

del juez o del tribunal. A ella, por la condición de funcionarios estatales de jueces y magistrados, se le adiciona la *potestas*, de la que el fallo se halla investido, y determina su fuerza ejecutiva.

En el mundo jurídico el peso de las sentencias corresponde más a la *auctoritas* que la *potestas* de que se halla investido el fallo. Hace años, a partir de la distinción, planteada por FRANKSTEIN, entre *Recht*, *rectum*, *diritto*, *droit*, *derecho*, fundado en una convicción o juicio de juridicidad o justicia, y *Gezetz*, *law*, *lex*, *legge*, *loi*, *ley*, basada en la voluntad estatal, efectuó la siguiente observación: El Tribunal Supremo es el órgano más elevado en el ejercicio de la función judicial; por ello, es también el más alto en orden a la expresión o determinación del derecho como convicción de juridicidad, como juicio racional, en el cual el ámbito de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad, aunque ésta sea soberana. Por eso, cuanto más convengan sus razonamientos jurídicos, mayor resultará su prestigio jurídico –su autoridad–. Éste ha de basarse en una superioridad racional –en una *auctoritas*– más que en el poder decisorio resultante de su situación orgánica, que sólo le inviste de su fuerza –de su *potestas*–; pues, su razón jurídica, o sea la capacidad de convicción de sus razones, es la que marca el nivel de su prestigio.

En su respectiva medida, también la capacidad de convicción de sus respectivos juicios es determinante de la *auctoritas* de cada juez y cada tribunal de justicia.

## Capítulo II

### EL ABOGADO Y SUS FUNCIONES EN EL JUICIO: AGERE Y POSTULARE

#### 173. LA FIGURA DEL ABOGADO SURGENTE EN EL DERECHO ROMANO POSCLÁSICO

En el período posclásico del derecho romano se produce una evidente evolución en el campo profesional del derecho, proseguida en el derecho medieval cristiano, que atañe al tema que abordamos. Lo narra ARIAS RAMOS: «La abogacía romana experimenta en el Bajo Imperio, especialmente en la *pars orientalis* del mismo, una radical transformación con respecto a lo que había sido, desde su aparición en el último siglo de la República, durante toda la época clásica. *Advocatis* y *iurisconsultus* son en el período clásico figuras separadas y distantes» [...]. «Pero en la época posclásica se opera la fusión de ambos tipos sociales», como veremos de la mano del mismo ARIAS RAMOS.

En la época del Dominado, el Estado romano había evolucionado hacia un tipo de organización político-administrativa intervencionista y totalitaria, en el cual, como ARIAS RAMOS explica, uno de los rasgos más destacados fue «la agrupación de los dedicados a cada profesión; agrupación facilitadora del control estatal. Las asociaciones gremiales (*collegia*), de existencia muy antigua en el mundo romano, adquieren una contextura y fisonomía especial, convirtiéndose en verdaderos sindicatos oficiales forzosos, con una reglamentación rigurosa, en muchos de cuyos detalles el Imperio imitaba una técnica ya desarrollada en las Monarquías helenísticas» [...]. «La abogacía no podía escapar a esta tendencia y a esta vigilancia estatales. A los libres e individuales *rhetores* u *oratores* de las épocas antigua y clásica sustituyen en el Bajo Imperio los *advocati* forzosamente miembros de un colegio: *schola*, *collegium* o *consortium advoca-*

torum, como las fuentes los denominan, o a veces también con el simple abstracto *advocatio*, la abogacía, empleando, *verbi gratia*, la expresión *advocatio Cesarensis* para referirse al Colegio de abogados de Cesarea.

»La *schola*, asociación gremial, es ahora el marco imprescindible dentro del cual se desarrollan las actividades de los *advocati*, y la *pertenencia* a la asociación gremial es tan consustancial con la tarea de los abogados, que éstos son denominados *scholastici* en textos legislativos de la época.

»Cada *collegium* lo era de un determinado tribunal, o para varios de los existentes en una misma ciudad, constituyendo como departamentos de un servicio público (*militia*). Algunas constituciones imperiales realzan de modo curioso la alta importancia de tal servicio y su equiparación al de la defensa de la patria con las armas (C. 2, 7, 13).

En mi volumen *La ciencia del derecho a lo largo de su historia* y de la mano principalmente de UGO GUALAZZINI y ANDRÉ GOURON, vemos aparecer en la Edad Media abogados y escuelas forenses de derecho de las que salían tanto jueces como abogados. Su estudio pormenorizado muestra una inmensa labor por hacer, de la cual sólo se han peinado pequeños espacios y períodos de la historia de la abogacía y de sus cofradías o colegios y escuelas forenses, a lo largo del Medievo, en los diversos países que integraron la Cristiandad. De donde es más conocida esta historia es de Inglaterra. Establecida probablemente no sólo de hecho sino de derecho, la abogacía, a la par que las capas superiores de justicia, a consecuencia de la Carta Magna, ha venido ejerciendo siempre —dice SANTAMARÍA DE PAREDES— una grandísima influencia en aquel país, por lo cual su instrucción, teórica y práctica a la vez, ha sido constantemente objeto de las mayores atenciones. Desde muy antiguo fue creada una clase de juristas llamados *pleaders*, cuya misión era enseñar el derecho y las costumbres de los tribunales, para lo cual eran reunidos en los hoteles de Chancillería, *Inns of Chancery*, si aprendían la teoría, o en los hoteles de Corte o tribunal, *Inns of Cour*, si aprendían la práctica.

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL ha visto en la figura del abogado diversos planos y sentidos. Por una parte, le observa como: «un analista de palabras y conductas, a las que él no ha cooperado, y que se le ofrecen en situación de conflicto». Por otra parte, «su capacidad de ideación y su conducta [...] de algún modo contribuyen a dotar de significación a los problemas jurídicos. Cuando éstos acceden al terreno polémico por excelencia que es el debate judicial, su total sentido no está constituido sólo por el caso en sí, sino también por la huella que van dejando en su enfoque y tratamiento el estilo de los letrados intervinientes. Mientras

hay numerosas técnicas científicas (o ciencias tecnificadas) que en su aplicación práctica cuenta de modo exclusivo el conocimiento y la actividad del que las ejerce, el quehacer del abogado no es nunca separable por completo de su personalidad».

A continuación, el mismo HERNÁNDEZ GIL observa la doble relación procesal: una, parte-abogado y, otra, la que mantienen entre sí en el proceso los respectivos abogados de ambas partes, relaciones que muestran la quiddidad de la profesión de abogado.

Entre abogados y ante jueces y tribunales —dice el mismo jurista:

«[...] La contradicción es la constante de la disputa crítica organizada. Nada de lo que se asevera se impone por sí mismo ni queda libre de la correspondiente censura.

»El abogado carece de poder decisorio. Dice, pide, alega, suplica, insta, solicita, impetra, propugna, pretende, promueve, propone, reclama, recurre, aduce, tacha, afirma, niega, admite, reconoce, arguye, argumenta, sostiene, invoca, estima, suscita, defiende, postula, formula, proclama, etc. Es esta una posición en algún sentido humilde, porque el abogado no impone ni condena, ni absuelve, ni dicta, ni ordena, ni decide, ni resuelve, ni confiere, ni otorga, ni concede; pero en otro sentido, y quizá por lo mismo, es una actitud noble, porque el abogado en sí ostenta la autoridad más incruenta que el peso —no medido por él— de sus razones».

Concluye: «Nuestra prerrogativa de enjuiciar tiene como contrapartida la de quedar sometidos al juicio de los otros [...]. Idea básica de la alteridad como definitoria del derecho se desenvuelve también por estos derroteros [...]».

Todo esto conduce a que HERNÁNDEZ GIL pulse en el abogado cuál es su *tensión intelectual* y el *sentido práctico*. Es así porque contempla el derecho en la vida, con lo cual los problemas del derecho no se trivializan, sino «lo contrario. Mientras la visión puramente teórica, desentendida de sus proyecciones vitales carece de un sentido intelectualmente trascendente para correr el peligro de los ejercicios de esgrima mental, la ponderación en la realidad de las consecuencias de una u otra solución puede justificar importantes debates doctrinales. El camino que desde la vivencia práctica conduce a la conceptualización es más seguro que el que se conforma con deambular por los terrenos de la conceptualización sin asomarse del todo a las realidades de la vida. Y aquí es donde se toma también la verdadera medida a las ponderaciones axiológicas, que reducidas a formulaciones abstractas tienden a desvanecerse».

174. LA TARDÍA INTRODUCCIÓN DEL ABOGADO EN EL PROTAGONISMO DE LA FORMULACIÓN DE LA ACTIO Y LA OPOSICIÓN DE LA EXEPTIO

En el capítulo anterior hemos visto cómo en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, que se fue imponiendo en la práctica en el derecho posclásico llegó a constituir el sistema normal en la época imperial y que Justiniano elevó a común en todos los juicios, produjo el asentamiento de la profesión de abogado, a la par que su protagonismo en el ejercicio de las acciones y excepciones, y en la consiguiente redacción de los *libellis conventionis* y *libellus contradictionis* que ellos formulaban ante los tribunales.

A partir de entonces, una de las funciones más típicas de la profesión de abogado es el *agere*, entendiéndolo en el sentido de formular la pretensión de fondo (la *intentio*) contenida en la demanda judicial. Como dice JAIME GUASP, la demanda «contiene, normalmente, además de la fundamentación de la pretensión procesal, la argumentación básica de la misma [la *postulatio*, decía PARLADORIO], puesto que contiene no sólo los hechos delimitadores, sino cualquier clase de ellos que tengan relevancia para el proceso, y, además, los fundamentos, o mejor, los argumentos de derecho [...]. Así la demanda opera como un escrito meramente alegatorio con hechos no definidores de la pretensión, aunque la apoyen lógicamente y con fundamentos de derecho, esto es, con invocación de normas que llenan el mismo cometido; si bien de una manera menos rigurosa, puesto que no sólo no está obligado el demandado a expresar correctamente el tipo de acción que se ejercita, es decir, una precisa *aditio actionis*, excepto en lo que respecta a la determinación de la competencia del juez, sino que, además, el órgano jurisdiccional asume aquí un papel de mayor libertad, pudiendo suplir y corregir los defectos u omisiones en que la parte acaso haya incurrido».

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, al examinar el proceso discursivo del abogado –al que dedica un capítulo entero–, comienza con la indicación de que, en su conjunto, esa actividad del abogado se desarrolla de una manera completa en tres planos o sectores: el de los hechos, el del derecho y el de la conexión de los hechos y el derecho. Naturalmente, los tres sectores ya se desarrollan al redactar el escrito de demanda el abogado de la parte demandante que ejercita su acción, y en el escrito de contestación, por el abogado de la parte demandada, sin perjuicio de que también se desarrollen en los de contravención, réplica y dúplica.

Sin embargo, ninguno de estos tres sectores se halla completamente separado del otro. El mismo ANTONIO HERNÁNDEZ GIL lo explica: «Si hay

un sector en el que predominen los hechos ello no quiere decir que en ningún momento el tratamiento de los mismos se realice al margen de toda normatividad jurídica, ni que el primer contacto con el derecho tenga lugar en el momento de la conexión hechos-derecho, que se denomina, quizá no siempre con propiedad, calificación jurídica». Y advierte: «La conexión como punto de confluencia es el antecedente inmediato del *petitum*, en función del cual habrá de pronunciarse el *fallo*».

En esa tarea forense –como dice dos páginas después–, el abogado «es asertórico, porque la tesis se le ofrece como predeterminada. Todo consiste en un caminar hacia ella, ahondando en los fundamentos que empujan hacia lo propuesto. De contrarrestar esta actitud arduosamente encarecedora de un resultado ya se encargará su contradictor. El juez, en principio, duda cómo ha de resolver. El abogado sabe, desde el principio, que ha de apoyar por entero una solución. Aquello que en el juez es la preocupación encarnada en la duda y en el abogado es la preocupación por justificar una solución, ambas situaciones, producen descargas, a la vez intelectivas y valorativas, que inclinan hacia la orientación y el enfoque».

175. EL *POSTULARE* COMO FUNCIÓN TÍPICA DEL ABOGADO

Si la introducción en Roma del abogado en la función del *agere* fue tardía; en cambio, el *postulare* ya fue función típica de su antecesor, el *rhetor*. *Postulatio*, o sea: súplica, ruego, acusación, queja, demanda, pretensión, reclamación –como dice el *Diccionario latino-español* de RAIMUNDO DE MIGUEL, fue función del retórico, primero, y, después, lo será del abogado–. Se trata de lograr, en palabras de CICERÓN –que recoge el mismo *Diccionario*–, de *concedere postulationi alicuius*. No es pues de extrañar que, hoy, los actuales abogados acudan a veces como modelo al *De oratore* de CICERÓN. Esta fue –dicen ANTONIO TOVAR y AURELIO R. BUJALDÓN– «la última obra retórica extensa de CICERÓN», «la cúspide de Cicerón como retórico, su “canto del cisne” por la elocución civil y forense». En ella dedica algunos apartados a los conocimientos de derecho del orador, así como varios epígrafes a la aplicación de esos conocimientos a las distintas partes del discurso.

En el primer aspecto requiere CICERÓN que «el orador domine el derecho civil, del que tienen necesidad a diario en las causas forenses. ¿Pues qué cosa más vergonzosa que encargarse de la defensa de controversias legales y civiles cuando se ignoran las leyes y el derecho civil?».

## FUNDAMENTACION

También le reclama que conozca «la sucesión de los acontecimientos y de la vieja tradición, sobre todo, por supuesto, de nuestra ciudad, pero también la de los pueblos dominadores y los reyes famosos»; pues, «ignorar lo que ha ocurrido antes de nacer uno es ser siempre niño». Además «el recuerdo de la antigüedad y la mención de ejemplos confiere al discurso, con el mayor grado de todos, tanta autoridad como crédito:

»Así equipado vendrá, pues, a los pleitos, de los cuales, ante todo, deberá haber conocido las clases mismas. Pues habrá visto con claridad que no se puede litigar en nada en que la controversia no la motive o el hecho o las palabras; el hecho es controvertible en cuanto a la verdad, a la justicia o al nombre, más las palabras, en cuanto ambigüedad o contradicción. Pues si alguna vez parece que una cosa está en el pensamiento y otra en las palabras, se trata de una clase de ambigüedad que resulta comúnmente de la omisión de una palabra, en lo que, como es propio de lo ambiguo, vemos que significa dos cosas».

En el segundo aspecto, trata de tener presente:

– Las reglas de los argumentos, que considera dimanantes de dos fuentes: «Una, la de los que proceden de las cosas mismas, que atraer al oyente, le incitan o disponen a informarse; exponen el asunto brevemente, de manera verosímil y clara, para que pueda entender de qué se trata; demostrar los argumentos propios, destruir los del adversario, y hacer esto no desordenadamente, sino concluyendo cada una de las argumentaciones de tal modo que la consecuencia se siga de las premisas expuestas para demostrar cada cosa; finalmente rematar con una peroración que inflame o aplaque».

– El buen sentido de «adaptarse a los tiempos y a las personas».

– El modo de desarrollar lo que los griegos llamaban: tesis, o cuestión del género entero; auxesis, medio de encarecer o amplificar las cosas sobre todo en los lugares comunes propios para el asunto, que deben tratarse de modo que «digan muchas cosas benévolas a favor de los defendidos y muchas duras contra los adversarios»; krinómemon o «batalla de la controversia», que «conviene tratarlo como cuestión infinita y que el tratamiento sea sobre un género universal, a no ser que se dispute acerca de la verdad del hecho, cosa que suele indagarse por conjetura». En fin: «Para encarecer los hechos, o, al contrario, para restarles importancia, nada hay que no pueda conseguir el discurso; y esto ha de hacerse en medio de los argumentos cuantas veces se presente la ocasión de amplificar o empequeñecer, y casi ilimitadamente en la peroración».

Son dos los recursos que «bien manejados por el orador hacen admirable la elocuencia»: uno, el de lo ético, medio «amable, agradable, propio para ganar la benevolencia»; y otro, el de lo patético, con el que «se remueven y excitan las pasiones», medio «vehemente, encendido, impetuoso, y con él se arrebatan los pleitos de las manos, y cuando se lanza velozmente es por completo irresistible», ya sea para evitar el rechazo de quien se ataca o bien la compasión de quien se defiende.

«Pero no sólo con el recurso de la compasión se ha de mover el ánimo de los jueces [...], sino que hay que hacer también que el juez se enoje y se aplaque, mire con malos ojos y apoye, desprecie y admire; aborrezca y ame, tenga ansiedad y se hastíe; espere y tema, se alegre y se entristezca.»

Hemos de ponderar en relación a su tiempo estas aseveraciones de CÍCERÓN, pues entonces –como hemos visto– los retóricos intervenían en la fase *apud iudicem*, centrada en la verdad de los hechos, que solían indagarse por conjetura, y ante un juez lego –como hoy en las causas penales se actúa ante un jurado.

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, después de analizar la que denomina «crisis de la retórica y de la oratoria como propedéutica» y de contraponer retórica y estilística, se centra en cuáles, a su juicio, deben ser las notas características del informe oral en su modo de razonar: claridad, concisión y rigor, que expone, explica y aclara en lo preciso; y, después, observa la utilización por el abogado del discurso o razonamiento jurídico y su nivel lógico.

En el nivel de la lógica jurídica –como advierte PERELMAN– cree que debemos seguir el criterio de «la tradición aristotélica, que admitía una razón práctica aplicable a todos los campos de la acción, desde la ética hasta la política, y que justificaba la filosofía como búsqueda de la prudencia». Su planteamiento lo enfoca con esta pregunta: «¿No podría hacerse un análisis analógico partiendo de los razonamientos en los cuales están implicados los valores y consiguiendo destilar, de este modo, lo que se podría llamar una lógica de los juicios de valor?». Su respuesta es que la dialéctica o arte de la discusión «se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, como son los que conciernen a los fines de la acción, en que están comprendidas».

Entre los razonamientos dialécticos o retóricos –según dice el mismo PERELMAN– hay que dejar un sitio importante a los argumentos que se fundan en la estructura de lo real, como son el razonamiento por medio de ejemplos o el modelo o la analogía, merced a los cuales «se extraen

regularidades, leyes o estructuras, que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real».

Efectuadas estas observaciones y volviendo al *postulare*, vemos que –según explica MARTÍ MINGARRO– la función de defensa es el núcleo donde se centra la función del abogado, como «defensor de la razón y de la civilización», comprometido «con la defensa de las libertades y del imperio de la razón», en «un Estado avanzado en la protección de los derechos y libertades fundamentales. El abogado es quien «vela porque los ciudadanos puedan disfrutar de la justicia que se merecen»; «es un profesional lúcido, dotado de un proverbial sentido autocrítico», que pretende «realizar su trabajo desde el celo profesional y el compromiso ético».

A veces los abogados han tenido que actuar en condiciones muy adversas. Así, a modo de ejemplo, recuerda «que en el juicio de Nuremberg intervinieron en condiciones especialmente difíciles algunos abogados alemanes que hubieron de ejercer su oficio ante un órgano jurisdiccional creado *ex post*, y con flagrante infracción del principio «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*». Ante tanta dificultad, «a la que se sumaba una excepcional presión de la opinión pública mundial, el Tribunal, para recuperar la deseable imagen de que aquello era un juicio, formuló una declaración elogiando «los servicios prestados por los abogados en condiciones que el Tribunal entendía ser extremadamente difíciles, y notificó oficialmente al comando militar aliado en Alemania que los abogados de la defensa se encontraban bajo la protección de la Corte, que no toleraría ningún otro ataque público que fuese dirigido frente a los abogados». Aquellos abogados encarnan con fidelidad y realismo el valor, el coraje y la fibra que se exige a un abogado genuino».

### Capítulo III

## LA FUNCIÓN JUDICIAL: EL IUDICARE

### 176. HECHOS Y DERECHOS EN EL JUICIO

Antes, en el epígrafe 172, hemos diferenciado el *iudicare* y la *autoritas iudicandi*, de una parte, y de otra la «*potestas iuris dicendi*». Fruto de la primera es la determinación conflictual del derecho. Por eso, sólo de aquéllos vamos a ocuparnos en este capítulo.

Es preciso, ante todo, observar que la determinación conflictual del derecho tiene por finalidad resolver acerca de cuál es, en caso de contienda, la justa configuración jurídica de un hecho. Antes, las sentencias, contenían una serie de *resultandos*, referidos a los hechos, y otra de *considerandos* de derecho. Hoy, en lugar de «*resultandos*» se dice «*hechos*» y en lugar de «*considerandos*» se dice «*fundamentos de derecho*». El fallo, con el que concluye la sentencia, trata de determinar *quod iustum est*, es decir, lo que es *ius*, lo que es derecho, en el caso controvertido.

Esto obliga a recordar de qué modo o modos se determina el derecho, *quod iustum est*. La naturaleza de las cosas, las normas de derecho y los hechos del caso están de tal modo entreligados que no es posible separarlos, aunque –dada nuestra limitación expresiva por la palabra oral o escrita– no podemos explicar todo a la vez sino una cosa detrás de otra; y así, hoy, se exponen primero los hechos y después los fundamentos de derecho; pero lo cierto es que, en la relación de los hechos, éstos no se abstraen del derecho, ni tampoco en la enumeración de los fundamentos de derecho se prescinde de los hechos que se enjuicia, sino que éstos se mantienen presentes.

Tanto es así que, el comentar la ley Aquilia, ALFENO explica que se determina el derecho partiendo de cuáles son los hechos. Y así lo hace

—como hemos visto— atendiendo a los hechos que produjeron el daño; y que BALDO comentaría: «*Nota quod ius ex facto oritur, et quod ius est implicitum factu*». Los hechos y el derecho están tan interrelacionados que JOAN PERE FONTANELLA no vaciló en decir que «*minima mutatio facti mutat totum ius*».

Pero, si no puede prescindirse de los hechos que son decisivos para la determinación del derecho, tampoco puede prescindirse, en función mediadora, de las normas de derecho —especialmente de las leyes y doctrina legal—, a fin de determinar *quod iustum est* en el caso debatido.

Esta afirmación, sin embargo, deja pendientes unas interrogantes, que son secuela del carácter general pero no universal y absoluto de las leyes: Por eso debe preguntarse: ¿Cuándo las leyes deben entenderse insuficientes o inadecuadas para resolver la cuestión planteada? y ¿cuál es, en esos casos, el arbitrio del juez o tribunal para resolverla?

La respuesta general afirmativa y su excepción, en aquellos casos en que la ley no resulte adecuada para resolverlos justamente, obedecen a una razón muy bien expresada por ARISTÓTELES, que no me canso de repetir, ya que de modo metódicamente realista explica a la par: la interpretación, la equidad, el papel de las leyes y de las sentencias en el campo jurídico y la función judicial.

El ESTAGIRITA explica que toda ley es universal y «hay cosas que no pueden tratarse rectamente de un modo universal»; y, al hablar en la ley de las cosas de modo universal, el legislador «yerra al simplificar»; pero «no por eso la ley es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino que resulta de la naturaleza de las cosas», pues ésta es «indefinida»; y, por eso, la ley no puede ser su regla, ya que ésta debería ser también «indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra».

De ahí que la regla general que formula el AQUINATENSE acerca del juicio: «*Et ideo necesse est quod iudicium fiat secundum legis scripturam*» —es decir, según las leyes escritas—, falla: si la ley positiva resulta *injusta* por ser *contra natura* (esto, los positivistas contemporáneos sólo circunscriben a que sea anticonstitucional), en cuyo caso «no debe juzgarse según ella»; y, aun estando la ley rectamente establecida, si su observancia en algún punto resulta contraria a lo naturalmente justo —es decir, en contra de la naturaleza de las cosas— el juez debe recurrir a la equidad.

En el segundo de los supuestos referidos se padece un desajuste entre el texto de la ley y el hecho concreto enjuiciado. ANTONIO HERNÁNDEZ

GIL, partiendo de la regla general de que la solución del caso «pasa por las normas», advierte: «mas no se halla completamente preconfigurada en ellas, ni se obtiene a sus expensas de modo exclusivo». El dato de que las normas son generales, dice: «no significa que, por necesidad, contengan previsiones comprensivas de todos los hechos, ni de todas las previsiones articulables como realización práctica del derecho» [...], «unos determinados hechos o el problema que suscitan pueden escapar de las previsiones normativas directas. Entonces se plantea la cuestión de inquirir cómo se alcanza la comprensión requerida».

Entiendo que, en el juicio, es imprescindible la tipificación del contenido de la norma y la del hecho enjuiciado para facilitar la determinación de la solución aplicable, ya sea obtenida ésta por concreción de la norma, o por analogía o bien por equidad conforme los principios generales de derecho y la naturaleza de las cosas. ARTHUR KAUFMANN había advertido, años antes, la precisión de «trabajar no con los conceptos legales, abstractamente definidos, sino con los tipos que se ubican tras ellos». De ese modo, aclara: al interpretarse se «argumenta a partir de la "naturaleza de la cosa"».

Es decir, es preciso: tipificar la norma en el sentido de determinar su hecho tipo; y, además, de conformidad con la naturaleza de las cosas es necesario tipificar los modelos que se dan en la vida real con la debida adecuación jurídica funcional, y comparar el hecho del caso tanto con el hecho tipo de la norma como con los tipos funcionales reales o tipos institucionales observados por la jurisprudencia judicial o doctrinal.

El mismo KAUFMANN explica ese «proceso cognitivo» de «descubrir el derecho»: «Hacemos de la norma legal un "tipo", por la interpretación, ateniéndonos al caso; pero hacemos del caso un "supuesto de hecho", mediante su "construcción", fijándonos en la norma. Caso y norma, sin una acción sobreañadida por nuestra parte, no pueden encajar entre sí, por cuanto pertenecen a planos categoriales diferentes. La segunda forma parte del deber ser abstracto-general, mientras el caso, con su multiplicidad inagotable de posibles circunstancias, pertenece al campo amorfo e indiviso del ser. Sólo es posible ensamblar uno con otro después que la norma, con *empirie*, y el caso, con normatividad, hayan sido enriquecidos de tal modo que "correspondan" o "se ajusten" entre sí».

Recordemos que, en esa misma línea, MIGUEL CASALS COLLDECARRERA observa que, tanto en la formalización de la *quaestio* para las «concretizaciones del "hecho bruto"», como para la selección de la norma o normas instrumentales utilizables, y para la formación del necesario juicio

de valor, es necesario comparar el hecho del caso controvertido con el (*tatbestand*) de la norma.

Es una operación de comparación, de conexión de los hechos con las normas de derecho, que comienza en la «precomprensión» con la que se inicia el «círculo [o espiral, como prefiero decir] hermenéutico», que se efectúa tanto al exponer y definir los hechos en su dimensión jurídica como al seleccionar las normas, al efectuar la interpretación y la calificación y al establecer las consecuencias jurídicas.

Esa contigüidad y conexión entre hechos y derecho en el juicio, la explica CARNELUTTI –recordémoslo– a través de la interpretación o mediación entre el *hecho representativo* –«la realidad que cae bajo los sentidos del juzgador», en la cual el «juicio histórico» se complica en el sentido de que, además de la existencia, debe ser definido el «significado»– y el *hecho representado*. «El primero es como un cristal a través del cual se debe lanzar la mirada para apreciar el segundo; la diferencia entre el hecho representativo y el hecho representado puede compararse útilmente a aquella que existe entre un diafragma transparente y otro opaco. Por eso el juicio histórico sobre el hecho representativo impone, además del problema de la *prueba*, el problema de la *interpretación*.»

Junto a esta interrelación también ve CARNELUTTI, en la interpretación, una mediación, entre el orden jurídico y el juicio a través de un puente, que –entiendo yo– apoya la conjunción de sus dos arcos en el pilar mediador de la ley positiva.

De ahí que el «juicio histórico» de los hechos y el «juicio crítico» del juez, se funden y a la vez bifurcan en un «juicio de legalidad» y un «juicio de equidad». El derecho contiene un mandato en la ley, dice CARNELUTTI, pero –como vimos– advierte que, «en último análisis, el juicio en torno a la eficacia del hecho jurídico implica un juicio en torno a la justicia de lo mandado, y más aún de la norma que define esa juridicidad; y el juez es, al mismo tiempo, más o menos conscientemente, juez de la parte y juez del legislador».

#### 177. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL: DELIBERACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

Siguiendo a LUIS FIGA FAURA hemos distinguido antes deliberación y argumentación. De ellos –escribe– el segundo es retórico en cuanto tiene un destinatario al que trata de convencer, de persuadir; y, en consecuencia, trata de utilizar los medios más adecuados para conseguirlo, lo mismo que

ocurre con los textos o discursos políticos, éticos, económicos, filosóficos, sociológicos, religiosos, e incluso los científicos, incluidos los matemáticos. El juez –dice– «al publicar la sentencia, se propone, *como cualquier persona que comunica a otro su pensamiento*, persuadir al oyente o lector, mediante la argumentación que cree más adecuada, de la verdad de sus afirmaciones o del acierto de sus opiniones o decisiones».

Ahora bien –dice–, una cosa es la comunicación a terceros del propio pensamiento –comunicación que, dada su naturaleza retórica, prefiero llamar *argumentación*– y otra muy distinta es la *formación del propio pensamiento* que, naturalmente, es previa a aquella y que prefiero llamar *deliberación*. Una cosa es la meditada deliberación, pausada, solitaria, deliberativa, del jurista en su estudio, y otra muy distinta la exposición pública, estructurada, argumentativa de los resultados conseguidos con aquella.

Con esa distinción –dice FIGA– «no niego posibilidad de que la *argumentación* pueda, en uno o muchos casos, reflejar o reproducir exactamente el camino seguido por el jurista en su *deliberación*; pero esta posibilidad no impide afirmar que, *por lo menos conceptualmente*, *deliberación* y *argumentación* sean cosas completamente distintas y que, por tanto, merece la pena el estudio detallado de la primera, prescindiendo de la no demostrada identidad de ambas; estudio que pretende nada menos que hallar respuesta a la pregunta de *qué se propone y qué hace el jurista* cuando, a solas, prepara su tratado, ensayo, conferencia, dictamen o sentencia».

Por otra parte, diferencia también FIGA la *deliberación doctrinal* y la *deliberación judicial*. Ésta tiene «como punto de partida, además de los textos legales, otros textos y, por encima de todo, hechos, acontecimientos y toda clase de circunstancias de personas, lugar y tiempo. Abreviadamente, el juez pone en relación el multiforme mundo de la realidad con el ordenamiento legal».

En conclusión –afirma– «el juez hace explorar todas las posibilidades que la elasticidad del lenguaje y el carácter defectivo del ordenamiento legal ofrecen para encontrar una *solución satisfactoria* al problema cuya solución le corresponde».

En lo referente a la *deliberación* del juez o tribunal, pienso yo que el mejor camino deliberativo es –como he indicado antes– el de *tipificar* los supuestos de hecho normativos, no sólo legales sino jurisprudenciales, que siempre ayudan a diferenciar y distinguir para poder decidir más matizada y afinadamente, que muchas veces es alumbrado o ayudado por

la que SAVIGNY denominaba la «intuición viva del juez». Lo hemos visto en el epígrafe anterior con referencia a la función a juzgar.

La superposición a la deliberación oculta, de la argumentación expresada en los fundamentos de derecho de la sentencia —efectuada *a posteriori* para justificar la decisión alcanzada con la deliberación—, obedece siempre al deseo de convencer —como dice FIGA—; pero, además, ha podido y puede obedecer a otras motivaciones, que en ocasiones son de mucho peso o, en otras, de menos entidad. Algunos ejemplos, perfectamente constatados, confirman que es así.

KANTOROWICZ cita, como muestra de una voluntad de justificar una resolución de antemano tomada, recuerda que BARTOLO «primero dictaba la resolución» y «luego hacía buscar, en el *Corpus iuris*, a su amigo TIGRINO, los pasajes aplicables, puesto que él “tenía poca memoria”».

Es sabido que el recurso de casación fue creado en Francia para salvaguardar la aplicación de la ley del arbitrio de los jueces, tendente a salirse de ella si lo creían preciso para conseguir en cada caso la justa solución de los hechos enjuiciados. No obstante, como a finales del siglo XIX advirtió GÉNY, la exigencia de la alegación de un texto preciso para formalizar un recurso y para estimarlo, revocando la sentencia recurrida, no sería óbice para que «estas exigencias de pura forma» la práctica las salvaguardara mediante «una amplia interpretación de los textos invocados». Por tanto, en esos casos la argumentación trataba perentoriamente de justificar esa interpretación para salvaguardar la resolución del caso, decidido por una previa deliberación que atendía al caso de conformidad a la naturaleza de la cosa.

Según relata RECASENS SICHES: «En 1908, un famoso abogado del foro de París, JÉAN CRUET, tuvo la feliz ocurrencia de poner negro sobre blanco, y decir a voz en cuello algo que nadie osaba a decir en voz alta, a saber: el hecho de que a pesar de los convencionalismos predominantes, según los cuales se suponía que la función jurisdiccional se desarrollaba y debía desarrollarse mediante el camino estricto de la deducción lógica, había sucedido, por el contrario, que de hecho, real y efectivamente, la Corte de casación francesa había operado de una manera completamente diversa, produciendo una interpretación adecuada y creadora, bien que dicho Tribunal habitualmente ocultaba sus propios razonamientos, disfrazándolos, bajo la careta de una presentación pseudológica de apariencia deductivista». Ahí tenemos unos supuestos de argumentación lógico-exegética, ocultando una deliberación conforme a la experiencia jurídica, la naturaleza de la cosa o la lógica «razonable».

Habitualmente, sin embargo, la argumentación no tiene más finalidad que la de justificar la adecuación al caso de la resolución obtenida por deliberación.

PUIG BRUTAU ofrece esta razón: «La necesidad de dictar una sentencia justa, y al mismo tiempo, la de imputar la solución, cualquiera que sea, a la previsión del legislador, da lugar a que en el derecho de los sistemas continentales, en ciertos casos [...] no sólo se completa el orden jurídico con el valor ejemplar que se desprende de la sentencia recaída, sino con afirmaciones que explican el sentido doctrinal de los preceptos del Código civil».

¿Cómo suele argumentarse? En el juzgado y en los tribunales de instancia suele razonarse argumentativamente ya sea a tenor de las alegaciones de los fundamentos de derecho aducidos por las partes, siguiéndolos, combatiéndolos, o bien tomando otro camino, en virtud del principio *iura novit curia*. En las sentencias de casación suele argumentarse siguiendo o combatiendo las alegaciones del recurrente o recurrentes o bien los argumentos del tribunal de instancia y, finalmente, aduciendo las razones justificativas del fallo previamente deliberado por el magistrado ponente, por la sala o por el pleno.

Para terminar, añadiré que la distinción, expuesta por FIGA, entre deliberación y argumentación, me hace evocar, guardando las distancias, una explicada hace más de quinientos años por TOMÁS MIERES, apoyándola en PAPIAS, otros quinientos años anterior a él: «*ratio est mentis motus qui dicuntur discernere vel convincere volens*», y «*ratio est rationabilis subtilisque disputatio a certis ad incertorum indagacionem cogitatio*».

La deliberación judicial es fruto del *sensum naturalis* y la *bona ratio*, en el discernimiento de la resolución conforme a derecho más ajustada al caso. Su argumentación es la *ratio est*, que discute las alegaciones de las partes y trata de justificar la resolución previamente discernida en la deliberación efectuada.

#### 178. LA RATIO DECIDENDI Y LOS OBITER DICTA EN LA DETERMINACIÓN CONFLICTUAL DEL DERECHO

Lo que acabamos de observar se relaciona íntimamente con la siguiente observación efectuada, en 1951, por PUIG BRUTAU: «Dado un hecho o conjunto de hechos antecedentes de los que resulta algún problema o conflicto de intereses, es preciso averiguar qué solución prácti-



ca ha recaído para extraer del caso, como de un experimento, las consecuencias normativas útiles para casos venideros, sin necesidad de discutir el empleo de palabras determinadas por parte del juzgador. Los razonamientos de éste, es decir, lo que llaman *opinions* [en el *common law*] y nosotros diríamos “considerandos” [hoy “fundamentos de derecho”], son más útiles para demostrar [argumentar] la correcta manera de proceder el juez [en sus deliberaciones] para formular una generalización normativa. Tal vez por ello, HUTCHESON dice que la *opini3n* es la “apolog3a” que el juez escribe para justificarse».

Esta observaci3n empalma el enunciado de este ep3grafe con el tema tratado en el apartado anterior. Pero, antes de pasar de aqu3l al que aqu3 queremos tratar, creo conveniente recordar una vieja distinc3n bajomedieval. En su glosa al rescripto *Inter aequitatem* (*Cod.* 1, 14, 1, que reservaba al emperador la aplicaci3n de la equidad), HUGOLINO –recogiendo anteriores distinciones efectuadas por otros glosadores– diferenci3 cuatro tipos de interpretaci3n, que fue mantenida por ACURSIO, en su glosa ordinaria:

- La del pr3ncipe: general, necesaria y puesta por escrito.
- La efectuada por la costumbre: general y necesaria, pero no escrita.
- La del juez: necesaria y puesta por escrito, pero no general.
- Y la de los doctores: general pero no necesaria, ni obligatoriamente puesta por escrito.

Coet3nea o posiblemente algo antes que HUGOLINO, SAN RAIMUNDO DE PENYAFORT distingu3a: «*quoniam alia est generalis, necessaria, et in scriptis redigenda; alia generalis et necessaria sed non in scriptis redigenda; alia necessaria et in scriptis redigenda, sed non generalis; alia nec generalis, nec necessaria, sed in scriptis redigenda*». Estas cuatro especies de interpretaci3n corresponden –seg3n dice–: «*Prima est principis*»; «*Secunda est consuetudinis*»; «*Tertia est interpretatio iudicis*», «*Quartae est doctoris*».

Es decir, las sentencias judiciales eran necesariamente imperativas para las partes en relaci3n con el caso singular enjuiciado; pero no lo eran de modo general como lo ser3an si fueran normas legales o costumbres.

En ese sentido, de la singularidad de las sentencias dir3a, siglos m3s tarde, FONTANELLA que «*ultra non extendetur quod importat verborum sonus*». Naturalmente se refer3a al tenor de su decisi3n, ya que, como le

he recordado antes, tambi3n dijo: «*minima mutatio facti, mutat totum ius*».

Con esta perspectiva tiene relaci3n la pregunta que formula y responde PUIG BRUTAU en el p3rrafo siguiente al reci3n citado: «Las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, ¿pueden citarse desligadas de los hechos, es decir, s3lo por el sentido normativo que puede desprenderse de la doctrina contenida en sus considerandos, con independencia de las circunstancias del caso que ha dado lugar a la sentencia? Nuestros jueces y abogados saben muy bien que en los escritos judiciales se citan sentencias, en ocasiones, que no son pertinentes al caso debatido, debido a las circunstancias distintas del caso en que fueron dictadas. En el fondo existe tambi3n entre nosotros una t3cnica afin al *distinguishing* anglosaj3n, que estriba en afirmar que un precedente no es aplicable a un nuevo caso por presentar 3ste caracteres que lo diferencian del que dio lugar al precedente invocado. Por m3s que en nuestra pr3ctica forense se manifieste la tendencia a citar la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, especialmente de su Sala 1.ª, como si se tratara de afirmaciones equivalentes a preceptos complementarios de los contenidos en el C3digo civil, todos los juristas pr3cticos conocen sobradamente el partido que puede sacarse del examen de la cuesti3n de hecho que dio lugar a la jurisprudencia invocada, para poner de relieve las diferencias con el caso a que trata de aplicarse. Que no siempre sea as3, es decir, que muchas veces la jurisprudencia de la Sala 1.ª de nuestro Tribunal Supremo tenga un indudable valor abstracto, a manera de una pura afirmaci3n normativa desligada de toda cuesti3n de hecho subyacente, es debido a que buena parte de la doctrina de tales sentencias ha de estar dedicada a esclarecer el sentido de las palabras empleadas por el legislador. Con el resultado de que dicha aclaraci3n no ha de poder depender, naturalmente, de las circunstancias de un solo caso concreto».

En nota, advierte que, tal vez, ser3a 3til considerar la relaci3n de esta distinc3n con la corriente en la doctrina anglosajona –lo dec3a en 1951, ya que hoy tambi3n lo es entre nosotros– de «*ratio decidendi* (aquella parte de la sentencia que expresa la verdadera causaci3n o raz3n decisiva del fallo) y *obiter dictum* (o lo que el juez, al razonar o argumentar, dice de pasada y sin constituir la raz3n espec3fica del fallo, aunque se refiera a conceptos del ordenamiento jur3dico en el que se funda)».

Seg3n dice FEDERICO DE CASTRO: «S3lo puede considerarse doctrina legal a la que halla sido motivo decisorio en las sentencias que se alegue la contienen» [...]. «Para conocer la *ratio decidendi* de la sentencia hay que examinarla en su integridad. Muchos de los razonamientos se dan “a

mayor abundamiento” y tienen carácter de declaraciones auxiliares, innecesarias y, en tal caso no decisivas.» «Son –añade en nota– los que se llaman *obiter dicta* en la doctrina inglesa. Las doctrinas sentadas, con más o menos oportunidad, en los considerandos de una sentencia no sirven de fundamento para el recurso de casación, STS 11 de octubre de 1866; sólo es susceptible de casación la sentencia que en su parte dispositiva infrinja la ley o doctrina legal y no sus fundamentos o considerandos, STS 27 de marzo 1858, 13 junio 1860, 23 marzo 1861, 19 diciembre 1861, 28 septiembre 1866, 7 noviembre 1900, 8 y 2 abril 1903, 14 abril 1913, 11 marzo 1921, 23 diciembre 1933, 2 marzo 1945. El artículo 1.691 Lec [entonces vigente] limitaba el recurso a la “*infracción de ley o doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia*”. Del mismo modo que no se puede infringir doctrina legal más que en la parte dispositiva, sólo en ella se podrá crear». Aunque en las últimas versiones de la Lec haya desaparecido ese inciso «en la parte dispositiva de la sentencia» –recuerdo yo–, es ya doctrina consolidada la expresada, reiterada en numerosísimas sentencias, anteriores y posteriores a ella.

LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN sintetizan que, según doctrina constante del Tribunal Supremo, para que la jurisprudencia cumpla su función complementaria de doctrina legal, entre otros requisitos, es necesario «que los criterios o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (*ratio decidendi*). No tienen, por consiguiente, valor de jurisprudencia las afirmaciones que el Tribunal puede haber hecho con carácter incidental o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (*obiter dictum*). La distinción entre lo que en cada sentencia es verdadera *ratio decidendi* y lo que son puros *obiter dicta* constituye una delicada tarea de interpretación de la sentencia que no es nunca fácil de hacer».

La distinción entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi* de una sentencia, y el valor que tiene la reiteración de una misma *ratio decidendi* –por lo menos en dos no contradichas–, es importante para la formación de doctrina legal constitutiva de jurisprudencia, aducible en el recurso de casación. Por eso, esta cuestión nos conduce a otra muy debatida, tanto si se pone o no en relación con ella el artículo 1, 6, C.c.: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

Un estudio completo de los *obiter dicta*, con distinción clasificatoria de sus diversas clases, ha sido expuesto por el magistrado JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia.

No voy a entrar en la discusión que se ha suscitado –a mi juicio más bien teórica y de nombre– acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho. Metodológicamente considero más interesante observar, con una perspectiva histórica, el valor dado de hecho a los precedentes judiciales en los diversos sistemas jurídicos.

En el derecho inglés, el precedente judicial, según COKE (*Reports* VII, 114), no creaba el derecho, sino que el derecho era inducido por los tribunales de la realidad de los hechos y dictado por la razón, no abstracta y suprahistórica, sino operante con datos de la historia y de la realidad en sí, fruto de una sabiduría en que la razón va unida a la experiencia secular. En esa labor los tribunales superiores habían formulado unos principios, que no los creaban sino *descubrían*, orientados moralmente, que venían a constituir un armazón iusnaturalista que guiaba sus soluciones. Para determinarlas empleaban frecuentemente la analogía, guiada por esos principios. Por eso el precedente tenía un indudable peso específico en cada caso, para observar lo que hubieran resuelto los predecesores. Pero no era vinculante; por lo cual, un tribunal podía apartarse de la doctrina sentada en sentencias anteriores en caso de darse cuenta de que aquélla era contraria a la razón. Pero –como observaría BLACKSTONE– no se pretendía con ello elaborar un nuevo derecho, sino precisamente indicar cuál era el viejo derecho, liberándolo de una interpretación anterior errónea.

En el derecho continental europeo, en la doctrina en el *ius commune* –como hemos visto–, la interpretación judicial era considerada *necesaria* –en el sentido que se imponía– *pero no general* –significando que no creaba doctrina aplicable a casos distintos–. Así el juez, atendiendo a la realidad del caso, tenía una gran amplitud interpretativa, aun cuando utilizara la mediación de las normas que debía seguir. PEGUERA repitió la explicación dada por ARISTÓTELES de que, como las leyes estaban redactadas atendiendo a «*id quod in pluribus accidit*», podían fallar en algunos casos apartándose del texto de la ley. Y aún le dio mayor fuerza, diciendo que a veces podía resultar inicuo –«*esset iniquum*»– aplicarlas.

A la inversa, por su singularidad, las sentencias no constituían precedentes normativos, pues –como hemos visto que explicaba FONTANELLA– «*ultra non extandatur quam importat verborum sonum*», ya que «*minima mutatio facti, mutat totum ius*». En el mismo sentido, en tiempos de Carlos II, el fiscal general de Cataluña, FRANCISCO LLAMPILLAS –según ha comentado MASPONS ANGLASELL– prevendría a los estudiosos contra el seguimiento no razonado de las resoluciones anteriores [en realidad, como he comprobado releyéndolo, LLAMPILLAS se refirió en concreto a las opiniones de los doctores], aconsejándoles que no imitaran a aquellas

aves que, estúpidamente, vuelan en una dirección determinada sólo porque otras las preceden.

Si el hecho del caso es determinante de su específica resolución, ningún fallo judicial debe ser *imperativo* para futuras sentencias. Pero, en cambio, sí que pueden ser orientadoras sus *razones*; y, si llegan a constituir doctrina jurisprudencial y completan el ordenamiento jurídico, deben seguirse como normas, pero naturalmente tan sólo si existe igualdad de supuesto. En efecto –adviértase bien–, no sería razonable que el arbitrio de los tribunales fuese menor ante esa doctrina jurisprudencial que frente al texto de las leyes.

En España y en Francia podemos decir que ha ocurrido lo mismo que, acerca de esto, escribió ESSER en Alemania. En realidad –dice–, sucede «que se encomienda al juez la tarea de formar normas atendiendo a principios valorativos no codificados y con sujeción (controlada sólo por los tribunales mismos) a criterios extralegales pero «objetivos», o sea convencionales, de cambiante base empírica y concreción: usos del tráfico, buenas costumbres, ética profesional, buena fe, antimatrimonial, contrario al tráfico, improbable, etc.».

De hecho, la Sala primera del Tribunal Supremo, al velar por la correcta aplicación de leyes y doctrina legal, es decir, para que se efectúe de modo tal que resulte justa, va configurando a la vez esa doctrina jurisprudencial.

No debemos olvidar que, en esa doble tarea, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en muchas materias (comunidad hereditaria, reservas sucesorias, sociedad de gananciales), ha ido recibiendo unos criterios explicativos que varían con el tiempo al compás de las convicciones dominantes en cada tiempo en la ciencia del derecho. Ésta, de hecho, ha venido presionándole –y así seguirá ocurriendo siempre– a que configure sus fundamentos de derecho a la luz de las razones que tales criterios hagan convincentes.

Es muy cierto que, tal como ha dicho LARENZ: «Los tribunales resuelven casos particulares»; y, «de hecho», «especialmente los más altos tribunales procuran orientarse en gran medida por tales resoluciones paradigmáticas –por los precedentes–, lo que sirve a la uniformidad y a la continuidad de la jurisprudencia judicial y, con ello, sobre todo a la seguridad jurídica» [...]. «El “precedente”, como tal, no vincula, sino solamente la norma rectamente interpretada y concretada en él. Por tanto, el juez no debe aceptar “ciegamente” el precedente.» Éste, «como tal no es vinculante sino sólo la máxima de decisión en él expresada, en tanto se refiera a una interpretación “acertada” o complemento de normas, o si concreta un principio jurídico de modo paradigmático».

En suma, esta jurisprudencia requiere, sin duda, una flexibilidad que no impida la justa adecuación de la ya formada a las futuras circunstancias de hecho, siempre a la luz de los principios ético-jurídicos.

En todo caso, creo que tuvo razón OGAYAR cuando explicó: «Se ha dicho, con verdad, que la ley no tiene valor más que si se la aplica y en el modo en que se la aplica. Es la jurisprudencia, más que la ley, la que constituye la *forma viva* del derecho [en su determinación conflictual, ya que no puede olvidarse la labor primaria de la determinación negocial], realizando, en el grado máximo posible, la aproximación del hecho a la norma jurídica, esclareciendo su sentido, fijando su alcance, integrándola con soluciones nuevas y, en definitiva, adaptándola a la vida y rejuveneciéndola». Adaptabilidad que no es compatible con la congelación de la jurisprudencia.

En suma, podemos decir, como conclusión, que la norma singular del caso enjuiciado reiterada como *ratio decidendi* se transforma en norma general, como son las leyes; pero no universal. Es decir, no son aplicables: a) si el hecho del caso no coincide totalmente con el hecho tipo elevado a doctrina legal o jurisprudencia; b) si es repelida por razones de equidad, y c) si así lo requiere el cambio de circunstancias existente al tiempo de producirse el caso.

#### 179. REPERCUSIÓN DE LA DETERMINACIÓN CONFLICTUAL DEL DERECHO EN EL ALUMBRAMIENTO Y LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS MEDIADORES ENTRE LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Esta enunciada repercusión se ha reflejado históricamente y sigue reflejándose en: a) enunciación de principios generales; b) desarrollo, tipificación, integración y corrección de normas legales; c) elaboración de pautas de valor, y d) corrección de las instituciones elaboradas negocialmente y tipificación de las contenidas en las normas legales. Trataré de exponerlo y explicarlo lo más sintéticamente posible.

##### A). Alumbramiento y formulación de principios generales

La opresión de positivismo legalista hizo que se sintiera la necesidad de acudir a principios generales *del* derecho y *de* derecho para respirar el aire puro de la justicia fuera y más allá de los textos articulados, en lugar de limitarse a inducirlos de ellos. Esa labor fue acometida por la ciencia del derecho, la filosofía del derecho y por jueces y tribunales.

Como DE DIEGO había observado lúcidamente: «los principios generales del derecho, en su más alto y comprensivo sentido, son materia propia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional, y a éste pertenecen desde luego y dentro de su competencia, cuando descienden de aquellas alturas, para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera, lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin, ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo lo disminuyen, derivando principios ya menos generales y más limitados».

De hecho, nuestro Tribunal Supremo alumbró u observa la existencia de los principios generales del derecho por las concreciones legales que indican su existencia y facilitan su hallazgo —como dice la S. de 2 de julio de 1904- o —mejor dicho— explican mejor «principios, más o menos clara o distintamente expuestos, pero ya “preexistentes”» —según indica la S. de 6 de diciembre de 1912.

En *Metodología de la determinación del derecho* hemos visto, *ad exemplum*, cómo el Tribunal Supremo ha desvelado y formulado los principios de: a) la justicia «*in concreto*» o equidad; b) la buena fe; c) ilicitud de ir contra los actos propios; d) *pacta sunt servanda*; e) «la voluntad del testador es ley de la sucesión»; f) *el favor testamenti* y, su complemento, *el favor voluntas testanti*; g) *el favor partitionis*.

#### B) Intelección, desarrollo, integración, tipificación e, incluso, corrección de normas legales

Se trata de una labor que en la tarea interpretativa se efectúa cotidianamente, al poner las normas en relación con los hechos del caso contemplado, inteligiéndolas en relación a aquéllos, a las que explican a la luz de su intelección, produciendo así un recíproco esclarecimiento de unas y de otros. En la realidad, con esa tarea, se obtienen los resultados siguientes:

##### a) Intelección, desarrollo e integración de dichas normas

Un ejemplo, altamente esclarecedor de cuál es el alcance efectivo de esta tarea jurisprudencial, es la realizada con el artículo 811 por la Sala

1.ª del Tribunal Supremo. Lo pude comprobar yo mismo, cuando, hace unos cuarenta y cinco años —en los dos volúmenes de mi libro *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*: I. *El artículo 811 como norma a interpretar* [hoy diría *intelegir*], aparecido en 1957, que ocupa 191 páginas, y II. *El artículo 811 como norma que se debe integrar* (que ocupa 414 páginas, y fue publicado un año después, en 1958)—, acometí el estudio de las abundantísimas sentencias del Tribunal Supremo en que éste se había ocupado de *intelegir*, desarrollar e integrar el artículo 811 del Código civil.

Esa labor también ha realizado, tal vez menos llamativamente, la misma la Sala 1.ª, con muchísimos otros preceptos legales.

##### b) Tipificación del hecho general objeto de la norma que se trata de *intelegir*

Pondré como ejemplos; las Ss.TS de 30 de noviembre y 3 de diciembre de 1987, que tipificaron los hechos de unos casos que estimaron configuradores de un pacto de «pensión alimenticia» o «alimentos vitalicios», extrayéndolos fuera de la tipificación de la renta vitalicia en el artículo 1.802 C.c., fundamentando así la inaplicación del artículo 1.805 a esos supuestos de hecho. La segunda también efectuó la tipificación del caso fuera del hecho tipo de la donación *mortis causa*, regulada en el artículo 620 C.c. Son solamente un par entre los muchísimos ejemplos que cabría aportar para mostrar el ejercicio de esta función por el Tribunal Supremo.

Así el Tribunal Supremo *intelige*, desarrolla e integra hipótesis factuales de normas legales (en el primer ejemplo citado del art. 811), y en las dos citadas sentencias de 1987, tipifica, acota y delimita las fronteras del supuesto de hecho de la norma legal invocada, mostrando que los hechos de los casos enjuiciados se hallan fuera del hecho tipo de la misma, y que, por tanto, su disposición no les es aplicable.

##### a) Labor correctora de las leyes

Esa tarea jurisprudencial ha sido cuidadosamente observada por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y TOMÁS OGAYAR, quienes han comprobado que con su ejercicio, entre otros, se han obtenido los siguientes logros:

aa) La corrección de algunos errores de expresión del Código civil; *v. gr.*, enseñando cuál es el verdadero sentido de la expresión *daños e inte-*

reses del artículo 1.124, mal traducido del 1.184 francés (S. de 6 de mayo de 1911).

ab) Ha espiritualizado algunas normas formalistas de la contratación, como ocurre en las Ss. de 4 de julio de 1899 y 19 de octubre de 1901, decidiendo que puede reclamarse lo convenido en el contrato aun antes de exigirse otorgamiento en escritura; y suavizado (en las Ss. de 7 de enero de 1924 y 24 de diciembre de 1929, entre otras) la trascendencia del requisito de la forma escrita exigida en los artículos 1.280 y 1.279 –pues el art. 1.280 no modifica el 1.278, ni tiene otro alcance sino el resultante del art. 1.279–, de modo tal que cualquiera de las partes puede exigir a la otra el cumplimiento del contrato, pidiendo a la vez su elevación a escritura pública.

ac) Ha admitido el principio *valorista* en deudas pagables en dinero frente a la orientación *nominalista* del Código civil.

ad) Ha corregido la imprecisión técnica del artículo 799, aplicándolo a los llamamientos a término incierto en el *quando* pero cierto en el *an* (Ss. 22 de marzo de 1890, 12 de febrero de 1915, 11 de febrero de 1928, 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954, 6 de diciembre de 1957, 26 de enero de 1959, 5 de julio de 1966).

### C) Establecimiento de pautas de valor

Muchas veces las leyes se refieren nominalmente a ciertas *pautas de valor*, que son a modo de «conceptos-válvula» o estándares jurídicos, que remiten al buen juicio de los jueces para que las llenen de contenido en los supuestos que enjuician. Esas pautas son a modo de moldes tipológicos, utilizados para graduar cada caso concreto en la medida adecuada, dando la solución de ciertos hechos, actos y negocios. Pero estas pautas deben rellenarse, efectuando las concreciones y graduaciones que se estimen adecuadas y precisas en cada caso. Los jueces y tribunales de justicia realizan estas determinaciones, que el Tribunal Supremo revisa, estableciendo a modo de peldaños que facilitan una mayor precisión en las concreciones de las pautas legales (dolo, culpa, diligencia de un buen padre de familia o de un buen comerciante, etc.); pero, además, a veces, se completa la tipología de las pautas legales recurriendo a nuevas pautas descubiertas al efectuar, en los juicios, determinaciones conflictuales del derecho, ponderándolas comparativamente, para configurarlas con la mayor precisión posible. Veamos unos ejemplos:

a) *Concreciones del contenido de pautas de valor legalmente establecidas*, tales como:

aa) *Empleo de la equidad como pauta de valor.*

ab) *La buena fe como pauta de valor.*

ac) *Buenas costumbres.*

ad) *Plazo prudencial.*

ae) *Diligencia de un buen padre de familia.*

af) *Orden público.*

ag) *Abuso de la cosa.*

ah) *Moral.*

b) *Pautas configuradas «extra legem» jurisprudencialmente* han sido, entre otras, las siguientes.

ab) *Matiz inmoral o fraude de ley de la operación en su conjunto.*

ac) *Concurrencia y coexistencia de culpas* en materia de responsabilidad extracontractual.

ad) *Causalidad adecuada*, en materia de responsabilidad por culpa extracontractual.

ae) *Responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo.*

### D) Ratificación, matización o corrección de las determinaciones negociales de ciertas instituciones y complemento de las insuficientemente determinadas por normas legales

En la configuración de instituciones civiles y mercantiles, sólo referidas o bien reguladas de modo incompleto en los Códigos y leyes especiales, si bien la práctica negocial ha llevado siempre la iniciativa configuradora, sin embargo, los tribunales de justicia y, en especial el Tribunal Supremo, vienen acotando cuáles deben ser los linderos de esas configuraciones negociales. Así efectúa una labor mediadora entre estas configuraciones negociales y las normas legales imperativas o prohibitivas, a la luz de los principios generales, en especial los de equidad y buena fe, y perfila la determinación de todas sus posibles concreciones.

Podrían ponerse muchos ejemplos de esta tarea realizada, gracias a la cual –dijo CASTÁN TOBEÑAS– la jurisprudencia «ha llenado, en no pequeña parte, los vacíos» [del Código civil], desarrollando «instituciones omitidas o mal reglamentadas en el mismo». En esa tarea –como antes

he observado—, a veces, no han sido ajenas las formulaciones efectuadas por corrientes doctrinales dominantes.

Vamos a limitarnos aquí al ojeo y cita de algunos supuestos, unos referentes a la ratificación y a veces matización de instituciones elaboradas mediante determinaciones negociales, y otros para cubrir omisiones o desarrollar la falta o defectuosidad de reglamentación legal:

a) La *reserva lineal*, regulada por primera vez en el Código civil de 1889, en el artículo 811 en 57 palabras, de las cuales 37 son artículos, pronombres y adverbios, preposiciones y conjunciones, ha sido configurada por el Tribunal Supremo de modo detallado y complejo.

b) La *aparcería*.

c). El *contrato de pensión alimenticia o de alimentos vitalicios*.

d) Los *arrendamientos “ad meliorandum”*.

e) Los *negocios fiduciarios*, elaborados por la práctica, han sido reconocidos, delimitados y caracterizados por el Tribunal Supremo.

f) El *legado de parte alícuota*.

g) La *herencia yacente*.

h) El *contador-partidor*, mencionado en el artículo 1.057 C.c. con la denominación de comisario, y la partición efectuada por contador-partidor, han venido siendo configurados y sus contornos delineados en numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo.

i) Tenemos, en fin, gran número de figuras negociales de derecho mercantil que han sido institucionalmente admitidas y deslindadas por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo —como hace años mostró ANTONIO POLO—, a las cuales se ha añadido, entre otras, la admisión del aval en documento separado y pueden agregarse bastantes más de las que posteriormente han penetrado en nuestra práctica.

#### 180. ¿APLICACIÓN, CREACIÓN O CONCRECIÓN DETERMINATIVA DEL DERECHO EN LA FUNCIÓN JUDICIAL DEL IUDICARE?

Es bien conocida la polémica, que parecía inacabable, entre los defensores de que con el juicio se produce una *aplicación judicial del derecho* y los sostenedores de que tiene lugar una *creación judicial del derecho*.

Polémica en la cual intervinieron CASTÁN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU, ÁLVARO D'ORS, CASTRO Y BRAVO, OGAYAR Y AYLLÓN, entre otros destacados maestros.

Es opinión mía, que vengo sosteniendo hace bastante tiempo, que la antítesis aplicación-creación judicial del derecho es un pseudo-planteamiento de la cuestión, por ser inadecuado el uso de ambas palabras, «aplicación» y «creación», como explicativas de la función del *iudicare*.

La expresión «aplicación de la ley al caso» fue utilizada a finales del siglo XVII, en la Universidad de Halle, como fruto tardío del nominalismo, del legalismo jurídico y de la consecuente reducción que ambos comportaban en el concepto de interpretación, que por ellas quedaba circunscrito a la intelección del texto. Como hemos visto, esta reducción es hoy rechazada por la hermenéutica moderna, que en la interpretación vuelve a incluir la explicación de las cosas a las cuales se refiere el texto; y, por ello, hoy se habla de la «concreción» del derecho. Este empleo lo comenzó el neohegelianismo, entendiendo la expresión como «momento» de la concreción de la «idea del derecho» —tanto si se efectúa en la expresión de un principio, en la formulación de una ley, o en la redacción de una sentencia—. Otras corrientes jurídicas revisionistas entienden que la «concreción del derecho» consiste en la delimitación o determinación concreta de aquello que es derecho, como formulación justa: ya sea de un principio, de una pauta de valor, de una norma, o de la solución jurídica del caso concreto de que se trate.

La palabra *creación* del derecho ha sido referida bien sea a una norma —general o individual— o a la solución de un caso jurídico. Esta es otra consecuencia del positivismo —sea éste judicialista o sociológico— y, más remotamente, del nominalismo. Para el nominalismo el derecho es un mero producto de la voluntad, divina o humana, o bien es una construcción del propio hombre. De ese modo, la palabra «creación» sustituye o suplanta a las de *hallazgo*, *invención*, *descubrimiento*, *desvelamiento*, *desprendimiento* (en el sentido que en francés significa «*degagement*», de algo que se desprende y nos es mostrado por las cosas o los hechos), y, a la par, achica la *interpretación*, en cuanto ésta tenía, en su genuino sentido, de «desenvolvimiento, de despliegue, de explicación», de *inventio* o «descubrimiento de lo que ya existe», al modo como el jurisconsulto romano trabajaba descubriendo el *ius*, que no lo recibía construido ni él construía. El derecho, como *quod iustum est* en un caso concreto, es la determinación de la forma justa que corresponde a un hecho para que merezca llamarse precisamente derecho.

El tema de la naturaleza propia de la jurisprudencia judicial, y en especial la de los más altos tribunales, creo que ha de contemplarse y traducirse mentalmente con palabras adecuadas; pues, «aplicación» y «creación» ni siquiera son correctas. Sinceramente pienso que «determinación» o «concreción», o cualquiera otra denominación equivalente o semejante que se prefiera, resultan más ajustadas y expresan mejor el significado de la función judicial, que, sin duda, es la de resolver lo más justamente posible el caso enjuiciado.

Salvando la terminología, creo que a las encontradas posiciones extremas –aplicativa y creadora– también se opondría la tesis de WOLFGANG FIKENTSCHER, que propugna, en parecido sentido al expuesto mío, que la *Fallnorm* (norma del caso) se obtiene mediante una «concreción», en la cual una clase de norma jurídica se coordina con una manifestación de hechos de la «vida real» y con la determinación de su justicia, que describe del siguiente modo: «La teoría de la norma del caso contrapone el caso decisivo, como norma decisoria, a una norma a la que, bajo las exigencias de justicia pertinentes a la decisión de las circunstancias de hecho, le aplica una característica de tipo legal». En esa operación son inevitables los conflictos del derecho positivo objetivo, por una parte, con el derecho justo, por otra.

Explica MARTÍNEZ SARRIÓN que en la *norma del caso*: «No es, por consiguiente, el *hecho* el que asciende para revestirse con la *norma*, sino la *norma* la que desciende para recobrar su vitalidad e instaurarse en el supuesto de hecho al que dota de su colaboración jurídica» [...] «no es el hecho el que se subsume en la norma, sino la norma en el hecho. Y esta subsunción es la que se llama “norma del caso”, la *Fallnorm*».

El mejor modo de efectuar esta determinación o concreción judicial del derecho, de conformidad al método que vengo propugnando, es el siguiente:

1.º Ante todo, es preciso comparar el hecho-tipo de la norma con el hecho del caso, para observar si existe identidad, plena, o ciertas diferencias o incluso disparidad.

2.º De existir ciertas diferencias de matiz, éstas pueden provenir de la conducta de alguno de los sujetos; y, entonces, la norma deberá ser conjugada con la pauta de valor que corresponda (buena fe, dolo, culpa de tal grado, causalidad adecuada, actos propios, abuso del derecho, enriquecimiento injusto, etc.).

3.º De existir notable semejanza del hecho-tipo de la norma con el hecho del caso, aquélla deberá ser conjugada con las demás normas que aporten soluciones adecuadas y, siempre, iluminada por los principios generales, siendo conjugadamente proyectados todos estos elementos a la situación fáctica de acuerdo con la naturaleza de la cosa, para así lograr una mejor adecuación.

4.º De no haber hecho-tipo de norma alguna que resulte análogo con el hecho del caso, habrá que recurrir a los principios generales, proyectados tipológicamente –conforme la naturaleza de las cosas–, concretándolas a ese hecho del caso, atendiendo a todas sus particularidades.

5.º De existir aparentemente identidad del hecho-tipo, conforme el texto de la norma y el hecho del caso, pero dándose teleológicamente una diferencia sustancial (significativa de una laguna oculta), deberá recurrirse a la equidad, en el sentido aristotélico de la *épieikeia*.