

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**UNA RELECTURA SOBRE LA FUNCIÓN
DE LA REALIDAD SOCIAL
EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO**

Discurso leído el día 27 de mayo de 2011 en la Solemne Sesión de Ingreso
del Académico de Número

ILMO. SR.

DON MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ

y contestación del

ILMO. SR.

DON FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN

Académico de Número



A Coruña, 2011

I

DISCURSO

del

ILMO. SR.

DON MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	9
2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO COMO MATERIA DEL DISCURSO DE INGRESO.	10
3. LA REALIDAD SOCIAL COMO CANON DE INTERPRETACIÓN: PRELIMINAR.	14
4. LA RECEPCIÓN DEL CANON SOCIOLOGICO.....	20
5. LA ASUNCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL COMO CANON DE INTERPRETACIÓN.	22
6. DELIMITACIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL Y MODO DE INVOCARLA.	25
7. LA FUNCIÓN Y LOS LÍMITES DE LA REALIDAD SOCIAL EN CUANTO CANON DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.	31
8. LA REALIDAD SOCIAL Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.	37
9. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES.	40
10. CONTESTACIÓN.....	43

1. Introducción

- **Excelentísimo Señor Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.**

- **Excelentísimos Señores Presidente y Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Galicia.**

- **Excelentísimos e Ilustrísimos Señoras y Señores Académicos.**

- **Señoras y Señores.**

Quisiera comenzar agradeciendo esta acogida que se me dispensa en la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Institución de reconocido prestigio, de la que forman parte personas por las que siento verdadero afecto y estima profesional.

Mi ingreso responde a la vacante dejada en su día por Don Antonio Sánchez Ortega. Nacido en Villaluenga del Rosario, cursó estudios de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Una vez licenciado, pasó a ejercer como letrado en la ciudad de Pontevedra. Centrada su actividad en el Derecho civil, desempeñó la abogacía con rigor y laboriosidad, ganándose la estima y consideración ajenas. Serían estas cualidades las que determinarían su acceso al cargo de Decano del Colegio de Abogados que desempeñó, con notable acierto, entre los años 1982 y 1987.

Pero mi ingreso va acompañado de una satisfacción añadida. Destino y estatutos han confluído para hacer recaer en Don Francisco M. Ordóñez Armán la contestación a esta intervención. Su modo de ejercer la función notarial y su preocupación por el trabajo bien hecho hacen que sea un honor el que hubiera aceptado el encargo de la Academia. De corazón, le expreso ahora públicamente mi gratitud.

2. Justificación del tema elegido como materia del discurso de ingreso

Debo justificar la elección del tema escogido para este discurso de ingreso. Inicialmente me movió la intención de tratar la relación entre Derecho civil y Literatura con referencia a la obra de algún autor gallego.

Lo intenté primero con Álvaro Cunqueiro del que este año se cumple el centenario de su nacimiento. Mi maestro, el profesor Sancho Rebullida, sentía por el autor de Mondoñedo verdadera admiración. Fue necesario poco tiempo para apreciar que, referencias puntuales al margen, las fábulas de Cunqueiro no guardan vinculación con las normas del Derecho privado, promulgadas para regir la vida ordinaria entre particulares y no el mundo de los sueños.

Por suponer que los estudios de Derecho habrían dejado huella en su producción literaria, lo intenté después con Camilo José Cela. Pero el contenido de su obra y los personajes que la trascienden evidencian que a Cela antes le sedujo el Derecho penal que las normas de Derecho civil.

Y debido a que también había cursado estudios de leyes, lo intenté por último con Gonzalo Torrente, al que me aficionó tempranamente

uno de mis hermanos cuando me dio a leer “La Saga-Fuga de JB”. Sin embargo, sólo una de sus obras tiene relación con el Derecho. Es una novela tardía y de orden menor publicada bajo el título de “La muerte del Decano”. Fácilmente se comprende que la presencia en este acto de la persona que rige mi Facultad desaconsejaba detenerse en una obra que, a raíz del asesinato en un centro académico, se asoma al mundo de las intrigas universitarias.

Había que descartar, por tanto, la relación entre la Literatura gallega y el Derecho civil. Dada la condición de letrado de la persona cuya vacante paso a ocupar, se me aconsejó exponer un tema referente a la aplicación del Derecho. Barajadas diversas opciones, pareció oportuno hacer una relectura sobre la función de la realidad social, o canon sociológico, en la interpretación de las normas¹. Dos circunstancias actuales determinaron este volver sobre un tema ya tratado.

La primera circunstancia está representada por la situación económica. Podría pensarse que la crisis es extraña a la labor hermenéutica. Sin embargo, la recesión que se produce en España entre 1970 y 1984 coincide con el período de tiempo en que proliferan las sentencias que recurren a la realidad social. En beneficio de la parte desfavorecida, la situación socio-económica fue empleada para justificar la subsistencia de contratos de trabajo², favorecer aperturas de locales de negocio³, fun-

1 “Relectura”, por cuanto el tema había sido objeto de estudio en su día por medio de la monografía *Realidad Social y Jurisprudencia –Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas-* [Madrid, 2005].

2 Por todas: STS. 16 octubre 1987 –soc.- [RJA/7058].

3 Entre otras, véase: STS. 9 julio 1985 –cont. adm., s. 4ª- [RJA/158].

damentar la concesión de prestaciones alimenticias⁴, o para considerar de modo restrictivo las causas de extinción de los arrendamientos⁵.

La segunda circunstancia deriva de la aprobación por las Cortes Generales, en el año 2005, de la resolución en apoyo al diálogo de los poderes competentes del Estado con quienes decidiesen abandonar la violencia⁶. Es a partir de entonces cuando el criterio sociológico emerge como factor decisivo para complementar la acción política. Si se recuerda, desde determinados ámbitos se propugnó que las disposiciones legales que impedían la autodeterminación, la legalización de ciertos partidos, o la excarcelación de presos, debían ser releídas y corregidas al amparo de la nueva realidad socio-política determinante de la resolución parlamentaria.

Las circunstancias económicas y políticas a que se ha hecho referencia se han vuelto a repetir⁷. Por ello no resulta aventurado predecir

4 A título de ejemplo: STS. 5 noviembre 1984 –civ.- [RJA/5367].

5 V.gr: STS. 18 octubre 1983 –cont. advto., s. 4ª- [RJA/5241].

6 Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. VIII Legislatura, nº 204 -17 de mayo de 2005-, pp. 54 y 55. El debate sobre la citada propuesta de resolución puede consultarse en *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. VIII Legislatura, nº 90 -17 mayo 2005-, pp. 4491 y ss.

7 Sobre la reiteración de las circunstancias económicas, parece no ofrecer duda que es correcto el uso de la calificación de “crisis” ligada a la situación económica referente al año 2011. Y en orden a la reiteración de las circunstancias políticas aludidas, son significativas algunas reacciones motivadas por el comunicado de la banda terrorista ETA anunciando el cese de las acciones violentas. Como muestra, cabe traer a colación el artículo de opinión firmado por Carlos Jiménez Villa-rejo y publicado en el periódico “*Público*” con fecha de 25 de octubre de 2011. En particular, con relación al comunicado por el que ETA anuncia el cese definitivo de la violencia, en el citado artículo se lee lo siguiente: <<Una autoridad de la Audiencia Nacional dijo, con motivo del comunicado de la banda terrorista, que “la justicia penal está al margen de los contextos y vaivenes políticos”. Como regla general no debe ser así, y en el tiempo que acaba de abrirse menos aún. El

que traerán consigo una nueva expansión en la aplicación del canon sociológico.

Que las cosas van a ser así lo prueba la lectura del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, objeto de reiteradas referencias en los medios de comunicación. Concedido un préstamo hipotecario, ante el impago de las cuotas pactadas el banco solicitó la correspondiente ejecución. La finca hipotecada se sacó a subasta siendo adjudicada por 42.895 euros a la entidad bancaria. Debido a que el préstamo ascendía a una cantidad mayor, se solicita la continuación del procedimiento de ejecución para el cobro del importe restante (28.129,52 euros de principal, más 8.438,86 euros por razón de intereses, costas y gastos). La petición es denegada por considerar que en la escritura de préstamo el propio banco había aceptado la valoración de la finca por una suma que excedía al montante de la deuda.

El Auto es apelado por la entidad bancaria argumentando que la finca ya no tiene en el mercado el valor que se le adjudicó en la tasación inicial. La Audiencia Provincial de Navarra desestima el recurso invocando, entre otros argumentos, la realidad social. En concreto, se afirma que la pérdida de valor de la finca es consecuencia de la situación económica motivada por la mala gestión del sistema financiero que ha tenido como protagonistas a los propios bancos, desembocando en una crisis económica sin precedentes desde la depresión de 1929⁸.

fundamento es evidente: el juez, cualquiera que sea, está obligado a interpretar las normas jurídicas de acuerdo con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (artículo 3.1 del Código civil)>>.

8 Textualmente, en lo que aquí interesa, en el citado Auto se manifiesta lo siguiente: <<Cabe además hacer una pequeña consideración [...] relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy,

Así pues, el probable auge de la realidad social es lo que justifica su elección como materia de este discurso cuyo contenido paso ya a enmarcar.

3. La realidad social como canon de interpretación: preliminar

Desde la reforma del Título preliminar, el Código civil se adscribió al grupo de cuerpos legales que contienen preceptos destinados a re-

tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. Y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy por hoy un valor real inferior, se base en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no sólo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así [...] no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las “hipotecas basuras” del sistema financiero norteamericano.- No queremos decir con esto que el Banco X sea el causante de la crisis económica, pero sí no se puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929.- El art. 3 Cc., en su apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [...] y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que [...] moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, aun cuando no quepa atribuirle directa y especialmente al Banco X, si que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero [...]>>.

gular la interpretación. La peculiaridad radica en que se introduce la realidad social como elemento hermenéutico. En concreto, el artículo 3 del Código civil establece lo siguiente: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, “y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad”*.

Por este cauce, el llamado “canon sociológico”, la realidad social, ha pasado a ser criterio habitual en la fundamentación de las resoluciones judiciales. Y ello hasta el punto de que no es infrecuente que se recurra a determinados aspectos de la realidad social como el desempleo⁹, los avances tecnológicos¹⁰, la elevación del nivel de vida¹¹ o la inflación¹², al fin de aplicar las normas en un determinado sentido. Mi intervención pretende fijar los contornos en los que ha de moverse la interpretación. Contornos que, a lo que creo, no debieran ser sobrepasados en la aplicación del Derecho.

Como punto de partida podría servir la opinión expresada en su día por el profesor DÍEZ-PICAZO. Se refería el autor a la búsqueda de soluciones intuitivamente justas que, a su juicio, se produce en el ámbito judicial. Según su parecer, dicha tendencia es una secuela del

9 Entre muchas: Ss. TS. 13 marzo 1987 –cont. advto., s. 4ª- [RJA/3634], 4 marzo 1992 –soc.- [RJA/1617] y 18 diciembre 1997 –civ.- [RJA/9102].

10 Por todas: Ss. TS. 2 noviembre 1982 –cont. advto., s. 4ª- [RJA/7044], 19 mayo 1986 –soc.- [RJA/2570] y 30 noviembre 1992 –civ.- [RJA/9458].

11 Recurriendo de forma directa o implícita al nivel de vida, entre otras: Ss. TS. 1 diciembre 1986 –cont. advto., s. 3ª- [RJA/7686], 6 octubre 1987 –cont. advto., s. 4ª- [RJA/8306] y 10 mayo 1991 –cont. advto., secc. 5ª- [RJA/4271].

12 Considerando de una u otra forma la inflación, a título de muestra, vid: Ss. TS. 28 febrero 1987 –pen.- [RJA/3041], 20 septiembre 1988 –civ.- [RJA/6842] y 18 enero 1991 –pen.- [RJA/148].

llamado “derecho libre” que se estaría asentando en España debido a la influencia de la cultura norteamericana y a un simplificado entendimiento de la creación judicial del Derecho. Es claro –concluye- que de mantenerse una línea semejante, el Código civil, formalmente en vigor, saltará hecho añicos¹³.

No discuto que pueda haber algo de exageración en el diagnóstico y al final volveré sobre el mismo. Mas lo cierto es que las referencias a la realidad social que se contienen en algunas resoluciones judiciales guardan una íntima relación con el fenómeno que se acaba de describir. Y es que, en ocasiones, se cree encontrar en el canon sociológico el fundamento que –al socaire de una solución justa para el supuesto que se trata de enjuiciar- permitiría fundamentar interpretaciones correctoras de las normas. En estos casos se recurre a la realidad social como medio que permitiría justificar que la norma aplicable diga, no lo que dice, sino lo que debiera decir para llegar a una solución de equidad en el caso concreto.

Pero es que hay más. A veces también se acude al criterio sociológico utilizándolo como un cómodo expediente en el que fundamentar los fallos. Así, podremos constatar como por medio de la realidad social se resuelven supuestos que encierran lagunas y que deberían haberse solventado aplicando la técnica de la analogía o recurriendo a las fuentes del Derecho.

Por lo tanto y a modo de principio: la realidad social ligada a la escuela libre del derecho; la realidad social como fundamento de inter-

13 Cfr. DÍEZ-PICAZO, <<Codificación, descodificación y recodificación>> [en *ADC.*, T. XLV -1992-, p. 480].

pretaciones correctoras; y la realidad social como sucedáneo de otras técnicas jurídicas.

Durante la intervención trataré de ir fundamentando que se trata de tres propuestas erróneas. Pero en todo caso, como muestra de cuanto se acaba de exponer, quisiera referirme a una sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 13 de febrero de 1991.

El supuesto afectaba a un accidente “in itinere” de un soldado que cumplía el servicio militar y había disfrutado de un permiso “fin de semana”. Cuando regresaba en vehículo propio para reincorporarse a sus obligaciones militares, sufrió un accidente de tráfico del que resultó con lesiones graves. El soldado presenta solicitud para que se le admita en el Cuerpo de Mutilados de Guerra.

La disposición normativa referible al supuesto de hecho era la Ley de Mutilados de 1976. Pero la norma no permite acceder a la petición del demandante. Y es que para ser considerado “mutilado” exigía que las lesiones se hubieran producido con ocasión de la prestación directa de una tarea de carácter militar en las Fuerzas Armadas¹⁴. No obstante, el Tribunal quiere llegar a una solución pietista o benevolente y para ello tiene que acomodar el supuesto en el ámbito de la citada disposición legal. Y es a tal fin al que se recurre a la realidad social en los términos siguientes:

14 Textualmente, el art. 4 de la Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria, dispone: <<Se estiman mutilados en acto de servicio quienes, sin mediar dolo o culpa grave por su parte, sufran lesión corporal que afecte a su integridad por accidente ocurrido en la prestación de un servicio, con ocasión directa de él, o a consecuencia de otras acciones específicas de la vida militar propias de la finalidad y naturaleza de las Fuerzas Armadas>>.

<< [...] Sin embargo, tales alegaciones –declara el Tribunal con referencia a los argumentos del Letrado del Estado- no pueden prosperar si se realiza, como requiere la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, una interpretación flexible de la normativa aplicable, atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser utilizada, y a su espíritu y finalidad (art. 3.1 Cc.). Dichos parámetros hermenéuticos obligan a concluir que el accidente sucedido con ocasión de la reincorporación a filas de un soldado, cuando éste se dirige desde la localidad donde tradicionalmente ha residido y en la que con familiares y amistades ha desarrollado su actividad personal cotidiana a lo largo de los años, hasta el lugar donde el Estado ha decidido que cumpla el servicio militar, no puede reputarse sino como un acto realizado con ocasión directa de la prestación del servicio, pues entre el hecho del accidente y el hecho de la necesidad de incorporarse a filas finalizado un período de permiso, media una íntima relación de causalidad [...] >>.

Respecto de esta resolución se debe resaltar cómo se recurre a la realidad social para fundamentar una interpretación correctora de la norma aplicable al caso. Pero cabe apreciar además que se invoca el canon sociológico sin especificar, ni la realidad social a que se refiere el Tribunal, ni las razones por las que fundamenta la interpretación que se propone. En todo caso, el Abogado del Estado interpuso recurso que el Tribunal Supremo estimó, revocando la resolución judicial comentada¹⁵.

Así las cosas, el razonamiento interno que subyace a cierta forma de emplear la realidad social pudiera ser, acaso, el siguiente. El preám-

15 Cfr. STS. 13 julio 1993 –cont. advto., s. 3ª, secc.7ª- [RJA/5640].

bulo de la Constitución configura la ley como expresión de la voluntad popular. A su vez, el artículo primero dispone que España se constituye en un Estado social. Y por su parte, el artículo 117 de la Constitución sanciona el principio de “legitimidad democrática del poder judicial” al establecer que la justicia emana del pueblo.

Con estos presupuestos pudiera razonarse, y así se ha hecho en ciertos ámbitos, que incumbe a los jueces una labor, no de acomodación, sino de corrección con el fin de conseguir que las normas respondan a una presunta voluntad popular, a lo más conveniente o a ciertas demandas de la sociedad. Y en relación con temas de especial sensibilidad y con relevancia en los medios de comunicación, se trataría de fallar en el modo en que supuestamente lo haría la opinión pública, eludiendo la crítica que se hace a determinadas sentencias en las que, por cierto, los tribunales han aplicado correctamente la ley. Por uno u otro cauce el juez no se limitaría a acomodar las leyes. Se le exige corregirlas cuando apreciara la existencia de un desajuste entre la consecuencia prevista por la norma y las necesidades sociales, políticas o económicas relacionadas con el caso concreto.

No deja de ser curioso constatar que, desde los planteamientos expuestos, la realidad social se estaría convirtiendo en una fuente de Derecho y además de primer grado. De este modo, el papel subordinado que la ideología liberal otorgó a la costumbre estaría siendo contrarrestado por una realidad social que terminaría por sobreponerse a la propia ley.

Sea como fuere, lo cierto es que desde sectores de la Teoría del Derecho se promueve el empleo de la realidad social con fines correctores. Y tal vez ello ocurre porque se cree que tal modo de hacer es el que se

suele seguir en ciertas instancias. Me refiero a que pudiera pensarse que también el Tribunal Supremo otorga a la realidad social entidad para fundamentar interpretaciones correctoras de las normas. En apariencia ello parece ser así. Sin embargo no cabe llegar a tal conclusión si se profundiza en las resoluciones judiciales y se induce lo que debe ser el criterio jurisprudencial ajustado a Derecho.

Por todo lo dicho, a partir de aquí se hace necesario concretar los presupuestos, requisitos y límites a tener en cuenta en la aplicación de la realidad social. A tal fin consideraré en primer lugar los orígenes y la razón de su recepción en el artículo 3 del Código civil. Después aludiré al modo en que por el Tribunal Supremo se aplica el criterio sociológico. Y para concluir la exposición me referiré a la función singular que puede cumplir la realidad social cuando se la incorpora por el legislador a un concepto jurídico indeterminado.

4. La recepción del canon sociológico

Se trata por tanto de ir a los orígenes y cabe afirmar, de entrada, que la recepción en España de la realidad social trae su causa de la jurisprudencia. En concreto de la sentencia de 21 de noviembre de 1934, primera de las que asumen formalmente el canon sociológico¹⁶.

En la citada resolución, de la que fue ponente Don José CASTÁN, el Tribunal Supremo ratifica la condición atribuida por la instancia a los demandantes como hijos no matrimoniales. Pero, con carácter previo y al fin de fundamentar el fallo, el Tribunal alude a la realidad social. Y lo hace de forma que cabe calificar como paradigmática en el sentido

16 La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934 puede consultarse en RJA/1833.

de que tales consideraciones se siguen arrastrando en múltiples sentencias hasta la actualidad¹⁷. En particular, el Tribunal Supremo declaró lo siguiente:

“ [...] Sin acoger todas las conclusiones del llamado *método histórico-evolutivo* de interpretación de las normas jurídicas, puede admitirse hoy, como doctrina ponderada y de muy general aceptación, la de que no basta para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos, sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos– que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico; [...] si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y si sólo suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo [...] ”.

Llegados a este punto cabe preguntarse de dónde procede el método histórico-evolutivo y el canon sociológico, cuya utilización, con cautelas, la sentencia propugna. El método histórico-evolutivo tiene su origen en la doctrina italiana y parte del concepto de ley asumido por la escuela histórica que la configura como consecuencia de las condi-

17 Por todas: Ss. TS. 22 abril 1986 –pen.- [RJA/2089], 28 febrero 1989 –civ.- [RJA/1410] y 25 abril 1996 –cont.adtvo., secc. 3ª- [RJA/3305].

ciones, ideas y necesidades de la sociedad en una época determinada. Ahora bien, las condiciones, ideas y necesidades cambian, se renuevan y modifican. Es por ello por lo que se afirma la necesidad de un canon de interpretación que encauce la aplicación de la ley en la forma que mejor se acomode a las variaciones posteriores a su promulgación¹⁸.

Por lo tanto: acomodación de los preceptos positivos a los cambios históricos.

Si lo anterior afecta al postulado básico del método histórico-evolutivo, conviene también retener que la jurisprudencia lo asume diferenciándolo de todo lo que suponga libre formación del Derecho. Por ello, en la sentencia de referencia se afirma además que en el canon sociológico no puede tener cabida lo que conlleve corrección o inaplicación de las normas.

Concretando: método histórico-evolutivo y propuesta de un elemento interpretativo, canon sociológico, que atiende a la finalidad de acomodar los preceptos a la realidad social existente en el momento de su aplicación.

5. La asunción de la realidad social como canon de interpretación

Con el precedente que se acaba de considerar, refrendado por otras resoluciones judiciales, en el año 1974 se publica el Decreto que sanciona con fuerza de Ley el Título Preliminar del Código civil. En el artículo 3 se regula la interpretación y, según se expuso al principio, se asume la realidad social como canon hermenéutico. Canon que, como

18 Sobre el método histórico-evolutivo, DEGNI, *L'interpretazioni della legge*, Napoli, 1909 (segunda edición).

se colige de los materiales prelegislativos, se introduce con el único fin de propiciar una cierta evolución de las normas pero excluyente de cualquier atribución al juez de la potestad de decidir al margen, o en contra de la ley¹⁹.

Teniendo presente lo anterior, quisiera hacer una primera llamada de atención que afecta al modo en que el canon sociológico es contemplado en el Título Preliminar. Y es que la realidad social es recibida como mecanismo de interpretación y no como técnica para cubrir las lagunas de la ley, ni como fuente del Derecho.

Por constituir un medio de interpretación, la aplicación del canon sociológico precisa de una disposición legal referible al supuesto de hecho y su juego supone la acomodación de la norma seleccionada a las circunstancias existentes en el momento de su aplicación. Por ejemplo: normas que regulan el despido y a la vista de la realidad social –el paro en este caso-, se interpretan dichas normas de forma restrictiva por las consecuencias que la pérdida del empleo pudiera tener para el trabajador.

Según veremos, el criterio habitual del Tribunal Supremo también consiste en emplear el canon sociológico como pauta de interpretación. Sin embargo existen sentencias en las que a la realidad social se la ha hecho jugar, a mi juicio erróneamente, con fines de integración. Así sucedió cuando se la invocó para acomodar al promotor en la responsabilidad *ex* artículo 1.591 del Código civil²⁰. Cuando se la empleó como argumento para admitir la rectificación del estado civil por cambio de

19 Al respecto, por extenso me remito a la monografía *Realidad Social y Jurisprudencia...*cit., pp. 49 y ss.

20 Entre otras, STS. 19 junio 1990 –civ.- [RJA/4793].

sexo en los supuestos de transexualidad²¹. O cuando se fundamentó en la realidad social la admisibilidad de las cintas magnéticas y los vídeos como medios probatorios²².

En todos estos casos no se trataba de interpretar. Lo que había eran supuestos nuevos en la sociedad carentes de regulación y cuya admisibilidad se debía solventar por la vía de la analogía y atendiendo, en su caso, a las fuentes del Derecho determinadas en sede legal. Y a lo que creo, el empleo jurisprudencial del canon sociológico obedece en buena parte de los casos expuestos al siguiente planteamiento: el Código civil ordena atenerse a la realidad social a los efectos de interpretar las normas. Partiendo de lo anterior se trasvasa el citado mandato a los supuestos no regulados por el Derecho cuando se quiere llegar a la admisión de los mismos. Es decir: como el Código civil ordena atenerse a la realidad social se considera que debe admitirse el cambio de sexo debido a que la transexualidad existe en la sociedad actual.

Quisiera advertir que no pretendo cuestionar el fallo de las sentencias a que se ha hecho referencia, ni tampoco el de las otras resoluciones a las que aludo en esta intervención. Lo que quiero es llamar la atención sobre el hecho de que tal forma de proceder no responde a la realidad social *ex* artículo 3 que precisa de una norma previa, sin que constituya una técnica para solventar lagunas del Derecho o de la ley. Y es que por el cauce expuesto a la realidad social se la utiliza como excusa que condiciona la elección de la norma que se aplicará al caso concreto. Norma, que no podrá ser otra que aquella que de cobertura al

21 Al respecto, STS. 15 julio 1988 –civ.- [RJA/ 5722].

22 Véase STS. 30 noviembre 1992 –civ.- [RJA/9458].

supuesto cuya solución ya está condicionada por la forma en que se ha hecho jugar al canon sociológico.

6. Delimitación de la realidad social y modo de invocarla

Una vez concretada su función meramente interpretativa, se debe aludir ahora a la aplicación jurisprudencial de la realidad social considerando el modo en que se la invoca y las manifestaciones específicas que se toman en cuenta.

A este respecto, sobre el modo en que se emplea el canon sociológico cabe detectar que, comúnmente, se recurre a la realidad social determinando el aspecto que se quiere hacer jugar en el caso concreto. Y es que los tribunales no se limitan a hacer una alusión genérica a la realidad social. Antes bien, la explicitan o concretan a efectos de interpretar y aplicar la norma de referencia.

En particular, para el Tribunal Supremo son manifestaciones de la realidad social, entre otras, las siguientes: el paro laboral²³; el terrorismo²⁴; el turismo veraniego masivo²⁵; la irrupción de la mujer en la vida profesional²⁶; la acumulación de asuntos en los juzgados²⁷; la sustitución de los empleados de fincas urbanas por porteros automáticos²⁸; la elevación del nivel de vida²⁹; la expansión creciente del re-

23 Entre muchas: Ss. TS. 11 octubre 1982 –cont. adtvo., s. 3ª- [RJA/5756], 26 marzo 1985 –soc.- [RJA/1392] y 7 mayo 1988 –cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/4062].

24 Entre otras: Ss. TS. 3 junio 1985 –cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/3202], 3 abril 2000 –militar- [RJA/3513] y 27 marzo 2003 –sala especial del art. 61 LOPJ.- [RJA/3072].

25 STS. 6 octubre 1987 –cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/8306].

26 STS. 16 marzo 1981 –pen.- [RJA/1177].

27 STS. 14 diciembre 1992 –pen.- [RJA/10185].

28 STS. 20 enero 1987 –cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/2733].

29 STS. 10 mayo 1991 –cont. adtvo. s. 3ª, secc.5ª- [RJA/4271]

galo navideño³⁰; la mayor facilidad para los traslados y transportes³¹; los nuevos adelantos técnicos³²; la existencia del tráfico jurídico en masa³³; la inmigración operada en los pueblos andaluces³⁴; la generalización en la actividad económica del empleo de agrupaciones temporales³⁵; la mayor permisividad de la sociedad española en materia de moral pública sexual³⁶; la cada vez más frecuente celebración de contratos por quienes son menores de edad³⁷; la usual financiación de los contratos de ejecución de obra mediante crédito bancario³⁸; el incremento de actividades peligrosas consiguiente al desarrollo de la técnica³⁹; el cierre constante de salas de cine debido a la proliferación de cadenas de televisión y de vídeos⁴⁰; la importancia creciente de la estética y la apariencia corporal en la sociedad actual⁴¹; o, en fin, las dificultades para encontrar empleo⁴².

Sin embargo, frente a esta invocación singularizada y específica, existen sentencias en las que a la realidad social se la hace actuar de

30 STS. 17 febrero 1987 -cont. adtvo., s. 3ª- [RJA/649].

31 STS. 12 julio 1989 -civ.- [RJA/5603].

32 Por todas: Ss.TS. 17 diciembre 1985 -soc.- [RJA/4315], 23 septiembre 1988 -civ.- [RJA/6854] y 23 noviembre 1999 -civ.- [RJA/9048].

33 STS. 29 octubre 1999 -civ.- [RJA/8167].

34 STS. 18 octubre 1983 -cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/5241].

35 STS. 22 julio 1986 -cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/5549].

36 Por todas: Ss. TS. 3 abril 1982 -pen.- [RJA/2072] y 25 septiembre 1985 -cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/5129].

37 STS. 10 junio 1991 -civ.- [RJA/4434].

38 STS. 17 julio 1990 -cont. adtvo. s. 5ª- [RJA/10566].

39 Entre muchas: Ss. TS. 6 junio 1984 -civ.- [RJA/3216], 22 diciembre 1986 -civ.- [RJA/7796] y 19 abril 1988 -pen.- [RJA/2815].

40 STS. 9 mayo 1991 -cont. adtvo., secc. 5ª- [RJA/4267].

41 Por todas: Ss. TS. 23 enero 1990 -pen.- [RJA/480] y 10 diciembre 1992 -pen.- [RJA/10096].

42 Así: Ss. TS. 5 noviembre 1984 -civ.- [RJA/5367], 16 octubre 1987 -soc.- [RJA/7058] y 4 marzo 1992 -soc.- [RJA/1617].

forma genérica, sin concreción alguna y sin determinar la razón por la que justifica la interpretación que se propone. Vimos un ejemplo de este modo de hacer al comienzo de la exposición⁴³.

Sobre esta manera de proceder considero que se debe orillar la invocación abstracta del canon sociológico. La realidad social no pasa de ser un concepto jurídico indeterminado desprovisto de entidad por sí mismo. De ahí que su aplicación precise de su concreción por parte de quien lo emplea. Y ello en un doble sentido: por una parte, determinando cuál es la manifestación específica de la realidad social a que el juzgador se refiere; por otra, justificando la razón por la cual la realidad invocada fundamenta la interpretación que se propone. En otro caso cabe entender que no se cumple lo dispuesto por el artículo 120 del texto constitucional cuando establece que “*las sentencias han de ser siempre motivadas*”.

Acompañando a las razones apuntadas existe también un principio de coherencia. Me refiero a las resoluciones judiciales que desestiman los recursos por falta de claridad cuando no se determina lo que el recurrente pretende mediante la invocación de la realidad social y el modo en que afecta al supuesto litigioso. En concreto, el Tribunal Supremo declara que no caben invocaciones abstractas del canon sociológico⁴⁴; acusa de incertidumbre a la realidad social que no estuviera enmarcada en el espacio y en el tiempo⁴⁵; deja de valorar la incidencia del canon

43 Me refiero a la citada STSJ. de Castilla-La Mancha de 13 de febrero de 1991. Además, recurriendo también a la invocación genérica de la realidad social, a título de ejemplo, vid: Ss. TS. 17 marzo 1986 –civ.- [RJA/1474], 5 noviembre 1998 –cont. adtvo., secc. 6ª- [RJA/9870], 8 marzo 1990 –pen. [RJA/2424] y 17 mayo 2002 –civ.- [RJA/6748].

44 STS. 17 enero 2003 –cont. adtvo., secc. 6ª- [RJA/ 670].

45 STS. 22 diciembre 2000 –cont. adtvo., secc. 4ª- [RJA/2439].

sociológico cuando el recurrente nada concreta⁴⁶; y frente a la mención indiscriminada de la realidad social, estima que “no puede pretenderse que sobre la base de tan genéricas alegaciones sea impugnada una decisión judicial”⁴⁷.

Ello expuesto, el examen del modo en que se recurre al canon sociológico permite apuntar otras consideraciones sobre su correcta aplicación.

En primer lugar, se puede apreciar que la realidad social constituye un parámetro de interpretación referente a aquellos aspectos que cualifican a la sociedad en un momento histórico determinado. Por lo tanto, la realidad social únicamente puede hacerse referible a hechos, actos, conductas o valoraciones de carácter notorio y de índole general. Y es que sólo las circunstancias que participan de la nota de la generalidad tienen entidad para cualificar a la sociedad en el aspecto de que se trata. Y sólo ellas podrían modalizar la interpretación de las normas dotadas, por su propia naturaleza, de carácter general.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior cabe afirmar que resultan descartados de la realidad social aquellos hechos, actos, o valoraciones que no revisten carácter general, o cuya generalidad o notoriedad suscite dudas. Por esta razón, el Tribunal Supremo desestima que pueda ser alegada como realidad social la existencia de una opinión favorable a la despenalización del tráfico de cannabis⁴⁸. Y por el mismo motivo, rechaza como realidad asumible el hecho de que en las grandes ciudades sea más segura la identificación instrumental que la testifical⁴⁹.

46 STS. 22 mayo 2003 –civ.- [RJA/7147].

47 STS. 4 diciembre 2002 –cont. adtvo., secc. 4ª- [RJA/1060].

48 STS. 25 octubre 1982 –pen.- [RJA/5684].

49 STS. 25 abril 1991 –civ.- [RJA/3029].

En consecuencia, deben ser excluidos como objeto del canon sociológico aquellos aspectos cuya evidencia o generalidad suscite dudas⁵⁰.

En tercer lugar, dado el carácter notorio que habrá de revestir, la realidad social no precisa de prueba alguna. Y es que no debe confundirse la realidad social con las circunstancias particulares del supuesto de hecho, como pueden ser, por ejemplo, los modestos recursos de la demandada, la situación económica del demandante, o la condición de emigrante del recurrente. Estas circunstancias particulares precisan ser probadas y –al margen de que puedan dar lugar a eximentes, atenuantes o agravantes en sede penal- su campo de actuación propio es en el ámbito y con los límites que para la equidad señala el artículo 3.2 del Código Civil. Por lo tanto, cuando en un caso concreto se exige la prueba de la realidad social es porque se la está confundiendo con las circunstancias singulares subjetivas que pudieran afectar a alguna de las partes del proceso⁵¹.

En cuarto lugar, con fundamento en el principio de legalidad y en lo dispuesto para la costumbre por el artículo primero del Código civil debe entenderse que no es admisible la realidad social *contra legem*. Y

50 En el ámbito de las declaraciones de índole general, a la necesidad de que la realidad social invocada esté conformada y no ofrezca dudas es a lo que se refieren las resoluciones judiciales en las que se afirma: bien que la realidad social no debe referirse a ideas o tendencias que se hallen en estado de nebulosa (entre otras Ss. TS. 8 marzo 1982 –civ.- [RJA/1290] y 10 diciembre 1984 –civ.- [RJA/6055]); o bien que en la aplicación de la realidad social se proceda con mucho tino y prudencia (entre otras, Ss. TS. 8 marzo 1982 –civ.- [RJA/1290] y 7 febrero 1992 –civ.- [RJA/1197]), para no dar trascendencia a estados o tendencias no fijados –o en estado de formación- (Ss. TS. 28 febrero 1989 –civ.- [RJA/1410], 7 enero 1991 –civ.- [RJA/108] y 25 abril 1991 –civ.- [RJA/3029]).

51 Invocando erróneamente la realidad social para hacer jugar circunstancias particulares del caso, entre otras: Ss. TS. 10 enero 1985 –civ.- [RJA/169], 31 mayo 1986 –cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/3349] y 28 febrero 1987 –civ.- [RJA/1004].

es que, a veces, los particulares invocan la realidad social para traer a colación la existencia de una práctica u opinión contraria a la norma y eludir su aplicación. Así, frente a la condena por una publicación en la que se imputaba la adjudicación de una plaza por influencias, se aduce que la recomendación está tan arraigada en nuestro país que ya no produce desmerecimiento en la consideración ajena⁵². O frente a la condena por entorpecimiento del servicio público debido a la demora en los envíos de correos, se alega que en España los retrasos en el servicio postal ya no extrañan a nadie⁵³. Y frente a las condenas por el incumplimiento del deber de prestar el servicio militar, se hizo frecuente oponer la existencia de una opinión pública contraria al servicio de armas y a la prestación social sustitutoria⁵⁴. Pues bien, aun cuando el Tribunal Supremo pueda aceptar que constituya realidad social la práctica o juicio contrario a la norma aplicable, la rechaza en cuanto canon de interpretación con fundamento en el deber de atenerse a la legalidad y de cumplir las leyes mientras estén en vigor⁵⁵.

Y en quinto lugar, por el ámbito en que se aplica judicialmente la realidad social se aprecia que su invocación es más frecuente en materias de Derecho laboral, tributario, administrativo o penal, que en sede de Derecho privado. Ello ocurre así porque, tratándose de Derecho civil, la aplicación de la realidad social incide comúnmente en una relación de igualdad entre particulares de forma que su juego conllevaría la interpretación de un precepto en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra, con el consiguiente desequilibrio de la relación.

52 STS. 4 noviembre 1986 -civ.- [RJA/6205].

53 STS. 15 noviembre 1993 -pen.- [RJA/8581].

54 Por todas, STS. 1 junio 2000 -pen.- [RJA/6110].

55 Vid., por ejemplo, las ya citadas Ss. TS. 4 noviembre 1986 -civ.- [RJA/6205] y 1 junio 2000 -pen.- [RJA/6110].

Las razones expuestas justifican que el empleo jurisprudencial de la realidad social en sede de Derecho civil se localice en torno a materias en que la igualdad no actúa al estar informada la relación jurídica por un principio de primacía a favor de alguno de sus sujetos. Así ocurre cuando se hace jugar la realidad social por la sala de lo civil del Tribunal Supremo con referencia a preceptos que, afectando a los trabajadores, están orientados por el principio pro operario. O cuando se la hace actuar con referencia a normas que regulan la determinación de la filiación, marcadas por el principio de primacía del interés del menor.

Al margen de estos casos, la aplicación de la realidad social en materia de Derecho civil cabe detectarla en torno a supuestos de responsabilidad extracontractual⁵⁶. En este ámbito, a los tribunales no les importa romper la relación de igualdad invocando los avances de la técnica con su secuela de creación de riesgo para propugnar una interpretación extensiva de la norma aplicable en contra del que causó el perjuicio. Mas también cabe apreciar que en tales casos el Tribunal se atreve a quebrar la relación de igualdad porque el demandado tiene el respaldo del seguro, con la consiguiente socialización del riesgo y el pago en última instancia de la indemnización pertinente por una persona jurídica.

7. La función y los límites de la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas

Hasta aquí lo que se invoca como realidad social y el modo en que debe ser invocada. Ahora se trata de aludir al para qué del canon so-

56 Entre una cantidad considerable de resoluciones judiciales, vid: Ss. TS. 31 marzo 1978 -civ.- [RJA/1503], 19 febrero 1987 -civ.- [RJA/719] y 23 noviembre 1999 -civ.- [RJA/ 9048].

ciológico. Es decir a la finalidad a que debe responder el empleo de la realidad social.

Pues bien, con alcance general cabe afirmar que el Tribunal Supremo no hace uso del canon sociológico para proponer interpretaciones correctoras de las normas. Y es que la realidad social se emplea: bien como argumento que juega “a mayor abundamiento”; bien para proponer una interpretación meramente extensiva o restrictiva de la norma aplicable; o también como recurso que fundamenta la opción por uno de los varios significados del precepto que se trata de aplicar.

En efecto: el paro laboral es la realidad a la que se recurre para interpretar restrictivamente las causas de despido⁵⁷; las gravísimas consecuencias derivadas del tráfico creciente son invocadas para fundamentar una interpretación extensiva a favor de las víctimas⁵⁸; las dificultades que existen para el ejercicio de cualquier oficio se aducen para reconocer alimentos a los hijos mayores a pesar de estar en edad de trabajar⁵⁹; las nuevas técnicas constructivas y la fabricación de ventanas con material traslúcido, son alegadas para aplicar en modo extensivo las distancias entre edificios para la apertura de huecos y ventanas⁶⁰.

También: el que en la realidad social actual sea difícil encontrar un puesto de trabajo es el argumento que se emplea para interpretar, en el sentido más favorable a la admisibilidad, las reglas por las que se rigen los concursos y oposiciones⁶¹; las dificultades para encontrar un primer

57 Entre otras: Ss. TS. 21 octubre 1983 –soc.- [RJA/5131], 12 marzo 1984 –soc.- [RJA/1553] y 16 octubre 1987 –soc.- [RJA/7058].

58 A título de muestra: Ss. TS. 31 marzo 1978 -civ.- [RJA/1503] y 19 febrero 1987 –civ.- [RJA/719].

59 STS. 5 noviembre 1984 –civ.- [RJA/5367].

60 STS. 10 diciembre 1984 –civ.- [RJA/6055].

61 STS. 9 diciembre 1986 -cont. adtvo., s. 4ª- [RJA-1987/1023-1024].

empleo se invocan como aspecto social que coadyuva a la concesión de licencias para la apertura de negocios de esparcimiento cuando son jóvenes quienes presentan la correspondiente solicitud⁶²; el rapidísimo medio de transporte que es el avión es la realidad de que se sirve el Tribunal Supremo para interpretar en sentido amplio la posibilidad de compatibilizar sin merma dos puestos de trabajo⁶³.

Y además: la consideración de que en la sociedad actual la relación empresa-cliente exige un trato que evite que el consumidor prescinda de una empresa y acuda a otra es argumento utilizado para estimar que son gastos deducibles los regalos y comidas dados por las empresas a los clientes⁶⁴; la importancia que reviste la apariencia corporal en el tiempo presente se toma en cuenta a los efectos de valorar la trascendencia del delito de lesiones⁶⁵; o, en fin, los avances técnicos y su secuela de creación de riesgo son invocados, según se expuso, para fundamentar una aplicación amplia del artículo 1.902 del Código civil⁶⁶.

Así por lo tanto, exclusión de la interpretación correctora y acomodado de las consecuencias derivadas del empleo de la realidad social en el ámbito de la interpretación declarativa, extensiva o restrictiva. Sobre este particular, el Tribunal Supremo ha reiterado que el empleo de la realidad social no debe suponer la inaplicación o modificación de las normas⁶⁷; que no se la puede hacer actuar de modo opuesto al

62 STS. 9 julio 1985 -cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/158].

63 STS. 28 octubre 1987 -cont. adtvo., s. 5ª- [RJA/10203].

64 STS. 17 febrero 1987 -cont. adtvo., s. 3ª- [RJA/649].

65 STS. 10 diciembre 1992 -pen.- [RJA/10096].

66 Por todas: Ss. TS. 31 marzo 1978 -civ.- [RJA/1503] y 19 febrero 1987 -civ.- [RJA/719].

67 Entre otras: Ss. TS. 13 junio 1989 -cont. adtvo., s. 3ª, secc. 1ª- [RJA/4660], 7 enero 1991 -civ.- [RJA/108] y 15 enero 2009 -civ.- [RJA/1975].

ordenamiento jurídico⁶⁸; y también, que mediante la aplicación de la realidad social no cabe tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria⁶⁹.

Es esta la pauta jurisprudencial correcta y la que reviste carácter general en la materia. La que, en consecuencia, habrá de hacerse sobreponer frente a cualquier eventual excepción.

De todo ello se colige la incorrección jurídica del citado Auto de la Audiencia Provincial de Navarra que, invocando la realidad social, conllevó una interpretación correctora de los artículos 105 y 140 de la Ley hipotecaria, así como del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Del artículo 105 de la Ley hipotecaria, por cuanto dispone que la hipoteca no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor derivada del art. 1.911 del Código civil. Del artículo 140 de la Ley hipotecaria, debido a que exige pacto expreso para que la responsabilidad se circunscriba al importe de los bienes hipotecados. Y del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque solo atribuye a la tasación fijada en la escritura de constitución de la hipoteca el alcance de servir de tipo para la subasta de la finca.

Frente a este modo de hacer, conviene reiterar que la mera realidad social no tiene entidad para corregir o inaplicar las normas. Y es que, de entre los elementos de interpretación que integran el artículo 3 del Có-

68 STS. 23 diciembre 1985 -cont. adtvo., s. 4ª- [RJA/868].

69 Ss. TS. 18 diciembre 1997 -civ.- [RJA/9102] y 30 junio 2009 -civ.- [RJA/4322]. Además de lo expuesto en el texto, en la misma orientación también se afirma que la realidad social: no puede llevar a interpretar un precepto conculcando su tenor literal [STS. 26 diciembre 1990 -civ.- RJA/10370]; y no permite, ni desnaturalizar la sustancia de la norma [STS. 13 julio 1993 -cont. adtvo., s. 3ª, secc. 7ª- RJA/5640], ni corregirla [STS. 19 mayo 2003 -cont. adtvo., secc. 4ª- RJA/5772-5773].

digo civil, existen algunos que habilitan para superar el sentido literal del precepto aplicable. Así ocurre con el espíritu y finalidad de la norma al que el citado artículo configura como objeto de la interpretación, atribuyéndole carácter prioritario. Y así sucede también con el canon sistemático que, por razón de los principios de jerarquía normativa y de interpretación conforme a la Constitución, permite proponer la superación o corrección del significado de una norma.

Sin embargo, en el ámbito del artículo 3 del Código civil existen otros elementos que tienen por objeto situar los preceptos en el tiempo. Es el caso del canon histórico, en cuanto autoriza a considerar los antecedentes próximos y remotos de la norma; es decir: la historia del precepto que precede a su promulgación. Y es el caso también del criterio de la realidad social, en cuanto permite tomar en consideración los aspectos que cualifican a la sociedad cuando se aplica la norma.

Uno, el canon histórico, ayuda a desentrañar el significado originario de las disposiciones legales. El otro, canon sociológico, permite acomodar la norma a las circunstancias que configuran a la sociedad al tiempo de su aplicación. Mas, uno y otro carecen de entidad normativa y por esta razón no habilitan para corregir el significado literal de la disposición legal aplicable al supuesto de hecho.

Y es que las cosas no podían ser de otro modo. Dijimos en un principio que el preámbulo de la Constitución configura a la ley como expresión de la “voluntad popular”. Que su artículo primero dispone que España se constituye en un “Estado social”. Y que el artículo 117 del propio texto constitucional sanciona el principio de “legitimidad democrática del poder judicial” al establecer que la justicia emana del pueblo. Pero el que ello sea así no permite fundamentar las opiniones

que por aplicación del canon sociológico exigen a los jueces una labor, no de acomodación, sino de propia corrección de las normas con el fin de que respondan a la realidad social existente en el momento de su aplicación.

Y es que el propio Preámbulo de la Constitución proclama la voluntad de la nación española de consolidar un “Estado de Derecho”. El artículo primero de la Constitución, es cierto, dispone que España se constituye en un estado social y democrático, pero “de Derecho”. El artículo noveno dispone que la Constitución garantiza, entre otras cosas, el “principio de legalidad”, la “seguridad jurídica” y la “interdicción de la arbitrariedad”. Y siendo cierto que el artículo 117 de la Constitución sanciona el principio de legitimidad democrática del poder judicial, también lo es que el mismo artículo establece que los jueces y magistrados están sometidos “al imperio de la ley”.

Así circunscrita la entidad del canon sociológico, el examen del para qué se emplea la realidad social revela que, salvo los casos de responsabilidad extracontractual y de solidaridad, los jueces y tribunales recurren al citado canon como medio de atemperar los efectos de las normas. A este respecto se puede constatar que constituyen excepción las sentencias en las que se hace jugar la realidad social para agravar la consecuencia del precepto aplicable al caso concreto. Lo anterior podría resumirse diciendo que a la realidad social se la hace actuar como una especie de mecanismo o técnica de equidad pero fundada en causas generales⁷⁰. Y las más de las veces tal forma de proceder responde a sentimientos pietistas a favor de una de las partes. Sentimientos, que junto con el olvido de las categorías conceptuales, la tendencia a la

70 El desempleo, los avances técnicos, o la elevación del nivel de vida, por ejemplo.

epitomación y el enfoque de las instituciones desde el punto de vista de sus efectos económicos, constituyen los rasgos propios de los períodos de crisis del Derecho⁷¹.

8. La realidad social y los conceptos jurídicos indeterminados

Tan sólo queda resolver una cuestión. Hemos determinado la función que cabe atribuir al canon sociológico y justificado su falta de entidad correctora. Siendo ello así, ¿cómo explicar que utilizando una técnica jurídica correcta la realidad social llegue a ser factor decisivo de ciertos fallos? La respuesta viene motivada por el hecho de que el canon sociológico puede cumplir un papel diferente y más relevante del que hasta ahora se ha analizado. Me refiero a la función que por voluntad del legislador juega la realidad social como mecanismo de integración de conceptos jurídicos indeterminados.

Y es que ocurre, cada vez con más frecuencia, que se introduce en las normas un concepto al que cabe calificar como “standar jurídico”, “concepto válvula” o “concepto jurídico indeterminado”. Por citar algunos: “moral” (art. 1.255 Cc.), “buenas costumbres” (art. 792 Cc.), “escasa entidad” (art. 368 Cp.), “notoria importancia” (art. 369.5ª Cp.), “interés del hijo” (art. 156 Cc.), “buena conducta cívica” (cfr. art. 22.4 Cc.), o “buen padre de familia” (cfr. art. 497 Cc.).

Son supuestos en los que el legislador hace depender la consecuencia jurídica prevista por la norma de un concepto jurídico indeterminado. Por ejemplo: la validez de los pactos establecidos por los contratantes se condiciona al hecho de que no sean contrarios a la moral (cfr. art.

71 Al respecto, véase D’Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, pp. 60 y 61.

1.255 Cc.); la atribución de la guarda y custodia se hace depender del interés del hijo (cfr. art. 103 Cc.), o el hecho de haberse empleado la diligencia de un buen padre de familia hace cesar la responsabilidad (cfr. art. 1.903 Cc.).

Pues bien, de entre tales standares hay algunos cuya determinación pasa por la consideración de la realidad social a la que hay que acudir para darles contenido. Son conceptos jurídicos, como el de “moral pública”, cuyo significado debe ser valorado en atención a la realidad social. O son también conceptos, como el de “notoria importancia”, que se han de precisar conforme a datos de la experiencia que forman parte de la realidad social.

Cabe apreciar que el canon sociológico adquiere en estos supuestos una entidad especial en cuanto no da lugar ni a una interpretación extensiva ni restrictiva. En estos casos hay algo más: la realidad social determina la consecuencia jurídica prevista en la norma de cuya aplicación se trata; a saber: la denegación o autorización de ciertas licencias; la existencia o agravación de determinados delitos; la exención o no de responsabilidad; la validez o invalidez de pactos, cláusulas y condiciones; la atribución de la guarda y custodia, la imposición de sanciones; o el goce de específicos beneficios.

Veamos un caso particular resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de diciembre de 1986 –cont. advto., s. 3ª-. La norma aplicable al supuesto de hecho prevé la consideración de ciertas cooperativas como “fiscalmente protegidas”. Pero para ello ha de tratarse de cooperativas que tengan por objeto procurar “productos de uso corriente”. Por tanto, el legislador hace depender la consecuencia jurídica (protección fiscal) de un concepto jurídico indeterminado (que lo que

se venda sean productos “corrientes”), concepto que debe ser valorado conforme a la realidad social.

El litigio se plantea porque se había denegado a una cooperativa el beneficio de protección fiscal debido a que los productos que ofertaba eran aparatos de grabación, vinos embotellados y viajes de vacaciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo declara al respecto lo siguiente:

“Las mercancías que [la cooperativa] ofrece en venta se encuentran dentro de los límites normales del nivel de vida actual. La palabra “corrientes” como calificativo de los productos vendidos, incorpora un concepto jurídico indeterminado cuya sustancia ha de ser suministrada por la realidad social de nuestro tiempo, y se opone a la noción de “lujo”, elemento simétrico. Lo corriente es lo usual, acostumbrado, normal, y en nuestra época y en nuestro país, por fortuna y desde hace años, han de considerarse dentro de un nivel económico y social medio los viajes de vacaciones, los aparatos grabadores-reproductores magnetoscópicos y los vinos embotellados”⁷².

En el supuesto que se acaba de exponer y en otros similares, claramente se aprecia que la realidad social es factor decisivo ya que determina los efectos previstos en la norma correspondiente. Pero debe advertirse que ello no ocurre por aplicación del artículo 3 del Código civil. Ni en virtud de una interpretación correctora. Ni porque la realidad social sea fuente del Derecho. Sucede por decisión directa del legislador cuando, a través de un concepto jurídico indeterminado, ha querido que en un caso concreto la consecuencia jurídica de una norma resulte condicionada por la realidad social.

72 La citada resolución judicial puede consultarse íntegramente en RJA/7686.

Es entonces cuando el canon sociológico cumple una función de integración. Y es sólo entonces cuando pasa a adquirir carácter decisorio en el fallo correspondiente. En otro caso, la realidad social únicamente podrá cumplir el papel subordinado que deriva de su falta de entidad normativa.

9. Consideraciones finales y conclusiones

Concluyo. Lo hago entresacando de la exposición estas cinco propuestas de índole general:

– El canon sociológico vinculado al método histórico evolutivo y desligado del Derecho libre.

– La realidad social configurada como criterio de interpretación y no como fuente del Derecho.

– La realidad social explicitada, determinando el aspecto de la misma que se toma como referencia y las razones por las que fundamenta la interpretación que se propone.

– La realidad social como criterio que posibilita un aplicación restrictiva o extensiva de las normas, pero excluyente de interpretaciones correctoras y carente de entidad para justificar la inaplicación del precepto referible al supuesto de hecho.

– Y, en fin, la realidad social jugando un papel distinto y dotado de relevancia especial cuando el legislador la introduce como criterio valorativo de conceptos jurídicos indeterminados.

De ser correctas estas proposiciones resultarían ser también correctas estas tres conclusiones:

La primera. Que habrá de ser el legislador quien modifique las normas jurídicas sin que pueda exigirse a los jueces que las corrijan al amparo de una nueva realidad, ya sea de orden político, económico o social.

La segunda. Que debe ser preterida cualquier atribución de una función seudo-legislativa al poder judicial amparada en la existencia de un cambio en la realidad social.

Y la tercera. Que si el Código civil salta hechos añicos no será por la inacción de quienes deben aplicarlo. Lo será porque la celeridad y los excesos del legislador en la promulgación de ciertas disposiciones contrasta con su desidia para reformar el cuerpo legal básico sobre el que pivota el Derecho privado.

Un cuerpo legal superado: en materia de personas, por la legislación extracodicial; en materia de obligaciones y contratos, por normas de Derecho de consumo que cuestionan los principios codificados; en materia de Derechos reales, por un sinfín de disposiciones legales de carácter público que han vaciado de contenido su articulado; y en materia de sucesiones, por la reforma de los textos de Derecho foral que, en ciertos aspectos, han sabido responder a unas exigencias sociales que difieren de las que inspiraron la redacción del Código civil en el siglo XIX.

He concluido

II

CONTESTACIÓN

del

ILMO. SR.

DON FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN

Excmo. Sr. Presidente

Excmos. e Ilustrísimos Señores

Señoras y Señores

Es para mí un orgullo contestar, en nombre de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, al Discurso de Ingreso pronunciado por el Ilustrísimo Señor don Miguel Ángel Pérez Álvarez.

Tenemos que felicitarnos con la incorporación del Nuevo Académico. Primero, por sus cualidades personales. Pero también porque podremos enriquecernos con las contribuciones que habrán de venir desde la Universidad debido a su condición de catedrático de Derecho Civil.

El profesor Pérez Álvarez es un profundo estudioso del Derecho privado, y como pone de manifiesto su obra, es también un experto conocedor del Derecho civil de Galicia.

Su manera de hacer se puso ya de manifiesto en su tesis doctoral que trató sobre la “*Solidaridad en la Fianza*”. El autor estudió de modo minucioso las diversas implicaciones entre la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos, la fianza y la solidaridad. El resultado académico fue la calificación de sobresaliente *cum laude* y el Premio Extraordinario de Doctorado. Y el resultado que nos llega a nosotros, una monografía a la que se considera como clásica en la materia.

La obra jurídica del nuevo académico es extensa, abarca estudios referentes a la Parte general del Derecho civil, Obligaciones, Contratos, Familia y Derecho sucesorio. No voy a enumerarla con detalle en mi intervención, pero quiero destacar que en todos los temas que trata se percibe como cultiva y acrecienta lo que su maestro, el profesor SANCHO REBULLIDA, escribió al prologar uno de los libros del profesor Pérez Álvarez:

“Comprobé –decía Sancho Rebullida- que la buena impresión inicial respondía efectivamente a su calidad intelectual y a una auténtica vocación científica y universitaria [...] una vigorosa personalidad intelectual, una voluntad recia [...] y una incommovible lealtad, reveladora de efectiva madurez”¹.

Y es que, en efecto, esta forma de ser se pone de manifiesto en los escritos metódicos y de contenido riguroso del profesor Pérez Álvarez. Entre ellos, “La Nueva Adopción”, “Las Instituciones de Protección de Menores”, “Interpretación y Jurisprudencia” o “Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia”. Pero también debo resaltar que en los temas que acomete el nuevo académico da siempre “un paso adelante” y, desde una crítica constructiva, se plantea la conveniencia o no de la oportuna reforma y la orientación que debe darse, en su caso, a la misma.

La primera vez que hablé personalmente con el nuevo académico fue después de aprobarse la Ley de 1995, con ocasión de celebrarse en el Colegio de Abogados de esta Ciudad un Curso sobre el Derecho de Sucesiones de Galicia. Él estaba recién llegado y le acompañaba José Cora, al que nos unía una profunda amistad. La conversación giró en torno a los trabajos que había escrito sobre el Derecho gallego el

1 *Prólogo* a la monografía “Solidaridad en la fianza”, Pamplona, 1985, p. 9.

profesor FUENMAYOR, con quien el nuevo académico había tenido también la oportunidad de formarse. En ese encuentro se puso de manifiesto, a pesar de su discreción, que estábamos ante un profesor universitario que conocía las instituciones jurídicas con detalle y le gustaba estudiarlas sin olvidar la perspectiva de su ámbito específico.

Por todo ello no me resultó extraño que al poco tiempo de incorporarse a esta Universidad hubiera orientado sus estudios hacia el Derecho de Galicia publicando diversos trabajos sobre el “Pacto de mejora”, el “Testamento por comisario” o el “Derecho sucesorio gallego”. Tampoco me extrañó el hecho de que encauzase su labor de formación universitaria por los mismos derroteros. Al profesor Pérez Álvarez se debe la dirección de las primeras tesis doctorales en las que se estudian instituciones de la Ley de Derecho civil de Galicia. En concreto, “El Testamento Mancomunado” y la “Partición Conjunta”.

El tiempo descubrirá la importancia de que en las Universidades gallegas se estudie e investigue sobre el Derecho propio en cuanto que, con la práctica forense y la labor de la jurisprudencia, se facilita la formación de un sistema jurídico completo y armónico.

Mas tarde, el Nuevo Académico supo aportar sus conocimientos y su trabajo metódico:

- Como Miembro de la “Comisión Superior para o Estudio do Desenvolvemento do Dereito Civil Galego”.
- Como Coordinador de la “Sección Sexta” del III Congreso de Derecho Gallego.
- Como Miembro de la “Sección de Derecho” do Consello da Cultura Galega.

- Y como Consejero de Redacción de la Revista Foro Galego del Colegio de Abogados y de esta Academia. Todos sabemos la ilusión y el interés con que encara cada nuevo número del Foro.

En la actualidad, el profesor Pérez Álvarez es también Director del Departamento de Derecho privado de la Universidad de A Coruña. Además, y aunque sólo escudriñando las disposiciones oficiales se puede saber, le fue atribuida La Cruz de San Raimundo de Peñafort por concesión directa del Ministro de Justicia.

El Nuevo Académico dedicado por entero a sus quehaceres docentes en la Facultad de Derecho culmina sus enseñanzas universitarias con el “Curso de Derecho Civil”. Publicado en cinco volúmenes con la colaboración de los profesores Martínez de Aguirre, De Pablo Contreras y Parra Lucán, constituye un referente en la materia. Entre otros temas el nuevo académico ha aportado el análisis de los “Derechos reales de garantía”, “El Régimen Económico de Participación”, “La Prelación de Créditos”, “La Teoría General del Derecho Sucesorio”, o el estudio sobre “La Insolvencia Patrimonial”.

Ya por lo que respecta al Discurso de Ingreso en la Academia, la importancia que reviste la realidad social en la aplicación del Derecho pone de manifiesto el acierto del tema escogido para la intervención.

La materia relativa a la Interpretación de las Normas ha estado siempre mediatizada por tesis antagónicas. El debate gira en torno a la conveniencia de su regulación. O dicho de otra forma: si el juzgador debe de gozar de plena libertad en la aplicación del Derecho, o si se hace necesaria su regulación con el fin de alcanzar una cierta uniformidad en la práctica judicial.

En el fondo es la contraposición entre dos Sistemas Jurídicos opuestos. El Derecho Libre, basado en la creación judicial del Derecho, como es el caso del sistema anglosajón; y el Derecho Continental que, en cuanto sistema legal codificado, no puede prescindir de la jerarquía de fuentes ni de las normas jurídicas escritas y consuetudinarias.

Cuando el legislador español aprueba la reforma del Título Preliminar del Código Civil, opta por regular la interpretación de las normas y con ello otorga preferencia a la consecución de la regla de la uniformidad en la aplicación del Derecho.

La técnica seguida en la redacción del artículo tercero del Código Civil encontró su apoyo en una doctrina y jurisprudencia previas bien elaboradas. Se trataba de introducir una norma de segundo grado que regulase la operatividad de otras normas y que opta por dar prelación al espíritu y finalidad de las mismas en la búsqueda de la “mens legis”.

Pero además y como ha puesto de relieve el Nuevo Académico, el artículo tercero tiene la singularidad de contemplar la realidad social como canon hermenéutico. Es decir, se introduce en la aplicación de las normas el elemento sociológico con el fin de evitar el estancamiento del Derecho.

Estudiando las resoluciones judiciales, el profesor Pérez Álvarez descubre y saca a la luz los riesgos que encierra el empleo de la realidad social. Riesgos de los que ya se advertía en el Preámbulo de la reforma del Título preliminar al calificarlo como un factor ciertamente delicado.

No obstante las dificultades, el Nuevo Académico ha estudiado las sentencias en sus aciertos y en sus posibles excesos, sintetizando lo que no debe ser y lo que puede ser. De esta forma detecta la incorrección de

usar la realidad social como instrumento para colmar lagunas legales o como medio de corrección de las normas. Evolución del Derecho e interpretación a través de la realidad social es lo previsto por el legislador. Pero la alteración del sistema de fuentes o la modificación de las normas a través del canon sociológico quebrantaría nuestro sistema jurídico.

En definitiva: los acertados y ponderados razonamientos del nuevo académico en su discurso de ingreso nos han reconducido a la función de los jueces y tribunales en nuestro sistema jurídico que, asentado en el principio de legalidad y en el imperio de la ley, lo aleja del Derecho anglosajón.

Concluyo con la seguridad de saber que el Profesor Pérez Álvarez traerá a esta Academia lo mejor y más positivo de sus aptitudes: la perseverancia en el trabajo así como el rigor y el ingenio de sus estudios jurídicos.

Esta Corporación le recibe a sabiendas de que la ilusión de acogerlo no se acaba en este acto. Todos los que tenemos el honor de conocerle también sabemos del orgullo que siente su familia. Honor y orgullo del que participa Sancho Rebullida, a través de “la medalla de catedrático” que porta el Nuevo Académico. Esta Medalla se la donó su maestro quien la había recibido de su padre y éste la había adquirido por donación de Juan Moneva, su titular originario.

Nada más. Muchas gracias por su atención.