

¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos? *

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. *Planteamiento de esta cuestión.* 2. *Diversos sentidos de la expresión «fuentes del derecho».* 3. *Orden, ordenamiento y sistema jurídico.* 4. *Perspectiva de los elementos mediadores instrumentales entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos.* 5. *Preferencia jerárquica entre estos elementos mediadores.*

1. PLANTEAMIENTO DE ESTA CUESTIÓN

La pregunta formulada en el título contrapone las locuciones «fuentes formales del derecho» y «elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos». Esta contraposición plantea una cuestión que no es meramente terminológica, sino sustancial. Es de alcance a la vez ontológico y gnoseológico, afectante al mismo ser del derecho y de la ley humana, y a su conocimiento. Se halla entreligada a la vieja querrela del realismo metódico con el voluntarismo y el nominalismo, con su inherente positivismo, ya sea legalista o bien consuetudinario o judicialista.

Aún cuando, referida al derecho, la palabra «fuentes» tiene un antiquísimo sentido metafórico —como veremos en el siguiente epígrafe—, en el siglo XIX adopta un significado positivista, resultante de que el nominalismo había conducido la definición del derecho en el

* Este trabajo viene a ser complemento del aparecido en el número anterior de este Anuario «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre».

sentido inmanentista que en la Modernidad, primero, y por los filósofos ilustrados, después, se le había injertado¹. Si éste no es sino un producto de la voluntad humana o del sentimiento popular, sus fuentes son actos volitivos humanos o expresión de la conciencia de los pueblos. Savigny² ha escrito que la *fuerza creadora del derecho radica en la conciencia del pueblo*. De ahí que para él: la costumbre sea, a la vez, «signo del derecho positivo» y «uno de los elementos que concurren a la formación del derecho»; la ley también es³ «expresión del derecho popular» una vez que es «traducido por la lengua con caracteres visibles y revestida de una autoridad absoluta». Y, cuando⁴, «por la marcha natural de la civilización» y la «división del trabajo y de los conocimientos», el derecho, «que antes vivía en la conciencia del pueblo», «adquiere tal desarrollo que su conocimiento deja de ser accesible a todos los miembros de la nación», «la clase de los juriconsultos, que representa al pueblo de que forma parte», «prosigue el derecho popular en la determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle». Por eso —explica⁵—, la legislación y el derecho científico resultan los órganos que dan expresión al derecho popular cuando «se retira del pueblo la fuerza creadora».

Es de notar que, conforme este criterio de Savigny, el derecho se hace *positivo* por el solo hecho histórico de su vigencia en el espíritu del pueblo; y, si bien su contenido —a los ojos del propio fundador de la escuela histórica del derecho— conserva el originario sentido de la justicia⁶, su validez sólo depende del hecho de hallarse subsumido en la conciencia del pueblo y de ser efectivamente vivido por éste. Es decir, por el hecho de su vigencia nacional⁷. Por otra parte, lo que él denomina fuentes del derecho —costumbre, ley y derecho científico— no son realmente sino mediadoras entre el espíritu del pueblo y las

¹ Se halla pendiente de publicación, en el Libro homenaje al profesor HERNÁNDEZ TEJERO, un estudio, magnífico por su erudición, firmemente documentada y su profunda penetración, escrito por el profesor y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, JOSÉ ITURMENDI MORALES, *Las fuentes en el derecho romano*, en el cual señala documentadísimo la génesis del concepto expresado por la locución «fuentes del derecho» y destaca que el empleo de esta expresión en el sentido de «base del derecho en general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción», según la definía SAVIGNY, en su *Sistema I*, VI, advirtiendo que había sido precedida por la aportación de su discípulo más relevante, Georg FRIEDRICH PUCHTA, quien «fue el primero de los tratadistas del derecho de Pandectas (*Pandekten*, Leipzig, 1838) en utilizar la expresión fuentes del derecho en un sentido estrictamente moderno, al individualizar como tales el derecho de la costumbre (“*Gewohnheitsrecht*”), la legislación (“*Gesetzgebungacht*”) y el derecho de los juristas (“*Juristenrecht*”)».

² SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, I, § XII, vol. 1; cfr. ed. Madrid, Gón-gora, s.f., pp. 80 ss.

³ *Ibid.*, § XIII, pp. 43 ss.

⁴ *Ibid.*, § XIV, pp. 87 ss.

⁵ *Ibid.*, § XV, pp. 89 ss.

⁶ *Ibid.*, pp. 96 ss.

⁷ *Ibid.*, p. 92

normas y conceptos que ellas alumbran, a las que la ley da forma verbal precisa y la doctrina científica expresión conceptual.

La perspectiva que yo contrapongo a la moderna de las fuentes del derecho es la que observo en los *elementos mediadores* entre el *orden de la naturaleza de las cosas* y los *hechos jurídicos*; es decir, en los *instrumentos* que sirven para aproximar y facilitar la *concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo*.

La diferencia fundamental entre ambas perspectivas radica en el lugar donde, una y otra, ubican al derecho. La teoría de las fuentes del derecho parte de equiparación nominalista: *derecho-ley*, extendida por muchas escuelas a la costumbre y la jurisprudencia científica o judicial; y la visión que se observa desde la perspectiva de los *elementos instrumentales mediadores* es la del derecho considerado *quod bonum et aequum est, quod iustum est* en acto y en concreto. Por lo tanto, si partimos de esta definición –aristotélica-romano-tomista-bajo medieval *mos italicus*, como vengo diciendo en mis *Metodologías*–, debemos coherentemente adoptar la segunda de estas dos perspectivas.

2. DIVERSOS SENTIDOS DE LA EXPRESIÓN «FUENTES DEL DERECHO»

La definición del derecho no sólo es previa para emprender el camino adecuado en la metodología jurídica, sino, asimismo, para ubicar la fuente o fuentes del mismo. Pero la definición y la determinación de las fuentes del derecho no sólo pende del significado de la palabra «derecho» empleada en genitivo, sino, asimismo, de su nominativo «fuentes».

El *Diccionario de la Lengua Española* indica cuatro significados de la palabra «fuente» referentes a las genuinamente denominadas así, o sea de agua:

- a la misma agua que mana;
- al manantial del que ésta brota de la tierra;
- al aparato o artificio por el que, en jardines, casas, calles o plazas, se hace salir la traída encañada desde sus manantiales, o desde depósitos,
- y al cuerpo de arquitectura hecho de fábrica, piedra o hierro, etc., que sirve para que salga el agua por uno o muchos caños dispuestos en él.

Cada acepción puede evocarnos, por analogía, respectivamente:

- el derecho que brota *ex ipsa natura rei*, o derecho natural, según expresión de Santo Tomás de Aquino;
- el hecho que lo manifiesta;
- las fuerzas productoras del derecho positivo;

– y la pirámide jurídica de Kelsen, expresiva del ordenamiento jurídico, según la concibió este profesor vienés.

Pasando ya al análisis de los significados atribuidos a la locución «fuentes del derecho», se advierten varios enfoques, referidos:

a) A la *causa última* del derecho, o sea en su *fundamento*, que permite enjuiciar la legitimación objetiva y validez de lo que se presenta como derecho. La analiza la filosofía del derecho, y disputan acerca de cuál es las diferentes concepciones filosóficas.

b) A las *fuerzas productoras* de la norma de derecho positivo o a los hechos *jurídicos* que las engendran.

c) A las *formas de conocimiento* de las normas alumbradas por aquellas fuerzas o en virtud de tales hechos.

En general, la doctrina moderna centra el concepto jurídico de las fuentes del derecho en el segundo de estos tres significados, calificándolas diferencialmente en fuentes *formales y materiales, mediatas y directas*.

A) Sin embargo, la denominación «fuentes» no aparece históricamente con el significado que modernamente se le asigna. No la vemos empleada en texto jurídico romano alguno, ni siquiera en el de Papiniano⁸, que define: «*Ius autem civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatus-consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*». Tampoco hallamos esta denominación en los textos de derecho histórico hispano que indican a los jueces qué normas deben servirles para la resolución de los juicios.

En cambio, históricamente hallamos el empleo literario de la palabra fuentes refiriéndola metafóricamente, ya sea al fundamento del derecho, o bien a la originación de las normas de derecho, o a la determinación de éste mismo en concreto.

a) En el primer sentido, de *fundamento de todo derecho*, lo hallamos:

– En Cicerón⁹ cuando pregunta «*visne ergo ipsius iure ortum a fonte repetamur*», y responde «*repetam stirpem iuris a natura*»; es decir, «remontándose a la naturaleza».

– En la *Partida* 3, 1, 1, que toma –según dice– de los «Sabios», la comparación de la justicia a la «*f fuente perenal*», explicando que ésta «*ha en sí tres cosas*». La primera que «*assi la justicia cata siempre do nesce el sol verdadero, que es Dios*». La segunda, que «*assi como el agua de la fuente corre siempre, e han los omes*

⁸ PAPIANO, *Dig.* 1, 1, 7.

⁹ CICERÓN, *De legibus* 1, 6, 20.

mayor sabor de beber de ella, porque sabe mejor, e es mas sana, que otra; otrosí la justicia siempre es en sí, nunca se desgasta; nin mengua; e resciben en ella mayor sabor los que la demandan, e la han menester, mas que en otra cosa». Y la tercera, que «assi como el agua della es caliente en invierno, e fria en verano, e la bondad della es contraria a la maldad de los tiempos; assi el derecho que sale de la justicia tuelle e contrasta las cosas malas e desaguisadas que los homes facen».

Gregorio López¹⁰, en su glosa, remite al opúsculo 61, *De dilectione Dei et proximi*, atribuido a Santo Tomás¹¹, pero que la crítica considera apócrifo. Este opúsculo, en su cap. XVII, al exponer el grado sexto, lo explica con la imagen de las cinco fuentes derivadas de Dios y de cuyas aguas potables se alimentan los ríos, por los que las diversas ciencias intelectuales fluyen hacia la inteligencia del alma. «*Fons igitur dicitur metaphorice omnis substantia cum ipsa fluunt accidentia, ut de causis effectus, de fonte rius*».

– Por Hugo Grocio, año 1625, en el siguiente texto¹²: «*Deinde vero cum iuris naturae sit stare pactis (necarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alius modus naturalis fungi potest) ab hoc ipso fonte iure civilia fluxerunt*».

Comentando este texto, explica Boeclerus¹³: «*Hanc ergo societatis custodiam sive appetitum societatis ordinatae instructaeque naturalem, recte merito Grotius iuris naturalis originem, fontem, principium facit, seu mavis, hoc iuri naturali fundamentum subtrahit*».

Así, según Grocio, el apetito natural de sociabilidad es el origen, fuente y principio del derecho natural, y el pacto lo es del derecho civil. La fuente descende desde Dios al apetito natural de sociabilidad, y de ahí deriva el principio de derecho natural de estar a lo pactado que es fuente del derecho civil. De esa manera, desde la fuente originaria, por un acueducto, primero, y por un artificio, después, descende el derecho natural para que, por éste, mane el derecho positivo.

En suma, el texto de Grocio traza en imagen dos acueductos: uno derivaría por la razón humana que intuye y deduce el derecho natural, y el otro por la sociabilidad se llega al pacto, de donde fluye el derecho civil en forma de normas legales. Es decir, en ese des-

¹⁰ Gregorio LÓPEZ, *Glosas de la Partida*, cit.

¹¹ DIVI THOMAE AGUINATIS, *Opuscula omnia*, 61, cap. XVII, 6.º grado; cfr. ed. Venecia, apud dominum Nicolinum, 1953, «Completens», vol. XVII, fols. 86 s.

¹² Hugo GROCIO, *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, 15.

¹³ Jo. HENRICUS BOECLARUS, *Commentatio in Hugonis Grotii, ius belli et pacis, In prolegomena*, 13 ss., Argentorati, Exofficina Dulssceckeriana 1704, p. 57.

censo de la fuente enlazamos con el siguiente sentido metafórico dado a esa palabra cuando es referida al término derecho.

b) En el segundo sentido, de *origen inmediato de las normas de derecho*, la hallamos utilizada en Roma¹⁴:

– Por el historiador Tito Livio¹⁵, quien señalaba las XII Tablas por «*fons omnis publici privatique iuris*».

– Y por Aulio Gelio¹⁶ al afirmar que la *rogatio* del magistrado venía a ser la *fons* de la ley.

c) En el tercer sentido de expresar metafóricamente los *medios para fundamentar o determinar lo justo en los casos que se planteen*, tal vez quepa citar –aunque sea discutible– lo expuesto por Pothier¹⁷: «*quator potissimum fueret apud Romanos totius iuris civilis fontes: 1.º, scripta legis, legis actiones et interpretatio; 2.º ex legibus antiquis notae et tam veteres quam novae; 3.º praetorium aliorumque magistratum; 4.º jurisprudentia quae ex disputatione fori, prudentumque responsis consistit*».

B) En la *formulación conceptual moderna* el significado de la expresión fuentes del derecho –que es creación jurídica de Savigny¹⁸– éste las estima «las bases del derecho en general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción».

Cierto es que como fuentes del derecho enumera: «la legislación, el derecho consuetudinario y el derecho científico»¹⁹. De las cuales, el segundo brota de la «conciencia del pueblo», cuando «se hace sentir la necesidad» de una regla, que «se separa entonces de este conjunto [«que vive en la conciencia del pueblo»] y se traduce en una forma artificial»; de modo tal, aquello que «hasta entonces existía en germen», «toma una forma determinada»²⁰.

– La legislación lo traduce mediante el lenguaje, «en caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta», como derecho positivo en forma de leyes, que son «expresión del derecho popu-

¹⁴ Cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano*, 4.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1981, cap. I, nota 1, p. 28, y la bibliografía que cita en la misma nota.

¹⁵ Tito LIVIO, *Décadas*, 3, 34, 6.

¹⁶ Aulio GELIO, *Noctes Atticae* 10, 20, 7.

¹⁷ Robert Jean POTHIER, *Pandectes de Justinien, mises dans un nouveau ordre, Praefatio seu prolegomena, Prima pars*; cfr. ed. bilingüe, París, Impr. Donnaey-Dupré, 1818, pp. 42 ss.

¹⁸ SAVIGNY, *op. y vol. ult. cit.*, §VI, p. 68.

¹⁹ *Ibid.*, XVII, p. 100.

²⁰ *Ibid.*, VII, pp. 70 s.

lar». Pero estima que es un verdadero error al creer que para representar al espíritu de la nación deba la ley emanar de una asamblea»²¹.

– Y el derecho científico «rehace» las leyes, las «hace pasar a la vida real» y permite «mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho»²².

Frente a esta perspectiva orgánica de Savigny –que pone la fuerza creadora del derecho en la sociedad, que configura y encarna el pueblo de cada nación–, el positivismo legalista –basado en la concepción de la *volonté générale* de Rousseau– define teóricamente la ley –en la que subsume todo el derecho– como expresión de la voluntad del pueblo, aunque de hecho la inserte en el aparato estatal y, fundamentalmente, en el parlamento.

Contrapunto de esta perspectiva, es la que ofrece el positivismo sociológico, que vuelve a situar la fuente productiva del derecho en el sentimiento o conciencia del pueblo, que se considera por encima de las normas dictadas por el Estado. Frente al normativismo legalista: el movimiento del derecho libre afirmó la superioridad de las normas creadas por el juez como representante del pueblo; el *legal realist* considera –en palabras de Dewey– la ley un pedazo de carta o una voz en el aría pero nada que pueda llamarse derecho sin su aplicación por el juez, y, conforme la teoría hermenéutica de la recepción, sólo es derecho lo que es recibido como tal en la conducta social vivida.

Sin embargo, hoy en las constituciones y códigos, según los entiende el pensamiento político –no así el jurídico–, predomina el formalismo entendido del modo explicado por Kelsen, en su teoría pura del derecho, gráficamente expresada, por él, con figura de la pirámide jurídica²³. El orden escalonado de ésta impone como norma de derecho la voluntad de cada uno de los organismos jurídicos oficiales, en su respectivo ámbito formal constitucionalmente señalado. Así, se forman los escalones descendentes en cascada desde la cúspide de la constitución: las leyes orgánicas, las leyes delegantes en forma o no de leyes de bases, las normas con rango de ley, los decretos-leyes, las leyes delegadas, los reglamentos, las reglamentaciones y ordenanzas, las normas sectoriales, etc. Las normas consuetudinarias sólo tienen valor en cuanto estén reconocidas por la norma constitucional o por remisión a ellas de otra ley.

²¹ *Ibid.*, XIII, pp. 83 s.

²² *Ibid.*, XIV, p. 80.

²³ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 145, b y c, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 865-868.

Este escalonamiento ha llevado a la distinción entre normas básicas o primarias y secundarias, o entre reglas de *conducta*, de *estructura* o de *delegación*, según las ha clasificado Bobbio²⁴.

No faltan tampoco quienes –como Figa Faura²⁵– distinguen *ordenamientos de derecho público*, formando un *orden construido*, y de *derecho privado*, constituidos predominantemente por un *orden espontáneo*. La importancia de este orden, incluso en la actualidad, es reivindicada en términos generales por Fridrich A. Hayek²⁶, quien llega a afirmar que si la estructura de la sociedad moderna ha llegado a alcanzar su actual grado de complejidad (muy superior a cuanto hubiera podido lograrse de manera deliberada) es porque está formada por un orden espontáneo y no es una organización.

C) Si –como nosotros– se opta por centrar el ser del derecho en su genuino significado de lo que es justo, *quod iustum est*, *quod bonum et aequum est*, la *res iusta* en concreto y en acto, su fuente, en el sentido de su *fundamento* primero, es Dios –como hemos leído en la Partida 3, 1, 1– y el orden por Él ínsito en su obra creadora, que los hombres sólo podemos conocer, limitadamente, a través de las cosas sensibles, ascendiendo a lo inteligible; subiendo de las cosas materiales a las del espíritu, de los efectos o las causas, hasta lograr el mayor conocimiento posible de la *naturaleza de las cosas*, que constituye la fuente material más general mediata para el conocimiento del derecho por los hombres. Desde ella, para determinarlo en concreto y en acto, hemos de descender en cada caso a la *naturaleza de cada cosa*, la *natura rei*, valiéndonos, mediatamente de abstracciones de toda clase, previamente efectuadas de sus géneros y especies y de los tipos, pautas y normas, consuetudinarias o legales, utilizables con esa función para concretar, individualizar o determinar el derecho en el *hecho del caso*, que contemplamos y debemos configurar, sea mediante una conclusión o bien por una determinación negocial o conflictual²⁷.

Se trata de hallar criterios y pautas objetivas que impidan toda subjetividad en los juicios. La determinación del derecho –como ha

²⁴ Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 40, Torino, Cooperativa Libr. Universitaria, s.f., pp. 205-210.

²⁵ LUIS FIGA FAURA, *Ordenamiento jurídico mercantil*, I, C, a, RGL y J. 252, 1982-1.º, p. 13.

²⁶ Friedrich A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II; cfr. 2.ª ed. en castellano, Madrid, Unión Editorial, 1985, pp. 101 s.

²⁷ Cfr. *Metodología de la determinación del derecho*, II Parte sistemática, 200-298, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pp. 1045-1578.

escrito Ursicino Álvarez Suárez de la actividad del jurisconsulto para crear derecho— es preciso «que se sedimenten ciertos criterios objetivos de decisión», pues «en otro caso dominaría la arbitrariedad y la variabilidad; rasgos ambos opuestos a la esencia misma del derecho»²⁸.

3. ORDEN, ORDENAMIENTO Y SISTEMA JURÍDICO

Me he ocupado ampliamente de estas tres expresiones en varios estudios²⁹, a los que remito a los lectores a quienes interese observarlas por extenso. Aquí sólo vamos a verlas panorámicamente y de modo general. Para centrarlas, comenzaré por valerme de diferenciar las imágenes, que ya antes he utilizado³⁰, de lo *universal* y de lo *total*.

Estas expresiones, y las paralelas *universalidad* y *totalidad*, coinciden cuando sus significados se llevan hasta el límite final de cuanto abarcan. Pero si, en lugar de ahondar en la realidad de su significado, nos dispersamos por sus matices semánticos usuales, no tan sólo no coinciden sus significados, sino que se contraponen, en cuanto la universalidad se conciba abierta y la totalidad, encerrando todo lo incluido en ella. Aquélla ofrece una perspectiva dinámica, y la totalidad al considerarse completa aparece inmóvil. Precisamente, esos caracteres de hallarse abierta y ser dinámica, inherentes a la universalidad, se nos muestran claramente tomando como imagen metafórica³¹ el ser y el devenir de las galaxias que se hallan dispersas en el universo. Toda galaxia incluye estrellas —que son soles—, cometas y planetas, de múltiple composición y climas, con sus satélites; tiene sus órbitas ordenadas en diferentes movimientos, así como la de cada uno de los astros que la componen, acompasadas entre sí y en relación con las órbitas de las otras galaxias, todo en un orden cósmico preestablecido, pero en constante movimiento y evolución, formando un conjunto abierto y dinámicamente coordinado.

Más todavía, este orden astronómico, como también sucede con el orden jurídico —que he comparado con él—, se halla inmerso en el

²⁸ Ursicino ÁLVAREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Conclusiones, in fine, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1966 (discurso de ingreso), pp. 174 s.

²⁹ *Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico»*, 16-31, ADC, XXXIV-IV, 1981, 4.º, pp. 858-897, reproducido en mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, pp. 83-140; y *Metodología de las leyes*, 107-120, Madrid, EDESA, 1991, pp. 252-395.

³⁰ *Metodología de las leyes*, 107, pp. 252 s.

³¹ *Las expresiones «fuentes del derecho» y...*, 1; cfr. en *Estudios sobre fuentes del...*, p. 28.

orden –ínsito por Dios en su obra creadora– de la *rerum natura*, dirigido por la *lex aeterna* que, para el conocimiento del hombre, es complementada por la *lex naturalis* y por la *lex divina positiva* contenida en la revelación³².

He expuesto, en otra ocasión³³ que, en el orden de la creación, el Aquinatense vislumbra diversas esferas divinas y humanas; naturales, inmediata o mediatamente, determinadas por la adecuación racional a un fin común; de consejos y de preceptos morales y jurídicos; de derecho natural o positivo, divino o humano, etc. Todas estas esferas forman un conjunto del que ninguna puede separarse, hipertrofiarse ni minusvalorarse. Cada una juega su propio papel en la total armonía. Los ámbitos de lo jurídico y de lo moral, de los consejos y de los preceptos, de lo que positivamente debe ser exigido por el Estado u otras autoridades, de lo que ha de ser determinado por los órganos sociales naturales, o por las personas privadas, no deben interferirse entre sí.

Ahora bien, si alguno de estos ámbitos deja de funcionar –verbi gracia, el de la moral, por debilitarse su sentimiento social– el desequilibrio es inevitable, y entonces:

– o bien el ámbito de lo positivamente impuesto por el Estado se extiende creando una presión que asfixia la libertad, adormece la libre iniciativa, el impulso individual y, con él, la espontaneidad social del progreso, y destruye los vínculos sociales naturales;

– o bien se cae en un hedonismo egoísta y materialista que lleva a la disolución social, a la corrupción y a la revolución.

El dilema es fatal y, por fin, llevará al desastre, a no ser que el Estado se limite a restablecer el orden en lo más perentorio, lo cual exige una reacción social que aquél debe favorecer, en lugar de tratar de sustituirla permanentemente por su intervención protésica y ortopédica, tecnocráticamente mecanizada.

Ahí vemos delineado en esquema el «orden» universal de las cosas divinas y humanas, con su diversas esferas: metafísica, física, moral, jurídica natural y positiva³⁴, que en él se hallan inmersas; y contrapuestos, en este último³⁵, el «ordenamiento legislado» el «ordenamiento espontáneo»³⁶.

³² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1.^a-2.^{ae}, 90, 1.

³³ *Observaciones de orden metodológico en torno de la concepción del derecho natural de Santo Tomás de Aquino* VI, ARAJ y L 3, 1975, pp. 42 s., recogido en *Estudios*, últ. cits., pp. 778 s.

³⁴ *Cfr. Metodología de las leyes*, 90-106, pp. 212-251.

³⁵ *Ibid.*, 108-113, pp. 254-275.

³⁶ *Ibid.*, 114, pp. 276-278.

Naturalmente, las imágenes de estas esferas sólo son efecto de nuestras limitaciones. Éstas no nos permiten conocer plenamente el orden universal; pues, nuestra inteligencia, al no poder abarcar el conocimiento pleno y, en acto del orden divino, necesita avanzar por pasos sucesivos: de lo sensible a lo inteligible, de lo simple a lo complejo, de los efectos a las causas, de las cosas a las ideas, de lo finito a lo infinito. Aun así, vemos el orden divino borroso y fragmentado; no podemos alcanzar o divisar su unidad y su infinitud que únicamente vislumbramos.

Esta perspectiva general, aunque sea limitada, nos permite esbozar una exposición de lo que se entiende por «orden» y relacionarlo con lo que significamos con las expresiones «ordenamiento normativo» y «sistema jurídico». Veámoslo.

A) El *orden universal de todas las cosas* lo trata Santo Tomás de Aquino en la *quaestio* 103, *De gubernatione rerum*, de la *Prima pars* de su *Summa Theologiae*. En ella, explica la conjunción de los órdenes de las causas particulares —entre los cuales se halla y actúa el hombre como causa segunda—, puestas en relación con el orden de la causa universal, al que finalmente son reconducidas aquéllas. También hemos recordado que, según Vico expone, sólo Dios conoce en relieve el orden de todas las cosas, pues Él las ha creado, mientras los hombres pueden alcanzar únicamente el conocimiento, en imagen plana, de la historia civil o de las naciones, que ellos han hecho, y sufren las consecuencias de apartarse en ella del orden universal y eterno de la historia de todos los pueblos trazado por la divina providencia.

En nuestra visión humana del orden universal, Georges Renard, en su curso de conferencia del año 1927, al introducirse en la confrontación del derecho con el orden y la razón, advierte³⁷: «Si el derecho no es una mixtificación, preexiste un orden en todos nuestros derechos, donde cada cual halla su lugar, su título de legitimidad y, con ello, su fin, su medida y sus límites. Preexiste a todas las voluntades humanas un orden del que reciben su eficacia jurídica en cuanto se adecuan a él. La ley, el juicio, el contrato sólo valen y obligan por conformidad a su orden».

Y, al exponer la última conferencia de ese curso, *El derecho natural y el orden universal*, advierte³⁸ que «el orden jurídico se remonta al orden moral y, más allá, al orden metafísico y religioso». Estima que el orden jurídico «es un excelente lugar para considerar el orden universal», viendo por encima del orden jurídico, el

³⁷ Georges RENARD, *Le droit. L'ordre et la raison*, París, Sirey, 1927, conf. 1.ª, I, pp. 19 s.

³⁸ *Ibid.*, conf. 10.ª, I, pp. 350 ss.

orden moral y, más arriba, el metafísico y el religioso; y, por debajo del orden jurídico, como empalma con él, «el orden físico y biológico y, sobre todo, la economía política».

En torno a la década de los años cuarenta del siglo xx, Francesco Carnelutti también vería la realización del derecho enlazada con el orden universal; y, para mostrar su pensamiento, se valió de un símil, comparando el arte del derecho y el arte musical³⁹. Vislumbraba en éste un puente de dos arcos, el del compositor y el del intérprete, entre la armonía y la audición: «La diferencia entre Beethoven y Toscanini no está en que Beethoven no sea también un puente, sino que no se deja ver una de las riberas unidas por este puente. Y cuando la novena sinfonía nos deleita, un puente se junta al otro para abrirnos el sendero que conduce a la ribera desconocida».

Según entiendo, la proyección de este símil al derecho: el juicio de legalidad y el juicio de equidad son dos arcos de un mismo puente, o dos puentes comunicantes, que unen el origen genuino, pero incierto, de la justicia en el orden del universo con el acto concreto de la justa resolución del caso singular enjuiciado. Puente en el cual la intersección del último de sus arcos se apoya, como uno de sus pilares mediadores, en la ley positiva.

«¿El código sería una especie de partitura?», pregunta Carnelutti y responde⁴⁰: «La semejanza del arte del derecho con el arte musical, denunciado por la necesidad del intérprete, se confirma con la oposición entre la suma ilimitación del fin con la suma limitación del medio representativo».

Veamos cómo el propio autor explica el orden jurídico y cuál es la función de la ley. Los hombres, para juzgar –dice⁴¹– necesitan «ver el todo». Así «se aclara, una vez más, la necesidad de la prudencia predicada con la enérgica admonición del Evangelio: ¿cómo juzgará quien no ve el todo?»... «la fuente de juicio es *el sentido del todo*; el sentido diremos, y no el conocimiento, porque del todo no se puede tener más que la intuición. El *orden*, podemos decir, en lugar del todo, para indicar su cualidad, que es su bondad, por la cual cada causa tiene su propia consecuencia y no hay ninguna otra causa que tenga la misma consecuencia como no hay otra consecuencia que tenga la misma causa. Ahora bien, el *sentido del orden* es el sentido de *lo bueno*; así aflora la importancia del *buen sentido* como medio indispensable para juzgar».

³⁹ CARNELUTTI, «Qué es el hecho», en *Arte del derecho*; cfr. en castellano, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1948, pp. 54 s.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 47 ss.

⁴¹ *Ibid.*, *Qué es el juicio*, vol. cit., pp. 71 s.

En ese orden universal, en el que lo jurídico se comunica con lo moral, por arriba, y con lo sociológico y económico, por abajo, todo dentro del orden de la naturaleza de las cosas, las normas de derecho positivo se integran como *conclusiones* dimanantes de la naturaleza de las cosas o *determinaciones* de lo que, conforme éstas, puede ser de uno u otro modo, pero es preciso que se determine (he puesto muchas veces como ejemplos los de circular por la derecha o por la izquierda, detenerse ante el semáforo en rojo y pasar si está en verde, cuando la circulación exija un orden). Esas concreciones y determinaciones concretas pueden corresponder a *órdenes reglados* o a *órdenes espontáneos*⁴², según se refieran a relaciones que son de derecho necesario –por afectar a la naturaleza humana en lo que le es esencial o exigirles el bien común– o bien, si se refieren a relaciones de derecho voluntario en lo que atendiendo a las circunstancias concurrentes es relativo y mudable.

De ese modo, los órdenes jurídicos se hallan abiertos al orden universal ínsito en la naturaleza de las cosas.

B) La expresión *ordenamiento jurídico* indica –según Federico de Castro⁴³–, ya sea: un conjunto de normas, un sistema o unidad lógica o un orden en su funcionamiento real. En los dos primeros de esos tres significados puede ser cerrado o abierto, y en el tercero ha sido siempre considerado abierto. En efecto:

a) El ordenamiento jurídico, entendido como *conjunto de normas* referidas a un cuerpo o colección de leyes o a determinada materia, a lo largo de la historia había sido considerado siempre abierto al orden trascendente captable por el sentido natural (*seny natural* o *sesos naturales*), la buena razón y en sus concreciones en los textos romanos y canónicos. Sin embargo el positivismo normativista moderno ha considerado que ese conjunto se halla completo y cerrado en la obra legislativa de cada Estado.

b) El ordenamiento jurídico, considerado como *unidad lógica o sistema*, ha sido modernamente estimado cerrado a cuanto pueda trascenderle y caracterizado por su coactividad –como aparece en las concepciones de Hobbes, Kant y Kelsen⁴⁴–; aparece unitario y uniformista, abstracto y generalizador, positivista y, como tal, cerrado a cuanto le trascienda –en la opinión de Hart⁴⁵–, y se carac-

⁴² Cfr. *Metodología de las leyes*, 117, pp. 285 ss.

⁴³ Federico de CASTRO, *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, parte I, cap. I, IV, pp. 57 s.

⁴⁴ Cfr. *Metodología de las leyes*, 108, pp. 254-258, y 112, pp. 265-268.

⁴⁵ *Ibid.*, 110, pp. 260 ss.

teriza –según Bobbio– por su *unidad formal, coherencia moderada y plenitud* que deriva de sus dos normas generales de *complementariedad*, que admite la analogía en sus dos grados, y de *clausura excluyente*⁴⁶.

En cambio, se abre hacia abajo a lo sociológico –según Santi Romano⁴⁷–; se halla abierto por arriba a los principios generales de derecho y por abajo a las valoraciones de intereses originarias y las del momento de la interpretación –según Betti⁴⁸–, de modo que es «un organismo en perenne movimiento, en continua transformación que sigue y refleja de cerca el movimiento y las transformaciones de la vida social». Más modernamente, en las concepciones neocontractualistas angloamericanas, se abre, según Rawls, a los principios morales de justicia a partir de su «modelo constructivo»⁴⁹; en opinión de Nozick, se apoya en el respeto a los «derechos naturales»⁵⁰ y, según Buchanan, se autofundamenta y atiende sólo al interés económico de los sujetos del contrato social por él concebido⁵¹.

c) En Grecia –excepto por los atomistas y sofistas–, en Roma y en la concepción medieval cristiana el ordenamiento, en su *funcionamiento real* u «orden», era considerado abierto, como *ordinatio* impuesta por la *rerum natura*⁵². En el siglo XX vuelve a abrirse a esa concepción con el recurso a los principios generales de derecho. encabezados por los de derecho natural⁵³, o principios ético-naturales, los valores, la naturaleza de las cosas y la aspiración a resoluciones justas⁵⁴. Incluso se propugna un retorno a la concepción clásica del derecho como lo que es justo⁵⁵.

En suma, debemos considerar el ordenamiento jurídico como el funcionamiento real, ordenado en instituciones de conformidad a la naturaleza de las cosas, de un conjunto de principios, leyes, reglas y pautas de valor, orientado a la realización y concreción, en los hechos, de lo que es justo y equitativo en concreto y en acto.

⁴⁶ *Ibid.*, 111, pp. 262-265.

⁴⁷ *Ibid.*, 109, pp. 258 ss.

⁴⁸ Emilio BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milán, Guiffrè, 1990, 55, pp. 823 ss.

⁴⁹ *Metodología de las leyes*, 113, c, pp. 271-275.

⁵⁰ *Ibid.*, b, p. 271.

⁵¹ *Ibid.*, a, pp. 269 s.

⁵² *Ibid.*, 115-116, pp. 278-285.

⁵³ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 118-120, pp. 681-704, y 177-183, pp. 1020-1059.

⁵⁴ *Ibid.*, 138-140, pp. 818-837.

⁵⁵ *Ibid.*, 142-143, pp. 845-856, y 184-185, pp. 1059-1069.

4. PERSPECTIVA DE LOS ELEMENTOS MEDIADORES INSTRUMENTALES ENTRE LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LOS HECHOS JURÍDICOS

Si, como vengo manteniendo, el derecho, entendido en su genuino significado, gira en torno del eje *naturaleza de las cosas-hecho jurídico*, la perspectiva metodológica que debemos contemplar no es la del ordenamiento jurídico ni la de las denominadas fuentes del derecho, sino la de aquel eje. Así, después de contemplar la naturaleza de las cosas e, inmerso en ellas, al hombre como objeto y sujeto pasivo de su orden, con el tejido social humano, para abordar el hecho jurídico deben enfocarse y examinarse los elementos mediadores como instrumentos que son para tejer el orden institucional, a fin de que éste sea adecuado a las circunstancias geográficas, económico políticas e históricas, con la meta de aproximarnos lo más posible a la justa y equitativa determinación y concreción de los hechos jurídicos, ya sea negocial o bien conflictualmente realizadas.

Su genio le ha permitido a Carnelutti vislumbrar el modo de transitar del sentido del orden universal de la justicia a la configuración de hechos que resulten determinaciones de equidad. Para ello, se plantea la pregunta de qué hace el hombre para efectuar esa determinación del derecho, y responde⁵⁶ que opera con su *libertad, mediante una elección*. Para explicarlo, se detiene previamente para determinar los conceptos de *hecho* y de *valor*. El valor de una cosa o de un hecho —dice— es «*su potencia causal*», o «*idoneidad para producir cierto efecto*». Por ello, «*el valor es de hecho, o está en el hecho*»; en suma, «*el valor implica un hecho, porque no se expresa sino en el hecho, y el hecho, a su vez, implica un valor, porque no hay hecho sin valor*». Por otra parte, advierte que «*existe un hecho en cuanto hay una causa: hecho y causa son la visión parcial de la misma cosa, aquél en el plano estático y éste en el dinámico*».

El hombre —sigue Carnelutti⁵⁷— «*ha de escoger*». No entre dos *hechos*, sino entre dos *factibles*, mediante su *representación*, en el sentido de hacer *presente* el hecho futuro, representándose el *supuesto de hecho* —en italiano «*fattispecie*», o sea la *especie* del hecho—, es decir, su imagen «*proyectada en esquema mental por un procedimiento psicológico*».

⁵⁶ CARNELUTTI, «L'antinomia del diritto naturale», 4, 5, publicado en *Rivista di Diritto Processuale*, 1959, recogido en sus «Discorsi in torno al diritto», vol. III, Padova, CEDAN, 1961, pp. 266 ss.

⁵⁷ *Ibid.*, 6, pp. 268 s.

Ahora bien, ese problema de la elección —advierte⁵⁸— no sólo implica la visión del *hecho* y del *valor*, sino que, también, requiere una *medida* para confrontar y «*reducir el orden infinito, así como las leyes que son finitas*, lo cual no puede hacerse sino con una valoración aproximativa». Ocurre como en matemáticas para la medición de una circunferencia, que sólo puede obtenerse inscribiendo en ella un polígono con el máximo número posible de lados o bien a través de multiplicar su diámetro por un coeficiente que tiene el decimal infinito. La valoración, en ambos casos, es aproximativa.

Y ahí viene el intento —tal como él lo concibe⁵⁹— de medir la *naturaleza* con las *leyes naturales*. La dificultad resulta de que el hombre es quien mide, y que su *libertad* en esa medición lleva implícita su contraria, la *causalidad*, y, consiguiente, la *responsabilidad*, que «no es sino la *sujeción a las consecuencias de la elección*».

El hombre busca estas leyes en la *experiencia histórica*. Y el problema consiste en que los hombres, debido a su libertad, son menos obedientes a las leyes de la naturaleza que las estrellas. «Ésta es la razón por la que la historia aparece más desordenada que la naturaleza». Ésta se halla regida por las *leyes naturales*, mientras que «las leyes humanas se han inventado para regular la historia, como *leyes artificiales* que formen el ordenamiento jurídico positivo».

Carnelutti observa la necesidad de que, para regular la historia con estas leyes humanas, se perciban y tengan en cuenta «las leyes que deben ser *denominadas naturales porque son totalmente independientes de la voluntad del hombre*, con lo cual se perfila netamente la diferencia entre estas leyes naturales y aquellas otras que son impuestas con el fin de poner orden en la sociedad por la voluntad de la cabeza —«*del capo*», dice— [de la sociedad o el Estado]».

Las denominadas leyes naturales —explica— «merecen este nombre no porque conciernen a la naturaleza y no a la historia, sino porque son impuestas al hombre y no por el hombre, o sea se refieren a aquella parte de la realidad que el hombre *halla*, no que el hombre *hace*, y así no proceden de su hacer».

Claro está que la diferencia entre *hallar* y *hacer* es evidente, sobre todo si el *hacer* se entiende en el sentido de un *facere*, producto *volitivo* del *querer*⁶⁰. Pero el problema de las leyes naturales

⁵⁸ *Ibid.*, 7, p. 269.

⁵⁹ *Ibid.*, 8, pp. 269 *in fine* ss.

⁶⁰ *Cfr.* mi comunicación «Del legislar como legere al legislar como facere», *Verbo*, 115-116, mayo-junio-julio, 1973, pp. 507-548, recogido en *Estudios sobre fuentes del derecho*, y pp. 935-988.

consiste precisamente en que el hombre logre captarlas o hallarlas en su plenitud real y verdadera; lo cual depende más de la experiencia práctica que de las elucubraciones teóricas. En realidad, se enfrentan la ciencia práctica de los jurisprudentes, que *buscan* para hallar *las leyes naturales*, y la actuación de los políticos que, si logran la mayoría parlamentaria, *fabrican* leyes positivas de conformidad a su ideología política y a lo que prometen a sus votantes en sus programas electorales.

Carnelutti⁶¹ compara las operaciones de determinar la ley positiva y de diseccionar el cuerpo al que el anatomista hace la autopsia, para destacar que, así como no se puede diseccionar sin preparar los bisturís, también deben prepararse los instrumentos precisos para el análisis de la experiencia. La experiencia jurídica —dice— «no se refiere a la norma, de la que tanto se habla en el plano positivo, sino al hecho o al acto de quien lo hace». Pero, el «núcleo» de la observación «es la *valoración de un hecho* o mejor de un *supuesto de hecho*», porque su objetivo se halla «en conjugar los medios con el fin de que se realice o no realice, o mejor de que ocurra tal hecho y no otro diverso».

Pero, «para garantizar el orden entre los hombres», la valoración de un hecho no puede efectuarse —dice⁶²— sino con el rasero de la ley, que no puede ser sino una ley natural «que valora el supuesto de hecho obtenido de la observación de la historia», y prestando atención a la «*convertibilidad de la relación causal*»; pues, «no hay ley causal que no pueda ser enunciada como ley final». Así, concluye contradiciendo a Hume⁶³, y mostrándolo con las siguientes comparaciones: Como el médico a la vez que diagnóstica, medica, y quien ordena un movimiento ferroviario no se limita a decir que quien atraviesa la vía corre el riesgo de ser arrollado por el tren, sino, simplemente, manda que no debe atravesarse la vía, así, del mismo modo, «el legislador, una vez cumplida la valoración del supuesto de hecho, enuncia la ley causal, por lo cual le es necesario ordenar, tanto en forma causal como final, la *norma de conducta*». Ésta «observa lo que debe ser» y no sólo «lo que es» como las leyes de la naturaleza material.

«Por lo tanto, el análisis de la experiencia —advierte⁶⁴— muestra que las leyes jurídicas [positivas] presuponen leyes naturales, en las cuales [...] se hallan contenidas como la semilla en el fruto. Son leyes éticas; pero también las leyes éticas se hallan contenidas en la

⁶¹ CARNELUTTI, *loc. ult. cit.*, 9, p. 272.

⁶² *Ibid.*, 10, pp. 272 *in fine* s.

⁶³ David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, 469, *in fine*, cfr. ed. en castellano, Madrid, Tecnos, 1992, p. 157.

⁶⁴ CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 11, p. 273 *in fine* s.

gran categoría de las leyes naturales», que «son independientes de la voluntad del hombre».

«Si todos los hombres fueran no sólo sabios, sino, además, prudentes, bastarían estas leyes para poner orden entre ellos, por eso, si el derecho es un *método de poner orden entre los hombres* [...] ¿por qué no podemos hablar de derecho natural?».

Las leyes naturales «sirven para orientar la labor del legislador», cuando formula sus leyes con las que «se valoran los hechos, o mejor los supuestos de hecho, y se orienta la elección».

Aquéllas son: «Leyes de las leyes; leyes naturales de las leyes jurídicas [positivas]; leyes que se imponen al legislador si quiere tener éxito en su función; leyes a las cuales debe obedecer el legislador si quiere ser obedecido». Sin las leyes naturales –insiste⁶⁵– «no podrían ser valoradas las leyes jurídicas «positivas».

A su juicio⁶⁶, el derecho es «una *opus* (que debiera ser una obra de arte, pero difícilmente alcanza a serlo) que ahonda sus raíces en la naturaleza». Y las leyes naturales «son principios, los *principios* a los cuales deberíamos retornar para interpretarlas».

En el primer volumen de mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*⁶⁷ he hecho notar las dificultades que padece Carnelutti, en su retorno al derecho natural realista, al razonar partiendo de una concepción normativista del derecho, tanto natural como positivo, como conjunto de leyes. El estudio de las leyes no es el estudio del derecho, sino de las normas de derecho, como el estudio y preparación de los bisturíes y demás medios de disección no es el estudio de la anatomía, sino del instrumental preciso para la práctica y estudio de ésta.

Sin embargo, este maestro italiano nos ofrece una buena perspectiva del modo como debemos pasar de uno a otro derecho, a través de los diversos planos que una metodología realista debe recorrer cuando se trata de descender del orden de la naturaleza de las cosas a la valoración del hecho jurídico para que éste sea adecuadamente justo y equitativo. El recorrido abarca: el plano del orden de la naturaleza, el plano de las leyes naturales o principios ético-naturales, a la vez causales y finales, el plano de las leyes positivas y el plano del hecho jurídico concreto que debe ser configurado y valorado. Los principios y las leyes actúan de instrumentos mediadores entre el orden natural y el hecho que debemos configurar o enjuiciar.

El mismo itinerario, desde el orden de la naturaleza de las cosas a la *res iusta*, lo hallamos expuesto de conformidad al más riguroso

⁶⁵ *Ibid.*, 12, pp. 274 s.

⁶⁶ *Ibid.*, 13, p. 276.

⁶⁷ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 175, párrafos segundo, p. 1002, y penúltimo, p. 1015.

realismo metódico, en su *Suma Teológica*, por Santo Tomás de Aquino, mediante utilizar el módulo cognoscitivo e instrumental mediador de las leyes naturales, o principios ético-jurídicos, y de las leyes humanas para hallar la *res iusta*.

El plano básico del orden de la naturaleza de las cosas lo hemos observado de la mano del Aquinatense cuando trata *De gubernatione rerum*⁶⁸, de la *lex aeterna*⁶⁹ y su cognoscibilidad⁷⁰.

El plano final de la *res iusta* lo contempla al tratar de su determinación⁷¹.

El conocimiento de los primeros principios de la ley natural, o principios ético-naturales, los examina al ocuparse *De lege naturale*⁷² que es complementada por la ley divina positiva o revelada⁷³ y por la ley humana⁷⁴. De la ley –dice– que «no es el derecho hablando propiamente, sino cierta razón del derecho» –*lex non est ius proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*–; pues, «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 conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta idea de prudencia, y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley, puesto que la ley –según San Isidoro– es “una constitución escrita” y de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho»⁷⁵.

Los elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos entiendo que son: los principios ético-jurídicos, tradicionales y políticos; los principios y subprincipios de cada rama de derecho; las leyes en sentido general lato, que incluyen las leyes naturales y las positivas, las normas introducidas por las costumbres, por la jurisprudencia de los tribunales o impuestas por el poder político; los convenios y pactos, generales o particulares, y las disposiciones unilaterales de voluntad.

5. PREFERENCIA JERÁRQUICA ENTRE ESTOS ELEMENTOS MEDIADORES

Esta cuestión requiere que previamente se resuelva si realmente entre ellos existe una preferencia o bien si debe atenderse conjunta-

⁶⁸ Cfr. Santo Tomás DE AQUINO, *S. Th.*, 1.^a, 103.

⁶⁹ *Ibid.*, 1.^a-2.^{ae}, 99, 1.

⁷⁰ *Ibid.*, 1.^a, 76, 2; 84, 2, 3 y 7; 85, 2 y 8; 86, 2 y 4; 87, 3; y 88, 1, principalmente.

⁷¹ *Ibid.*, 2.^a-2.^{ae}, 57, 2 y 3.

⁷² *Ibid.*, 1.^a, 79, 12, y 1.^a-2.^{ae}, 94, 2.

⁷³ *Ibid.*, 1.^a-2.^{ae}, 99, 2, *ad* 2.

⁷⁴ *Ibid.*, 1.^a-2.^{ae}, 91, 3, *ad* 1 y 95, 1, en rel. 95, 2 y 3, 57, 2 y 60, 6, *ad* 1.

⁷⁵ *Ibid.*, 2.^a-2.^{ae}, 57, 1, *ad* 2.

mente a todos para alcanzar del modo más adecuado la solución más conforme a la naturaleza de las cosas.

Los comentaristas y consiliatores en el método por ellos seguido, es decir el *mos italicus*, trataron de efectuar una síntesis de todos los elementos entonces considerados –*ius propium*, *ius commune* romano y canónico *promiscue*, estatutos y costumbres–, buscando la solución más adecuada a las circunstancias de lugar y de tiempo y al caso singular contemplado⁷⁶.

Con el positivismo se impuso la primacía de la ley, si bien en las direcciones metódicas de los últimos años se ha entrelazado la intelección de aquélla con los principios generales de derecho para efectuar la concreción del derecho⁷⁷, o bien los primeros principios ético-jurídicos y la naturaleza de la cosa, y se ha orientado a la resolución justa de las relaciones concretas⁷⁸. Mi posición, siguiendo a Michel Villey, la he expuesto en el primer volumen de esta tercera Metodología⁷⁹.

El Código Civil español, después de la reforma de su título preliminar de 1974, siguió en buena parte esas nuevas direcciones. En efecto: al dar nueva redacción a su artículo 1, reconoce que los *principios generales del derecho* tienen «carácter informador del ordenamiento jurídico» (n 4), e indica que la *jurisprudencia* «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Y en su artículo 3 dice:

«1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*

»2. *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».*

Lo más selecto de nuestra doctrina, antes y después de la reforma, recoge esa nueva doctrina, tal como he expuesto en la *Metodología de la determinación del derecho*⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. *Perspectiva histórica*, 90, pp. 239 s., y *Parte sistemática*, 107, pp. 558-563.

⁷⁷ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 176, pp. 1015-1120, y 179, pp. 1132-1138, principalmente.

⁷⁸ *Ibid.*, 167-168, pp. 963-980, y 213-215, pp. 1223-1233.

⁷⁹ *Ibid.*, 216, pp. 1233-1237.

⁸⁰ *Parte sistemática*, 186, pp. 981-985.

En lo referente al concurso de leyes antiguas y nuevas y de costumbres⁸¹, son diferentes la posición del Código Civil y la de las compilaciones de derecho especial o foral, como resulta respecto de aquéllas de las siguientes normas:

– *Compilación de Aragón*: art. 1, 1: «Constituyen el derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta *Compilación* integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico».

– *Compilación de Baleares*: art. 1, 2: «El derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas».

– *Compilación de Cataluña*: art. 1, 2: «Para interpretar e integrar esta *Compilación* y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña».

Art. 2: «El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como Barcelona, Tortosa y su término, Camp de Tarragona, Obispado de Girona, Vall d'Aran, Pallars Sobirà y Conca de Tremp, se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquellas comprendían, en la parte que esta *Compilación* lo recoge o se remite a él».

– *Ley del derecho civil de Galicia*: art. 2, 2: «El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega».

– *Compilación foral de Navarra*: ley 1, § «Tradición jurídica navarra. Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del derecho privado foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la *Compilación* y por este orden las leyes de Corte posteriores a la *Novísima Recopilación*, la *Novísima Recopilación*; los *Amejoramientos del Fuero*; el *Fuero General de Navarra*; los demás textos legales, como los *fueros locales* y el *Fuero Reducido*; y el derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente *Compilación* hayan recibido del mismo».

⁸¹ *Ibid.*, 187, pp. 985-989.

– *Derecho civil foral del País Vasco*, art. 1, 1: «*Constituyen el derecho civil foral de los territorios hitóricos del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del derecho que lo inspiran de acuerdo con su tradición*».

Esta perspectiva del derecho antiguo, considerado con cierta vigencia para completar interpretativa e integrativamente los textos compilados, conlleva la necesidad de conocer ese alcance en cada una de las expresiones de aquél. Es decir, con esto se mantiene la secular cuestión de la vigencia de leyes, costumbres, estatutos en caso de concurrencia, en la misma cuestión, de unas con otros. Este tema fue muy estudiado tanto por los autores del *ius commune* como, en el siglo XVI, por los cultivadores de la tónica.

Daremos una breve ojeada a lo escrito por Tomás Mieres, que fue un autor que tardíamente conjugó el *ius proprium* con el *ius commune* conforme las pautas del *mos italicus*.

Para ello, creo que conviene destacar, ante todo, dos de sus consideraciones que constituían sendos puntos de partida básicos.

Uno: el *principio de la perpetuidad y observancia de la ley*: «*quod lex debet esse perpetua, et in viridi observantia*»⁸².

Otro: la pauta de procurar, en lo posible, la concordancia de las leyes, antiguas y nuevas, estableciendo las distinciones, correcciones y limitaciones precisas. Conforme a ella y de acuerdo con el criterio de Bartolo, expuso Mieres que: «*nova contitutio non tollet praecedentem, nisi quatenus ei contrarietur, quia nulla lex corrigitur, nisi ubi hoc expresse invenientur*»; «*quia immo si fieri potest, debent concordari, vel per aliqua distinctionem, vel per limitationem salvari*»⁸³.

Incluso en el caso de que la nueva ley contuviese la previsión: «*Non obstante lege vel statuto, etiam quae in contrarium loqueretur*», distinguió –siguiendo a Angelo– «*quod ubi lex vel statutum antiquum super uno articulo seu casu procedit distinguendo, si lex vel statutum novum disponens super eodem casu simpliciter et indistincte, affirmativae vel negative, quod illa simplicitas est regulanda secundum distinctiones legis antiquae*»⁸⁴.

En cambio, la cláusula que, en catalán, prevenía que las disposiciones anteriores sean «*remanents en llur força y valor*», «*intellige quatenus non contrarietur huic, quae tamquam revocaret priores contrarias*»⁸⁵.

⁸² MIERES, *App.* II, coll. IX, cap. XXIV, 2-4, p. 321.

⁸³ *Ibid.*, II, IX, VIII, 56 y 57, p. 210.

⁸⁴ *Ibid.*, I, VI de Pedro el Ceremonioso in *Curiae Cervariae*, cap. *De campsoribus*, 3, p. 410.

⁸⁵ *Ibid.*, II, X, XIII, 22, p. 407.

En esa idea de concordar, en lo posible, las leyes, éstas venían a determinarse recíprocamente: «*Leges posteriores determinantur per priores, et e converso*»⁸⁶.

Sin olvidarse de esta orientación primordial, el gerundense, siguiendo a Hugolino, observó «*quod lex rogatur cum profertur, abrogatur cum tota aufertur, sobrogatur cum aliquid ei additum, derogatur cum aliquid detrahitur, abrogatur cum una parte detracta alia ei additur*»⁸⁷.

Sin embargo, esto se hallaba subordinado al rango de la ley nueva con respecto a la anterior; pues, «*lex inferiorum non tollit legem superiorum*»⁸⁸.

Las derogaciones expresas efectuadas por una constitución de las antes indicadas *quae minime contrarietur*, no las derogaban sino en esta parte: «*non tamen propter ea abrogatur in tatum licet derogetur in parte illae quibus contrariantur. Et est ratio, quia posterior constitutio revocat priorem contraria*»⁸⁹.

No obstante, comentando la constitución *La rigor del procès de la fautoria* de la Reina María en las Cortes de Barcelona de 1423, efectuó esta observación: «*videtur mihi, quod constitutiones novae per experientiam videntur malae, et inutiles, ac damnosae reipublicae, ut est ista “la rigor”, quae pacem destruxit in hac patria, et tamquam reipublicae damnosae deberent omnino tolli, et revocari*»⁹⁰.

De lo que Mieres dice acerca de la concordancia de leyes con costumbres y estatutos locales, me he ocupado ya en *Metodología de la determinación del derecho* II, al tratar de la interpretación, del modo como lo entendió este jurista gerundense⁹¹.

La relación de leyes y costumbres se plantean tanto en los supuestos de contraposición entre unas y otras, como en los de concordancia. Esto es, se concretan, especialmente, a las supuestos corrientemente denominados de *costumbres contra ley* y *según ley*, pero que Joaquín Costa⁹² llamó de *ley contra costumbre* y *ley según costumbre*.

El Código Civil español no admite sino la costumbre «*en defecto de ley aplicable*»⁹³ es decir, las *costumbres fuera de ley*. Esto parece excluir incluso el valor interpretativo de la costumbre según

⁸⁶ *Ibid.*, XXI, 10, p. 476.

⁸⁷ *Ibid.*, I, VI, de Pedro el Ceremonioso en las cortes de Cervera, cap. *De condemnationem in criminalibus*, 24, p. 383.

⁸⁸ *Ibid.*, II, X, XXX, 20, p. 478.

⁸⁹ *Ibid.*, II, VI, de Pedro el Ceremonioso in *Curia Montissoni*, XI, 2, p. 131.

⁹⁰ *Ibid.*, II, X, XVII, 16, p. 456.

⁹¹ *Parte sistemática*, 108, f y g, pp. 568-571.

⁹² J. COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho*, IV, pp. 60 *in fine* s.

⁹³ *Código civil*, art. 1, 3, ap. 1.º: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada».

ley, en contra de la tradición jurídica castellana, expresada en la *Partida* 1, 2, 6: «*Otrosi decimos que la costumbre podra interpretar la ley si accaesciese dubda sobre ella, que ansi como acostumbra-ban los antiguos a entender, ansi debe ser entendida e guardada*».

En cambio en los derechos civiles especiales o forales hispánicos la costumbre racional prevalece sobre la ley y, además, la interpreta. Así resulta, más o menos claramente, en las respectivas compilaciones de derecho especial o foral.

ba) Según el art. 2, 1 de la *Compilación aragonesa*: «*La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas aplicables a Aragón*».

Esta salvedad está de acuerdo con la tradición jurídica aragonesa y es expresada en la ecuación, que viene a establecer Joaquín Costa, entre derecho necesario y derecho voluntario con ley imperativa y ley facultativa o supletoria⁹⁴.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la integración de las disposiciones de la *Compilación* —según dice el art. 1, 1— «*con las costumbres y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico*».

bb) Declara el art. 1, 2, de la *Compilación de Baleares*: «*El derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las Islas*».

El apartado 3 de este artículo declara la prelación de las costumbres de derecho balear respecto de los preceptos de la propia *Compilación* del derecho balear. Su exposición de motivos explica, que la *Compilación* «recoge en su articulado algunas costumbres convirtiéndolas, por tanto, en preceptos escritos, pero indudablemente existen fuera de su normativa muchas costumbres en Baleares que por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando por consiguiente plenamente vigentes, sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final primera de esta ley, en cuanto que forman parte de la tradición jurídica de estas islas e integran su ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo».

De esa tradición balear también resulta que, con esta última salvedad, el derecho consuetudinario tiene prelación frente el escrito. Así ha sido como se han formado todas sus peculiaridades, entramadas con el derecho romano, adecuándolo y modificándolo a tenor de

⁹⁴ Cfr. *Perspectiva histórica*, 264, pp. 944 ss.

las propias circunstancias locales, o produciendo, en virtud de ello, la variedad que se observa entre unas y otras islas⁹⁵. Esto, asimismo, nos muestra que también conforme esa tradición se estimaba que eran preferentes las costumbres locales respecto de las generales.

bc) En la *Compilación de Cataluña*, el art. 1, 2, declara: «*Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña*».

Según la tradición jurídica catalana, la costumbre siendo racional era preferente a su texto escrito y compilado, al derecho común y la ley, con la excepción de las *constitucions generals*, o leyes pactadas entre el rey y los tres brazos de las Cortes. Sin embargo, éstas no derogaban las costumbres singulares o locales «*nisi exprese dicetur*»⁹⁶; y aún para derogarlas así, si las costumbres estaban incluidas en un privilegio local, con valor de constitución general, era preciso el consentimiento, al menos tácito, de la comunidad privilegiada⁹⁷.

La razón de esa superioridad de las leyes paccionadas respecto de las costumbres generales, en contra de la prioridad de las costumbres incluso generales sobre las leyes en general, la he explicado en varios lugares⁹⁸.

El artículo 2 de la misma *Compilación* dice: «*El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como Barcelona, Tortosa y sus términos, Camp de Tarragona, Obispado de Girona, Vall d'Aran, Pallars Sobirà y Conca de Tremp, se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él*».

Este artículo creo que debe entenderse como indicativo de la vigencia de esas costumbres, y en modo alguno como derogatorio

⁹⁵ Cfr. JOSÉ CERDÁ GIMENO, *La revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera*, ADC, XXVI-III, 1973, p. 855. Ahí dice que «la tradición y las costumbres están referidas a las "locales", o de otro modo a las "insulares", peculiares de cada isla».

⁹⁶ Cfr. TOMÁS MIERES, *App.* II, X, XXIII, 12, p. 440.

⁹⁷ Ese consentimiento, según JAUME CALLIS (*De directorii pacis et treguae. Octavo dubbium principale*, § *Sed ad hunc contra ultima ratione*, fol. XVII y vto.), se entendía concedido cuando el síndico de la comunidad privilegiada hubiese intervenido en las Cortes en que fue aprobada la constitución derogatoria. Pero, según MIERES (*App.* VI, VII, 20, pp. 48 ss., en relación con *App.* I, II, VI, 6, p. 19), se requería que además se probase que dicho síndico tenía conocimiento de la existencia del privilegio, lo cual tampoco se presumía que estuviere contenido en la autorización si en ella no se expresaba.

⁹⁸ Cfr. mis estudios *Valor jurídico de las leyes paccionadas en Cataluña*, 13, en vol. cit., pp. 100 ss.; *Incidencia práctica del «pactisme» en la teoría de las fuentes del derecho*, 9, ARDJ. y L 6, 1978, pp. 27 ss., recogido en *Estudios sobre fuentes del...*, pp. 623 s.

de las demás, que no fueren contrarias a disposiciones imperativas de derecho necesario. Lo creo así porque en otro caso iría en contra la tradición jurídica catalana que debe servir para interpretarlo e integrarlo.

En su discurso inaugural del curso 1991-92 de la Academia de Jurisprudencia de Cataluña, Luis Figa Faura⁹⁹, que entonces era su presidente, advirtió: «El derecho catalán no es una invención de hoy, naturalmente no es hoy el mismo que hace mil años. Hay, pero, un hilo que, de manera continua y sin interrupciones, le caracteriza y que ha recibido el nombre de tradición jurídica catalana»...«La tradición jurídica catalana es ésta: la costumbre es la que lleva la ley y no al revés».

bd) *La Compilación de Navarra* es rotunda y no necesita comentarios.

Su ley 2 dice: «*En Navarra la prelación de fuentes es la siguiente: Uno: La costumbre...*».

Y añade la ley 3, 1: «*La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley prevalece sobre el derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia sobre la general.*».

Naturalmente, en la tradición navarra la costumbre debe ser racional como requisito *sine qua non*.

bc) *La Ley del derecho civil del País Vasco*, en su artículo 1, 1 dice: «*Constituyen el derecho civil foral de los territorios históricos del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del derecho que lo inspiran según su tradición.*».

Recordemos que Unamuno¹⁰⁰, frente a los códigos, «debidos en buena parte a la razón rraciocinante de los juristas», contrapuso las costumbres, constitutivas de la raíz del derecho de la tierra llana de Vizcaya, que son «razón no escrita del pueblo manifestándose en los moldes de la vida». Esa misma razón es, sin duda, la que tuvo en cuenta Jado¹⁰¹ al indicar que, para interpretar y conocer el sentido del *Fuero*, «debemos inspirarnos, más que en el rigorismo del derecho, en las costumbres que informan el modo de ser especial de la familia y propiedad del infanzonado o tierra llana»¹⁰².

⁹⁹ Luis FIGA FAURA, *El dret català en périll*, RJC, XCII, 1993, pp. 93 y 94.

¹⁰⁰ Miguel DE UNAMUNO, *Derecho consuetudinario de España, I Vizcaya*, RGLJ, 88-2.º, 1896, pp. 46 s.

¹⁰¹ Rodrigo JADO Y VENTADES, *Comentarios al Fuero de Vizcaya*, Bilbao, Impr. de la Casa de Misericordia, 1900, II, III, p. 217 s.

¹⁰² Respecto de la costumbre en el derecho de Vizcaya, *cfr.* Nicolás VICARIO DE LA PEÑA, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, cap. Preliminar I; *cfr.* ed. cuidada por Itziar Monasterio, Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pp. 21-25.

bd) La ley del derecho civil de Galicia del 20 de abril de 1995, en su artículo 1.º dice: «*El derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente ley, así como por las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen*».

Y el art. 3, 1, añade: «*Se aplicarán el Código Civil y las demás leyes civiles comunes cuando, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego*».

El mayor riesgo que hoy amenaza a esa concepción del derecho de todos estos territorios de derecho peculiar, formado en la historia, se halla en los parlamentos de sus respectivas comunidades. Vengo repitiéndolo sin cesar en esos últimos veinte y tantos años.

