

340.02
L 321
C.01

ARIEL DERECHO

KARL LARENZ

METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Traducción y revisión de
MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO
Catedrático de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Salamanca

EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

5. El esquema lógico de la aplicación de la ley

Las normas jurídicas son, como hemos dicho, reglas de conducta o de decisión expresadas en forma lingüística. Para cumplir esta función suya, tienen que ser aplicadas. ¿Cómo se aplica una norma jurídica?

La respuesta a esta pregunta parece ser fácil. Como marco invariable, dentro del cual se lleva a cabo toda aplicación de una norma jurídica, se dispone de un esquema lógico aparentemente simple. La duda de si este esquema es suficiente, tiene, sin embargo, que surgir del conocimiento preparado en las reflexiones hasta ahora hechas, que no sólo aplicamos normas jurídicas individuales, sino que, la mayoría de las veces, aplicamos una regulación en conjunto, con inclusión de las decisiones “negativas” que en ella se encuentran. La principal dificultad resulta, sin embargo, de la naturaleza de los medios de expresión lingüística y de la inevitable discrepancia entre la regulación proyectada para una realidad determinada y la variabilidad de esta realidad, es decir, el carácter “fluyente” de la mayor parte de los hechos regulados. De ello nos ocuparemos detenidamente en el próximo capítulo. Aquí dejamos de lado de momento estas dificultades y nos limitamos ante todo al armazón lógico, cuya importancia, en orden a la aplicación del Derecho, no conviene exagerar, pero que tampoco debe desatenderse.

a) EL SILOGISMO DE DETERMINACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA

Hemos visto antes que una norma jurídica completa, según su sentido lógico, dice: Siempre que el supuesto de hecho S esté realizado en un hecho concreto H, vale para H la consecuencia jurídica C. El supuesto de hecho S, generalmente comprendido, está realizado en un hecho determinado, si H, visto lógicamente, es un “caso” de S. Para conocer qué consecuencia jurídica vale para un hecho —cuya procedencia me es siempre dada— tengo, por ello, que examinar si este hecho es subordinable como un “caso” a un determinado supuesto de hecho legal. Si esto ocurre, la consecuencia jurídica resulta de un silogismo que tiene la siguiente figura:

Si S está realizado en un hecho cualquiera, la consecuencia jurídica C vale para este hecho (premisa mayor).

Este hecho H determinado realiza S, es decir, es un caso de S (premisa menor).

Para H vale C (conclusión).

Se puede también expresar este silogismo, sin la formulación hipotética de la premisa mayor y, por ello, más brevemente, así:³³

$S \rightarrow C$ (es decir, para todo caso de S vale C)

$H = S$ (H es un caso de S)

$H \rightarrow C$ (Para H vale C).

Yo llamo a esta figura lógica el "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica". En él, la premisa mayor constituye una norma jurídica completa³⁴ y la premisa menor la subordinación de un hecho concreto como un "caso" bajo el supuesto de hecho de la norma jurídica. La conclusión afirma que, para este hecho, vale la consecuencia jurídica mencionada en la norma jurídica.

Con ello se ha caracterizado, ciertamente, sólo el caso más sencillo. Un mismo suceso de vida puede realizar, aunque quizá no en todos sus rasgos particulares, los supuestos de hecho de diferentes normas jurídicas que son aplicables conjuntamente. Así, como hemos visto, una misma conducta puede realizar el supuesto de hecho de una lesión de contrato y de una acción ilícita. La consecuencia jurídica es, según ambas reglas, el nacimiento de un deber de indemnización de daños. Esto lo podemos caracterizar así:

$$\begin{array}{l} S^1 \rightarrow C \\ \underline{H = S^1} \\ H \rightarrow C (S^1) \end{array} \qquad \begin{array}{l} S^2 \rightarrow C \\ \underline{H = S^2} \\ H \rightarrow C (S^2) \end{array}$$

S^1 designa aquí el supuesto de hecho de lesión del contrato; S^2 el del acto ilícito. C se basa tanto en S^1 como en S^2 , es decir, en ambas normas. Pero también es posible que, de dos supuestos de hecho que entran en consideración, sólo uno esté realizado en el hecho; así, cuando el acto ilícito no es, al mismo tiempo, una lesión del contrato. Entonces resulta el siguiente esquema:

$$\begin{array}{l} S^1 \rightarrow C \\ \underline{H \text{ no} = S^1} \\ H \text{ no} \rightarrow C (\text{de } S^1) \end{array} \qquad \begin{array}{l} S^2 \rightarrow C \\ \underline{H = S^2} \\ H \rightarrow C (\text{de } S^2) \end{array}$$

Estas figuras nos enseñan³⁵ que, de la negación de la integración de un hecho en un supuesto de hecho de una determinada norma jurídica, no se sigue aún necesariamente la negación de la consecuencia jurídica, ya que ésta, posiblemente, se basa en otro supuesto de hecho. Para llegar realmen-

te a la negación de una determinada consecuencia jurídica —es decir, por ejemplo, de un deber de indemnización de daño— el que aplica la norma tiene, por ello, que estar seguro de que no entra en juego ninguna otra norma jurídica que disponga la misma consecuencia jurídica. Así, a modo de ejemplo, una obligación de indemnización, debido a solvencia deficiente del causante del daño, no puede fundamentarse ni por la lesión del contrato ni por el § 823 del BGB, pero sí por el § 829 del BGB cuando los presupuestos especiales precisamente de esta disposición están presentes en el caso dado. Para la solución de un "caso jurídico" se sigue de aquí la necesidad de examinar las normas jurídicas que, según él, entran realmente en consideración para su supuesto de hecho.

Como hemos visto, la ley restringe, no raramente, también una orden de consecuencia jurídica, concebida demasiado ampliamente, merced a que, mediante una orden negativa de validez, excluye de su aplicación una parte de los casos afectados por el supuesto de hecho de la primera norma. La norma jurídica completa sólo es entonces la resultante de tomar en consideración también la norma restrictiva. Por tanto, no es suficiente la comprobación de si un hecho cae dentro del supuesto de hecho de la norma tan ampliamente concebida; tiene también que examinarse si cae dentro del supuesto de hecho de la norma restrictiva. La consecuencia jurídica mencionada en la primera norma sólo vale para tal hecho cuando cae dentro del supuesto de hecho de la primera norma, pero no cae dentro del supuesto de hecho de la norma restrictiva.

b) LA OBTENCIÓN DE LA PREMISA MENOR:
LA PARTICIPACIÓN, SÓLO LIMITADA, DE LA "SUBSUNCIÓN"

La problemática del procedimiento silogístico expuesto estriba principalmente, como desde hace tiempo se ha reconocido,³⁶ en la recta formación de las premisas, en especial de la premisa menor. Por lo que atañe a la premisa mayor, no se debe, ciertamente, admitir que pueda ser simplemente tomada del texto de la ley. Más bien toda ley necesita interpretación, y no toda norma jurídica está, en modo alguno, contenida en la ley. De ello se hablará en los caps. 4.º y 5.º. La obtención de la premisa menor, es decir, del enunciado: H es un caso de S, se denomina comúnmente proceso de "subsunción", cuyo núcleo se considera también un silogismo. El esquema de este silogismo se representa de la manera siguiente:

S está plenamente caracterizado por las notas distintivas N^1 , N^2 , N^3 .
H presenta las notas distintivas N^1 , N^2 , N^3 .
Luego H es un caso de S.

33. Cfr. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, pp. 8 ss.

34. Más exactamente: una proposición enunciativa cuyo contenido es que esta norma jurídica vale.

35. A ello hace referencia también Engisch, *op. cit.*, p. 13.

36. Cfr. Engisch, *op. cit.*, p. 13, 18.

En la Lógica se entiende por silogismo de subsunción un silogismo “que se lleva a cabo de modo que los conceptos de menor extensión se subordinen a los de mayor extensión, que se subsumen bajo ellos”.³⁷ Esto sólo puede ocurrir definiendo ambos conceptos y estableciendo luego que todas las notas distintivas del concepto superior se repitan en el concepto inferior; éste, por ello, tiene una extensión menor, porque, además de eso, aún está caracterizado por lo menos por una nota distintiva ulterior. Así, por ejemplo, el concepto “caballo” puede ser subsumido bajo el concepto “mamífero”, porque todas las notas distintivas requeribles para la definición de “mamífero” se repiten también en el concepto plenamente definido de “caballo”. Sin embargo, en el silogismo que sirve de base a la aplicación del Derecho no se subsumen conceptos más reducidos bajo conceptos más amplios, sino que se subsumen hechos —al menos así parece— bajo el supuesto de hecho descrito en la ley.³⁸ Exactamente considerado, no se subsumen los hechos —¿cómo habría de ser posible esto?—, sino enunciados sobre un hecho como hecho acaecido. El hecho en cuanto enunciado, tal como aparece en la premisa menor del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica y también en el silogismo de subsunción, tiene que ser distinguido del hecho en cuanto fenómeno vital al que tal enunciado se refiere. La premisa menor del silogismo de subsunción es el enunciado de que las notas distintivas mencionadas en el supuesto de hecho de la norma jurídica están todas realizadas en el fenómeno vital, al que tal enunciado se refiere. Para poder hacer tal enunciado, tiene que ser antes enjuiciado el hecho enunciado —es decir, el fenómeno vital— en lo que respecta a la presencia de las notas distintivas respectivas. En este proceso de enjuiciamiento —del que se ocupará más detenidamente el próximo capítulo— estriba, en verdad, el peso principal de la aplicación de la ley. Por cierto que aquí pueden interponerse nuevos silogismos de subsunción, a saber: cuando una determinada nota distintiva del supuesto de hecho —por ejemplo, la nota distintiva “cosa mueble”— puede, por su parte, definirse también por medio de nuevas notas distintivas. Pero, como quiera que el proceso de definición —y, con ello, el de la derivación lógica por la vía del silogismo— no puede ser proseguido infinitamente, se necesitan, más pronto o más tarde, ciertos juicios elementales que, por su parte, no son proporcionados por el silogismo, sino que o bien se basan en percepciones —propias o extrañas— (juicios de percepción) o en determinadas experiencias, en especial las que pertenecen al campo de las experiencias sociales. No se trata, por ello, de que el juicio: H es un caso de S, se lleve a efecto cada vez sólo por la vía de la definición de S por sus notas distintivas y conceptuales y por la vía de un silogismo de subsunción. Más bien la subsunción presupone, por su parte, un enjuiciamiento del hecho enunciado se-

37. Hoffmeister, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2.^a ed., 1955.

38. A este respecto Engisch, *Logische Studien...*, pp. 22 ss.

gún criterios a los que, por cierto, todavía puede dárseles un nombre lingüísticamente, pero que no pueden ser ulteriormente definidos. Ya por estos motivos es arriesgado calificar la formación de la premisa menor sólo como “subsunción”, pues, con ello, se oculta la participación decisiva del enjuiciamiento.

Pero a ello se añade otra cosa. En la Lógica se habla, no casualmente, de la subsunción de conceptos bajo conceptos. El esquema de subsunción presupone que el concepto superior —al que responde el supuesto de hecho de la norma jurídica— pueda definirse con la indicación de todas las notas distintivas, cuya presencia es, no sólo necesaria, sino suficiente para subsumir bajo él. Por ello, la subordinación de un determinado hecho H bajo el supuesto de hecho S por la vía de un silogismo de subsunción es solamente posible si S puede ser definido plenamente mediante la suficiente indicación de ciertas notas distintivas; con otras palabras, cuando en la caracterización de S mediante las notas distintivas N¹ hasta N^x se trata de la definición de un concepto. Pero éste, como antes hemos visto, de ningún modo es siempre el caso. Los tipos y las pautas de valoración que precisan ser llenadas de contenido se abstraen a una tal definición, incluso si pueden delimitarse y esclarecerse mediante la indicación de puntos de vista directivos, de rasgos característicos, y mediante ejemplos. La integración de un fenómeno vital en el tipo o en la esfera de sentido de una pauta que precisa ser llenada de contenido, no es una subsunción, sino una integración valorativa. En lugar del juicio que dice que las notas distintivas indicadas en el supuesto de hecho están aquí presentes, existe el juicio que dice que el hecho enjuiciable se equipara o aproxima a otros en todos los aspectos decisivos para el enjuiciamiento, y que este otro hecho ha de enjuiciarse así sin duda alguna. Esto tiene también validez cuando una nota distintiva conceptual es una pauta “móvil”. Por ello, en lugar del proceso de subsunción, se debiera hablar de la integración del hecho en el supuesto de hecho de la norma jurídica.

Esto no equivale a negar que los silogismos de subsunción jueguen un papel importante en la aplicación de las normas jurídicas. Muchos, no todos ni mucho menos, de los supuestos de hecho son configurados conceptualmente de modo tan amplio —bien sea ya por el legislador o con ayuda de la Jurisprudencia científica— que permiten efectuar la integración, en la mayoría de los casos, en la forma lógica de un silogismo de subsunción.³⁹ También entonces sigue siendo válido, ciertamente, que la subsunción presupone un enjuiciamiento del hecho, el cual, por su parte, no se refiere ya, en último término, al silogismo, sino sólo a juicios de percepción y experiencia.

39. Querer negar esto sería tan equivocado, en mi opinión, como la tesis de que la integración sucede siempre por la vía de una subsunción. Acertadamente Ryffel, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 413.

A esto no se opondrá, naturalmente, el que todavía hayan de calificarse de "subsunción" también aquellos juicios simples como: "este auto es rojo". Pero entonces, puesto que "rojo" no puede ser definido; no se trata, en todo caso, de un silogismo por medio de una definición conceptual. Se trata de un juicio referido a la percepción, que lo lleva a cabo el sujeto que percibe comparando el objeto por él contemplado con otros objetos que él sabe que ha de considerar "rojos". Pero, si el término "subsunción" ha de designar precisamente un determinado proceso silogístico, entonces tal término está aquí fuera de lugar —lo mismo que en los casos de integración en la esfera de sentido de un tipo o de una pauta que precisa ser llenada de contenido—.

c) LA DERIVACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA
POR MEDIO DE LA CONCLUSIÓN

Tampoco la conclusión del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica es suficiente, muchas veces, para la determinación de la consecuencia jurídica en el caso particular. También aquí el esquema del silogismo simplifica el proceso de manera desafortunada. "C" en la premisa mayor significa la consecuencia jurídica abstracta, generalmente delimitada; en cambio, "C" en la conclusión significa la consecuencia jurídica concreta de este hecho. Por cierto que, de vez en cuando, puede conseguirse la averiguación de la consecuencia jurídica de modo que se incluyan, en las variables de la formulación abstracta de la premisa mayor, las correspondientes indicaciones sobre personas, lugares, tiempo. Si, por ejemplo, están realizados los presupuestos de la usucapión en la persona A con respecto a la cosa B, entonces es suficiente esta comprobación, que se ha de encontrar ya en la premisa menor del silogismo, para determinar, por medio de la conclusión, la consecuencia jurídica concreta: la adquisición de la propiedad de la cosa B por parte de A. Sin embargo, esto no siempre es tan simple. Tomemos como ejemplo el deber del arrendador de conservar la cosa (§ 536 del BGB). Si un determinado arrendador no ha cumplido esta obligación en opinión del arrendatario, éste no demandará simplemente el cumplimiento del deber de la conservación, sino que demandará que el arrendador tome ciertas medidas que, en opinión del arrendatario, se requieren para la conservación de la cosa. A fin de comprobar que este arrendador determinado A¹ está obligado a la conservación de la cosa para el arrendatario A², al que le ha sido arrendada, tiene que añadirse, por ello, —para concretizar esta consecuencia jurídica— el juicio ulterior de que la medida solicitada por el arrendatario se requiere para conservar la cosa arrendada en el estado adecuado al uso conforme al contrato o para po-

nerla en tal estado. Se puede también considerar este juicio el resultado de un silogismo, que tenga la siguiente figura:

A¹ tiene que conservar la cosa arrendada en el estado adecuado al uso conforme al contrato.

Para la conservación de la cosa arrendada en este estado se requiere la medida M.

A¹ está obligado a tomar la medida M.

La premisa mayor de este silogismo se identifica con la conclusión del primer silogismo: del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica. La premisa menor es el resultado de un enjuiciamiento sobre lo que aquí se requiere para la conservación de la cosa arrendada en el estado exigido. Este juicio se basa en un saber técnico y en experiencias sociales. La conclusión proporciona sólo la consecuencia jurídica concreta para este hecho.

Con frecuencia, cuando la consecuencia jurídica dice que A está obligado a indemnizar a B el daño sobrevenido a éste a causa de un determinado suceso, se requieren investigaciones muy minuciosas y complicadas para averiguar la magnitud del daño y, con ello, el contenido preciso del deber de indemnización de daños por parte de A. Por tanto, el resultado del "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica" (A está obligado a indemnizar a B por el daño a él sobrevenido) es, en estos casos, sólo provisional; para la determinación definitiva y precisa de la consecuencia jurídica se necesitan ulteriores investigaciones, con frecuencia muy prolijas. Esto se expresa jurídico-procedimentalmente con la posibilidad de un juicio intermedio sobre el fundamento de la pretensión, al que sigue el procedimiento sobre la cuantía de la cantidad debida (§ 304 del Código procesal civil). En el proceso penal, el "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica" sólo puede conducir a la conclusión de que el autor ha realizado el daño y el supuesto de hecho penal de modo responsable y, de acuerdo con ello, ha de ser penado. El juez se ve ahora solo ante la tarea de fijar la pena concreta mirando a los diferentes criterios de medición de la pena. Por tanto, el "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica" no aporta aún, en muchos casos, una determinación precisa de la consecuencia jurídica, sino sólo un marco que precisa ser colmado ulteriormente.

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

I. La misión de la interpretación

a) LA FUNCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN
EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LA LEY

La aplicación de la ley, como hemos visto anteriormente (cap. 3, 1), es un proceso alterno en cuyo curso se forma del "hecho bruto", atendiendo a las normas jurídicas posiblemente aplicables, el hecho definitivo en cuanto enunciado, y se precisa el contenido de las normas aplicables, también atendiendo al hecho, tan ampliamente como sea necesario. "Interpretar", habíamos dicho (cap. 1, en 3 a), es "un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático". El texto de la norma es problemático para quien lo aplica atendiendo a la aplicabilidad de la norma a un hecho de tal clase. El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una Lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante. Recuérdese la nota distintiva de las "cosas pertinentes a la construcción de un edificio" (§ 94, ap. 2 del BGB) y de la "novedad" de una cosa (§ 950, ap. 1 del BGB).¹ Muchos conceptos jurídicos, y precisamente los más importantes como, por ejemplo, "negocio jurídico", "pretensión", "antijurídico", no están definidos en la ley; otras definiciones legales, como la de "negligencia" en el § 276 del BGB, resultan

1. *Supra*, cap. 1, 4 a y cap. 3, 3 c.

incompletas o equívocas. Con frecuencia un mismo término es usado en diferentes leyes, e incluso en la misma ley, con diferente sentido; así la expresión "gestión de negocios", de un lado en los §§ 662, 667 del BGB, de otro en el § 675.

Cuán poco claro es frecuentemente el uso general del lenguaje, lo demuestra una resolución del Tribunal Administrativo Federal del año 1957,² que se ocupó de la interpretación del concepto "hijos" en el sentido del § 230, ap. 2, n. 3, de la Ley de compensación de cargas. ¿Puede entenderse por tales, preguntaba el tribunal, los hijos políticos o los nietos del fallecido titular de la compensación de cargas, al menos cuando los hijos carnales ya no viven? El tribunal estimó que el concepto "hijos" no es enteramente claro en el uso general del lenguaje. Designa, por cierto, en primera línea sólo los hijos carnales; pero, de vez en cuando, es usado también en un sentido más amplio, de modo que por tales podrían entenderse también los hijos políticos y las personas tomadas "bajo el cuidado del círculo familiar". Sin embargo, el juez que se ocupa de la interpretación de disposiciones legales especiales tiene que investigar "qué contenido y qué delimitación" ha dado al concepto "el legislador, en general, pero particularmente en la ley especial a aplicar y, finalmente, en la norma particular aplicable". Con base en el uso de las palabras en otras disposiciones de la ley, el tribunal llega luego a la conclusión de que el concepto "hijos" ha de entenderse en sentido estricto en la disposición en cuestión, en la que él sólo comprende los hijos carnales.

La necesidad de la interpretación puede, además, resultar de que dos normas jurídicas ordenan, para un hecho igual, consecuencias jurídicas que mutuamente se excluyen. Incluso cuando las consecuencias jurídicas no se excluyen, surge la pregunta de si deben sobrevenir *una al lado de otra*, o si una norma "desplaza" a la otra (cuestión de concurrencia de normas, *supra*, cap. 2, en 4). La misión de la interpretación de la ley es evitar la contradicción de normas,³ contestar a las cuestiones sobre concurrencia de normas y concurrencia de regulaciones, medir de modo muy general el alcance de cada regulación y delimitar unas de otras las esferas de regulación, siempre que esto se requiera.

El objeto de la interpretación es el texto legal como "portador" del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación. "Interpretación" es, si nos atenemos al sentido de las palabras, la "separación", difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo, todavía oculto. Mediante la interpretación "se hace hablar" a este sentido,⁴ es decir, éste es enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable. Al efecto es característico para el proceso de la interpretación que el intérprete sólo quiere hacer hablar al texto, sin añadir o preterir cosa alguna. Sabemos ciertamente que el intérprete jamás se comporta al respecto de manera puramente pasiva (*supra*, cap. 1, en 3 b). El texto nada dice a quien no entiende ya algo del asunto del

2. NJW, t. 57, 1963.

3. Cfr. al respecto Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 46 ss.; Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden...*, 1959, p. 23 s.

4. Cfr. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten*, p. 5 ss.

que él trata. Sólo contesta a quien le interroga rectamente. La pregunta es previamente dada, a aquel que quiere aplicar una ley, por el hecho bruto y por su transformación en hecho definitivo. Para formularla rectamente, es preciso conocer el lenguaje legal y la conexión regulativa en que la norma se encuentra. Al menos en el modo de formulación de la pregunta radica la participación, que no se debe pasar por alto, del intérprete también en el resultado de la interpretación. Pues la formulación de la pregunta limita también, al mismo tiempo, las posibles respuestas. Más adelante veremos que cada nueva interpretación de una norma por un tribunal, en cuanto servirá de modelo, hace variar la aplicación efectiva de la norma, la praxis normativa. Mas esto no es, por regla general, la intención del intérprete; él no quiere ni menos ni más que conocer lo que la norma, en su sentido rectamente entendido, "propriadamente dice". No sólo quiere dar su interpretación —aunque naturalmente es siempre también la suya—, sino la que requiere la norma y la conexión regulativa; él sólo quiere, por medio de su enunciado, "dejar hablar" a la norma. De aquí hemos de partir; acerca de la variación que, en cierto modo a espaldas del intérprete, se puede realizar, y con frecuencia se realiza, por medio de la interpretación, en la norma como efectivamente vigente, se hablará en el próximo capítulo.

La tarea de la interpretación se la reparten la jurisprudencia de los tribunales y la Ciencia del Derecho, de modo que ésta facilita, en cierto modo, el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución; pero aquélla somete a prueba los resultados en la confrontación con la problemática del caso particular y, por tanto, necesita constantemente de la Ciencia del Derecho para la verificación. Pero, aunque el juez sea inducido por el caso que ha de resolver a interpretar nuevamente un determinado término o una determinada norma jurídica, debe interpretarlos, por cierto, no sólo precisamente para este caso concreto, sino de modo que su interpretación pueda ser efectiva para todos los demás casos similares. Si los tribunales interpretaran la misma disposición en casos similares, ora de una manera ora de otra, esto estaría en contradicción con el postulado de justicia que las cosas iguales deben ser igualmente tratadas, así como con la seguridad jurídica ambicionada por la ley —así, por ejemplo, el término "hijos" en la misma disposición de la Ley de compensación de cargas, una vez con el significado estricto y otra en el amplio, según cuál fuera el resultado que consideraran precisamente deseable en el caso concreto—. Por ello, el Tribunal Administrativo Federal se opuso con razón, en el caso mencionado, a causa de la equidad del resultado en el caso que precisamente había de resolver, a desviarse de la interpretación que generalmente se había reconocido ser conforme al sentido de la ley. Ciertamente, en nuestro orden jurídico los tribunales no están vinculados a la interpretación un día aceptada. Pueden, es más, tienen que desviarse de ella cuando, según la convicción del tribunal

que cada vez conoce, existen las mejores razones para otra interpretación. Pero tales casos son relativamente raros; la relativa inseguridad jurídica existente en la posibilidad de una modificación de la jurisprudencia de los tribunales tiene que tomarse en cuenta para hacer posibles sentencias objetivamente rectas.

Si bien es cierto que toda interpretación particular, debida a un tribunal o a la Ciencia del Derecho, abriga, necesariamente, la pretensión de ser interpretación "recta", en el sentido de conocimiento adecuado, suficientemente apoyado en razones comprensibles, no existe, sin embargo, una interpretación "absolutamente recta" en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva, porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo, porque la interpretación, como aún hemos de ver, tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base. Si una interpretación de las disposiciones sobre el estado de necesidad, que permite al atacado, a causa de un perjuicio patrimonial insignificante que le amenaza, poner en juego la vida o salud del atacante si no es capaz de rechazar el ataque de otro modo, pudo ser recta a principios de nuestro siglo en virtud de las ideas entonces predominantes, compartidas por el legislador, hoy ya no lo sería. El concepto de "patria potestad" ha de interpretarse hoy seguramente de otro modo que en tiempo del nacimiento de la ley, a saber, como el derecho y el deber de los padres a la asistencia y previsión respecto al hijo, un derecho que ya no es inherente a un derecho de dominio en propio provecho.⁵ Toda interpretación legal está, hasta un cierto punto, condicionada por el tiempo. Con ello no quiere decirse que el intérprete deba seguir de inmediato toda corriente de época o de moda. La continuidad de la jurisprudencia de los tribunales, la confianza del ciudadano, basada en ella, de que su asunto será resuelto de acuerdo con las pautas hasta entonces vigentes, es un valor peculiar. Sólo a un cambio fundamental de la conciencia valorativa general no debe substraerse el intérprete, sobre todo cuando aquél ha hallado expresión en leyes más o menos nuevas o se basa en un amplio consenso.

La cuestión de si la interpretación jurisprudencial es una "ciencia" o un "arte" es superflua, porque está mal planteada. Si se pone como base el concepto "cientificista" de ciencia, no puede ser una ciencia. Su procedimiento no es, como hemos visto (*supra*, cap. 1, 3 b), el de un pensamiento lineal que camina en una sola dirección, sino el de un esclarecimiento recíproco y de la confirmación o rechazo, resultante de ello, de la concreta conjetura de sentido. Un tal procedimiento requiere constantemente la en-

5. Cfr. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, 2.^a ed., 1971, p. 530.

trada en acción de las fuerzas creadoras del espíritu. En esto se asemeja al del artista. Sin embargo, no se trata de modelación o configuración, sino de enunciados adecuados sobre el contenido y alcance de las normas. Tales enunciados están, como todos los enunciados, bajo la exigencia de la "rectitud". El que no siempre sean capaces de cumplir esta pretensión, nada cambia al respecto. "Rectitud" no significa aquí una verdad intemporal, sino rectitud para este orden jurídico y para este momento. En cuanto actividad metódicamente dirigida, que está orientada a conseguir enunciados "rectos", es decir, adecuados, la interpretación es una actividad científica sólo si se libera de la estrechez del concepto científicista de ciencia.

Cuando Savigny⁶ califica primero la interpretación de un "quehacer científico, principio y base de la Ciencia del Derecho", y poco después de un "arte", que, como tal, no se puede "comunicar o adquirir por medio de reglas", esto no es, a su juicio, contradicción alguna. Pues la ciencia, según la concepción de Savigny, para quien el concepto positivista de ciencia estaba todavía lejos, es una "actividad libre del espíritu" que, como él dice, coopera en la creación del Derecho. Debido al carácter creador a ella inherente, esta ciencia es muy afín al arte. Savigny subordina expresamente los enunciados de la Ciencia del Derecho al concepto de verdad al decir que se puede determinar la actividad libre del espíritu contenida en la interpretación en el sentido de que "conocemos la ley en su verdad, es decir, tal como su verdad nos es cognoscible mediante la aplicación de un procedimiento regular".

Pero: ¿Qué quiere decir "conocer en su verdad" la ley? Con ello llegamos a la cuestión relativa a la meta de la interpretación.

b) LA META DE LA INTERPRETACIÓN: ¿LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR O EL SENTIDO NORMATIVO DE LA LEY?

En la Parte histórica hemos visto que en la literatura jurídico-filosófica y metodológica se formaron, ya en la segunda mitad del siglo XIX, dos teorías sobre la meta de la interpretación de la ley,⁷ de las cuales, la primera, la teoría subjetiva o "teoría de la voluntad", considera meta de la interpretación la indagación de la voluntad histórico-psicológica del legislador: la segunda, la "teoría objetiva" o teoría de la interpretación inmanente a la ley, la apertura del sentido inherente a la ley misma. Como representantes de la teoría subjetiva de la interpretación hemos señalado sobre todo a Windscheid y Bierling y, en cierto sentido, también a Philip Heck; como representantes de la teoría objetiva a Kohler, Binding y Wach, así como posteriormente a Radbruch, Sauer y Binder. La contraposición de ambas teorías

6. *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, p. 206 s., 211.

7. Cfr. las indicaciones bibliográficas en la 1.ª parte al cap. 2, 4; *Engisch, Einführung...*, p. 88 ss.; Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften*, 1966, p. 11 ss.

subsiste en el presente, con frecuencia incluso en la misma obra y en los dictámenes de los más altos tribunales.

Así, en el Tratado de Enneccerus-Nipperdey,⁸ se dice primero que la meta de la interpretación es la "aclaración del sentido decisivo de una norma jurídica". Según esto, el Tratado parece ser partidario de la teoría objetiva. Pero, acto seguido, añade que la teoría subjetiva, que puede apoyarse en la idea jurídica del § 133 del BGB, y a la que también hoy hay que atenerse, indaga la "idea preceptiva del legislador". Según esto, es decisiva, en orden a la interpretación, "la voluntad del legislador expresada en la ley, es decir, el sentido que el legislador otorgó a sus palabras, presuponiendo que este sentido encontró también expresión (aunque incompleta) en las palabras". Si, con esto, el Tratado adopta claramente el punto de vista de la teoría subjetiva, ésta vuelve a ser abandonada cuando, al final, se dice que nosotros nada en absoluto habríamos tenido que preguntar respecto a qué pensó este o aquel colaborador de la elaboración de la ley; tampoco nos imagináramos al legislador como ser viviente (!), sino que preguntaríamos "qué contenido normativo de voluntad (en el sentido de fundamento, sentido y fin) llegó a ser dominante en el acto de legislación" y encontró expresión, aunque sea imperfecta, en la ley. Cómo haya de compaginarse esta afirmación con la teoría subjetiva, a la que el Tratado quiere atenerse, sigue siendo enigmático para el lector. La solución del enigma podría verse en que el primer autor, Enneccerus, fue de hecho un decidido partidario de la teoría subjetiva; en cambio, el posterior reelaborador, Nipperdey, que se inclinaba por la teoría objetiva, receló, sin embargo, de manifestar claramente su ruptura con la concepción de su predecesor. En consecuencia, intentó coordinar ambas concepciones, lo que, sin embargo, como lo muestran los lugares citados, apenas se consiguió.

A cada una de estas teorías corresponde parte de verdad; por ello, ninguna puede aceptarse sin limitaciones. La verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para hombres, es expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo, en cuanto sea posible, y adecuado a las necesidades de la Sociedad. Detrás de la ley está una determinada intención reguladora, están valoraciones, empeños y reflexiones objetivas, que han hallado en ella una expresión más o menos clara. Pero esto no es todo. La verdad de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado. La ley interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores. En esto ocurre con una ley no otra cosa que con otras obras del espíritu. La ley que está siendo aplicada pertenece al estrato del ser del espíritu objetivo (en el sentido de la teoría de los estratos de Nicolai Hartmann).⁹ Este hecho no lo justificará una teoría de la interpretación puramente "subjetiva".

8. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15.ª ed., § 54.

9. Cfr. Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., p. 550 ss.

Que la teoría subjetiva únicamente contiene una parte de verdad, se explica por el hecho de que no puede salir adelante sin el apoyo de la teoría objetiva. Windscheid quiso ver la voluntad "auténtica" del legislador detrás de la empírica, considerando aquella la consecuencia razonable de lo pensado por el legislador. En la teoría psicológica de Bierling se añadía un criterio normativo al fáctico con la referencia a la "buena fe" como principio subsidiario de interpretación. Stammler, que asimismo dio preferencia, en principio, al método subjetivo o histórico, no quiso, sin embargo, renunciar a acomodar, mediante la interpretación, las leyes anticuadas a las necesidades y concepciones del presente. Por este motivo enseñaba que "el contenido de un querer jurídico que ha llegado a nosotros de una época anterior", sólo puede pretender validez en el presente "como un querer de quien actualmente establece el Derecho".¹⁰ La misma idea la defiende también Nawiasky: lo decisivo es "la última voluntad cognoscible del dador de la norma".¹¹ Al ponerse aquí, en lugar de la voluntad empírica del legislador histórico, la sólo presunta voluntad hipotética del legislador actual, se ha abandonado ya el terreno de una teoría de la interpretación estrictamente histórica. Ciertamente, de ello resulta sólo que la indagación de la voluntad del legislador histórico no puede ser la meta última de la interpretación. Sería ir mucho más lejos denegar a la intención reguladora del legislador histórico y a sus ideas normativas conocidas toda significación en orden a la interpretación. Quien esto hiciera, desconocería la parte de verdad contenida, en todo caso, en la teoría subjetiva.

En la ley, como objetivación de una voluntad de su autor dirigida a la creación de una regulación —o regulación parcial— jurídica, confluyen tanto sus ideas "subjetivas" y metas volitivas como ciertos fines e imperativos jurídicos "objetivos", de los que el propio legislador no precisa ser consciente o no en toda su amplitud. Quien quiere comprender plenamente una ley, tiene que prestar atención a unas y otros. Todo legislador tiene que partir de las ideas jurídicas y también de las posibilidades de expresión de su tiempo; a él se le plantean determinados problemas jurídicos que, por otra parte, resultan de las relaciones de su tiempo. Con el transcurso del tiempo, ciertas cuestiones pierden importancia y sobrevienen otras nuevas. Quien interpreta la ley ahora, busca en ella una respuesta también para las cuestiones de este su tiempo. La interpretación tiene esto en cuenta; de este modo, la ley misma participa, hasta un cierto punto, de la corriente del tiempo (histórico).¹² No obstante, queda ligada a su origen. La interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y de las de-

10. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 617.

11. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, p. 130.

12. Dice acertadamente Gerhart Husserl (*Recht und Zeit*, p. 26): "Si una norma jurídica ha de ser interpretada hoy diversamente al momento de su entrada en vigor hace 30 años, esto está justificado por su estructura histórica temporal. Las normas del Derecho contienen el efecto adecuado a su sentido en cuanto y en tanto coinciden con su tiempo".

cisiones valorativas subyacentes a la regulación legal.¹³ Si esto hiciera, no se podría ya seguir hablando de "interpretación", sino sólo de "intromisión". La vinculación constitucional del juez a la ley, que significa la preeminencia del Poder legislativo sobre los otros "Poderes" en el proceso de creación del Derecho —lo que no excluye la cooperación del Poder judicial en este proceso—, no tendría entonces significado. En este punto se entrelazan ponderaciones metodológicas y jurídico-constitucionales.

La meta de la interpretación, según esto, sólo puede ser la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy, es decir, de un sentido normativo de la ley.¹⁴ El sentido de la ley que se ha de estimar decisivo jurídicamente, no ha de identificarse con el querer o las concretas ideas normativas del legislador histórico, ni hacerse totalmente independiente de ello. Más bien es el resultado de un proceso de pensamiento en el que todos los momentos susodichos; es decir, tanto "subjetivos" como "objetivos", han de estar incluidos y el cual, como ya se ha dicho, en principio nunca termina. Algunos califican el sentido normativo de la ley, con una reminiscencia lingüística de la teoría subjetiva, de "voluntad de la ley". Pero una voluntad sólo corresponde a una persona o, en todo caso, como voluntad común, a una pluralidad de personas. La expresión "voluntad de la ley" implica una personificación injustificada de la ley, que sólo es adecuada para encubrir la relación de tensión que siempre puede surgir entre la intención originaria del legislador y el contenido, "que se sigue escribiendo", de la ley, contenido que hoy se ha de considerar decisivo. El "sentido normativo de la ley" no excluye sino que incluye esta relación de tensión; ésta, por tanto, siempre referido también a la voluntad del legislador.¹⁵

Si la interpretación no ha de quedar abandonada al arbitrio del intérprete, sino realizarse garantizada y comprobadamente, precisa determinados criterios de interpretación conforme a los cuales pueda orientarse el intérprete. Tales criterios han sido desarrollados en la Metodología jurídica. Se-

13. En esto coincide con Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., p. 249 (nota 104 b).

14. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 316, señala como meta de la interpretación jurídica "comprender las normas jurídicas dadas en su significado como normas del orden jurídico, es decir, del orden justo y oportuno de la convivencia humana".

15. Esto lo subraya también Betti, quien tipifica la interpretación jurídica como "interpretación con misión normativa" (*Allgemeine Auslegungslehre...*, p. 600 ss.). No obstante es indiscutible, dice él (*op. cit.*, p. 632), "que la interpretación jurídica no puede renunciar a tomar en consideración el proceso de génesis de la ley, es decir, la manera y modo cómo la normatización fue originariamente pensada y cómo fueron valorados y ponderados los tipos de interés que están en juego. Esto hay que mantenerlo, a pesar de la contradicción paradójica de ciertas formulaciones que parecen afirmar lo contrario. El conocimiento de la valoración originaria que inhabita latente en las letras de la ley y ofrece el fundamento jurídico (*ratio iuris*) a la norma, es imprescindible para establecer en qué medida se han introducido variaciones de sentido con la aparición de cambios en el ambiente social o de nuevas direcciones dentro del orden jurídico. Pues sólo mediante la averiguación de la valoración originaria y no, por ejemplo, inmediatamente, es admisible y está justificado pasar a una adaptación y acomodación del texto de la ley al presente vivo. Para ello es necesario equilibrar el interés estático con la constancia, salvaguarda y seguridad de la normación jurídica, con la exigencia dinámica de adaptación y configuración ajustada a la dirección de la evolución social, pero sin perjuicio de la continuidad". Estas argumentaciones merecen adhesión. Ponen en claro que una interpretación, dirigida a la averiguación del sentido normativo (actual) de la ley, no puede pasar por alto la intención del legislador histórico, y evitan así acertadamente las unilateralidades tanto de la teoría subjetiva de la interpretación como de la objetiva.

gún lo dicho, ya no puede sorprender que entre ellos se hallen, tanto aquellos que están orientados a la voluntad del legislador histórico, como aquellos que se orientan a una conexión normativa de sentido que va más allá de aquélla. Ya Savigny distinguió el elemento "gramatical", el "lógico", el "histórico" y el "sistemático" de la interpretación. Además hizo notar que estos diferentes elementos no deberían ser aislados, sino que tendrían que cooperar siempre. En los criterios de interpretación, que vamos a discutir ahora y que sólo parcialmente se identifican con los elementos puestos de relieve por Savigny, no se trata de diferentes métodos de interpretación, como constantemente se ha pensado, sino de puntos de vista metódicos que han de ser todos tenidos en cuenta si el resultado de la interpretación puede deber abrigar la pretensión de rectitud (en el sentido de un enunciado acertado). Ciertamente que diferentes criterios, como el sentido literal y también, frecuentemente, la conexión de significado de la ley, dejan siempre abiertas todavía diferentes posibilidades de interpretación; otros, frecuentemente, fallan, porque, por ejemplo, la comprensión de la norma por parte del legislador histórico ya no puede constatarse. No raras veces se precisa una "ponderación" de diferentes puntos de vista. La importancia que haya de atribuirse aquí a los diferentes criterios sólo debe esclarecerse una vez que hayan sido expuestos en particular. Sólo después entraremos en la cuestión de hasta qué punto la justicia objetiva del resultado, en relación con el caso particular a resolver, es un criterio legítimo.

2. Los criterios de interpretación

a) EL SENTIDO LITERAL

Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso de que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva. El enlace con el uso del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquél, que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido en que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos. Además de ello, se sirve ampliamente de un especial lenguaje técnico-jurídico, en el que se puede expresar más precisamente, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales. También este lenguaje técnico se apoya, sin embargo, todavía en el lenguaje general, ya que el Derecho, que se dirige a todos y a todos atañe, no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general. En los campos en que cada uno entra en contacto con el Derecho, así, por ejemplo, en los negocios de cada día, los términos

del lenguaje jurídico son parte integrante del lenguaje general, incluso aunque en éste se utilicen con menor precisión. Debido a ello, cada uno tiene un acceso inmediato al mundo del Derecho,¹⁶ del que precisa para poder orientarse en un ambiente social al que justamente pertenece también el momento presente del orden jurídico. Por este motivo, el lenguaje de las leyes no puede alejarse tanto del uso general del lenguaje como ocurre con el lenguaje de algunas ciencias. El lenguaje jurídico es un caso especial del lenguaje general, no es un lenguaje de signos totalmente desligado de aquél. Esto tiene como consecuencia, como hemos subrayado reiteradamente, que no es capaz de alcanzar la exactitud de un tal lenguaje de signos, que sus términos siguen necesitando interpretación.

La flexibilidad, la riqueza de matices y la capacidad de adaptación del lenguaje general es, a la vez, su punto fuerte y su punto débil. Esto tiene como consecuencia que del uso del lenguaje solamente no se obtiene un sentido literal claro. En lugar de ello hallamos un número más o menos grande de posibles significados y variantes de significado, de los que el concretamente pensado se obtiene, las más de las veces, de la conexión del discurso, de la cosa de que se trata o de las circunstancias acompañantes. A estos criterios responden, con respecto a la interpretación de la ley, la conexión de significado, la intención reguladora del legislador y el fin cognoscible de la ley. No obstante, la conexión de significado de la ley y también, al menos en parte, el fin de una regulación, se inferirán, por su parte, de la sucesión y de la combinación de aquellos significados que corresponden a los términos particulares y a las uniones de frases del texto legal precisamente conforme al uso general del lenguaje o conforme a un uso especial del lenguaje por parte de la ley. Se trata, al respecto, del proceso del mirar hacia adelante y hacia atrás, del esclarecimiento recíproco, que es conocido con el nombre de "círculo hermenéutico" (*supra*, cap. 1, en 3 b). Cuanto menos el sentido literal, conforme al uso general del lenguaje o también conforme a un especial uso jurídico del lenguaje, sea capaz de fijar ya definitivamente el significado de una expresión precisamente en *este* contexto, en *este* lugar de la ley, tanto menos se ha de prescindir de su conocimiento, el proceso del comprender mediante el interpretar ha de ponerse en marcha en absoluto. Esto es lo que se quiere decir cuando decimos que toda interpretación tiene que comenzar con el sentido literal.

Los términos que han obtenido un significado específico en el lenguaje jurídico, como, por ej., contrato, crédito, impugnabilidad, nulidad de un negocio jurídico, herencia, legado, se usan en las leyes, las más de las veces, en este su significado especial. De este modo se eliminan numerosas variantes de significado del uso general del lenguaje; el círculo de los posibles significados, entre los cuales se ha de elegir en virtud de otros criterios, se es-

16. Cfr. a este respecto Gerhart Husserl, *Recht und Zeit*, pp. 72 ss.

trecha en gran medida. Con la clarificación del preciso uso jurídico del lenguaje, la interpretación, de vez en cuando, puede ya finalizar, a saber: cuando nada habla en favor de que la ley se ha desviado de aquel uso precisamente en este pasaje. Tales desviaciones nunca están, sin embargo, totalmente excluidas. El BGB ha definido el concepto "cosa" en el § 90, en cuanto que, según él, sólo un "objeto corporal" es una "cosa" en el sentido de la ley. A pesar de ello, existe unanimidad respecto a que el término "cosa" en el § 119, ap. 2, no ha de entenderse en este sentido estricto, sino en el sentido de "objeto de negocio", lo que está totalmente en concordancia con el uso general del lenguaje. La definición del § 90 del BGB se refiere claramente a aquellos objetos sobre los que son posibles derechos reales; en cambio, en el caso de las "cualidades esenciales del tráfico" del § 119, ap. 2, del BGB, se trata de cualidades del objeto de negocio, el cual, las más de las veces, será una "cosa" en el sentido del § 90, pero no precisa serlo necesariamente. En el § 184, ap. 1, el BGB califica de "autorización" el consentimiento adicional para un negocio jurídico. Al efecto el legislador sólo ha pensado en el consentimiento que otorga una persona privada; el consentimiento del tribunal tutelar (§§ 1821 ss. del BGB) se califica también de "autorización" cuando es otorgado previamente. Lo mismo vale respecto a otras autorizaciones por una autoridad pública. Por tanto, tampoco un uso del lenguaje de la ley fijado por medio de una definición ofrece siempre garantía de que el término respectivo ha de ser entendido en ese sentido en cada pasaje de la ley. Se precisan sólo especiales razones para demostrar que, justamente en ese pasaje, ha de entenderse con otro significado.

Si, según esto, un uso especial del lenguaje por parte de la ley prevalece, por regla general, sobre el uso general del lenguaje, sin embargo, hay que recurrir de nuevo a éste cuando es patente que la ley se ha desviado aquí de su uso especial del lenguaje. El uso general del lenguaje no se presta ciertamente a mucho en estos casos. Pero señala, como siempre, el marco dentro del cual tiene que radicar el significado buscado. Lo que está más allá del sentido literal lingüísticamente posible y es claramente excluido por él ya no puede entenderse, por la vía de la interpretación, como el significado aquí decisivo de este término. Dice acertadamente Meier-Hayoz¹⁷ que "el tenor literal tiene, según esto, una doble misión: es el punto de partida para la averiguación judicial del sentido y traza, al propio tiempo, los límites de su actividad interpretativa". Una interpretación, que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, ya no es interpretación, sino modificación del sentido. Con ello no se dice que ésta esté siempre prohibida al juez; pero precisa especiales presupuestos y pertenece a la región del desarrollo abierto del Derecho, a discutir en el próximo capítulo. En todos los casos

17. Meyer-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, p. 42.

en que los tribunales subrayan que el sentido y el fin de una disposición prevalece también sobre un tenor literal "lingüísticamente evidente" y que la interpretación no está limitada por el sentido literal, se trata en verdad, caso de que el resultado no quede por cierto en el marco del sentido literal lingüísticamente posible, de integración de lagunas, de analogía o de reducción teleológica. Puede ciertamente ser dudoso en algunos casos, dado que los límites del sentido literal lingüísticamente posible tampoco están siempre exactamente trazados, si se trata aún de una interpretación muy "amplia" o se trata ya de una integración de lagunas mediante analogía. La imposibilidad de una delimitación tajante no impide, sin embargo, una distinción, entendida ésta no tanto conceptualmente cuanto tipológicamente. Pero la distinción entre interpretación y desarrollo del Derecho complementador o modificador de la ley, tiene que hacerse justamente porque dicho desarrollo tiene que estar ligado a especiales presupuestos si es que la ley ha de garantizar el papel que, como regulación primaria, le corresponde. A este respecto no necesitamos hacer referencia, en primer lugar, a la especial problemática de la prohibición de la analogía en el Derecho penal. Prohibiciones de analogía existen también en otros campos del Derecho.¹⁸ No son, en principio, absurdas y, por ello, no tan carentes fácticamente de eficacia como la mayoría de las prohibiciones de interpretación. Mas no es posible hallar otro límite entre interpretación y desarrollo del Derecho complementador o modificador de la ley que el del sentido literal lingüísticamente posible. Pues tal límite es reconocido también predominantemente en la literatura¹⁹ y, ahora, también en la jurisprudencia de los tribunales.²⁰

¿Se ha de partir, al averiguar el posible, y aquí, por así decir, decisivo, sentido literal, del uso del lenguaje en el momento del nacimiento de la ley o del uso actual? El legislador parte del uso del lenguaje de su tiempo. Si se trata de un término del lenguaje técnico-jurídico, que el legislador ha usado en el sentido en el que fue entendido en su tiempo, hay que partir del significado del término en aquel entonces. Si se partiera, sin más, del significado actual, habría de falsificarse probablemente la intención del legislador. Con razón el Tribunal Supremo Federal examinó —en una resolución en la que se trataba de si por "poseedor de una mina", en el sentido del § 148 de la Ley General prusiana de minas del año 1865, sólo podría entenderse el propietario de la mina o también un arrendador o usufructuario— si el legislador de entonces distinguió o no entre propietario de una mina y posee-

18. Sobre las prohibiciones de analogía, cfr. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pp. 183 ss.

19. Así de Ennecerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil*, § 57, II y III, especialmente nota 4: Dahm, *Deutsches Recht*, 2.ª ed., p. 66; Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., pp. 82 s. y 249 (nota 106 b); Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2.ª ed., p. 68; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 140 ss. (especialmente para la interpretación de la Constitución); Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, pp. 127 ss., 146 ss.

20. BGHZ 46, 74, 76.

dor.²¹ Si el legislador de entonces hizo asimismo esta distinción, tal como nosotros la entendemos hoy, resulta de ello que no quiso, en todo caso, excluir la responsabilidad de un arrendador o usufructuario. Tendrían entonces que existir a favor —lo que el Tribunal Supremo Federal vio asimismo acertadamente— especiales razones, como el fin o la idea fundamental del precepto, para entender aquí el significado de la expresión “poseedor de la mina” en un sentido estricto, a saber: como equivalente al “propietario de una mina”. Otra cosa ocurre cuando el significado de un término no estaba fijado en un determinado sentido en el momento del nacimiento de la ley, sentido que el legislador se apropió. Entonces es recomendable tomar como límite de la interpretación el sentido literal hoy posible, en caso que, de este modo, se posibilite una interpretación que llegue a ser más conforme al fin o idea fundamental de la norma. Pues, de todos modos, el lector de hoy capta el sentido de la norma según su actual comprensión del lenguaje, de manera que no le sucede nada insospechado si aquel se pone ahora como base a la interpretación.

El caso siguiente constituye en verdad el límite. Una lesión corporal será más gravemente penada si fue perpetrada por medio de un arma o de otro instrumento peligroso. El Tribunal Supremo Federal consideró el empleo de ácido clorhídrico, como medio de ataque contra una persona, uso de un “arma” en el sentido de la ley penal.²² Estimó que el anterior uso del lenguaje entendía por “armas”, ciertamente, sólo los medios que actúan mecánicamente; pero que el uso del lenguaje se modificó por el influjo de la evolución técnica, de modo que ahora también podrían considerarse “armas” medios que actúan químicamente. Entender el concepto “arma” en este posible sentido amplio, según el uso actual del lenguaje, está de acuerdo con el sentido y fin del precepto jurídico-penal en cuestión. La resolución ha sido criticada sobre todo por G. y D. Reinicke,²³ quienes argumentan que el concepto jurídico-penal de “arma” no es un concepto en blanco que pueda ser relleno según la comprensión respectiva del lenguaje; más bien tendría que ser interpretado del modo en que fue entendido en el momento de creación de la ley. Al trasladarla a medios de ataque que operan de modo distinto al mecánico, se trata, en realidad, de una analogía (prohibida). Engisch²⁴ considera la resolución “al menos problemática”. Yo todavía la considero legítima.

Por consiguiente, el sentido literal inferible del uso general del lenguaje o, siempre que exista, del uso especial del lenguaje de la ley o del uso del lenguaje jurídico general, sirve a la interpretación, en primer lugar, como primera orientación; en segundo lugar señala, en cuanto posible sentido literal —bien sea según el uso del lenguaje de entonces, bien según el actual— el límite de la interpretación propiamente dicha. En cierto modo amojona el campo en el que se lleva a cabo la ulterior actividad del intérprete. /

21. BGHZ 52, 259, 262.

22. BGHSt 1, 3.

23. En NJW 51, 683.

24. Einführung..., p. 153.

b) LA CONEXIÓN DE SIGNIFICADO DE LA LEY

Cuál de las múltiples variantes de significado que pueden corresponder a un término según el uso del lenguaje hace al caso cada vez, resulta, por regla general, aunque no siempre con toda exactitud, del contexto en que es usado. La conexión de significado de la ley determina, en primer lugar, que se comprendan de la misma manera las frases y palabras individuales; como también, al contrario, la comprensión de un pasaje del texto es code-terminado por su contenido. Hasta aquí no se trata de otra cosa que de la forma más simple del antes mencionado (en el cap. 1, 3 b) “círculo hermenéutico”. Una ley consta, como hemos visto anteriormente (cap. 2, 2), las más de las veces, de normas jurídicas incompletas —a saber: aclaratorias, restrictivas y remisivas— que sólo juntamente con otras normas se complementan en una norma jurídica completa o se asocian en una regulación. El sentido de la norma jurídica particular sólo se infiere, las más de las veces, cuando se le considera parte de la regulación a que pertenece (*supra*, cap. 2, 3). Para comprender la regulación de la adquisición de propiedad de buena fe *a non domino*, se tiene que poner en relación el § 935 del BGB con el § 932, si no se quieren sacar conclusiones apresuradas. Cuando la ley remite a otra disposición, se tiene que poner ésta en relación para conseguir claridad acerca del alcance de la norma remisiva. Quien quiera hacerse una idea de lo que la ley entiende por “posesión”, no debe limitarse a leer sólo el § 854 del BGB. En seguida ha de rectificar la idea, que él se hace únicamente en base a este precepto, en el sentido de que la ley no considera “poseedor” al denominado servidor de la posesión (§ 855 del BGB), pero sí al poseedor mediato (§ 868 del BGB). Al principiante le resulta difícil, de vez en cuando, llevar a cabo plenamente la distinción que la ley hace entre “posesión” y “propiedad”, porque, en el uso general del lenguaje, ambos términos se usan con frecuencia como equivalentes. Para llegar a la recta comprensión de la distinción se precisa la contraposición comparativa de ambos complejos de regulación. Algo semejante ocurre con conceptos como capacidad jurídica y capacidad negocial, capacidad de ser parte y capacidad procesal, obligación y disposición. Sólo en su contraposición será cada una plenamente comprendida.

Por encima de esta función general del contexto, fomentadora de la comprensión, la conexión de significado de la ley juega todavía un amplio papel en orden a su interpretación, con tal que pueda admitirse una *concordancia objetiva* entre los preceptos legales singulares. Entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene por ello preferencia aquella que posibilita la percepción de concordancia objetiva con otra disposición. Un buen ejemplo de una interpretación “sistemática”, que se apoya en la aceptación de concordancia objetiva de dos disposiciones, lo ofrece

La cuestión relativa a la conexión de significado de la ley no puede ni desprenderse plenamente de la relativa al posible sentido literal, ni contarse con la relativa a otros criterios de interpretación. La conexión de significado de la ley, y también la sistemática conceptual a ella subyacente, sólo es comprensible si se atienden también los fines de la regulación. La distinta regulación de la posesión y de la propiedad sólo será comprensible debido a que la ley permite otorgar una protección provisional a la posesión en interés del aseguramiento de la paz y, además de esto, le atribuye ciertas funciones en la transmisión de derechos reales, así como en relación con la situación de la prueba, mientras que en la propiedad contempla el dominio, plenamente asegurado jurídicamente, de una persona sobre una

26. Cfr. al respecto Herschel en BB 1966, p. 791.

27. Respecto a éstos cfr. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, 2.^a ed., §§ 2, II, 5 y 6; 49, III, 1-3.

cosa. El significado del § 935, ap. 1, del BGB, sólo será plenamente comprensible si se conoce la valoración de la ley ahí existente en relación con los intereses en pugna del propietario (a la conservación de su propiedad) y del adquirente de buena fe, que confía en la legitimación del enajenante. Sólo partiendo de esta valoración puede determinarse qué significa "perder" en el sentido de este precepto.²⁸ También aquí es de observar otra vez la peculiaridad del proceso del comprender como un movimiento que va y viene: por de pronto sabemos, por la conexión de significado de ambas disposiciones, que la regla expresada en el § 932 del BGB es restringida por el § 935, ap. 1. La pregunta sobre el fundamento de esta restricción, conduce a la concepción legislatora y a la valoración en ella contenida de la situación de intereses; desde aquí, la consideración retorna al significado de un término particular, aquí el de "perder", y lo delimita del significado más próximo. El círculo se cierra con el conocimiento de que la interpretación hallada está situada en el marco del posible sentido literal y que por lo demás tampoco se le opone objeción alguna.

El criterio de la conexión de significado exige, en primer lugar, prestar atención al contexto, cual se requiere para la comprensión de todo discurso o escrito coherentes. Además de ello expresa la concordancia objetiva de las disposiciones dentro de una regulación y, más aún, el prestar atención a la ordenación externa de la ley y a la sistemática conceptual a ella subyacente, a la que, sin embargo, sólo corresponde un valor limitado en orden a la interpretación. La conexión de significado de la ley, por su parte, sólo puede comprenderse muchas veces plenamente cuando se retorna a la teleología de la ley y al "sistema interno" subyacente de las decisiones valorativas y principios determinantes. La cuestión relativa a la conexión de significado conduce entonces a los criterios teleológicos. Con ello se confirma la observación de Friedrich Müller²⁹ que "las reglas tradicionales de interpretación" no podrían ser aisladas como "métodos" independientes en sí. Más bien se manifiestan en el proceso de concretización, "no sólo complementándose y apoyándose unas a otras, sino entrelazadas siempre objetivamente unas con otras ya desde un principio". Esto debía dar que pensar a quienes opinan que el intérprete puede elegir entre diferentes métodos.

28. Dice acertadamente Westermann (*Sachenrecht*, § 16, 4) que la delimitación entre abandono voluntario y extravío tiene importancia sobre todo para el § 935 y por ello tiene que deducirse de la situación de intereses decisiva para el § 935. Partiendo de éste, es decir, de su valoración legal por medio de una combinación del principio de "aparición jurídica" y del "principio de causación", califica luego (en el § 49, I) el extravío como pérdida involuntaria de la posesión inmediata.

29. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 151.

c) INTENCIÓN REGULADORA, FINES E IDEAS NORMATIVAS DEL LEGISLADOR HISTÓRICO

Si, como ocurre con frecuencia, el sentido literal resultante del uso general del lenguaje o de un uso especial del lenguaje por parte de la ley, así como la conexión de significado de la ley y la sistemática conceptual a ella subyacente, dejan siempre abiertas diferentes posibilidades de interpretación, es obvia la pregunta acerca de qué interpretación responde mejor a la intención reguladora del legislador histórico o a su propia idea normativa. Con ello llegamos al elemento "histórico" de la interpretación, el cual, como hemos expuesto al principio, ha de tenerse en cuenta al averiguar el sentido de la ley normativamente decisivo. Sobre todo la intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por él encontradas para conseguir manifiestamente esa intención siguen siendo pauta vinculante para el juez, incluso cuando acomoda la ley —por la vía de la interpretación teleológica o por la vía del desarrollo del Derecho— a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa. Aquí surge, por de pronto, la cuestión acerca de qué personas se trata cuando preguntamos por la voluntad o las ideas normativas "del legislador".

En los Estados modernos el legislador no es una persona individual, sino, por regla general, una Asamblea, el Parlamento, en algunos Estados una Corporación legislativa compuesta de dos Cámaras; de vez en cuando hasta lo es la totalidad de los ciudadanos con derecho a voto. Sería evidentemente inútil investigar las ideas que, del significado de esta o aquella disposición legal, se formaron todas las personas que tomaron parte en la adopción del acuerdo o al menos aquellas que aprobaron el Proyecto de ley. Tales ideas no pueden averiguarse, y si pudieran averiguarse: ¿Cuáles debían ser determinantes cuando son divergentes? Por este motivo, algunos se contentan con la suposición de que los miembros de una Corporación legislativa, por regla general, hubieran "aceptado aquel sentido que los verdaderos autores de la ley dieron conjuntamente al texto legal por ellos elaborado y que manifiestan en la Exposición de motivos".³⁰ Como "voluntad del legislador" hubieran valido, según esto, las ideas normativas de la Comisión asesora o de los relatores ministeriales que tomaron parte en la elaboración de la ley y, en todo caso, las de los miembros de la Comisión parlamentaria competente. De este modo la cosa se hace, por cierto, demasiado simple. Ciertamente, la mayoría de los miembros de la Corporación legisladora se abandonan, respecto a los pormenores de la ley por ellos aprobada, a la pericia, la perspicacia y la técnica de formulación, ya sea del autor del Proyecto, ya sea de los diputados pertenecientes a la Comisión

30. Así Engisch, *Einführung...*, p. 95.

parlamentaria competente. Ellos mismos, ante la extensión de la legislación actual, en modo alguno están en situación de formarse una opinión propia acerca de los pormenores de la ley. Lo único sobre lo que se forman una opinión, y lo único que en verdad aprueban, es la intención reguladora y los fines de la ley, las repercusiones socio-políticas (en especial, en caso de leyes dispositivas), la "tendencia" total de la ley. Además de ello, toman quizá posición aun sobre ciertas cuestiones particulares antes controvertidas. En lo demás se contentan con dar su consentimiento a la ley en su totalidad, confiando al respecto que el texto esté de acuerdo con los fines por ellos aprobados y con los puntos de vista que, en su opinión, se han de tener en cuenta, y que serán interpretados en este sentido por los órganos llamados a aplicar la ley, por las autoridades administrativas y por los tribunales. Su aprobación vale, por tanto, sólo para el texto como tal, no para una determinada interpretación del texto.

Resulta de aquí que se tiene que distinguir, de un lado, la intención reguladora, los fines y su jerarquía, así como las decisiones fundamentales del legislador, y, de otro lado, las concretas ideas normativas de las personas participantes en el asesoramiento y redacción del texto legal. Sólo los fines, establecimiento de valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre los que de hecho han tomado posición los participantes en el acto de legislación, pueden ser denominados "voluntad del legislador", que se realiza mediante la ley. La interpretación ha de orientarse, en primer lugar, a ellos, pues sólo así puede garantizarse el papel preeminente de los órganos legislativos dentro del total proceso de creación y de concretización del Derecho. En cambio, las ideas normativas concretas —es decir, ideas claras sobre el significado y alcance precisos de una disposición particular o de un término particular— pueden esperarse, a lo sumo, de los autores del texto legal y de los miembros de las Comisiones asesoras. Pero éstos no son, ni individualmente ni en su totalidad, "el legislador". Sus opiniones son, no obstante, de gran valor para la interpretación, pues se puede suponer que, en la elección de términos, habrán pensado su alcance, y que trataron de elegirlos de modo que se aproximaran en lo posible a la intención reguladora del legislador por ellos compartida y ulteriormente examinada. Sin embargo, estas opiniones no representan pauta alguna vinculante para el intérprete, quien más bien se ha de apartar de ellas no raras veces, porque las ideas normativas de los autores de la ley, por regla general, quedan rezagadas frente a las posibilidades de aplicación de la norma incluso cuando no se apoyan de antemano en una evaluación equivocada de la situación normativa.

La jurisprudencia de los tribunales utiliza las ideas normativas de las personas participantes en la preparación y redacción de la ley, por regla general, en unión con otros criterios de interpretación, en especial el fin de la ley. Sobre las ideas normativas de los autores de la ley da información con

frecuencia la historia de la génesis de la ley.³¹ Según el § 197 del BGB, prescriben a los cuatro años, entre otros, las pretensiones de atrasos de intereses, cánones de alquiler y arrendamiento, rentas, subsidios de manutención "y todas las demás prestaciones que regularmente se repiten". Ahora bien, sería cuestionable si, dentro de las "prestaciones que regularmente se repiten" en el sentido de esta disposición, se incluyen también los derechos de participación en los beneficios, que, por cierto, vencen en plazos que regularmente se repiten, pero en cuantía variable, y que, por falta de un beneficio, podían incluso no existir una o más veces. El Tribunal Supremo Federal respondió afirmativamente a esta pregunta.³² El sentido literal no se opone a ello; de la historia de la génesis del § 197 del BGB resulta que en los primeros proyectos se había hablado de "todas las demás prestaciones que han de satisfacerse en plazos que regularmente se repiten". En esta redacción la palabra "regularmente" fue referida evidentemente sólo a los plazos, no a la cuantía de las prestaciones. Con el posterior cambio de formulación no fue intentado por los autores ningún cambio objetivo. La cuantía variable no es obstáculo, por ello, para la clasificación de los derechos de participación en los beneficios dentro de las "prestaciones que regularmente se repiten". Pero, si no se trata de la cuantía proporcionada, tampoco es obstáculo para esa clasificación el que en un determinado plazo no pueda eventualmente resultar derecho alguno en absoluto. El Tribunal Supremo Federal habría podido todavía indicar que aquí sólo se trata de un caso límite, porque típicamente se contará con la obtención de un beneficio, si bien de cuantía incierta.

Con una argumentación similar fundamenta Trenk-Hinterberger³³ la doctrina dominante, según la cual el derecho de prenda del arrendador se extingue también cuando el arrendatario separa una cosa de la finca, por cierto sin conocimiento del arrendador, pero éste, según el § 560, inciso 2, del BGB, no puede oponerse a la separación. El tenor literal de la disposición permite, por cierto, la interpretación de que una separación, sin conocimiento del arrendador, impide la extinción del derecho de prenda siempre; incluso, por tanto, cuando el arrendador no puede oponerse a la separación. Una tal interpretación, sin embargo, apenas podría ponerse de acuerdo con la valoración de la ley, a consecuencia de la cual el interés del arrendador, en los casos del segundo inciso, no exige la persistencia del derecho de prenda. Trenk-Hinterberger demuestra ahora que, en el primer Proyecto, en lugar de las palabras "sin conocimiento del arrendador", se había usado la palabra "clandestinamente", y que, en las consultas para el primer Proyecto, se había partido de que la palabra "clandestinamente", en concordancia con el uso lingüístico de entonces en la teoría tanto del Derecho prusiano como del Derecho común, significaba tanto como "sin conocimiento de aquel que estaba legitimado para oponerse". En el segundo Proyecto se sustituyó la palabra "clandestinamente" por "sin conocimiento del arrendador", para

31. A pesar de algunas proposiciones que parecen contradictorias, la jurisprudencia de los más altos tribunales ha invocado luego constantemente como decisiva la historia de la génesis, cuando de ella había de extraerse algo esencial para la interpretación de un precepto legal; véase BGHZ 46, 80.

32. BGHZ 28, 144, 149 s.

33. Trenk-Hinterberger, JR 73, 139.

expresar que sólo se trataba del conocimiento del arrendador y no de un tercero. Pero, por lo demás, no se quiso variar de esta manera el contenido de la disposición. Esto resulta además de que, en el Memorandum final de la Cámara de Justicia del Reich, que fue enviado juntamente con el último Proyecto al Reichstag, se dice expresamente que, en los casos citados en el segundo inciso del actual § 560 del BGB, la cosa queda exenta de la responsabilidad pignoraticia, aun cuando la separación haya tenido lugar sin conocimiento del arrendador e incluso contra su voluntad. De acuerdo con la idea normativa del autor de la ley, el § 560, inciso 1, del BGB, ha de leerse por tanto como sigue: "El derecho de prenda del arrendador se extingue con la separación de las cosas de la finca, ya sea pues, que la separación tenga lugar sin conocimiento del arrendador legitimado para oponerse, o con oposición legítima del arrendador". El segundo inciso dice, entonces, cuando el arrendador no está legitimado para oponerse. Según el sentido literal, es posible entender la disposición del modo indicado, y, considerando la situación de intereses valorada por la ley, es objetivamente razonable. Al argumento histórico, conseguido de las ideas normativas comprobadas de los autores de la ley, habrá de concederse, bajo estas circunstancias, una importancia de todo punto decisiva.

Como fuentes de conocimiento de las ideas normativas de las personas participantes en la preparación y redacción de la ley entran en consideración, en primer lugar, los diferentes Proyectos, los protocolos de consulta y las Exposiciones de motivos añadidas a los Proyectos; para las ideas de las personas participantes en el propio acto legislativo, las Actas de las sesiones parlamentarias. Estos testimonios han de interpretarse, además, desde el trasfondo de la comprensión del lenguaje de entonces, así como de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales de entonces, siempre que los autores de la ley quisieran admitirlos expresamente o estuvieran visiblemente influidos por ellas; asimismo, de la situación normativa encontrada por el legislador de entonces, es decir, de aquellos datos reales de los que él quiso dar cuenta. Aquí está el punto en que las investigaciones históricas, en el más amplio sentido, se convierten en un medio auxiliar de la interpretación jurídica.

Las mismas fuentes de conocimiento sirven también para averiguar la intención reguladora y los fines del legislador, siempre que éstos no sean ya evidentes por la misma ley, por un preámbulo, por las disposiciones introductorias, por los epígrafes, la conexión de significado en la ley y las decisiones de valor de ello resultantes. Con frecuencia una regulación puede racionalmente tener sólo un único fin. Así, a modo de ejemplo, es evidente que la Ley sobre venta de bienes muebles a plazos quiere proteger al comprador a plazos contra ciertos peligros que pueden resultar de la configuración de las condiciones del contrato; por ejemplo, de perder, en caso de falta de puntualidad en el pago, tanto la cosa comprada como el precio, o tener que pagar de inmediato la suma total a causa de un insignificante retraso en el pago. Las reglas sobre la posición jurídica de las personas con capacidad de negociar limitada (§§ 107 ss. del BGB) tienen como fin, en primer lugar, la protección de estas personas frente a las consecuencias posiblemente desfavorables de sus propios actos. Pero, al mismo tiempo, les

restringe aquella medida de posibilidad de propia actuación jurídico-negocial que, según la opinión del legislador, es compatible con este fin y es socialmente deseable. A esto sirven sobre todo los §§ 110, 112, 113 del BGB. Finalmente, la ley tampoco deja de considerar el "interés opuesto" de la parte que negocia con el menor de edad, que sobre todo desearía saber a qué atenerse. De ello se ocupa en los §§ 108, ap. 2, 109 y 111. La ley no va en esto tan lejos como para tratar como eficaz el contrato concluido por un menor de edad sin autorización en beneficio de la parte actuante de buena fe que no conocía la minoría de edad y la falta de autorización; limita el derecho de revocación de la parte actuante de buena fe sólo hasta la aceptación del contrato por el representante legal del menor de edad. La protección de la parte contratante es mayor en un negocio jurídico unilateral celebrado por el menor de edad.

Si se ponen en claro por el legislador estos diferentes fines de regulación y la valoración de ellos expresada en la regulación, pueden sacarse también de esto ciertas consecuencias en orden a la interpretación de las disposiciones particulares. Así, el fin preferente de la protección al menor de edad habla claramente en favor de que el concepto de negocio, por el que el menor de edad "no consigue únicamente una ventaja jurídica", en el § 107 del BGB ha de interpretarse estrictamente. No se trata, según esto, de si el negocio jurídico concreto es ventajoso o no para el menor de edad, por ejemplo en su resultado económico total. Enjuiciar esto, y la pregunta de si su celebración redundaría realmente en interés del menor de edad, debe dejarse al representante legal. Según esto, el menor de edad sólo puede celebrar independientemente aquellos negocios jurídicos, cuya celebración no lleva aparejadas ningún tipo de desventajas jurídicas para él, de modo que no se plantea en absoluto la pregunta de si las ventajas superan a las desventajas.³⁴ Pero, de otro lado, los preceptos relativos a la protección del que tiene capacidad negocial limitada tampoco necesitan ser aplicados en mayor extensión de la que está justificada por su fin. Si un menor de edad dispone, sin consentimiento del representante legal, de una cosa que no le pertenece, no perdida por el propietario, en beneficio de un adquirente de buena fe, la disposición del menor de edad puede considerarse eficaz. Por cierto que esto a él no le aporta ventaja alguna, pero tampoco puede aportarle desventaja, puesto que, en el caso de su eficacia, no afecta a su patrimonio, sino al del hasta entonces propietario. Se trata del denominado negocio jurídico "indiferente", que no aporta al menor de edad ni una ventaja ni una desventaja jurídicas. En contra del estricto sentido material del § 107 del BGB, la doctrina dominante considera, por ello, eficaz un tal negocio.³⁵

34. Puede quedar aquí indeciso si se ha de tener en cuenta toda desventaja jurídica que resulte del contenido del negocio, o si, como recientemente propone Stürner (AcP 173, 402), sólo aquellas desventajas jurídicas que suponen típicamente un peligro para el patrimonio del menor de edad.

35. Así von Tuhr, *Allgemeiner Teil*, t. II, 1, p. 341, nota 49; Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil*,

No obstante, aquí ya no se trata de una interpretación en sentido estricto, sino de una corrección del tenor literal de la disposición, de acuerdo con la idea de protección a ella subyacente. Esta corrección halla un apoyo en la disposición del § 165 del BGB, que se refiere a otro nuevo caso de "negocio indiferente". Tales correcciones del tenor literal de la ley conforme al fin de la ley, pertenecen a la esfera de la reducción o extensión teleológica, es decir, a un desarrollo del Derecho "inmanente a la ley" (*infra*, cap. 5, 2 d).

La interpretación teleológica quiere decir interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación. La disposición particular ha de ser interpretada en el marco de su posible sentido literal y en concordancia con la conexión de significado de la ley, en el sentido que óptimamente corresponda a la regulación legal y a la jerarquía de estos fines. Al respecto, el intérprete ha de tener siempre ante la vista la totalidad de los fines que sirven de base a una regulación. Por cierto que estos fines habrán sido, las más de las veces, tenidos en cuenta también por el legislador, pero éste no necesita haber examinado todas las consecuencias derivadas de ello en particular. Al partir, por cierto, el intérprete de los fines establecidos por el legislador histórico, pero examinando ulteriormente sus consecuencias y orientando hacia ellos las disposiciones legales particulares, va ya más allá de la "voluntad del legislador", entendida como hecho histórico, y de las concretas ideas normativas de los autores de la ley, y entiende la ley en su propia racionalidad.

Ernst Steindorff propone³⁶ reconocer, al lado del fin de la ley, "la política de la ley" como un criterio de interpretación, especialmente en Derecho económico. "Las construcciones jurídicas y los supuestos de hecho conformados" deberían situarse, en cuanto a su importancia para la interpretación, detrás de la "política de la ley". Ahora bien, los fines de muchas leyes seguramente residen en el terreno político, delimitese como se quiera el evanescente concepto de "Política". En mi opinión, "política de la ley" no puede querer decir otra cosa que los objetivos políticos de la ley. Si el objetivo de una ley reside en el campo económico-político, la "interpretación teleológica" de la ley no quiere decir otra cosa que que la ley debe interpretarse de manera que este objetivo económico-político se alcance del mejor modo posible. Estimo, por ello, que "política de la ley" y fin (político) de la ley no son criterios de interpretación diferentes. La pretensión de Steindorff quedará más clara con los ejemplos por él aducidos. Se trata de la "sentencia relativa a los colorantes a base de anilina" de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal Supremo Federal. Se trataba, al respecto, de la cuestión de si una conducta, que quizá puede caracterizarse como un convenio aislado de los participantes sin vinculación jurídica, puede ser considerada un "contrato" en el sentido del § 1 de la Ley contra restricciones a la competencia. La Sala de Defensa de la Competencia lo negó en atención al concepto de contrato

§ 151, nota 7; Flume, *Allgemeiner Teil*, § 13, 7 b; así como la mayoría de los Comentarios. A esto no se opone el que el menor de edad que dispone sin autorización, esté expuesto a reclamaciones por enriquecimiento según el § 816 del BGB y posiblemente a responsabilidades por delito. Estas consecuencias, desventajosas para él, no se siguen del contenido del propio negocio jurídico por él celebrado, sino de otras disposiciones legales en virtud de las circunstancias acompañantes.

36. Steindorff, en el *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, p. 217.

del BGB. Steindorff censura, con razón, que la Sala volviera sin más al concepto general de contrato, sin haber preguntado si aquí la palabra "contrato", en la conexión de significado de la Ley contra restricciones a la competencia, no pudo quizá ser usada en un sentido más amplio. El "posible sentido literal" no necesita ser absolutamente contrario a esto, pues, en el uso del lenguaje cotidiano, aquí, como en general, extremadamente vago, se puede por cierto calificar también de "contrato" en primer lugar un acuerdo sin voluntad de vinculación jurídica. Además de esto, quedaba la posibilidad de equiparar, por la vía de la analogía, tales convenios a un contrato en el sentido del concepto general de contrato. Por tanto, sólo puede ser decisivo el fin, o, como dice Steindorff, "la política" de la Ley contra restricciones a la competencia. Ciertamente queda por investigar la voluntad cognoscible del legislador respecto a si, al elegir el término "contrato", quiso excluir conscientemente todos los convenios sin vinculación jurídica; es decir, si adoptó una decisión de valor que luego estuviera incluida en el objetivo político de la ley. Sin embargo, como entretanto no se ha presentado una tal decisión valorativa del legislador, mientras que, por otra parte, el fin de la ley hace exigible incluir también tales convenios, el Tribunal Supremo Federal debía haber interpretado aquí, en mi opinión, el término "contrato" excepcionalmente en un sentido amplio que comprendiera también tales convenios. Entretanto el legislador ha colmado la laguna surgida prohibiendo la "conducta mutuamente concertada". Lo mismo podía haberse alcanzado mediante una interpretación teleológica de la ley. Cuando no existe una clara decisión voluntaria del legislador tiene siempre preferencia la interpretación teleológica. En mi opinión no es preciso al respecto introducir un criterio adicional de interpretación, el de "política de la ley".

d) CRITERIOS TELEOLÓGICO-OBJETIVOS

Los fines que el legislador intenta realizar por medio de la ley son, en muchos casos, aunque tampoco en todos, fines *objetivos* del Derecho, como el aseguramiento de la paz y la justa resolución de los litigios, el "equilibrio" de una regulación en el sentido de prestar la máxima atención a los intereses que se hallan en juego, la protección de los bienes jurídicos y un procedimiento judicial justo. Además de ello, la mayoría de las leyes aspiran a una regulación que sea "conforme con la cosa". Sólo cuando se supone esta intención en el legislador, se llegará, por la vía de la interpretación, a resultados que posibilitan una solución "adecuada".

De este modo resultan dos grupos de criterios de interpretación teleológico-objetivos, que tienen que ser decisivos en todos aquellos casos en que los criterios hasta ahora discutidos no sean capaces aún de dar una respuesta fuera de dudas. Los llamo teleológico-*objetivos*, porque, en ellos, no se trata de que el legislador ha sido consciente de ellos siempre que se puede comprender condicionada por ellos sólo su regulación en conjunto.

La pregunta acerca de qué interpretación es "conforme a la cosa" sólo puede ser contestada si se toma en consideración en su singularidad y en su especial estructura la cosa de cuya regulación se trata en la norma a interpretar. Esto está claro, sobre todo, cuando una norma (o un complejo de normas) quiere regular un extenso sector de la vida, sin que puedan obtenerse de la ley indicaciones más concretas sobre la delimitación de este sec-

tor. A modo de ejemplo, de esto se trata en la norma que trata de "la prensa", "la ciencia", "el arte", "la competencia", las "profesiones liberales", "el régimen de seguros". Friedrich Müller³⁷ ha acuñado la expresión "sector normativo" para estos sectores a los que está orientada una norma o regulación. Por tal entiende el "apartado de la realidad social en su estructura fundamental, que el programa normativo ha 'escogido' o ha creado en parte como su sector de regulación". La norma jurídica no es, observa, "ninguna forma encasquetada autoritativamente en la realidad, sino una consecuencia ordenadora y reguladora desde la estructura objetiva del propio sector regulado". Esto se manifiesta con especial claridad en el Derecho constitucional. Como justificante podrían ser aducidas aquí las detenidas consideraciones que el Tribunal Constitucional Federal hizo sobre la esencia del arte en la sentencia "Mephisto".³⁸ Las estructuras objetivas previamente dadas del "sector normativo" son, de hecho, criterios objetivos de interpretación. Son criterios *teleológico-objetivos*, porque su atendibilidad en orden a la interpretación resulta de que la ley respectiva —que en caso de duda ha de aceptarse— se propone una regulación *adecuada a la cosa*. Cuando el legislador, debido por ejemplo a un fin considerado provisional, ha querido consciente y perceptiblemente sobreponerse a tales estructuras, ellos no son criterio alguno de interpretación.

En conexión con esto surge la pregunta de si, y hasta qué punto, las estructuras objetivas del "sector normativo" se identifican con la denominada "naturaleza de la cosa", de lo cual se tratará todavía prolijamente en otro contexto (cap. 5, 4 b). De hecho ambos conceptos coinciden en amplia medida. Sin embargo, el jurista, por regla general, une al concepto de "naturaleza de la cosa" la idea de un orden instalado en las "cosas" —es decir, en las mismas relaciones de vida—, si bien todavía sólo esbozado y fragmentario, es decir, un elemento normativo extraíble del ser mismo. La idea de una estructurabilidad objetiva del "sector normativo" no contiene todavía este elemento; es, por tanto, más amplia que la de "naturaleza de la cosa". No está todavía predeterminado por su estructura objetiva —pensemos por ejemplo en el arte o en la ciencia— si un cierto sector de vida precisa en absoluto regulación y en qué respecto. Pero *si* es regulado, la regulación sólo es "de acuerdo con la cosa" en cuanto es adecuada a su estructura objetiva. Cuando el jurista se orienta por la "naturaleza de la cosa", piensa en una regulación diseñada ya por la naturaleza de la cosa, si bien todavía susceptible de variación en particular. Aquí el "si" de una regulación no puede ser cuestionable, sino sólo —dentro del marco diseñado— su "cómo". Cuando la "naturaleza de la cosa" diseña una regulación, también ella es criterio teleológico-objetivo de interpretación.

37. Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, 1966; *Juristische Methodik*, pp. 107 ss.

38. BVerfGE 30, 173; cfr. respecto a esta sentencia *infra*, cap. 5, 3.

Dentro de los criterios de interpretación teleológico-objetivos que resultan de los fines objetivos del Derecho, corresponde una importancia prominente al principio de igual trato de lo (según las valoraciones generales del orden jurídico) igual (o de igual sentido). La distinta estimación valorativa de supuestos de hecho análogos aparece como una contradicción de valoración, que no es posible compaginar con la idea de justicia en el sentido de "igual medida". El evitar tales contradicciones de valoración es, por ello, una exigencia tanto para el legislador como para el intérprete. Para éste significa que ha de interpretar las normas jurídicas en el marco de su posible sentido literal y de la conexión de significado, de modo que se eviten, en lo posible, las contradicciones de valoración.³⁹ Esto, ciertamente, no siempre es posible; se trata de un postulado ético-jurídico que sólo es realizable aproximadamente.⁴⁰ Las "contradicciones de valoración" no deben ser confundidas con las contradicciones de normas, que existen cuando las normas ordenan para el mismo hecho consecuencias jurídicas que se excluyen entre sí. La contradicción de normas *tiene* que ser eliminada, ya sea porque se reconoce preeminencia a una norma, ya sea porque ambas se restringen, puesto que lógicamente es impensable que, consecuencias jurídicas, que recíprocamente se excluyen, sobrevengan conjuntamente. Contradicciones de valoración dentro del orden jurídico tienen que ser, por cierto, aceptadas de vez en cuando; pero están en pugna con el principio del trato igual de lo igual y que, por ello, se ha de evaluar igualmente: y, por este motivo, *deberán* ser evitadas en lo posible.

Si se quisiera interpretar el § 107 del BGB en el sentido de que un menor de edad tampoco pudiera celebrar independientemente los denominados negocios "indiferentes", resultaría una contradicción de valoración con el § 165 del BGB, que se refiere a un caso especial y, por cierto, particularmente importante, de negocio "indiferente" de un menor de edad. La contradicción de valoración puede evitarse si el § 107 del BGB se interpreta como hoy lo hace la doctrina dominante. También se trata de evitar una contradicción de valoración en la interpretación de los §§ 987 ss. del BGB respecto al deber de un poseedor de buena fe de restituir los beneficios por él conseguidos al propietario. Según estas disposiciones, el poseedor de buena fe tiene que restituir los beneficios por él obtenidos antes de iniciarse la litispendencia de la pretensión de restricción, excepto los frutos excesivos, sólo cuando hubiera conseguido la posesión gratuitamente, y, por cierto, según los preceptos acerca de la restitución de un enriquecimiento ilícito (§§ 988, 993, ap. 1). El poseedor de buena fe, que ha conseguido la posesión onerosamente, puede, por ello, conservar los beneficios obtenidos. En cambio, el § 818, ap. 1, del BGB, sobre la extensión de la preten-

39. Hagen (*Festschrift für K. Larenz*, 1973, p. 868) habla de una "regla de interpretación en el sentido de una suposición de conformidad de las valoraciones jurídicas para la solución dogmática de problemas objetivos que se corresponden entre sí".

40. Advierte acertadamente Engisch (*Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 63) que las contradicciones de valoración no siempre pueden ser eliminadas por la interpretación y que tampoco tienen que ser eliminadas necesariamente como las "contradicciones de normas". De hecho las contradicciones de valoración entre regulaciones que se refieren a materias diferentes, muy dispares entre sí o que han surgido en diferentes épocas, nunca pueden evitarse totalmente. Cfr. también Engisch, pp. 163 ss.; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 113 ss., e *infra*, p. 480.

sión de enriquecimiento, dispone que la obligación de restitución de lo obtenido se extiende también a los beneficios obtenidos. Si, por tanto, el poseedor de buena fe ha conseguido, en virtud de un contrato de compraventa nulo, tanto la posesión como —debido a la “naturaleza abstracta” de la tradición— la propiedad de la cosa, queda sujeto a la pretensión de enriquecimiento y, con ello, también al deber de restitución de los beneficios por él obtenidos según el § 818, ap. 1, del BGB. Por el contrario, si no sólo el contrato de compraventa, sino también la tradición, fueron nulos, entonces hubiera podido conservar los beneficios, si se ve, como lo hizo el Tribunal del Reich (RGZ 163, 352), en las reglas de los §§ 987 ss. del BGB en relación con los beneficios, una regulación especial exhaustiva, que desplaza en su sector a todos los demás preceptos, incluidos los preceptos sobre enriquecimiento. El poseedor que, si bien sin causa jurídica, por lo pronto ha conseguido ante todo la propiedad, habría de estar, por tanto, en relación con la restitución de los beneficios, en peor situación que un poseedor que, sin causa jurídica, ha conseguido la posesión y nunca la propiedad. Esto sería una contradicción de valoración, pues, si realmente hubiera que hacer una distinción entre ambos casos, tendría que resultar en verdad antes en favor del poseedor que al menos ha conseguido la propiedad. Para evitar esta contradicción de valoración, el Tribunal del Reich declaró la adquisición sin causa jurídica como un caso de adquisición gratuita, y así, haciendo un rodeo en torno al § 988 del BGB, ha vuelto a poner en juego las reglas sobre enriquecimiento. Sin embargo, la equiparación del negocio sin causa jurídica al gratuito no es sostenible. Es mucho más correcto por ello, para evitar la contradicción de valoración que en otro caso resultaría, no ver en los §§ 987 ss. del BGB regulación alguna que desplace en su sector a todos los demás, interpretando más bien restrictivamente el § 993, ap. 1 (último inciso), de modo que deje a salvo las pretensiones de enriquecimiento y, con ello, también el § 818, ap. 1.⁴¹

A evitar contradicciones de valoración sirve el que la interpretación se oriente a los *principios ético-jurídicos* que están por encima de las regulaciones particulares, como al principio de protección de la confianza y al principio de responder por las insuficiencias del propio círculo comercial. Tales principios han experimentado, por cierto, en las regulaciones particulares, una configuración distinta y no siempre consecuente; pueden chocar con otros principios o fines jurídicos de igual rango —como la protección del menor de edad o de ciertos bienes jurídicos—. En la interpretación es siempre preciso, por ello, examinar hasta qué punto la regulación legal ofrece margen a uno y otro principio. Para el alcance y la armonía de los principios es decisivo el “sistema interno” del Derecho.⁴² Del “sistema in-

41. Así la doctrina hoy dominante: Wolf-Raiser, *Sachenrecht*, § 85, II, 6; Westermann, *Sachenrecht*, § 31, III, 1; comp. también el BGB, LM, núm. 15 al § 812 del BGB. Hay que tener en cuenta además lo siguiente: Aparte la condición de prestación debido a la entrega sin causa de la cosa principal —que, según el § 818, ap. 1, se extiende a los beneficios conseguidos y que, según lo dicho, no está excluida por la regulación de los §§ 987 ss.— puede corresponder al propietario, debido a los beneficios conseguidos por el poseedor, todavía una pretensión directa de condición desde el punto de vista de adquisición por intromisión (Cfr. von Cammerer, *Festschrift für Rabel*, t. I, pp. 352 ss.). Pero esta pretensión está de hecho excluida por el § 993, ap. 1, del BGB, puesto que, como ha mostrado convincentemente von Caemmerer, *op. cit.*, se basa en la función de coordinación de la propiedad y, lo mismo que la vindicación, sirve a la protección del contenido adjudicativo de la propiedad. En relación con esta pretensión, los §§ 987 ss. del BGB suponen de hecho una regulación especial. Esto tiene importancia cuando el poseedor ha obtenido la cosa no del propietario, sino sin causa de un tercero, por lo que el propietario no dispone de la condición de prestación. En este caso, el poseedor no precisa restituir los beneficios (excepto los frutos excesivos) al propietario; únicamente tiene que arreglárselas con el tercero.

42. Sobre esto *infra*, cap. 6, 3.

terno” resulta también, con frecuencia, la “*ratio legis*”. Esta expresión es equívoca. Quiere decir tanto el fin como el “fundamento racional”, el principio de una regulación; éste no siempre es conocido de antemano por el propio legislador, sino que, de vez en cuando, sólo posteriormente es elaborado por la ciencia. Así, en los comienzos de la moderna responsabilidad

e) EL PRECEPTO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Entre los principios ético-jurídicos, a los que ha de orientarse la interpretación, corresponde una importancia considerable a los principios elevados a rango constitucional. Éstos son, sobre todo, los principios y decisiones de valor que han hallado expresión en la parte de derechos fundamentales de la Constitución, es decir, la preeminencia de la "dignidad de la

47. BGHZ 71, 152, 155.

persona" (art. 1 de la Ley Fundamental); la total protección del marco personal de libertad, con sus concretizaciones en los arts. 2, 4, 5, 8, 9, 11, 12 de la Ley Fundamental; el principio de igualdad, con sus concretizaciones en el art. 3, ap. 2 y 3, de la Ley Fundamental; además, la idea de Estado de Derecho, con sus concretizaciones en los arts. 19, ap. 4, 20, ap. 3, de la Ley Fundamental, y, en el título sobre la Administración de justicia, la Democracia parlamentaria y la idea de Estado social. Está reconocido que estos principios han de tenerse en cuenta incluso en la interpretación del simple Derecho legal y en la concretización de "cláusulas generales". Como las normas constitucionales preceden en rango a todas las demás normas jurídicas, una disposición del simple Derecho legal, que esté en contradicción con un principio constitucional, es inválida. Además de ello, sólo el Tribunal Constitucional Federal puede decidir si una disposición del Derecho posconstitucional contradice la Constitución. En muchas resoluciones ha declarado⁴⁸ que una disposición sólo es anticonstitucional y, por tanto, inválida, cuando no puede ser interpretada "conforme a la Constitución". Si una interpretación, que no contradice los principios de la Constitución, es posible según los demás criterios de interpretación, ha de preferirse a cualquier otra en la que la disposición hubiera de ser anticonstitucional. De ello se sigue, sin embargo, que, entre varias interpretaciones posibles según los demás criterios, siempre obtiene preferencia aquella que mejor concuerda con los principios de la Constitución. La "conformidad con la Constitución" es, por tanto, un criterio de interpretación.⁴⁹

La interpretación conforme a la Constitución, si quiere seguir siendo interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley. El Tribunal Constitucional Federal ha dicho reiteradamente que una interpretación conforme a la Constitución no es posible "ante el claro tenor literal" de la disposición. La interpretación conforme a la Constitución tampoco debe desatender el fin de la ley.⁵⁰ Sin embargo, si el legislador había intentado un efecto más amplio de lo que es permitido según la Constitución, la ley puede ser interpretada restrictivamente "conforme a la Constitución". De un caso tal se trata, según la opinión del Tribunal Constitucional Federal,⁵¹ sólo si "de la intención del legislador se conserva el máximo de aquello que según la Constitución puede conservarse". Para ello se presupone que la interpretación restrictiva se mantiene aún en el marco del posible sentido literal, pues,

48. BVerfGE 2, 266, 282; 8, 28, 34; 9, 194, 197 ss.; 12, 45, 49 ss.; 14, 56, 73; 16, 306, 329; 17, 306, 318; 18, 18, 34; 19, 1, 5; 242, 247; 268, 281; 21, 292, 305; 33, 52, 65.

49. Cfr. al respecto Spanner, AöR, 1966, p. 503, 507 ss.; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 64 ss.; Prüm, *Verfassung und Methodik*, 1977; Zippelius, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, pp. 108 y siguientes.

50. Expresamente se dice en el BVerfGE 8, 34: "En ningún caso, sin embargo, puede una tal interpretación conforme a la Constitución equivocar o falsificar en un punto esencial la meta legislativa".

51. BVerfGE 33, 52, 70.

en otro caso, ya no sería interpretación, sino que, sin duda, existiría una corrección de la ley.⁵²

En los principios ético-jurídicos de rango constitucional, como el principio de Estado de Derecho y de Estado social, así como el principio general de igualdad del art. 3, se trata, por cierto, de un Derecho inmediatamente vigente, pero que todavía no está, o sólo parcialmente, formulado en normas jurídicas en las que se delimiten claramente supuesto de hecho y consecuencia jurídica.⁵³ En cuanto "principios", son pautas que precisan ser llenadas de contenido, a cuya concretización están llamados tanto el simple legislador como la jurisprudencia de los tribunales. Al respecto rige, según la Constitución, un primado de concretización del legislador.⁵⁴ Esto significa que, cuando el principio deja abiertas diferentes posibilidades de concretización, los tribunales están vinculados a la elegida por el simple legislador, no les es lícito sustituirla por otra —por ejemplo, por la vía de una interpretación "conforme a la Constitución" o corrección de la ley—, que, en su opinión, haya de preferirse. Sólo si —y en tanto— la regulación encontrada por el legislador contradice sencillamente el principio constitucional, es decir, no representa ya ninguna concretización del principio, se ha de negar validez a la ley por anticonstitucional. Esto vale también para el Derecho preconstitucional. Por tanto, sólo existe margen para la concretización inmediata de un principio constitucional por los tribunales cuando, o bien una laguna legal no puede ser colmada de otra manera que por esta vía, o la ley misma, en especial mediante el empleo de conceptos que precisan ser llenados de contenido, como el de "buenas costumbres", concede al juez un margen de libre concretización.

El Tribunal Constitucional Federal ha hablado repetidamente de un orden de valores inmanente a la Ley Fundamental, al que, ocasionalmente, incluso ha calificado de "orden jerárquico de valores".⁵⁵ Respecto a la revisión de sentencias firmes de los tribunales ordinarios se considera llamado a resolver cuando la sentencia infringe el Derecho constitucional. Éste es el caso sobre todo "cuando se apoya en una concepción en principio inexacta acerca de la significación y alcance de un derecho fundamental, o cuando el resultado de la interpretación no es compatible con las normas jurídicas fundamentales y con el orden de valores en ellas establecido".⁵⁶ La expresión "orden de valores" o, quizás, "orden jerárquico de valores", es ciertamente equívoca. No debe representarse por tal algo así como un catálogo completo de valores válidos "en sí" (con inclusión del puesto jerárquico

52. Cfr. a este respecto Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969, p. 214; al respecto Zippelius, *op. cit.*, pp. 112 s.

53. Cfr. Göldner, *op. cit.*, pp. 24, 30 ss., 40.

54. Así acertadamente Göldner, *op. cit.*, pp. 182 s., 208, 237.

55. BVerfGE 7, 198, 215; 27, 1, 6; 30, 173, 193.

56. BVerfGE 32, 311, 316.

que en cada caso les corresponde).⁵⁷ Una cosa tal, si es que hubiera de ser posible en absoluto, sobrepasa las facultades y también la competencia de un legislador constitucional. Pero es verdad que a la Ley Fundamental subyace el reconocimiento de determinados valores humanos generales, como, sobre todo, la dignidad humana o el valor de la personalidad humana, y que, para la protección de estos valores, ha limitado derechos fundamentales del individuo ampliamente protegidos, así como ha elevado a Derecho vigente de rango constitucional ciertos principios ético-jurídicos y político-constitucionales —como el principio de igualdad, el principio de Estado de Derecho y de Estado social—. Es también verdad que estos derechos fundamentales y principios no están unos al lado de otros sin conexión, sino que se relacionan unos con otros conforme al sentido, y, por ello, pueden tanto complementarse como limitarse entre sí recíprocamente. No otra cosa opina el Tribunal Constitucional Federal, cuando habla de la Constitución como de un “todo con sentido” o de la “unidad de este sistema fundamentante de valores”.⁵⁸ En modo alguno se quiere con ello decir que se pueda leer en la Ley Fundamental, en cierto modo como en una tabla, el “valor posicional” de cada uno de los derechos fundamentales o principios constitucionales. Que ésta no es la opinión del Tribunal Constitucional Federal, se manifiesta claramente por el hecho de que, en caso de una colisión de derechos fundamentales o bienes jurídicos protegidos por la Constitución, como hemos de ver (*infra*, cap. 5, 3), se sirve preponderantemente del método de “ponderación de bienes en el caso particular”.

El Tribunal Constitucional Federal saca una consecuencia peculiar de la exigencia de “interpretación conforme a la Constitución” cuando se trata de determinar más concretamente los límites de un derecho fundamental que, según la Constitución, puede ser restringido por las “Leyes generales”. Según él dice, la “Ley general” que restringe el derecho fundamental, tiene que ser, por su parte, interpretada también a la luz de este derecho fundamental y del alto rango de valor que le corresponde; de modo que, por tanto, el derecho fundamental sigue manteniendo un cierto rango preeminente. Tiene lugar, como dice el Tribunal Constitucional Federal,⁵⁹ una “acción recíproca, en el sentido de que las ‘Leyes generales’, según el tenor literal, imponen, por cierto, barreras al derecho fundamental; pero ellas, por su parte, tienen que ser interpretadas sobre la base de conocer la significación valorativa de este derecho fundamental en el Estado liberal democrático siendo así también restringidas ellas mismas en su propia acción limitadora del derecho fundamental”. El Tribunal Constitucional Federal habla de una “acción irradiadora” del derecho fundamental en el sim-

57. Críticamente a este respecto Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 40 ss.; Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, pp. 193 ss. (*supra*, pp. 145 s.); Böckenförde, NJW 74, 1529, 1534.

58. Así en BVerfGE 30, 193 (sentencia “Mephisto”).

59. En BVerfGE 7, 209 (sentencia “Lüth”). Asimismo BVerfGE 12, 124; 25, 55; 42, 150.

ple Derecho legal que le restringe.⁶⁰ Esto es comprensible si en la “Ley general” se trata, como en la primera de las sentencias citadas, de una cláusula general (§ 826 del BGB); pues, en su concretización, no debe ciertamente dejar de prestarse atención a la preeminencia valorativa del derecho fundamental. Por lo demás, la interpretación restrictiva que se exige de la “Ley general” según la importancia y el grado de valor del derecho fundamental restringido de ese modo, conduce de nuevo al Tribunal Constitucional Federal a una “ponderación de bienes” —a saber, entre el derecho fundamental y el bien protegido por la ley restrictiva—. Es claro que el Tribunal Constitucional Federal tampoco quiere considerar al respecto el posible sentido literal de la “Ley general” como límite de una interpretación que la restringe; más bien la ley será corregida siempre que lo exija el mantenimiento de la preeminencia valorativa del derecho fundamental en el caso particular. Entonces ya no se trata sólo de una simple interpretación (“conforme a la Constitución”), sino de una corrección de la ley orientada por las normas constitucionales y por la preeminencia valorativa de determinados bienes jurídicos que de ellas se deducen.

f) LA RELACIÓN DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN ENTRE SÍ

En los criterios expuestos no se trata, como fue ya reiteradamente subrayado, de diferentes métodos de interpretación,⁶¹ entre los cuales el intérprete pudiera, por ejemplo, elegir a su arbitrio, sino de puntos de vista directivos, a los que corresponde distinta importancia. No es preciso, en verdad, volver a decir que éstos en modo alguno se corresponden con los cuatro elementos de la interpretación de Savigny, sino que van mucho más lejos. Sobre su mutua relación hay que decir lo siguiente:

1. El *sentido literal*, a extraer del uso general del lenguaje, constituye el punto de partida y, al mismo tiempo, determina el límite de la interpretación, pues aquello que está más allá del posible sentido literal, ya no es compatible con él aun en la “más amplia” de las interpretaciones, no puede valer como contenido de la ley. El sentido literal no es, por regla general, evidente, sino que deja margen para numerosas variantes de interpretación. La afirmación, que se oye con frecuencia, que los términos evidentes no precisan interpretación, induce a error, en cuanto que, prescindiendo de números y nombres propios, la mayor parte de los términos del lenguaje usual, y también del lenguaje legal, no son evidentes. Ya la constatación de que del sentido literal resulta “evidente” este o aquel significado es, por regla general, el resultado de una interpretación.⁶² Al uso general del lenguaje

60. BVerfGE 27, 79.

61. Así, sin embargo, Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 25 ss.

62. Así también Esser, *Grundsatz und Norm...*, p. 253: “Toda aplicación de la ley es ya interpretación,

precede un especial uso del lenguaje por parte de la ley, a no ser que resulte de otros criterios que la ley se ha apartado de su propio uso del lenguaje. El significado tenido en cuenta en cada caso puede lograrse, con suficiente certeza, del especial uso del lenguaje por parte de la ley; en este caso la interpretación termina con la averiguación del uso legal del lenguaje y de la constatación que la ley no se ha apartado aquí de él. Por regla general, también un uso fijo del lenguaje por parte de la ley permite aun diferentes variantes de significado; en ese caso son decisivos los otros criterios.

2. La *conexión de significado* de las leyes es indispensable en cuanto "contexto" para comprender el significado específico de un término o de una frase precisamente en este contexto textual. Esto vale también para averiguar un uso especial del lenguaje por parte de la ley y para constatar que la ley no se apartó de él aquí. Además de ello, permite esperar que las diferentes normas de una misma regulación concuerden objetivamente entre sí. Por ello, en caso de duda, la norma individual ha de interpretarse de modo que se garantice esa concordancia. La sistemática externa de la ley y el sistema conceptual que le sirve de base pueden ofrecer indicios acerca de la homogeneidad objetiva de los preceptos. Pero estos indicios no deben ser exagerados, porque la ley en modo alguno se atiene siempre a esta sistemática y porque algunas regulaciones no permiten en absoluto, o no plenamente, ser clasificadas en el sistema conceptual.

3. Siempre que el posible sentido literal y la conexión de significado de la ley dejen margen a diferentes interpretaciones, se ha de preferir aquella interpretación que mejor se ajuste a la *intención reguladora* del legislador y al *fin* de la norma respectiva (interpretación histórico-teleológica). La intención reguladora y los fines del legislador pueden averiguarse en base a la situación histórica, al motivo de la regulación, a las declaraciones de intención del legislador, a una declaración oficial de motivos, así como en base al contenido mismo de la regulación en cuanto ésta esté claramente orientada a un fin. En la interpretación de la ley, el juez está vinculado, por principio, a los fines de la ley y a las decisiones de valor del legislador a ellos subyacentes.

4. Esto no vale, sin embargo, para las concretas *ideas normativas* de las personas participantes en la preparación y redacción de la ley. Siempre que estas concretas ideas normativas puedan extraerse de los Anteproyectos, Actas de sesiones y Exposiciones de motivos, suponen muy valiosos auxilios en orden a la comprensión del contenido de la norma. Pero, por regla general, no todas ellas son tenidas en cuenta por la voluntad del auténtico legislador y, por ello, tampoco son vinculantes para el intérprete. Además, como estas ideas, por regla general, no se extienden a todos los aspectos

pues ya la decisión de que el tenor literal del texto es tan evidente que hace superflua una interpretación se refiere ya a una interpretación". Asimismo Weinscheimer, NJW, t. 59, p. 566; Rittner, *Verstehen und Auslegen*, 1967, p. 63.

tos de la norma y a sus posibles casos de aplicación, sino sólo a algunos, el intérprete se ve precisado con frecuencia, ya por estos motivos, a ir más allá de ellas.

5. Si los criterios hasta ahora mencionados no son suficientes, el intérprete ha de recurrir a los criterios *teleológico-objetivos*, incluso cuando el legislador no ha sido quizá plenamente consciente de ellos; estos criterios son, por ejemplo, la "naturaleza de la cosa", las estructuras objetivas del sector normativo y los principios jurídicos immanentes al orden jurídico. El postulado de justicia, de que lo que ha de valorarse igual ha de tratarse igual, requiere además, dentro de los límites de lo posible, evitar contradicciones de valoración. Por ello el intérprete ha de dar preferencia, en el marco del posible sentido literal y de la conexión de significado (del contexto), a aquella interpretación con la cual se evite una contradicción de valoración dentro del orden jurídico.

6. Corresponde especial importancia, en orden a la interpretación, a los principios ético-jurídicos de rango constitucional. El requisito de *interpretación "conforme a la Constitución"* exige dar preferencia, en casos de varias interpretaciones posibles según el sentido literal y el contexto, a aquella interpretación en que la norma, medida por los principios constitucionales, puede subsistir. El juez que interpreta ha de prestar atención, en la concretización de los principios constitucionales, al primado de concretización del legislador. Si el principio permite varias concretizaciones, está vinculado a la elegida por el legislador, con tal que ésta resida aún en el marco del margen de libre concretización limitado al legislador. En la concretización por el legislador o por el juez —si interpreta "conforme a la Constitución"—, se ha de prestar siempre atención a la armonía de los principios constitucionales, que se pueden recíprocamente complementar, pero también limitar recíprocamente.

Al posible sentido literal y al contexto corresponde, según esto, sobre todo una función delimitadora. Dentro de los límites de este modo conseguidos, son con frecuencia posibles aún varias interpretaciones. Entonces son decisivos sobre todo los criterios teleológicos. A las ideas normativas de los autores de la ley se ha de recurrir complementariamente; éstas pueden alcanzar importancia decisiva, por ejemplo, cuando el legislador se ha apartado, por motivos por lo demás difícilmente perceptibles, de su concepto en una cuestión particular, o los autores de la ley se equivocaron en la formulación.

Si, según esto, tampoco existe una relación jerárquica en el sentido de que la importancia de los criterios particulares constare de una vez para siempre o pudiera ser de alguna manera indicada en cifras, no están, por cierto, sin relación unos al lado de otros, sino que tienen que ser vistos en la diversidad de su función y en su armonía. Están en una conexión recíproca, y su importancia en cada caso se determina, no en última instancia, por lo

que representan en el caso particular. Frecuentemente pueden apoyarse recíprocamente, para lo cual recuérdese otra vez como ejemplo la resolución del Tribunal Supremo Federal sobre el "poseedor de una mina". Pueden surgir resultados contradictorios sobre todo cuando, debido a la amplitud de tiempo, a un cambio de la situación normativa o de los principios jurídicos que ya no son decisivos, ya no parece sostenible la interpretación originaria orientada al fin del legislador histórico o a las ideas normativas de los autores de la ley. Acerca del cambio de situación normativa hemos de decir algo todavía. En el caso del cambio de los principios de valoración decisivos, vale lo ya dicho sobre la evitación de contradicciones de valoración. Si la interpretación más antigua está en contradicción con un principio constitucional, ha de examinarse si es posible una interpretación conforme a la Constitución; si lo es, ha de preferirse ésta; si no lo es, ha de negarse validez a la norma como contraria a la Constitución. En suma, la mayoría de los problemas de interpretación pueden así resolverse metódicamente.

No debiera sorprender el que no pueda decirse, con precisión definitiva, cuándo un argumento obtenido de la historia de la génesis de la ley ha de situarse detrás de los criterios teleológico-objetivos, así como en qué momento una interpretación originariamente legitimada ha de ceder ante una que se orienta por las pautas actuales. La interpretación no es, como hemos subrayado siempre, un ejemplo de cálculo, sino una actividad creadora del espíritu. No de otro modo que en el enjuiciamiento de un hecho particular en base a una pauta de valoración que precisa ser llenada de contenido o a una coordinación tipológica, al intérprete le queda, también en casos límite —éstos son los que particularmente llegan a la resolución de los tribunales más altos—, un margen de libre enjuiciamiento, dentro del cual son "defendibles" diferentes resoluciones. Lo mismo que, por lo demás, no está justificado declarar carente de valor el procedimiento metódico y totalmente arbitraria la "elección del método" a causa de este margen remanente de libre enjuiciamiento. Del intérprete se ha de exigir, ciertamente, que tenga en cuenta los diferentes criterios de interpretación y que fundamente por qué considera a uno decisivo aquí. Los tribunales con frecuencia de hecho no lo hacen. Si esto se explica en parte por la premura de tiempo bajo la que están, esta disculpa no vale para la labor interpretativa de la Ciencia del Derecho. Su credibilidad depende de que sus resultados resistan la crítica metódica.

3. La interpretación de factores co-determinantes

a) LA ASPIRACIÓN A UNA RESOLUCIÓN JUSTA DEL CASO

El juez que interpreta una ley, lo hace en relación con un "caso" concreto que ha de resolver. Los jueces alemanes ven en la mayor parte su misión, al menos en el campo del Derecho civil, en resolver "justamente" el caso a ellos sometido. Esta aspiración la hemos calificado (*supra*, cap. 2, 3 e) de legítima. Todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de justicia, sólo desde la cual es capaz de justificar en última instancia su pretensión de validez (en el sentido normativo). Es lícito someter la ley a la tendencia de posibilitar soluciones que satisfagan a la justicia. El juez civil entiende por una resolución "justa" del caso aquella que rinde cuenta de la petición justa de ambas partes, que establece un ponderado equilibrio de intereses y, por ello, puede ser aceptada por cada parte en tanto considera también adecuadamente el interés de la parte contraria. Aunque tampoco esta meta pueda siempre ser alcanzada, aspirar a ella constituye para el juez su ethos.

Para algunos jueces es obvia la tentación de dejar de lado, debido a esta meta, el complicado y no siempre satisfactorio camino relativo a la interpretación y aplicación de la ley, y tomar su resolución inmediatamente de su "pronunciamento" judicial, de su sentimiento de justicia agudizado por las experiencias de su actividad judicial, de su propia comprensión de lo que es "justo" y "equitativo". La fundamentación de la resolución así obtenida se efectúa posteriormente, con lo cual, la meta, justamente la resolución antes anticipada, determina el camino. Este procedimiento lo hemos calificado antes (cap. 1, 3 b) de no legítimo, porque la ley no lo toma como pauta del hallazgo de la resolución y comporta el peligro de manipulación de la ley. No puede, ciertamente, impedirse al juez que se forme una preopinión en relación con la resolución que ha de encontrar. Él puede esperar hallarla confirmada por la ley. Pero esta fidelidad a la ley, a la que está obligado, exige de él la disposición a permitir que su preopinión sea rectificable por la ley. No le es lícito introducir en la ley lo que él desea extraer de ella. Un tal proceder no ofrecería ningún inconveniente, incluso en el sentido de aspiración a la justicia, sólo cuando el juez pudiera saber de antemano, en cada caso particular, cuál es aquí la resolución justa. No es así ciertamente. Ni el sentimiento jurídico (Isay), ni la precomprensión del juez (Esser), ni las "consideraciones jurídico-rationales" generales (Kriele), son un seguro indicador del camino, que pudiera hacer innecesario el "rodeo" en torno a la ley rectamente entendida. A ello se añade que la ley, en algunas materias, da preferencia fundadamente a la seguridad jurídica, a la oportunidad y a la practicabilidad, frente a la justicia del caso. Al juez tam-

poco le es lícito sobreponerse simplemente a la decisión valorativa del legislador, allí existente.

La justicia de la resolución del caso es, por ello, ciertamente una meta deseable de la actividad judicial, pero no un criterio de interpretación. Ahora bien, esto tampoco quiere decir, no obstante, que la aspiración a una resolución "adecuada al caso" no deba desempeñar papel alguno en la interpretación. Incluso es de gran importancia. Pues de ella parte continuamente el impulso para examinar detenidamente de nuevo la interpretación de la ley y para hallar nuevos puntos de vista. El juez espera de la ley, y le es lícito esperar, que en general le posibilite una resolución justa o por lo menos "defendible" bajo el punto de vista de la justicia. Si se ve defraudado en esta esperanza, esto es para él motivo suficiente para poner en tela de juicio y para examinar de nuevo la interpretación por él hasta entonces aceptada. Cuál sea la solución "justa" en el caso concreto, es algo que puede ser muy dudoso; para algunos casos no existe, en absoluto, solución alguna que sea la única justa. Pero existen resoluciones que son evidentemente injustas. Si le fuera necesaria una determinada interpretación para pronunciar una resolución tal, eso tiene para el juez el significado de una señal de alarma. El juez se preguntará entonces si, en las premisas por él aceptadas, no se ha incurrido en alguna parte en un error.

Esto ciertamente nada cambia respecto a que el juez ha de resolver según la ley, concebida ésta como una parte del orden jurídico total, y no según una "convicción de rectitud" ya no respaldada por la ley. A no ser que la misma ley deje al juez un margen libre al propio enjuiciamiento y a la propia valoración en relación con su interpretación y con la concretización de las pautas de valoración en ella contenidas, el juez tiene que atenerse a lo que la ley y el Derecho proveen con una interpretación adecuada al método. La aspiración a una justicia del caso es así un factor legítimo en el proceso de interpretación de la ley y del desarrollo judicial del Derecho, en tanto no induzca al juez a manipular la ley según sus convicciones. Como estímulo continuo para un siempre renovado examen, es imprescindible; como tentación continua para el juez de sortear el Derecho legal, de sustituir con su propia idea de justicia las pautas legales, es peligrosa. Las indicaciones metódicas ayudan poco aquí; en caso de conflicto, continuamente posible, entre la fidelidad a la ley, que le está preceptuada, y la justicia del caso, por él buscada, el juez sólo puede, en último término, fallar según su propia conciencia. Si hoy el péndulo se inclina mucho claramente hacia el lado de la justicia del caso,⁶³ esto tiene también relación con la pér-

63. Es significativa al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la admisibilidad de una "indemnización por daño personal" en los casos de lesión del derecho a la personalidad; NJW 73, 1221. El Tribunal Constitucional Federal, comparándolo con un supuesto "menoscabo de la justicia en el caso particular", que de lo contrario se daría, no receló añadir aquí el epíteto peyorativo "formal". Cfr. sobre esta resolución mi artículo en "Archiv für Presserecht", 1973, p. 450.

dida de autoridad del legislador actual, que sólo raras veces se toma aun el tiempo necesario y se toma la molestia de volver a examinar cuidadosamente sus formulaciones, y no raras veces omite en absoluto una regulación, cuando ésta puede y tiene que esperarse de él. Ambos fenómenos son graves en gran medida. El Estado de Derecho no puede renunciar, al menos en las complicadas relaciones de nuestro tiempo, ni a las leyes bien pensadas, ni a una Judicatura que toma en serio su vinculación "a la Ley y al Derecho".

b) EL CAMBIO DE LA SITUACIÓN NORMATIVA

Entre los factores que dan motivo a una revisión y, con ello, frecuentemente a una modificación de la interpretación anterior, corresponde una importancia destacada al cambio de la situación normativa. Se trata al respecto de que las relaciones de hecho o costumbres que el legislador histórico tenía ante la vista y conforme a las cuales había proyectado su regulación, para las cuales la había pensado, han variado de tal modo; que la norma nueva ya no se "ajusta" a las nuevas relaciones. Es el factor temporal quien se hace notar aquí. Toda ley está, como un hecho histórico, en relación activa con su tiempo. Pero el tiempo no está quieto; lo que en el momento del nacimiento de la ley operaba de un modo determinado, deseado por el legislador, puede operar posteriormente de un modo que ni el legislador ha previsto, ni, si él hubiera podido preverlo, hubiera estado dispuesto a aprobar. Pero, como quiera que la ley, debido a que pretende tener validez para una multitud de casos también futuros, busca también garantizar una cierta constancia en las relaciones interhumanas, la cual, por su parte, es el presupuesto para muchas disposiciones orientadas al futuro, por eso no todo cambio de relaciones comporta también de inmediato una modificación del contenido normativo. Más bien existe primeramente una relación de tensión, que sólo impele a una solución —por la vía de una interpretación modificada o de un desarrollo judicial del Derecho— cuando la insuficiencia de la comprensión pretérita de la ley ha llegado a ser "evidente".⁶⁴

La nueva interpretación, si quiere seguir siendo interpretación, tiene que radicar todavía en el marco del sentido literal (de entonces o de ahora) y también del contexto de la ley, y tampoco le es lícito sobreponerse, por regla general, al fin de la ley. Otra cosa ocurre cuando el fin originario ha llegado a ser inalcanzable o superfluo. Entonces se ha de preguntar, por de pronto, si la ley es capaz de cumplir otro fin racional en el marco del orden jurídico actual y atendiendo a las relaciones actuales. Si no es este el caso,

64. Cuando el denominado por Diederichsen (en el *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, p. 177) "argumento de insostenibilidad" actúa convincentemente.

es decir, si la aplicación de la ley hubiera de conducir a un resultado completamente carente de fin y de sentido, entonces la ley es inaplicable. Para este caso extremo vale el axioma "cessante razione legis, cessat lex ipsa".⁶⁵ Una situación tal puede producirse si una norma fue establecida precisamente sólo atendiendo a determinadas relaciones existentes de vez en cuando, y éstas no existen ahora. En cambio, cuando es aun pensable un fundamento o fin racional para una norma, aunque no sean los del legislador histórico, ésta sigue siendo aplicable con una interpretación adecuada a él.

Más frecuente es el caso en que precisamente también el fin originario, si sigue siendo alcanzable, exige, a la vista de las nuevas relaciones, otra interpretación, ya sea más "amplia", ya sea "más estricta". La jurisprudencia de los tribunales ofrece sobre esto una serie de ejemplos. Aducimos algunos en lo que sigue, que se refieren a la situación actual en el tráfico vial, completamente distinta en comparación con el comienzo de nuestro siglo.

En el primer caso se trata de la interpretación de las palabras "en el manejo" de un vehículo de tracción mecánica, en el § 7 del Código de circulación. El Tribunal del Reich había adoptado una interpretación estricta de estas palabras, en cuanto consideró que existía, en lo esencial, una relación con el manejo del vehículo sólo cuando y en tanto el vehículo se moviera en virtud de una fuerza motriz. Sólo consideró condicionada aún por el manejo una interrupción muy breve del movimiento continuo. Según la opinión del Tribunal Supremo Federal,⁶⁶ esta interpretación ya "no se ajustaba, en vista del poderoso aumento de vehículos de tracción mecánica y sus peligros, al sentido y fin del § 7 del Código de circulación". También un vehículo, que permanece con el motor apagado y durante largo tiempo en la calzada de una vía destinada a la circulación rápida, supone un peligro típico para la circulación de los otros usuarios de la vía. En una autopista, el peligro de un vehículo parado es incluso mayor que el de uno que circula. "Pero, entonces, es también necesario", declaró el Tribunal Supremo Federal, "y está justificado según el sentido y fin de las disposiciones sobre responsabilidad del Código de circulación, imputar un accidente que ocurre por choque con un vehículo parado, no sólo al manejo del vehículo que choca, sino también al del parado, y por ello imponer el deber de indemnización por daños a los tenedores de ambos vehículos bajo el punto de vista de responsabilidad por riesgo". Incluso si el legislador en el año 1908, sigue diciendo, hubiera visto el peligro principal del vehículo de tracción mecánica en su rápido movimiento basado en su fuerza motriz, esto no habría de excluir el ajustar el concepto "en el manejo" a las experiencias y exigencias de las relaciones actuales de tráfico. El juez "no habría cumplido su misión si se hubiera aferrado, bajo estas circunstancias, al excesivamente estricto concepto técnico-mecánico de manejo".

En el segundo caso se trata de la interpretación de las palabras "desde un espacio cerrado", en el § 243, ap. 1, n. 2, del Código penal. Aquí se trata de rendir cuenta, mediante una interpretación modificada de estas palabras, de la reforzada necesidad de protección que se ha originado por el aumento de robos en vehículos de motor. El Tribunal del Reich sólo había considerado "espacio cerrado" una parte acotada de la superficie de tierra o de agua, de modo que las construcciones móviles, como automóviles, coches-vivienda y aereo-

65. Sobre la procedencia de la Canonística de este aforismo y su vigencia en el Derecho común antiguo, cfr. H. Krause, *SavZKAN* 46 (1960), p. 81.

66. BGHZ 29, 163.

naves, no se incluían en él. El Tribunal Constitucional Federal ha abandonado esta restricción, no exigida por el sentido literal.⁶⁷ Como quiera que la restricción, hecha por el Tribunal del Reich, no era exigida ni por el sentido literal ni por el fin del precepto, en la interpretación nueva, "moderna", se trata todavía de hecho de una interpretación y no de una analogía, aquí prohibida.

Como último ejemplo, puede citarse la interpretación restrictiva, que el Tribunal Supremo Federal permite ahora conceder al privilegio de responsabilidad de los §§ 708, 1359, del BGB, para los casos en que la culpa del socio o cónyuge se refiere a su conducta en el tráfico vial.⁶⁸ El criterio de responsabilidad del § 708 del BGB, dice el Tribunal Supremo Federal, es "generalmente inadecuado para el Derecho del tráfico vial". Al proseguir que esta regla podía "no ser querida" para este sector "según la génesis y el fin de la ley" y que se trata de una norma "que sólo tiene ante la vista la regulación de las relaciones jurídico-patrimoniales entre los socios", entonces argumenta aquí con una voluntad hipotética del legislador histórico, respecto a lo cual adeuda toda prueba. De mayor peso es la alusión al peligro, ligado a una conducta equivocada en el tráfico vial, para la vida y la salud, no sólo de los demás socios (o del otro cónyuge), sino también de un tercero. En mi opinión, lo decisivo es que la conducción de un vehículo de tracción mecánica, incluso cuando sucede exclusivamente en propio interés, nunca puede ser considerado únicamente, dentro de las actuales relaciones, como "asunto propio" del conductor en el sentido que la ley tiene en cuenta.⁶⁹ Pues toda negligencia en esta actividad expone a un peligro, no sólo al propio agente, sino también a un tercero. Una privilegización de tal negligencia, aunque sólo sea en la relación con otros socios y con el cónyuge, no puede, por ello, basarse en el sentido de la ley. Si se sigue este razonamiento, entonces se trata todavía de una interpretación restrictiva (a saber, de las palabras "en asuntos propios"); en otro caso se tiene que admitir una reducción teleológica.

Junto al cambio de la situación normativa existen, sobre todo, estos hechos: cambios en la estructura de todo el orden jurídico,⁷⁰ una clara tendencia de la legislación más reciente, una nueva comprensión de la *ratio legis* o de los criterios teleológico-objetivos, así como de la necesidad de adecuación del Derecho preconstitucional a los principios constitucionales, los cuales pueden ocasionar una nueva interpretación. De ello se ha hablado ya. Los tribunales pueden dejar su interpretación anterior, porque se han convencido que no era recta, que se apoyaba en una suposición falsa o en conclusiones no suficientemente seguras. Pero, al tomar en consideración el factor temporal, puede también resultar que una interpretación, que antes era correcta, ahora ya no lo sea. El preciso momento, en que ha dejado de ser "correcta", no se puede fijar. Esto se basa en que los cambios subyacentes se efectúan en su mayor parte de una manera continua, no de golpe. Durante un "tiempo intermedio" pueden ser "defendibles" ambas cosas: el mantener una interpretación constante y el paso a una interpretación modificada, adecuada al tiempo.

67. BGHZ 1, 167.

68. BGHZ 46, 313; 53, 352.

69. Cfr. al respecto mi artículo en el *Festschrift für Harry Westermann*, 1974, pp. 299 ss.

70. Así el Tribunal Constitucional Federal —E 7, 342, 350— ha negado la aplicabilidad del "principio de codificación" del art. 3, 55, 218, de la EGBGB, al Derecho del Trabajo, porque éste ha sido desgajado del Derecho privado "por la evolución socio-jurídica acaecida desde la promulgación del BGB".

Si se trata de un precepto constitucional fundamental para la organización del Estado democrático de Derecho o del orden de valores que ha de expresarse en los derechos fundamentales, se tiene que ser especialmente cauto en la adopción de un "cambio de significado". A tales normas corresponde una alta función de estabilización, por lo cual su modificación en el procedimiento legislativo está ligada a presupuestos difíciles. También existen límites a su modificación por la vía de una interpretación nueva. El reelaborarlos ya no es asunto de la Metodología, sino tarea de la Ciencia del Derecho constitucional.⁷¹

4. Problemas especiales de la interpretación

a) INTERPRETACIÓN "ESTRICTA" Y "AMPLIA"; LA INTERPRETACIÓN DE "DISPOSICIONES EXCEPCIONALES"

Con frecuencia se habla de que una disposición se ha de interpretar o "estrictamente" ("restrictivamente") o "ampliamente" ("extensivamente"). Lo que se quiere decir con ello, no siempre está claro. Engisch⁷² ha mostrado nada menos que cuatro significados diferentes de este par de conceptos. Él mismo se decide por una interpretación que parte de la teoría subjetiva de la interpretación. Según él, vale, dentro del posible sentido literal, el significado del término que se ajusta a la "voluntad del legislador" que está detrás de él —en nuestro modo de expresión, a las ideas normativas de los autores de la ley—. Según esto, es necesaria una interpretación "restrictiva" cuando un significado concebido como relativamente estricto responde a la "voluntad del legislador"; una interpretación "extensiva", cuando un significado ampliamente concebido responde a tal voluntad. No obstante, las ideas normativas de los autores de la ley son, como hemos visto, sólo un criterio de interpretación entre otros; no son, en modo alguno, vinculantes para el intérprete. La meta última de la interpretación no es averiguar la "voluntad real" del legislador histórico, sino averiguar el significado de la ley hoy jurídicamente decisivo. Por cierto que este significado, como hemos subrayado constantemente, tiene todavía que inscribirse dentro de la posible esfera del sentido del término. Pero el posible sentido literal es, como sabemos, variable. Entre los diferentes significados ha de denominarse "estricto" aquel que, en relación con otro posible, tiene un ámbito de aplicación estricto; y "amplio" aquel que tiene un ámbito de aplicación amplio. Tratándose de términos que son tomados del lenguaje usual, el significado estricto, por regla general, se identificará con la denominada esfera nuclear,

la cual se tiene en primer lugar en cuenta al usar este término; "amplio" es entonces aquel significado que, en mayor o menor medida, comprende también fenómenos de la esfera marginal, que en el uso general del lenguaje sólo algunas veces se tienen también en cuenta. Sobrepasar la esfera marginal, concebida tan amplia como fuese posible, ya no sería interpretación, lo mismo que excluir aquellos fenómenos que indudablemente se inscriben en la esfera nuclear. En el primer caso podría tratarse sólo de una analogía; en el segundo, de una reducción teleológica de la ley.

71. Al respecto Lerche, *Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum*, en *Festschrift für Maunz*, p. 285; cfr. también BVerfGE 2, 380, 401; 3, 407, 422.

72. *Einführung in das juristische Denken*, pp. 100 ss.

4. El desarrollo del Derecho más allá del plan de la ley (el desarrollo del Derecho superador de la ley)

Habíamos dicho que una laguna legal es una "incompletez contraria al plan" de la ley. El juez tiene que colmarla para aplicar la ley conforme al sentido, y esto quiere decir en el sentido del plan subyacente a la regulación y en el de las valoraciones a él inmanentes. Pero la jurisprudencia de los tribunales asimismo ha desarrollado el orden jurídico en muchos casos en los que, por cierto, no puede hablarse de una incompletez de la ley "contraria al plan". Esta jurisprudencia ha creado nuevos institutos jurídicos, que no estaban presentes en el plan originario de la ley, es más, eran contrarios a él; ya sea en atención a una necesidad ineludible del orden jurídico, a un principio jurídico cuya significación sólo fue conocida posteriormente o a un principio constitucional. Incluso si, por regla general, aún pudieran hallarse en la ley ciertos puntos de apoyo para un tal "desarrollo del Derecho superador de la ley", éste trasciende en verdad el marco de una mera integración de lagunas. Tal desarrollo ya no se orienta sólo a la *ratio legis*, a la propia teleología inmanente a la ley, sino, además, a una idea jurídica trascendente a ella. Se comprende que, también un tal desarrollo del Derecho, tiene que seguir estando en consonancia con los principios generales del orden jurídico y con el "orden de valores" constitucionales; es más, sólo puede justificarse por esa consonancia. Se trata, por tanto, de un desarrollo del Derecho ciertamente "extra legem", al margen de la regulación legal, pero "intra ius", dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base. Si, al respecto, tampoco son ya suficientes los medios auxiliares metódicos antes discutidos de interpretación de la ley y del desarrollo del Derecho inmanente a la ley, entonces un tal desarrollo del Derecho precisa también ser fundamentado con consideraciones jurídicas. En las páginas que siguen debe discutirse de qué clase son estas consideraciones y dónde residen los límites de un tal desarrollo del Derecho.

a) EL DESARROLLO DEL DERECHO ATENDIENDO A LAS NECESIDADES DEL TRÁFICO JURÍDICO

En el campo del Derecho civil hallamos hoy algunos institutos jurídicos, que no están previstos en la ley misma, pero que la jurisprudencia de los tribunales, en parte sólo después de algunas vacilaciones, ha admitido y desarrollado ulteriormente, porque existe manifiestamente respecto a ellos una necesidad del tráfico. ~~Conviene mencionar la transmisión de garantía, la autorización para el cobro y el derecho en expectativa, especialmente su transferibilidad. En todos estos casos no se trata de una jurisprudencia ju-~~

cia de los tribunales en un "desarrollo del Derecho superador de la ley".
 Para nosotros es de especial interés, en conexión con esto, la alusión a la "naturaleza de la cosa".

b) EL DESARROLLO DEL DERECHO
 ATENDIENDO A LA "NATURALEZA DE LA COSA"

Precisamente en los últimos años se ha vuelto a escribir muchísimo acerca del concepto de "naturaleza de la cosa", sin que sobre él se haya conseguido hasta ahora un general acuerdo o una delimitación clara.¹¹⁰ La discusión incide ampliamente en cuestiones fundamentales jurídico-filosóficas; se trata de la relación entre ser y deber ser, ser material y espiritual, realidad y valor. Quien en esto no sólo ve elementos distinguibles del ser humano, en el sentido más amplio —al cual pertenece también el Derecho como "espíritu objetivo"—, sino antítesis recíprocamente excluyentes, no le sirve para nada la "naturaleza de la cosa". Pues, quien divisa en la "naturaleza de la cosa" una ayuda orientadora, tanto para el legislador como para el juez que desarrolla el Derecho, le atribuye ya con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y que penetra en la esfera de lo que es capaz de sentido y de valor. Lo que con esto se quiere decir es, en primer lugar, que ciertos datos fundamentales pertinentes a la naturaleza corporal o a la anímica y espiritual del hombre, que no son variables o lo son sólo difícilmente y en amplios periodos, tienen que ser tenidos en cuenta por el Derecho; si sirven al hombre, no se les debe pedir un precio excesivo. Se quiere decir, además, que ciertas instituciones, creadas y usadas por los hombres, precisan, cuando y mientras existan, ciertas reglas, si es que han de cumplir su fin y funcionar de acuerdo con él. No se quiere decir que de ello resulte ya un orden jurídico acabado, algo así como un "Derecho natural con contenido cambiante". La "naturaleza de la cosa" deja constantemente margen para las más diferentes posibilidades de configuración, pero también excluye algunas por plenamente "ajenas a la cosa", inadecuadas a la cosa. Aquella contiene, para hablar con Henkel,¹¹¹ "únicamente elementos de orden y estructuras como pre-formas del Derecho, que, por cierto, operan decisivamente en el proceso de formación del Derecho, pero dejan todavía abierta, más o menos ampliamente, la normación jurídica respecto a ulteriores factores conformadores". Aquí no es posible adentrarse más en el discutido problema.

La naturaleza de la cosa es de gran importancia en conexión con la exi-

110. Cfr. al respecto las indicaciones en la Primera parte, cap. 5, 1 (p. 150, nota 35).

111. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 381.

gencia de justicia de tratar desigualmente lo desigual; ésta exige del legislador y, dado el caso, del juez, que diferencie adecuadamente. Además de ello, es importante para la cuestión acerca de qué precisa realmente una regulación y qué factores se han de considerar en la regulación. Así, la naturaleza de la cosa exige distinguir, tanto en el tráfico jurídico-negocial como en relación con la responsabilidad jurídico-civil y jurídico-penal, entre niños, adolescentes y adultos. De esto se infiere, que han de considerarse al respecto el grado de madurez intelectual —típico para la edad respectiva o que se ha de averiguar en el caso particular— y la capacidad de aceptar la responsabilidad y de actuar según ella. De la natural necesidad de ayuda que tiene el niño, en especial el niño pequeño, se sigue la necesidad de regular el derecho y el deber de cuidado del niño; al efecto, parece conforme a la naturaleza de la cosa, aquí del hombre, que, en general, son los padres los más directamente llamados a ello. Si existe un Derecho hereditario privado, entonces está de acuerdo con la naturaleza de la cosa que el heredero responda por las deudas del causante, pues éstas suponen partidas económicas pasivas del patrimonio que pasa a aquél, y no existe razón alguna para dejar enriquecerse al heredero a costa de los acreedores del causante. Del mismo modo, no está justificado que los acreedores puedan atenderse también ahora al patrimonio restante del heredero; partiendo de la cosa misma, se plantea así, por tanto, el problema de una restricción de la responsabilidad del heredero a los bienes relictos. Queda abierta la pregunta de cómo soluciona en particular estos problemas un orden jurídico. De la naturaleza de la cosa "dinero" se sigue, para la deuda pecuniaria, que ésta no puede simplemente equipararse a una obligación real normal. El deudor de dinero está obligado a proporcionar un valor en dinero nominal expresado en cifras, no a la entrega de una determinada mercancía. Nadie llegará a pensar en "alquilar" billetes de banco, es decir, en obligarse a devolver los mismos billetes después del uso. Esto sería contrario a la cosa, porque el único uso posible de los billetes de banco consiste en gastarlos. El uso temporal de una suma de dinero no es por ello posible en la forma jurídica de alquiler, sino sólo en la de préstamo. De ello se sigue también la identidad de función de los intereses del préstamo y de los intereses del alquiler y, por tanto, la "naturaleza" jurídica del préstamo con interés como un contrato bilateral.

La naturaleza de la cosa es un criterio teleológico-objetivo de interpretación, siempre que no se pueda suponer que el legislador haya querido desdenarla. Sin embargo, precisamente aquí hay que tener en cuenta que aquella permite en concreto, las más de las veces, diferentes posibilidades de regulación. No debe, por tanto, atribuírsele la que precisamente se desea obtener como resultado. La naturaleza de la cosa es de gran importancia en orden a la "ponderación de bienes en el caso particular". Dos ejemplos al respecto de la jurisprudencia de los tribunales ya discutida. En la senten-

cia del caso de las farmacias,¹¹² el Tribunal Constitucional Federal distingue entre las restricciones a la libertad de asunción de la profesión, que se siguen de la exigencia de una cualificación profesional comprobable de modo determinado, y las "condiciones objetivas de la admisión, que no tienen que ver con la cualificación del aspirante a la profesión y en las que él no puede ejercer influencia alguna". Sólo respecto a las últimas restricciones considera que se puede dar un conflicto con el derecho fundamental a la libre elección de profesión; en cambio, las restricciones de la primera clase se legitiman "partiendo de la cosa". Éstas se basaban en que muchas profesiones requieren determinados conocimientos técnicos y habilidades, que sólo se adquieren por la instrucción teórica y práctica, y su ejercicio, sin tales conocimientos, "sería o imposible o inadecuado a la cosa". El legislador concretizó y formalizó aquí sólo este "requisito resultante de una relación de vida previamente dada". En la sentencia "Mephisto" (BVerfGE 30,133) se trata también de la naturaleza de la cosa "arte". Si pertenece a la naturaleza, es decir, a la estructura espiritual de una obra de arte, que las personas en ella descritas tienen una existencia propia, inconfundible frente, por ejemplo, a un modelo preexistente en la realidad histórica, entonces es muy pequeña la posibilidad de que la representación en la obra de arte afecte al honor o memoria de una persona histórica.

Cuando la regulación legal falsifica burdamente la naturaleza de la cosa, la jurisprudencia de los tribunales la ha corregido, de vez en cuando, mediante un desarrollo del Derecho superador de la ley. Un caso de esta índole lo constituye la jurisprudencia de los tribunales con respecto a la regulación de la asociación sin capacidad jurídica. Heinrich Stoll hizo notar sobre ello ya en el año 1929:¹¹³ "Pero si el legislador pasa por alto o desprecia la naturaleza de las cosas, y cree poder configurar el mundo según sus deseos, pronto tendrá que experimentar la verdad de la máxima horaciana: naturam expellas furca tamen usque recurret".

El legislador del BGB sometió las asociaciones sin capacidad jurídica a las reglas sobre la sociedad (§ 54, ap. 1 del BGB). Con ello menospreció la fundamental diferencia estructural que existe entre una típica sociedad del Derecho civil y una asociación sin capacidad jurídica. La sociedad del Derecho civil es típicamente una unión que sólo comprende a pocas personas, que están unidas por una relación de confianza recíproca. Por ello, la subsistencia de la sociedad depende en principio de que precisamente pertenezcan a ella estas personas determinadas; hacia el exterior se manifiesta también como pluralidad de personas, no como unidad; la defensa de los asuntos comunes compete, en principio, a todos los socios juntamente. En cambio, la asociación, aunque no tiene capacidad jurídica, es, según su tipo estructural, una agrupación de personas que, independientemente de los miembros que concretamente tenga, persigue un determinado fin con ayuda de la organización creada para ello. Una agrupación tal de personas precisa una regulación del

112. BVerfGE 7, 371, 406.

113. En su artículo *Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, en el *Festschrift für das Reichsgericht*, 1929, t. II, p. 49.

ingreso y salida de los miembros, de la formación de voluntad y de la representación hacia afuera. Por cierto que la mayoría de los preceptos sobre la sociedad son Derecho dispositivo y, por ello, pueden ajustarse hasta cierto punto, por medio de los estatutos y de su interpretación por la jurisprudencia de los tribunales, a la estructura de una asociación. Pero aquí se trata, al menos parcialmente, sólo de un artificio. Gustav Boehmer ha observado acertadamente¹¹⁴ que en realidad se trata también aquí de una creación judicial del Derecho, que ha sustituido los preceptos legales inadecuados por otros creados por ella misma. Tampoco por esta vía pueden solucionarse todas las cuestiones.¹¹⁵ Entre ellas están la cuestión de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad de la asociación por actos lesivos de su Consejo directivo y de sus representantes según los estatutos. En la cuestión de la capacidad de ser parte activa, el Tribunal Supremo Federal ha corregido claramente la ley, si bien limitándose provisionalmente a los sindicatos con la forma jurídica de una asociación sin capacidad jurídica.¹¹⁶ La facultad para ello la dedujo de que la negación de la capacidad de ser parte activa en el proceso civil ya no es compatible, por lo que respecta a los sindicatos, con su importancia actual, reconocida en la Constitución. El Tribunal dejó expresamente sin decidir si la plena capacidad de ser parte, de acuerdo con la naturaleza de la cosa, se ha de afirmar de todas las asociaciones sin capacidad jurídica, o en todo caso de aquéllas con gran número de miembros.

Un desarrollo del Derecho superador de la ley, con el que la jurisprudencia de los tribunales ha intentado ajustarse a la naturaleza de la cosa, es la denominada teoría del saldo en el Derecho sobre enriquecimiento.¹¹⁷ Si un contrato bilateral, que ahora resulta nulo, ha sido cumplido total o parcialmente por ambas partes, existen para cada parte, según la regulación legal, pretensiones de enriquecimiento en caso de retroliquidación, cada una de las cuales es independiente de la otra. Esto puede conducir a que una parte tenga que devolver lo recibido, incluso cuando ella no recupere su propia aportación porque la otra la ha consumido sin sustituirla y se apoya en la desaparición de su enriquecimiento (§ 818, ap. 3, BGB). Este resultado es inadecuado, porque ambas partes no se han hecho una aportación cada una a sí misma, sino que, según su entender, se han intercambiado las aportaciones recíprocamente. La teoría del saldo quiere dar cuenta de esto al considerar en principio sólo enriquecido a aquel que, en el resultado final, ha recibido por saldo más de lo que ha aportado. Ciertamente, tampoco la teoría del saldo conduce siempre a resultados satisfactorios. No faltan, por tanto, intentos teóricos de sustituirla por una solución mejor.¹¹⁸ No hay por qué entrar aquí en ello. Así como el BGB no ha encontrado preceptos adecuados a la cosa sobre la retroliquidación de contratos bilaterales nulos, así tampoco sobre la liquidación de una sociedad defectuosa que ya ha entrado en ejecución. Aquí la jurisprudencia de los tribunales ha se-

114. Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, t. II, 2, p. 173.

115. Cfr. *mi Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, § 10, VI.

116. BGHZ 42, 210; 50, 325.

117. Cfr. *mi Lehrbuch des Schuldrechts*, 11.ª ed., § 70, III.

118. Asi Fiume, en *Festschrift für Niedermeyer*, 1953, p. 103; NJW 70, 1161; Diesselhorst, *Die Natur der Sache, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldo-Theorie*, 1968. Fundamentalmente para la teoría del saldo Honsel, NJW 73, 350. Cfr. además Medicus, *Bürgerliches Recht*, 8.ª ed., 1978, nota marginal 224 ss.

guido el camino de una reducción teleológica de los preceptos sobre nulidad (cfr. *supra*, 2 d). No entra en consideración aquí "hacer un saldo" de todas las aportaciones particulares de los socios, porque los socios no han hecho las aportaciones unos a otros, sino al patrimonio de la sociedad común a todos, han obtenido con él ganancias y han recibido de él prestaciones. Pertenece a la naturaleza de la cosa que, para la liquidación, tanto de un contrato bilateral nulo como de una sociedad, son precisas en cada caso regulaciones adecuadas a la peculiaridad de las relaciones jurídicas subyacentes, incluso defectuosas; respecto a esto, la ley no hizo todo lo posible. En la ausencia de una tal regulación puede verse una laguna de la ley; esta laguna no es posible colmarla sin trascender la ley.

c) EL DESARROLLO DEL DERECHO
ATENDIENDO A UN PRINCIPIO ÉTICO-JURÍDICO

Los principios ético-jurídicos son pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden "justificar" decisiones jurídicas. Se distinguen de los principios técnico-jurídicos, que se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia; por este motivo pueden ser entendidos como acuñaciones y especificaciones especiales de la idea del Derecho, tal como ésta se muestra en la "conciencia jurídica general" en este grado de evolución histórica. En cuanto "principios", no son reglas inmediatamente aplicables a los casos particulares, sino ideas directivas, cuya transformación en reglas, que posibiliten una resolución, tiene lugar en parte por la legislación, en parte por la jurisprudencia de los tribunales según el proceso que hemos descrito anteriormente de la concretización y del perfeccionamiento de principios más especiales mediante la formación de grupos de casos. Algunos de ellos tienen, como hemos visto, el rango de normas constitucionales; otros, como el principio de "buena fe", están expresados en las leyes, o se infiere de ellas, retornando a la *ratio legis*, el fundamento justificante de una regulación legal. En cuanto "criterios teleológico-objetivos" codeterminan la interpretación y también la integración de lagunas; aquí constituyen la base de una "analogía general" y de vez en cuando también de una reducción teleológica.

Se trata de un desarrollo del Derecho superador de la ley, atendiendo a un principio ético-jurídico, cuando un tal principio, o también un nuevo ámbito de aplicación de tal principio, es conocido por primera vez y expresado de modo convincente. El motivo para ello lo constituye las más de las veces un caso, que no puede ser solucionado de un modo que satisfaga la conciencia jurídica con los medios de la interpretación legal y de un desarrollo del Derecho inmanente a la ley, o bien una serie de tales casos. Según

Esser,¹¹⁹ los principios jurídicos, que todavía no están positivizados, irrumpen "en el pensamiento jurídico por el umbral de la conciencia debido a un caso paradigmático". Un día serán formulados por la doctrina o por un tribunal, y hallan luego, más o menos pronto, debido a la fuerza de convicción a ellos inherente, reconocimiento general en la conciencia jurídica del momento. Muchas veces contribuye a ello la comprobación de que, a pesar de ser desconocidos, han servido ya de base a la jurisprudencia de los tribunales anterior. Lo que Dölle¹²⁰ ha llamado un "descubrimiento jurídico", no es en verdad otra cosa que la formulación, por primera vez, de un tal principio (o de un nuevo ámbito de aplicación del principio), mediante el cual se hizo apto para convertirse en parte integrante del Derecho actual (como un "todo con sentido"). De él forma parte también la comprobación de su compatibilidad con los principios ya reconocidos, especialmente con los de rango constitucional. Al conocimiento y formulación del principio va unido su esclarecimiento mediante casos paradigmáticos, la delimitación de su alcance en relación con otros principios y con una regulación positiva, su concretización respecto a grupos de casos y, finalmente, la plasmación en una "doctrina" bien estructurada. Así, en los últimos decenios se han desarrollado en el Derecho civil, las más de las veces apelando al principio fundamental de "buena fe": las doctrinas del abuso de derecho, de la caducidad, de la desaparición de la base del negocio, del "deber de fidelidad" del socio, del "deber de asistencia" en la relación laboral, de los "deberes de protección" y de la responsabilidad por "culpa in contrahendo". Por cierto que, para todas estas doctrinas, se encuentra el punto de conexión legal en el § 242 del BGB; pero, de hecho, ellas van más allá de lo que puede inferirse por la vía de la interpretación y concretización casuística de la ley.

En el ejemplo de la "culpa in contrahendo" se puede conocer, con especial claridad, cómo se realiza la formación de una tal doctrina. Ihering, que la desarrolló por primera vez en el año 1861,¹²¹ describe, al principio de su estudio, cómo llegó a ella. Ya desde hace años, dice, le había ocasionado grandes dificultades, al interpretar la doctrina del error, la cuestión de si la parte que yerra no "responde frente a la otra parte de la indemnización del daño que por su culpa le ha causado". Las fuentes parecían exigir una contestación negativa a la pregunta; pero "es evidente la falta de equidad y el desconsuelo práctico de un tal resultado". La sensibilidad ético-jurídica de Ihering no se conformaba, por tanto, con el resultado de las reglas de las Pandectas. Pues bien, él se aclaró su insuficiencia con varios casos paradigmáticos y se preguntó en qué se basaba su peculiaridad en relación con otros casos. Halló que ésta se basaba en que la culpa es cometida "con ocasión de una relación contractual intentada". Con ello había conseguido el conocimiento decisivo para su valoración: se trataba de casos de una culpa en la conclusión de contratos, de una "culpa in contrahendo". Sólo ahora —y esto es especialmente notable en su relato— acudió a la literatura del Derecho romano y encontró en ella "una serie de otros casos en los que se repetía el mismo supuesto de hecho, y entre ellos, para mi alegría, también uno en el que la ne-

119. Esser, *Grundsatz und Norm...*, p. 53.

120. En su ponencia en el 42. Deutscher Juristentag.

121. En JhJ, t. IV, p. 1.

cesidad de una acción judicial, ciertamente sin suficiente fundamentación, había sido ya reconocida por la teoría. Pero el hallazgo más importante de todos para mí fue, sin embargo, el de que el mismo Derecho romano había declarado en dos casos, el de la venta de una *res extra commercium* y el de una herencia inexistente, la obligación de indemnización por daños". Con esto, Ihering creía haber hallado suficientes puntos de apoyo en el Derecho positivo de su tiempo para, mediante una interpretación de las fuentes y de una analogía general, "sacar a la luz el contenido más bien oculto que declarado en las resoluciones de las fuentes, tal como ahora ha de intentarse".

El relato de Ihering sobre este origen, tan digno de agradecimiento, no deja lugar a dudas respecto a por qué vía llegó a conocer el principio de una responsabilidad especial por una "culpa in contrahendo". Al principio tuvo lugar su valoración ético-jurídica; a ella siguió un análisis de los casos a que se refería y su comparación con otros casos; sobre esto formuló él el principio. Sólo después buscó casos de aplicación de este principio en el Derecho romano y en la Jurisprudencia de su tiempo. No obstante, los casos de aplicación hallados por él, escasos y en cierto modo remotos, no le satisfacían; por ello intentó "comprobar y fundamentar, con la generalidad que le correspondía, el concepto de culpa in contrahendo, hasta entonces desarrollado únicamente aplicándolo a los dos casos transmitidos por las fuentes".¹²² Buscó la fundamentación interna, o justificación de la responsabilidad por él postulada, y la halló en esta idea: "El que contrata, pasa con ello desde el ámbito de deberes puramente negativos del tráfico extracontractual al positivo de la esfera contractual". Esto quiere decir, modernamente expresado, que, quien mantiene negociaciones contractuales con otro, acepta ya por ello altos deberes, no sólo los relativos a la omisión de actos lesivos, sino también los relativos a un hacer positivo, siempre que la otra parte pueda, según las circunstancias, esperarlos de él. Esto ciertamente no era, en primer lugar, otra cosa que la manifestación de una idea jurídica, cuya validez general para el Derecho positivo de entonces no pasaba de ser una afirmación. Pero la idea se fue imponiendo paulatinamente en la literatura y también más y más en la jurisprudencia de los tribunales. A pesar de que el BGB a su vez sólo la había recogido en algunos pocos preceptos particulares dispersos, pero de ningún modo con la generalidad a ella correspondiente según Ihering, la jurisprudencia de los tribunales se esforzó en realizarla por medio de un precontrato fingido o de otros artificios, hasta que Heinrich Stoll la asoció en 1923 al principio de confianza y pensó que, de ese modo, la había formulado tan convincentemente¹²³ que la doctrina sobre la responsabilidad por culpa in contrahendo se impuso generalmente en adelante. Esta doctrina ha experimentado, entretanto, un desarrollo cada vez más amplio debido a su enlace con los "deberes de protección" procedentes de la "buena fe" y a su aplicación a distintas configuraciones

122. L. c., pp. 41 ss.

123. En LeipzZ 23, 532.

de casos.¹²⁴ Lo que fuera iniciado por Ihering, lo prosiguieron autores posteriores, sobre todo Heinrich Stoll y Ballersterdt.¹²⁵ También el enlace de la idea de una responsabilidad por culpa in contrahendo con el principio de confianza y con la doctrina de los deberes de protección, fue un "descubrimiento jurídico" con el que se logró la posibilidad de un desarrollo del Derecho que trasciende con mucho el planteamiento contenido en la ley. La jurisprudencia de los tribunales ha seguido la doctrina en esto, con lo que a la vez se aclara la gran importancia de la Dogmática —entendida ésta como "pensamiento orientado a valores"— para el desarrollo del Derecho.

Algo similar ocurre con los hoy generalmente reconocidos "contratos con efectos beneficiosos para terceros".¹²⁶ Se trata al respecto de que los deberes de protección, fundados en una relación contractual o en una relación de confianza precontractual, pueden extenderse a aquellos terceros —que no han tomado parte por sí mismos en la conclusión del contrato—, que entran en contacto manifiesto con la prestación contractual o con la preparación de la conclusión del contrato pretendida, y que tienen un interés, cognoscible por la otra parte, en ser incluidos en la relación de protección de una de las partes contratantes. La jurisprudencia de los tribunales ha intentado alcanzar una tal protección de terceros, en primer lugar, por la vía de que, en casos particulares, se interpretaba el contrato concluido como un contrato de prestación a un tercero en el sentido del § 328, ap. 1, del BGB. Pero una tal interpretación no correspondía al acuerdo obtenido por las partes, pues éste en modo alguno pretendió otorgar al tercero protegible también el derecho a exigir la prestación contractual. No se trata de interpretación contractual, sino de un desarrollo del Derecho objetivo, en especial de la doctrina sobre los deberes de protección y su distinción del deber de prestación. El tercero, incluido en la relación de deber de protección contractual o precontractual, no puede, por cierto, exigir la prestación contractual, pero sí la indemnización de daños si él sufre, a causa de ello, un daño que lesiona un deber de protección, existente a su favor, a uno de los participantes en la conclusión del contrato o en las negociaciones contractuales. El resultado está claramente de acuerdo con un postulado de la justicia distributiva; la fundamentación no procede de la ley, pero está en consonancia con el principio de "buena fe" y con la doctrina a partir de él desarrollada sobre los deberes de protección contractual.

El Tribunal Constitucional Federal ha derivado diferentes principios jurídicos generales del principio de Estado de Derecho, sin haber hecho por cierto demasiado esfuerzo para demostrar que estaban contenidos en él. Los considero claramente evidentes. A éstos pertenece, en primer lugar, el principio, varias veces citado, de la proporcionalidad, en sus diferentes acu-

124. Respecto al estado actual, cfr. mi *Lehrbuch des Schuldrechts*, 10.^a ed., § 9.

125. En AcP 151, 501.

126. Cfr. respecto a ellos mi *Lehrbuch des Schuldrechts*, 11.^a ed., § 17, II.

ñaciones, en cuanto exigida por la debida medida, de la adecuación entre medio y fin, del medio "más idóneo" o de la "menor restricción posible" de aquel derecho o bien constitucionalmente protegido que, en el caso particular, tiene que ceder el puesto a otro bien jurídico igualmente protegido. De hecho, la idea de la "justa medida" está en una relación estrecha con la idea de justicia, tanto en el ejercicio de derechos como en la imposición de deberes y cargas, de equilibrio de intereses recíprocamente contrapuestos en la línea de su menor perjuicio posible. Pues aquélla, en el fondo, no quiere decir otra cosa que precisamente la justa medida en la relación de los hombres entre sí y con las cosas sometidas a su disposición. Esto ciertamente es sólo una descripción muy general y vaga, en relación con la cual el principio de proporcionalidad, tal como lo entiende el Tribunal Constitucional Federal, supone ya una cierta concretización.

Otro principio jurídico, que el Tribunal Constitucional Federal ha derivado asimismo del principio de Estado de Derecho, es el principio de confianza en la relación del ciudadano con la Legislación. Tal principio prohíbe en general una retroactividad de las leyes a supuestos de hecho ya concluidos, cuando y en tanto el ciudadano debiera confiar en la permanencia de la posición jurídica que de ello se origina para él.¹²⁷ El principio de confianza es un principio inmanente, sobre todo de nuestro orden jurídico civil, que, dentro de los límites que en cada caso le correspondan, puede pretender que se le tenga en cuenta en todas las ramas jurídicas. No toda confianza logra protección, sino sólo aquella que parece estar justificada por las circunstancias. Además de ello, el principio de confianza puede entrar en colisión con otros principios jurídicos, a los que puede corresponder primacía, bien en general o bien en el caso particular. De ello ha dado también cuenta el Tribunal Constitucional Federal. La protección de confianza, ha dicho,¹²⁸ no puede ser tenida en cuenta cuando la confianza en una determinada situación jurídica no estuviera objetivamente justificada. Por ello, la confianza no es digna de protección "si el ciudadano, según la situación jurídica en el momento con el que la ley relaciona la entrada de la consecuencia jurídica, tenía que contar con esta regulación", si el Derecho hasta entonces vigente "es oscuro o confuso", o si la ley, hasta entonces aparentemente vigente, a la que el ciudadano creía poder confiarse, no era válida. El legislador tiene que poder sustituir una disposición retroactiva nula por una norma a la que no puedan oponerse reparos jurídicos. Finalmente, podrían "justificar una disposición retroactiva razones de bien común que obligan a ello, que están supraordenadas al precepto de seguridad jurídica". De la retroactividad "propia" de las leyes, el Tribunal Constitucional Federal distingue la "impropia", en la que la ley no actúa

sobre supuestos de hecho ya terminados, pero sí sobre aquellos supuestos de hecho cuya realización ha comenzado ya. También en estos casos, estima el Tribunal Constitucional Federal,¹²⁹ es pensable "que se lesione la protección de confianza, cuando la ley efectúa una intromisión desvalorizante con la que no pudo contar el ciudadano, es decir, que él no pudo tener en cuenta con sus disposiciones". Pero, mientras que una retroactividad propia sólo es admisible cuando "la justifican razones del bien común que obligan a ello, supraordenadas al precepto de seguridad jurídica", en el caso de una ley con retroactividad impropia la confianza del individuo en la permanencia de una regulación legal ha de ponderarse junto con la importancia del interés legal en orden al bien de la generalidad; es decisiva al respecto, "de un lado, la dimensión del daño a la confianza y, de otro lado, la importancia del interés legislativo en orden al bien de la generalidad".¹³⁰ En lugar de atender a la magnitud del daño a la confianza, originado al ciudadano particular, que con frecuencia será difícilmente demostrable, hubiera sido mejor, por cierto, atender a la conveniencia de proteger la confianza. Quien —como en el caso últimamente resuelto— confía en que persiste la posibilidad de acordar una cláusula en las condiciones generales del negocio, que con frecuencia comporta injusticias y, por ello, ya desde hace algún tiempo se la estima problemática, no obtiene esta confianza. Tenía que contar también con la posibilidad de que un tribunal hubiera de negar validez a esta cláusula por la vía de un control del contenido. El límite del principio de confianza resulta ya, por tanto, de él mismo.

127. BVerfGE 7, 89, 92; 11, 64, 73; 13, 261, 271; 31, 222, 225 ss.

128. BVerfGE 13, 271 s.

del contrato. Esta situación no consiste precisamente en utilizar típicamente las condiciones generales del contrato. Aquel que utiliza condiciones generales del contrato determina solamente su contenido; el otro, el cliente de quien las utiliza, no está en situación de ejercer influencia sobre él en la mayoría de las veces; sólo le queda la aceptación global o la renuncia a una conclusión del contrato. Existe el peligro de que quien utiliza las condiciones las establezca unilateralmente en provecho propio y de que el cliente sea inicualemente perjudicado por ellas. Los tribunales se han opuesto a tales condiciones inicuas ante todo apelando al § 242 del BGB o a una analogía con el § 315, ap. 3 del BGB; la literatura les ha seguido en esto generalmente. Finalmente, el fruto de esta jurisprudencia de los tribunales ha sido recogido en la Ley para la regulación del Derecho de las condiciones generales del negocio de 9-XII-1976. Con ello ha hallado entrada en el Derecho legal de la República Federal la idea de la "justicia equitativa del contrato" —como correlato de la libertad contractual existente por principio—.

d) LÍMITES DEL DESARROLLO DEL DERECHO SUPERADOR DE LA LEY

Hemos señalado como límite de la interpretación, en el sentido estricto, el posible sentido literal; como condición previa de un desarrollo del Derecho *inmanente a la ley*, una laguna de la ley; y como límite de este último, la posibilidad de colmar la laguna de acuerdo con la teleología inmanente a la regulación legal, en concordancia con las valoraciones expresadas en la ley. Para ello se dispone, sobre todo, de los medios de la analogía particular y general, del recurso a un principio inmanente a la ley, de la reducción y extensión teleológicas, así como de una corrección, teleológicamente fundamentada, de la ley. Condición previa de un desarrollo del Derecho *superador de la ley* es, en primer lugar, la existencia de una cuestión jurídica, es decir, de una cuestión que exige una respuesta jurídica. De este modo se eliminan aquellas cuestiones que son irrelevantes para el orden jurídico, porque inciden en el "espacio libre de Derecho". La segunda condición es que la cuestión no pueda ser resuelta ni por la vía de una simple interpretación de la ley, ni de un desarrollo del Derecho *inmanente a la ley*, de una manera que satisfaga las exigencias mínimas que resultan de una necesidad irrecusable del tráfico jurídico, de la requerida practicabilidad de las normas jurídicas, de la naturaleza de la cosa y de los principios ético-jurídicos subyacentes a todo el orden jurídico. La imposibilidad de una solución por la vía de un desarrollo del Derecho inmanente a la ley, que haya de ajustarse a estas exigencias, tiene que estar fuera de dudas. El límite de un desarrollo del Derecho superador de la ley, llevado a cabo por los tribunales, radica allí donde ya no es posible una respuesta desde la base de todo el orden jurídico vigente y, por ello, no es posible con *consideraciones*

Como último ejemplo de un desarrollo del Derecho atendiendo a pautas ético-jurídicas, podemos citar el control del contenido de las condiciones generales del negocio, ejercido ya desde hace tiempo por la jurisprudencia de los tribunales.¹³⁵ Se trata al respecto de la restricción de una libertad contractual, sólo formalmente entendida, a favor de un mínimo de justicia contractual material. La restricción se justifica por el hecho de que también la libertad contractual, como principio ético-jurídico, sólo se puede justificar el tiempo que ambas partes contratantes están en situación, al menos típicamente, de proteger igualmente sus intereses respecto a la conclusión

132. Cfr. BGHZ 26, 349; 35, 363; 39, 124.

133. JZ 73, 662.

134. Cfr. al respecto mi artículo en el "Archiv für Presserecht", 1973, p. 450.

135. Cfr. al respecto mi *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 4.ª ed., § 29 a.

específicamente jurídicas; en especial, por tanto, cuando sólo se trata de cuestiones de oportunidad o cuando se requiere una decisión política del legislador porque la Constitución deja abiertas al respecto diferentes posibilidades, ninguna de las cuales, solamente por razones jurídicas, ha de anteponerse a las demás.

El límite así expuesto que resulta de la división de funciones entre Legislación y Administración de justicia lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional Federal. Se puede ciertamente, ha dicho,¹³⁶ declarar nulo el Derecho que no está de acuerdo con la Constitución. Pero no se puede “establecer por sí mismo un Derecho nuevo, que sólo habría de realizar un precepto constitucional, pero que no tiene ningún contenido determinado claro —que necesita, por tanto, ser precisado más concretamente por el legislador— resolviendo un caso que se le somete, como si este Derecho fuera ya vigente. Esto significaría anticiparse a la libertad de configuración del legislador. El Tribunal Constitucional Federal puede, en todo caso, constatar que el legislador no ha cumplido su deber de crear tal Derecho”. Que el legislador dispone de un margen, relativamente más amplio, también respecto a la concretización del precepto constitucional de igualdad, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal¹³⁷ con las siguientes palabras: “El legislador puede elegir, en principio, por sí mismo los hechos a los que enlaza las mismas consecuencias jurídicas, es decir, que quiere considerar iguales en sentido jurídico. En principio es, por tanto, libre para grabar impositivamente a unos grupos profesionales y, en cambio, dejar sin imposición a otros. La única condición previa para la conformidad con el principio de igualdad es que la diferenciación elegida se apoye en consideraciones adecuadas a las cosas”. Lo que son consideraciones “adecuadas a las cosas” sólo puede decirse atendiendo a la “naturaleza de la cosa”. Pero ésta contiene siempre únicamente ciertos elementos de una regulación, no más. El Tribunal Constitucional Federal puede, por ello, constatar en determinados casos que la regulación encontrada, por apoyarse en consideraciones ajenas a la cosa, no es compatible con el principio de igualdad y, por ello, es anticonstitucional; pero difícilmente puede constatar que sólo una determinada regulación es adecuada a la cosa. Siempre que se precise una regulación general para la concretización de un principio constitucional, aquélla compete al legislador; los tribunales tienen, por tanto, que tener en cuenta el “primado de concretización” del legislador.¹³⁸ Más allá de este límite está permitido en todo caso a los tribunales un desarrollo del Derecho, cuando, debido a una negativa permanente del legislador, ha sobrevenido un *auténtico estado de necesidad jurídica*. El ejemplo ya clásico al respecto lo cons-

136. BVerfGE 20, 162, 219.

137. BVerfGE 25, 1, 8.

138. Cfr. al respecto el libro de Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969.

tituye la resolución, que ha llegado a ser famosa, del Tribunal del Reich,¹³⁹ con la que, al final de la inflación después de la I Guerra Mundial, se apartó del principio “un marco = un marco”, y con ello abrió el camino para una revaluación. Prescindiendo de tales casos extremos, el límite del desarrollo judicial del Derecho radica allí donde la resolución exigida no puede ser ya fundamentada sólo con consideraciones jurídicas, sino que exige una decisión política, orientada a puntos de vista de oportunidad. El encontrarla es, en el Estado democrático, en principio asunto del legislador.

Los tribunales debían tomar muy en serio este límite, incluso en interés de su propia autoridad. En otro caso existiría el peligro de que sus juicios fueran interpretados como toma de partido ante la divergencia de opiniones políticas, y de que ya no fueran aceptados como enunciados fundados en el Derecho. No precisa explicación alguna que, con ello, el Estado de Derecho habría caído en una crisis de confianza. En toda loable buena disposición para desarrollar el Derecho creativamente, los tribunales debían tener siempre ante los ojos este peligro, para no traspasar el límite de su competencia, que en particular con frecuencia no es, por cierto, fácilmente cognoscible.

Si echamos una ojeada a los casos expuestos, la jurisprudencia de los tribunales se ha mantenido en general dentro del límite aquí indicado de un desarrollo del Derecho superador de la ley. En el caso de la transmisión de garantía, esto es dudoso. Aquí hubiera sido mejor, por cierto, en consideración a los inconvenientes jurídico-políticos a tener en cuenta, dejar al legislador la decisión sobre la admisión y la configuración más concreta. Que la necesidad del tráfico jurídico era tan urgente que no podía esperarse a la decisión del legislador, tiene que ponerse en duda. La adjudicación de la capacidad de ser parte activa a la asociación sin capacidad jurídica es claramente “*contra legem*”, aunque sólo en el caso en que se trate de sindicatos. Pues el § 50 del Código civil procesal, todavía vigente —no, por así decir, anticonstitucional— concede a la asociación sin capacidad jurídica sólo la capacidad de ser parte pasiva. En principio, el juez, vinculado a la Ley y al Derecho, no está facultado para dar una resolución *contra legem*. Precisa, por ello, razones especiales, basadas en todo el sentido del orden jurídico, para estar excepcionalmente justificada. No es suficiente con que la negativa de la capacidad de ser parte activa, a la vista de la estructura corporativa de la asociación sin capacidad jurídica, no sea conforme a la cosa y que, en asociaciones con gran número de socios, no sea practicable. Pero a esto se añade que los fines políticos, que el legislador de entonces perseguía al obligar a la asociación sin capacidad jurídica a aceptar una forma jurídica no adecuada a su estructura, no sólo han perdido desde hace tiempo su importancia, sino que están en contradicción precisamente con la valo-

139. RGZ 107, 78, 87 ss.

Ciertamente, se ve obligado, debido a la formulación en forma de norma jurídica de las máximas por él halladas y a las generalizaciones, con frecuencia inoportunas, que en ellas se contienen, a restringir o modificar posteriormente la regla establecida.¹⁴² Como quiera que, a pesar de todo, existe una gran probabilidad fáctica de que los tribunales inferiores sigan los precedentes de los tribunales superiores y éstos generalmente se atienen a su jurisprudencia, los asesores jurídicos de las partes litigantes, de las Firmas y de las asociaciones cuentan con esto y en esto confían. La consecuencia es que los precedentes, sobre todo los de los más altos tribunales, al menos cuando no topan con una contradicción demasiado grande, serán considerados, después de largo tiempo, "Derecho vigente". De esto se forma en creciente medida, como complemento y desarrollo del Derecho legal, un "Derecho judicial".

A pesar de ello, la cuestión de si los precedentes son fuentes del "Derecho vigente", si el "Derecho judicial" se equipara al Derecho legal, no puede sencillamente responderse de modo afirmativo.¹⁴³ Tampoco los tribunales, según nuestra organización jurídica, están indubitadamente "vinculados" a los precedentes como, por ejemplo, a la ley. El "precedente" como tal no vincula, sino solamente la norma en él rectamente interpretada y concretizada. Pero todo juez que ha de enjuiciar de nuevo la misma cuestión, puede y debe en principio decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del Derecho son acertados y están fundados en el Derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptar, en cierto modo "ciegamente", el precedente. No sólo está facultado, sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado, o si la cuestión, en él rectamente resuelta para su tiempo, tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio de la situación normativa o de todo el orden jurídico. Con aferrarse a los precedentes, "a pesar de saber que contradicen la interpretación de la ley según su sentido, que quizá incluso se apoyen en una inadmisibles producción valorativa e independiente del Derecho", dice acertadamente Germann,¹⁴⁴ "habría de originarse el peligro de desdeñar claramente la ley y minar su función como garante de la igualdad y seguridad jurídicas". Las interpretaciones defectuosas, las concepciones no rectas, las valoraciones no suficientemente fundamentadas, que también se encuentran en las resoluciones de los más altos tribunales, habrían de exigir entonces vigencia legal sin esperar a la próxima corrección. Ante este peligro, que acecha a una

142. Cfr. al respecto *supra*, pp. 357-358.

143. Cfr., para lo que sigue, mi artículo sobre el efecto vinculante de los precedentes, en el *Festschrift für Hans Schtma*, 1969.

144. Germann, *Präjudizien als Rechtsquelle*, p. 43.

jurisprudencia judicial obligada a la idea de la rectitud material de la resolución, los puntos de vista que hablan *a favor* del seguimiento de los precedentes —la salvaguarda de la seguridad jurídica— tienen que pasar a segundo plano. Los precedentes pueden contar a su favor con una cierta suposición de rectitud;¹⁴⁵ pero el juez no debe abandonarse a ellos sin el menor reparo, sino que tiene que formarse un juicio propio, al menos cuando abriga dudas respecto a la rectitud del precedente.

Cuando se han formado nuevas reglas, e incluso institutos jurídicos, por la vía del desarrollo judicial del Derecho, esto no ha sucedido las más de las veces de modo que fuera dada de inmediato la regla acabada o acaso una regulación detallada, sino poco a poco, en cierto modo experimentando. Primeramente fue expresado sólo el principio, que luego fue concretizado en resoluciones posteriores; o bien, la regla primeramente expresada para un grupo de casos rigurosamente limitados, fue posteriormente extendida a otros grupos de casos. El tribunal ha de ocuparse siempre de un caso determinado y tiene que conformarse con los casos que le son sometidos a resolución; no puede pasar por alto de inmediato las repercusiones que un principio por él aceptado habrá de tener en grupos de casos comparables, pero a la vez distintos, así como qué restricciones, diferenciaciones o también correcciones pueden, por ello, ser necesarias. Se tiene que evitar que el proceso de ulterior aclaración, desarrollo y precisión, que sólo puede tener lugar en relación con otros grupos de casos, se rompa demasiado pronto por el rápido acatamiento de un precedente, o tome una dirección falsa. Pero esto tendría que suceder, si se quiere atribuir a todo precedente la autoridad y vinculabilidad de una ley.

Los precedentes, y el "Derecho judicial" de ellos precedente, pueden, por ello, si los siguen los tribunales y el tráfico jurídico se orienta por ellos, conseguir la misma vigencia fáctica o efectividad que una ley. En cambio, la validez normativa, en el sentido de vinculabilidad —es decir, una exigencia que *deben* cumplir los tribunales, los órganos administrativos y, finalmente, los individuos— por regla general no les corresponde. El calificarlos de "fuente del Derecho", depende de lo que se entienda por tal. Si se califica de fuentes jurídicas todos aquellos factores que cooperan a la creación y al desarrollo posterior del Derecho, entonces la jurisprudencia de los tribunales, pero también la Ciencia del Derecho, son fuente del Derecho.¹⁴⁶

145. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 160, 165, 245, 247 ss., 258 ss., habla de una suposición, que domina la praxis, a favor de la rectitud del precedente, y, en el curso posterior de sus explicaciones, eleva esta suposición a una "vinculación presuntiva" de los tribunales a los precedentes. Una "vinculación presuntiva" la considero superflua y peligrosa. El peligro radica en que los tribunales podrían verse compelidos, por este motivo, a aceptar precedentes sin examen cuando los motivos de su falta de rectitud no se imponen directamente. En cambio, la "suposición" de rectitud del precedente ya no es suficiente cuando existen serias dudas sobre ello.

146. La opinión de que los precedentes son una fuente de Derecho es defendida especialmente por Germann, *Präjudizien als Rechtsquelle*, pp. 45 ss.; Löwer, *Der Begriff der Rechtsquelle*, pp. 36 ss.; Gschmitzer, en *Festschrift zur Hundertjahrfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofes*, 1950. Contra Gschmitzer, Nowakowski, *ÖJZ*, 1955, I 1. Han de citarse además: Less, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*; Wieacker, *Gesetz*

En cambio, si por "fuente del Derecho" se entiende sólo el fundamento del nacimiento de una norma jurídica que pretende validez normativa en el sentido de vinculabilidad, en ese caso fuentes del Derecho estatal interno sólo lo son la Legislación y el uso originado de una convicción jurídica general (como fuente del Derecho consuetudinario). Pero, en este caso se tiene que añadir que las normas sólo pueden desplegar su eficacia tal como sean entendidas por los llamados a su aplicación. Los precedentes contribuyen a ello en gran medida y son, por ello, en todo caso, una fuente de conocimiento jurídico. Dice acertadamente Esser¹⁴⁷ que no constituirían ningún tipo de fuente jurídica propia, no tendrían ningún "contenido normativo al margen de la adecuada comprensión de la ley originada por la convicción de rectitud de cada juez particular", sino que sólo serían un "medio de conocimiento judicial". Por cierto que los tribunales entienden las leyes y los principios pertinentes al orden jurídico y las normas jurídicas complementarias, en general tal como se les muestran por medio de la jurisprudencia judicial, por mediación de los precedentes. Pero el precedente, como tal, no es "vinculante", sino la máxima de decisión en él expresada sólo y en cuanto se refiere a una interpretación "acertada" o complemento de normas, o concretiza un principio jurídico de modo paradigmático. Si se trata o no de este caso, habrá que comprobarlo siempre; ningún juez está obligado a seguir un precedente, ya sea suyo propio, ya sea de otro tribunal.

Una jurisprudencia judicial constante puede, ciertamente, conseguir vinculabilidad si se convierte en base de un Derecho consuetudinario. Pero, para esto en modo alguno es ya suficiente con un periodo considerable de tiempo en el que se manifieste constante; el factor tiempo no debe, en primer lugar, considerarse decisivo. El fundamento de la validez del Derecho consuetudinario es la convicción jurídica general, que se manifiesta en un uso constante. Para ello no es suficiente con que una determinada Judicatura sea aceptada sin contradicción o casi sin contradicción; más bien se precisa la formación de una convicción jurídica en los círculos participantes, es decir, no sólo entre juristas. Por "convicción jurídica" no se ha de entender sólo la esperanza de que los tribunales procederán según esta máxima, sino, además de ello, la convicción de que esto tiene que ser así según Derecho, de que se trata de una exigencia que indudablemente es la del Derecho. No siempre, ciertamente, es fácil enjuiciar si existe una tal convicción jurídica. Dependerá de si la jurisprudencia judicial en cuestión halla preponderante aceptación, o también contradicción, en la literatura y en la "opinión pública", de cuán rápidamente se impone y de en qué medida está de acuerdo con convicciones ya anteriormente manifestadas. Cuando más pronto podría afirmarse la formación del Derecho consuetudinario por la

und Richterkunst; Meyer-Ladewig, AcP, t. 161, p. 97; Esser, Grundsatz und Norm..., 137 ss.; Festschrift für Fritz von Hippel, p. 95.

147. En el Festschrift für Fritz von Hippel, pp. 113 s.

vía de la jurisprudencia de los tribunales es cuando se trata de una concreción de principios ético-jurídicos que han tenido acogida hace tiempo como tales en la conciencia jurídica general; en cambio, cuando menos en el ámbito de regulaciones preponderantemente técnico-jurídicas, como, por ejemplo, la realización de la redhibición¹⁴⁸ o de los preceptos sobre la prescripción. Hoy se han de considerar vigentes por Derecho consuetudinario la responsabilidad por culpa in contrahendo, el derecho general a la personalidad y también la indemnización pecuniaria a causa de una grave lesión del derecho a la personalidad. Una vez que ha surgido un Derecho consuetudinario, tampoco importa ya si la jurisprudencia judicial, de la que surgió, era originariamente compatible con el Derecho establecido; es suficiente con que el Derecho consuetudinario, ahora surgido, no contradiga la Constitución u otros principios jurídicos de rango superior. Sobre la interpretación de los precedentes y de un Derecho consuetudinario de ellos surgido, se ha dicho ya lo necesario (*supra*, cap. 4, 4 b).