-bourgeois qui a vu ses aspirations individualistes comblées, et veut se prémunir contre le risque qu'il court, de perdre les avantages acquis». Bien se comprende que J. CARBONNIER, op. cit., pp. 140 ss., hable de un renacimiento de la «angustia», toda vez que la ley, otrora presentada como una armonía de intereses, deviene con frecuencia un episodio del conflicto social (p. 147). Y aquella seguridad, que el Estado garantizaba, mediante un arbitraje que impedía toda violación de las reglas del juego, ¿dónde quedaba, una vez el propio Estado asumiese la eliminación de las asperezas de la vida y comenzase a hacerse cargo de los vencidos?

(99) La famosa obra de Flavio LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto*, se publica en Roma en 1942 (Tipografía Consorzio Nazionale), agotándose rápidamente la edición.

(100) Cfr. G. CAPOGRASSI, en *Il dibattito sulla certezza*, apéndice a la 9.^a ed. de *La certezza*, cit. (Giuffrè) Milano, 1968, p. 279; S. RODOTÀ, *La codificazione*, *Introduzione*, cit., p. 27; J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 88; muy precisas matizaciones, en P. BARCELLONA, op. cit., pp. 54-55.

(101) Vid. *supra*, nota 67.

mente político (102), en el doble sentido que —con Rodotà (103)— podemos atribuir a esta expresión; en el sentido de que, hablándose de certeza, no se alude a un particular bien jurídico a tutelar, sino a la elección de un particular ordenamiento jurídico respecto de otro; y en el sentido de que la certeza encuentra posibilidad de realización sólo allí donde existe un contexto político-social sustancialmente homogéneo. En otros términos, un discurso sobre la certeza es siempre un interrogarse sobre la opción política conforme a los tiempos en que se vive.

Con estas precisiones, y según lo ya expuesto anteriormente, no parece suficiente instalar el postulado de certeza en una concepción exclusivamente legalista (104), ni plantearlo en relación con una justicia genéricamente entendida (105). La evolución social contesta cotidianamente a la certeza legal, denunciando la prematura obsolescencia de las leyes. Un planteamiento actual de la certeza ha de situarse en el plano más concreto de la vida del derecho, convergiendo con el problema de la adherencia a estructuras sociales sujetas a un impetuoso desarrollo: desde tal perspectiva, su solución debe apuntar a una renovación de la teoría de la interpretación y de la aplicación del derecho (106). Y, pese a las ambigüedades de todo quehacer enfrentado siempre con las tareas apremiantes de la historia y de los intereses sociales, hay que anotar como mérito indudable de dicha teoría el destacar adecuadamente el nivel histórico en que la función del operador jurídico ha de situarse.

Creemos, por ello, que una relativización del dato normativo como la que el nuevo título preliminar propone, no debe tanto ser concebida como un atentado a aquella certeza que, genéricamente entendida, suscitaba todos los escepticismos, cuanto como un factor verdaderamente propicio a la búsqueda de una certeza concreta (107) que dé suficiente razón del ordenamiento como experiencia jurídica.

(102) Cuando, por ejemplo, G. TEDESCHI, loc. cit., defiende a la ley como «centro de gravedad del sistema» (p. 218), y argumenta en tal sentido que «la ley es cierta», y que «constituye un derecho popular, y es de fácil cognición incluso a los profanos» (p. 205), parte en realidad de un postulado democrático cuya efectividad da por supuesta.

(103) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 96.

(104) El problema de la certeza implicado en la tensión derecho legal-creación judicial, no puede resolverse sin más con la invocación del principio de legalidad, que a su vez se plantea hoy también como problema; un problema que, como el postulado mismo de la división de poderes y las relaciones del poder legislativo con el poder judicial, reclama una interrogación histórico-crítica. Recogiendo las puntualizaciones de CARRIÓ (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, pp. 79-89) a propósito de las funciones descriptiva (o informativa) y prescriptiva (o persuasiva e ideológica) que en el lenguaje tiene la frase «creación de derecho» aplicada a la actividad judicial, así lo subrayan en Italia G. TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filosofia del diritto*, vol. cit., p. 355, y G. CATTANEO, *Considerazioni sul significato dell'espressione «i giudici creano diritto»*, ibid., pp. 250 ss.

(105) Cfr. F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, «Riv. Dir. Processuale», 1950, I, pp. 115 ss.

(106) Cfr. M. CORSALE, en el Apéndice a la 9.ª ed. de *La certezza del diritto*, de F. LÓPEZ DE OÑATE, cit., pp. 296-300.

(107) Esa certeza concreta, efectiva y sustancial, cuya necesidad destaca oportunamente D. CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori*, cit., pp. 271-272.

10. Si la propia ley remite a instancias extralegales, cabe esperar que el operador jurídico, asumiendo la responsabilidad que esto implica (108), sepa ver lo que de prescriptivo tiene una tal remisión.

En concreto, se impone de modo inaplazable esa labor de depuración jurisprudencial que ya hace un decenio urgía Díez-Picazo (109). Y es aquí, justamente, donde parece cobrar todo su sentido la denuncia de aquel «peligro» para la seguridad jurídica; denuncia que, por nuestra parte, entendemos como una interrogación: ¿está nuestra judicatura en grado de asumir la ineludible y comprometida misión que le cumple? (110).

Propendiendo fácilmente al hábito, la concepción técnica y supuestamente neutral de la actividad judicial —como, en general, la actividad del jurista— justifica el temor de su perduración. Ha perdido, sin embargo, el refugio legalista de un sistema cuyo hermetismo ha sido formalmente roto. La ley rubrica, ahora, la exigencia de una actitud sensible y crítica (111) por parte del operador jurídico. Y esta actitud ha

(108) Nunca como ahora han subrayado los juristas el carácter no neutral ni descriptivo de la ciencia jurídica y han reivindicado la amplitud de su compromiso y de su responsabilidad social. Cfr. P. BARCELONA, op. cit., pp. XI-XII; G. TARELLO, loc. cit., en la nota 81; E. BETTI, op. cit., pp. 315 y 325; K. LARENZ, op. cit., p. 208; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, «Riv. Dir. Comm.», 1942, I, p. 345, advertía: «La dottrina giuridica che sia consapevole della sua funzione e delle sue responsabilità, non può dimenticare i fini pratici a cui è necessariamente preordinata l'opera del giurista: non solo dell'avvocato o del giudice, ma anche del giurista scienziato»; en similar sentido, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo en el discurso de apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1973 (V. SILVA MELERO, *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*, cit., p. 413).

(109) L. DÍEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia*, cit., p. 935.

(110) Ya CASTÁN, en su discurso de apertura de los Tribunales de septiembre de 1953, sobre *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, 1953, p. 158, advertía a tal propósito la importancia de «las condiciones morales y nivel de cultura del órgano judicial en cada país y momento histórico», planteando como necesidad perentoria la de «procurar por todos los medios estimular esas condiciones».

(111) Pues, como dice C. ONECHA SANTAMARÍA, loc. cit., p. 139, «la problemática económico-social, para el jurista, debe ser fuente de un sinnúmero de sugerencias». Lo que tanto vale para el juez como para el estudioso del derecho: la ciencia jurídica debe insistir en la ruptura del prolongado ensimismamiento de los estudios jurídicos que el positivismo legalista propiciaba. Por más que el ansia de alcanzar una «pureza» del método creyera encontrar su satisfacción por los exclusivos caminos de la lógica formal, lo cierto es que daba como resultado un cuerpo de doctrina altamente artificial, «aislado deliberadamente de lo que sucede fuera, en el resto de la cultura» (J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 116). Y así, frente a una ciencia jurídica que «busca sólo lo que ya ha encontrado y encuentra sólo lo que quiere encontrar» (U. CERRONI, *La libertà de los modernos*, trad. de R. de la Iglesia, Barcelona, 1972, p. 39), prepondera la convicción de que «el jurista actual, si quiere cobrar conciencia auténtica de sí y de su labor, no tiene más remedio que despertar del sueño de la razón pura, situándose en el suelo de la realidad» (E. GÓMEZ ARBOLEYA, loc. cit., p. 15). En fin de cuentas, como afirmaba G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951, p. 4, «dans les sciences sociales nul ne peut conserver la froide impartialité du savant». Bien sabido es que no puede haber ciencia sin rigor, pero no es menos cierto que «no todo el rigor es estrictamente lógico ni todo lo que no sea rigor lógico no es rigor» (A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, vol. cit., p. 198).

de instalarse ya —primera ruptura en el formalismo— en los momentos iniciales del discurso. Tampoco en el momento terminal del «iter», en la fase de exteriorización, ha de encontrar obstáculo la sentencia para revelar los factores reales —segundo nivel de ruptura con el formalismo— de la decisión.

Lo que la sentencia no revele, ha de ser desvelado mediante una «depuración doctrinal» que —como propugna Díez-Picazo (112)— acometa sin tardanza una seria labor de análisis, estudio, anotación y comentario de la jurisprudencia (113), desterrando en lo posible ese modo de proceder de nuestros repertorios y de nuestras revistas técnicas y especializadas, tan propicio a una nociva axiomatización de la jurisprudencia (114).

La crítica que mediante este análisis sea posible (115), ha de constituir seguramente uno de los más eficaces dispositivos de control —concurriendo a despejar los peligros de arbitrariedad (116)— y estímulo en el protagonismo que la función aplicativa del derecho debe asumir dentro del proceso de evolución jurídica —y, en sustancia, renovación— que la experiencia contemporánea plantea indeclinablemente. Evolución y renovación jurídicas, cuya primera condición de viabilidad se encuentra en un ordenamiento jurídico transparente, un ordenamiento que se perciba en su historicidad, sin esconder su adherencia a los factores político-sociales que constituyen su imprescindible —que no irremediable— contexto.

11. Por semejantes cauces es posible, también, advertir con Hernández Gil que la codificación es, antes que una meta inmóvil, «un pro-

(112) L. Díez-PICAZO, loc. cit.

(113) Conocida es la densidad y riqueza de esta labor en las publicaciones periódicas francesas, siendo clásica, como obra general, la de H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, que ha alcanzado la 5.^a ed. (refundida por A. WEILL y F. TERRÉ) en 1970. Aportación fundamental, como obra del mismo signo, se debe en nuestro país a L. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I (2.^a ed., Madrid, 1973) y II (Madrid, 1969). Todavía están por hacer estudios monográficos por instituciones, de modo parecido a la *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, que en Italia (Padova, CEDAM), dirige M. ROTONDI, y de la que en 1972 habían aparecido ya 21 volúmenes, si bien puede advertirse que tales trabajos adolecen todavía de cierta desatención por el estudio del «caso». Recientemente destaca G. GORLA la importancia del análisis histórico para una investigación de este tipo (*Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, comunicación al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Teherán, septiembre de 1974, publicada en *Il Foro Italiano*, 1974, V, col. 241 ss.).

(114) Vid. *supra*, nota 85.

(115) Y este análisis no debe menospreciar los datos que una exploración sociológica (como ya advierte L. Díez-PICAZO, loc. cit., p. 932) puede aportar. Vid., para Italia, R. TREVES, *Una ricerca sociologica sull'amministrazione della giustizia in Italia*, «Rivista di Diritto Processuale», 1965, pp. 231 ss.

(116) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 228; A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, «Riv. Dir. Civ.», 1959, I, pp. 506-508; H. DESCHENAUX, *Le traitement de l'équité en droit suisse*, en *Recueil de travaux suisses présentés au VIII Congrès international de droit comparé*, Basel, 1970, pp. 31-32.

ceso en marcha», y que si el abandono de la codificación como dogma de absoluta verdad no desemboca necesariamente en su rotunda negación como exigencia del cambio de mentalidad, es porque, cada vez con más convicción, se afirma una tercera posibilidad: «la codificación como problema» (117). Si, por consiguiente, la codificación puede ser caracterizada como un «proceso», como «algo que es y existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura» (118), es claro que también la cuestión de la «reforma» ha de afrontarse con parecido talante: forma (o procedimiento) y contenido son dos aspectos que ahí se implican recíprocamente, y es por ello comprensible que una reforma integral y sistemática (código nuevo) no garantiza por sí la renovación, del mismo modo que, para que ésta se haga posible, condición primordial es la efectiva dinamicidad de un ordenamiento jurídico flexible y transparente. En este último aspecto, cabe afirmar que la reciente reforma del título preliminar del Código civil se presenta como un factor de verdadera renovación.

En fin, ante la alternativa entre negar al título preliminar toda trascendencia renovadora (nada añade a la situación anterior) (119) y la denuncia de los peligros de arbitrariedad e inseguridad que puede introducir, acaso convenga recordar las palabras con que Berlier pudo responder a las objeciones planteadas en el Tribunalado, en el curso de los trabajos preparatorios, al texto del que sería después artículo 4.º del *Code* (120): «Además, no es una proposición o un uso nuevo; lo que prescribe el artículo, es precisamente lo que hoy se practica por los jueces que conocen sus deberes y quieren cumplirlos; y no es propiamente necesario más que para aquellos que se alejan del método indicado por la razón y la necesidad» (121).

(117) A. HERNÁNDEZ GIL, *Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, 1970, pp. 3 y 18.

(118) A. HERNÁNDEZ GIL, op. cit., p. 24. Tal es, en definitiva, el modo en que el derecho puede asumir su modo de ser dialéctico frente a la historia: si, de un lado, aparece como la negación de ésta, de otro se presenta él mismo como un hecho concreto en que la historia encarna, deviene realidad vivida de hombres y de experiencias (S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 89).

(119) No sería inoportuno recordar, respecto de ello, y aún con todas las salvedades, las palabras de J. FRANK: no se trata de saber si podemos decidir libremente, sino de admitir que ya gozamos realmente de esta libertad (cit. por J. PUG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 29); vid. también G. TEDESCHI, loc. cit., p. 193, citando en similar sentido a H. KANTOROWICZ.

(120) Era entonces el art. 6 del proyecto: «El juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado de denegación de justicia». En él vieron algunos oradores del Tribunalado una amenaza contra la prerrogativa del legislador.

(121) LOCRIÉ, op. et vol. cit., p. 386. El poder creador del juez que en este precepto está implícito lo consideraba BERLIER «una verdad precisa y elemental». Vid. ahora, J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 62, a propósito del nuevo artículo 1.º-7 de nuestro Código civil, advirtiendo que «al obligar al juez a juzgar siempre y en todo caso, necesariamente le autoriza a *inventar* la norma que no existe, si bien en todos los ordenamientos continentales suele ello disimularse tras la apariencia de interpretación de la ley o aplicación de los principios» (vid. *supra*, nota 52).