

Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico»

Introducción a su estudio

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. PROLOGO A LA INTRODUCCION: 1. La expresión "Las fuentes del ordenamiento jurídico español...", en la reforma del Código civil de 1974.—II. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA DOGMATICA MODERNA: 2. Su expresión por Pothier y su significado, según Savigny. 3. Su contenido formal en el "orden jurídico escalonado" de Kelsen y sus consecuencias fácticas.—III. LOS PACTOS Y "EL PACTO" COMO "FUENTES" DEL DERECHO: SU CAUCE Y SUS DERIVACIONES: 4. El "appetitus societatis" y el derecho natural racionalistamente dimanante. 5. Del "stare pactis" de Grocio al contrato social de Hobbes y a la "aliénation totale" de Rousseau. La estatización del derecho. 6. La libertad civil y el valor de las costumbres.—IV. LA FUENTE PERENNE DE LA JUSTICIA: 7. La imagen de la fuente "perenal" como objeto de búsqueda en las Partidas.—V. RELACION ENTRE LAS PALABRAS "FUENTES" Y "DERECHO": 8. El derecho como "lo justo concreto" o como "el conjunto de normas". 9. Las referencias de los textos históricos a las normas aplicables. 10. Diverso significado de la palabra "fuente", según la perspectiva que se tenga del "derecho". 11. El juego de las fuentes en el hallazgo del derecho como "ipsam rem iustam".—VI. REPERCUSIONES EN LA INTELIGENCIA, INTERPRETACION Y APLICACION DEL DERECHO: 12. Panorama de las diversas tendencias interpretativas en relación con el significado de las fuentes del derecho. 13. Contraposición entre el realismo clásico y el positivismo moderno.—VII. COMPLEMENTARIEDAD O PLENTUD DEL DERECHO POSITIVO: 14. Universalidad abierta o totalidad cerrada. 15. La posición del "ius commune".—VIII. EL ORDENAMIENTO JURIDICO: 16. El "ordenamiento" según diccionarios y normas positivas españolas. 17. Posición de nuestros juristas en torno a los "principios generales del derecho". 18. Distinción entre "ley" y "ordenanza".—IX. CONSTRUCCIONES POSITIVISTAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: 19. La "pirámide" de Kelsen. 20. El "cientifismo operativo" y las "construcciones" jurídicas. 21. El "ordenamiento", según Santi

Romano. 22. La construcción de Hart. 23. Las matizaciones de Bobbio. 24. El positivismo como método, como teoría y como ideología.—X. CONSIDERACIONES CRITICAS A LAS “CONSTRUCCIONES” DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: 25. Su punto de vista “universalista” y “uniformista” del concepto de norma. 26. Orden “espontáneo” y orden “construido”, según Figa Faura. 27. La falta de “mirada hacia arriba”, advertida por A. Hernández Gil. 28. El concepto de “ordenamiento jurídico”, según los civilistas españoles.—XI. ¿UNIDAD DEL ORDENAMIENTO O PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS?: 29. Las perspectivas de Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio. 30. Opinión de Figa Faura. 31. Su criterio individualizador atendidos los sistemas de fuentes y de normas de conflicto, interpretación, cambio y adjudicación.—XII. CONCLUSIONES: 32. Abertura del concepto unitario y cerrado de ordenamiento jurídico. 33. De la pretensión gnoseológica al planteamiento ontológico. 34. Las fuentes del derecho como “fundamento” y como “hechos originadores de normas jurídicas”; su reconducción “funcional”.

I. PROLOGO A ESTA INTRODUCCION

1. La versión originaria del Código civil no empleaba la expresión fuentes del derecho, que tampoco fue utilizada en el *Code civil* de Napoleón. El originario artículo 6, 2, se limitaba a decir: «*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del derecho*».

Fue en la reforma del Título Preliminar de 31 mayo 1974, cuando aparece encabezando el artículo 1.º la expresión: «*Las fuentes del ordenamiento jurídico español...*».

He repasado la carpeta de antecedentes que guardo de cuando trabajé en la reducida Sección de lo Civil de la vieja Comisión de Códigos —hoy convertida más bien en una comisión de Proyectos del Ministerio de Justicia—, que nos reuníamos en uno de los despachos del Tribunal Supremo, presididos por el inolvidable don José Castán Tobeñas. En esta carpeta tengo varias copias del anteproyecto de título preliminar que concluimos el 12 de julio de 1965, y que don José no entregó para las Cortes, y lo guardó en su cajón en espera de que se aprobaran unas bases, remitidas a las Cortes por el Consejo de Ministros el 12 de agosto de 1966— de cuyo proyecto también conservo copia— respecto de las cuales la ponencia de las Cortes, al no recibir el texto articulado, acordó suspender su dictamen el 29 de noviembre siguiente.

Pues bien, en aquel anteproyecto, el artículo 1.º ya comenzaba, a propuesta del propio Castán, refiriéndose a las *fuentes del ordenamiento jurídico*.

Es de advertir que *fuentes del derecho* y *ordenamiento jurídico* eran expresiones ya respaldadas por la doctrina. La introducción de

una y otra no fue discutida, ni se le dio otra importancia ni trascendencia mayor que la de su empleo terminológico. Por lo menos nadie lo comunicó a los demás.

Nuestro actual presidente de esta Real Academia, también integrante entonces de la Sección, en su discurso inaugural del Curso académico pasado, contó esta anécdota relativa a la introducción de la expresión «ordenamiento jurídico»: «Vallet de Goytisolo recuerda que, en una ocasión, pregunté yo [por él] al maestro Castán cómo podía definirse el ordenamiento, y al escuchar de él una definición omnicomprensiva, Vallet comentó: "es, por tanto, la galaxia jurídica"» (1). Y toda galaxia, pensé y pienso, incluye estrellas, que son soles, cometas, planetas, con sus diferentes composición y climas y con sus satélites; tiene sus órbitas ordenadas en diversos movimientos, acompañados entre sí y en relación con las de las otras galaxias, en un orden cósmico preestablecido pero en constante movimiento y evolución.

Como en su indicado discurso dice Hernández Gil (2), el concepto de ordenamiento «ha sido impulsado por el positivismo normativista», y, aunque en Santi Romano supera el normativismo y se convierte en «estructural y organizativo», «sigue siendo positivista» e incluso «sigue siendo formalista», como lo es la pirámide jurídica de Kelsen.

La Sección, entonces, no le dio este sentido. Menos aún se lo pudo dar el proponente del texto, el propio don José Castán, que siempre se mostró iusnaturalista y que nada tenía de kelnesiano, ni veía por los ojos de los administrativistas admiradores de Santi Romano, sino con los suyos propios de civilista (3) y, más genéricamente, de jurista convencido de la primacía de la justicia en su significado material más clásico (4).

Sin embargo, hay que reconocer que, vista con perspectiva actual, el cambio del texto del viejo art. 6, 2, por el nuevo 1, 1, del Código civil, en su planteamiento y terminología, se adecúa fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy, el positivismo y el formalismo, pese a sus quiebras y creciente conmoción de sus cimientos, minados por todos los lados y desde las más opuestas posiciones, continúan dominando.

En esta introducción, los temas principales que parece conveniente destacar surgen de las seis primeras palabras (dos sustantivos, dos

(1) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*. Discurso inaugural del curso 1980-1981 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1980, núm. 4, *in fine*, pág. 26.

(2) *Ibid.*, 2, pág. 11, y 4, págs. 23 y 24.

(3) Como advierte el propio Hernández Gil (disc. cit. 5, pág. 29): "Castán Tobeñas concede poca importancia a la noción de ordenamiento que lo considera constituido por "el conjunto de normas que rigen en un determinado pueblo y momento histórico", sin que predique del mismo carácter o cualidades que no sean los de las propias normas (cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, ed. revisada por De los Mozos, Reus, S. A., Madrid 1978, págs. 376 y s.)."

(4) Cfr., v. gr., el discurso de CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de la Justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1946.

adjetivos, un artículo determinado y una preposición) del artículo 1, 1 Código civil. Y se centran:

- en el concepto de *fuentes*;
- en su referencia a la palabra *derecho* y el significado dado a éste;
- en su articulación con «*el ordenamiento*», según el significado que se asigne a esta palabra;
- y en la cuestión de la *unidad o pluralidad de ordenamientos jurídicos* dentro de un mismo Estado.

II

LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA DOGMATICA MODERNA

2. La expresión fuentes en el sentido moderno de hechos originadores de normas de derecho y no en el de fundamento, se halla ya en el prefacio de las Pandectas de Pothier (5) publicado en 1748, que enumera las cuatro fuentes (*sources*) principales del derecho romano.

Pero, doctrinalmente, la formulación conceptual moderna de la expresión *fuentes del derecho* la impuso Savigny que, en su *Sistema* (6), las identifica como «las bases del derecho en general, y, por consiguiente, las instituciones mismas, y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción».

Definición que no razona la tautología de que la Ley sea fuente de las leyes y la Costumbre fuente de las costumbres, y, además, cada una de las reglas de las leyes o costumbres sea también fuente. A no ser que la palabra «fuente» incluya no sólo los manantiales, sino también las bocas de salida de las múltiples conducciones que de aquéllos deriven. Ambigüedad que, en ese caso, se extiende a la palabra «derecho». Esta en el primer caso, como sustantivo, abarca el conjunto de todas las reglas y normas emanadas de las fuentes; y, en el segundo, se adjetiviza y resulta atributo de aquello que por ajustado resulta derecho. Así los principios, las leyes y costumbres no sólo serán fuentes del Derecho sino de derechos concretos.

El mismo Savigny advierte que su definición «presenta una doble analogía que puede dar lugar a un doble yerro».

El primero, estima que consiste en «confundir el origen» de las «relaciones individuales [de derecho] con el de las fuentes del derecho», y pone como ejemplo la distinción entre «una ley que reconoce el contrato y el contrato mismo».

(5) ROBERT JEAN POTHIER, *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, Prefatio seu prologomena, Prima pars*; cfr. ed. bilingüe, París, Impr. Dondey-Dupré 1818, págs. 42 y sigs.

(6) F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, Lib. I, § VI; cfr. en castellano, 2.^a ed., Madrid, Góngora s. J., vol. I, págs. 68 y ss.

El segundo, dice que resulta de confundir las fuentes del derecho con las fuentes históricas del derecho. Y pone varios ejemplos, referidos —como es natural— a su tiempo, anterior a la codificación alemana. Entre ellos que «el Digesto, de Justiniano, es, a la vez, fuente del derecho y fuente histórica de la ciencia», y que «las recopilaciones de derecho alemán de los siglos XIII y XIV, fuentes del derecho como monumentos del derecho consuetudinario, son como textos fuentes de la ciencia».

Notemos que para Savigny (7) la *fuera creadora del derecho* radica en la *conciencia* del pueblo; por eso, la costumbre es, a la vez, «signo del derecho positivo» y uno de los elementos que concurren a la formación del derecho; pero, también (8) «la ley es expresión del derecho popular», cuando éste es por ella «traducido por la lengua con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta», en una confección que «constituye uno de los más nobles atributos del poder del Estado». Pero advierte que la conciencia del pueblo es muy diferente de la voluntad popular que encarece la democracia moderna; pues, a su juicio, «es un verdadero error»: «creer que para representar el espíritu de la nación deba la ley emanar de una asamblea electiva».

No obstante, explica (9) que, por «la marcha natural de la civilización» y la «división del trabajo y de los conocimientos», el derecho «que antes se vivía en la conciencia del pueblo», «adquiere tal desarrollo que su conocimiento deja de ser accesible a todos los miembros de la nación». Entonces se forma la clase de los jurisconsultos que representan al pueblo de que forman parte»; y, bajo esta nueva forma, «prosigue el derecho popular» en la determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle.

Al fin, explica (10), legislación y derecho científico resultan los órganos que viven la propia vida del derecho popular «si, transcurrido el tiempo, se retira del pueblo la fuerza creadora».

En Savigny las fuentes del derecho tienen, pues, un carácter institucional. Basado en lo que hoy llamamos sociedad civil, en contraposición a la sociedad política, y su contenido jurídico es sustantivo. Recopila, para que la sistematicen los juristas, la paciente obra secular sentida en la conciencia del pueblo y vivida por éste. Pero, pese a estar *positivizado* por el hecho histórico de su vigencia en el espíritu del pueblo, su contenido a los ojos de Savigny conservaba en sus normas positivas el originario sentido de la justicia (11), aunque su validez dependiera sólo del hecho de hallarse subsumido en lo sentido y vivido; es decir, por el dato de su vigencia nacional (12).

(7) *Ibid.*, § XII, págs. 80 y ss.

(8) *Ibid.*, § XIII, págs. 83 y ss.

(9) *Ibid.*, § XIV, págs. 87 y s.

(10) *Ibid.*, § XV, págs. 89 y ss.

(11) *Ibid.*, § XV, págs. 96 y ss.

(12) *Ibid.*, pág. 92. Acerca de la polémica suscitada entre los autores catalanes de finales del año 1884 hasta principios de este siglo, cfr. nuestro estudio *Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny*, II, 13, en "Rev. Jur. Cataluña", LXXVIII, 1979, págs. 803 y ss.

3. En cambio, llegado el positivismo al denominado por Kelsen «derecho puro», el contenido jurídico resulta meramente formal. El *derecho puro* «no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político» (13); no lo es la norma que señala una regla de conducta sino la que impone una sanción a quien no siga lo ordenado (14). Aún sin emplear la palabra fuente, señala que «la unidad del orden jurídico consiste en una cadena de actos de creación», cuyo grado supremo es la Constitución (15), formándose a partir de ella «una estructura escalonada» del derecho «en movimiento, en el proceso perpetuamente renovado de autocreación» (16). El Estado «no es otra cosa que la personificación del orden jurídico» y, como poder «no es sino la eficacia de dicho orden». De modo que «el dualismo de Estado y derecho desaparece». Así, «todo Estado es, por naturaleza, un Estado de derecho, suponiendo que el derecho no es otra cosa que un orden coactivo de la conducta humana prescindiendo de su valor de moralidad y de justicia» (17). Así, en la pirámide jurídica kelseniana, lo estatal y lo jurídico coinciden; y la validez de éste depende de que su creación se ajuste a la Constitución de aquél.

Esta estructura escalonada, positivista y formalmente objetiva, fue «ideada» por Kelsen como secuencia de una posición, «subjetiva» suya, de escepticismo gnoseológico, convertida en rechazo desde una concepción «cientificista», que identifica *verdad* con *certeza* positivamente comprobable por el método de las ciencias físicas (18).

Si la comprobación del apetito individual del instinto de conservación llevó a Hobbes a idear su contrato social (19) —en un primer esbozo de la aplicación del método de las ciencias físicas a las ciencias sociales y, concretamente, al derecho (20)—, ha sido un intento de justificar el orden social desde la misma perspectiva nominalista —de escepticismo y rechazo metafísico— lo que ha conducido a que Kelsen ideara el carril de la doble vía que forman la democracia y la teoría pura del derecho.

Así, en uno de sus textos leemos: «La aspiración a la justicia es

(13) HANS KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, 13; cfr. vers. en castellano de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1933, pág. 28.

(14) *Ibid.*, 15, págs. 29 y s.; también, *Teoría General del Derecho y del Estado*, I, IV, C; cf. ed. México, U.N.A.M., 1979, pág. 71.

(15) KELSEN, *La teoría pura del...*, 32, págs. 52 y s.

(16) *Ibid.*, 44, pág. 71.

(17) *Ibid.*, 49, págs. 78 y ss.

(18) Cfr. nuestros estudios: *Técnica y desarrollo político*, I, 3 y ss., en «Humanismo y Técnica», Madrid, C.S.I.C., 1979, págs. 113 y ss., y *De la filosofía política al cientismo operativo*, en VERBO, 169-170, noviembre-diciembre 1978, págs. 1229 y ss.

(19) Cfr. nuestro estudio *La nueva concepción de la vida social de los peccistas del siglo XVII: Hobbes y Locke*, en VERBO, 119-120, noviembre-diciembre 1973, págs. 903 y ss.

(20) Cfr. MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, parte V-I, *Juicio de conjunto*, cap. II y Parte V-II, cap. I, A, París, Les Ed. Montchrestien 1968, págs. 579 y ss., 615 y ss. y 655 y ss.

el eterno anhelo humano de felicidad» (21), ... «hay una gran multiplicidad de ideas sobre lo justo; tantas que resulta imposible hablar simplemente de «justicia» (22) ... «La justicia es un ideal irracional» (23). Este escepticismo le «condiciona» hasta tal punto que reconoce paralelamente:

— «De hecho, la causa de la democracia resulta desesperada [es decir, indefendible] si se parte de la idea de que el hombre puede acceder a verdades y captar los valores absolutos» (24).

— «Si el hombre tuviese un conocimiento cabal del reino de las ideas estaría en condiciones de adaptar su mundo, especialmente su mundo social, su conducta, a ese arquetipo» ... «Si se pudiera conocer el orden absolutamente justo cuya existencia es afirmada por la doctrina del derecho natural, el derecho positivo resultaría superfluo, es más, no tendría ningún sentido» ... «la actividad de los legisladores positivos sería comparable al esfuerzo de quienes pretendiesen realizar una iluminación artificial a la luz del Sol» ... «Si existiera una justicia objetivamente cognoscible, no habría derecho positivo y, por tanto, no existiría Estado» (25). Posición, sin duda «totorresista»; pues no acepta términos medios entre conocer todo y prescindir de todo conocimiento no total que no sea positivo, pese a que éste nunca es total pues sólo abarca lo positivamente dado. Con estas ideas sitúa la Constitución en el vértice de su pirámide del orden escalonado del derecho.

Base frágil, tanto en su vértice jurídico como en su apoyo democrático.

Este reposa en el mito, calificado de postulado, de la *soberanía popular* (art. 1, 2 de la Constitución de 31 de octubre de 1978) —pero que las Cortes subsumen (art. 66, 2)—, extendido como corolario hasta afirmar que la ley es expresión de la voluntad del *pueblo* (según dice el preámbulo) y que la *justicia «emana del pueblo»* (art. 117).

No es postulado —ya que requeriría que ni su certeza ni su falsedad fuesen demostrables— y es mito porque parte:

1.º De que las Cortes —o, más propiamente, el Congreso que en definitiva decide— conservan siempre intacta la voluntad popular, identificándola con la expresada por la mayoría de los diputados —no ligados por mandato imperativo alguno con sus electores, y más o menos sometidos a la «disciplina de partido»—, quienes, a su vez, no han sido elegidos sino por la «mayoría» de los votantes, sin que cuente la voluntad de los no votantes, cualquiera que sea su número y las motivaciones de su abstención, y sí cuentan, a favor de uno, los votos en contra del otro y los que se inclinan por el mal menor, pero tampoco lo quieren.

2.º De que la masa, que es mayoritariamente captable por la propaganda comercial —hasta el punto de que quienes se sustraen a

(21) KELSEN, *Teoría General del...* I, A., c., pág. 7.

(22) *Ibid.*, 1, pág. 9.

(23) *Ibid.*, 4, pág. 15.

(24) KELSEN, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, cap. X, cfr. ed. París, Sirey, 1932, pág. 110.

(25) KELSEN, *Teoría General del...*, I, A.c. 3, págs. 14 y s.

ella no son tenidos en cuenta por su carácter minoritario—, pueda, en cambio, sustraerse a la propaganda política y tener voluntad independiente de su sugestión, organizada a través de los adelantos en *marketing*, apoyados por los ordenadores, y en su difusión por los *mass media* (26).

3.º) De que la voluntad popular sea la mejor expresión de la justicia. Lo que, como contraste, nos hace pensar en la increpación del Rey Sabio, contenida en su Prólogo a las Partidas, dirigida a «las gentes del mundo, que juzgan las cosas más por voluntad que por derecho». Palabras a las que Gregorio López (27) añadió la cita de una nota de Baldo (28) a la ley *Omnes populos* del tít. *De iustitia et iure* del *Digesto*: «*quod nullus populi est, sani capitis, et ubi maior numerus, ibi minor intellectus*». E incluso Rousseau (29), que presupone la rectitud de la *volonté générale*, añade que, de ello «no se sigue, en cambio que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud; entonces —dice— no existe ya voluntad general» y «se hacen pasar falsamente con el nombre de leyes algunos decretos inicuos que sólo tienen por objeto el interés particular».

El vértice jurídico es tan frágil, que como —con palabras de Kulischer— ha repetido el que fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon, Paul Roubier (30), es «la última revolución que ha triunfado», sea violentamente, sea por el *consenso* entre quienes pretenden conservar el poder y quienes tratan de cambiar la estructura política y su contenido social.

Un Estado y un derecho reducido a una estructura formal y coercitiva que puede albergar cualquier contenido material, con una Constitución elástica en sus opciones económicas y sociales, facilita el tránsito del Estado liberal de derecho al social de derecho —«*fruto del acuerdo entre la derecha «civilizada» y el socialismo democrático «responsable»*—; de éste al Estado democrático de derecho —«*combinación de la izquierda liberal socializada y de un socialismo no comunista*—, y aún, quizá después, al Estado de derecho socialista, si las democracias socialistas «superan el integrismo comunista, el burocracia

(26) Cfr. PHILIPP LERCH, *El hombre en la actualidad*, cap. IV, F, cfr. ed. Madrid, Gredos, 1958, págs. 80 y ss.; y JACQUES ELLUL, *L'illusion politique*, París, Payot, 1965.

(27) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras «*que por derecho*» del Prólogo de las Partidas; cfr. en la ed. de las *Siete Partidas*, con sus glosas traducidas por I. Samponts y Barba R. Martí de Eixalá y J. Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843, vol. I, pág. 8, nota 17.

(28) BALDO DE UBALDIS, *In primam Digesti Veteris Commentaria*, tít. y ley cits. (1, 1, 7); cfr. ed. Venetis, apud Heredes Giorgii Varisti, 1616, fol. 13 vot. n. 12, donde literalmente leemos: «*Praeterea nullus populus vero sani capitis, quia quanto maior numerus, tanto minor intellectus*».

(29) J. J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, Lib. II, cap. III y Lib. IV, cap. I, cfr. ed. París Unión Générale d'Éditions 1963, págs. 73 y 's. y 149 y s.

(30) PAUL ROUBIER, *Theorie Générale du Droit*, 8, d; cfr. 2.ª ed., París, Sirey, 1951, págs. 70 y ss.

tismo, la alienación política, como han superado el culto a la personalidad» (31).

Tenemos, pues, la plena *estatización* de las fuentes del derecho —reducido a mera coerción purificada de los avatares de su contenido, sea el que fuere—, reconducidas todas a la originaria de la Constitución, legitimadora del valor formal, único estimado y estimable de las normas jurídicas.

El orden jurídico escalonado de la pirámide kelseniana con su vértice constitucional, fue la formulación científica de uno de los fenómenos más importantes del panorama constitucional a partir de la Revolución francesa. Como ha dicho Sánchez Agesta (32): «El primado de la voluntad de poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo el orden constitucional contemporáneo, se manifiesta como un *proyecto racional de constitución*, no sólo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social. La coherencia, relativa coherencia, de la unidad del orden aparece creada desde el poder, como realización de un plan que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política». La constitución política pretende adueñarse y configurar la constitución de la sociedad civil, contra lo que trató de evitar la escuela histórica del derecho, al situar el espíritu del pueblo, reflejado en las costumbres, frente a la *volonté générale* representada en un parlamento.

De ahí también, la advertencia de Ripert (33): «La Revolución ha fundado el poder legislativo en su absolutismo» ... «pues la ley, expresión de la voluntad general, no puede ser sino justa y razonable»...; y esa «pretendida transferencia de soberanía» —del rey a la nación— «esconde una creación. Jamás el rey de Francia tuvo el poder legislativo o, por lo menos, un poder comparable al del parlamento moderno. Es innecesario recordar porqué razones históricas estaba obligado a compartir la soberanía. Basta constatar que no osaba tocar el derecho civil».

III

LOS PACTOS Y «EL PACTO» COMO FUENTES DEL DERECHO; SU CAUCE Y SUS DERIVACIONES

4. Retornando la vista hacia atrás, vemos que, en 1625, Hugo Grocio (34) señalaba en el pacto la «fuente» del derecho civil, «*fontē iura civilia*», expresándolo en el siguiente texto:

(31) Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975, cap. VIII, 5, págs. 142 y ss.

(32) LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de Derecho Constitucional comparado*, 5; ed. Madrid, Fac. de Derecho, 1974, I parte, cap. I, 4, pág. 28.

(33) GEORGES RIPERT, *Le declin du droit*, cap. I, 2; cfr. ed. París, Libr. General de Driat et Jurisprudence 1949, págs. 4 y s.

(34) HUGO GROCIO, *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, n. 15; cfr. ed. Lausanna, 1751, vol. I, pág. 10.

«Deinde vero, cum iuris naturae sit stare pactis (necessarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alius modus naturalis fingi potest) ab hoc ipso fonte iura civilia fluxerunt».

La importancia del paso dado por Grocio, reflejado en el breve texto transcrito, nos la muestran los dos comentarios que vamos a reproducir.

En 1703, el de Jo. Henricus Boeclerus (35): «Hanc ergo societatis custodiam sive appetitum societatis ordinatae instructae que naturalem, recte et merito Grotius iuris naturalis originem, fontem, principium fecit, seu mavis, hoc iuri naturali fundamentum substravit».

Y al margen del mismo texto de Grocio, anotó Gronovius (36): «Nam si societatis jungi debet, requirebatur aliquod vinculum, coagulum, ferrumen, sacramentum, que ea societas contineretur ne alioqui forent merae arenae».

Boeclerus destaca que Grocio hizo del apetito natural de una sociedad ordenada y estructurada el origen, fuente y principio del derecho natural. Así como del pacto la fuente del derecho civil.

Por eso, Gronovius advierte que la integración de la sociedad, en virtud de ese apetito, por los individuos que la constituían, para que no fuese mera arena, requería algún vínculo, coágulo, ferrumen o sacramento, constituido —según él— por el pacto «necessarius obligandi modus».

En suma, el texto de Hugo De Groot traza sintéticamente dos acueductos, uno que derivaría junto al idealismo de Descartes, y otro que irrigaría el pacto social, que fabricaría Hobbes y su nuevo método jurídico.

Por el primer canal, Descartes (37) —que no palpó en la oscuridad nominalista el orden de las cosas— una noche de 1637 sintió el fulgor de la idea: «Sea que velemos sea que durmamos, nunca nos deberemos persuadir más que por la evidencia de nuestra razón. Y es de subrayar que digo de nuestra razón, y para nada de nuestra imaginación ni de nuestros sentidos».

El *appetitus societatis ordinatae instructaeque*, de Grocio, como el *temor a la muerte violenta*, en Hobbes (38), el *innato deseo de bienestar*, en Loecke (39), el *sentimiento de ser «igualmente» libres por naturaleza*, en Rousseau (40), son jurídicamente los primeros datos

(35) JO. HENRICUS BOECLERUS, *Commentatio in Hugonis Grotii. Ius belli et Pacis, In prolegomena*, 13 y ss. Argentorati, Ex-officina Dulssackeriana, 1704, pág. 57.

(36) J. F. Gronovius. Nota a las palabras *necessarius obligandi modus* del citado texto de Grocio; cfr. ed. cit. de dicho *De Iure Belli ac Pacis*, pág. 10, nota 76.

(37) RENÉ DESCARTES, *Discours de la Methode*, 4.^a parte; cfr. ed. comentada por E. Gilson, París, Vrin, 1947, pág. 39.

(38) THOMAS HOBBS, *Leviathan*, cap. XIV y XVII; cfr. ed. París, Sirey, 1971, págs. 123 y ss. y 173 y ss.

(39) JOHN LOCKE, *Dos tratados sobre el gobierno de los pueblos, II. Ensayo sobre el gobierno civil*, cap. VIII, 95; cfr. ed. Madrid, Aguilar, 1969, pág. 73.

(40) JEAN JACKES ROUSSEAU, *Le contrat social*, Lib. I. caps. I y II; cfr. ed. París Unión General Editions, 1963, págs. 50 y ss.

estimados subjetivamente ciertos para construir la sociedad civil, similarmente a como, en lo filosófico, creyó hallarlo Descartes (41) en el *cogito ergo sum*.

De los expuestos, cada *primum verum* presenta el mismo fallo, opuesto por Vico (42) al *cogito* cartesiano: denotan conciencia pero no ciencia, pues ignoramos sus causas.

Sin embargo, los *prima vera* constituyen la base de «las largas cadenas de razonamientos», *more geometrico*, que articularon los sistemas del nuevo derecho natural, denominado «moderno», «protestante», «de la Ilustración» o «racionalista». Estimado aplicable a todos los hombres en todos los tiempos y lugares, abstracción hecha de la naturaleza de las cosas (43), parte de una serie de axiomas primeros de moral racional, intuitos por nuestra mente, sin contacto con la realidad, de los cuales trata de obtener deductivamente las reglas de derecho (44).

Este es el derecho natural, puramente filosófico, contra el que reaccionó la escuela histórica alemana. El que Bachofen (45) tildaría: de que fue concebido «como algo totalmente externo, como una creación del libre arbitrio, como resultado de una reflexión consciente, que puede modificar o incluso anular la misma voluntad que la creó»; que se mueve «fuera de la existencia de un pueblo»; que se encuentra «fuera de la historia», no tiene «ningún contacto, ninguna relación con las situaciones históricas»; que constituyó «la divinización de la propia razón y la adoración de los ídolos creados por uno mismo».

Afortunadamente, a pesar de las ideas de sus promotores, los redactores del *Code civil* (46) fueron jurisprudentes que en lo posible

(41) DESCARTES, *op. cit.*, 4.^a parte, pág. 39.

(42) GIAMBATISTA VICO, *Il metodo degli studi del tempo nostro*, III; cfr. en «Oppere», ed. cuidada por Fausto Nicolini, Milán-Nápoles, Riccardo Ricardi, 1953, págs. 176 y ss.

(43) DESCARTES, *Discours de la...*, 6 parte; cfr. ed. cit., pág. 63, no cree posible al espíritu humano «distinguir las formas o especies de cuerpos que hay en la tierra de otra infinidad que podrían haber». El nominalismo de Ockam se mantiene presente, pues, en Descartes, y le impulsa hacia el método por él ideado.

(44) Claro está que, según ha hecho notar Villey, *op. cit.*, parte V-I, cap. II, págs. 615 y ss., ese derecho natural racionalista, más que basarse en postulados verdaderamente racionales, muchas veces edificó «sobre postulados arbitrarios que se insertan subrepticamente en el cuerpo de la demostración»; por lo cual, «construido a base de mitos, implica premisas falsificadas; no es sólido sino en apariencia».

(45) JOHANN JAKOB BACHOFEN, *El derecho natural y el derecho histórico*; cfr. vers. en castellano, Madrid, I.E.P., 1955, y los textos cit. en las págs. 50, 51 y 59.

(46) JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS, *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*; cfr. ed. en castellano, Valparaíso (Chile), EDEVAL, 1978: «El derecho escrito, que está compuesto de leyes romanas, ha civilizado Europa». El descubrimiento de la recopilación de Justiniano dio lugar a que «nuestros tribunales tomaron un aspecto más regular cuando el terrible poder de juzgar quedó sometido a principios». No era preciso sino «distinguir las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita, de aquéllas que atañen sólo a instituciones específicas, extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres». Y, «en el conjunto de nuestras costumbres», las hay «que hacen honor a la sabiduría

se apoyaron a su tradición jurídica, recogida especialmente a través de las obras de Pothier y de Domat. Aunque en importantes materias (legítimas, fideicomisos) no se pudieron sustraer al igualitarismo, proclamado por la Revolución, ni a los designios políticos de Napoleón —expresados en carta a su hermano José por el Emperador (47)— quien también les arrastraría a su antifeminismo jurídico (48).

5. Pero, además de ese método —idealista, racionalista y deductivo—, en el transcrito texto de Grocio se vislumbra otro que, unos años antes, Bacón de Berulamio, es decir, sir Francis Bacon, en su *Avance de las ciencias* (1605) y en su *Novum Organum* (1620), había expuesto. Método consistente, primero, en la recolección de hechos singulares (los únicos aceptables, pues su visión nominalista rechazaba las nociones universales), para, a partir de ellos, elevarse gradualmente no a la abstracción sino a la construcción de teorías (49). Ese nominalismo, que prescinde de los *conjuntos sociales naturales* y del orden teleológico de sus *casas finales*, permitió a Bacon y a la escuela de Pavia, donde trabajó Galileo, el empleo de un método analítico-sintético que descompone los cuerpos reduciéndolos a elementos singulares para someterlos a las experiencias y elaboraciones del pensamiento humano (50).

La construcción que Grocio basa en el pacto, como *fente* del derecho civil, apoyado en el *stare pactis* deducido del *appetitus societatis*, *primum vero* de su concepción idealista del derecho natural, la vemos elevada a construcción política en 1651, por Tomas Hobbes (51), en su *Leviathan*, quien toma los individuos aislados y los traslada a su estado originario de naturaleza (según lo imaginó); y, luego, los ata y vincula por su (también imaginario) contrato social.

de nuestros padres, que han plasmado el carácter racional y que son dignas de mejores tiempos. No hemos renunciado sino a aquéllas cuyo espíritu ha desaparecido ante otro espíritu, cuya letra no es más que fuente cotidiana de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón como a nuestros actuales modos de vida" (págs. 52 y s.).

También advierte que no debe legislarse en períodos revolucionarios, cuando: "Todo se convierte en derecho público", y el espíritu revolucionario se hace "afán exaltado de sacrificar violentamente todos los derechos a un fin político, y de no admitir otra consideración que la de un misterioso y variable interés de Estado" (págs. 29 y s.).

(47) Cfr. en FEDERICO LE PLAY, *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, París, 1871, Lib. I, cap. I, § 13, nota 5, págs. 79 y s., la carta de Napoleón I a su hermano José, de 5 junio 1806, aconsejándole que ordenara un Código para Nápoles, de donde era rey, de modo que no quedarán "más grandes casas que aquéllas que vos constituys en feudos".

(48) El Emperador Napoleón, muchas tardes, visitaba la comisión de juristas que redactaban su Código. De esas visitas parece que surgió el "antifeminismo" del *Code civil*, transmitido a otros códigos que siguieron su patrón. Era cuando a Bonaparte comenzaban a no andarle bien sus relaciones con Josefina y pensaba en su divorcio.

(49) Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, V, Introducción, págs. 564 y s.

(50) *Ibid.*, V, Juicio de conjunto, págs. 579 y ss. y V-II, cap. I, A, págs. 655 y ss.

(51) THOMAS HOBBS, *Leviathan*, caps. XV y XVIII; cfr. ed. francesa, París, Sirey, 1971, págs. 143 y 179 y ss.

Su nominalismo lo muestra al afirmar que el «derecho de naturaleza, que los autores llaman generalmente *ius naturale*, es la libertad de cada uno de usar como quiera de su poder propio, para preservar su propia naturaleza; en otras palabras, su propia vida» (52); y al razonar que «allí donde ninguna convención haya tenido lugar anteriormente», «nadie puede ser injusto». Su construcción del pacto social soluciona por qué «cuando se ha efectuado una convención, entonces es injusto incumplirla, ya que la definición de la *injusticia* no es sino la no ejecución de las convenciones» (53).

Pero surge *Leviathan*. En virtud del pacto: «yo autorizo a este hombre o a esta asamblea, y le entrego mi derecho de gobernarme a mí mismo, bajo la condición de que tú autorices todas sus acciones de la misma manera» (54). Hasta tal punto que «haga lo que haga el soberano en sus actos y juicios instituidos no puede cometer injusticia respecto de sus súbditos»; pues, una vez «convenida la institución de una República» resulta que cada particular «es autor de lo que haga el soberano». Y, por ello, «aunque los detentadores del poder soberano pueden cometer iniquidades», esa iniquidad «no es lo mismo que la injusticia en el propio sentido de la palabra, pues es imposible cometer injusticia consigo mismo» (55).

De ahí viene la idea de *totalidad* (56), base del *totalitarismo*. Este no es una forma de gobierno, como la dictadura, sino la absorción por el Estado de todos los derechos y todas las instituciones, es la estatización de toda la vida, a expensas del individuo y de las formas de vida preestatales (57).

Fue el anticipo de la *aliénation totale* de Rousseau, no ya al príncipe pero sí a la *volonté générale*, consistente en la «enajenación total de cada asociado con todos sus derechos, a toda la comunidad» (58). Por ella, cualquiera que rehusara obedecer a la voluntad general será obligado a ello por el cuerpo entero; lo que no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre» (59, «pues, obedeciendo a la convención que la creó, no obedecen «sino a su propia voluntad» (60).

Por eso ha escrito Brunner (61) que el totalitarismo «tiene su raíz histórica en la República de la Revolución Francesa, en el *Contrat social* de Rousseau, en su principio de la *aliénation totale*».

Leviathan y su poder legislativo —el pacto queda como la fuente mediata y la ley pasa a ser la inmediata— provocan dos tensiones:

(52) *Ibid.*, cap. XIV, pág. 128.

(53) *Ibid.*, cap. XV, págs. 143.

(54) *Ibid.*, cap. XVII, pág. 177.

(55) *Ibid.*, cap. XVIII, pág. 183.

(56) Cfr. al respecto el estudio de ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Thomas Hobbes y la idea moderna de la totalidad*, en VERBO, 195-196, mayo-junio 1981, págs. 561 y ss.

(57) EMLI BRUNNER, *La justicia*, cap. XVI, México Centro de Estudios Filosóficos de la U.N.A.M., 1961, págs. 174 y s.

(58) J. J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Lib. I, cap. VI, ed. cit., págs. 61 y s.

(59) *Ibid.*, cap. VII, págs. 63 y s.

(60) *Ibid.*, Lib. II, cap. IV, pág. 77.

(61) E. BRUNNER, *loc. y pág. cit.*

una con los derechos subjetivos de los individuos, y otra con el derecho objetivo emanado de modo espontáneo de la sociedad civil.

La tensión entre los derechos subjetivos de los individuos con el poder jurídicamente omnímodo de Leviatán, se viene intentando contrarrestarlo con las universales declaraciones de *derechos del hombre*. Pero, las formulaciones de estos derechos, de hecho, también parten de los principios, los *prima vera*, del derecho natural iluminista. Por ello, como ha observado Michel Villey (62), no se fundan en la realidad sino en una *abstracta* «naturaleza del hombre» y, por tanto, muchas veces «suscitan vagas reivindicaciones sin salida», que «no pueden ser satisfechas», y que, pese a su denominación de «universales», se aplican unilateralmente, a favor de unos y en contra de otros: como ya se hizo en 1789. Se aplican antijurídicamente por mera proyección unilateral, sin confrontación con los derechos de los demás. Como ha explicado D'Ors (63), los derechos humanos deben valorarse jurídicamente de modo «objetivo», en relación con la protección de todos los afectados por su aplicación, que también son sujetos humanos, y no como derechos «subjetivos» unilateralmente contemplados. De ese último modo se protege a los terroristas, en perjuicio de sus víctimas inocentes, de los servidores del orden y de la paz social.

Esa manera de utilización recuerda, muchas veces, la distinción entre el juicio del lego y el del jurista, expuesto por Heck (64). El de aquél es como el de quien «camina, linterna en mano, de noche cerrada. Difunde luz en cualquier punto en que se encuentra, pero en su entorno y trasfondo se encuentra, en todo momento, la oscura noche». Tal enfoque conserva la unilateralidad del razonamiento lógico formal, característico del método del derecho natural de la Ilustración, pero sin ni siquiera mantener el rigor de los silogismos.

A veces, incluso juristas prestigiosos se dejan deslumbrar por esos focos de las solemnes declaraciones y de algunos textos constitucionales. La obsesión de igualdad, por mandato constitucional, ha presidido las últimas reformas legislativas del matrimonio y la familia, efectuadas con olvido de las experiencias acumuladas por la historia y el derecho comparado, y podrán perjudicar, sea hoy o en un mañana no lejano, no sólo a la institución de la familia, sino a los mismos sujetos a quienes se quiso proteger, dados los efectos sociales que, por impulso o reacción, producen las propias leyes en el cuerpo social y que el legislador no alcanza a medir o contener (65).

(62) MICHEL VILLEY, *Crítica de los derechos del hombre*; cfr. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, fasc. 2.º, 1972, págs. 9 y ss.

(63) ALVARO D'ORS, *La guerra unilateral*, en LA LEY, núm. 217, Buenos Aires, 8 de noviembre 1979, págs. 1 a 4.

(64) PHILIPP HECK, *El problema de la creación del Derecho*, 2.ª, trad. española, Barcelona, 1961, pág. 38.

(65) La igualdad en el matrimonio ha ido dejando, cada vez más, indefensas a las mujeres que conservan la so a pero trascendente dedicación de ama de cas y madre de familia, dando lugar a que resulte cada vez más responsables de los negocios de su marido; pues, a mayores derechos sobre el papel, se les exigen más firmas que la responsabilizan. En la última reforma ha desaparecido su anterior preferencia

7. La contraposición entre el derecho racionalista, aplicable a todos los hombres en cualquier tiempo y lugar, o el segregado por Levitán, con el derecho objetivo emanado de manera espontánea por la sociedad civil —contraposición mostrada, primero por Burke (66) y, después, por la escuela histórica alemana (67)— fue puesta en evidencia por nuestros foralistas en el pasado siglo y, en especial, en el período codificador.

Durán y Bas (68), adalid de la escuela jurídica catalana, planteó claramente la distinción: «el derecho cosmopolita en vez del derecho racional; la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo opuesto al desenvolvimiento de la civilización nacional»; y profetizó «cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos, forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias, ni se identificará con el sentimiento del país; y el tiempo presenciara como mero testigo los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación, a su acción fecunda».

Y también Joaquín Costa (69), en nombre de los pueblos altoaragoneses, mostró la misma distinción, con palabras grandilocuentes, al increpar: «legisladores engraidos, que pretendéis gobernar los pueblos con ideas y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros»...; «utopistas»... «las leyes que nosotros escribimos en el mundo del lenguaje de los hechos son más firmes y más incontestables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza».

La *libertad civil* (70) es la base de ese derecho popular, fundamen-

en la liquidación de gananciales, y se ha hecho más acuciante para Bancos y financieras exigir su firma.

Los efectos sociales del divorcio nos los muestran las experiencias y estadísticas de los países que nos han precedido en su instauración. Pero no se ha ponderado el *bonum commune*. Tampoco el bien de la familia ni su importancia como primera célula social para la recta formación de buenos ciudadanos, han sido positivamente valorados en sus consecuencias, ni en los cuidados requeridos para preservarla.

(66) EDMUND BURKE, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*; cfr. versión española, Madrid, I.E.P., 1974.

(67) Cfr. nuestro estudio *Revolución, historicismo y tradición en la creación, conservación y progreso del derecho*, II, 4 ss., en VERBO, 128-129, septiembre-noviembre 1974, págs. 1037 y ss., o en *Revolución-Conservadurismo-Tradicción*, Madrid, Speiro 1975, págs. 181 y ss.

(68) MANUEL DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en "Escritos", 1.^a Serie, "Escritos Jurídicos", Barcelona, Impr. Casa Caridad, 1888, pág. 377.

(69) JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de juriscultos aragoneses*, cap. V, "Fuentes del derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias", Madrid, Impr. de la Librería Greneral de Legislación, 1883, pág. 140.

(70) Cfr. nuestros estudios: *La libertad civil*, en VERBO, 63, páginas 186 y ss., o en *Contribución al Estudio de los cuerpos intermedios*, Madrid, Speiro, 1967, págs. 153 y ss.; *La libertad civil según los juristas*

to del *pactismo civil*, entramado sin el cual no hubiese arraigado el *pactismo político catalán* (71). Corresponde al principio navarro «*paramiento fuere vience*» (72) y la regla aragonesa *stamdum est chartae*, con su corolario, «*cartas rompen fueros*» y su regla complementaria *standum est consuetudine* (73), común a las demás regiones forales, ya expresado en Cataluña (74) en el *usatge* «*Una quaque gens*» (75) y en Navarra por la divisa de los infanzones de Obanos «*Pro libertate patria gens libera etate*» (76).

La esencialidad del primer principio fue expresada por Falguera (77): «el pueblo en que el jefe de familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo la ley, es un pueblo esclavo, por más que se le deslumbre con otras libertades de oropel» ... «¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?».

«Piensan —decía Costa (78) de los partidarios del "doctrinarismo francés"— que el pueblo es ya rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral; no lo creáis; mientras no se reconozca además al individuo y a la familia la libertad civil, y al conjunto de individuos y de familias el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho a darse periódicamente un amo que dicte la ley, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos».

Es una concepción contrapuesta a la del contrato social de Hobbes

de las regiones forales, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967, y *La libertad civil según los juristas de derecho forales*. en *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, vol. VI, 1967-1968, págs. 3 y ss., y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XVII, 1972, págs. 289 y ss.

(71) Cfr. nuestro estudio *Valor jurídico de las leyes paccionadas en Cataluña*, Preámbulo, 4, en *El pactismo en la historia de España*, Madrid, Instituto de España, 1980, págs. 82 y s.

(72) Cfr. JUAN GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ, *Anotaciones de un iusforalista sobre el libro de un lingüista: "Registro del Consejo de Olite" de Ricardo Ciérvide*, II, B, 4, en *An. Dr. Foral*, II, Pamplona, 1976-1977, pág. 346, señala que la esencia del aforismo "*paramiento fuero venze*" (F. G. N. 2, 4,20) o "*paramiento ley venze*" (F. Novenera 242), "representa la primacía de la voluntad privada sobre la ley y la costumbre".

(73) Cfr. JOAQUÍN COSTA, *op. cit.*, cap. VI, *Renovación del Código por la costumbre*, pág. 191.

(74) Cfr. nuestro estudio *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, III, 17, en "Rev. Jur. de Cataluña", LXXIX, 1, págs. 13 y s.

(75) *Usatge* 139: "*Casquna gens eleis a si sa propia costuma per lig, car longa costuma per lig es recebuda*".

(76) Cfr. JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOÍSTE, *Los principios generales de la codificación foral de Navarra*, III, I, *La libertad Civil*, en R.C.D., I, XLII mayo-junio 1966, pág. 622.

(77) FÉLIX M.^a DE FALGUERA, *Idea general del Derecho catalán. Su espíritu y principios que lo informan*, en "Conferencias de Derecho catalán", Barcelona, Impr. Luis Tasso, 1883, págs. 13 y s.

(78) JOAQUÍN COSTA, *op. cit.*, cap. VI, *Renovación del Código por la costumbre*, pág. 177.

o el de Rousseau y a su inherente *aliénation totale*. No en vano en el pacto político que, siendo arzobispo de Valencia, el franciscano gerundense Francesc Eiximenis (79) —inspirándose en la forma en que se integró la población catalana tras la reconquista— formuló en 1385: las comunidades «jamás» dieron «potestad absoluta a nadie sobre sí mismas, sino con ciertos pactos y leyes...».

El derecho no emana de Leviatán, ni su escalonamiento arranca del vértice de la pirámide jurídica. Por eso expresó Torras y Bages (80): en el Estado liberal «se construye comenzando por la cima, es decir, de una manera antinatural», «en Consejo de Ministros o en una Junta Central», en lugar de comenzar «por la base», «por los fundamentos», como en los «núcleos de organización propiamente nacional»; en éstos las normas de derecho «se forman no por una resolución de los ciudadanos, sino en virtud de la fuerza natural de las cosas».

El *consensus* popular, ha precisado Almeda (81), no hay que buscarlo «en las necesidades y abstracciones de una opinión» que «proclama la razón autónoma legisladora de sí misma», «idealismos» con los que «se quita estabilidad a los juicios morales, base de los jurídicos». La costumbre como fuente del derecho «es inconciliable con dicha opinión porque nunca resultará de ella una regla obligatoria». Es fruto de la razón aliada con la experiencia, ante las necesidades de la vida. Y, por ello, Maspons Anglasesell (82) las estimó de mayor nobleza que «las leyes emanadas no de la experiencia sino del racionalismo legislativo de un número reducido de hombre que (...) resuelven a base de teorías».

IV

LA FUENTE PERENNE DE LA JUSTICIA

7. Pero la imagen de la fuente, referida al origen del derecho, no fue creación de Grocio; y su significado anterior era más hondo. La *Partida* 3, 1, 1, emplea, tomándola de «los Sabios» —así lo dice—, la comparación de la justicia a la «fuente perenal». Explica que, como ésta, «ha en sí tres cosas», y las narra en su transparente lenguaje castellano. La primera, que «*assi la justicia cata siempre do nasce el sol verdadero, que es Dios*». La segunda, que «*la Justicia siempre es en sí, que nunca se desgasta; nin mengua; e resciben en ella mayor*

(79) FRANCESC EIXIMENIS, *Dotze del crestià*, cap. 156; cfr. transcrito por Torras y Bages, en *La tradició catalana*, II, cap. IV, V, cfr. 2.^a ed., Vic. Impr. Vda. de Ramón Anglada, 1906, pág. 430.

(80) JOSEPH TORRAS Y BAGES, *Bisbe de Vic.*, op. cit., I, cap. XVI, págs. 94 y s.

(81) JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, *La costumbre como fuente del derecho*, en "Rev. Jur. de Catalunya", XIV, 1908, págs. 20 y s.

(82) JOSÉ M.^a MASPONS Y ANGLASELL, *El dret català, La seva gènesis. La seva estructura. Les seves característiques*, III, Barcelona, Ed. Barcino, 1954, pág. 52.

sabor los que la demandan, e la han menester, mas que en otra cosa». La tercera, que «el derecho que sale de la Justicia, tuelle e contrasta las cosas malas e desaguisadas, que los homes facen».

Gregorio López (83), al glosar las palabras «los Sabios», remitió al opúsculo 61 de Santo Tomás (84), titulado *De dilectione Dei et proximi*, que la crítica considera apócrifo. Este opúsculo, en su cap. XVII, cuando expone el grado sexto, lo explica con la imagen de las cinco fuentes derivadas de Dios y de cuyas aguas potables se alimentaron los ríos de los que fluyen desde las diversas ciencias intelectuales hasta la inteligencia del alma. «*Fons igitur dicitur metphorice omnis substantia cum de ipsa fluunt accidentia, ut de causis effectus, de fonte riuus*».

Puestas en contraste, la imagen expuesta por el Rey Sabio y la expresada por Hugo Grocio muestran una diferencia profunda. En la de éste, la fuente del derecho civil se halla en el *stare pactis* que surge de las entrañas del *apetitus societatis*; no es hallazgo sino construcción de la mente y de la voluntad humana para vincular a los miembros de una sociedad. En aquélla, la fuente trasciende al hombre: la Justicia no es, para él, objeto de su fabricación, sino de búsqueda; para lo cual ha de remontarse hasta allí donde mana.

El Prólogo del mismo Alfonso el Sabio, muestra este objetivo que procuraba alcanzar y explica que, por ello, redactaba las *Partidas*. Para que, tanto él como sus sucesores: «*sopieemos ciertamente los derechos para mantener los pueblos en justicia y en paz*»; y a fin de que «*los entendimientos de los omes, que son departidos en muchas maneras, se acordassen en uno con razón verdadera e derecha*».

Se trataba de que conociesen «*los omes cumplidamente*», «*cada uno en su estado, qual es lo que le conviene que faga en el, e de lo que se deue guardar*» y «*de los estados de otras cosas que deuen obedecer*». Así como «*conviene a los Reyes*»: «*conocer las cosas según son e estremar el derecho del tuarto, e la mentira de la verdad; ca el que no supiere esto, no podra fazer la justicia bien e cumplidamente, que es dar a cada uno lo que le conviene cumplidamente e lo que meresce*».

Por ello —explica— «*como no podriamos Nos faltar por nuestro entendimiento, ni por nuestro seso*», y —luego de invocar a Dios, a su hijo Jesucristo, a la Virgen Santa María y a toda la Corte celestial— expone que «*tomamos de las palabras e de los buenos dichos que dixeron los Sabios que entendieron las cosas razonadamente según natura, e de los derechos e de las leyes e de los buenos Fueros que fizieron los grandes Señores, e los otros omes sabidores de derecho, en las tierras en que ouieron de juzgar E pusimos cada una de estas razones do conviene*».

Nada, pues, más alejado del apotegma *quod Principi placuit legis habet vigorem*. Tanto como de la *excusatio non petita* de algunos le-

(83) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a la palabra perenal de la Partida 3,1,1*; cfr. ed. cit., vol. II, pág. 7, nota 12.

(84) DIVI THOMAE AQUINATIS, *Opuscula omnia*, 61, cap. XVII, 6.^a gradus; cfr. ed. Venecia, apud. Dominicum Nicolinum, 1593, "Complectens", vol. XVII, fols. 86 y s.

gisladores modernos que proclaman que *la ley es expresión de la voluntad del pueblo*.

En esa misma línea del Prólogo, prosigue el Proemio del título I de la Primera Partida: «*E departimos cada una partida por títulos, que quiere tanto decir como suma de razones en que se muestran todas las cosas cumplidamente según son, e el entendimiento que han son llamadas leyes*».

Es decir, ley es el «*entendimiento*» de cada cosa: y, recogido por escrito, explica la Partida 1, 1, 4: «*Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento*». O sea, que da por escrito, para su lectura, la enseñanza obtenida del entendimiento de «*las cosas razonadamente según natura*».

Esta dimanación del derecho, es decir, su genuino origen en la justicia, es reflejado semánticamente en latín. Así, en el proemio de la ley primera del Digesto, explica Ulpiano, de donde el «*nomen iuris*» descende: «*Est autem a iustitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*» (85).

Derecho es lo derecho, lo recto, lo acorde con la justicia. Por eso, ha de empapar de ésta todas sus soluciones. Y, para lograrlas sin error, adecuadas, ha de buscar y recoger el agua de su fuente genuina.

De ahí las dos primordiales significaciones que Santo Tomás de Aquino (86) ofrece del derecho. La originaria: «*ipsam rem iustam*», y la derivada: «*artem que cognoscitur quid sit iustum*». La misma cosa justa y el arte con que se discierne lo que es justo.

Se trata de «saber», «de conocer» —según el Prólogo de las Partidas—, de «*cognoscere*» —según el verbo empleado por Santo Tomás de Aquino—, o sea, de «discernir». Pero, se trata de un *saber objetivo* que —como el Aquinatense (87) escribió— se aprehende en la naturaleza, «*ex ipsa natura rei*», como «*ius naturale*». La «*cosa justa*» —ha recordado recientemente André-Vincent (88)— es *mediadora* en la *relación interpersonal* que debe ser juzgada; relación que, por ello, es «esencialmente objetiva».

Como se discierne objetivamente lo trataremos de mostrar a medida que examinaremos las cuestiones que siguen.

V

RELACION ENTRE LAS PALABRAS «FUENTES» Y «DERECHO»

8. Hemos recordado que el artículo 1, 1, Código civil refiere la palabra «fuentes» al «ordenamiento jurídico español» y que la doc-

(85) ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 1, pr.

(86) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a-II^a^c, q. 57, a 1, *adv* 1.^a.

(87) *Ibid.*, a. 2, *resp.*

(88) Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, o. p., *La distinction réelle du droit et de la loi selon Saint Thomas d'Aquin*, en *La pensée Catholique*, 191, marzo-abril 1891, págs. 83 y s.

trina, desde Savigny para acá, habla de fuentes del derecho, dando a esta última palabra un sentido objetivo de conjunto de reglas —diríamos el estanque donde el agua de ellas vierte. Es otro significado, distinto del expresado por Aristóteles (89), como equivalente a lo «justo» concreto, y por Paulo (90), en su primera acepción «*quod semper aequum et bonum est*», o del de Celso, recogido por Ulpiano (91), de «*ars boni et aequi*», acepciones ambas referidas y recogidas por Santo Tomás. Pero, junto a esos dos significados, que antes hemos repetido, hallamos un tercero expuesto por Francisco de Vitoria (92), quien, a las acepciones «*quod iustum est*» y «*pro peritia artis*», añadió una tercera «*pro lege ipsa*», si bien, a las dos últimas, observara que, como «*ius est posterius iustitia*», consecuentemente «*ius a iustitia illo modo derivatur*», es decir, no sólo semánticamente, sino por ser justo.

Es cierto que no era nuevo este otro significado, correspondiente al que actualmente predomina (aunque hoy, en general, totalmente positivizado). Se halla en sendos textos de Papiniano (93) conforme el cual *ius*, «*ex legibus, plebiscitis...*», etc., «*venit*», y de Pomponio (94), que equipara «*aut iure, id est lege*». Sin embargo, lo que importa es dónde se pone el acento, es decir, si donde lo señaló Vitoria, o sea, en la justicia, o bien en la ley positivamente impuesta. En el primer caso el derecho se centra en el resultado del juicio que se propugna justo y equitativo; la ley es un medio para alcanzarlo.

Santo Tomás de Aquino, como hemos visto, centró el concepto en el «*objectum iustitiae*», en la «*ipsam rem iustam*» (95). Tanto que explica (96) por qué rechaza la acepción que aplica el nombre de derecho a la ley, ya que, «*así como de las obras externas que se realizan por el arte, preexiste en la mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto, quaedam ratio praexistit in mente quasi quaedam prudentia regula*», que «*si se formula por escrito tiene el nombre de ley*». Y de ahí, que «*lex non est ipsum ius proprio loquendo, sed aliqualis ratio iuris*».

Aliqualis ratio iuris, «*cierta razón de derecho*», es decir, la ley es razón de derecho, «*en cierto modo*» —comenta André Vincent (97)— para indicar la imperfección de la ley humana y advertirnos de que lo justo «*no será necesariamente lo legal*»; pues, *ratio iuris* no es traducible por *fuerza del derecho*, si damos a esta última palabra el significado «*precontenido en la ley y realizado por simple aplicación*».

(89) ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, V, III,

(90) PAULO, *Digesto*, 1, 1, 11.

(91) ULPIANO, *Digesto*, 1, 1, 1, pr.

(92) FRANCISCO DE VITORIA, *Lectura a la quæes 57*, art. 1 del *Tratado de la Justicia de Santo Tomás*, n. 7; cfr. en *De Iustitia*, Madrid, Asociación Francisco de Vitoria, 1934, pág. 4.

(93) PAPINIANO, *Dig.* 1, 1, 7, pr.

(94) POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 12.

(95) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-II^{ae}, q. 57 a 1, resp. y ad. 1.

(96) *Ibid.*, ad. 2.

(97) ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, pág. 84.

Lo que, a su juicio, resultaría «en grave contradicción con la noción tomista».

Hace nos años, el profesor de la Sorbona Michel Villey (98), hizo notar que las viejas definiciones del derecho, o de la palabra equivalente, en Grecia, en Roma y en la Europa medieval hasta comienzos de la Edad moderna, no expresan una cosa (sustantivada), sino un predicado; y que las propias denominaciones *ius*, *diritto*, *droit*, *derecho*, *recht*, *right*, derivan de un adjetivo y conservan un valor adjetivado indeterminado. Sentido muy diferenciado del que han venido dando todas las definiciones que la doctrina moderna ha formulado del derecho, en su significado objetivo, como equivalente al conjunto de *normas* o *reglas* jurídicas y, por excelencia, a las *leyes* en sentido genérico (99).

La distinción es importante por la misma razón antes expresada que, según luego veremos, incide prácticamente en el sentido de la expresión, que compone «fuentes del derecho».

9. Papiniano (100), aún sin emplear la palabra fuente, define el derecho civil por el contenido que «dimana» (*venit*) de lo que hoy calificaríamos con aquella expresión: «*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*».

Pero, en general, las referencias legales que hallamos en los textos históricos, hasta la versión originaria del artículo 6, 2, del Código civil, inclusive, concretan la relación y orden de prelación de los que llamamos fuentes sólo como indicación a los jueces de las normas que preferentemente deben aplicar, como reglas para resolver los casos concretos sometidos a su juicio.

Así lo vemos, sin salirnos de España:

— En el *usatge* 81 *Iudicia curiae*; en el capítulo III dado por Jaime I en las Cortes de Barcelona de 1259; en el de Martín el Humano en las de 1409, también de Barcelona; en la constitución de Felipe III (II en el Condado de Barcelona) de 1559.

— En el prólogo de los Fueros de Aragón (Huesca 1247) o *Vidal Mayor* 1, 5.

— En el *Ordenamiento de Alcalá* dado por Alfonso XI en 1348 y en el proemio de las leyes de Toro aprobadas por Juana la Loca.

— En la Ordenanza XLIII de Carlos III el Noble de 1417, en Navarra.

El artículo 6, 2, del texto originario del Código civil español, sin precedentes en el Proyecto de 1851 ni en el Anteproyecto de 1882-1888, no hizo sino completar la disposición de su § 1.º, que decla-

(98) MICHEL VILLEY, *Une définition du droit*, en *Archives de Philosophie du Droit*, IV, 1959, págs. 54 y s.

(99) Así C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français*, vol. I, § 1.º, cfr. ed. París, 1861, y LEVY ULLMAN, *La definición del Derecho*, Iparte, cap. II, cfr. ed. española, Madrid, 1925, págs. 27 y ss., así como el últimamente citado estudio de M. VILLEY, págs. 48 y ss.

(100) PAPINIANO, *Dig.* 1, 1, 7, pr.

raba incursos en responsabilidad los tribunales que rehusasen fallar «a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes». Párrafo que corresponde al artículo 4 del *Code civil*.

El Código de Napoleón no había señalado, como más tarde haría el español de 1889 (art. 6, 2), qué derecho debían aplicar jueces y tribunales a falta de norma legal referible al punto controvertido. Pero ese silencio no fue causado por la creencia de que el *Code* agotaba el derecho. Por lo menos, Portalis (101) reconoció su imposibilidad en el *Discurso preliminar* de su proyecto. Luego de señalar en él que la ley no puede descender a todas las cuestiones, apunta la labor del magistrado y del jurisconsulto y señala que «el verdadero suplemento del legislador», es: «un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y al choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos», que «en todo momento ha sido considerado», como tal, «en todas las naciones civilizadas», «bajo la vigilancia del legislador».

En suma, como resumen de esta perspectiva, podemos concluir que, en general, las que hoy son denominadas fuentes del derecho y la determinación de su orden de prelación, tradicionalmente se venían refiriendo al «derecho», no como estanque que recogiera todas las normas y reglas jurídicas positivas, sino como justa solución concreta del caso controvertido y que el juez o tribunal debe resolver. Se declaraban «fuentes» —digámoslo con la terminología actual— del «derecho» considerado como *objectum iustitiae*, para resolver *quod iustum est*, equivalente a «lo que es derecho»: y no trataba de determinar el contenido normativo del ordenamiento jurídico estatal —dicho también en la terminología y conceptos de hoy, muy distintos de los reconocidos y utilizados en aquellos tiempos.

10. Lo expuesto hasta aquí requiere, perentoriamente, para su buen entendimiento, que confrontemos el significado de lo que hoy denominamos fuentes del derecho, empleado para el hallazgo de lo justo concreto», cuando se estima que, precisamente, en esto radica el derecho en su significado de *objectum iustitiae*, comparándolo con la concepción que centra la calificación de derecho en «la norma» o en «el ordenamiento» iuspositivos, de modo tal que lo justo concreto resulta de la correcta aplicación de aquélla dentro del sentido de éste.

Tenemos, frente a frente, dos concepciones del derecho y de sus fuentes, de la ley y de su interpretación y aplicación. En una y en otra, la función de los jurisconsultos y del poder público —hoy del Estado— es muy diferente. La manera de razonar jurídicamente, la de interpretar las normas y el modo de juzgar son diversos. Las fuentes no se hallan en el mismo sitio y su contenido no tiene igual significado. En una, el conjunto de las fuentes constituye un sistema cerrado que incluso subsume los principios generales del derecho como ideas o va-

(101) PORTALIS, *Discurso preliminar del Proyecto de Código civil francés*; cfr. ed. cit., págs. 36 y s.

lores informadores del propio sistema (102) y la labor de los juristas es convertida en derecho científico, con la función de operar la construcción conceptual de las instituciones del sistema (103); mientras, en la otra, no hay sistema cerrado ni ordenamiento propiamente dicho, en los significados que hoy se pretende atribuir a esta palabra, sino que las leyes y las costumbres se hallan inmersas en una realidad jurídica que las trasciende y dentro de la que aparecen como archipiélagos de islotes en el océano del derecho natural y de gentes.

Esta última perspectiva, que la distingue de las concepciones positivistas, la hallamos en el derecho romano, incluso en su compilación Justiniana.

Así, Gayo (104), en el texto conocido por ley «*Omnes populi*», señala que cuantos se rigen por leyes y costumbres, «*partim suo proprio, parti communi omnium hominum iure utuntur*». Ulpiano (105) señala que derecho civil «es aquél que ni se aparta del todo del natural o el de gentes, ni en todo («*per omnia*») se conforma con él; y así, cuando añadimos o quitamos algo del derecho común hacemos el derecho propio, es decir el civil». Y Pomponio (106), todavía precisa que, dentro del derecho civil romano, había de distinguirse el determinado por la ley, «*id est lege constituitur*» y el que «*sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*».

Michel Villey (107), comenta este texto: «el jurista romano interpreta careciendo de texto escrito (*sine scripto*) en el "libro" de la naturaleza, las instituciones y las costumbres de la sociedad ("*mores populi romani*")», en las cuales se descifra en plan del orden natural». Y apunta que, para Pomponio, intérprete «es el *intermediario* entre ese conjunto de signos, que su profesión le permite conocer y desentrañar, y la sentencia particular. Lo que interpreta es el *derecho*, más que una ley, un contrato o un testamento (*interpretatio iuris*)».

Esto explica que, en Roma, se diera el hecho, advertido por Schulz (108), de que «en cerca de quinientos años de alta cultura» y «en particular de cultura jurídica singularmente elevada», desde la guerra de Aníbal hasta Diocleciano, «la promulgación estatal del derecho queda en segundo plano, circunscrita a determinadas funciones».

(102) Cfr. FRANCISCO ELIAS DE TEJADA, *Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código civil reformado en 1973*, en "Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil" de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, vol. I, págs. 83 y s. Donde plantea el dilema de considerar los principios generales de derecho: como saber filosófico —como él estimó—, o bien, como mero saber científico en el caso de entenderlos integrados en la ley y en la costumbre— como opinó la escuela histórica y, en general, presupone el positivismo jurídico.

(103) Cfr. SAVIGNY, op. y vol. cit., §§ XIX y XX, págs. 110 y ss.

(104) GAYO, *Dig.* 1, 1, 9.

(105) ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 6, pr.

(106) POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 12.

(107) MICHEL VILLEY, *Preface* al vol. XVII de los *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, "*L'interprétation dans le droit*", págs. 4 y ss.

(108) FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*; cfr. versión italiana, Florencia, Sansoni, 1946, págs. 5 y ss.

En el bajo medievo, en el desarrollo del *ius commune*, ocurre un fenómeno semejante. Las disposiciones legales no eran numerosas ni demasiado extensas, se entrelazaban con el derecho estatutario local, o fueros, y con las costumbres. Derecho espontáneo, basado en la *convicción* jurídica del pueblo, guiado por sus juristas, adaptado a la *convenientia rerum*, que formaba una *opinio necessitatis* u *opinio iuris* y era vivido como conveniente y justo (109).

Y este derecho peculiar se hallaba inmerso en el *ius commune*, o sea, el derecho romano, corregido en algunos aspectos por el canónico aplicado no *ratione Imperii* sino *imperium ratione* (110), es decir, como *razón escrita* o *buen razón* (111). Fue enriquecido por las opiniones de glosadores, primero, y comentaristas, después, que lo adaptaron a las nuevas necesidades experimentadas (112). Opiniones que, a su vez, eran confrontadas y sometidas al *argumentum veritatae* para hallar cuál de ellas estaba *optima ratione munita* (113).

Para valorar este entrecruce del derecho real o territorial, del estatutario, del consuetudinario, escrito o no, y del común, acoplados por la labor de los juristas, es conveniente contemplar de qué modo una situación podía ser justa: es decir, ser derecho en el sentido de *res iusta*.

Algo podía ser *iustum* o *adaequatum*, es decir, *ius* o *derecho*, de dos maneras, que explica Santo Tomás de Aquino (114). Uno: *ex ipsa natura rei*» ... «*Et hoc vocatur ius naturale*». Otra, «*ex conducto sive ex communi placito*», lo que podía producirse de dos modos, o por convenio privado «*sive quod firmatur aliquo pacto inter privatas personas*»; o bien «*ex conducto publico*», es decir, por costumbre o por ley: «*Et hoc vocatur ius positivum*».

El derecho humano, es decir, el civil de los pueblos —como dijeron Gayo y Ulpiano en los textos que acabamos de citar— recogen por escrito uno y otro derecho. Lo ordenado en él que sea indiferente al derecho natural, se hace justo y deja de ser indiferente una vez establecido por la ley. Lo justo natural, recogido por la ley humana, «no toma su fuerza de la ley, sino de la naturaleza»; pero así como aquella «no da fuera al derecho natural tampoco puede disminuirla o quitársela, pues la voluntad del hombre no puede inmutar la naturale-

(109) Cfr. JOSÉ M.^a MASPONS ANGLASELL, *op. cit.*, III, pág. 52.

(110) Cfr. FRANCESCO CALASSO, *Medioevo del diritto*, Parte II, capítulo VIII, 3; cfr. ed. Mián Giuffrè Ed., 1954, pág. 614.

(111) Cfr. CALASSO, *loc. ult. cit.*; GUILHERME BREGADA CRUZ, *El derecho subsidiario en la historia del derecho portugués*, Madrid, 1971, R. A. Jurisprudencia, págs. 41 y s.; ALEJANDRO GUZMÁN, *Razón escrita*, en "Rev. de Est. Juríd." de Universidad de Valparaíso, IV, 1979; así como nuestro estudio *Cotejo con la escuela histórica...*, III, 24, R. J. C., LXXX, 1980, 1, págs. 287 y ss.

(112) Cfr. FRANZ WIAECKER, *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, I, 4; cfr. ed. Madrid, Aguilar, 1957, págs. 38 y ss.; y P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, cap. VIII; cfr. ed. castellano, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., 1965, págs. 144 y ss.

(113) Cfr. KOSCHAKER, *op. y cap. cit.*, págs. 150 y ss.

(114) Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-II^a, q. 57, a. 2, *resp.*

za» (115). Ahí tenemos la distinción entre *conclusiones* y *determinaciones*. Y de eso también la calificación de la ley humana como «ordenación racional al bien común» (116) y como «*dictamen practicae rationis*» (117).

Pero, aun las leyes rectamente establecidas para la generalidad de los casos, no deben observarse en los otros en que resultarían deficientes, «*in quibus si serveretur, esset contra ius naturale*», sino que debe recurrirse a la equidad (118).

El derecho espontáneo, consuetudinario, se armonizaba con el legislado mediante el criterio de la racionalidad (119). De ser racionales uno y otro, prevalecen las costumbres frente a las leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria (120), o si se trata de un pueblo libre y capaz de imponerse sus propias leyes; o, en caso contrario, si las toleran aquéllos a quienes corresponde instituir leyes (121).

11. Esa diversidad de sistemas ha de repercutir necesariamente en el juego de las fuentes en la interpretación y aplicación del derecho. No puede ser el mismo en un derecho monopolizado por el Príncipe, o emanación de un Estado que se autocalifique «de derecho» y eleve su voluntad legislada a fuente omnipotente, primera y casi única en cuanto tan sólo supletoriamente delega en las demás (122), que en un derecho predominantemente desarrollado por el pueblo de modo espontáneo, aunque guiado por sus prácticos y elaborados por juristas en busca, por ambas vías, de lo objetivamente justo y conveniente, con la ayuda de las normas recogidas en leyes, estatutos y repertorios de costumbres escritas, que los poderes públicos protegen y hacen guardar (123) pero que tan sólo lo corrigen en caso de resultar preciso.

Este segundo sistema no ofrece riesgo de subjetivismo ni de anarquía, pues sitúa el derecho, como objeto de la justicia, en la misma cosa justa, *ipsam rem iustam*, mediadora —como subraya André Vincent (124)— de la relación interpersonal que valora, y dado el empleo por los juristas de un riguroso método de confrontación de criterios para resolver la problemática concreta.

No debe ser igual la indagación de las *determinaciones* —fijación arbitraria de la norma positiva dentro del ámbito de lo que, si bien

(115) *Ibid.*, q. 57 a. 2.

(116) *Ibid.*, I^a II^o, q. 90, a. 4.

(117) *Ibid.*, q. 91, a. 1, resp.

(118) *Ibid.*, II^a II^o, q. 60, a. 5, ad. 2.

(119) *Ibid.*, I^a II^o, q. 97, a. 3, ad. 1 y 2, y SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT, *Summa Iuris* o *Summa Raymundis*, I, cap. IX.

(120) SANTO TOMÁS, *quaest.* últ. cit., ad. 1, vers. fin., y SAN RAIMUNDO, *ibid.*

(121) SANTO TOMÁS, *Ibid.*, ad. 3, y SAN RAIMUNDO, *Ibid.*

(122) Cfr. nuestro estudio *Los juristas ante las fuentes y los fines del derecho*, en "Estudios de Derecho Civil (Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés)", Buenos Aires, Ed. Universidad, 1980, págs. 625 y ss.

(123) *Algunas observaciones en torno a las fuentes del Derecho*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 2, 1974, págs. 19 y ss., y en "Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil", de la Ac. Matritense del Notariado, cits., vol. I, págs. 3 y ss.

(124) ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, pág. 83.

debe ser determinado, es indiferente en principio que se haga de uno u otro modo—, en las cuales ha de estarse a lo dispuesto por la ley positiva, que la necesaria para formular las *conclusiones*. Estas resultan, como hemos visto, *ex ipsa natura rei*. Pero el Aquinatense (125), en este punto, precisa que algo, *ex sui natura*, podía resultar «*adaequatum vel commensuratum alteri*» de dos modos: Uno, considerando la cosa absolutamente y en sí misma, «*secundam absolutam sui considerationem*». Otro, considerándola en relación con las consecuencias dimanantes de ella, «*secundum aliquod quod ex ipso consequitur*».

En el primer caso predomina el juicio de la *sindéresis*, «*ut intellectus vel natura*» (126), juzgando por las primeras inclinaciones naturales, según su fin y en sí mismas (127). Equivale a lo que la Compilación de Huesca de los Fueros de Aragón de 1247 (128) denominó «*natural seso et memoria*», y a lo que Jaime I en las Cortes de Barcelona de 1251 (129) calificó de «*sensum naturale*» o «*seny natural*», y a lo que Vico (130) denominaría *equidad natural*, equivalente al *derecho natural de las gentes*, «*surgido con las costumbres de las naciones, concordantes entre ellas en un sentido común humano y sin reflexión alguna*».

En el segundo caso, el Aquinatense preconiza el empleo de la inducción y de los juicios prudenciales, atendidas las pautas del bien común y de la pública utilidad (131), que requiera la «*diligente investigación de los sabios*» (132) y el juicio «*de los prudentes y los expertos*» (133).

Corresponde a la *bona ratio* o *bona ratio* de la Constitución que Martín el Humano convino con las Cortes de Barcelona de 1409 (134), inseparable de la *equitat* y del *dret comú*, con los que mantenía una constante interacción, como vemos en los comentarios de Tomás Mieres que vamos a confrontar.

— «*Aequitas est convenientia rerum*» (135), «*quod naturalis ratio suadet*» (136); y «*debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex tra-*

(125) SANTO TOMÁS DE AGUINO, *S. Th.*, II^a-II^{ae}, q. 57, a. 3, resp.

(126) Cfr. FRAY SANTIAGO RAMÍREZ, O. P., *El Derecho de gentes*, 12, A, B, Madrid, Ed. Studium, 1955, págs. 81 y ss.

(127) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I^a-II^{ae}, q. 94, a. 4, y II^a-II^{ae}, q. 57, a. 3, resp. y *ad. 4*.

(128) *Vidal Mayor*, 1, 5.

(129) Capítulo III de la Constitución de 1251.

(130) G. B. VICO, *Scienza Nuova*, Lib. I, sec. II, CV, cfr. "Oppere", cit., pág. 674.

(131) Cfr. nuestro trabajo *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, §§ 5 y ss., en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, I.N.E.J., 19 págs. 711 y ss.

(132) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I^a-II^{ae}, q. 100, a. 3, resp.

(133) *Ibid.*, q. 95, a. 2, *ad. 4*.

(134) Cfr. su comentario por TOMÁS MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Generalium Curiarum Cathaloniae*, II, coll VIII, cap. II, nn. 30 y ss., cfr. ed Barcelona, Tip. Sebastián Cornellias 1621, págs. 162 y siguiente.

(135) MIERES, *Apparatus*, II, coll VIII, cap. II, 39, pág. 162.

(136) *Ibid.*, 33, pág. 162.

dationibus iuris postivi, et non restringenda ad solas personas inter quas agitur» (137), criterio ya esbozado en Roma por Trifonino (138).

— El *ius commune* lo distinguía en *scriptum*, que incluía el derecho canónico y el romano, éste tan sólo en cuanto estuviere nutrido de equidad y buena razón (139), y el *non scriptum* que se le llama «común» porque «*est idem apud omnes*» y equivale a la *aequitas naturalis* que «*ab homine surgit et nascitur ex industria et genio naturali et illud assumit pro materia*» (140).

— «*Ratio est quiddam motus omnini visum, mentis acuens veraque a falsis distinguens*», que puede ser tomada de muchos modos: «*pro rationi legis, pro rationi naturalis, pro rationi iuris gentium, pro ratione positiva*», o como «*ratio sensus corporis*» (141).

Y también corresponde a la que Vico (142) designaría por *equidad civil*, al alcance de la reflexión de unos pocos jurisprudentes que con su prudencia inducen lo necesario para la conservación de las sociedades humanas. Requiere de ellos el conocimiento de lo *vero*, mediante el cultivo de la filosofía y de la historia, abarcando desde la contemplación del gobierno del mundo por la providencia divina, un severo análisis del pensamiento humano en torno de lo necesario y útil para la vida social, un arte de crítica, incluso metafísica, y el criterio del *scire per causas* o *verum ipsum factum*, observado en la historia de las naciones, cotejada con la ideal y eterna. Además del conocimiento del *certo* de las leyes, con su análisis filológico (143), y de las viejas costumbres (144).

En suma, ese arte *qua cognoscitur quid sit iustum*, al combinar el conocimiento *de la cosa en sí misma* —a través del hábito de la *sinéresis* nutrido por la experiencia— con el examen *de las consecuencias dimanantes de la cosa* —mediante la inducción y los juicios prudentiales—, permite alcanzar la luz de los primeros principios, con el primer examen, y el fruto de las experiencias y una aguzada visión del futuro, con el segundo. Así, sin perder de vista los principios universales, de una parte y, de otra, las circunstancias más singulares del caso, ese método observa la naturaleza del hombre y de las cosas, emplea la experiencia vital e histórica, y usa de la razón comparativa, con ayuda de las experiencias acumuladas en las normas legales o consuetudinarias, y de las anteriores opiniones, respuestas y controversias de los juristas —romanos o del *ius commune*— como ayuda para avanzar en la determinación de lo justo concreto en cada caso planteado (145).

(137) *Ibid.*, 30, págs. 162 y 70, pág. 164.

(138) TRIFONINO, *Dig.* 16, 3, 31, pr. y 1.

(139) MIERES, II, coll. IX, cap. X, 18, págs. 216 y ss.

(140) *Ibid.* II, coll. VIII, cap. II, 60, pág. 163.

(141) *Ibid.*, II, coll. VIII, cap. I, 47, pág. 163.

(142) VICO, *Scienza Nuova*, I, II, CX, págs. 476 y s.

(143) *Ibid.*, CXI, págs. 321 y s., pág. 477.

(144) *Ibid.*, I, IV, 352 a 359, págs. 491 a s.

(145) Cfr. nuestro estudio, *Santo Tomás de Aquino y la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica*, 4 y ss., en "Anuario de Filosofía del Derecho", XIX, 1976-1977, págs. 22 y ss.

Este método riguroso vino a ser, como antes hemos visto, el empleado por los autores del *ius commune* en su versión *moss italicus* (146).

VI

REPERCUSIONES EN LA INTELIGENCIA, INTERPRETACION Y APLICACION DEL DERECHO

12. Michel Villey (147), al tratar del problema de la interpretación del derecho de un modo especialmente relacionado con sus fuentes, distingue tres tendencias generales:

a) El de la denominada *escuela de la exégesis*, que encerraba todo «el contenido de la solución de derecho en el texto mismo», del cual debería extraerse por entero «por procedimientos cuasi-mecánicos», o, todo lo más, de «la intención subjetiva del legislador».

b) La de un positivismo «más abierto», correspondiente a la *jurisprudencia de intereses* y a la de los *valores*, en virtud de la cual el jurista «prosigue el trabajo del legislador, actuando en su mismo espíritu». Las normas sugieren «una orientación, una pista (Gotlieb), el orden de preferencia entre los valores», y el intérprete razona por *analogía* «en función del fin», aun atendiendo al cambio de las situaciones, con «interpretación *ex nunc*». De tal modo «la función del jurista se aproxima más a la del intérprete *musical*, a quien las notas de la música no le dicen todo; que gracias a las notas, pero usando de otras indicaciones (p. e., biográficas) trata de impregnarse del espíritu del compositor, del que desarrolla su creación...».

c) La tercera, que es la propugnada por él, estima la regla de derecho «no tanto como un medio de dirigir una conducta que de buscar el *derecho natural*». Ya que «la regla no puede sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que deben, *entre otras*, ayudar a descubrir lo justo»; aunque «no puede abarcar todo lo justo natural que por esencia es inexpresable». Así, la misión del jurista, «lejos de encerrarse en el texto y de extraer de él o desarrollar su sustancia, es más bien la de *confrontarlo* dialécticamente a otros textos o a otras especies de argumentos».

Es más, «no cabe que el jurista se abstraiga, en momento alguno, de esa mirada *de conjunto*. No puede interpretar una regla (de derecho natural) haciendo abstracción de las otras; pues si la regla tiene por función («pragmáticamente») la búsqueda de la justicia, comprobar su valor es seguir el sentido de la regla...».

Sin embargo, este criterio deja a salvo la interpretación de las normas positivas, que son *determinaciones* (no *conclusiones*), proce-

(146) Cfr. nuestro estudio *El Derecho romano como derecho común de la Cristiandad*, 16 y s., en VERBO, 111-112, enero-febrero 1973, páginas 124 y ss.

(147) Cfr. MICHEL VILLEY, Preface a *L'interprétation dans le droit*, en Arch.-Ph. Dr., XVII, 1972, págs. 4 y ss.

dentes de la autoridad política o del contrato, que deben entenderse de modo más literal y preciso.

Ese criterio corespone a la consideración de que la letra escrita de las leyes positivas e incluso la sistematización de todas ellas, no es sino una expresión incompleta del orden de las cosas, y que, por lo tanto, siempre ha de estar sujeta a adaptaciones y, aun, a correcciones. Lo cual requiere constantemente nuevas lecturas, competentemente efectuadas, y su confrontación en cada contexto concreto, pero sin perder la perspectiva general, realizada por jurisperitos debidamente formados que, a su vez, deben confrontar sus opiniones en tre sí, con las de quienes históricamente les precedieron y con la realidad vivida.

Este método riguroso de interpretar excluye toda lucubración meramente «cerebrina» y rechaza el subjetivismo, el impresionismo, el voluntarismo y la improvisación, tanto del legislador como de los intérpretes y jueces, obligados —unos y otros— a un riguroso examen de la realidad de las cosas, en su plenitud y en su supuesto específico concreto.

13. En visible contraste con la perspectiva que pone la fuente del derecho en la justicia objetiva, trascendente a la legislación positiva propia, tenemos la que «desciende» las fuentes más abajo de su manantial —que no quiere ver— rebajándolas a las bocas ostensibles de las tuberías artificiales que lo vierten y en el inmediato estanque al que surten, ignorando o silenciando su procedencia y origen. Este «acortamiento» de perspectiva no ha podido ni puede dejar de influir en la interpretación, que no es sino un volver a la fuente genuina en busca del agua clara y pura, sin morbos, lodos ni otros arrastres que la enturbien y despotabilicen.

En la perspectiva que acabamos de mostrar, legislador e intérprete se hallaban frente a la misma realidad midiendo y pesando las cosas objetivamente con el mismo criterio de justicia «*Et nota —expuso Mieres (148)— quod iudex debet iudicare aequitate inspecta; cum enim ex sententia ius fieri debet sicut ipse legislator aequitatem sequitur, ita iudicem sequi oportet; licet quandoque non ita sequatur, oculo iudicis caligante*».

Las diferencias principales se hallan en que el legislador observa según lo que de ordinario sucede; mientras el jurista atiende el caso concreto propuesto a su consulta o dictamen, y el juez el supuesto sometido a su juicio; y, además, en el hecho de que éstos se hallan pertrechados de un arsenal de normas, sentencias y opiniones que pueden ayudarles a valorar la realidad y situar adecuadamente el caso concreto controvertido.

La perspectiva cambia totalmente con el positivismo. El juez, conforme la escuela de la exégesis, no tiene sino subsumir el hecho sometido a su juicio en la correspondiente norma legal en vigor. La dogmática conceptualista que superó a la exégesis, con su aparato científico, poco varió la cuestión en lo referente a la aplicación del de-

recho; ésta siguió siendo una subsunción del caso en la regla estimada aplicable, aunque variase la forma de efectuarla al ser centrada en el análisis conceptual.

Para aclararnos este punto, Elías de Tejada (149) ha distinguido cuatro saberes jurídicos: común, técnico, científico y filosófico. Con el positivismo legalista de la exégesis, el saber jurídico queda circunscrito a un saber técnico, y con el positivismo historicista de la dogmática conceptual, se concibe como un saber científico. En cambio, en la concepción clásica —reflejada en la definición que Ulpiano (150): *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iustæ atque iniustæ scientiæ*— y en la que predominó en el período del *ius commune*, en el *moss italicus* y en los jurisperdentes hispanos del siglo de oro, debían los juristas reunir, en lo posible, saberes comunes, técnicos, científicos —en la medida de entonces— y filosóficos.

Reducida, con el positivismo dogmático, la labor de los juristas a la sistematización de las normas, independientemente de todo juicio acerca de su bondad, concretada en un saber teórico descriptivo con actitud teleológica y axiológicamente neutral, resulta fuera de su tarea tanto la labor creadora —que Santo Tomás (151) situaba en la competencia de «*paucos sapientes, qui sufficiat rectas leges ponendas*»— como las preocupaciones teológicas y axiológicas, en cuanto excedan del ámbito de las normas positivas, en la tarea de su aplicación.

Aquel cientifismo y esa neutralidad estimativa, en virtud de los cuales queda subordinada la interpretación al sistema normativo y la separa de la aplicación, ha sido expuesta con claridad por E. Zuleta Puceiro (152).

— La interpretación coresponde a los científicos del derecho, con función analítica, conceptualizadora y sistematizadora;

— y la aplicación a los técnicos.

La interpretación, en términos generales, se divide en tres fases: la *interpretación*, en sentido estricto, que determina el sentido normativo; la *construcción* de los conceptos, y la *sistemática*, que corona la tarea de construcción en una síntesis hacia la unidad superior del *sistema* del derecho positivo de cada nación. De éste no puede salirse la interpretación, que queda subordinada a los contenidos estimativos resultantes de las normas positivas y de la sistematización en que se integran.

Con ello, quedan separados «un elemento *lógico* y *racional* del derecho, objeto del quehacer propiamente científico, y un elemento

(149) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, lec. III, 1, cfr. vol. II, Sevilla, Universidad Hispalense, 1977, págs. 11 y ss., y *Los principios generales de derecho...*, 2, en *Estudio*, cits., de la Ac. Matr. del Not., vol. I, págs. 85 y s.

(150) ULPIANO, *Digesto*, 1, 1, 10, 2.

(151) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I^a-II^a, q. 95, a. 1, ad. 2.

(152) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Hermenéutica jurídica e historicismo*, en "Rev. de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile-Valparaíso", núm. 14, primer trimestre, 1979, dedicado a "Savigny y la ciencia del Derecho", vol. II, págs. 701 y ss.; y *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, II, Valparaíso, EDEVAL, 1980, págs. 22 y ss.

práctico y alógico e irracional, objeto de la política, de la ética o, en su caso, de las técnicas argumentales o persuasivas». Ese elemento práctico está reservado a los legisladores, quienes, asumiendo el espíritu del pueblo, imponen no sólo las normas, sino una jerarquía de fuentes, en el nivel más alto de las cuales se sitúa la voluntad soberana.

La aplicación al supuesto concreto, que hace el técnico, sólo subsume lógicamente el caso contemplado en la voluntad del legislador, científica y asépticamente interpretadas por los teóricos del derecho.

VII

COMPLEMENTARIEDAD O PLENITUD DEL DERECHO POSITIVO

14. Lo total y lo universal, universalidad y totalidad, coinciden si se lleva hasta el final lo que sus significados abarcan. Pero si, en lugar de ahondar en la realidad de sus significados, profundizamos en sus matices semánticos usuales, no tan sólo no coinciden, sino que se contraponen.

Lo universal es inabarcable, está abierto y en movimiento (pienso, como imagen, en la fuga de las galaxias); nos trasciende. Lo total abarca todo lo que, por lo menos mentalmente, nos resulta inmanente y está cerrado, aislándose de lo inabarcado y no científicamente comprobable y sistematizable. Por ello, tendemos a estructurarlo, organizarlo y dominarlo. Sólo le permitimos una apertura hacia adelante, para que vaya asimilando lo que sucesivamente conquistamos (o nos conquista) y hacemos inmanente a ese todo.

Esta distinción tiene gran importancia para el tema que panorámicamente sobrevolamos.

El texto de Grocio antes expuesto, que sitúa la fuente del derecho natural en el *appetitum societatis* y la del derecho positivo en el *pacto*, sugiere dos sistemas jurídicos totales y cerrados, y, al final, impermeables entre sí. El derecho natural de la Ilustración, *more geometrico demonstrato*, según un significativo título de Christian Wolf, y aplicable a todos los hombres sin distinción de tiempos y lugares; y el derecho positivo emanado del *Leviathan* de Hobbes, de la *volonté générale* de Rousseau, que culmina formalizado en la estructura escalonada de la pirámide jurídica de Kelsen.

Ello ha traído que Leviatán expulsara fuera de la pirámide jurídica, al «no-ser-derecho» de lo metajurídico, al sistema del derecho natural iluminista, partiendo de que todo sistema de derecho debe ser completo; y que, por ello, no pueden coexistir como plenos dos sistemas jurídicos. Esta es, en definitiva, la conclusión de la tercera de las proposiciones de Karl Bergbohm en su célebre escrito, aparecido en 1892, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (153).

(153) Cfr. HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, cap. VI, I; cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1961, págs. 166 y s.

Este argumento incluye tres tesis, afirmativas, de que el derecho positivo:

— carece de lagunas y es completo; cuando las leyes las tienen, los jueces las completan con ayuda del razonamiento analógico (sea la analogía *legis o iuris*; pero, siempre, dentro del sistema conceptual de intereses o axiológico);

— vale en cualquier caso, incluso cuando es malo su contenido; y

— se autojustifica: vale por ser derecho.

No vamos a discutir aquí esta proposición, ni las otras dos de Bergbohm. Lo que nos interesa es mostrar que esa tercera proposición no corresponde históricamente a la realidad en ninguna de sus tres subtesis expuestas.

Que no lo fue en derecho romano lo demuestran los textos antes citados (154). Dig. 1, 1, 6 y 9; y 1, 2, 2, 12 en los cuales: Ulpiano indica que el *ius civile o proprium* se hace cuando «*aliquid addimus vel detraemus iuri communi*»; Gayo advierte que todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan «*partim suo proprio*» y «*partim communi omnium hominum*», el que la «*naturalis ratio*» establece entre ellos; y Pomponio, al diferenciar el derecho propiamente dicho de la ciudad «*aut iure, id est a lege constituitur*», y el civil «*sine scripto*», emanado de los prudentes, precisa que éste «*in sola prudentium interpretatione consistit*», subrayemos «*in sola*» significativo de que no se trataba de la interpretación de la ley, sino en la interpretación en el sentido de discernimiento, no de *legistas* sino de *prudentes*, «*prudentium*», con su más esclarecida «*naturalis ratio*» a la que, en su texto, alude Gayo.

15. Tampoco en la concepción tomista fueron sistemas distintos, como hemos visto (155), pues al derecho natural lo completó el derecho positivo: de una parte, con las convenientes, y aun necesarias, *determinaciones* de lo que, en principio, es indiferente que se haga de uno y otro modo; y, de otra, con lo que de aquél recoge como *conclusiones*, que no toman la fuerza del positivo, sin de la naturaleza, puesto que le viene de ésta, y aquél no puede disminuirla.

La misma aplicación de la equidad, tanto en la concepción tomista, como en el derecho romano y en el común, así como en la concepción de J. B. Vicó, según antes hemos observado (156), muestra la interacción entre el derecho civil y el natural.

Esta misma complementariedad, incluso correctora, fue pauta en la integración del *ius proprium* y el *ius commune*, tanto escrito como no escrito, es decir, el natural y de gentes. Como ejemplos claros, pondremos de relieve dos referencias históricas: una al derecho de Castilla y otra al de Cataluña.

Respecto de Castilla, hemos visto el afán didáctico, para sus sucesores y para todo el pueblo, que movió al Rey Sabio a la redacción

(154) Cfr. *supra*, notas 105, 104 y 106.

(155) Cfr. *supra*, notas 115 y 118.

(156) Cfr. *supra*, notas 130 y 143.

de las Partidas, a las que ni él ni sus sucesores dieron fuerza de ley, ni se le dio expreso carácter supletorio hasta 1348, en que se lo confirió Alfonso XI en el Ordenamiento de Alcalá. En éste se mandó que los fueros municipales «sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos fallaremos que se deue mejorar e emendar e en lo que son contra Dios e contra razón o contra las leyes que en este nuestro libro se contienen» ... «e los pleitos e contiendas que se non podieren librar por las leyes de este nuestro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas». Vemos, pues, en juego: Dios y la razón, correctoriamente, y, supletoriamente, los textos escritos como «enseñamiento» en las Partidas. Juan II, en 1427, da por sentada la aplicación por los jueces de opiniones autorizadas de los autores, puesto que prohíbe invocar las posteriores a Juan Andrés y Bartolo. En 1499, Juana la Loca admitió supletoriamente la aplicación de las opiniones concordantes de Bartolo y Baldo o de Juan Andrés y el Abad Panormitano, aunque lo derogara en 1505 por la ley 1 de Toro. Y, sin embargo, en Castilla, siguieron los autores razonando con la autoridad de los derechos romano y canónico, entendiéndolos conforme las razones de los autores. Tanto que el 4 de diciembre de 1713, reinando Felipe V, aun el Consejo en pleno dictaría un auto que prohibía a los Tribunales, Audiencias y Chancillerías que aplicaran las disposiciones del derecho romano «porque no son ni deben llamarse leyes en España». No obstante lo cual, todavía en el siglo pasado, las sentencias del Tribunal Supremo, que fallaron recursos en los que era de aplicación el derecho anterior al Código civil, siguieron invocando no sólo las *Partidas* sino textos del *Corpus Iuris*.

Respecto de Cataluña, la constitución que comienza con las palabras «*Per tal que las leys de la terra del Principat de Catalunya...*» de Fernando de Antequera con las Cortes de Barcelona de 1413, que señaló a los jueces el orden de aplicación que para fallar debían seguir, fue comentada por Tomás Mieres (157), que concretó qué eran «*leges terrae et alia iura patriae*» o «*alia iura Cataloniae*», de las que distinguía los «*iura communia, aequitatem et bonam rationem*» (158). Y, en todo caso: «*Rex etiam cum tota curia non potuit, neque posset facere legem iniquam contra legem Dei; quae si facta foret, non valeret; nec esset lex, quia oportet, quod lex sit iusta et rationabilis*» (159).

Como ha hecho notar García Gallo (160), la producción del derecho en Cataluña «sólo en pequeña medida —más acusada desde el siglo XIV— se encauza por las Cortes o por el Rey». «lo cual da una gran flexibilidad a la formación del derecho»; y, así «abandonada»... «a la sociedad, los juristas actúan de un modo decisivo en ella».

(157) MIERES, *Apparatus*, II, coll. IX, cap. X, 7 y 8, pág. 216.

(158) *Ibid.*, II, coll. VII, cap. I, 36, pág. 134; coll. VIII, cap. II, 16, pág. 161 y coll. X, cap. XXIV, 10, pág. 446.

(159) *Ibid.*, coll. XI, cap. III, 47, pág. 513.

(160) ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, § 824, cfr. 4.^a ed., Madrid, 1971, págs. 444 y ss.

VIII

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

16. La referencia de las fuentes a su genitivo el «ordenamiento jurídico español», hace ineludible el examen de las muy variadas opiniones expuestas en torno al concepto encerrado en la expresión *ordenamiento jurídico*. Pero antes, creemos de interés un previo examen semántico de las expresiones «ordenamiento» y «ordenanza» a través del *Diccionario* de la Lengua Española y de los diccionarios jurídicos más conocidos del pasado siglo.

Ordenamiento, dice el *Diccionario* es: «Acción y efecto de ordenar»: «Ley, pragmática u ordenanza que da el superior para que se observe alguna cosa». «Breve Código de leyes promulgadas al mismo tiempo, o colección de disposiciones referentes a determinada materia».

Gonzalo de las Casas, en su *Diccionario* (161), se limita a expresar: «Ordenamiento: leg. La ley, pragmática o colección de algunas leyes, como el ordenamiento real y el de Alcalá». y Joaquín Escriche (162), en el suyo, señala tres acepciones: «Cualquier orden que da el superior de alguna cosa; la ley o pragmática, y la colección o cuerpo de algunas leyes, como el ordenamiento de Alcalá, el ordenamiento real».

La última acepción, de cada uno de los tres diccionarios consultados, nos ofrece, ciertamente, una definición que corresponde a la aplicable a los dos referidos ordenamientos castellanos. Matizan bien su carácter no completo, al decir «referente a determinada materia», el de la Lengua, y «de algunas leyes», los otros dos. Podemos añadir que otro ordenamiento más antiguo, el *Ordenamiento de las tafurerías*, no era sino la colección de ordenanzas de policía —diríamos hoy— referentes a las casas de juego.

Y la primera acepción del *Diccionario* de la Lengua —«Acción y efecto de ordenar»— corresponde al sentido en que el *Fuero Real* 6, 6, 1, y *Las Partidas* 1, 6, 1, emplean la palabra *ordenamiento* como atributo de una compilación de leyes, *ordenada*.

Hemos dicho algo acerca del concepto que de *ordenamiento jurídico* tenía Castán Tobeñas, que fue quien llevó la palabra a la Comisión de Códigos y la propuso para el encabezamiento de la primera disposición del Código civil.

No parece que quisiera hacer un todo cerrado de lo que, antes, en el uso jurídico español sólo expresaba la colección de una parte de las normas de derecho. Si bien, parece que quiso ampliar su extensión, abarcando en su totalidad el derecho aplicable, pero sin hacer de ello algo cerrado, formado por las normas positivas y los principios indu-

(161) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, Madrid, Impr. J. Antonio García, 1959, vol. VII, pág. 351, n. 21, 625.

(162) JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, cfr. 3.^a ed., Madrid, Lib. Vda. e Hijos de Antonio Calleja, 1847, vol. II, pág. 667.

cibles de ellas, es decir, inmanentes suyos. Estos, es evidente que no lo quiso; no sólo por sus confesiones de iusnaturalismo, sino por su concepción de los *principios generales del derecho*.

En efecto, todo sistema del derecho positivo, según requería Bergbohm, debe ser *completo, total*; ha de estar *cerrado*. Los principios han de serle inmanentes, como resultado de la construcción y sistematización científica de sus conceptos, o de sus intereses jurídicamente admitidos, o bien de los valores reconocidos en el mismo.

Pero esta concepción, como vamos a ver, no ha sido la predominante entre los más prestigiosos intérpretes del Código civil. Por otra parte, si forman parte del ordenamiento general las Compilaciones de derechos civiles, forales o especiales, en algunas de éstas es manifiesta, más allá de los textos articulados, una apertura que da paso franco a la costumbre, tan restrictivamente aceptada en el Código civil, y los principios trascendentes a sus normas positivas.

— Así, la Compilación de Aragón, artículo 1, 1, integra sus normas con la costumbre (es decir, con el derecho espontáneo) y con los principios generales del derecho en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico. Es decir, principios que lo *trascienden* puesto que lo inspiran. Y en los artículos 3, 1, 4, a la aplicación de las costumbres y del principio *standum est chartae*, les pone el límite de que no sean contrarios al derecho natural.

— En la Compilación de Navarra: Conforme la ley 2, la costumbre es la primera fuente del derecho navarro, en cuanto no se oponga, según dice la ley 3: «a la moral, al orden público». Y, a tenor de la ley 4, son principios generales los de «*derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones*». Es decir, éstos, que le son inherentes, y aquéllos, que la trascienden.

— La Compilación de Cataluña, en su artículo 1, § 2.º dice: «*Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan*». De lo cual resulta que ésta le trasciende, aunque sólo sea para dar sentido a su interpretación. Aparte de la remisión del artículo 2 al derecho consuetudinario que el artículo 2 acepta como algo vivo fuera del texto escrito de la Compilación.

17. No ha sido, en general, la concepción cerrada e inmanente la aceptada por la doctrina, tal como lo muestra la perspectiva con que nuestros más ilustres civilistas contemplan los principios generales del derecho.

Scaevola (163) identificó los principios generales del derecho a «lo que otros llaman derecho natural, o, lo que es lo mismo, ciertas normas universales de bien obrar, moldeadas en la equidad».

(163) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil, concordado y comentado extensamente*, vol. I, art. 6, cfr. 5.ª ed., Madrid, Impr. Ricardo F. de Rojas, 1912, pág. 212.

Sánchez Román (164) los entendió de modo más concreto, al insinuar que era todavía admisible, «en una correcta exégesis del artículo 1.967 Código civil», considerar vigente el título 34 de la 7.ª *Partida* «expresivo de los más fundamentales principios o reglas generales de derecho»; y estimó muy probable «que los escritores, el uso profesional y el criterio de los Tribunales procuren corregir la vaguedad y la sobriedad peligrosa e insuficientes del final del artículo 6.º, inspirándose en tal interpretación y tendencia doctrinal».

De Diego (165), después de referirse a las dos tendencias dominantes al respecto: la *filosófica* y la *histórica*— señalando como representante de la primera a Scaévola y de la segunda sólo a autores italianos—, entendió que el legislador español, «al invocar los principios generales del derecho, «pensó en los de derecho español, en aquéllos que ya aprovechó al formular las reglas del Código, y que no por eso quedaron agotados». En su trabajo específico sobre las fuentes del derecho, ya había dicho :«Dentro de las cuestiones de derecho el alcance de esta fuente jurídica no tiene límite alguno»; ya que, «siendo el fallo inexcusable, dentro de ellos ha de darse». Su amplitud resulta de una frase anterior: «más allá del derecho no se abre un espacio vacío, sino lleno de otros poderes espirituales»...; «sus límites son variables, y es constante el movimiento de absorción y exclusión que entre ellos tiene lugar. ¡Cuántas cosas de pura moral social englosaron el campo del derecho, y a la inversa! A medida que la vida se hace más intensa y compleja, el derecho se enriquece».

Valverde (166) adoptó una posición intermedia entre la *ius naturalista* y la *positivista*. Lo muestra al opinar que el legislador español no quiso constreñir los principios «a los que informan y sirven de fundamento a una legislación o una ley, pues esto equivale a interpretar la legislación por la legislación misma» —es decir, los hace inmanentes—, lo que no alcanzaría «más que a interpretar por analogía, siendo así que el legislador del código ha dado a esta fuente carácter independiente respecto de la ley y de la costumbre». Según su criterio el legislador se propuso dar mayor extensión y autoridad a esa expresión: «Hay principios de justicia superiores a la contingencia y variabilidad de los hechos, hay normas que sirven de fundamento al derecho positivo —sea cualquiera el desenvolvimiento y el desarrollo que éste tenga—, hay reglas aceptadas por los jurisconsultos que constituyen verdaderos axiomas para todo aquél que interviene, en más o en menos, en la vida jurídica, y que forman, sin duda, un de-

(164) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, vol. II, cap. III, 25, cfr. 2.ª ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1911, página 105.

(165) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español* vol. I, Lec. 6.ª, cfr. ed. Madrid, Libr. Gral de Victoriano Suárez, 1941, pág. 100, y *Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1922, cap. IV, págs. 195 y s.

(166) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. I, cap. V, § IV, cfr. 4.ª ed., Valladolid, Talleres Tip. Cuesta, 1935, págs. 203 y ss.

recho superior a lo legislado; y a esos principios, reglas y normas, son a los que se refiere nuestro legislador».

Blas Pérez y J. Alguer (167) estimaron incluidos en la expresión examinada: «principios generales situados fuera del derecho positivo», «en el sentido de la mayor amplitud posible para que no quede fuera de ella ningún caso de derecho», incluyendo «desde el principio más general imaginable, desde el principio supremo de Justicia, hasta la norma particularísima más concreta y menos comprensiva». Sólo dos límites advierten: uno, «que no estén en desacuerdo o contraste con las normas generales o particulares de la ley»; otro, que su aplicación sea «tendente a mantener y desarrollar la unidad del sistema».

Federico de Castro (168), distingue tres tipos fundamentales, que —cree— son fuente de nuestro derecho; «los de derecho natural, los tradicionales y los políticos». Criterio que recientemente ha reiterado y seguido Batlle Vázquez (169).

Según razonó Alfonso García Valdecasas (170): «Si los principios generales del derecho, para serlo, han tenido que inspirar la legislación y las costumbres jurídicas del país, habrá, en rigor, que concluir que los principios generales de derecho no son una fuente más, que viene después de las otras y que está como colocada en tercer lugar»..., «sino que están en toda fuente del derecho y, por tanto, no habrá propiamente superioridad de la ley sobre ellos, pues el sentido de la ley tiene que ser conforme a los principios generales de derecho». Y la ley es ley porque «es una lectura de lo que es derecho».

Villar Palasí (171) dice que «no son conceptos legales, radican en el derecho natural».

Elías de Tejada (172) entendió que corresponden a los del «derecho natural» y su conocimiento es «saber filosófico».

Volviendo a Castán Tobeñas (173), restringe la amplia diversidad de la posición de Castro Bravo y señala, como esencial, que los principios generales del derecho «sean concebidos y aplicados dentro del

(167) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER MICÓ, *Notas al Derecho civil*, Parte General de Ludwig Enneccerus y Hans Karl Nipperdey, § 53, II, cfr. 1.^a ed., 2.^o tiraje, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1943, págs. 222 y siguiente.

(168) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Parte General I, Parte III, cap. IV, IV, cfr. 3.^a ed., Madrid, I.E.P., 1955, páginas 465 y ss.

(169) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, *Comentario al art. 1 C. c.*, IV, 2, en «*Comentarios al Código civil y compilaciones forales*», dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. I, Madrid, EDERSA, 1978, pág. 58.

(170) ALFONSO GARCÍA VALDECASAS, *El problema de las fuentes del Derecho*, Bilbao, Arte, S. A., 1955, pág. 13 en rel. págs. 19 y

(171) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas logicojurídicos*, Madrid, Tecnos, 1975, pág. 138.

(172) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Los principios generales del...*, 2, loc. cit., págs. 86 y ss.

(173) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947, págs. 338 y s.; *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. I, 8.^a ed., Madrid, Inst. Ed. Reus, 1951, § VI, III, pág. 318.

ámbito de criterios *objetivos* hermanando los peculiares del derecho positivo patrio con los universales y supremos del derecho natural».

18. No es una inútil digresión intercalar aquí algunas consideraciones acerca de la distinción entre ley y ordenanza. Hace unos cinco años lo advertimos, uno y otro, al departir amigablemente mi compañero Luis Figa y un servidor. Sobre el tema escribí un artículo periodístico hace ya más de cuatro años (174) y, ahora, él acaba de dedicarle unos sabrosos párrafos en un estudio (175) al que luego deberemos volver más intensamente. El enfoque de uno y otro no es el mismo. No obstante, me hallo de acuerdo con el suyo manteniendo lo esencial del mío, que seguramente él no comparte.

Inicié mis comentarios contraponiendo los significados de una y otra palabra en el Diccionario de la Lengua Española. En el sentido que nos ocupa: *ley* se define como: «Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe una cosa en consonancia con la justicia y para bien de los gobernados». Estas últimas circunstancias, «en consonancia con la justicia» y «para el bien de los gobernados», resultan *diferenciales* pues faltan en la ordenanza, ya que, según el mismo Diccionario: *Ordenanza* es: «Mandato, disposición, arbitrio y voluntad de uno».

Añadiré que, según el *Diccionario razonado* de Escriche (176), es ordenanza: «Ley o estatuto que se manda observar, y especialmente se da este nombre a las que están hechas para el régimen de los militares, o para el buen gobierno de alguna ciudad, comunidad, corporación o gremios». Y que, conforme el de Gonzalo de las Casas (177), ordenanzas son: «La ley, reglamento o estatuto que se manda observar para el buen régimen de los cuerpos del ejército, de los municipios, de los presidios, de los montes y de otros ramos espectales».

Ciertamente son de recordar: las Ordenanzas de Carlos III para el ejército; las Ordenanzas de Bilbao en materia mercantil, las diversas ordenanzas municipales y las de tal o cual gremio.

Ello les da un rango inferior a las leyes, que son de carácter general; un significado de *determinación* más que de *conclusión*; y, por ello, más de un mandato para imponer un orden que de hallazgo de lo naturalmente justo, inherente a las cosas. Por ello, comenté que al dar a las leyes un significado voluntarista se las reducía a ordenanzas.

Luis Figa ha advertido que «no hace mucho tiempo la diferencia existente entre una ley y una ordenanza era percibida con claridad: la ley era algo totalmente excepcional» ... «sólo admitido en el caso de acuerdo entre el Soberano y todas las fuerzas sociales» (así lo era sin duda en las Coronas de Navarra, Aragón y Valencia y en el Principado de Cataluña), mientras la ordenanza «fue siempre el instrumento corriente de lo que podríamos llamar acción administrativa más o menos

(174) *Ley y ordenanza*, recogido en *Más sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1979, págs. 166 y ss.

(175) LUIS FIGA FAURA, *El ordenamiento jurídico mercantil*, I, C, a, 3.

(176) ESCRICHE, op., vol. y pág. cits.

(177) GONZALO DE LAS CASAS, op. y vol. cits., pág. 352, n. 21626.

coyuntural». Se ha atribuido la actual confusión de ambos conceptos al empeño del poder político «en dar a su normativa el mismo carácter sagrado, el mismo empeño e importancia que a la normativa manejada por los iusprivatistas —con el resultado, totalmente opuesto, de rebajar la ley tradicional a la categoría de norma arbitraria, oportunista, coyuntural y esencialmente modificable».

El mismo Figa subraya la trascendencia de la distinción, e indica que se comprueba sin más que observar lo que ocurre en los países que conservan la separación de *law* y *statute*. No teme afirmar que «la restauración de la exactitud terminológica sería altamente beneficiosa, dado que con la denominación de "ordenanza" se pone de relieve el carácter voluntarista, constructor de la norma propia del ordenamiento gubernativo, mientras que la palabra "ley" conserva la ineludible ambigüedad o doble significado de "regularidad constatada", o ley física, y de "proposición prescriptiva", o ley jurídica propia de los ordenamientos jurídicos espontáneos o sustantivos».

IX

CONSTRUCCIONES POSITIVISTAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

19. Tal como más arriba comprobamos, si bien los conceptos de fuentes del derecho y de ordenamiento jurídico han sido impulsados por el positivismo jurídico, éste no los ha monopolizado y su uso, en el significado propugnado por dicha dirección, ni siquiera ha sido mayoritario, por lo menos en España. Ahora nos corresponde examinar de qué manera los positivistas, con diversas versiones —que entre ellos debaten— han construido el concepto de ordenamiento jurídico.

Está todavía fresco el discurso de apertura del Curso académico de la Real de Jurisprudencia 1980-1981, que nuestro presidente (178) dedicó a *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, y se halla aún sin publicar el de Luis Figa, *El ordenamiento jurídico mercantil*, al que acabamos de referirnos —estudio que, por su contenido— sobrepasa mucho el expresado en su título. Ambos trabajos representan dos intentos de apertura del concepto. El primero para iluminarlo con la idea o el valor de la justicia, y el segundo con la finalidad de abrirlo al orden espontáneo del derecho, socialmente vivido como tal. Pero, para mensurar su esfuerzo, debemos ocuparnos primero de examinar las concepciones a las cuales ellos han tenido que referirse.

Antes, hemos visto cuál era la construcción de la pirámide formada por el orden jurídico escalonado de Kelsen (179), normativismo puro en que la norma jurídica se caracteriza por su contenido coactivo y no por el sustantivo subyacente, estimado metajurídico, y su legiti-

(178) ANTONIO HERRNÁNDEZ GIL, discurso cit., *supra*, nota 1.

(179) Cfr. *supra*, texto correspondiente a las notas 13 a 17 y 21 a 25.

midad sólo depende de su regularidad formal en el sentido de dimanante del órgano o autoridad competente, partiendo de la norma suprema o la constitución política.

André-Vincent (180) lo ha mostrado lúcidamente en este breve párrafo:

«En el punto de partida de Kelsen está Kant. La operación de la inteligencia reduce lo real a la idea. El pensamiento jurídico se convierte en una construcción que recibe toda su coherencia interna de la jerarquización de las normas que la constituyen. La jerarquía de las normas es una pirámide sin fisura. Desde la norma fundamental de la constitución hasta el atestado de la policía o a la sentencia del juez se pasa de lo abstracto a lo concreto por rigurosa deducción, sin retorno a la realidad: no existe el menor intersticio en la pirámide de las normas».

Pero, prosigue, esta pirámide de Kelsen «que fue el orgullo del positivismo jurídico», no es hoy sino una tumba, la tumba de una ciencia del derecho que pretendía tener un rigor matemático. Nadie cree ya en este *normativismo rígido*.

Por eso, el positivismo jurídico, que había logrado la mayor sencillez de líneas y una claridad cartesiana, ha recurrido a construcciones más complejas y de elaboración no sólo formal. En tanto que el idealismo y el materialismo político tomaban de consuno, tanto el uno como el otro posiciones dispares.

Dentro de ella están los que, autodenominándose demócratas, no toman la democracia como fin, en el que no creen, sino como un medio que les permita adueñarse del «aparato» de poder, constitucionalmente construido, para trasvasar el contenido desde el Estado de derecho liberal» y el «Estado de derecho social» hacia el «Estado de derecho socialista», lo más avanzado posible (181). En tanto otros la corroen con las diversas hipótesis del «no-derecho» (182). O la abren ventanas, e incluso tratan de quitarle la cúpula, para «sobrepassar lo dado» y abrirse a «una utopía del derecho» (183), confundiendo la construcción de un futuro mejor con una carrera hacia un espejismo o con la navegación tras de la Isla de San Borondón. O bien, tratan de hacerla estallar con el denominado uso alternativo del derecho (184).

No es aquí el lugar de ocuparnos de esos intentos, casi todos más políticos, sociológicos o pseudofilosóficos que jurídicos, sino sólo de los que se han llevado a cabo por el positivismo jurídico sin perder la *idea constructiva*, característica del cientismo operativo moderno, apli-

(180) ANDRÉ VINCENT, *loc. cit.*, págs. 80 y s.

(181) Cfr. LUCAS VERDÚ, *loc. cit.*, *supra*, nota 31.

(182) Cfr. JEAN CARBONNIER, *L'hypothese du non droit*, en *Arch. Ph. du Droit*, 8, 1963, págs. 55 y ss.

(183) Tal es la propuesta de un *derecho natural de contenido utópico* inspirada por ERNST BLOCH, *Droit naturel, et dignité humaine*, cap. 20; París, Payot, 1976, págs. 210 y ss.

(184) Cfr. ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Marxismo y neopoliticismo jurídico*, II y III, en *VERBO*, 183-184, marzo-abril 1980, págs. 323 y ss.

cado también al derecho, como a las demás denominadas ciencias sociales.

20. Hemos hablado de *cientifismo operativo* (185) que tiene su eje en *el giro copernicano* de Kant, que mejor deberíamos denominar ptolomáico o protagórico (186) —puesto que lo centra todo en esta tierra, como el sistema astronómico de Ptolomeo, y hace del hombre la medida de todas las cosas, conforme Protágoras. Pero sus raíces son más lejanas: *teológicas* en el nominalismo de Ockam (187) y en pesimismo de Lutero, respecto de la razón humana (188) en cuanto excediera de los saberes prácticos; *políticas* en Maquiavelo, al poner el derecho al servicio de los objetivos del poder (189); *filosóficas* en el «fulgor de la idea» y, sobre todo, en la escisión de la *res cogitans* y la *res extensa* de Descartes (190); *científico operativas* en Francis Bacon y Galileo (191). Después ha sido desarrollado por la Una-Eterna-Voluntad-Infinita de Fichte, asumida por el Estado, «creadora del mundo en nuestras mentes y por nuestras mentes» (192); por el proceso de la dialéctica de Hegel que, identificando lo racional v lo real y encarnando la razón en el Estado, lleva al «triumfo de la Idea en la Historia universal» (193); y en la afirmación de Karl Marx según la cual «los filósofos no han hecho más que *interpretar* el mundo de diversos modos; pero de lo que se trata es de *cambarlo*» (194). Cambio estimulado por el mito (195) del paraíso de la *sociedad homogénea* sin Estado ni derecho (196), que es presentado como un ineluctable

(185) Cfr. nuestros estudios citados, *supra*, nota 18.

(186) Cfr. SERGIO COTTA, *El hombre tolemaico*, 7, cfr. ed. en castellano, Madrid, Rialp, 1977, págs. 157 y ss.

(187) Cfr. ETIENNE GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, cap. III, cfr. ed. Madrid, Rialp, 1960, págs. 90 y ss. y 109 y ss.

(188) Cfr. JACQUES MARITAIN, *Tres reformadores*, I, Lutero, IV, cfr. ed. traducida al italiano por G. Battista Montini, Brescia, 1928, páginas 45 y ss.

(189) Cfr. MANUEL FERNÁNDEZ ESCALANTE, *El derecho natural entre la "exigencia" ética y el "razonamiento" político*, en "El Derecho Natural Hispánico", Madrid, Escelicer, 1973, págs. 73 y ss.

(190) Cfr. MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, parte V, *Introducción, Descartes*, II, págs. 570 y ss.

(191) *Ibid.*, *Juicio de conjunto*, pág. 579.

(192) Cfr. MICHELE FEDERICO SCIACCA, *Estudios sobre filosofía moderna*, IV parte, cap. III, cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ed. L. Mircle, 1966, págs. 350 y ss.

(193) Cfr. nuestro estudio *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, III, 12 y 13, en VERBO, 115-116, mayo-junio 1976, páginas 535 y ss., o en *Contemplación o acción*, Madrid, Speiro, 1977, páginas 109 y ss.

(194) KARL MARX, *XIV tesis sobre Fuerbach*; cfr. en castellano, en *Tesis sobre Fuerbach y otros escritos filosóficos*, Méjico, Glijalbo, 1970, pág. 11.

(195) Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El mito del marxismo*, en VERBO, 75-76, págs. 403 y ss., o en *Los mitos actuales*, Madrid, Speiro, 1969, págs. 175 y ss.

(196) Cfr. nuestros estudios *El mito de la desaparición del derecho*, en VERBO, 77, págs. 579 y ss., o en *Los mitos actuales*, págs. 195 y ss., o en *Sociedad de Masas y Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, II Parte, ca-

proceso evolutivo, científicamente demostrado por el materialismo-histórico (197).

Ello provocó un cambio de actitud en el hombre, tal vez influido por la denominada *galaxia Gutenberg*. Situó su pensamiento fuera de las cosas, contempla el mundo en imagen, como el plano de un proyecto (198) que puede configurar de acuerdo con sus ideas abstractas y con su voluntad de poder (199).

El fenómeno que se produce, y que con Hobbes alcanza al mundo jurídico, verdaderamente es singular. Leo Straus (200) lo ha explicado y ha mostrado sus contradicciones; las paradojas que implica ese nominalismo combinado con el cientifismo operativo, aplicado a la sociedad humana, que puede emplearse al dictado de la ideología o el mito de turno. Hobbes enseñó —dice L. Straus— «que la razón es impotente y omnipotente, es decir, que la razón es omnipotente porque es impotente. La razón es impotente porque ni ella ni la humanidad tienen apoyo en el universo para comprenderlo: el universo es ininteligible y la *naturaleza* está disociada del hombre. Pero ese mismo hecho de que el universo sea ininteligible, permite a la razón satisfacerse efectuando libremente sus construcciones y establecer, como Arquímedes, un punto de apoyo desde el cual preparar esos caminos del progreso ilimitado en la conquista de la naturaleza».

Notemos que, en su intención, la construcción de Hobbes, como la de Locke, sólo se refería a la sociedad política, protectora de un liberalismo económico. Pero hoy, como explica Zuleta Puceiro (201), estos términos originarios son alterados desde su base: «La sustitución del Estado-garantista por el Estado-promotor se explica en el fondo por el desplazamiento de la imagen sociedad-mercado hacia la imagen de la sociedad como materia prima a moldear de acuerdo con los dictados de la ciencia y la tecnología social». Contra el Leviatán «garantista» se alzó el sueño anarquista y marxista de la sociedad sin Estado; pero, a favor del Leviatán «promotor» se alza —advierde el mismo Zuleta— «la utopía de un Estado sin sociedad, futurible sólo imaginable desde una reducción de la razón a los límites estrechos postulados por el cientifismo».

La perspectiva clásica expuesta en la síntesis tomista es completa-

pítulo II, n. 67, págs. 273 y ss., y *Datos y notas sobre el cambio de estructuras*, Madrid, Speiro, 1972, 2, VI, B, págs. 200 y ss.

(197) Cfr. VLADIMIRO LASMDORFF GALAGANE, *El concepto de justicia en el marxismo soviético actual*, Santiago de Compostela, Porto y Cia., 1969, págs. 56 y ss.

(198) Cfr. MARSHALL MCLUHAN, *La galaxia Gutenberg*; cfr. ed. en francés, Montreal, Mame, 1967, págs. 130 y ss., 191, 293 y ss, 300 y 306 y s.

(199) Cfr. MARCEL DE CORTE, *L'intelligence en peril de mort*, París, Club de Culture Française, 1969, cap. I, págs. 74 y ss.

(200) LEO STRAUS, *Droit Naturel et Histoire*, cap. V, a; cfr. vers. en francés, París, Plon, págs. 214 y s.

(201) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Razón y Totalidad. Notas sobre la noción moderna de consenso social*, I, en VERBO, 197-198, julio-octubre, 1980, págs.

mente diferente. Parte de la existencia del orden natural, dinámico y en el que la libertad del hombre incide como una causa segunda, ejecutora «dentro del orden de la causa primera universal»; de modo que el desorden de una causa particular provoca la reacción del castigo dentro de la causa universal (202). Su conocimiento sólo puede ser fragmentario: mediante la observación por separado de una serie de esferas (físico-biológica, moral, jurídica propiamente dicha); sucesivamente adquirible, «una parte después de la otra»; y aunque el ser y la verdad no los podamos conocer «inmediatamente» y «a veces llegamos por los efectos sensibles al conocimiento de los principios y causas inteligibles» (203).

En esa misma línea, con mayor perspectiva dinámica a través de las enseñanzas de la historia, Giambattista Vico (204), en el tránsito de los siglos XVII y XVIII, observaría la que denominó *historia ideal eterna*, trazada por la Providencia con sus *corsi* y *ricorsi*, según cuál sea la conducta de los hombres (205). Orden de cuyo conocimiento el hombre, de lo que Dios conoce en relieve, sólo puede alcanzar una imagen plana a través de la historia que le permite aproximarse al conocimiento del mundo civil o de las naciones (206).

El positivismo ha renunciado a este intento de conocer el orden del universo que se auxilia de todo lo que Vico (207) denominó *verosimilitud*, apoyado en el sentido común, para la búsqueda de las causas finales y de las formales de los conjuntos humanos (208). Ha optado, en cambio, por el conocimiento científico de las causas eficientes, que utiliza la voluntad operativa, asumida por el Estado, para construir el mundo. Ha perdido la noción de los límites humanos y, con ello, ha caído en lo que Sciacca (209) califica de *stupidità*; y ha olvidado algo, que también Vico (210) advirtió: la diferencia que media entre la posición de los científicos y la de los jurisperitos. «La ciencia trata de hallar una sola causa productora, en diversas cosas, de muchos efectos; mientras la prudencia atiende a las múltiples causas que pueden concurrir en la producción de un solo efecto».

A partir tan sólo de los datos positivos, algunas mentes, más o menos lúcidas, fabrican conceptos, sistemas, el orden escalonado del derecho, todo tipo de ordenamientos jurídicos y hasta, incluso, la

(202) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, q. 103 y I^a-II^a, q. 91.

(203) *Ibid.*, I, q. 76, aa. 1 y 2; qq. 85, 86 y 87 y I^a-II^a, q. 91, a. 3, q. 94, a. 4 y 5, q. 95, a. 4, q. 100, a. 1.

(204) GIAMBATTISTA VICO, *Scienza Nuova*, Lib. I, sec. III-331, en *Oppere*, págs. 479 y ss.

(205) *Ibid.*, *Conchiuisione dell'Oppera*, 1102 a 1106, págs. 865 y ss.

(206) *Ibid.*, *Risposta I*, al rescensor del *Giornali de tetterati et Italia*, año 1711, I, cfr. en *Oppere*, págs. 310 y ss.; y *Scienza Nuova*, Lib. I, sec. III, nn. 331, 332, *Oppere*, págs. 479 y ss.

(207) *Ibid.*, *Il método degli studi del tempo nostro*, III, en *Oppere*, págs. 176 y ss.

(208) Cfr. M. VILLEY, *La formation de la...*, parte V, Juicio de conjunto, págs. 579 y s.

(209) MICHELE FEDERICO SCIACCA, *El oscurecimiento de la inteligencia*, cap. I, cfr. ed. Madrid, Gredos, 1973, págs. 15 y ss.

(210) VICO, *Oratio de nostri temporis studiorum ratione*.

más esclarecida de todas ellas, el «proceso de la razón en la historia universal» con «el triunfo final» ineluctable «de la idea». Absolutivizan, así, la construcción de sistemas u ordenamientos, como si fuesen unos «*todos*» completos, cerrados e impermeables (211).

Así, los juristas acaban encerrados en un *sistema* positivista o en la *pirámide* kelseniana, como los gusanos de seda en el capullo que tejen. Con la diferencia de que, mientras los gusanos segregan su seda, los positivistas tejen con el material que les es impuesto por el legislador (212).

El rigor, la exactitud del sistema, la perfección lógica del ordenamiento, ¡pueden no tener nada que ver con la realidad ni con la justicia!

21. Santi Romano explica su concepción del ordenamiento, que es en cierto modo contrapuesta a la pirámide de Kelsen. Si ésta es de estructura normativa, de normas coactivas —ya que la coactividad y no su contenido la dota de carácter jurídico— aquél es mucho más. Es estimado (213) en su conjunto como «una entidad que se mueve en parte según normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas, como si fuesen piezas de un tablero de ajedrez», «dinámico y vital», constituido por una «compleja organización», con «numerosos mecanismos y engranajes», que se «refiere y se refleja» sobre las normas, «pero arranca siempre de un momento lógica y materialmente anterior a las mismas», sin «identificarse ni confundirse» en sus valoraciones con las de las «propias normas», que son o pueden ser «una parte del ordenamiento jurídico, pero que sin embargo están muy lejos de agotar en su totalidad la integridad del mismo».

En su terminología, «el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el concepto de institución. Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico» (214).

Ello da lugar a la pluralidad de ordenamientos, más allá del Estado y por debajo suyo, aunque no todas procedan de él —no proceden la Iglesia y, en general, los entes dotados de naturaleza institucional no dimanantes de él, aunque el Estado constituya la institución más caracterizada (215).

(211) Cfr. nuestro estudio, *Perspectivas parciales y acción uniforme total*, en VERBO, 143-144, marzo-abril 1976, págs. 415 y ss., o en *La sociedad a la deriva*, Madrid, Speiro, 1977, pgs. 5 y ss.

(212) Así lo hemos visto al observar el sistema de Savigny y la pirámide de Kelsen (cfr. *supra*, texto correspondiente a las notas 6 a 12, 13 a 17 y 21 a 25). Con la diferencia de que mientras Savigny recoge en su Sistema, la obra jurídica paciente y secular, con su contenido, al que el *espíritu del pueblo* incorpora el sentido de justicia, en cambio Kelsen forma su pirámide con la estructura formal de normas coactivas con abstracción de cuál sea su contenido.

(213) SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cfr. ed. en castellano precedida de un estudio preliminar de S. Martín Retortillo, Madrid, I.E.P., 1963, §§ 4 y ss., págs. 96 y ss.; en especial § 5, pág. 99, y § 7, págs. 106 y siguiente.

(214) *Ibid.*, § 10, pág. 13.

(215) *Ibid.*, §§ 25 y ss., pág. 205.

Sin embargo, el concepto institucional del ordenamiento jurídico, entramado por Santi Romano, se atiene —como ha resumido Hernández Gil (216)— «a lo jurídicamente organizado como tal, sin preocupaciones de otro alcance»: le «falta la mirada hacia arriba», pues «no desemboca el trascendentalismo de la justicia»; y le «falta la mirada hacia abajo», ya que «no desciende a tomar en consideración la sociedad subyacente».

En el primer aspecto, ha criticado Bobbio (217) que esta construcción «no tiene nada que ver con la doctrina realista, ni con la sociología jurídica», sino que es «formalista»; pues, «considera el derecho como forma de las relaciones sociales que, en cuanto tal, puede y debe ser estudiado independientemente de sus relaciones con la realidad subyacente».

Hernández Gil —después de transcribir completo el párrafo de Bobbio, del que aquí hemos seleccionado los incisos más expresivos— juzga que «no le falta, en parte, razón. Mas no la tiene del todo».

Para aclarar en lo que no la tiene del todo vamos a traer a colación las observaciones que, en un primoroso trabajo, ha hecho Justo López (218). Ciertamente, con la concepción de Santi Romano no «se reduce» lo jurídico a lo sociológico; en su ordenamiento «la verdad es exactamente la contraria: significa *hacer de lo social una realidad jurídica*, siempre que por "lo social" se entienda lo que Sorokin llama "un sistema organizado de interacción" o "grupo" o grupo organizado (institución, sistema social)». Para determinarlo, atiende a lo que Sorokin (219) denomina «procesos de interacción» social y en su distinción en *inorganizados, organizados y desorganizados*, que muestran la profunda diferencia entre «interacción» y «organización». Justo López entiende que Santi Romano, en su concepción del ordenamiento jurídico, subsume en lo jurídico todo grupo de *interacción organizada*.

Sin embargo, como nota Hernández Gil (220), a Santi Romano «no le preocupa el modo de incidir la realidad social en el derecho. El tema de la conexión entre estructura socioeconómica y la estructura jurídica está ausente de sus investigaciones. No penetra profundamente en la totalidad social para ver cuáles son las correspondientes versiones jurídicas y cómo aparecen condicionadas». No se plantea «los problemas de la génesis» del derecho. En ordenamiento de Santi Romano «no hay una proyección de la sociedad, sino una organización de la sociedad».

Por otra parte, en Santi Romano (221), el concepto de ordenamiento sólo depende de su vigencia no legal sino efectiva; pues, a su juicio, «toda fuerza que efectivamente sea social y esté por tanto or-

(216) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y...*, 4, págs. 24 y s.

(217) NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milán, Ed. di Comunita, 1977, pág. 173, nota 23.

(218) JUSTO LÓPEZ, *La pluralidad de ordenamientos jurídicos*, III, en "Jurisprudencia Argentina", año 1972, sec. *Doctrina*, págs. 185 y ss.

(219) PITIRIN SOROKIN, *Sociedad, cultura, personalidad*, ed. trad. al castellano, Madrid, Aguilar, 1962, págs. 106 y ss.

(220) HERNÁNDEZ GIL, págs. últ. cits.

(221) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 14, pág. 132.

ganizada se transforma por ello mismo en derecho», más exactamente en ordenamiento jurídico, e, inversamente, no lo es «aquéllo que carece de organización social».

La falta de «mirada hacia arriba», observada por Hernández Gil (222), se advierte al no plantearse Santi Romano «la total teleología del derecho». Es un *positivismo jurídico* que no se plantea, más allá de sí mismo, la cuestión de la *validex jurídica*.

Estamos en el punto que no sólo muestra la miopía que priva del sentimiento del límite, al no ver más allá de la propia concepción, sino que hace a ésta racionalmente frágil. Precisamente, al final de la segunda guerra mundial, fue cuando la comprobación de los horrores nazis (223), y «el trastorno y la destrucción sufridos en guerras y revoluciones» (224), trajo una reacción contra el positivismo. Comprobable no sólo en la floración de la *Wertungsjurisprudenz* (225) e incluso en el renacimiento del derecho natural, sino en la evolución de alguno de los más ilustres positivistas, como Gustav Radbruch (226), que reconoció la existencia, antes por él desdeñada en el campo jurídico, de «un más alto y supremo deber», «un valor extrapositivo».

Como prosigue Justo López (227), en su comentario al *Ordinamento* de Santi Romano: «La "juridicidad" del "sindicato del crimen", como la de cualquier norma, incluso si de contenido aberrante, del ordenamiento normativo efectivamente vigente, son el reflejo de la noción positivista de la validez jurídica en las dos concepciones del ordenamiento jurídico —como sistema de normas y como sistema social, respectivamente».

22. Hart y Bobbio vuelven a centrar en las normas su concepción del ordenamiento jurídico, pero dejando atrás el formalismo de Kelsen.

Hart, después de haber demostrado sus presupuestos (228), toma como punto de partida su afirmación de que (229) «el modelo simple del derecho como órdenes coactivas del soberano no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico»: pues, además de las normas que prohíben o imponen ciertas acciones bajo sanción, «hay otras variedades de normas, principalmente aquéllas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios y legislar (potestades públicas) o crear o modificar relaciones jurídicas (potestades priva-

(222) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pág. 25.

(223) Cfr. KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*; cfr. vers. española, Barcelona, Ariel, 1966, pág. 136.

(224) M. HESSEL YNTEMA, *La ciencia jurídica y el derecho natural*, en "Rev. Jur. Interamericana", II, Tulane, 1960, pág. 219.

(225) Cfr. KARL LARENZ, *Tendencias metodológicas en la ciencia jurisprudencial alemana actual*, en R.D.P., XLIII, mayo 1959, págs. 375 y ss.

(226) GUSTAV RADBRUCH, *Introduzione alla Scienza del Diritto*, versión italiana cuidada por Dino Pasini, Turín, Giapichelli, Ed. 1958, páginas 77 y ss.

(227) JUSTO LÓPEZ, *loc. cit.*, VII, pág. 195.

(228) H.L.H. HART, *El concepto de Derecho*, cfr. ed. en castellano, Buenos Aires, Robledo-Perrot, 1963, caps. III y IV, págs. 33 y ss. y 63 y ss.

(229) HART, cap. V, pág. 99.

das), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenaza». Además de que «hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen», pues «no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita». Y que la idea del soberano «habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa» (después de cesada la que dictó las normas), ni «la persona o personas soberanas no pueden ser identificadas con el electorado o con la legislatura de un Estado moderno» (230).

Por eso, parte de la distinción entre (231):

— Normas de tipo básico o primario, prescriptivas de «que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones lo quieran o no». Es decir, «imponen deberes» y «se refieren a acciones que implican movimiento cambios físicos».

— Reglas secundarias de las del primer tipo, que «establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o determinar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación». O sea, «confieren potestades públicas o privadas»; de modo que prevén actos que conducen «a la creación o modificación de deberes u obligaciones».

Consecuente con sus críticas al denominado realismo jurídico angloamericano (232), rechaza la fundamentación que éste reconoce al sistema jurídico, como basado «en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes, respaldadas por amenazas de las personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie». Y señala (233) que se precisan «dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado: las *reglas de conducta*, válidas según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecida; y, por otra parte, sus *reglas de reconocimiento* que especifican los criterios de validez jurídica, y sus *reglas de cambio y adjudicación*: tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial» (234).

(230) En el capítulo anterior Hart demuestra cumplidamente este aserto (págs. 95 y ss.). Refiriéndose a las limitaciones legislativas impuestas a la legislatura ordinaria, pregunta si han de entenderse "como deberes que el electorado ha ordenado incluso tácitamente que los elegidos cumplan", apoyándolo en la posibilidad de ejercicio de un poder de enmienda. Pero, replica que el no ejercicio de este poder "puede ser un índice muy pobre de los deseos del electorado, aunque a menudo un índice atendible de su ignorancia o indiferencia". Y remacha: "¿Hemos de decir que la sociedad como un todo es soberana y que las limitaciones jurídicas han sido tácitamente ordenadas por ella, porque no se ha revelado contra las mismas? Esto haría insostenible la distinción entre legislación y revolución, ello basta, quizá, para rechazar tal idea".

(231) HART, cap. V, pág. 191.

(232) *Ibid.*, cap. VI, pág. 125.

(233) *Ibid.*, pág. 145.

(234) Los subrayados son nuestros. Hemos visto el concepto de las

La concepción de Hart, es —pues— unitaria —uniformista—, abstracta —generalizadora— y es positivista.

De las dos primeras características nos ocuparemos en los apartados siguientes. La tercera la fundamenta Hart (235) en la distinción de dos conceptos antagónicos de derecho: el más amplio que no excluye ni diferencia las reglas inicuas y el restrictivo que les niega validez jurídica. Hart optó por aquél. De su crítica nos ocupamos hace años (236). Mostramos que su planteamiento parte del presupuesto —negado, como hemos visto antes (237), por el origen semántico y la propia historia del derecho en casi todo su decurso— de que el objeto central de los estudios jurídicos lo constituyen las normas y, además, haciendo abstracción de su justicia. Como expuso Legaz Lacambra (238): «resulta discutible, cuando menos, que pueda legitimarse una evaluación por la que se ha convenido en aplicar la palabra en un sentido que precisamente elimina aquel otro sentido primigenio y más radical de las mismas y, en cambio, hubiera sido posible convenir en haberlo seguido siempre usando en sentido primigenio y haber buscado una voz nueva para el orden de cosas que se patentiza en la *positividad jurídica* tal como la ven los juristas (positivistas)».

23. Norberto Bobbio no se aparta del positivismo y del normativismo, y mantiene el concepto de ordenamiento jurídico «como entidad unitaria constituida por el complejo sistemático de todas las normas» —considerándola una conquista moderna—, como lo prueba la falta en latín de un término expresivo de ese concepto (239). Pero introduce notables matizaciones.

Entiende que el ordenamiento puede ser: simple, con una sola fuente del derecho; o complejo, con varias, pero jerárquicamente estructuradas (240). Esto implica la existencia de una fuente prevalente que jerarquice las otras, que hoy es la ley, «directa manifestación del poder del Estado», mientras las demás no son sino fuentes subordinadas, válidas jurídicamente en virtud de un proceso de *reconocimiento* (o

reglas de conducta o normas primarias y también el genérico de las secundarias. De sus tres subespecies se ocupa HART en el cap. V, páginas 117 y ss.: las de *reconocimiento* son las que indican las que forman parte del ordenamiento, incluyendo las de conflicto interespecial o intertemporal; las de *cambio*, aquéllas que determinan quiénes y cómo pueden variar o derogar y establecer nuevas normas primarias, y las de *adjudicación* las que atribuyen a determinados organismos o personas —especialmente a jueces y tribunales— la potestad de determinar si se ha producido la transgresión de una norma primaria e imponer la sanción.

(235) HART, cap. IX, págs. 256 y ss.

(236) *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, I, 1, nota 11, en «Rev. de Dr. Esp. y Amer.», II época, n. 10, octubre-diciembre 1965, páginas 31 y s., o en *En torno al Derecho natural*, Madrid, Org. Sala Ed., 1973, págs. 71 y ss.

(237) Cfr. *supra*, nn. 8 a 15.

(238) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, II parte, cap. I, n. 2-II, cfr. 2.^a ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1961, pág. 295.

(239) NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cap. V, 50, Turín, Cooperativa Libr. Universitaria, s. f., págs. 253 y s.

(240) *Ibid.*, cap. III, 41, págs. 205 y ss.

recepción) o de delegación. De ahí, las fuentes reconocidas o recibidas, acogidas en bloque a *posteriori*, como formando parte del ordenamiento; y las fuentes delegadas, en virtud de la atribución hecha por el Estado a un órgano, diverso del investido de la soberanía o a una institución diversa de la organización estatal, del poder de establecer normas jurídicas en ciertas materias y dentro de los límites por él fijados (241).

En ese grupo de las fuentes subordinadas, sitúa a la costumbre como fuente reconocida; y vacila entre dar a las formuladas por los particulares dentro del ámbito de la autonomía privada, ya sea el carácter de fuente delegada o bien el de objeto de simple convalidación en un segundo momento.

Distingue Bobbio (242) reglas de conducta y reglas de estructura o de organización. Estas sólo emanan de la fuente principal.

Así, la ley es la única fuente de calificación jurídica, mientras las otras, como subordinadas, no son sino normas de cognición jurídica. En el sentido de que en tanto la ley, como fuente principal, produce reglas que son de por sí jurídicas, las emanadas de las fuentes subordinadas reciben la calificación de normas jurídicas por delegación o reconocimiento de la fuente superior (243).

Al parecer, Bobbio viene a dar la razón a aquel ingeniero que propuso insertar en el Código de la Circulación una norma que permitiera aparcar allí donde no hubiese señal prohibitiva!

El propio Bobbio (244) señala la más coherente expresión de la teoría del ordenamiento jurídico en Kelsen, al que considera como «la culminación del positivismo, que después de él —dice— comienza su descenso, es decir (sin metáfora) su crisis». Por ello, el profesor torinense repliega posiciones, como se advierte en su juicio de los —hasta ahora— considerados por el positivismo como caracteres fundamentales del ordenamiento jurídico: la *unidad*, la *coherencia* y la *plenitud*.

En cuanto a la *unidad* del ordenamiento jurídico, sólo *formal* para el positivismo —es decir, referida al *modo* como son puestas las normas—, renuncia a su perfección, garantizada por la denominada norma fundamental, perplejo ante la pregunta de cuál es su fundamento: «o respondemos, reenviando a otra norma, y entonces recurrimos a un *recursus ad infinitum*; o respondemos que tal norma existe jurídicamente en cuanto de hecho es observada, y en ese caso volvemos a caer en la solución que se quería evitar con la teoría de la norma fundamental, es decir, hacemos depender el derecho de un hecho» (245).

El requisito de la *coherencia*, que estudia cuidadosamente (246), concluye que no lo es necesariamente; pues, «la compatibilidad no es un criterio de validez», ya que admite que «puedan coexistir en el

(241) *Ibid.*, 42, págs. 207 y ss.

(242) *Ibid.*, 40, pág. 205.

(243) *Ibid.*, págs. 210 y s.

(244) *Ibid.*, cap. V, 50, pág. 255.

(245) *Ibid.*, 51, pgs. 256 a 260.

(246) *Ibid.*, 52, 53, págs. 260 y ss.

ámbito de un mismo ordenamiento dos normas incompatibles y ser ambas válidas» (247).

Y la *plenitud* del ordenamiento jurídico, que se ha considerado conexo con el de su *certeza*, lo considera estrechamente relacionado con el de su *complementación* a través de la interpretación (248). Así, concluye que «un ordenamiento jurídico no es necesariamente completo, porque su plenitud deriva de la norma general excluyente, o norma de clausura que en la mayor parte de los casos —a excepción del derecho penal— no la hay» (249).

Lo reconfirma su concepto de la interpretación del derecho que, a su juicio, «hecha por el juez no consiste nunca en la simple aplicación de la ley por un procedimiento puramente lógico; aunque no se dé cuenta, para llegar a una decisión ha de introducir valoraciones personales, elecciones, que no están vinculadas en el esquema legislativo que debe aplicar (250)».

Este mismo criterio lo aplica al que califica de juicio de equidad (251), estimándolo «un juicio emitido sin reglas preexistentes», en que «la fuente del derecho no es por tanto la equidad sino el juicio, en cuanto a través suyo se aplica el poder normativo del juez», que «resuelve discrecionalmente». Nada más alejado del sentido clásico de la equidad que ese resolver *sin reglas preexistentes y discrecionalmente*, puesto que no era sino la búsqueda de lo justo natural para el caso concreto al que no se ajustaba la ley humana (252), pero sin perder de vista las normas existentes (253). Incluso en ciertos períodos, en que se temió la falta de rigor y que se apreciara la equidad por puro arbitrio, se impusieron criterios al juzgador para su aplicación. Como en la constitución dada para Cataluña por Felipe III (II en el Condado de Barcelona) con las Cortes de Barcelona de 1599, prohibitiva de que se decidieran las causas por equidad, a menos que estuviese regulada y conforme a las reglas de derecho común y a lo que establecen los doctores en materia de equipadad» (254).

Todavía añade Bobbio un argumento: «Si se considera la equidad como una fuente preexistente al juez, debería admitirse como fuente del derecho también con referencia al legislador». Precisamente así es en el derecho natural clásico: la justicia general debe inspirar tanto al legislador, cuando redacta la ley humana atendiendo a lo que gene-

(247) *Ibid.*, *Conclusiones generales*, 61, pág. 315, a).

(248) *Ibid.*, 54, págs. 268 a 274.

(249) *Ibid.*, *Conclusiones...*, 61, pág. 315, b).

(250) *Ibid.*, c), págs. 315 y s., en rel. con cap. VI, págs. 275 y ss.

(251) *Ibid.*, cap. V, 44, págs. 22 y s.

(252) Cfr. nuestro estudio, *Equidad y buena razón, según el jurista gerundense del siglo XV. Tomás Miere*, 3, en AN. DER. CIV. XXX-I, enero-marzo 1977, págs. 11 y s.

(253) Cfr. *supra*, V, n. 12, especialmente los textos de Trifonino y Mieres en las notas 138 y 139.

(254) Cfr. nuestro estudio *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, II, 8, en "Rev. Jur. de Cat", LXXVIII, 4, pág. 776 y también *El método clásico del derecho natural contrastado en su aplicación, a través de los juristas catalanes*, 2, en Anales Real Academia de Jurisprudencia, 8, 1980, págs. 103 y s.

ralmente sucede, como al juez, al aplicarla directamente al caso concreto atendiendo a lo que de singular presenta respecto del supuesto general previsto por el legislador (255); por eso, Vico (256) empleó como término comprensivo de ambos supuestos la expresión *equidad civil*.

24. Para acabar de perfilar la concepción que Bobbio tiene del ordenamiento jurídico, es aún preciso referirnos a su perspectiva del positivismo jurídico como *método*, como *teoría* y como *ideología*.

Respecto del *método*, concluye (257) que «es pura y simplemente el método científico, y, por tanto, es necesario aceptarlo si se quiere hacer ciencia jurídica o teoría del derecho, si no se lo sigue no se hace ciencia, sino filosofía e ideología del derecho» (258).

En cuanto a la *teoría*, distingue (259) una *teoría iuspositivista en sentido estricto* y una *teoría iuspositivista en sentido amplio*. Esta subsume las concepciones coactiva, legislativa e imperativa del derecho y las de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico e interpretación lógica y mecanicista del derecho. Aquélla sólo acoge las tres primeras, y es la que acepta Bobbio, rechazando el sentido amplio de la teoría positivista del derecho.

En lo que concierne a la *ideología* positivista —acusada de ser «una de las causas que han provocado o favorecido el advenimiento de los regímenes totalitarios europeos, y, en particular, el nazismo alemán» (260)— diferencia una posición «extremista» o «fuerte» y otra «moderada» o «débil». Ambas afirman «que el derecho tiene un valor en cuanto tal, independientemente de su contenido». Pero la primera le atribuye un *valor* de fin en sí mismo; mientras la segunda no se lo asigna sino porque «es el medio necesario para realizar cierto valor, el del *orden*» —es decir, se trata de «un valor instrumental» (261).

En otras palabras, «la versión moderada del positivismo ético difiere de la extremista porque, a diferencia de esta última, no dice que el derecho (positivo, naturalmente) es un bien en sí, e incluso el valor supremo, por lo cual es necesario siempre obedecerle. Tan sólo dice que el derecho es un medio (en terminología kelseniana: una técnica de organización social) que sirve para realizar un determinado bien, el orden social, con la consecuencia de que, si queremos ese bien, debemos obedecer el derecho. Pero la versión moderada, no dice que

(255) Cfr. *Equidad y buena razón, según el...*, I, 2, loc. cit., págs. 5 y ss., y II, 7, pág. 23. Especialmente es de notar el texto de MIERES, *App.*, II, coll. VIII, cap. II, 26, pág. 162: "*sicut ipse legislator aequitatem sequitur, ita iudicem sequi oportet*".

(256) Cfr. *supra*, texto de las notas 142 y ss.

(257) BOBBIO, *op. últ. cit.*, *Conclusiones*, 61, pág. 316, 3.

(258) Ya hemos visto antes (*supra* nn. 2 y 3) lo que el positivismo jurídico entiende por ciencia jurídica y que la única misión que asigna a los juristas es la de elaborarla.

(259) BOBBIO, *loc. últ. cit.*, págs. 315 y s.

(260) *Ibid.*, cap. VII, 58, pág. 296.

(261) *Ibid.*, 60, págs. 303 y s.

el orden sea el valor supremo; pues, si en un determinado momento histórico aparece cierto valor superior al orden existente y contrapuesto a éste, entonces puede romperse el orden (mediante un movimiento revolucionario) para realizar tal valor (262).

Esta última posición ideológica del iuspositivismo, que califica de *positivismo ético moderado*, según su juicio (263): «no lleva de hecho a la estatolatría o al totalitarismo político», en cuanto los valores aceptados no sean los de un Estado tiránico. Por ello, concluye (264) declarándose «favorable en tiempos normales a la versión débil o positivismo moderado».

Se relaciona esta versión ética del positivismo con la introducción de valores en el ordenamiento jurídico. En ese punto la tesis de Bobbio, confiesa Hernández Gil (265), que nunca ha llegado a explicársela del todo. Para Bobbio (266), la justicia como igualdad es necesariamente formal, y si introducimos el elemento libertad se nutre de contenido sustancial. Así, la justicia no será pura y simple igualdad, sino igualdad en la libertad. Pero ésta, estima Bobbio, no vale sino para una sociedad en que todos sean propietarios, mas no para aquélla en que unos lo sean y otro no. Conforme su criterio (267), a la justicia como igualdad —formal abstracta y universal— se llega por una investigación fenomenológica; y la justicia como igualdad en la libertad se alcanza asumiendo una posición personal, históricamente condicionada, que califica de *ideología* de la justicia material.

Hernández Gil (268) no estima convincente que, «prescindiendo de la libertad y reduciéndolo todo a la igualdad, hay pura fenomenología que capta la justicia como valor y, en el segundo caso, al introducir la libertad, el tema se convierte en ideológico». «Sorprende —añade— el planteamiento de una justicia centrada de modo exclusivo en la igualdad». Sólo puede explicarse porque Bobbio le concede contenido formal únicamente a la igualdad y no a la libertad. Pero, insiste Hernández Gil, «la igualdad es asimismo susceptible de hacerse real y efectiva. Esto es lo que consigue Bobbio a expensas de la libertad...». Además, «el paso de un concepto formal de la justicia a un concepto material no se da como base exclusivamente de la libertad, sino mediante la atribución a la persona de bienes y derecho que harán efectiva la libertad, pero que suponen otros componentes». Si no es así, la investigación fenomenológica, que se dirige a captar la justicia como valor, sólo descubre una expresión formal, que viene a ser lo contrario de un valor». Así, «o no hacemos nada con la justicia, o hacemos simplemente política».

(262) *Ibid.*, págs. 307 y s.

(263) *Ibid.*, *Conclusioni*, 61, págs. 313 y s.

(264) *Ibid.*, pág. 316.

(265) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y...*, 14 E, pág. 84.

(266) N. BOBBIO, *Introduzione alla Filosofia del diritto*, Turin, Giapichelli, Ed. 1948, págs. 183 y ss.

(267) *Ibid.*, págs. 193 y ss.

(268) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, págs. 85 y s.

X

CONSIDERACIONES CRITICAS A LAS CONSTRUCCIONES DEL
ORDENAMIENTO JURIDICO

25. Luis Figa (269), señala que la orientación de la doctrina acerca del ordenamiento jurídico, tiene una «orientación eminentemente teórica universalista y uniformista, cada autor lo configura según «un esquema único válido para todos los tiempos y lugares»; sea como «conjunto de normas sancionadoras... que termina en la norma fundamental» (Kelsen); «un cuerpo social organizado» (Santi Romano), o «un conjunto de normas primarias de conducta apoyado en un grupo de normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación» (Hart). En cada caso «un modelo único e invariable».

Ante este hecho, opina Figa (270) que ese «enfoque generalizador y abstracto», «esteriliza» el concepto. Pero, ante todo, ese enfoque, que arranca de «un proceso de generalización, de abstracción y, como consecuencia, de homogeneización de los componentes del ordenamiento», parte de un presupuesto indemostrado, el de la «igualdad de las normas» en todo ordenamiento. De no ser así fallan los conceptos dados.

Por eso, «si la palabra "norma" significa en un ordenamiento una cosa distinta que en otro, no hay más remedio que admitir tantos tipos de ordenamiento como de normas, la heterogeneidad real de las normas lleva consigo la de los ordenamientos», heterogeneidad que, como no puede menos de ser, «no tiene alcance meramente teórico sino práctico».

En ese contexto recuerda Figa (271) que los griegos del siglo V a. C. distinguieron tres tipos de norma: el *kosmos*, referido al orden natural; el *taxis*, correspondiente a un orden conscientemente establecido, construido por el hombre, y *nomos*, de estatuto incierto expresivo de lo que podríamos denominar derecho inmemorial o ancestral constituido por normas que siempre se han observado sin que nadie pueda localizar su origen (como el *agraphos nomos* que Antígona recordó a su tío Creón). Por eso, pregunta si el orden humano, ¿es resultante de *nomos*, *kosmos* o *taxis*?

«Admitida la existencia de normas nacidas y desarrolladas sin designio alguno y de normas promulgadas conscientemente», estima que se puede contestar a la pregunta que acabamos de referir «en sentido opuesto al que adoptó Aristóteles al afirmar (*Política* 7,6) que el orden creado por el *nomos* —o sea, la normativa espontánea, consuetudinaria, ancestral— no es *kosmos* sino *taxis*. Creo, por el contrario que el orden creado por la normativa espontánea no es un orden conscientemente establecido, consecuencia de un designio, sino un orden también espontáneo —radicalmente distinto del resultante de un conjunto

(269) LUIS FIGA FAURA, *op. cit.*, I, B.

(270) *Ibid.*, I, C.

(271) *Ibid.*, *op. cit.*, I, C, A.

de normas "construidas", de leyes promulgadas con un designio y finalidad conscientes».

Permítaseme aquí un inciso. Una cosa es que el orden espontáneo no dimane de una mente rectora situada por encima del entramado social natural, como *res cogitans* operando con la *res extensa*. Pero otra cosa es que ese orden espontáneo y sus normas sean irracionales. Ese derecho espontáneo lo elabora el pueblo, «como las abejas sus panales»; pero con la diferencia que los hombres son seres racionales y, al elaborar espontáneamente su derecho, actúan con su razón. Actúan, en parte, «*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*» —dicho en palabras de Gayo (272) referidas al derecho de gentes— y, en parte, por la *opinio iuris seu necessitatis*, aunque ésta se forje por el trámite de los prudentes, a menudo simples jurisperitos. Corresponde al concepto de derecho positivo —en el que tanto cabe la costumbre como la ley en órdenes espontáneos— propuesto por el *Doctor Breviloquus* Giu Tarré o Guido de Perpiñán (273): «*dicatur ius positivum quis ponitur a recto iudicio rationis, prout corrui et utile reperitur ab intellectu practico hominis statuentis*». La diferencia es que, aquí, *res cogitans* y *res extensa* no están artificialmente separadas. Entre este derecho espontáneo y el legislado en virtud de un proyecto rector de quienes gobiernan la comunidad, existe la misma diferencia que media entre el cambio de situación topográfico de un grupo de hombres que agrupados caminan de común acuerdo en una dirección y el de los ocupantes de un autocar a quienes se les conduce hacia donde ha elegido quien lo guía.

Pero volvamos al razonamiento de Figa Faura (274) en el punto donde analiza la pretendida aporía de la tesis de Santi Romano, denunciada por Bobbio, de que el elemento primario necesario y suficiente del ordenamiento jurídico es un cuerpo organizado: «por cuanto no puede darse organización alguna sin normas». «Creo —tercia Figa— que la aporía desaparece si se cae en la cuenta de los presupuestos de que parte la teoría normativista». La teoría normativista «sin fundamento alguno prejuzga que un orden sólo puede resultar de normas y que sólo cabe hablar de "norma" —en el sentido de norma positiva— puesta». La teoría institucionalista, «al encerrarse en el concepto inexplicado de "organización", demuestra ignorar que un orden necesita normas para desarrollarse». Para Figa, la palabra «orden» tiene significados distintos según se refiera a un *orden constituido* o a un *orden espontáneo* y, en cada uno de los dos, tampoco las normas se originan del mismo modo.

(272) GAYO, *Dig.*, I, 1, 9.

(273) Citado por FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento jurídico catalán*, vol I: "La Cataluña clásica", Sevilla, Montejuerra, 1963, cap. IX, pág. 188, quien indica que recoge la cita del carmelita FRAY BERTOMÉU F. M. XIBERTA, *De doctrinis theologiacis magistri Guidonis Terrani*, en "Analecta Ordinis Carmelitanum", V (1923), págs. 314 y s., que la transcribe del *Commentarium super Decretum de Tarré*, manuscrito latino vaticano 1.453, fol. 1, vto.

(274) FIGA FAURA, I, C. a 1.

26. En ese punto Figa (275), partiendo de las definiciones de orden de F. A. Hayek y de Doroty Emmet, estima erróneo suponer «que un orden social sólo puede ser producto de una voluntad consciente, de un designio constructivo, de una normativa promulgada. Por el contrario: la mayor parte de los «ordenamientos sociales» existentes —y, desde luego, los más importantes— no han sido construidos, sino que han nacido y crecido, y existen y evolucionan espontáneamente; son, desde luego, consecuencia de acciones humanas, pero no de un designio consciente» [volvamos a matizar, conforme la observación que hemos hecho al final del epígrafe anterior: no de «designio consciente exterior, planeado e impuesto», pero sí de «designio consciente interno, vivido, aunque a veces difuso»]; «evolucionan, pero nadie puede imponer una línea determinada de cambio, ni existen "leyes de evolución" que permitan predecir su futuro». Su origen no se debe a normas, «sino a algo más profundo que podemos denominar "comunidad"».

El lenguaje común de comunicación, los conceptos y valores comúnmente aceptados y expresados con iguales expresiones son la causa de un sistema normativo —y no a la inversa—, en el cual el significado de norma no se circunscribe al concepto estricto «de proposición imperativa, estricta o no». Así, señala los procesos: de *imitación* (teorizados por Tarde), del *comportamiento habitual* en una sociedad, de adquirir un *hábito* por ese proceso. De las reglas *autoestablecidas* —no *autoimpuestas*— «que ahorra al individuo, para supuestos frecuentes repetidos, el largo proceso de razonamiento que lleva a la decisión», basado en «razones debidamente sopesadas» que «el mismo individuo resume en una *regla*», con «finalidad *abreviativa*», que convierte en *rutina* «algo que ya no hace falta calcular porque ya ha sido muchas veces calculado». Y, pasando de lo individual a lo social, además de los «comportamientos paralelos», hallamos «un entramado de conductas recíprocamente condicionadas», con las consiguientes reacciones ante «una conducta distinta de la esperada».

Estima que «el individuo en el interior de un orden espontáneo no se conduce a partir de normas, sino a partir de aquel lenguaje común, conceptual y axiológico», «directamente y sin pasar por norma alguna; el individuo está inmerso en un sistema de principios constitutivos de su propio grupo social y decide vitalmente, intuitivamente [¿no sería más exacto decir por *sindéresis*?] la conducta adecuada».

«Cada grupo y cada subgrupo sociales crean espontáneamente —dice— sus propios órdenes, que pueden ser juzgados desde muchos puntos de vista: moral, económico, político, etc., etc., y no es raro que las diversas "calificaciones" obtenidas sean decididamente contradictorias».

A su juicio, «hay que evitar la posición simplista que lleva a creer que los órdenes espontáneos son cosa de sociedades primitivas regidas

(275) *Ibid.*, I, C. a 2. Cfr. FRIEDRICH A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, cap. II., ed. en castellano, Madrid, Unión Editorial, 1978, págs. 63 y ss.

por la costumbre», pues «tales órdenes constituyen la base de las sociedades actuales más avanzadas en las que, precisamente, la norma consuetudinaria parece —he dicho *parece*— haber perdido toda importancia».

Tomando estas observaciones como fundamento, Figa Faura distingue dos tipos de codificaciones. La de un *orden espontáneo* y la de un *orden construido*.

En el primer supuesto, el legislador constata su existencia y articula su contenido» y, además, llena la necesidad de «dar certeza a reglas que pueden carecer de ella». Para ese fin de «concretar, delimitar y precisar extremos que no pueden tener tal concreción, delimitación y precisión en una normativa meramente consuetudinaria» (fijación de edades o plazos, formas y solemnidades; precisar tasas, etc.) (276), señala Figa las funciones de las normas legisladas que recogen órdenes sociales espontáneos. Como características de esas normas legisladas enumera:

1.º La falta de *novedad*; pues la ley *reproduce* normas preexistentes: «más que ordenar para el futuro, constata la existencia, y por tanto la vigencia, de una norma o conjunto normativo» (277).

2.º Lo mismo que ocurre con todo orden espontáneo, el ordenamiento que lo recoge no es «continuo», ni abarca la totalidad del espacio jurídico (278); por el contrario, la regulación legal aparece más bien como un conjunto más o menos numeroso y tupido de «islotas» normativas separados unos de otros»; pues las normas «son «soluciones de urgencia» para los casos más frecuentes», ya que «la verdadera fuente de la que derivan las decisiones individuales» la constituyen los «conceptos, valores y equivalencias compartidos socialmente», de los que dimanar las soluciones para los casos infrecuentes.

(276) En nuestro estudio, *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral*, 13, en A.D.C. XXIII-III, julio-septiembre 1970, págs. 499 y s. o en A.D.A., XIV, 1968-1969, páginas 104 y ss., señalamos que en los regímenes forales hispanos, prototípicos de órdenes espontáneos, la promulgación de leyes obedecía en general a las siguientes razones: a) imponer una conclusión de derecho natural necesario incumplida por una costumbre contraria (cfr. a este respecto nuestro *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, III, 17, en R.J.C., LXXIX, 1980, 1, págs. 18 y s.). b) Resolver casos dudosos controvertidos, a veces recogiendo sentencias reales o judiciales. c) Declarar la inaplicabilidad de preceptos de derecho romano contrarios a los usos y costumbres. d) Solucionar supuestos en los que no se había alcanzado una *communis opinio*. e) Recoger y escribir los usos y costumbres, formulándolas depuradas y ordenadas.

(277) JOAN DE SOCARRATS, jurista del siglo xv, nacido en San Juan de las Abadesas, en su *In tractatum Petri Alberti... de consuetudinibus Cathalonie inter Dominos et Vasallos... commentaria, proemio*, nn. 6 y 7; cfr. ed Barcelona, 1551, pág. 6, observó, siguiendo la opinión de Baldo, que las compilaciones de costumbres: «quod licet sint in scriptis redactae, debet tamen dici ius consuetudinarium: quoniam scriptura non inducit, sed quod prius erat in scriptura redigatur», y «quod ad eius observantiam, et ut melius possit teneri menti, potes redigi in scriptis ad memoriam eius».

(278) Cfr. *supra* nn. 14 y 15.

3.º El «añadido de certeza, seguridad y precisión», que la reproducción legislativa significa para el orden espontáneo, «no produce en éste ninguna modificación esencial», pues sigue siendo orden espontáneo, continúa su curso *paralelamente* y no como consecuencia del texto legal que lo expresa (279).

4.º Consecuentemente, «todo orden espontáneo es evolutivo «y sigue evolucionando después de haber sido fijado legislativamente» (280). Ello plantea un problema a su reflejo normativo en leyes: «la modificación permanente de la normativa neutraliza el más importante objetivo —la certeza— perseguido por la ley; pero su permanencia inmodificada lleva a una paulatina separación de la norma respecto del orden social real y, con ello, la conversión de la norma en un refugio para aquellas conductas que la sociedad rechaza como poco decentes (fenómeno que también se produce cuando el legislador cree que con el *Boletín Oficial del Estado* se puede modificar un orden social espontáneo)».

5.º La interpretación de esa normativa no debe referirse a la «voluntad» del legislador, ni al texto redactado, sino en el espíritu del orden espontáneo vivido (281).

(279) Como hizo notar MASPONS ANGLLOSELL, *El dret català...*, I, páginas 28 y ss.: «La compilación, en realidad, no recoge la forma individual de la costumbre, sino la síntesis que deriva de una serie de repeticiones individuales»... (Al escribir la costumbre se tiende a aquilosarla, pero a la vez se le da una estabilidad que no es la del agua recogida en un estanque, con la utilidad que no tendría si quedara desparramada por la tierra»... «El agua no recogida es la de más valiosa virtud fecundante»... «pero, al mismo tiempo, es la más difícil de aprovechar»... «al ser recogida, suele mezclarse con gérmenes extraños y al mismo tiempo se corrompe». Por eso.

(280) Recordemos, como uno entre tantos ejemplos prácticos, que el origen del llamado Fuero de Vizcaya fue el sentimiento de la necesidad de reunir en un cuerpo legal los usos y costumbres que se venían observando en la Tierra Llana, manifestado en la Junta de 1452 en Idaibazaga, y que la Junta General de 1526, en Guernica, hizo la propuesta que cristalizó en el nuevo Fuero de 1527 de rectificar aquél, «añadiendo y escribiendo en el dicho Fuero todo lo que estava por escribir, que por uso y costumbre se platica», corrigiéndolo en cuanto se habían escrito en él «muchas cosas que en el presente no hay necesidad de ellas, y otras que de la misma manera según el curso del tiempo, y experiencia, están superfluas y no se platican; y otras que al presente nos son necesarias para la paz, e sosiego de la tierra, e buena administración de la justicia, se dexaron de escribir en dicho Fuero, y se usa, e platica por uso e costumbre».

(281) Hice notar hace años (op. últ. cit., 14, A.D.C., pág. 503 o A.D.A., pág. 108) como muchos juristas actuales cuando tratan de interpretar textos de derecho foral, olvidan que más que en sus textos redactados, «ante los que se aíslan en su galaxia gutembergiana», deben buscar su sentido sumergiéndose en su vivencia táctil». Como ya había dicho PAULO, *Dig. 1, 3, 37*: «*Si interpretatione leges quæretur, in primis inspicendum est, quo iure civitas retro ei eius modi casibus usa fuisset; optim enim est legum interpretes consuetudo*».

Es más, SOCARRATS (*loc. cit.*) estimó que las compilaciones de costumbres no debían ser glosadas ni aplicarse por interpretación extensiva, «quia consuetudo, quantum habet de actu, tantum habet de potentia, et

6.º «El poder que el legislador tiene sobre un orden espontáneo, o bien consiste en la posibilidad de suprimirlo de raíz por medio de sanciones penales o bien se reduce a un muy limitado poder educador que, de no ser ejercitado con cautela y no poco disimulo, encuentra muy pronto su ruptura» (282).

7.º El funcionamiento «del complejo mecanismo» de un orden social espontáneo «no puede ser explicado con el solo recurso del concepto de norma». Juegan —y cita a R. Harré y P. F. Secord— la imitación, el deseo de agradar, el aprendizaje, el hábito, el consejo, las recetas, las instrucciones, máximas, principios, etc. Por eso, «si el legislador no dispone de otra herramienta que la norma jurídica, su pretensión de *crear* y de *mantener*, con ella y sólo con ella, un orden social, por limitado que sea, carece palpablemente de fundamento». En los órdenes jurídicos espontáneos: «el mundo sigue su marcha independientemente de que el legislador haya pretendido codificarlos o no».

Nota Figa (283) la contraposición, con cada una de estas características, de las propias del «ordenamiento construido» que, «como causa única de las conductas que sin él no se producirían, necesita prever y cubrir todas las eventualidades»; y «de ahí la proliferación de normas, aclaraciones, interpretaciones, circulares y órdenes comunicadas». Ante la insuficiencia de las normas clásicas, aparecen «las directivas, recomendaciones, normas-marco, normas de planificación indicativa, normas de programación no vinculantes o vinculantes unilateralmente, etc., etc.». E, incluso, normas que «con finalidad *promocional*, se proponen premiar el cumplimiento de la norma o de la recomendación, en vez o al mismo tiempo que castigar su incumplimiento.

27. Luis Figa ha mostrado un orden espontáneo que escapa de las concepciones normativistas (en el sentido de normativismo legislado) y organizativista del ordenamiento jurídico; por su parte, Antonio Hernández Gil ha tratado de subsanar la falta de «mirada hacia arriba» de tales concepciones, para lo cual reclama una perspectiva más amplia, que halla en la conexión del ordenamiento jurídico con los valores y en la justicia como un valor. Es decir, en una dimensión axiológica del derecho.

«Desde el momento —dice (284)— que aceptamos un deber ser, estamos admitiendo que el derecho no coincide necesariamente con algo dado como tal, por el sólo hecho de aparecer dado, sino que su condición de jurídico resulta de la acomodación al deber ser encarnado

non plus”; “quia consuetudines non recipiunt extensionem ultra id, quod agitur”.

(282) Lo había advertido JOAQUÍN ALMEDA, *loc. cit.*, págs. 23 y s., la costumbre “vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como juez, si no cumple su misión”. Supuesto en el cual “no será su compañera sino su enemiga, no la ayudará, sino que será su condena y lazo de perdición”.

(283) FIGA, *Ibid.*, I, c, a, 3.

(284) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y...*, 8, págs. 42 y ss.

por el valor». La norma de derecho positivo «no puede de ninguna manera ser entendida como un mero hecho, pues es un significado humano, y, a fuerza de tal, tiene sentido o significación»; por eso, si se manda ésto y no aquéllo es «porque quienes lo ordenan creen que esto tiene justificación...». Es decir, que lo inspira «un juicio de valor»; que, de una parte, tiene «la vocación de realizarse» y, de otra, actúa en la vida social «de la que no es el derecho el único modo».

Con Recasens Siches (285), reconoce la prioridad del valor sobre la valoración. Esta, por su base «objetivista», no es un *a priori* en el sentido epistemológico kantiano o neokantiano, pues «la prioridad no concierne al conocimiento, sino a la existencia del valor o a su intrínseca validez». La *realidad* «no es simplemente lo dado, los hechos. El ser humano tiene un sentido, se dirige a un fin» (286).

Estas reflexiones le conducen hacia el examen de la justicia como valor que enfoca desde tres perspectivas distintas:

a) La formalista y abstracta (287), que ya hemos analizado más arriba (288).

b) La del derecho natural (289), en la que distingue: α) el derecho natural del pensamiento de la Ilustración —«sistema cerrado», que «racionalizó la justicia para mostrarla en unos principios y en las normas derivadas», y β) el iusnaturalismo clásico, en cuya línea analiza el pensamiento de Legaz Lacambra y la de quien aquí lo refiere, que él nos resume con precisa y ajustada síntesis.

c) Las diversas explicaciones más allá del formalismo, que expone y critica (290) conforme vamos a tratar de resumirle.

Frente consideración que la identifica con «la lucha por la justicia y la *restitutio*, una tarea infinita», más «aspiración» y «esperanza» que «realidad efectiva», objeto que «necesitamos alguna idea, siquiera sea esencial o en boceto en que identifiquemos aquello hacia donde dirigimos nuestros pasos».

Ante la opinión que afirma «su no reductividad a un sistema» y la considera «como un problema y encarnada en soluciones justas», con «su campo de acción en la aplicación judicial de derecho», no le convence reducir la cuestión a la conciencia del juez responsable en el momento de su actuación, que advierte no es el único de la penetración de la justicia en el orden jurídico.

En lo fundamental, como ha observado Michel Villey (291), esta posición abdica de la misión primordial de guiar al juez; sin proponer-

(285) LUIS RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo "razonable"*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1971, pág. 191.

(286) HERNÁNDEZ GIL, pág. 46.

(287) *Ibid.*, 11, págs. 57 y ss.

(288) *Cfr. supra*, 3.

(289) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, 12, págs. 65 y ss.

(290) *Ibid.*, 14, págs. 75 y ss.

(291) MICHEL VILLEY, *Abregué du droit naturel clasique*, Arch. Ph. du Dr., VI, 1961, pág. 44, y *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, cap. VII, 2.^a ed., París, 1962, pág. 134.

le normas, le abandona al «determinismo histórico», «digamos al azar»; produce la desaparición del arte judicial.

Las opiniones de John Rawls —que trata de hacer compatibles: igualdad y libertad, atendiendo las desigualdades económicas que redunden en «mayor beneficio de los menos aventajados de acuerdo con un principio de ahorro justo», tesis justificativa de la democracia americana—; de Heinrich Henkel —que toma como pautas la «medida de la dignidad del hombre» y el «equilibrio» de prestaciones—, y de Norberto Bobbio —de la que ya antes nos hemos ocupado, así como de la crítica a la que Hernández Gil le somete (292)—, comparadas entre sí, le hacen comentar (293) que en esto consiste «el drama de la filosofía de los valores». Sin duda alguna, si los valores se captan fenomenicamente, su articulación, en uno u otro sentido —incluido el de Bobbio— es ideológica. Por eso, concluye Hernández Gil: «Si el "drama" de la filosofía de los valores es la abstracción el "drama" ideológico sería la relatividad. Por una y otra vía el valor se esfuma o se difumina. Creo que no es así. Las ideologías son, ciertamente, interpretaciones de los valores, mas no los crean *in radice*».

La amable cita que, en este punto, me hace el Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, me invita a proseguir, por mi cuenta, el comentario (294). Ese "drama" de la filosofía de los valores —que consiste en que no alcanza a descubrir sino una «tópica» de valores, entre tantas pensables por el hombre, medida de todas las cosas (295), que se pierde en el «piélago axiológico» (296— sólo podemos resolverlo, aunque sea aproximativamente, si acudimos a una *ontología* seria (297), basada en la naturaleza —del hombre y de las cosas (298) no en el ámbito más reducido de la *natur des sache* (299)—,

(292) Cfr. *supra*, 21.

(293) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pág. 87.

(294) Cfr. nuestros estudios, *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, I, 2, notas 18 y 8,, en "Rev. Dr. Esp. y An.", X, 1965, págs. 36 y s. y 58 y ss., o en *En torno al derecho natural*, págs. 79 y ss. y 8 y ss., y *El bien común, pauta de la justicia general o social*, en "R. Est. Polit.", 153-154, mayo-agosto 1967, págs. 49 y ss., o en *Algo sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1972, págs. 118 y ss.

(295) Cfr. ANTONIO DE LUNA, *Nota crítica a la Introducción a la ciencia del Derecho*, de G. Radbruch, en R.D.P., XVII, septiembre 1930, pág. 286.

(296) Cfr. ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO, *Meditación sobre la justicia*, Méjico, 1963, cap. VIII, n. V, pág. 168.

(297) MICHEL VILLEY, *Leçons d'Histoire de la...*, "Lectures Critiques", IV, *Coing*, II, págs. 307 y ss., y en su *Nota crítica* al libro de MAURICE DUPUY, *La philosophie de Max Scheler, son evolution et son unité*, en Ar. Ph. Dr., V, 1960, págs. 233 y ss. En especial, en la pág. 236 explica la superioridad del método tomista "fundado no sobre la intuición vaga que la emoción se forja de los valores, sino sobre el análisis preciso que efectuaba la inteligencia de la esencia final de los seres, hombres, familias, ciudades", "más adaptable a las necesidades del arte jurídico".

(298) Cfr. nuestro discurso *El derecho natura! como arte jurídico*, 3 y 6, en *El derecho natural hispánico*, cit., págs. 467 y ss. y 475 y ss.

sin confundir *vero* con *certo* y ayudándonos con lo *verosimilia* —dichas las tres palabras subrayadas en terminología viquiana (300)—, después de agotado al máximo el rigor asequible.

Realmente, como ha advertido Michel Villey (301)—, la actual situación de la filosofía, y concretamente la del derecho, dimana de que se perdió el camino en el momento del debate filosófico entre el nominalismo y el realismo. Por ello, propone que «en lugar de practicar la huida hacia adelante, esclavos del prejuicio moderno», remontemos la historia hasta la encrucijada en que «los modernos», «se descarriaron y volver al camino del realismo clásico que equivocadamente abandonaron».

28. Para concluir esta parte del estudio que acometemos conviene que nos enfrentemos con un hecho advertido por Hernández Gil (302): «el concepto del ordenamiento jurídico ha sido más ampliamente acogido por los administrativistas que por los civilistas».

Entre aquéllos, tenemos alguna posición normativista —al estar fundado el derecho en el *deber ser*—, como es la de Garrido Falla (303), y otras integradas o próximas a la concepción institucional, como la de García de Enterría (304), quien lo considera una realidad dinámica que funcionaliza las normas jurídicas en «un sistema social dado y en la organización formal o informal de que el mismo se dota», que permanece en tanto subsistan sus principios, aunque cambien las normas, y en el cual coexisten, formalizadas o no, diversas fuentes del derecho, pues nunca se ha logrado alcanzar plenamente el monopolio —pretendido en algunas fases históricas— del derecho por la ley.

La razón de la expresada diferente actitud en este punto, de los civilistas respecto de los administrativistas, explica el propio Hernández Gil que «posiblemente obedece a que el derecho civil, por su larga tradición histórica y evolución lenta, por haber moldeado instituciones muy consolidadas, así como por el carácter esencial y homogéneo de las normas organizadoras, predominante codificadas [recorremos en estos dos últimos puntos las reservas y precisiones de Figá], se muestra en sí mismo como una unidad orgánica y desde luego como un sistema. El derecho administrativo, por el contrario, de aparición mucho más reciente, aunque hoy goce de gran vitalidad como ciencia y técnica, cubre un ámbito sumamente extenso y vario de la realidad

(299) Cfr. MICHEL VILLEY, *Historique de la nature des choses*, Arch. Ph. Dr., 1965, págs. 267 y ss., y *Droit et nature des choses*, Paris, 1965, págs. 267 y ss.; y FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *La cuestión de la vigencia del derecho natural*, 3, en *El derecho natural hispánico*, cit., páginas 25 y ss.

(300) Cfr. *supra*, textos correspondientes a las notas 142 y 207.

(301) MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Lib. II, *Conclusion*, págs. 269 y s., y Lib. V, *Conclusion*, pág. 707.

(302) HERNÁNDEZ GIL, op. cit., 5, págs. 28 y s.

(303) FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, I.E.P., 1976, págs. 73 y ss.

(304) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, págs. 53 y ss.

jurídica, está más ligado que el derecho civil a la articulación política de la sociedad y del poder, y la ordenación en que se manifiesta corresponde a diversas escalas jerárquicas y es muy heterogénea». Lo que acucia a sus cultivadores a «buscar el sentido del orden, de la integración y de la unidad».

Esa diferente actitud puede deberse a la necesidad de abarcar el concepto de ordenamiento, mayor en derecho administrativo, como en general en el derecho público, que en las disciplinas tradicionales, dada la diferencia entre ordenamientos *espontáneos* y los *construidos* advertida por Luis Figa (305): «Derecho civil, derecho mercantil, derecho penal son, en la actualidad, sistematización y formulación de órdenes sociales creadas, desarrolladas y evolucionadas espontáneamente a través de siglos y pueden servirnos para ver más claramente y para constatar más exactamente lo que diferencia y separa de manera radical un ordenamiento *espontáneo* de un ordenamiento *construido*». En cambio, los ordenamientos *construidos*, explica (306), precisos hoy para ordenar «los servicios y ventajas que el Estado proporciona y que sólo al Estado puede proporcionar», requiere un «montaje artificial de una estructura»; pues, no basta «un conjunto de normas aisladas separadas por espacios susceptibles de ser llenados a partir de un sistema común de conceptos, valores y medidas», sino que «debe ser positivamente completo», sin que sea posible «comportamiento paralelo alguno». Ha de ser, y es, «artificial deliberado y único», que «necesita prever y cubrir todas las eventualidades».

Tal vez por esos motivos sea menor el interés que han sentido los civilistas por la construcción conceptual del ordenamiento jurídico.

Hemos visto antes (307), reflejado en imagen, lo que entendió Castán Tobeñas.

Federico de Castro (308) parte de una comprobación: «Cada norma o grupo de normas adquieren sentido dentro del conjunto total de normas de la organización; cada una supone y, en cierto sentido está condicionada por las otras, cada cambio o sustitución repercute sobre las demás».

Observa que el ordenamiento jurídico ha sido enfocado bajo tres perspectivas: como *conjunto total de normas* (Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento *Real*); como *sistema jurídico* o «construcción teórica instrumental», y como *orden* jurídico o realidad de la reglamentación-organización», «en su multiplicidad de relaciones jurídicas y en la jerarquía de poderes y deberes reguladores de la vida social».

Tres puntos que, dice De Castro, no deben separarse: «El conjunto de normas será necesario considerarlo en su unidad lógica (sistema), para poder ser reconocido teóricamente, y para juzgarlo teleológicamente será preciso observarlo en su funcionamiento real (orden). El orden jurídico, será el último objeto de las normas en cuanto es dar

(305) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. a, 2.

(306) *Ibid.*, 3

(307) Cfr. *supra*, notas 3 y 4.

(308) FEDERICO DE CASTRO, *op. y vol. cits.*, cap. I, IV, págs. 62 y s.

calidad a la jerarquía de fines», refiriéndose a la *ordinatio* según la concepción tomista.

Díez Picazo y Gullón Ballesteros (309) lo han considerado como «una realidad orgánica porque no es sólo el conjunto de normas abstractamente formadas, sino también la forma y la manera cómo las normas se ejercitan, se desarrollan y se aplican los juicios de valor en que vive inmerso y la mentalidad de los hombres que lo ponen en práctica».

José Luis de los Mozos (310) cree que «norma, principio y sistema son los tres elementos o factores que integran el ordenamiento jurídico, es decir, lo que comunmente llamados derecho objetivo», que considera fuera de «los viejos resabios del positivismo, hoy superados».

Figa Faura (311) dice: «llamaremos ordenamiento jurídico al grupo o conjunto de normas caracterizado, frente a otro u otros grupos de normas, por unos específicos, peculiares y distintos modos de entendimiento, interpretación y aplicación». Modos, que, como al exponer su tesis hemos visto, son determinantes de la especie de ordenamiento de que se trate.

Ninguna de estas exposiciones expresa una concepción cerrada, totalitaria ni rígidamente jerarquizada.

XI

¿UNIDAD DEL ORDENAMIENTO O PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS?

29. La unidad del ordenamiento jurídico, y su monopolio estatal, resultan evidentes para Kelsen, Hart y Bobbio, según hemos visto. En Kelsen es así por su norma «fundamental», en la que se basa en estructura escalonada de su pirámide jurídica. En Hart se mantiene por la «norma de reconocimiento», completada por las de «cambio» y «adjudicación». Y en Bobbio resulta por ser la ley la única «fuente de calificación jurídica» de las demás, que le quedan subordinadas.

No ocurre igual para Santi Romano, según quien —como hemos visto— se identifican *ordenamiento* e *institución* u organización social, en cuanto «unidad delimitada y permanente», que «no pierde su identidad, al menos necesariamente, siempre que cambian sus elementos concretos, las personas que la integran, el patrimonio, sus medios, sus intereses, sus destinatarios, sus normas, etc.» (312). Hay entre la institución y sus normas una «misma implicación»: «la institución es tal en cuanto establece normas y la norma deriva de la fuerza de la

(309) LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1977, pág. 33.

(310) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho civil español. Parte General*, vol. I, Salamanca, 1977, págs. 380 y ss.

(311) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. b.

(312) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 12, 4, pág. 127.

institución» (313). Pero no es necesaria la regulación de una relación interna de superioridad-subordinación correlativas (314).

En los ordenamientos derivados, explica Justo López (315) que las normas organizativas y los elementos organizados «son puestos por el ordenamiento originario del cual derivan total o parcialmente según que la derivación sea total o parcial. Pero, esto se refiere a la relación entre estos tipos de ordenamientos. *No hay ninguna necesidad lógica ni real de que sólo exista un único ordenamiento originario.* Todo ordenamiento es un sistema que se puede calificar de normativo-social, lo cual implica que tiene una *unidad*; pero de eso no se sigue la *unicidad* del ordenamiento. Una cosa es que cada ordenamiento sea uno (tenga unidad) y otra que no pueda haber sino un ordenamiento único».

«La diversidad de ordenamientos —anticipa el mismo autor (316)— plantea el problema de sus relaciones recíprocas que aparentemente no aparece en la tesis "monista". Sólo aparentemente, pues la cuestión se plantea para el monismo como la relación entre órdenes normativos parciales y de éstos con el ordenamiento». Así lo hemos visto antes planteado por Hart y Bobbio.

La pluralidad de ordenamientos podría dar lugar, según Santi Romano (317), a una situación *de irrelevancia*, significativa de que «no hay entre ellos relación alguna». Pero, cree que la pluralidad se resuelve «necesariamente» en la *relevancia* «que uno de ellos puede tener para con los demás».

El axioma de la *impermeabilidad*» de cada ordenamiento, Santi Romano lo restringe en el sentido de que «en un determinado ordenamiento originario no pueden tener valor las normas de otro ordenamiento si no es en base a normas del primero», pues no acepta la tesis de que, «inversamente», «un ordenamiento sólo debe considerar jurídicas sus normas y estimar irrelevantes todas las demás en cuanto tales». Lo cual juzga que «no sólo es arbitrario, sino que además está en abierto contraste con la realidad». Es decir, el principio de que todo ordenamiento originario es exclusivo, sólo debe admitirse en el sentido de que aquél *puede*, efectivamente, pero no de que *debe necesariamente* negar valor jurídico a cualquier otro». «Un ordenamiento —concluye— puede ignorar o, incluso, negar a otro ordenamiento; puede tomarlo en consideración atribuyéndole un carácter diverso del que él mismo se atribuye a sí mismo, y puede, por tanto considerarlo como un mero hecho. Pero no se ve porqué no pueda reconocerlo como ordenamiento jurídico para determinados efectos o en la medida o con las calificaciones que estime oportuno atribuirle».

Ahora bien, en una concepción positivista, el significado de las palabras *puede* y *debe* carecer de sentido con referencia a la norma sobe-

(313) *Ibid.*, § 13, pág. 130, nota adicional 30, ter.

(314) *Ibid.*, § 17, pág. 144.

(315) JUSTO LÓPEZ, *loc. cit.*, VIII, pág. 197.

(316) *Ibid.*, V, pág. 190.

(317) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 34, pág. 248, con su nota adicional

rana. Por eso, las concepciones de Kelsen, Bobbio y Hart son monistas para cada ordenamiento «originario»; y los «derivados» no son sino delegaciones o ratificaciones de una normatividad delegada y subsumida por aquél. Santi Romano, con su postura institucional y organicista, emplea la denominación de ordenamiento en un sentido distinto, más lato; pero no escapa a la aporía que, positivístamente hablando, significa decir que el ordenamiento, con soberanía para rechazar validez normativa o concederlo a otros, *debe* conferírsele, o bien a la redundancia de afirmar que *puede* no concedérsela.

El deber y el poder, en un positivismo jurídico sin trampa ni cartón, no tiene sentido jurídico sino en los niveles por debajo de la disposición de la «norma fundamental» de la «norma de reconocimiento», o de la «fuente de calificación jurídica». A no ser que el positivismo se sitúe al nivel de las posibilidades de mero hecho: de modo que allí donde no llegue el poder del Estado, por encontrar una resistencia a la que no pueda vencer (tanto si ocurre en el interior o bien en el exterior, ante la soberanía de otro Estado no reconocida en algún territorio o en determinada zona marítima) o con la que no quiera chocar; y, aún en este caso, se partirá de una estimativa en la cual el juicio del deber o del no deber resultará de una mera valoración de fuerzas o de una capacidad de resistencia, o bien del costo de todo tipo (político, social, económico...) de la posibilidad de imponerse.

Siendo así, la pluralidad de ordenamientos dentro de un mismo Estado, o bien sería consecuencia de la «norma fundamental», de la «norma de reconocimiento» o de la «fuente de calificación jurídica» —y, en ese caso, habría siempre «unidad, con autorizaciones o delegaciones», que asimilarían o subsumirían los demás ordenamientos en general conforme la voluntad del soberano— o, por el contrario, se trataría de una simple cuestión de hecho (318).

No hay escapatoria; pues, tocamos lo que Justo López (319) denomina «punto crítico» para la «ideología» del positivismo jurídico: «la cuestión de la *validez en sentido material* (usamos esta expresión corriente por mera comodidad) del ordenamiento jurídico, *cuestión vedada*, según aquélla, ideológica». Como ejemplo, al nivel más asequible y no trascendente a la humanidad, pone el del Estado que no reconozca a la comunidad internacional: «¿no significaría que el Estado se reserva la libertad de *actuar en contra de todas las normas de aquella comunidad*? ¿Debería admitirse, entonces, que tal reserva *convertiría sin más y absolutamente en válida* cualquier actuación del Estado contrario a esas normas?».

De ahí que algunas concepciones positivistas hayan abierto ventanas a las ideologías o a los valores predominantes en la opinión pública o encarnadas en la mayoría. Es decir, a una nueva immanencia, esta vez no estatal sino social. Y, aquí, queda sin respuesta otra pre-

(318) El Estado de derecho, cuando aquél convierte cuando quiere en derecho, es una tautología en los Estados modernos. Cfr. nuestro estudio *El Estado de derecho*, en VERBO, 168, septiembre-octubre 1978, págs. 1035 y ss.

(319) JUSTO LÓPEZ, *loc. cit.*, VI, pág. 194.

gunta, ¿cómo se guiará la opinión pública o la mayoría que imponga su odeología? ¿Por intuición?: entonces dependerá de un subproducto del derecho natural de las gentes, sin explicar —por menos fundamentado, ponderado, matizado y contrastado—. ¿Por los *mass media*?: entonces quedaría a expensas de la ideología que más y mejor los supiese manipular, apoyada en el poder, sea del Estado, o de los partidos, o de las multinacionales económicas o políticas, grupos de presión, etc. No cabe, pues, sino el intento de buscar una pauta que nos trascienda, en el orden de la creación, en la naturaleza, incluida la del hombre —no abstracto sino real, concreto y completo— y la de las cosas, en su más amplio sentido. En ese supuesto los mentores no podrían ser ni los expertos en publicidad, ni los políticos en el sentido usual que hoy damos a esta palabra para expresar a quienes luchan por obtener o conservar el poder, finalidades para las que resulta un medio la conquista de la opinión pública o de la mayoría de votantes.

Volviendo al pluralismo, tal como lo observa Santi Romano, y a las «relevancia» o «irrelevancia», antes expuestas, creemos de interés señalar dos ejemplos que pone, de «irrelevancia» relativa.

Uno (320) es el de quien establece un ordenamiento «para sus familiares, para las personas que estén a su servicio, para las cosas que están a su disposición, para sus huéspedes, etc.»; y, así, «crea en esencia una pequeña institución de la que se erije en jefe»: «sin embargo, la configuración de la institución no debe buscarse en las leyes del Estado, que, por su parte, consideran aisladamente y desde otros puntos de vista, tanto el domicilio de la persona, para garantizar su libertad, como sus relaciones con las personas que constituyen su familia o están a su servicio, o con las cosas sobre la que ostenta un determinado derecho». Pero esto, dice, «resulta indiferente, al menos de modo directo, para aquel "derecho doméstico"» (321) del que el derecho estatal no se ocupa sino de sus relaciones externas o de sus límites.

El otro ejemplo que pone (322), es el de la constitución de una escuela o de un establecimiento industrial por una persona como *do-*

(320) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 19, págs. 166 y s.

(321) Esa distinción fue bien formulada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-II^a, q. 57, a. 4, *resp.* y q. 58, a. 7, *ad.* 3. En el primero de estos dos textos distingue lo que es "otro en absoluto o completamente distinto" en los hombres "sometidos al mismo príncipe de la ciudad" y lo que "es llamado otro no en absoluto, sino relativamente, como parte subsistente de otro ser"; y así ocurre en la relación de padre a hijo, "y por eso no existe entre ellos el derecho en sentido absoluto sino un justo relativo, esto es, el paterno"; y "puesto que entre el varón y la mujer existe una relación inmediata en la sociedad doméstica": "de ahí que entre ellos no se dé tampoco en un sentido absoluto lo "justo político", sino más bien un justo doméstico" (*iustum oeconomicum*).

La diferencia de la concepción del Aquinatense, es que parte de la existencia de un orden natural —que no debemos confundir con lo que se ha denominado *ordo político* medieval, que algunos presentan como caricatura del *ordo naturalis*—; y no de lo que el Estado, fácticamente, quiera y pueda estatuir.

(322) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 19, págs. 167 y s.

minus. Ciñéndose al segundo supuesto, distingue dos perspectivas. En sí mismo, el establecimiento constituirá: «una institución para su derecho interno y, como tal, tendrá un jefe, un legislador, súbditos, leyes propias, todo un esquema de engranajes administrativos y de autoridad; será, por tanto, un mundo jurídico en sí mismo completo en su género y en sus fines». En cambio, desde la perspectiva del derecho estatal, podrá ser algo muy distinto: «o estará desintegrada en las más variadas relaciones que medien entre las personas que la integran o, como unidad, será considerada como una *universitas rerum*, o como un conjunto activo o pasivo de un ejercicio comercial».

En cuanto a la «relevancia», explica Santi Romano (323): «El Estado, que de por sí ya es una institución, está comprendido en aquélla más amplia que es la comunidad internacional, al mismo tiempo que dentro de él pueden distinguirse otras instituciones, como los entes públicos subordinados, los municipios, las provincias, incluso los distintos órganos entendidos como oficios en el Estado moderno, los llamados poderes legislativo, judicial y administrativo; los organismos contemplados en el derecho administrativo, como las escuelas, las academias científicas, los establecimientos de todo género, etc.».

30. Figa Faura, partiendo de su antes resumido concepto de norma jurídica —como «la parte visible del iceberg jurídico» que sólo puede ser entendida abarcando «su aspecto no formulado explícitamente»— y de la perspectiva que expone del ordenamiento jurídico —como «grupo o conjunto de normas caracterizado frente a otro u otros grupos de normas por unos específicos, peculiares y distintos modos de entendimiento, interpretación y aplicación» (324)—, prosigue su razonamiento, exponiendo (325):

«... si la vigencia simultánea de varios sistemas normativos pertenecientes a diversos Estados puede tener múltiple justificación y, en último término y a falta de otra, la del empeño de afirmar la propia soberanía —la coexistencia *intraestatal* de varios grupos normativos no compatibles, no puede ser debida más que a una causa: a la coexistencia de dos o más sistemas de principios generales, origen, causa o *ratio* de las normativas citadas». Y, tratándose de normativas «sustancialmente y casi exclusivamente constitutivas de órdenes espontáneos, habrá que admitir que la vigencia de sistemas de normas de conflicto *intraestatal* denuncia la coexistencia en el interior de la comunidad nacional de grupos sociales presididos por sistemas conceptuales y axiológicos distintos, admitidos, respetados y protegidos como tales por los poderes públicos».

Esta coexistencia, dice, puede estar localizada geográfica o funcionalmente.

La localización geográfica «se da, por ejemplo, en los derechos civiles forales, delimitados por las normas de derecho interregional

(323) *Ibid.*, § 12,3, pág. 125.

(324) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. b.

(325) *Ibid.*, b, 2.

(arts. 13 al 16 del Código civil), demostrativos de la existencia de grupos sociales localizados geográficamente, cada uno de los cuales se ha organizado espontáneamente bajo sistemas de principios propios».

La localización geográfica «se da, por ejemplo, en los derechos consecuencia de los diversos papeles (roles) o funciones que el individuo puede y, no pocas veces, debe desempeñar en ella»; y se rige, «al jugarlo, y *solamente al jugarlo*», por «normas que pueden hallarse en total contradicción con las que presiden normalmente la vida de la sociedad».

Con ese criterio, «la vigencia simultánea *en un mismo ámbito estatal* de varios sistemas de principios generales compatibles (comprensivos cada uno de ellos de una base conceptual, una jerarquía de valores y un sistema de equivalencias o unidades de medida propios) lleva, necesariamente, a la vigencia simultánea de normativas primarias no compatibles que una vez admitida legalmente, exige el establecimiento de normas de conflicto y no pocas veces supone diferentes elencos o diferentes órdenes de prelación de fuentes».

Advierte Figa (326) que la pluralidad de sistemas de principios generales «no es, sin embargo, perceptible a simple vista»; porque «los ordenamientos positivos procedentes de órdenes sociales espontáneos se limitan a constatar *reglas*, es decir, simples consecuencias de unos principios que no formulan expresamente». Por eso, cree que la pluralidad de ordenamientos se pone de manifiesto, de modo más patente, «en la inevitable pluralidad de normas primarias de conducta y en la no menos inevitable formulación de sistemas de normas de conflicto».

Así, en no pocos países y en el nuestro entre ellos, «el sistema jurídico estatal —prosigue Figa (327)— está compuesto de una pluralidad de ordenamiento coordinados entre sí y delimitados por medio de sistemas de conflicto». Y no ve inconveniente en denominar «*ordenamiento jurídico general* a este heterogéneo conjunto». Sin embargo, matiza que «el empleo de tal denominación, en el caso en que responda a un auténtico interés en presentar las cosas de manera más exacta, obliga a calificar el tipo —espontáneo o construido— a que pertenece y a comprobar si y de qué manera tal ordenamiento general cumple con los requisitos básicos», «fundamentalmente si y de qué manera se estructuran en él las normas primarias y las secundarias de reconocimientos, de cambio y de adjudicación».

Ese ordenamiento general estatal «es *construido*» —«cualquiera que sea el tipo a que pertenezcan los ordenamientos que lo constituyen»— y constituye «un *artefacto* con el cual el poder político construye o pretende construir o mantener una sociedad con arreglo a una determinada manera de entender lo que clásicamente ha recibido el nombre de justicia general o arquitectónica». Efectuándolo, sea con actitudes «de admisión, rechazo o indiferencia, respecto de los ordenamientos espontáneos, y con la construcción de los gubernativos pro-

(326) *Ibid.*, I. D.

(327) *Ibid.*, II.

pios, dosifica aquellos valores que cree dignos de ser tenidos en cuenta en la edificación de lo que cree debe ser una sociedad bien ordenada».

31. Para completar la perspectiva que nos ofrece Luis Figa, es preciso seguirle en su comprobación del juego individualizados del sistema de fuentes y normas de conflicto, de interpretación, de cambio y de adjudicación.

1) *Sistemas de fuentes*. El hecho «de que dos espacios estén regidos por distintas fuentes revela o puede ser indicio de la existencia de dos ordenamientos» (328).

Hemos visto antes (329) que es diversa la posición que la costumbre tiene, respecto de la ley, en el derecho foral de Navarra y la que mantiene el Código civil; e igual ocurre, en derecho mercantil, con los usos de comercio. Alonso Olea, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia (330), ha destacado el carácter de fuente específica que tienen en derecho del trabajo los convenios colectivos de carácter normativo general, así como el de las sentencias normativas y los laudos normativos. Recordemos las llamadas al derecho natural de la compilación foral de Aragón. Y añadamos, ahora, las observaciones de Figa (331) acerca de que el derecho mercantil, en «su condición histórica de ordenamiento perfecto», que «obedece a una tabla de valores y a unos principios radicalmente opuestos a los vigentes en el mundo civil».

2) *Normas de conflicto*. Figa (332) constata la diferencia entre colisiones: a) *interestatal de ordenamiento*, b) *intraestatal de ordenamientos*, c) *de fuentes de determinado ordenamiento*, y d) *de normas derivadas de una misma fuente*.

Los dos primeros grupos significan la existencia de ordenamientos diferentes y requieren «verdaderos sistemas de *normas de conflicto*», «en sentido técnico». El último se concreta a las *antinomias legales*. Y el tercero o de *prelación de fuentes*, cuando se producen diversos órdenes de prelación «es —dice—, por lo menos, indicio de que hay algo más, y más decisivo, que permite afirmar sin lugar a dudas la existencia de un ordenamiento jurídico».

3) *Normas de interpretación*. Apunta Figa (333) que los «sistemas de principios *informan* los respectivos ordenamientos», en terminología del artículo 1, 4, Código civil. Y, como hemos visto (334), los principios informativos que presiden la interpretación de su respectivo sistema son diversos en los derechos civiles especiales y forales, como específicamente declaran las compilaciones de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra e implícitamente resulta para la de Vizcaya y Alava.

(328) *Ibid.*, I, C, b, 1.

(329) Cfr. *supra*, 16.

(330) MANUEL ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, VIII, págs. 103 y ss. y IX, C. a, a', págs. 120 y ss.

(331) FIGA FAURA, *op. cit.*, III.

(332) *Ibid.*, I, C, b, 2.

(333) *Ibid.*, I, C, b, 3.

(334) Cfr. *supra*, 16.

«En todo caso —concluye Figa— la pluralidad de criterios interpretativos es consecuencia natural de la pluralidad intraestatal de ordenamientos no compatibles y supone la aplicación de tales criterios a la *totalidad* de las normas constitutivas del ordenamiento, del ordenamiento respectivo *cualquiera que sea su procedencia*».

4) *Normas de cambio*, es decir, determinantes de «las personas y órganos legitimados para formular y promulgar válidamente normas "nuevas" y para derogar las "antiguas"». Figa (335), en este punto, cree que «no puede extrañarse», «que una pluralidad de ordenamientos sea perfectamente compatible con la existencia de un único poder legislativo»; ni tampoco que «la existencia de órdenes sociales espontáneos geográfica o funcionalmente diferenciados postulen unas normas de cambio específicas —sobre todo cuando dispusieron de ellas en el pasado, antes de su absorción y desaparición en aras de un mal entendido estatismo o centralismo».

Aquí surge otra cuestión, que no escapa a Figa, el peligro de que el órgano legislativo, «en su omnipotencia, se empeñe en *construir* ordenamientos que sólo pueden surgir de la espontaneidad social y en modo alguno de una política gubernativa, es decir, partidista. Tentación en la que no cayeron nuestros legisladores del siglo XIX, como puede comprobarse leyendo el Real Decreto de 6 de octubre de 1888 por el que se manda publicar el Código civil».

Ahora bien, el peligro, general para el derecho privado, que Figa advierte en «el órgano legislativo supremo», no desaparece en los órganos legislativos de las regiones forales, en especial si son elegidos por sufragio entre las candidaturas propuestas por los partidos políticos. Los ordenamientos espontáneos pueden ser ahogados por uno u otro órgano legislativo.

El tema tiene mayor hondura, que recoge Puig Brutau (336), de Roscoe Pound, los Mazeaud, Zeiler, Philipp Heck, Benjamín Cardozo, F. W. Eggleston, y está relacionado con el planteamiento que, con perspectiva histórica, habíamos planteado hace ya años acerca del legislar como *legere, velle, agere o facere* (337).

«El Estado moderno —dice Puig Brutau—, en todas sus pretensiones de monopolizar la creación del derecho, no pueden ocultar el hecho indiscutible de su escasa vocación y competencia para regular el derecho civil en sus grandes líneas de conjunto y en sus aspectos más fundamentales». Pero, ese defecto es extensivo a cualquier órgano legislativo de análoga contextura de los que ostentan el poder legislativo estatal.

5) *Normas de adjudicación*, o sea, «las que organizan y fijan las funciones de los órganos jurisdiccionales».

(335) *Ibid.*, I, C. b, 4.

(336) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, cap. IV, 4.^a, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1981, págs. 189 y ss.

(337) *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, loc. cit., *supra*, nota 193 y *Los juristas ante las fuentes y los fines del Derecho*, loc. cit., *supra*, nota 122.

En ese punto, subraya Figa (338) la «caótica situación actual, consecuente de la colisión de dos ideas incompatibles».

Una, que «si hay varios ordenamientos jurídicos y si esta pluralidad intraestatal tiene su origen en una pluralidad de sistemas de principios generales de convivencia, la comprensión, interpretación y aplicación de sus respectivas normativas debe ser hecha —si se quiere captar su estructura fina— por personas inmersas, insertas en el grupo social regido por ellas e imbuidas de aquellos principios».

Otra, que «la idea de la norma como fórmula de contenido exacto, preciso —es decir, como fórmula matemática—, susceptible de ser correctamente entendida, interpretada y aplicada por cualquier jurista, cualquiera que sea su procedencia jurídica o geográfica» ... «lleva al nomadismo judicial que, al albur de múltiples circunstancias, puede llevar a un magistrado de una Sala de lo civil a otra de lo contencioso-administrativo o de lo penal, o de una región de derecho civil común a otra de derecho foral».

Esto explica por qué «hay en la actualidad ordenamientos que claman por el establecimiento de unos órganos jurisdiccionales propios, hoy inexistentes».

Enfocando el derecho mercantil, recuerda Figa Faura (339): «Tuvo su origen y desenvolvimiento en el seno del estamento comercial que creó su propia normativa, un peculiar sistema interpretativo —la equidad mercantil— y unos órganos jurisdiccionales propios —los Tribunales de comercio—, obedeciendo todo ello a una tabla de valores y a unos principios radicalmente opuestos a los vigentes en el mundo civil». Durante siglos, su ordenamiento propio «no tenía otro contacto en el ordenamiento estatal que la garantía dada por éste a las decisiones de los Tribunales de comercio». Pero, desde el siglo XVII, «las cosas empiezan a torcerse: la sumisión de los Tribunales de comercio al poder Real, la codificación colbertina, la paulatina desaparición de la equidad, ahogada por el imperio de la ley escrita, las codificaciones ochocentistas, la supresión de los Tribunales de comercio, la progresiva y forzada mercantilización del ordenamiento civil; todo ello con el pretexto del bien público y apoyado en la confusión doctrinal, ha llevado a la situación actual de un ordenamiento civil; todo ello con el pretexto del bien público y apoyado en la confusión doctrinal, ha llevado a la situación actual de un ordenamiento que si ha sido bárbaramente mutilado, conserva, sin embargo, sus elementos esenciales: un conjunto de normas escritas, unos usos propios —es decir—, una normativa derivada de unos principios generales característicos— y un sistema de normas de conflicto». Todo lo cual, a juicio del propio Figa, le califica de «ordenamiento» y postula «el restablecimiento de aquellos elementos de que, sin razón suficiente, ha sido privado». Estima reforzada esta conclusión al considerar «como índice de un vacío temporal»: «los pobres resultados alcanzados por la "absorción" hasta ahora producida y la situación es-

(338) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. b. 5.

(339) *Ibid.*, III.

casamente envidiable en que, como consecuencia de ella, se encuentran los grupos sociales interesados».

Y concluye con la advertencia de que la absorción de un ordenamiento por otro: lleva «a la aniquilación de uno de los dos, con el consiguiente sacrificio del grupo social al que servía y de sus fines, o a la creación de un ordenamiento híbrido, inservible o gravemente perjudicial para ambos grupos».

Ruego, a mi admirado y querido amigo Luis Figa, que me perdone si digo —naturalmente en un sentido para mí encomiástico— que sus razonamientos centrales se mueven en la esfera del deber ser, independientemente de su positividad no sólo impuesta sino seguida por la común opinión e incluso, en ciertos aspectos, de lo vivido como consecuencia de las confusiones positivas. Se pronuncia por un deber ser, indudablemente no fundado ideológicamente, ni elaborado con caldo de cabeza, sino apoyado en datos reales que, a través de la experiencia histórica y actual de lo vivido y de los vacíos sentidos, muestran que existe un orden asequible a nuestra inteligencia en parte, por lo menos si empleamos la propia experiencia, con el conocimiento de la históricamente acumulada y su análisis racional con vistas al bien común.

Precisamente, este análisis le facilita su respuesta (340) a la pensable objeción de que su «modo de ver las cosas va en contra del sentido de la historia, presuponiéndose con ello que la absorción parcial del ordenamiento mercantil hasta ahora producida, no es más que una etapa en el camino que lleva ineluctablemente a su absorción total». Las razones, basadas en las consecuencias producidas, le impulsan a contestar: «se puede conseguir que todos los gatos sean pardos siempre que se acepte el hecho de quedar a oscuras». Es decir, siempre que hagamos de la razón, identificada al movimiento de la historia, «la noche negra donde todas las vacas son negras», según la repetida expresión, aplicada por Sciacca (341) a la concepción hegeliana que identifica lo racional y lo real.

XII

CONCLUSIONES

32. Para resumir los resultados, a los que las observaciones de la panorámica oteada nos ha permitido acceder, nos parece más conveniente invertir el orden seguido, y recorrerla, en sentido inverso, comenzando por el concepto más general, y pretendidamente omnicompreensivo, de ordenamiento jurídico, para descender después al de las fuentes del derecho y a su aplicación.

(340) *Ibid.*, loc. últ. cit.

(341) MICHELE FEDERICO SCIACCA, *Reflexiones "inactuales sobre el historicismo hegeliano"*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1975, pág. 17.

A) Es patente y constante la pugna por extender el concepto de ordenamiento jurídico, elaborado por el positivismo, y por abrirle ventanas, a fin de que entren el aire y la luz. Pero, para analizar ese afán por escapar de la estrechez y cerrazón que asfixia, debemos analizar las causas de éstas.

Para tal análisis nos ayudará la sintética distinción mostrada por nuestro querido maestro el profesor De Castro, que antes hemos referido (342), de su múltiple enfoque como «conjunto total de mandatos», como «construcción teórica instrumental» y «realidad de la reglamentación organizadora».

Esta última, si la ceñimos sólo a lo social o reducimos su ordenación jurídica a lo positivamente organizado o vivido, olvidando la finalidad de la regulación justa y útil para el bien común, la convertimos en esa «noche negra donde todas las vacas son negras» y en cuya oscuridad «todos los gatos se ven pardos». Negrura, de la que no nos libran las ventanas que sólo dan paso a los espejismos de las utopías, la confusión de las ideologías o la nebulosidad del piélago de los valores, con su tópica irresoluble si no es ideológicamente. Es preciso abrirlo a la plena luz del sol que ilumine la realidad entera, con su axiología pero también su teleología, en una perspectiva ontológica que, en lo posible, alcancemos; pensando —como recuerda el propio Castro Bravo— que se halla en la *ordinatio* «la función básica del derecho» y que «las normas jurídicas tienen que ser juzgadas no en su consideración aislada, sino en conjunto, como indicara Santo Tomás, por su origen, materia y fin, por su resultado total en la realidad». Con lo cual, excedemos y superamos los estrechos límites inmanentes de cualquier positivismo.

La primera perspectiva, más modesta, ceñida al *Diccionario* y al significado histórico de la palabra, como «conjunto total de mandatos» de un determinado derecho positivo, y, específicamente, en una de sus ramas; puede mantener su utilidad si la contemplamos inmersa en el *ordo* trascendente que podemos divisar. En otro caso, formamos un *totum revolutum* estéril, campo de toda clase de ejercicios de circo mentales, frente al cual hemos visto operar los intentos de apertura a favor del concepto pluralista de los ordenamientos jurídicos.

La segunda perspectiva, la de esos varios intentos de «construcción teórica instrumental» (hemos observado los de Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio), es inútil en su conjunto —aparte de que se hayan alcanzado ciertos logros parciales en la clasificación instrumental de las normas, aunque resulte a costa de olvidar lo más esencial de su contenido material—, en cuanto se ha tratado de dotarla de plenitud y autosuficiencia, sólo abierta por Bobbio (343) para «*rompere l'ordine (mediante un movimento rivoluzionario)*».

Ese intento de explicación genérica, total, «válida para todos los hombres, tiempos y lugares», tan pretenciosa como inefectiva e inútil,

(342) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 308.

(343) BOBBIO, *Il positivismo...*, cap. VII, 60, pág. 308.

como hemos visto demostrado por Luis Figa (344), lleva a que cada «constructor» trate además de levantar el edificio total, según su perspectiva parcial, que pretende totalizar. Así, como ha mostrado el propio Figa (345), «los iusprivatistas pretenden disponer de una teoría general aplicable a todo ordenamiento, no sólo existente sino pensable, en el que las peculiaridades "gubernativas" son olvidadas o tenidas por aberraciones que no merecen ninguna atención»; y «los iuspublicistas, también, creen disponer de una teoría general, igualmente aplicable a todo ordenamiento existente o pensable, en la que los ordenamientos espontáneos constituyen una pequeña anomalía destinada a desaparecer a corto plazo».

33. Nos hallamos ante fenómenos mentales con doble vertiente.

Una gnoseológica: la pretensión de abarcar, con sólo nuestra mente, la coherencia inabarcable, por ella, en su plenitud, en un solo esquema, detenido en un instante dado. Es un intento de sustituir la coherencia de la realidad —que se nos escapa— por nuestra propia coherencia mental que no refleja de aquélla sino la parte que captamos, disecándola. O bien, que se imagina lo que quisiera que fuese, desde el aprendiz a jurista que monta un fútbol mental con el concepto de una institución —en el que todas las jugadas le salen sobre el papel en que escribe su artículo..., pero fuera de la vida— hasta el profesor que monta un sistema en su cerebro o el genio, como Hegel, que explica la dialéctica de la Historia, hasta el triunfo en ella de la Idea en flagrante contradicción con sus presupuestos de que no existe sino *devenir* (346).

Otra *ontológica*, que se esfuma con la visión parcial pero totalizante, proyectada ante los actuales fenómenos de la masificación y la tecnificación, conexos y en cierto modo interdependiente, de los que nos hemos ocupado reiteradamente (347). Son fenómenos que no pueden olvidarse ni menospreciar, pero sin dejarse arrastrar por su corriente que pretende identificarse con aquélla «de la historia», tan ineluctable como ciega.

El derecho privado no puede encerrarse en un liberalismo filosófico ni en un liberalismo económico que, al dejar sin límites la autonomía

(344) Cfr. *supra*, 25, nota 269.

(345) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. a, 3.

(346) Cfr. M. F. SCIACCA, *op. últ. cit.*, págs. 19 y s.

(347) Cfr. nuestros estudios, *Derecho y sociedad de masas*, en "Rev. Jur. de Cataluña", LXVI, enero-marzo 1967, págs. 7 y ss., y *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, Taurus, 1969, *El hombre en la sociedad de masas*, en VERBO, 159-160, noviembre-diciembre 1977, págs. 1383 y siguientes, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, Madrid, Escelicer, 1971, y ampliado, Madrid, Montecorvo, 1975; *La tecnocracia* (Conferencia en la Interfacultad de Guarulhos, Sao Paulo, en la presentación de la 2.ª ed. en portugués de la op. últ. cit.), en VERBO, 158, septiembre-octubre 1977, págs. 1153 y ss.; y la trilogía de conferencias *Teocracia y tecnocracia. La tecnocracias sus objetivos unidimensionales y Tecnocracia, totalitarismo y sociedad de masas*, la primera expuesta en la Facultad Libre de Derecho de Méjico el 17 marzo 1981 y al día siguiente en la Universidad Popular Autónoma de Puebla, y las otras dos desarrolladas en sendos simposios, en San Antonio de Texas, entre los días 12-14 y 15-17 del mismo mes, todas pendientes de publicación.

de la voluntad, entregue los débiles a los abusos de los fuertes —hoy las grandes empresas multinacionales, estatales o nacional-monopolísticas, públicas, semi públicas o privadas—. Es el fenómeno que Federico de Castro (348) ha mostrado reiteradamente. Corresponde a la función primordial que las leyes imperativas deben tener en el ámbito del derecho privado. Limitar, en aras del bien común, cuando el orden público latamente entendido lo exija, aquella autonomía; pero sin crear ortopedias administrativas. Fue la principal tarea de las constituciones generales o leyes paccionadas del Principado de Cataluña para contrarrestar y abrogar las costumbres que propiamente no eran sino abusos basados en la prepotencia de los poderosos —ya fueren feudales o funcionarios de la administración real o de la justicia (349).

Pero tampoco el derecho privado, si queremos salvarnos del totalitarismo más absoluto imaginable, puede dejarse arrastrar, por la otra vertiente, hacia su absorción por el derecho público (350).

Es hoy una evidencia —advertimos hace años (351)— que en todos los países no comunistados conviven, en diversa proporción, de una parte, una sociedad integrada por familias con el soporte material de la propiedad, la previsión y el ahorro, con el impulso de la iniciativa y la responsabilidad de su jefe, y, de otra parte, una masa amorfa de población, tutelada por el Estado, con el porvenir sólo cubierto por los seguros estatales obligatorios que tienden a liberarla de todo riesgo y de toda responsabilidad patrimonial.

La protección de estas masas obedece inicialmente a una necesidad social y a una clara razón de justicia. Su proletarización, su pauperismo, su desarraigo requieren, sin duda, tutela. Y esa tutela se la brinda el Estado moderno —ya sea bien o mal orientada—, mediante el derecho laboral, con su organización de la seguridad social, con la democratización de la enseñanza, con la llamada redistribución de la renta nacional, la política del pleno empleo, las viviendas de protección estatal, etc., y, en suma, con la dirección y planificación de la economía.

(348) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1961, o Madrid, Civitas, 1975, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en "Estudios Jurídicos Varios" conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1964, págs. 7 y ss., y un trabajo en elaboración sobre la evolución del concepto de orden público en relación con la autonomía de la voluntad.

(349) Cfr. nuestros estudios *Incidencia práctica del "pactisme" en la teoría de las fuentes del Derecho*, 9, en *Anales de la R. Ac. de Jurisprudencia*, 6, 1978, págs. 29 y ss.; *Valor jurídico de las leyes paccionadas en Cataluña*, III, 13, en "El pactismo en la historia de España", cit., págs. 102 y s., y *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, III, 17, en "Rev. Jur. Cat.", LXXIX, 1980, 1, pág. 18.

(350) Cfr. GEORGES RIPERT, *Le déclin du droit*, 11.^a ed., cit., página 39, y RENÉ SAVATIER, *Du droit civil en droit public*, cap. I, 2.^a ed., París, Libr. Gral de Droit et Jurisprudence 1950, págs. 6 y s.

(351) Cfr. *Derecho y sociedad de masas*, 24, R.J.C., cit., págs. 34 y ss., y *Sociedad de masas y Derecho*, II, cap. I, 58, págs. 237 y ss.

Ahora bien, esa protección puede presentar muy notable diversidad de orientaciones y alcanzar niveles distintos.

Puede mantener un *statu quo* entre esos dos grupos de población e, incluso, favorecer la desmasificación del sector protegido, difundiendo entre sus miembros la propiedad, promoviendo su sentido de la responsabilidad, la previsión y el ahorro.

Pero también puede ampliar y fomentar la masificación. La protección a la masa cuesta cara y el Estado no puede dar más de lo que recibe, y en su esfuerzo por distribuir más puede, precisamente, extender la masificación.

La buena orientación no nos ofrece duda, es la de proteger, pero no a precio de incrementar la masificación, ni de congelar la desmasificación, que ha de ser, en definitiva, la verdadera meta.

34. Desmontado el concepto positivista de ordenamiento jurídico, como artefacto cerrado y pretendidamente autosuficiente, disponemos de luz para contemplar las denominadas fuentes del derecho.

B) Las *fuentes del derecho* las hemos observado, a través de la utilización de esta expresión, en el decurso de la historia del derecho: como *metáfora* explicativa de su *fundamento*, ya sea en el orden justo, o bien en el *appetitus societatis* y en el pacto; o como denominación genérica dada a los *hechos originadores de normas jurídicas*.

Ambos significados son correctos en sus respectivos contextos, sin sacarlos de aquél en el que respectivamente se la contempla.

El primero, contrapone dos posiciones incompatibles: la del derecho natural clásico, realista que busca, en lo abarcable, el orden ontológico de la naturaleza, sin desdeñar lo *verosimilia*, según los datos siempre revisables del sentido común y el juicio de la prudencia; y, de otra parte, las del derecho natural de la Ilustración, idealista y racionalista, aplicable a todos los hombres, tiempos y lugares, y las del derecho construido por el contrato social, que ha conducido al positivismo y al monopolio estatal del derecho, y, al final, como reacción al irracionalismo, la utopía y el nihilismo (352).

El segundo significado es también correcto, con tres salvedades principales:

Primera, que no se agote con el positivismo. Es decir, que no se impongan como autosuficientes las normas de derecho positivo con sus principios inmanentes, ya sea dimanantes de su normativa, de su sistema o de su ordenamiento positivo, o bien sociológicamente dominantes. Ni tampoco se pierdan en el irracionalismo de una decisión judicial libre, intuitiva o fundada en la ideología dominante en el momento histórico vivido, sin otras perspectivas ni reglas.

Segunda, que no se agote su panorámica en el estancamiento que recoge el derecho, como conjunto de normas, sino que abarque, en su pers-

(352) Cfr. nuestra respuesta *Del racionalismo inmanente al voluntarismo utópico y, de su fracaso, al nihilismo*, VI, en *Filosofía Oggi*, III-IV, octubre-diciembre 1980, págs. 531 y ss., o en *VERBO*, 191-192, enero-febrero 1981, págs. 236 y ss.

pectiva, su finalidad de irrigar para enriquecer la vida social. Específicamente, para el hallazgo de lo justo concreto, es decir, del derecho como *obiectum iustitiae*, en cada caso, a fin de determinar *quod iustum est*.

Tercera, que en esa función decisiva no se vean sus reglas como simples premisas mayores de silogismos, mecánicamente resolubles por la lógica normal, matemática y abstracta. Su imagen ha de ser la de los mojones que guían, que ayudan al jurista en la búsqueda, en cada caso, de la solución justa que escapa a todo raciocinio maquinal y al sentido unidimensional de estos. Pues requiere confrontación, ponderación, en una perspectiva amplia que no pierda la visión plena ni los detalles concretos, específicos del caso contemplado, sometido a consulta, dictamen o juicio. Mojones que, a veces, serán faros luminosos que guíen y otras veces obstáculos que habrá que salvar, con la orientación de otros hitos más adecuados, esclarecedores del buen camino, para la solución justa, perseguida con la mayor y mejor entrega.

