

Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto Numerario de Derecho Civil. Juez Excedente.
Fiscal Supernumerario y Letrado del Ministerio de Justicia

SUMARIO: I. IDEAS GENERALES.—II. LAS FUENTES DEL DERECHO.—1. SU SIGNIFICACIÓN.—2. POSICIONES DOCTRINALES MÁS RELEVANTES.—3. APRECIACIONES CRÍTICAS.—III. LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL.—1. SU FINALIDAD: LEY DE BASES Y TEXTO ARTICULADO.—2. SU PROYECCIÓN EN LA DINAMICIDAD DEL DERECHO.—A. *El orden jerárquico de las fuentes.*—a. Antes de la reforma.—b. Después de la reforma.—B. *La Ley.*—C. *La costumbre.*—D. *Los principios generales del Derecho.*—E. *La jurisprudencia.*—F. *Los tratados internacionales.*—3. OTROS PROBLEMAS.—IV. LA REFORMA SOMETIDA A ENCUESTA.—1. DATOS DE LA ENCUESTA.—2. RESULTADOS OBTENIDOS.—3. CONSECUENCIAS—V. CONCLUSIONES.

I. IDEAS GENERALES (*)

Se van a cumplir próximamente dos años de la publicación del Decreto de 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto articulado del Título Preliminar del Código civil y coronó, de esta manera, el proceso de reforma que se inició con la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 (1). Puede, pues, ser hora de hacer un nuevo y pequeño examen de alguna

(*) Con el título general *Las reformas del Código civil de 31 de mayo de 1974 y 2 de mayo de 1975*, he explicado en el presente año académico un Curso monográfico del Doctorado, en la Universidad de Bilbao. De él ha formado parte este trabajo. Al corregir pruebas he llevado a cabo un pequeño proceso de actualización.

(1) RUIZ VADILLO, Enrique: *Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil*. "Revista General del Derecho", núms. 345, 346 y 347. 1975.

de sus realizaciones, en comprobación de cuál sea o pueda ser, en un futuro inmediato, el auténtico ritmo de la nueva ordenación, teniendo en cuenta que una norma sólo puede ser definitivamente enjuiciada en su verdadero "habitat", es decir, dentro de la vida social para la que nació, con su complicado entramado, sus opuestos intereses, sus dificultades y sus inevitables relieves. Mientras tanto sólo serán posibles simples y provisionales conjeturas y vaticinios sobre sus zonas de acierto y sus zonas de error, sobre sus aspectos positivos y sobre los que lo sean negativos. Una ley, en su fase de previgencia únicamente es un proyecto de ordenación que sólo se hace realidad legislativa cuando vive y se realiza jurídicamente en la Comunidad.

Por otra parte, la suerte de un precepto o de un conjunto de preceptos depende esencialmente de los siguientes factores: 1.º De su propio contenido y finalidad. 2.º Del ambiente en el que van a ser aplicados, de donde se deduce que el legislador debe buscar imprescindiblemente, a la hora de dar nacimiento a una norma, la presencia de una adecuada temperatura social, de un "clima" apto para su aceptación (2). En este sentido, no son difíciles de encontrar ejemplos de obras literarias, de ideas políticas o incluso de normas jurídicas cuyo espectacular triunfo o fracaso hay que atribuir más que a sus propias y específicas virtudes o defectos a la favorable o desfavorable acogida que tuvieron y en el que, en muchas ocasiones, influyó más el elemento puramente emocional que el racional. 3.º De la mentalización y predisposición de quienes han de aplicarlos, entendida la expresión en su sentido más amplio, aunque referida especialmente a los técnicos del Derecho: Abogados y Jueces, incidiendo en este caso factores racionales, técnicos y emocionales, y 4.º De la precisión terminológica de la Ley y, en su caso, de la existencia de los instrumentos complementarios que sean imprescindibles, o al menos convenientes, para su efectiva y posterior realización (3).

Sobre estas ideas iniciales nos aprestamos a llevar a cabo este trabajo en el que, como fácilmente puede deducirse del sumario, queremos, en primer lugar, plantear, en general, el problema de la significación y valor de las fuentes del Derecho, tan extensamente debatido en la doctrina científica (4), aunque referido principalmente a su pro-

(2) RUIZ VADILLO, Enrique: *Algunas ideas sobre una posible nueva estructuración del Código penal*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio 1974.

(3) Así sucedió con la llamada Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y posteriormente con la Ley de 4 de agosto de 1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social y también, aunque en menor medida, con la de 28 de noviembre de 1974 al no crearse o no hacerlo con la extensión suficiente, los Centros complementarios indispensables para la efectividad de las llamadas medidas de seguridad.

(4) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*. Parte General, Tomo I, Libro Preliminar; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. I: Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Vol. II: Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia jurídica. Volumen III: Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo. Pluralismos.

yección práctica, esto es a la repercusión directa e inmediata que haya de tener sobre la realidad a la que se proyecta; pretendemos después examinar la reforma del Título Preliminar en función de estas mismas consideraciones, es decir, bajo el prisma de lo que de ella cabe esperar en razón de los principios que la inspiran y naturalmente de su propio contenido, tratando de descubrir si de su aplicación es presumible aguardar una transformación, más o menos profunda, y en qué sentido, de la vida jurídica española. En tercer lugar recogeremos el resultado de una encuesta llevada a cabo con unos quinientos profesionales del Derecho (Magistrados, Jueces y Abogados), en orden a lo que para ellos ha significado, en sus respectivas vivencias jurídicas, la reforma, para acabar el estudio con unas consideraciones críticas, en forma de conclusiones.

En cualquier caso y con carácter previo, debemos recordar una serie de datos que, a mi juicio, son ciertamente importantes y que guardan estrecha relación con nuestro estudio: 1.º Que los retoques parciales de un Ordenamiento han de hacerse sin perder de vista el conjunto al que sirven los preceptos aislados que se reforman. 2.º Que no es cierto o, al menos, que no es totalmente cierto que el Título Preliminar del Código civil, tenga un valor general y extensible a todo el Derecho positivo (5). 3.º Que el Derecho sustantivo, el procesal y el orgánico, de ninguna manera pueden concebirse como instituciones autónomas e independientes, sino como simples vertientes o ramas de un mismo y único tronco. Hablar de las fuentes del Derecho, en cuanto tema que en gran medida pertenece a la filosofía jurídica o del problema de la adopción, como institución rejuvenecida del Derecho de familia, por poner dos ejemplos relativamente distantes entre sí, sin conocer al mismo tiempo cómo se van a hacer sustantiva y procesalmente realidad, es visionar fragmentaria y por tanto artificialmente el Derecho. En el primer caso, si el Código civil incluye la jurisprudencia, de una manera más o menos directa y más o menos afortunada, que de ello hablaremos más adelante, como fuente del Derecho, será decisivamente importante para emitir una opinión conocer cuántas instancias existen y cuál es la verdadera naturaleza de cada una, cómo están organizados los Juzgados y Tribunales, que asuntos van a tener acceso a la casación y por supuesto, y con carácter previo, qué ha de entenderse por jurisprudencia. Por ello si tuviera que responder a la pregunta: Qué tipo de poderes han de concederse a los Jueces y Tribunales y qué extensión e intensidad ha de atribuirse a los mismos, no podría hacerlo sin conocer la concreta organización judicial a la que el consultante se refiriera y el sistema de recursos y, naturalmente, sin

(5) Las dificultades de unificar, por ejemplo, el tratamiento de las normas civiles y penales son insalvables. La consideración de la analogía, en el título preliminar, a nivel de Derecho penal, no me parece acertada. Una cosa es que el legislador —y el Juez— no pierdan de vista la sustancial unidad del Derecho (el ordenamiento jurídico es como un edificio en el que cada pieza se apoya en las demás y simultáneamente las sirve de apoyo) y otra que se pueda crear una teoría general que englobe todas sus partes.

precisarse anticipadamente la posibilidad o no de que tales poderes fueran controlables o revisables por los Tribunales superiores y en qué medida lo fueran. En el supuesto del tema de la adopción sería fundamental indagar qué tipo de proceso ha de utilizarse para conseguir la declaración judicial de adopción, si un juicio declarativo (y en su caso de qué grupo), un incidental, un acto de jurisdicción voluntaria, etc. y qué recursos habrían de caber contra las resoluciones y si una vez denegada la adopción solicitada cabría o no una nueva solicitud en este sentido (6). Es por ello por lo que los estudios jurídicos unilaterales y referidos exclusivamente a uno de los muchos ángulos de visión en que pueden ser contemplados, ofrecen, a nuestro juicio, serios inconvenientes y finalmente, 4.º Que el Derecho, cumpliendo mejor o peor su finalidad es absolutamente inevitable. Querer suprimir el Derecho es como pretender eliminar la Medicina. Puede ponerse en duda, dice Hernández Gil (7), la entidad científica del saber jurídico, mas no cabe llegar a la negación rotunda ni, en ningún caso, podría radicar

(6) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Estudios de Derecho procesal*, EUNSA, pág. 59: La función del Derecho procesal en la vida judicial. Especialmente págs. 104 y ss. Conclusiones: 1) La función jurisdiccional es una función autónoma y creadora de derecho en cuanto que el derecho declarado en la sentencia es algo siempre concreto e imparable. 2) El juicio jurisdiccional tiene como antecedente necesario un juicio abstracto de valor normalmente recogido en el mandato de la ley y las demás fuentes del Derecho que el juez no puede desconocer. Precisamente lo específico de la función jurisdiccional es el paso mediante el proceso, y sobre todo en la resolución que lo termina, del mandato genérico de la ley al individualizarlo en la sentencia. 3) La vinculación del juez ante las leyes es muy distinta, según los casos en fuerza y grado. Hay leyes que están dirigidas directamente a los tribunales y de un modo inexcusable les vinculan inmediatamente y otras dirigidas a los sujetos privados que sólo servirán de pauta a los jueces en cuanto se deduzcan en juicio. 4) Lo específico de la aplicación judicial del Derecho es la realización de la justicia en el caso concreto, lo que sin duda es uno de los campos más importantes en la construcción de la justicia en sí misma considerada.

A mi juicio, las normas jurídicas en cuanto al grado de vinculación que tienen, pueden clasificarse así: 1.º Normas que se imponen inexcusablemente, estableciéndose unos órganos específicos para hacerlos cumplir y unas sanciones para los supuestos de incumplimiento. En general, las contenidas en el Derecho penal (con algunas excepciones), en el Derecho administrativo, en el Fiscal, muchas del Derecho laboral, etc.... 2.º) Normas que se establecen con carácter obligatorio, pero cuya efectividad depende de la voluntad de sus beneficiarios (los llamados delitos semipúblicos, muchas normas de Derecho arrendaticio especial, del Derecho laboral, etc.) y 3.º) Normas que establecen un sistema subsidiario para cuando los interesados no regulen los supuestos que aquellos contemplan (la mayor parte de las disposiciones contenidas en los Códigos civil y de comercio). Insertar la norma o normas objeto de estudio en cada uno de estos apartados me parece esencial a efectos de enjuiciarlos y aplicarlas.

Las disposiciones en las que Estado ofrece alguna ventaja o beneficio a los particulares si éstos actúan de determinada manera, constituyen, en mi opinión, ofertas estatales de convención; por ej., las que se contienen en los Planes de desarrollo puramente indicativos.

(7) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Juristas españoles de nuestro tiempo*, pág. 13. Org. Sala Editorial.

la base de la negación del derecho, donde la sitúa Kirchmann. La variabilidad del objeto que se simboliza en la expresión "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura", sólo se da si se consideran como objeto único de la ciencia jurídica las leyes contenidas en un determinado ordenamiento, que, en efecto, son modificables. Por lo pronto, la variabilidad predicable de las leyes no alcanza en igual proporción al derecho mismo y posiblemente hay mayor continuidad en el pensamiento jurídico y en sus encarnaciones institucionales que en otras muchas facetas del pensamiento humano, científico y cultural.

Pero aún identificando Derecho con ordenamiento jurídico positivo del que es siempre predicable su esencial modificabilidad, hay que seguir afirmando de él su carácter de imprescindible.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO.

Fieles al propósito que nos anima prescindiremos, en líneas generales, de consideraciones históricas y filosóficas, partiendo de la palabra fuentes en el sentido de formas de originación del Derecho positivo, esto es, siguiendo al Profesor Castro (8), entenderemos por tales las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas que para ella constituyen el Ordenamiento jurídico. De acuerdo con esta idea ha de hacerse la correspondiente clasificación técnica de las distintas disposiciones y establecerse la respectiva categoría. A su magistral exposición nos remitimos expresamente para evitar una innecesaria prolongación de este apartado.

Digamos de inicio, insistiendo en nuestras anteriores afirmaciones, algo muy sabido y generalizable a la mayor parte de las instituciones jurídicas, esto es que el problema de las fuentes del Derecho no puede aislarse del conjunto al que pertenece. En efecto, establecidos para una organización social y un tiempo determinado las "fuerzas sociales con facultad normativa creadora" en frase del Profesor Castro, surgirá, desde ese momento, el problema de cómo han de ser aplicadas esas normas, lo que, a su vez, conllevará la importante cuestión de cómo han de interpretarse, puesto que la norma, no hace falta decirlo, nace para vivir y esa vigencia sólo se consume con su aplicación judicial o extrajudicial, después de conocido su sentido y alcance. De donde, fuentes, interpretación y aplicación, proceso y organización judicial y con ellas, el problema del método, forman una inseparable e indestructible unidad.

A nuestro juicio, las únicas fuentes, las únicas al menos que merecen, en sentido real, ese nombre en nuestro Derecho, son la ley y la costumbre. La primera, como señala el Profesor García Valdecasas (9), establecida por el Estado, que la exterioriza en un texto

(8) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Ob. cit.*, pág. 267.

(9) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Los principios generales del De-*

fijo de palabras; la segunda, establecida por la sociedad a través del uso que es su forma de exteriorización. Aunque a su lado se citan otras varias posibles fuentes (10), entiendo que a las mismas ha de concedérselas un valor instrumental, en el sentido de constituir medios de interpretación o descubrimiento de las verdaderas fuentes, lo que no significa restarles autoridad y categoría. Si el Derecho positivo, como señala el Profesor Albaladejo (11), es un conjunto de normas, el poder de establecer éstas lo pueden tener diversos organismos o fuerzas sociales y el que lo tenga será fuente material de Derecho en cuanto que, al establecerlas da origen al Derecho. De todo ello, creemos que se deduce, sin más, la dificultad, que luego examinaremos más despacio, de considerar como fuente a los principios generales del Derecho porque de ellos no puede decirse que deriven de ningún órgano, salvo que se entienda que se identifican con el poder creador del Juez (lo que no nos parece acertado, al menos, dicho así, de manera absoluta). Los principios generales del Derecho no son otra cosa, a nuestro juicio, que la conjunción armónica de las leyes y las costumbres, esto es, los principios generales son el espíritu del Derecho, la quintaesencia de la ordenación jurídica, lo que se obtiene destilando las normas legislativas y consuetudinarias a la luz de un ideal de justicia colectivo. En otras palabras, a mi entender, en todo ordenamiento hay normas típicas (las que están explícitas en el Ordenamiento, bien a través de las leyes o de las costumbres y atípicas (las que se obtienen implícitamente de aquéllas) constituyendo estas últimas los llamados principios generales del Derecho.

1. SU SIGNIFICACIÓN

Creemos que está, en definitiva, claro lo que son y significan las fuentes del Derecho: Son los instrumentos aptos para crear Derecho y representan y garantizan el orden, la seguridad y un cierto equilibrio social (no la justicia, cuya plasmación normativa no se obtiene por el simple hecho de establecer unas fuentes u otras, sino por un doble proceso de legitimación sustancial y formal, al que luego nos referiremos). Materialmente son fuentes, como ya hemos dicho, aquellas fuerzas o instituciones que en cada momento y lugar están legitimadas para crear Derecho. Estas fuerzas están constituidas, como se sabe, por el Estado y el Pueblo que establecen o pueden establecer Derecho positivo a través de leyes, el primero y de costumbres, el segundo, dando origen a las normas legislativas y consuetudinarias, respectivamente.

Ello no obsta para que a su lado, como también hemos señalado

recho en el nuevo título preliminar del Código civil. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Tomo XXVIII, fasc. II, 1975, pág. 332.

(10) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Ob. cit.*, págs. 272 y 273.

(11) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil. I. Introducción y Parte General. Introducción y Derecho de la Persona. 3.ª ed.*, 1975 Lib. Bosch, pág. 73.

con anterioridad, se hable de otras reales o aparentes fuentes de Derecho, es decir, de otras fuerzas sociales capaces de crear Derecho y por tanto de otros modos o formas distintas de manifestación, aunque nosotros entendemos que estas fuerzas sociales distintas del Estado y del Pueblo no crean realmente Derecho, sino que se limitan a poner en acto normas que existen en potencia de la forma que antes pretendimos explicar. Así, pueden serlo los Tribunales a través de sus sentencias (el Tribunal Supremo y las Audiencias o sólo aquél), las decisiones de ciertas cámaras, Sindicatos, Corporaciones, etc., las opiniones de los jurisconsultos, etc., etc. (12). En este sentido, el tema pudiera ser objeto de un doble estudio a través de cuáles sean y cuáles deberían ser las fuentes del Derecho.

Ciertamente que el problema tiene en su misma base unos perfiles muy especiales y muy trascendentales, ya que por mucho que nos esforcemos en decir lo contrario y hasta en creérnoslo, sólo hay primariamente una fuente de Derecho que es la Ley, porque el valor, la significación y la jerarquía de todas las demás: costumbre, jurisprudencia, doctrina científica, etc., dependen, en último término, de la Ley. Si la jurisprudencia va a integrarse de alguna manera entre las fuentes del Derecho, si la costumbre tiene, a partir de la reforma del Título Preliminar, un mayor ámbito en cuanto a su concepto y unos perfiles relativamente nuevos, habrá sido a consecuencia de un mandato legislativo. Es más, también cuando la costumbre precede a la Ley [tanto en el Código civil, cuanto como sucede en el Derecho especial de Navarra, en la que goza de una posición verdaderamente privilegiada (13)], tal preferencia se produce por la voluntad legislativa. Esta afirmación va implícita en el propio concepto: Dice el profesor Marín Pérez (14), que son fuentes formales las dotadas de fuerza de obligar por mandato del ordenamiento legislativo: Luego sólo en tanto en cuanto exista este mandato serán fuentes. Naturalmente que ello no es óbice para aminorar la importancia del tema de la determinación de cuáles hayan de ser las demás fuentes y del grado de extensión que haya de concederse a cada una.

De todo ello se deduce la trascendencia, primero metajurídica y después constitucional, que tiene el problema de las fuentes del Dere-

(12) BONET RAMÓN, Francisco: *Concepto y Fuentes del Derecho civil*. "Anales de la Universidad de Barcelona 1940"; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho* ("Metodología y técnica operatoria en el Derecho privado positivo"). Madrid, 1947; CASTÁN TOBEÑAS, José: *La formulación judicial en el Derecho*. Madrid, 1954; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I, Introducción y parte general, vol. I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. 11.^a ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, pág. 397. Reus, Sociedad Anónima, 1975; RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino: *Concepto y fuentes del Derecho civil español*, 1956; VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Plenitud y equilibrio sensorial en las antiguas fuentes del Derecho foral*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1970, pág. 459.

(13) Leyes 2 a 8 de la "Compilación del Derecho civil foral de Navarra", de 1 de marzo de 1973.

(14) MARÍN PÉREZ, Pascual: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 3.^a ed. Ed. Tecnos. Madrid, pág. 51.

cho en general y especialmente el de la formación de la Ley. Si tenemos en cuenta que el poder es a la legitimidad formal y material, lo que la posesión es al Derecho, habrá que decir que la Ley sólo se legitima sustancial y realmente cuando es producto de la Justicia y emanación de la voluntad popular (15), en cuanto que sus creadores han de ser sus auténticos representantes, en cuyo supuesto la dicotomía Ley-Estado por una parte y Costumbre-Pueblo por otra, pierde agresividad, distancia y oposición, ya que si quienes hacen las leyes llevan a ellas las profundas convicciones del pueblo, porque son pueblo hecho legislador, la comunidad verá en la Ley no otra cosa que su propia voluntad dirigida a la Justicia, hecha norma (16). De ahí la importancia que este dato cronológico y sustancialmente prioritario, ha de tener en un enfoque general del problema (17). Si no se consigue romper el enfrentamiento de la norma estatal con sus destinatarios, la paz social será una quimera. Mientras éstos vean constantemente en la Ley no un instrumento de la justicia y del bien común, sino un instrumento de presión y vencimiento del que manda hacia el que tiene que obedecer y por tanto hacia grandes sectores de la sociedad (el Código penal defendiendo a ultranza las formas más rabiosamente individualistas de la propiedad de manera muchas veces exagerada (18), el Código civil que contempla muchas situaciones desfasadas y con soluciones no adecuadas, una Ley de Sociedades Anónimas muy poco social, etc., etc.), nada se habrá adelantado y la vida social jurídicamente hablando no será otra cosa que un forcejeo entre norma y sub-

(15) En otro trabajo he tratado superficialmente el problema que plantea la existencia de una voluntad popular contraria a los principios de justicia, seguridad y bien común. RUIZ VADILLO, Enrique: *Algunas ideas sobre una posible nueva estructuración del Código penal*, cit.

(16) DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*. 5.^a ed., Madrid, 1973; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *Orden jurídico y derechos humanos*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Noviembre, 1975: Si la libertad es el objetivo final del Derecho, el orden es el objetivo mediato del mismo, dado que éste trata de la convivencia pacíficamente organizada.

(17) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas para la historia de la reforma del título preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre. 1974. El título preliminar, dice, desborda el puro Derecho civil para afectar a todo el ordenamiento jurídico e incluso contiene, al decir de algunos autores, una vertiente constitucional. Del rango e importancia del título preliminar se deriva así el alcance y la trascendencia de su reforma que son puestos de relieve por el propio legislador, en la Exposición de Motivos del Decreto de 1974 cuando, después de recordar otras modificaciones parciales, hechas a lo largo de los años, del Código civil, observa que "de todas las reformas, ninguna puede compararse en importancia y entidad a la ahora producida.

El art. 2.º del cap. I del Decreto legislativo italiano de 14 de septiembre de 1944 dice: "Leyes. La formación de las leyes y la emanación de los actos de Gobierno que tengan fuerza de ley, serán disciplinadas por leyes de carácter constitucional"; HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil*, "Revista de Estudios Políticos", núm. 18, noviembre-diciembre, 1974.

(18) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*. Parte General y Parte Especial. 1976 y 1975. respectivamente.

dito; aquélla intentando siempre imponerse, sin conseguirlo del todo nunca y éste luchando constantemente por burlarla hasta donde le es posible (pensemos en las leyes fiscales y en su correspondiente frande).

Pero esta idea de preferencia de las normas estatales es absolutamente compatible con la aceptación de un beneficioso pluralismo en cuanto a las fuentes y también con una construcción lo más perfecta posible de un sistema coherente de jerarquía que busque, y hasta donde es humanamente posible consiga, un real equilibrio social, y lo es igualmente con el establecimiento de unas bases interpretativas que permitan al juzgador, dentro de un sustancial respeto a la Ley, el encuentro de fórmulas armónicas de adecuación de las normas a la vida, a esa vida que es sustancia y justificación del Poder. De la naturaleza y extensión de estas limitaciones dependerá precisamente el carácter y los perfiles del Estado que de ellas derive.

Es por todo ello por lo que esta parcela ha de ser cuidada y atendida con muy especial atención, de tal manera que si la ordenación de las fuentes del Derecho y el sistema complementario de interpretación y aplicación de las normas no tiene inicialmente una justificación racional y subsidiariamente emocional, si la estructura de las mismas no responde a unas exigencias sociales prioritarias (es decir, razón en el Poder, emoción y sentimiento, además de razón, en el Pueblo), nos encontraremos antes o después, más bien antes que después, con un divorcio más o menos total entre norma y realidad y con un quebranto del equilibrio espiritual del Juez que descubre, cuando esto acontece, la distancia que media entre los preceptos que tiene que aplicar por una parte y la justicia (que tiene siempre un cierto sentido relativo) y las circunstancias sociales existentes con sus correspondientes exigencias por otra, de tal manera que ni aun corrigiendo las normas que tiene que aplicar hasta donde jurídicamente puede, llega a la sociedad en la que vive y a la que sirve, con lo que se produce una doble y peligrosa ruptura: Del Derecho positivo con el Derecho judicial y de uno y otro con la realidad social para la que el Derecho ha nacido y vive. La práctica demuestra, sin necesidad de nuevas consideraciones, que cuando esto sucede, en cualquier nación y en cualquier época, los Jueces y Tribunales en sus resoluciones se lanzan por caminos absolutamente imprevisibles (19), de tal manera que las resoluciones judiciales se acercan más al espíritu y a la letra de las leyes, cuanto más cerca están éstas de la Justicia y del sentimiento legítimo y general de la Comunidad.

Creemos, en conclusión, que todo ello es consecuencia de una idea básica e innegable: Que el Derecho está ineludiblemente proyectado hacia la ordenación de la vida desde un punto de vista social. Consideración que aun teniendo un cierto carácter de consustancialidad con el concepto mismo del Derecho, adquiere hoy un especial y acentuado re-

(19) Así sucedió en la Ley de Pesca, con penas injustificadamente graves; en los delitos de abandono de familia; en los delitos contra la propiedad, al menos en varias de sus modalidades, etc.; DÍEZ PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ed. Ariel.

lieve (20), hasta el punto de insistirse mucho en una expresión, "Socialización del Derecho", que sólo cobra verdadero significado cuando se la toma como prevalencia de los intereses comunes sobre los particulares.

2. POSICIONES DOCTRINALES MÁS DESTACADAS

Para intentar conseguir una visión general de la situación que, en este orden de cosas, mantiene actualmente nuestro Código, pretendemos exponer muy brevemente aquellas orientaciones doctrinales que por su arraigo y significación nos han parecido más representativas, a fin de ilustrarnos sobre la posición que según cada una de ellas, deba ocupar el jurista y especialmente el Juez en la trascendental tarea de recrear la norma en ese instante, definitivamente importante, de aplicarla al caso debatido.

No se trata, pues, de hacer un estudio individualizado (21), sino, mucho más sencillamente, de traer a colación una muy esquemática referencia de aquellas direcciones metodológicas que hemos creído más interesantes para examinar, dentro del tema que nos ocupa, las consecuencias de cada una de estas posiciones en general y en especial a la luz de la reforma del Título Preliminar de nuestro Código civil.

A. *Normativismo legalista. Jurisprudencia de conceptos. Positivismismo.*—Todas las teorías que, de alguna forma, hacen coincidir de manera más o menos absoluta, Derecho y norma, reduciendo a su vez todas las normas a la Ley, no cabe duda de que de alguna forma están minimizando la trascendencia del Derecho, pero es también paralelamente indudable que con ello están poniendo de relieve algo que es incuestionablemente cierto: Que el Derecho positivo tiene su base de sustentación en la Ley y que aun en aquellos casos en que ésta remite a otras reales o pretendidas fuentes (costumbres, usos sociales, jurisprudencia, principios generales, conciencia del juzgador, opinión de los jurisconsultos, etc.) no deja de estarse manifestando la presencia prioritaria de la norma legal.

La doctrina que mantiene esta dirección es, lógicamente, como ya vimos, la que prima en los Ordenamientos jurídicos. En este sentido dice el profesor Castán (22) que el método clásico o tradicional, lla-

(20) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *Lo social y el Derecho privado*, "Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XIII, 1967-68. I.N.E.J.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, pág. 233; Plan de Desarrollo Económico y Social: Factores humanos y sociales del desarrollo. Separata, págs. 34 y 35: El conjunto del dispositivo económico e institucional del Plan aspira a ser un desarrollo técnico, efectivo y ponderado de la idea de justicia social; RECASENZ SICHES: *Vida humana, Sociedad y Derecho*. México, 1941.

(21) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit.

(22) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, cit.; BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo: *Reflexiones en torno al método jurídico*, "Revista de Derecho Privado". Septiembre, 1961; BONET

mado también lógico, constructivo o de la jurisprudencia conceptual, responde a esta sencilla idea básica: Todo el Derecho está contenido en la Ley y la interpretación de ésta debe proponerse buscar la voluntad del legislador. La ley, según estas posiciones, es siempre suficiente y capaz para que puedan resolverse judicialmente todos los posibles problemas. El jurista tiene la misión de descubrir, en su función interpretativa, la voluntad del legislador, haciendo en todo caso una labor de reconstrucción con los datos que la propia Ley le facilita, aunque dentro de esta misma teoría, cuando se trata de textos legales viejos y enmohecidos, se hable, como señala el profesor Lacruz Berdejo (23), de descubrir la voluntad de la Ley, en un giro ciertamente importante de objetivización. En definitiva, como señala el profesor Legaz Lacambra (24), existe en estas tendencias un culto al texto legal ya que todo el Derecho se encierra en la Ley, se busca la intención de la Ley, posee aquel un carácter profundamente estatista, reconociendo la omnipotencia jurídica del legislador estatal, aunque se trate de hacer compatible este positivismo legalista con su creencia en un concepto metafísico del Derecho (25).

B. *Derecho libre*.—De la labor crítica del positivismo legalista, dice el profesor Espín Cánovas (26), que reduce todo el Ordenamiento jurídico a la Ley, se pasa a las exageraciones sobre la libre investigación judicial del Derecho por lo que, en general, se rechaza esta postura por los peligros que encierra de un puro subjetivismo (27).

En oposición, pues, a la tendencia positivista, encontramos la doctrina del Derecho libre que arranca de 1.899 cuando Geny publica su "Método de interpretación y fuentes del Derecho positivo". El Derecho, se viene a decir, es algo demasiado complejo y móvil para que un individuo o una asamblea, aunque estén investidos de autoridad soberana, puedan pretender dar satisfacción, con los preceptos que en un momento se establecen, a todas las exigencias de la vida jurídica (28). El Derecho positivo no puede, por tanto, identificarse con la

RAMÓN, Francisco: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona, 1948; CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, cit., pág. 281; LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. de Enrique Gimbernat Ordeig. Ed. Ariel; PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4.^a ed. Ed. Ius México, 1965; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *Los principios clásicos del Derecho*. 1975; El profesor Castro, en el apartado *Doctrinas sobre la primacía de las fuentes del Derecho*, enumera: a) El legalismo racionalista. b) La Escuela histórica. c) El positivismo jurídico. d) El Derecho judicial y e) El nepositivismo.

(23) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, I. Parte General. Lib. Bosch, Barcelona, 1974, págs. 73 y ss.

(24) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, págs. 84 y ss.

(25) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*, cit., Parte General. Madrid, 1976, 5.^a ed., págs. 137 y ss.

(26) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual del Derecho civil español*, vol. I. Parte General, 5.^a ed., 1975. Ed "Revista de Derecho Privado. Ed. de "Derecho Financiero", pág. 103.

(27) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit. III, pág. 80.

(28) Pero no se olvide que el mismo Geny se vio obligado a admitir,

Ley, ni siquiera con el llamado Derecho estatal, ya que éste posee una rigidez y un esquematismo que le impide adaptarse a la variabilidad y movilidad de la vida, de donde se deduce la necesidad de una libre investigación científica por la que se hagan valer, seguimos al profesor Legaz Lacambra (29), los datos irreducibles del Derecho natural y se ayude al Juez a colmar las lagunas que todo Derecho positivo deja necesariamente vacías (30), transformando así la Ley en una simple opinión, aunque muy valiosa, emitida por el legislador sobre los datos primarios del Derecho.

Con arreglo a esta dirección, dentro de la cual hay que incluir muy diversas posiciones, entre las que cabe señalar a las representadas por Enrich, Kantorowicz, etc (31) el Juez debe resolver discrecionalmente si le parece que la Ley ofrece una solución dudosa o considera que el poder legislativo hubiera obrado para aquel caso de manera distinta, en los supuestos desesperadamente complicados, llegando Fuchs (32), en un cierto paroxismo jurídico, a no reconocer como Derecho más que lo que vive en el alma de cada hombre honrado e inteligente.

C. *Escuela histórica*.—Para la Escuela histórica, de Savigny (33), cada pueblo es una individualidad portadora de un espíritu singular que es la fuente de todo lo que constituye su cultura: el lenguaje, el arte, las costumbres... también el Derecho. El Derecho para la Escuela histórica, que representa una reacción relativamente explicable frente a los males de una codificación que propende al arcaísmo y al anquilosamiento, no es un producto ni de la razón ni de la voluntad, su raíz está en la convicción jurídica del pueblo que viene a identificarse, en cierta manera, con un sentimiento emocional, con un golpe de corazón, un palpito de lo que debe ser la regulación de la convivencia humana. Filosóficamente, la Escuela histórica, en unión de la filosofía idealista alemana, señala Julián Marías (34), constituye el primer estrato intelectual sobre el que Dilthey (35) va a levantar su filosofía. Sólo en la experiencia interna, en los hechos de la conciencia, dice este último, encontré un punto seguro donde anidar mi pensamiento. Toda ciencia es ciencia de la experiencia, pero toda experiencia encuentra su nexo original y la validez que éste le presta, en las condiciones de nuestra conciencia dentro de la cual se presenta: en la totalidad de nuestra naturaleza.

en principio, la supremacía de la ley escrita, como un exigencia de la seguridad social, aunque lo hiciera con muchas reservas y atenuaciones. V. CASTÁN: *Derecho Civil*, cit., I, 1, pág. 408.

(29) LEGAZ Y LACAMBRA, *ob. cit.*

(30) Exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974.

(31) VEGA BENAYAS, Carlos de la: *Introducción al Derecho Judicial*. (Contribución y homenaje al Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870). Ed. Montecorvo, págs. 108 y ss.

(32) *Idem.*

(33) LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 87.

(34) MARIAS, Julián: *San Anselmo el insensato y otros Estudios de Filosofía*. Madrid, 1944.

(35) GALÁN GUTIÉRREZ, Eustaquio: *Introducción al estudio de la filosofía jurídica*. Madrid, 1947, págs. 431 y ss.

A nuestro juicio, la Escuela histórica más que destacar la trascendencia de la costumbre que, como fuente del Derecho tiene muy escasa importancia cuantitativa, lo que hizo fue resaltar la tendencia social del Derecho, frente al sentido individualista del mismo, en lo cual acertó.

D. *Jurisprudencia de intereses* (36).—La llamada jurisprudencia de intereses introduce en el Derecho las ideas de fin y lucha. El Derecho no se concreta ni limita a normas positivas. La Ley positiva no puede regular todos los intereses que entran en juego y conflicto social. El fin es realmente el creador de todo el Derecho y, en expresión de Heck, que viene a ser como el representante de esta dirección metodológica en el Derecho privado, la Ley es como una diagonal de las fuerzas de una serie de intereses en lucha. Por eso, el Juez habrá de buscar el interés jurídicamente protegido en cada norma y una vez localizado utilizar una serie de criterios valorativos en función de ese interés primario, criterios que inicialmente buscara en la misma Ley pero que complementariamente, en los casos de insuficiencia, podrá obtener de sus propias estimaciones alcanzadas y obtenidas de principios, reglas, conceptos generales, como la buena y mala fe, las buenas costumbres, el abuso del Derecho, etc., etc. Este método es, por supuesto, de naturaleza extrapositiva, en cuanto que por encima y al margen de la Ley, acepta unos criterios de valoración metajurídicos.

E. *El Derecho Natural*.—El Derecho Natural, dice el profesor Galán y Gutiérrez (37), encierra la pregunta por un Derecho válido en sí, con independencia del que artificialmente hacen valer los hombres, la pregunta por un Derecho dado por la naturaleza y en consecuencia prepositivo y más valioso que el positivo y al que éste debe atemperarse como a un paradigma y a un modelo. El planteamiento espiritualista, dice Lacruz Berdejo (38), no es una mera proclamación de unos principios que luego no vuelven a ser recordados en el manejo y explicación de las fuentes formales. Implica más bien una actitud humana y equitativa en el manejo de los textos y la posibilidad de obviar, con mayor riqueza de medios, las lagunas de la Ley. Pudiéramos decir, pensamos nosotros, que el Derecho Natural es el conjunto de normas que la recta razón impone al hombre en cada momento y lugar, de donde se deduce su nota de variabilidad que consideramos consustancial a su concepto. No hay, pues, un Derecho Natural con normas eternas e inmutables. Hay, sí, una norma esencial que impone al hombre actuar razonablemente en todo instante, pero actuar con razón supone actuar como corresponda a cada ocasión y circunstancia.

La existencia y consideración del Derecho Natural, dice el profesor

(36) IHERING estima que no tiene derecho el que puede querer sino el que puede aprovechar. Los derechos no existen para realizar la idea de voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizar sus fines. La utilidad y no la voluntad es la sustancia del Derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos. (LEGAZ: *Ob. cit.*, pág. 112).

(37) GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio: *Ob. cit.*, pág. 2.

(38) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Ob. y pág. cit.*

García Arias (39), aunque negada cíclicamente, vuelve a imponerse con su eterno retorno, sobre todo después de cada época trágica y de cambio como la presente y tal vez la esencia e importancia del tema radica en ser una cuestión decisiva para conocer la naturaleza del Derecho, para encontrar la fundamentación de la obligatoriedad de las normas jurídicas.

El profesor Hernández Gil (40), señala como notas del Derecho Natural la unidad, la universalidad y la inmutabilidad, absolutamente en lo que se refiere a los primeros principios y también, por regla general, en orden a las conclusiones derivadas de éstos. Pero cabe, a título de excepción, dice, que sin cambio formal en la forma, por diversidad de las circunstancias de lugar o tiempo, se modifique su contenido.

La concepción tradicional —aristotelicotomista— del Derecho Natural, dice Preciados Hernández (41), resuelve satisfactoriamente el problema que consiste en determinar cuál es el fin propio, específico, del Derecho. De acuerdo con esta concepción, el Derecho Natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales —supremos, evidentes, universales— que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social que asigna al Derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre y establece las

(39) GARCÍA ARIAS, Luis: Palabras de presentación de la obra del profesor Luis RECASÉNS SICHES: *Iusnaturalismos actuales comparados*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1970. Recaséns Siches, en la obra anteriormente citada (págs. 26 y ss.) señala entre las notas concordantes de todos los iusnaturalismos por él examinados, las siguientes: A) Reafirmación, críticamente depurada, de una estimación jurídica iusnaturalista, pero señalando que el Derecho natural está muy lejos de ser una doctrina conclusa. B) Remisión a la metafísica, como fundamento primero del Derecho natural. C) Desnormativización del Derecho natural. D) Empeñoso intento de precisar con rigor qué debe entenderse por naturaleza humana. E) Concepción tridimensional del Derecho: el Derecho es una obra humana, estimulada por las necesidades de la vida social, obra que adopta forma normativa y que apunta a la realización de unos valores específicos (justicia, dignidad y autonomía de la persona humana, bienestar general, etc.). F) Reiterada insistencia en la necesidad de que la estimativa jurídica iusnaturalista se alimente a grandes dosis de conocimientos sociológicos, tanto generales como concretos para obtener las consecuencias prácticas que sean debidas y las que resulten mejores, más oportunas y eficaces en cada tiempo y lugar, esto es, en cada situación histórica concreta. G) Acentuación de un sentido histórico para los ideales jurídicos, en armonía con cada una de las realidades sociales concretas; es decir, el reconocimiento de que en el ser humano hay dimensiones esenciales inmutables, pero al mismo tiempo realidades muy diversas y siempre cambiantes o mudables. H) Reconocimiento superlativamente acentuado de que el valor supremo para el Derecho es la dignidad de la persona humana. I) Insistencia suma sobre el punto de que, en la jurisprudencia y la legislación es improcedente el empleo de la lógica tradicional de la inferencia (de la lógica llamada físico-matemática), la cual debe ser reemplazada por la lógica propia de los asuntos humanos.

(40) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología...* cit., Vol. I, pág. 42.

(41) PRECIADOS HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 4.^a ed. Ed. Jus México, 1965, pág. 243.

bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esa finalidad en un medio social histórico.

F. *Direcciones realistas*.—La concepción del Derecho, dice Castán Vázquez (42), ensayada por las direcciones realistas, constituye, sin duda, una aportación valiosa del siglo actual por la aproximación del Derecho a la realidad y su observación del valioso papel de la jurisprudencia, pero aun reconociendo el inmenso valor creativo de las sentencias judiciales, la jurisprudencia es, en cierta manera, la realidad, pero no toda la realidad.

De entre las diversas variantes que dentro de la expresión realismo jurídico se cobijan, como proceso revisor, según señala Hernández Gil (43), desde puntos de vista realistas y sociológicos, de los excesos cometidos por el positivismo estricto y la construcción dogmática, cumple hacer una referencia a la concepción jurídica inglesa que se ofrece como un ejemplo perdurable y vivo de culto a la realidad y a la practicidad (44).

3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Con la misma brevedad con que hemos afrontado la exposición de aquellas direcciones metodológicas que han de servirnos para captar la significación de las fuentes de nuestro Derecho a partir de la reforma del Código civil, vamos ahora a exponer un breve resumen crítico de cada una, de ellas para mejor comprender después el grado de incidencia en la trascendente tarea de hacer realidad la norma jurídica a través de la sentencia judicial.

A. *Normativismo legalista. Jurisprudencia de conceptos. Positivismismo*.—Según ya señalamos, la nota relevante de estas direcciones viene constituida por el acatamiento y respeto a la norma legal, base de todo ordenamiento. Como señala Hernández Gil (45), en el primer plano de la actividad del jurista, como cultivador de la Ciencia del Derecho o como encargado de la aplicación de éste, aparece el material normativo que le suministra el Derecho positivo de que se trate (46). Ahora bien, simultáneamente a nuestra adhesión al principio de respeto a la Ley, manifestamos nuestro incondicional rechazo al

(42) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Las teorías realistas del Derecho*. Estudios de Derecho público y privado, en honor del profesor don Ignacio Serrano y Serrano. Universidad de Valladolid. II. 1966, págs. 77 y siguientes.

(43) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología*, cit.

(44) HORWIN, Leonard: *Conceptos jurídicos fundamentales de los Estados Unidos*. Con algunas notas de bibliografía y doctrina por los profesores J. Castán y N. Pérez Serrano. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Febrero 1946. Separata. págs. 5 y 9: Los Tribunales son los que interpretan definitiva, aunque limitadamente, la Constitución.

(45) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Ob. cit.*

(46) Negar esta primacía supone negar de plano la base estructural del Derecho, lo que no implica, por supuesto, tomar partido por el problema de cómo hayan de formarse las leyes y de cuáles hayan de ser sus creadores.

culto casi religioso hacia la norma legal, puesto que la Ley ha de ser concebida primariamente como un instrumento de equilibrio, de tal manera que el Jurista ha de disponer de medios adecuados para que efectivamente la Ley sea el medio de realizarse la Justicia. Cuáles puedan o deban ser estos medios y de qué manera puedan utilizarse es algo a lo que más adelante haremos referencia.

B. *Derecho libre*.—De esta Escuela es destacable que el jurista de ninguna manera puede ser concebido como un ciego y sordo servidor de la Ley, incapaz de ver y oír lo que a su alrededor acontece, por la sencilla razón de que aquélla conlleva un ideal de Justicia realizable y en su realización ha de incorporarse todo cuanto intra o extralegal sea adecuado para conseguirlo. A mi juicio (47), la contradicción entre Ley y Justicia puede salvarse en muchas ocasiones si consideramos que el Juez debe asimilar el espíritu que anima a un Ordenamiento jurídico en función de la Comunidad a la que se proyecta, de tal manera que al enfrentarse con la norma en concreto no debe jamás aislarla, sino, muy al contrario, integrarla en el conjunto para que en esa integración se encuentren instrumentos definitivamente importantes para vitalizarla, darla contenido y, lo que es más importante, hacer Justicia.

C. *Escuela histórica*.—De ella y de su más importante representante, como creador que fue de la misma, hay que aceptar la idea, ciertamente definitiva, de que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo, lo que supone y exige que el legislador y el Juez después busquen en esas raíces auténticamente populares, los principios ordenadores de la convivencia. No significa esto, ni muchísimo menos, que las costumbres hayan de prevalecer sobre las leyes, sino que la norma legislativa ha de buscar su entronque en la ordenada y justa voluntad popular.

D. *Jurisprudencia de intereses*.—Sobre esta dirección hay que apuntar el mérito innegable de haber puesto de relieve el hecho de que detrás de cada norma hay un interés, objeto de protección jurídica y que su descubrimiento debe servir al intérprete para dar al precepto el perfil adecuado en función del interés protegido. De ahí que en la búsqueda de ese interés deba consumir el jurista una parte importante de su labor investigadora.

E. *El Derecho Natural*.—La consideración y la actualidad que la doctrina del Derecho Natural vuelve a tener desde hace algún tiempo es, dice el profesor Castán (48), prueba segura de que la metodología jurídica no sufrirá lamentables extravíos y sabrá respetar las bases fundamentales del Derecho.

Para el profesor Legaz Lacambra (49), los científicos y los filóso-

(47) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974.

(48) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Crisis mundial y crisis del Derecho*, página 66.

(49) LEGAZ LACAMBRA, Luis: Conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid, el día 21 de octubre de 1975. Referencia del periódico "Pueblo"

fos del Derecho tienen que contar con la inserción del Derecho en el fenómeno del cambio para adaptarse a él en lo que sea razonable, a fin de encauzarlo y dirigirlo en el sentido de una mayor justicia y, si llega el caso, frenarlo en lo que tenga de intrínseca inmoralidad o injusticia. Opina asimismo el ilustre profesor que el fenómeno del cambio social es una incitación para encontrar y mostrar las estructuras permanentes que subyacen, pese a todo cambio y que, de una u otra manera, indican el hecho de la radical unidad de la especie humana, al tiempo que prueban la existencia real de criterios normativos caracterizados por la permanencia y la inmutabilidad.

Mi modesta opinión en este sentido es que la inmutabilidad del Derecho Natural hace referencia al talante con el que el hombre ha de enfrentarse jurídicamente a su contorno y a la postura que ha de tomar en cada instante frente a los acontecimientos que le rodean, no en cuanto a las soluciones que hayan de corresponder en concreto que son por supuesto absoluta e incondicionalmente variables.

F. *Direcciones realistas*.—Ellas supieron destacar el inmenso valor de las resoluciones judiciales, sin las que el Derecho apenas si es nada. Pero la jurisprudencia, cuya trascendencia nadie puede negar y cuya consideración como fuente del Derecho luego examinaremos, no puede ser elevada al rango de fuerza creadora del mismo. Las decisiones judiciales deben mantenerse en esa zona vital del Derecho que consiste en hacer concreta la abstracta voluntad legislativa. A las doctrinas realistas, dice Castán Vázquez (50), hay que reconocerles el mérito de haber inducido a meditar sobre la trascendencia del juicio para el Derecho, sobre lo que puede haber de declaración y de creación en la sentencia o sobre el valor real de las fuentes, aunque algunas de sus afirmaciones sean sin duda demasiado radicales.

La recreación de una norma presupone su existencia. El Juez en cada resolución recrea un precepto o un conjunto de preceptos, pero al recrearlos y añadir todo lo mucho que es judicialmente incorporable a una norma, parte de ella y de los contornos establecidos por el legislador.

Resumen.—En definitiva, las fuentes del Derecho constituyen el instrumento decisivo de ordenación de la convivencia humana. Olvidarlo es distanciarlo de su única y fundamental razón de ser.

El profesional del Derecho ha de ser esencialmente un hombre práctico —y en la expresión pongo el máximo respeto— en el sentido de no olvidar que su misión consiste en hacer posible una ordenada vida comunitaria. De ahí que inexcusablemente tenga que aceptar la existencia de unos ciertos principios o presupuestos mínimos e indispensables como base de su trabajo (entre los cuales están las fuentes del Derecho) ya que su sistemático rechazo o cuestionabilidad supone

del día 22 firmada por Santos Amestoy. A nivel de los primeros años de este siglo puede consultarse: MENDIZÁBAL Y MARTÍN, Luis: *Derecho Natural*, 4.^a ed., Zaragoza, 1908, especialmente cap. III: Investigación del fundamento y del principio del orden jurídico.

(50) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Las teorías realistas del Derecho*, cit.

la desaparición del Derecho en cuanto ordenación positiva de la sociedad. En esos presupuestos termina la zona jurídica. En ellos y detrás de ellos queda lo que se denomina zona metajurídica porque en su elaboración y ultimación el Derecho, en cuanto tal, no interviene, antes al contrario de ellos parte como principios en cierta manera dogmáticos que lo serán en tanto en cuanto no se supriman o alteren por un nuevo proceso evolutivo o de radical revolución. Que tales principios y las normas que de ellos derivan sean o no justos es otro problema, como lo es el tema de la adhesión o la colaboración que a los mismos pueda o deba prestarse en función de su contenido y finalidad.

Esos principios constitucionales suelen ser siempre la consecuencia de una mezcla de autoridad y consenso del pueblo. De los ingredientes que intervengan y de la proporción de la mezcla dependerán la estabilidad y permanencia de cada una de las situaciones que de ellos deriven. Pero obsérvese que Autoridad y Pueblo no son entidades absolutamente separables, sino más bien vasos comunicantes. La autoridad (a través de las disposiciones que dicta, de los principios generales que presiden su política, etc.) incide en la comunidad provocando en muchas ocasiones una cierta dirección a sus hábitos y costumbres. El pueblo, a su vez, que de manera harto compleja, llega a formar sus propias convicciones, influye en el poder condicionando, a veces, sus mandatos y decisiones, no en la creación del Derecho a través de las costumbres que, en el mundo actual, tienen muy escasa importancia práctica. Si autoridad y comunidad, si el poder y el pueblo acaban por aceptarse recíprocamente, la consecuencia es la obtención de un equilibrio social a cuyo mantenimiento contribuirán las correspondientes tensiones sociales cuya misión (si no exceden de unos ciertos límites) puede ser reestructurar el nivel perdido, deshacer el desequilibrio que por una u otra causa se haya producido y devolver la recíproca confianza desaparecida.

La segunda dificultad radica en descubrir de qué manera incide en este tema, la justicia. ¿Qué es la justicia? ¿Cuándo es justa una norma? Si pensamos que en ocasiones lo que ayer fue justo (o creíamos justo) hoy puede no serlo y lo que hoy no lo es podrá serlo mañana, nos daremos cuenta hasta qué punto es difícil señalar los límites de la justicia. No es complicado demostrar que los ideales de justicia son múltiples; basta para comprobarlo asomarse a la vida y compulsar las opiniones de cuantos nos rodean. El valor absoluto de la Justicia está fuera de la realidad humana, es, desgraciadamente, inaprehensible para el hombre. Entonces pienso que no queda otro camino para conseguirla hasta donde es humanamente posible, que buscar el razonable apoyo de la naturaleza, pretender el equilibrio y localizar la media de los ideales de justicia de la comunidad a la que se dirigen las normas. Todo derecho, dice Legaz (51), realiza una dosis de justicia porque todo derecho establece una cierta proporcionalidad entre los hechos y las consecuencias, entre lo que se da y lo

(51) LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Introducción...*, cit, pág. 420.

que se recibe, entre lo que se exige y lo que se hace, porque lo que es la idea absoluta de justicia consiste, sin duda, en aquel equilibrio y proporcionalidad entre todas las cosas que sólo la mente divina puede percibir y ordenar.

De ahí la facilidad con que se identifican ley y justicia, legalidad y legitimidad, justicia y Derecho (52). A mi juicio a una norma legislativa hay que exigirla: 1.º Que al dictarla se hayan observado todas las prescripciones sustantivas y formales establecidas (en cuanto al proceso de elaboración, en cuanto al respeto de la correspondiente jerarquía, en cuanto a su publicación, etc.). 2.º Que en consecuencia y en razón a su fijeza, permanencia respecto, etc., dé certeza al ciudadano (53). 3.º Que persiga el bien común. 4.º Que sus términos sean tales que permita una adecuada flexibilidad judicial a la hora de aplicarla, y 5.º Que sea razonablemente conforme a la naturaleza.

El jurista, estimo, frente a un ordenamiento jurídico y frente al sistema de fuentes no tiene sino dos opciones: Aceptarlo, volcando su alma y su sensibilidad para perfeccionarlo con los instrumentos legales adecuados o rechazarlo cuando en su formulación general sea contrario a esos principios metajurídicos a los que nos hemos referido hace unos momentos. Pero sin olvidar que el Derecho, como conjunto de normas que regulan la convivencia humana, es, como ya dijimos, incondicionalmente inevitable. La vida en sociedad, dice el Profesor Bonet (54), implica, por definición misma, la existencia, entre los que la practican, de relaciones sociales. Ahora bien, estas relaciones si estuviesen abandonadas a la arbitrariedad, si no fuesen objeto de una reglamentación no podrían ser realizadas más que por el libre juego de las fuerzas individuales, por la violencia o el engaño.

De esta manera, vida humana, comunidad y ordenación jurídica son peldaños de un mismo y único tramo de la escalera social. Nosotros pensamos, repitiendo una idea ya expresada en este trabajo, que si la Ley es concebida, y se consigue que esta concepción sea realizable y realizada, como una proyección de la Justicia (con todas limitaciones que procedan) y la de la voluntad comunitaria, auscultada de manera auténtica o llevada a cabo a través de sus legítimos representantes, en una conjunción armónica, su efectividad será tarea más fácil e inmediata porque vendrá a constituirse permanentemente en instrumento de equilibrio y de convivencia social, adecuado a las circunstancias que en cada caso concurran. La Ley que no es un Dios, y a la que por ello no debemos rendirla culto, no lo puede todo y a veces no puede casi nada (55) si la sociedad no está detrás de ella.

(52) LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Idem*, págs. 424 y ss.

(53) SILVA MELERO, Valentín: *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*. Madrid, 1973.

(54) BONET RAMÓN, Francisco: *Introducción al Derecho civil*. Librería Bosch, 1956, pág. 14. Cita a JOSSE RAND en su obra *Cours de Droit civil positif française*. Vol. I, 2.ª ed. París, 1932, pág. 1.

(55) Lo mismo sucede en el orden político. La democracia, ha dicho el profesor HERNÁNDEZ GIL, no es fruto exclusivo de la ley. Esta no la entrega terminada y completa. Hay que asumirla y merecerla con la com-

El culto a la Ley debe ser sustituido por el culto a la Justicia, aunque naturalmente si aquélla consigue de alguna manera identificarse con ésta recibirá todo cuanto es debido a la Justicia, sintetizando en ella ese tríptico de fines de Justicia, Seguridad y Bien común, esencial a todo Derecho, porque cuando no hay seguridad o bien común, mal puede hablarse de Justicia.

Cuando muy recientemente un periodista preguntaba al Profesor Hernández Gil (56) si no creía que en el hombre de la calle existe un cierto menosprecio hacia el uso que se hace a veces del Derecho, el ilustre civilista contestó: Lo que se ha utilizado mal al servicio del poder político no es tanto el Derecho como la ley. El Derecho no es propiamente la ley, una voluntad de poder o una ideología, es algo que incorpora un sentido de la normatividad, que persigue esa meta tan difícil que denominamos Justicia (57). He ahí, decimos nosotros, la misión que nos incumbe a todos, siguiendo esta pauta: Hacer que todas las leyes sean Derecho, que legalidad y legitimidad coincidan, que la ley sea siempre e incondicionalmente vehículo de la Justicia en el más profundo sentido que esta expresión puede tener (58). Pero en todo caso, cualquiera que sea el juicio crítico que a nivel de observador, merezca un Ordenamiento jurídico, éste será siempre Derecho positivo, merezca o no el calificativo de justo.

III. LA REFORMA (59).

Después de recogidas estas consideraciones generales queremos, de entrada, plantear una cuestión previa y esencial porque como

preensión del otro en cuanto igual y distinto. La democracia no es la verdad última, sino la conciliación transigente que permite coincidir y discrepar sin sometimientos ni agresiones. (De la conferencia en el Club Siglo XXI, el 17 de febrero de 1976. Referencia: Diario "Pueblo" del 18 de igual mes y año).

(56) Entrevista del periodista Manuel Gómez Ortiz en el Diario "Ya" del 18 de enero de 1976.

(57) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil*, cit. I, 1, pág. 398: Orientaciones novísimas e indicaciones críticas. En este sentido la constatación de la evolución de la Ciencia jurídica soviética es muy interesante, desde la posición de Pashunakis hasta Vyshinsky. El Derecho soviético, dice este último, frente a la tesis del primero, es el Derecho de un Estado socialista que tutela y sirve a la consolidación y el desarrollo de las relaciones y del ordenamiento sociales, de manera ventajosa para el pueblo trabajador, los obreros, los campesinos y los trabajadores intelectuales del país de los soviets. Tampoco, pues, en Rusia, a pesar de la posición filosófica del marxismo en este orden de cosas, ha desaparecido el Derecho.

(58) ULPIANO definió la Justicia en los siguientes términos: "Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi" (D. 1,1,10, pr.). El vocablo "jus" en esta definición, dice el profesor HERNÁNDEZ TEJERO (*Lecciones de Derecho romano*. Ed. Darro, Madrid, 1972) no puede traducirse ni por Derecho objetivo ni por Derecho subjetivo, sirve para indicar la posición justa de una persona, el lugar que debe ocupar. El verdadero sentido de justicia en Ulpiano, por tanto, no es otro sino el de tratar a cada uno como se merece.

(59) Sobre la reforma pueden consultarse, entre otras, las siguientes

sucede con las excepciones perentorias en el proceso de su solución depende que este trabajo tenga o no razón de continuar. El problema es este: La modificación del Título Preliminar del Código civil (pres-

obras: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, cit.; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil...*, cit.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La reforma du titre préliminaire du code civil espagnol*, "Revue Internationale de droit comparee". Octubre-diciembre 1974; CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica", Octubre-diciembre 1974; CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La génesis de la reforma del título preliminar del Código civil*, "Revista de Derecho privado". Enero 1976; CASTÁN TOBEÑAS, José: *De-Civil español, común y foral*. Tomo I, cit. DÍEZ PICAZO, Luis: *El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones*, "Documentación jurídica". Octubre-diciembre 1974; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil...*, cit.; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *La formulación del error de derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Notas sobre el valor de la jurisprudencia (En el nuevo Título Preliminar del Código civil)*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario". Julio-agosto 1975; FIGA FAURE, Luis: *El nuevo Título Preliminar del Código civil y el Derecho catalán*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo Alfonso: *Los principios generales del derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Abril-junio 1975; GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro: *El nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La norma sobre cómputo de plazos del Código civil y su aplicación al procedimiento y proceso administrativos*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Revista de Estudios Políticos", núm. 18, noviembre-diciembre 1975; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, cit.; LALAGUNA, Enrique: *Valor del Código civil como derecho común, después de la reforma del Título Preliminar*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; LORENTE SANZ, J.: *La modificación del Título Preliminar del Código civil*. Separata del "Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza", núm. 55. Octubre 1974; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; LUACES SAAVEDRA, Carlos: *La revisión del Título Preliminar del Código civil*, "Información Jurídica", núm. 316; LUCES GIL, Francisco: *Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la Ley de 2 de mayo de 1975*, "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo", núms. 9 y 10, 1975; MIGUEL ZARAGOZA, Juan de: *Datos para un análisis de la relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 989; OLIVA SANTOS, Andrés de la: *La jurisprudencia en la Ley de Bases para el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", núm. 4, 1973, página 801; ORIOL Y URQUIJO, Antonio María: *Discurso con motivo de la presentación al Pleno de las Cortes del Proyecto de Ley de Bases de Reforma del Título Preliminar del Código civil*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 945; RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Código civil aprobado por Decreto 1.836/1974 de 31 de mayo*, "Revista de Derecho privado". Diciembre 1975; RUIZ VADILLO, Enrique: *Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil*, "Revista General de Derecho". Valencia, núms. 345, 346 y 347; RUIZ VADILLO, Enrique: *El nuevo título preliminar del Código civil* (Comenta-

cindiendo ahora de una de sus partes, concretamente de aquella que contiene la normativa del llamado Derecho Internacional privado). ¿Supone ya o va a suponer algo real, efectivo y práctico, en la aplicación del Derecho? (60). ¿Va a producirse un cambio, un giro más o

rios a los títulos I, II y III). En el Libro-Homenaje a don José María ROCA SASTRE, t. I; RUIZ VADILLO, Enrique: *La costumbre en el Código civil español después de la reforma del Título Preliminar*, "Pretor". Julio-agosto 1974; RUIZ VADILLO, Enrique: *Aplicación de las normas jurídicas*. Estudio de los artículos 3 y 4 del Código civil según la reforma de 31 de mayo de 1974. "Revista General de Derecho", núms. 364 y 365. Enero-febrero 1975; RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; SÁNCHEZ APELLÁNIZ, Francisco: *La reforma del sistema español de Derecho internacional privado*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; SÁNCHEZ Y VENTURA, Pascual: Discurso de presentación del Proyecto al Pleno de las Cortes, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 1.023, de 1975, págs. 4 y ss.; SANTOS BRIZ, Jaime: *Las normas de conflicto sobre obligaciones en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; SERRANO ALONSO, Eduardo: *Aproximación al nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Anexo del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo", núm. 8, 1974; VEGA BENAYAS, Carlos de la: *La doctrina de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil* (arts. 1 y 2), "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", núm. 1, 1975; VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Ed. Tecnos.

Después de terminado este trabajo, se han publicado, entre otros, los siguientes estudios: ALVAREZ VIRIGAY, Rafael: *Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia*. Libro homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre, vol. I; CADARSO PALAU, Juan: *Reforma de la Ley y renovación del Ordenamiento en el Título Preliminar del Código civil*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIX, fasc. 1. Enero-marzo 1976; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *La jurisprudencia en el Código civil, después de la reforma de 1974*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. XXIX, fasc. 2. Abril-junio 1976; LUCES GIL, Francisco: *El fraude a la ley en las nuevas normas del Título Preliminar del Código civil*. Separata del "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, núm. 11, primer semestre 1976; OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Las fuentes del Derecho en el novísimo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca..., vol. I; QUINTANA REDONDO, Carmelo: *Las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca..., vol. I; SANTOS BRIZ, Jaime: *La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca..., vol. I; VEGA BENAYAS, Carlos de la: *La doctrina de las fuentes del Derecho, en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca..., vol. I.

(60) La Base 1.^a (contenida en el art. 2.^o de la Ley de 17 de marzo de 1973) decía: "1. Se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la Ley sobre las demás fuentes. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica. Los principios generales de Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias. 2. Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte

menos importante, o todo quedará aproximadamente igual? ¿Se trata de una modificación que pretende simplemente conseguir una mayor exquisitez técnica o persigue un cambio en la concepción general del Derecho, (61). Si el cambio se produce, ¿en qué dirección girará nuestro ordenamiento? ¿A un mayor arbitrio judicial? ¿A un fortalecimiento de la autoridad del Juez? ¿Se verá éste, por el contrario, más mediatizado y sometido al rigor legislativo, en cuanto que el Código contiene normas en orden a la interpretación judicial? (62).

de la legislación interna española. 3. Se recogerá, en el sentido hoy vigente, el deber de los Tribunales de fallar en todo caso y con arreglo a la prelación de fuentes antes establecida. 4. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes. 5. Sustancialmente, si bien con las necesarias matizaciones, se mantendrá la actual regulación sobre la vigencia y derogación de las leyes”.

La Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 dice: “El título preliminar del Código civil se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales como lo hacía el precedente artículo 6. Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variantes. La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior”.

(61) No cabe la menor duda, dice el magistrado VACAS MEDINA, en la nota de presentación del núm. 4 (octubre-diciembre 1974) de la “Revista de Documentación Jurídica”, dedicada a la reforma que en la tarea de poner al día nuestro ordenamiento jurídico, arcaico en determinados sectores de los Derechos civil, mercantil y procesal, la significación de esta reforma, la más importante desde la promulgación del venerable cuerpo legal, es trascendental. De un lado por lo que supone de incidencia en la llamada, con mayor o menor rigor, “Parte General del Derecho”, pues como es sabido, a la normativa contenida en el Título Preliminar del Código civil, se le hace reclamo desde diversas parcelas del Derecho. De otro, porque algunas materias objeto de regulación de dicho título poseen una significación tal que, en ocasiones, se predica para las mismas el superior rango legislativo. Las mutaciones acaecidas desde la promulgación del Código civil en los órdenes social, económico y técnico, los progresos de la dogmática jurídica y las aportaciones jurisprudenciales aconsejan, en relación con ellas, un atento análisis de la reforma que, teniendo en cuenta las actuales relaciones humanas responda a las auténticas exigencias de la aplicación e interpretación del Derecho en nuestros días o, lo que es lo mismo, a su efectiva vigencia, incluso en el contexto internacional en que nos movemos.

HERNÁNDEZ GIL, en entrevista del periódico “ABC” del día 12 de julio de 1974 que con él sostuvo el periodista José Luis Abarca, calificó la reforma como “la de mayor entidad e importancia introducida en el Código civil desde su promulgación en 1889”.

El profesor y fiscal Luis Martín BALLESTEROS Y COSTEA afirma que la modificación del Título Preliminar es posiblemente la más importante reforma del Código civil” (“Boletín de la Jornadas de Derecho Civil”. Zaragoza, núm. 2, 24 abril de 1975).

(62) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación de las normas jurídicas...* cit.

Sin perjuicio de intentar acometer, con un poco más de extensión, algunos de los problemas que se derivan de estas interrogantes y remitirnos a otros trabajos nuestros en los que pretendimos contestarlas, podemos ya anticipar nuestra opinión: La reforma, creo yo, permite que las cosas cambien, pero que esto suceda no va a depender tanto de ella, como de sus aplicadores. Me explicaré: La modificación no es ciertamente revolucionaria; por una parte algunos cambios son efectivamente de puro perfeccionismo (por ejemplo que la descripción de las fuentes del Derecho se haga de manera principal y autónoma (art. 1.º, ap. 1.º actual) en vez de establecer de forma secundaria y dependiente, después de imponer a los Tribunales la obligación de fallar (art. 6.º pf. 2.º del texto primitivo)] y por otra, las innovaciones (la doble consideración de los principios generales del Derecho, la cita de la jurisprudencia, etc.) pueden, en la práctica, pasar desapercibidas. Además, cabe que todos, de una manera casi inconsciente, acomodemos los nuevos preceptos a nuestras viejas ideas y que todo siga exactamente igual. Esto puede suceder, pero también puede ocurrir que quienes están llamados a protagonizar la reforma (Magistrados, Jueces y Abogados) consigan, venciendo una inevitable y natural inercia, modificar la estructura, el esquema, la plataforma desde la que ha de proyectarse la tarea de juzgar que es, en definitiva, interpretar primero y aplicar después el Derecho, concebido este como un todo coherente y orgánico, destinado a realizar la Justicia.

En estas circunstancias, es lógico que tomar una u otra postura (que ambas son posibles por el cierto sentido conservador y poco revolucionario de la reforma) pueda ser consecuencia del juicio de valor que den a la misma quienes han de llevarla a cabo. De ahí mi deseo de exponer el problema, con la mayor sinceridad y objetividad posible para que, como suelo decir con frecuencia, sean otros los que juzguen mi postura y expongan otra u otras que rectifiquen o ratifiquen mis conclusiones.

1. SU FINALIDAD. LEY DE BASES Y TEXTO ARTICULADO.

Volvemos a preguntar: ¿Qué ha pretendido la reforma? La lectura de los documentados y muy valiosos trabajos de Castán Vázquez (63) sobre la génesis de la reforma, es ciertamente aclaratoria y aleccionadora. Para la real expresión de cuál ha sido o han sido los fines perseguidos no se encuentran, a mi juicio, claramente expresados ni en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases ni en la que precede al Decreto legislativo que aprobó el texto articulado, al menos en cuanto hace referencia a la materia que ahora nos ocupa. En efecto, como ya hemos visto, la Exposición de Motivos de la Ley de Bases indicaba: Las normas del título preliminar son susceptibles de perfeccionamiento, sin alterar las directrices esenciales, ya completando lo que en el texto ahora vigente sólo aparece bosquejado, ya acomodando éste a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal

(63) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas para la historia de la reforma...*, cit. y *La génesis de la reforma...*, también citada.

Supremo, ponderando igualmente, respecto a la eficacia de las normas en el espacio, los tratados y conferencias internacionales. En el Decreto legislativo que aprobó el texto articulado se dice que cambia el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones.

Sigue pues en pie la interrogante. Al lado de la nueva ordenación del Derecho internacional privado, dicen los Profesores Díez Picazo y Gullón Ballesteros (64), las bases de reforma del título preliminar recogen una serie de temas de teoría general del Derecho: enumeración de las fuentes del Derecho, interpretación de las leyes, efectos de la contravención de la ley, etc. Este aspecto de la reforma, dicen, suscita muchas reservas. Puede ser considerado como una reforma de pura "elegantia iuris", es decir, como la adopción en el primer cuerpo legal de una serie de soluciones teóricas o problemas teóricos, que tendrán nula o muy escasa repercusión en la práctica. Mas puede considerarse también y ello es sin duda peligroso, como una facilitación de un mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, lo que sin duda puede provocar una grave dosis de inseguridad jurídica.

2. SU PROYECCIÓN EN LA DINAMICIDAD DEL DERECHO.

Enlazando ya con lo expresado anteriormente podemos ahora decir que estas declaraciones legislativas, contenidas en las respectivas exposiciones de motivos, pecan por defecto. La reforma, creemos, encierra una relativamente profunda alteración de la teoría general de las fuentes y de su inseparable teoría de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de tal manera que el conjunto puede ser, según mi opinión, una buena plataforma para cambiar la tradicional andadura de los Tribunales, dentro del Derecho privado y sobre todo para preparar el camino de una nueva y aún más profunda reforma. Pero todas estas afirmaciones, en algo tan definitivamente importante para la sociedad como lo son los problemas de la administración de Justicia, exigen una explicación y un cuidado exquisito en su formulación y defensa (65).

(64) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, pág. 47. Ed. Tecnos.

Para el profesor José Luis DE LOS MOZOS (*Derecho civil de Castán*, cit., pág. 403), es justo reconocer que la regulación de las fuentes ha ganado en claridad y rigor.

(65) Mucho se ha insistido en el curso de la historia del pensamiento político en la idea de que Estado de Derecho no es aquél que tiene y respeta normas jurídicas, pues en este sentido, de alguna manera, todos los Estados lo serían, sino aquellos cuyo conjunto normativo responde a unos principios de justicia. Ahora bien, como la justicia no puede medirse como se mide la temperatura de un cuerpo o la distancia de un lugar a otro, hay que afirmar que un Ordenamiento jurídico será justo cuando se base en unos principios de equilibrio conformes con la naturaleza y aceptados por la comunidad a la que se dirijan como razonables y éticos.

LAVILLA ALSINA, Landelino: *Discurso de apertura del año judicial 1976-77*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia". Separata 1977.

La aleación conseguida por la reforma me parece buena o, al menos, no me parece mala. Sintetizaré mis ideas, recogiendo algunas conclusiones mantenidas con una mayor extensión en trabajos anteriores ya citados. La reforma concede, desde luego, absoluta prioridad a la ley sobre cualquier otra fuente y esto me parece absolutamente acertado. Hay que ser realista: la ley es la primera y fundamental garantía para el ciudadano; nada garantiza más a la sociedad que la existencia de unas leyes que se cumplen, nada favorece tanto la inseguridad como la carencia de normas legales. Creer o querer, es lo mismo, que la costumbre, como emanación del pueblo sirva o pueda servir para regular las relaciones jurídicas es, salvo excepciones, que por serlo confirman la regla, una pura ilusión. Otra cosa muy distinta es, como ya hemos señalado insistentemente, que la ley, en su consideración política (66) (y toda ley viene a ser el desarrollo de una idea política, si entendemos por política el arte y la ciencia de gobernar), recoja todos los factores populares precisos o indispensables para que tenga un adecuado soporte y aceptación por parte de la comunidad.

Esta prioridad de la ley (entendida como equivalente a norma procedente de la Autoridad) se manifiesta, como luego veremos más extensamente, en varias direcciones, que remarcan en grado superlativo su rango y consideración.

Pero prioridad de la ley no quiere decir o no debe querer decir preferencia de la literalidad sobre el espíritu, desconocimiento de los valores que la ley, por definición debe defender, ausencia de principios generales, etc. (67). De ahí, que según nuestra opinión, la orientación de la reforma como la de nuestro código en su redacción primitiva, quepa incluirla dentro de los sistemas que establecen el valor absoluto de la ley (jurisprudencia de conceptos, dogmatismo legal, positivismo), aunque sin incurrir en perniciosos excesos. A nuestro juicio el nuevo título preliminar fortalece el poder del Juez al encomendarle expresamente una cierta tarea correctora de la norma legislativa, poder que entraña, es cierto, un riesgo de erosión del principio de seguridad, pero que viene a ser el precio, ciertamente pequeño, que la sociedad va a pagar en aras de una mayor justicia. En efecto, el

(66) De alguna manera todas las leyes vienen a constituir el desarrollo de una idea política. La ley del suelo, las leyes de arrendamiento, las de expropiación forzosa, las que establecen la capacidad de los cónyuges, las que regulan las limitaciones de la propiedad, etc., etc., son buena prueba de ello. Esto en el orden jurídico-civil. Mucho más en el penal. Pero en cualquier norma de alguna manera es observable esta idea.

(67) Ningún juez, dice el profesor SILVA MELERO (*Jurisprudencia y evolución*, Madrid 1974) puede dejar de hacerse una suprema reflexión; si quiere que su magistratura y su actuación aparezcan justificados tiene que demostrar que su fallo se halla a tono con la justicia objetiva o las razones convincentes del porqué no pudo ajustarse a ella. De otro modo, podría quizá escuchar como elogio el dedicado a cierto burócrata que alguien formuló así: un hombre bueno y leal que preocupado por la legalidad no alcanzó nunca a sentir la justicia.

Paulo afirmó que no todo lo lícito o valorado con criterio jurídico es honesto, es decir, objeto de la valoración con un criterio ético: "Non omne quod licet honestum est" (D. 50,17,144, pr.) (ARIAS RAMOS, José: *Derecho romano*, I, pág. 30, 1943. Ed. "Revista de Derecho Privado".

legislador de la reforma consciente de que la letra de la ley no lo es todo, autoriza al intérprete a desviarse de ella, cuando la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (68), en conjunción con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos lo demanden (con lo cual se da de alguna manera entrada al factor sentimiento y exigencia popular y en definitiva a los valores que destacaba la Escuela histórica) estableciéndose que en todo caso se atienda fundamentalmente al espíritu y finalidad de las propias normas (teoría de la jurisprudencia de intereses), sin olvidar que la equidad, si bien no podrá servir para que en ella descansa de manera exclusiva una resolución judicial, salvo cuando la ley expresamente lo permita, habrá, en cualquier supuesto, de ponderarse en la aplicación de las normas (69), con lo cual en cierta manera el Juez puede, de forma desde luego condicionada, investigar libremente, dentro de una serie de limitaciones, los contornos de la norma (típica o atípica) que va a aplicar, lo que aún se acentúa mucho más al considerar que los principios generales son, sin dejar de ser segunda fuente supletoria, informadores de todo el ordenamiento, de tal manera que a su través puede penetrar en la decisión judicial el Derecho natural aunque sea con una serie de importantes condicionamientos.

Obsérvese, y no sé si en ello se habrá insistido bastante, que el apartado 1.º del art. 3.º del Código civil dice: 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

(68) BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo: *Reflexiones en torno al método jurídico*, cit.

(69) El art. 1.º del Código civil suizo ordena al Juez, cuando sean insuficientes la ley y la costumbre, decidir según lo que él hubiese establecido como legislador. A este respecto, señala ESPÍN CÁNOVAS (*Manual...*, cit., pág. 103) que con razón se censura esta posición que consagra un criterio individualista, conforme a su convicción personal, prescindiendo de los principios morales, políticos y sociales sobre los que se basa la vida de la Nación.

A mi juicio, cuando el juez español carece de ley y costumbre, ha de meditar sobre los principios informadores del Ordenamiento en general, sin olvidar sus concretas y particulares formulaciones y sin olvidar tampoco el escenario (realidad social) sobre el que va a tener vigencia y expresión real y práctica su resolución. La tarea, como hemos señalado en varias ocasiones, es muy difícil porque el juzgador forma parte de esa misma realidad, está inmerso en ella y la vida comunitaria, cuando nosotros mismos somos miembros de ella, no es algo fácilmente constatable y medible, sino que muy al contrario, es un tejido frondoso, complejo, a veces confuso, en el que inciden realidades, pero también aspiraciones, apetencias, sentimientos y emociones, unas veces legítimas y otras veces no, muy diversos. En definitiva, la realidad social es un ente objetivo-subjetivo, sólo verdaderamente aprehensible para quien está fuera de ella. Por tanto, como el Juez está dentro, es posible que al buscar la integración del vacío legislativo y consuetudinario, sin querer, inconscientemente, anticipe subjetivamente su propio y personal criterio, constituyéndose, en cierta manera, en legislador, en vez de acudir a las bases que sirven de infraestructura al Ordenamiento. En todo caso, y en honor a la verdad, he de indicar que nuestros jueces y tribunales saben permanentemente adecuar la norma a esa importante realidad social, por encima de explicables aunque peligrosos subjetivismos.

del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Es decir, el contexto, los antecedentes, la realidad social, su espíritu y finalidad no son piezas que se utilizan sólo cuando el sentido propio de una norma es confuso o equívoco, sino que tales instrumentos son siempre (y la palabra siempre debe subrayarse) complementos indispensables en la tarea de aplicar una norma, aunque la descripción o tipificación que esta haga del supuesto contenido en ella sea claro, de tal manera que la reforma parece destacar el principio de que toda norma ha de ser interpretada por el Juez para extraer de ella todo el caudal de potencia reguladora de la vida social que lleva consigo. Queremos decir que frente al criterio que a veces se ha mantenido por ilustres tratadistas de que el legislador al fijar en cierta manera el método de búsqueda del sentido y alcance de las normas, reduce considerablemente las facultades judiciales, creo que hay que oponer otro, de que establecido y marcado el camino que ha de llevar al mejor descubrimiento del sentido de la norma (al menos con ello será más probable que con los mismos datos se llegue al mismo resultado), la zona de adecuación del precepto a la vida es enormemente más amplia y perfecta. Si a ello añadimos la referencia a los principios generales del Derecho en cuanto informadores del ordenamiento jurídico, que acabamos de citar y a los que volveremos a referirnos (clara, aunque no única referencia a las ideas, que no normas, del Derecho natural) y la aparición de la jurisprudencia como complementadora del mismo ordenamiento jurídico (a cuyo trasluz se divisa una referencia a las teorías realistas), queda un esquema, creemos que equilibrado y eficaz del sistema de fuentes en el nuevo título preliminar del Código civil.

El hecho de que, según la reforma, el Juez pueda adoptar medidas frente a todo acto activo u omisivo que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, con daño para tercero (art. 7.º, ap. 2) (70) o que los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impidan la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 6.º, ap. 4.º) reafirma, creemos, cuanto venimos diciendo y lo reafirma porque ambas cuestiones: la del abuso del derecho (con una relativa tradición jurisprudencial en relación con la ley de arrendamientos urbanos) (71) y la del fraude de ley (con más profundas raíces en nuestro Derecho) no son otra cosa que instrumentos de corrección de la pura literalidad legislativa, aprovechada con fines ilegítimos por los particulares, instrumentos legislativos todos que bien manejados pueden ser eficaces armas de consecución

(70) BONET RAMÓN, Francisco: *Código civil comentado*, 2.ª ed., página 1498.

(71) V. la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido. Un resumen de ella en RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 8.ª ed. 1975. Ed. Ochoa, Logroño. Prólogo del profesor Antonio Hernández Gil.

de la justicia, aunque como antes manifestábamos pueden también suponer un potencial quebranto a la seguridad jurídica al permitir penetrar en las intenciones (elemento anímico del acto no siempre bien descubrible, cuando no se objetiviza), para valorar la adecuación o inadecuación de una conducta al Ordenamiento jurídico. Creo que el bien ganado prestigio de nuestros Tribunales y Jueces y la confianza que en ellos tiene depositada la sociedad, han de ser suficiente garantía de que sin romperse más allá de lo indispensable el principio de seguridad jurídica, van a acentuarse los de justicia y bien común, pues bien claro está que la vida y el desarrollo del Derecho son siempre aventuras sociales en las que lo importante es conseguir un equilibrio entre todos esos fines, en función de lo que cada época y cada comunidad pueda y deba demandar. La experiencia ya prolongada de la aplicación de la teoría del abuso del derecho dentro de los arrendamientos urbanos, constituye también, como antes indicamos, un aleccionador precedente.

En definitiva, pensamos que la reforma ha sido acertada y que desde un punto de vista metodológico, entendiendo por tal la actitud del propio Ordenamiento en cuanto al sistema de fuentes, y a la interpretación y aplicación de las normas que lo constituyen, se debe inscribir el sistema de nuestro Código dentro de lo que puede llamarse normativismo legalista, aunque corregido por algunos de los principios que inspiran la doctrina de la libre investigación del Derecho y de la jurisprudencia de intereses, sin olvidar el hondo significado del Derecho natural y el valor y trascendencia de la doctrina que emana de las resoluciones del Tribunal Supremo. Como en la práctica casi nunca son buenos los principios o sistemas puros (ni economía de mercado ni economía dirigida, sino economía mixta; ni iusnaturalismo ni positivismo (72), sino eclecticismo, ni sólo penas ni sólo medidas de seguridad, sino unas y otras, etc.), así también sucede con los sistemas metodológicos, que en todos o, al menos, en casi todos se encuentran aciertos, eficacias y verdades. Por ello esta especie de pluralismo equilibrado que creemos hallar en nuestro código, después de la reforma de su título preliminar, nos parece elogiable y positivo.

A) *El orden jerárquico de las fuentes.*

Ya hemos indicado que, a nuestro juicio, se ha producido un cambio ciertamente sensible en esta ordenación, aunque aparentemente pueda pasar casi desapercibido, dado que sustancialmente ni la enumeración ni la preferencia han cambiado (ley, costumbre y principios generales del Derecho). Como probablemente se deduce de cuanto llevamos dicho, esta modificación se ha producido no por la inclusión un tanto ambigua y desmayada de la jurisprudencia ni por la incorporación de los principios generales en la doble vertiente que ahora se les otorga, no del todo inteligible, sino porque teniendo en cuenta el viejo art. 6.º y el actual art. 1.º se observa una sustancial diferencia.

(72) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *El derecho, valor de cultura*. Madrid. 1966.

La redacción del primitivo pf. 2.º del art. 6.º del Código civil era esta: Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho”, y aquí acababa la regulación al no existir normas complementarias interpretativas. El nuevo art. 1.º ap. 1.º establece en parecido sentido: Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, pero con la fundamental adhesión del ap. 1.º del art. 4.º que determina que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón y con el aditamento de una serie de criterios legales, en orden a cómo han de ser interpretadas las normas legislativas.

A nuestro modo de ver (aunque se han mantenido posiciones divergentes con la que aquí sostenemos (73)) no cabe duda de que con el nuevo sistema los supuestos de aplicabilidad de la costumbre van a ser mucho más escasos aún (y ya lo eran mucho) porque para que ésta pueda ser utilizada será necesario no sólo que no haya ley —exactamente aplicable al punto controvertido— (como antes), sino que tampoco haya otra norma legislativa que aun sin contemplar el supuesto objeto de la decisión judicial, regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, de tal manera que la presencia de la norma consuetudinaria se presenta ahora mucho más distante y lejana que antes. Al menos habrá que conceder que lo que antes era dudoso (si la costumbre precedía o no a la “analogía legis”), ahora ya no lo es en cuanto que a partir de la modificación es claro que se quiere que el Juez extraiga todo el potencial directo e indirecto de la ley en apoyo de la solución de cada problema sometido a su decisión, antes que buscar en otras fuentes, incluida la costumbre.

(73) Para GONZÁLEZ BOTELLA (*El nuevo Título Preliminar...*, cit.), pág. 1175) se mantiene también el mismo orden de prelación, sin que a la suprimida exigencia anterior de que “no haya ley exactamente aplicable...” pueda atribuírsele otro significado que generalizar la prioridad de la Ley sobre otras fuentes. Sin embargo, sigue diciendo, tal modificación obliga a una aplicación analógica de la norma con preferencia a una fuente de ulterior grado. Aparece así con claridad lo que antes pudo ser dudoso, pues la exactitud requerida en la ley no era formal, sino de la “ratio legis” con lo que antes y ahora, la aplicación analógica tendría prelación ante una fuente de ulterior grado; SOTO NIETO, Francisco: *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, II, pág. 19; RUIZ VADILLO, Enrique: *Aplicación de las normas...*, cit. A mi juicio, con el texto primitivo del Código civil, la costumbre se anteponía a la analogía *legis* (argumento: cuando la ley quiso otra cosa, lo dijo expresamente, así en la Ley de Arrendamientos Urbanos). Hoy es indudable que la analogía *legis* precede en todo caso a la norma consuetudinaria, mientras que la analogía *iuris* se integra dentro de los principios generales del Derecho.

En Italia, dentro del capítulo I (De las fuentes del Derecho), del Decreto legislativo lugartenencial de 14 de septiembre de 1944, el art. 1.º dice: “Indicación de las fuentes”. Son fuentes del Derecho: 1.º) Las leyes. 2.º) Los Reglamentos. 3.º) Las normas corporativas. 4.º) Los usos.

a) *Antes de la reforma.*

Como es bien sabido, el orden jerárquico de las fuentes del Derecho venía establecido en el p.º 2.º del art. 6.º del Código civil: 1.º La ley, cuando tenía exacta aplicación al punto controvertido. 2.º La costumbre del lugar, como expresión, sino la más auténtica, si la más espontánea de la voluntad popular en cuanto creadora de Derecho, y 3.º Los principios generales del derecho, expresión esta cuya significación hubo de descubrir la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La búsqueda del sentido de cada norma era una aventura intelectual y jurídica del Juez que debía seguir en cada caso sus propias e intrasferibles convicciones y criterios.

b) *Después de la reforma.*

El orden jerárquico entendemos que actualmente ha quedado establecido así: 1.º La Ley. A. Directamente cuando sea de exacta aplicación al problema debatido. B. A través del procedimiento analógico (la llamada "analogía legis"), (art. 4.º, ap. 1.º y Exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974) (74). 2.º La costumbre: A. Local. B. General (75). 3.º Los principios generales del Derecho:

En una zona imprecisa situamos la jurisprudencia y los principios generales del Derecho, estos últimos en cuanto a su carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.º, ap. 6 y 4) a los que todavía hemos de referirnos, aunque sea brevemente.

Ahora la interpretación ha de hacerse por tanto sobre las bases que el propio ordenamiento establece.

En resumen, las diferencias más acusadas se encuentran: 1.º En que la "analogía legis" incluida antes dentro de los principios generales, se incorpora ahora al primer plano, dentro de la ley. 2.º En la doble consideración de los principios generales. 3.º En la incorporación de la jurisprudencia. 4.º En un nuevo tratamiento de la costumbre. 5.º En la inclusión de los tratados internacionales. 6.º en la inclusión, dentro del Código, del principio de validez de la norma legislativa, según su rango en la correspondiente escala jerárquica, y 7.º En la aparición de unos criterios legales, en materia de interpretación que, sin duda, constituyen una de las piezas básicas de la reforma.

B) *La Ley.*

Naturalmente que no es este el momento ni la ocasión de hacer un estudio completo de la Ley (76). Tan sólo pretendemos destacar,

(74) Consideramos que la aplicación analógica se refiere sólo a las leyes, no a las costumbres. Así parece deducirse de su contexto (V. también Exposición de Motivos).

(75) RUIZ VADILLO, Enrique: *La costumbre...*, cit.

(76) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil*, cit, pág. 288. Utilizamos la palabra ley en un sentido estricto de norma estatal. Se comprende bajo este concepto el conjunto de todas las normas que tienen por fuente el poder estatal. Se contraponen la ley a las normas consuetudinarias y se diferencia de los principios generales del Derecho.

de alguna manera, su posición dentro del sistema de fuentes en relación con la reforma del título preliminar del Código civil. Señalemos pues los siguientes aspectos:

1.º La absoluta prioridad de la norma legislativa sobre todas las demás fuentes (77).

a) Se encuentra situada en primer lugar (art. 1.º, ap. 1.º).

b) Se regula dentro del concepto ley o disposición, un sistema de preferencia al establecer que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. La expresión es fácilmente inteligible. En cuanto dentro de la expresión ley se cobijan normas de muy diversa categoría es imprescindible fijar un orden jerárquico ya consagrado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, antes de la reforma de nuestro código (78) que entendemos queda establecido así: Leyes fundamentales (de rango que pudiera denominarse constitucional) (79), leyes ordinarias y decretos-leyes, decretos, órdenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales y finalmente disposiciones de Autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía (80). Creemos que que es acertado que esta declaración venga expresamente recogida en el Código civil, pues ello le da una mayor autoridad y relieve.

c) La subordinación de las demás fuentes a la Ley se remarca nuevamente en los apartados 2 ("la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable") y 3 ("los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley y costumbre"), del art. 1.º.

d) La expresa exigencia de que cuando la costumbre sea potencialmente llamada para regular una situación ayuna de ordenación

(77) LACRUZ BERDEJO, José Luis: "La organización de una sociedad moderna, la regulación y transformación de sus estructuras sociales, políticas y económicas, sólo puede llevarse a cabo mediante la legislación, fenómeno así irreversible que hay que aceptar como servidumbre y signo característico de esta época en que vivimos, conscientes de sus limitaciones y defectos y atentos a obtener de él el mejor resultado posible en orden a la justicia" (*Elementos de Derecho civil*, cit., pág. 49).

(78) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español...*, cit., págs. 113 y ss.; FRAGA IRIBARNE, Manuel: *La jerarquía de las fuentes en el ordenamiento positivo del Estado español*, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. 1954, núm. 68, pág. 38.

(79) V. Ley de 5 de abril de 1968 que regula el recurso de contrafuero.

(80) Art. 23, ap. 2.º, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, de 26 de julio de 1957. De su contenido se deduce: a) La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de la ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes (art. 27); b) Las disposiciones que dicte la Administración se ajustarán a las jerarquía de normas establecidas (art. 23, 2); c) Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior (art. 23, 1). En este sentido el Código civil en su nueva redacción. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1951: "Los Reglamentos no pueden alterar sino, a lo sumo, aclarar, para su mejor cumplimiento, lo que la Ley dispone y no es aclaración de un precepto dejar fuera de él casos o circunstancias que comprenda". S. T. S. de 11 de junio y 11 de noviembre de 1971: "Este orden jerárquico ha de ser controlado por los Tribunales de Justicia".

legislativa directa o indirectamente, sólo entrara en juego, sino es contraria al orden público (81) estimando nosotros que por tal ha de entenderse el conjunto de principios legales que con carácter fundamentalmente político, gobiernan la nación.

e) La prohibición de que en la equidad pueda descansar una resolución judicial con carácter exclusivo, salvo cuando la ley expresamente lo permita (ap. 2.º del art. 3.º).

2. Consciente el legislador de la presencia de lagunas en el ordenamiento jurídico (y a ellas alude expresamente la exposición de motivos del Decreto de 1974) acude para llenarlas en primer lugar a la aplicación analógica de las normas legislativas, con lo que su imperio y ámbito se extienden muy considerablemente.

3. La protección que a las normas da el propio Ordenamiento jurídico, en el capítulo III del título preliminar, para que pueda conservarse su auténtico perfil, sólo es aplicable a las leyes (82). De esta manera consigue el legislador una cierta unidad aplicativa de las normas legislativas, aspecto que, como ya hemos indicado, estimamos fundamental.

Como datos complementarios podemos indicar lo siguiente:

1.º Las leyes han de ser publicadas en el periódico oficial, "Boletín Oficial del Estado", debiéndose entender, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1972 que tal exigencia no se limita a las leyes, sino que se refiere también a Reglamentos, Decretos, Ordenes, Instrucciones, etc. De esta manera se da fijeza a la norma legislativa y protección al ciudadano.

2.º Las leyes entrarán en vigor a los veinte días, aclarándose que a partir de su completa publicación, debiéndose realizar el computo de la forma que establece el propio Código, aunque queda sin aclarar si el día vigésimo obliga o no, estimando nosotros que efectivamente ese día empieza a regir.

3.º El antiguo art. 1.º del Código civil parecía referirse, en cuanto a su obligatoriedad, sólo a las leyes imperativas o prohibitivas, no a las permisivas (entendiendo por permisivas aquellas que establecen un derecho o facultad de los que puede libremente hacerse uso), ya que el vocablo obligaran implicaba institución de precepto no concesión de facultades, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1907. La actual redacción "entraran en vigor" creemos que no permite ya esta interpretación y que en consecuencia la vigencia de una norma legislativa se produce a los veinte días de su completa publicación en el "Boletín", sin excepción de ningún tipo, de manera tal que tampoco las leyes permisivas pueden recibir este anticipo de vigencia, salvo que la propia ley así lo establece. En efecto, el perío-

(81) DORAL, José Antonio: *La noción de orden público en el Derecho civil español*.

(82) Por ej., la ignorancia de las costumbres (*a sensu contrario*) sí excusa de su cumplimiento (art. 6.º, ap. 1). Pero obsérvese que el contenido del precepto consuetudinario (no en razón a su rango, sino en función de su naturaleza), no es nunca asimilable a la norma legislativa, salvo cuando ésta actúa como supletoria de la voluntad negocial.

do de una ley desde que se inicia la idea de crearla hasta su nacimiento y posterior vigencia es larga. Su valor como tal se hace coincidir jurídicamente con el vigésimo día de su publicación, salvo expresa declaración en contrario, de tal manera que idéntico valor (o no valor) tiene una ley publicada (pero sin entrar en vigor) que un proyecto de ley.

C) *La costumbre.*

En relación con ella (83), y en función de la reforma del título preliminar, se pueden establecer las siguientes consideraciones:

1.º La costumbre no es definida por el Código civil, por lo que sigue siendo válido el concepto que de la misma había dado la doctrina científica y jurisprudencial (84), como uso uniforme, general y normalmente duradero y constante, llevado a cabo por el pueblo con el fin de crear, modificar o extinguir derecho.

2.ª Equiparado el uso jurídico no meramente interpretativo de la declaración de voluntad, a la costumbre (art. 1.º, ap. 3.º, pf. 2.º), ha quedado superado definitivamente el problema del requisito de la llamada "opinio iuris" o voluntad creadora del Derecho que según se decía por algún sector doctrinal, debía necesariamente acompañar a la costumbre para que ésta tuviera validez jurídica, aunque a nuestro juicio se trataba de un aditamento artificial, de difícil por no decir imposible concreción en la práctica.

3.ª La costumbre ha de ser probada (85). Aunque este requisito no figuraba en la redacción primitiva del Código civil ni se recogió siquiera en la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, puede afirmarse, con un sentido realista, aunque parezca discriminatorio en relación

(83) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Plenitud y equilibrio de la percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1970, págs. 502 y ss.; MOZOS, José Luis: *En "Derecho civil del profesor Castán"*, cit., pág. 457; GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro: *El nuevo Título Preliminar...*, cit., pág. 50.

(84) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil...*, cit., págs. 302 y 323; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil...*, cit., pág. 56. A falta de texto legal, serán requisitos los que designe la costumbre misma y por ese medio, y aunque en un sentido muy genérico, más o menos, los de las Partidas, cuyas directrices en esta materia, de las cuales el pueblo tuvo siempre intuición, se observaron antes y después de 1889. Con arreglo a ellas, la costumbre habrá de ser pública (Part. 1.3.2.), continuada por un tiempo (diríamos en lenguaje de hoy), proporcionado a la dinámica de la sociedad y sin contradicción (es decir, sin más contradicción que la encuentra la ley misma), (1.3.1 y 4), no opuesta al Derecho natural, al orden público o las buenas costumbres (1.3. 2 y 5) y, finalmente, general, es decir, practicada con la adecuada frecuencia por una determinada clase de personas (grupo territorial, profesional, etc.).

(85) La costumbre para que sea estimada por los Jueces y Tribunales, dice el profesor MARÍN PÉREZ (*Introducción...*, cit., pág. 65) ha de ser debidamente probada por quienes la aleguen. Así lo dice nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 26 junio 1899 y 8 de noviembre 1911, resolviendo la controversia acerca de si la costumbre debe ser considerada, a los efectos de prueba en juicio, como derecho o como hecho, dándola esta última condición.

con la ley, que su exigencia es acertada en cuanto sin duda dará mayor seguridad al justiciable que al saber que corre a su cargo la probanza de su existencia podrá preparar el proceso con mayores garantías, ya que la presunción legal de que el Juez es conocedor de las costumbres (en cuanto que son Derecho con arreglo al viejo principio "iura novit curia" era una pura ficción y como tal irreal y contraproducente.

4.^a La costumbre —y por supuesto el uso normativo— no deben atentar contra la moral o el orden público, debiéndose entender por moral el sentimiento de decoro y dignidad en la medida en que son poseídos por el término medio del pueblo o comunidad al que, en sentido general, pertenecen los que realizan tales actos constitutivos de uso y por orden público, al conjunto de altos principios políticos que gobiernan la Nación.

5.^a A pesar de que la reforma ha suprimido la expresión "del lugar" que adjetivaba al sustantivo costumbre, hay que pensar que la modificación no ha tenido ni tendrá otro alcance que incorporar las costumbres generales (y especialmente las de los Colegios Profesionales, Gremios, Cámaras, Sindicatos, Agrupaciones, etc., dentro del ámbito de sus actividades y con carácter generalmente territorial o nacional), a las fuentes del Derecho, de tal manera que la norma consuetudinaria tendrá más rango cuanto más local sea y que por tanto en una situación de conflicto entre una costumbre local y otra general, prevalecerá siempre aquélla, por la elemental razón de que allí donde existe una determinada costumbre en un determinado sector de la actividad social, no puede decirse que exista otra si ésta no se da, por mucho que impere en el resto del territorio. A lo más que se puede llegar en este orden de cosas es a decir que la costumbre general es también costumbre allá donde no hay, en ese sentido, ninguna otra, pero jamás a que la costumbre general destruya a la local.

6.^a Después de la reforma sólo la costumbre "preter legem" tiene auténtica categoría de fuente de Derecho, puesto que como ya hemos señalado, al haberse establecido por vía legislativa la obligatoriedad de utilizar la "analogía legis" para descubrir el poder expansivo de la norma legislativa, a este procedimiento habrá que acudir con preferencia indiscutible sobre la costumbre "secundum legem" que sólo será aplicable cuando la analogía sea impotente para llenar el vacío legislativo o, complementariamente, para descubrir el sentido y alcance de una ley.

7.^a La incorporación de los llamados usos normativos a las fuentes del Derecho, con el rango de costumbres, ofrece un peligro que habrán de soslayar los Jueces y Tribunales en orden al problema de cuando un uso o cláusula integrada en las denominadas condiciones generales de la contratación (86) constituye un uso normativo, determinación que exige una previa y concienzuda investigación de su etiología y trasfondo. Si la costumbre y correspondientemente el uso

(86) CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 1975.

es, o debe ser, manifestación popular auténtica y espontánea, todos aquellos actos que sean producto de una voluntad reflexiva y unilateral o de grupo que se impone a los demás como consecuencia de las inflexibles reglas del mercado, cuando no hay una libre concurrencia (muchos oferentes y muchos demandantes) especialísimamente cuando se refieran a cosas o servicios de primera necesidad (y el concepto de primera necesidad es relativo y depende del grado de desarrollo), deben ser rechazados enérgicamente en cuanto usos normativos, impidiéndoles constituirse en Derecho objetivo.

D) *Los principios generales del derecho.*

En este sentido, la reforma parece (por ahora sólo decimos parece) importante porque siguiendo una corriente doctrinal ampliamente difundida por la personalidad y autoridad de su autor, el Profesor Federico de Castro (87) y por su valor intrínseco, se establece que "los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico" (art. 1.º, ap. 4.º).

La significación de los principios generales del Derecho es, pues, ahora, doble, ya que por una parte constituyen la segunda fuente supletoria de nuestro sistema de creación del Derecho y por otra son informadores del ordenamiento jurídico. La Exposición de motivos del Decreto que aprobó el texto articulado no es excesivamente expresiva: Los principios generales del Derecho, dice, actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores (ley y costumbre), pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del derecho, pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre. Veamos por tanto los dos apartados:

a) *Como fuente supletoria.* Establecido como presupuesto general del sistema de fuentes, la prioridad absoluta de la ley y la ordenación jerárquica de todas ellas, sólo cuando no exista ley (actual o potencialmente hablando) ni costumbre (local o general) serán de aplicación los principios generales. En este sentido podemos decir lo siguiente:

1.º Que con ellos se cierra el ciclo de las fuentes, en una especie de círculo perfecto: Detrás de la ley se coloca la costumbre y después de la costumbre vuelve a venir la ley, entendida como expresión gene-

(87) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil*, cit.

A mi juicio, puede hablarse de unos principios generales, extensibles a todo el Ordenamiento y de unos principios generales proyectables sólo a alguno de sus sectores o incluso a algunas de sus instituciones. Así, DÍEZ PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*) enumera los principios que rigen el orden económico en nuestra civilización: 1) Propiedad privada. 2) Libertad económica. 3) Justicia conmutativa. 4) Buena fe. 5) Seguridad jurídica. HERNÁNDEZ GIL (*Dictámenes*, I. Madrid, página 207) habla de unos principios fundamentales de nuestro sistema de contratación: Autonomía de la voluntad, la libre emisión y el espiritualismo del consentimiento, la intención como norma interpretativa del contrato y la inesencialidad, por regla general, de la forma escrita o pública.

dal de todo el Ordenamiento, esto es de su último y más profundo espíritu informador (88).

2.º A nuestro juicio los principios generales a los que se refiere el Código civil, son, fundamentalísimamente las directrices que señalan en cada momento el ritmo y la orientación del Ordenamiento. El Juez, como ya hemos señalado, en esa tarea tan delicada y difícil de dar nacimiento a una norma a través de los principios generales, debe extraerla a partir del trasfondo jurídico de la Comunidad, anteponiéndolo a sus propios sentimientos. Esta idea puede conducir y conduce a que con un mismo código y unas mismas leyes, la aplicación judicial de estos principios generales de lugar a soluciones diversas en cada momento histórico.

3.º Por eso estimamos que la alegación de un principio general no debe presuponer que esté ya reconocido en una ley o en una resolución judicial, pues esta exigencia constituirá su propia asfixia y práctica destrucción, al encerrarlo en un pernicioso formalismo, desvitalizador de su propia esencia, en cuanto que en tal caso se vendrían a identificar con máximas legales o jurisprudenciales, cuando precisamente tales máximas son expresión escrita de un principio que existe por encima de su reconocimiento formal, bien sea por la ley o por la jurisprudencia. El número de los principios es infinito y nada ni nadie debe determinarse sus límites, pues hacerlo equivale a su total aniquilación. Por ello, quien alegue un principio deberá únicamente acreditar que para resolver el problema debatido no hay ni ley, directa o indirectamente aplicable, ni costumbre que pueda ser objeto de aplicación subsidiariamente y que del estudio del Ordenamiento todo, se extrae la consecuencia de que para ese supuesto existe un principio informador derivado del mismo, o, en su defecto del Derecho natural (que a su vez debe informar al Derecho positivo) que en todo caso sea adecuado y eficaz.

4.º Los principios generales del Derecho son cambiantes, como cambiante es el Derecho del que derivan, idea que se deduce inevitablemente de los conceptos de vitalidad, fuerza social y adaptabilidad que caracterizan al Derecho. Los principios generales del Derecho no pueden doblarse, pues, a un sistema de "numerus clausus", ni por tanto puede saberse apriorísticamente cuáles son.

b) *Como informadores del Ordenamiento.* Conocida de sobra es la sugestiva e interesante tesis del Profesor Federico de Castro (89) que se ha hecho realidad legislativa con la reforma. La expresión principios generales del Derecho, dice, permite comprender en ella a todo el conjunto normativo no formulado, o sea aquel que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Esta es su ventaja respecto

(88) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, cit., pág. 94: "Se trata de los principios del Derecho positivo legislado (o consuetudinario), a los principios jurídicos más allá de las normas legales (o consuetudinarias): como principios del Derecho natural o del Derecho científico (los principios más generales de la Ciencia jurídica)".

pero no solamente de ellos, sino que cuando se agotan, se puede recurrir

(89) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil...*, cit., pág. 351. En 2.ª ed., páginas 419 y ss.

de otros términos, como principios de Justicia, principios de Derecho natural, equidad o razón natural. Con ella se alude también a los demás tipos de normas no formuladas, principios tradicionales y principios políticos, cuya exigencia es igualmente cierta. En este amplio sentido, sigue diciendo, son "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación". La eficacia de los principios generales es incalculablemente superior a la de una norma subsidiaria. Es fundamental para el Derecho positivo, en cada uno de sus aspectos: constituyen la base de las normas jurídico-legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con qué interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas.

Pues bien, instalados ya los principios generales dentro del Código civil, como informadores del Ordenamiento (90) hemos de preguntarnos con el mayor realismo. ¿Tiene en verdad, algún valor práctico esta declaración legislativa? (91). Ante la innovación del reconocimiento legal del carácter informador de los principios generales del Derecho, dice González Botella (92) se abre un abanico de posibilidades que van desde otorgar el simple valor de declaración programática del legislador, hasta la concreta aplicación por el juzgador que si no lleva a conferir la facultad de anular directamente la norma vulneradora de un principio, sí le permite, al menos, prescindir de ella para su aplicación.

Nosotros pensamos, en este sentido lo siguiente (93): Los principios generales del Derecho inciden en el Ordenamiento jurídico de la siguiente manera: 1.º Condicionando moralmente al legislador, que debe ajustar sus normas a los mismos. 2.º Como norma directa que crea el Juez en función de las bases informadoras del sistema,

(90) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1975, págs. 331 y ss. A nuestro juicio, dice, la inclusión de los principios generales entre las fuentes del Derecho, al lado de la ley y de la costumbre, supone una confusión que no debería haber trascendido a nuestro primer cuerpo legal. Cualquiera que sea el concepto que se tenga de los principios generales del Derecho es evidente que no son una fórmula de positivarse las normas jurídicas, es decir, fuente del Derecho en sentido técnico o formal, como lo son la ley y la costumbre.

(91) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual...*, cit., pág. 137: "La función de los principios como informadores del Ordenamiento jurídico se presenta como una novedad en el nuevo Título Preliminar, sin que su función esté tan precisada como la de fuente jurídica, ya que, no obstante su reconocido carácter básico del ordenamiento en cuanto fuente positiva, debe estar subordinada a la ley y a la costumbre. Aunque no de modo exclusivo, pero habrá de tener especial relieve a estos efectos la doctrina que el Tribunal Supremo establezca, ya que la nueva redacción alude a la misma en su tarea de interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

(92) GONZÁLEZ BOTELLA: *Ob. cit.*, pág. 52: "Cabe esperar, dice, que en el desarrollo de la proyectada Ley de Bases Orgánica de la Justicia y a semejanza del deber impuesto al juzgador por el art. 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se amplíe la inaplicación de un reglamento en desacuerdo con las leyes, a toda ley o disposición general vulneradora de los principios generales".

(93) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación...*, cit.

cuando faltan la ley y la costumbre. Es decir, el ordenamiento construye el edificio del Derecho positivo (para cuya realización debe atemperarse al Derecho natural, esto es a la razón y a la naturaleza) y una vez construido, sus bóvedas devuelven como un eco, su espíritu informador, en forma de principios generales, 3.º Como conformadores de las propias normas legislativas y consuetudinarias, en los casos en que no sea descubrible su sentido y alcance por los procedimientos técnicos de interpretación que la propia ley establece. 4.º Tales principios deben ser entendidos como aquellos que derivan en equilibrada conjunción del Derecho positivo y del Derecho natural (94).

En cambio, creemos que la contradicción entre la ley (o norma legislativa, en general) (porque la contradicción de la costumbre con un principio general, derivado del propio Ordenamiento positivo no puede darse; cf. art. 1.º, ap. 3.º), con un principio general, no es salvable, salvo lo que luego indicaremos, desde un punto de vista de Derecho positivo judicial, a través de la declaración legislativa según la cual los principios generales del Derecho son —o pueden ser— informadores del Ordenamiento jurídico. Y no puede serlo porque obtener tal conclusión de la norma que examinamos nos parece exagerado y contrario a los propios criterios de interpretación que el nuevo título preliminar facilita y porque aceptarlo así entrañaría un riesgo muy grave de que el principio de seguridad quedará frecuentemente conculcado, con las importantes consecuencias que esto supone, pues allá donde no hay seguridad no hay desde luego justicia.

Ahora bien, consideramos importante distinguir varias situaciones que aparentemente pueden reducirse a unidad y, que sin embargo constituyen apartados distintos. Desde luego que si una norma legislativa está en contradicción con otra anterior de superior rango, carecerá de validez (art. 1.º, ap. 2 del C. c. y Ley de régimen jurídico de la Administración) debiéndose entender que las llamadas Leyes fundamentales o constitucionales gozan de primerísimo rango y ninguna otra puede oponerse a ellas. En este sentido no hay dificultad. El problema se presenta cuando la contradicción deriva de una norma (decreto, orden ministerial, incluso ley) con una declaración programática, no desarrollada, derivada de una de esas leyes de principios (pensemos que se ha sostenido con evidente fundamento que toda la regulación de la propiedad en el Código civil está en absoluta contradicción con las leyes fundamentales y en este sentido se ha pronunciado el Profesor Marín Pérez (95). En estos casos, a nuestro juicio, mientras el principio contenido en la Ley no sea objeto de desenvolvimiento, no obliga, pues la propia esencia de tales Leyes las da un carácter de programáticas,

(94) Creemos que antes que el Derecho natural debe ser utilizado el espíritu del Derecho positivo (lo que no quiere decir que éste no se ajuste a aquél, como debe ser) y que sólo cuando no sea obtenible la solución por este camino, habrán de utilizarse los principios del Derecho natural y del Derecho tradicional. Creo que así se deriva del propio Ordenamiento. (Cf. Exposición de motivos del Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974).

(95) MARÍN PÉREZ, Pascual: Conferencia pronunciada en Alcoy, el 4 de febrero de 1961 (recogido de la prensa).

necesitadas de un desarrollo y por tanto sin otra vinculación que la que se produce para el propio legislador que debe, por su compromiso con el pueblo, desarrollarlas a fin de que tengan efectiva vigencia.

Todavía cabe contemplar otro caso: La contradicción de una norma con el conjunto de normas que componen el ordenamiento. Por ej. (lo hemos recogido muchas veces porque es muy expresivo), el art. 1.584 del Código civil establece una presunción a favor del amo, frente al criado: 1.º sobre el tanto de salario del sirviente doméstico, y 2.º sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente. Pues bien, este artículo está en abierta contradicción con otra multitud de normas y con el espíritu del propio Ordenamiento vigente, a través de una serie de preceptos de distinto rango, apareciendo claro que no se trata de un supuesto especial que merezca una solución también especial, sino de un arcaísmo que el Juez, teniendo en cuenta el Ordenamiento jurídico positivo, puede considerar derogado y por tanto sin posibilidad de actual aplicación, conclusión en la que han coincidido prácticamente todos los compañeros de la Carrera Judicial a quienes he consultado.

Como dice el Profesor Villar Palasí (96), en el fondo, toda la problemática de los términos interpuestos en las reglas jurídicas no responden, como se ha querido alguna vez explicar, a una simple economía de lenguaje en las normas; descansa en la idea de la unidad esencial y de fondo del sistema, o de la estructura del mismo. Apenas hay norma que sea completa en sí y que no tenga estos términos de referencia. Esta idea entendemos que es fundamental para compender la actitud judicial frente al caso debatido, frente a la norma y frente al Ordenamiento.

Finalmente, si la contradicción es con un principio general abstracto, con toda la indeterminación que la expresión encierra (no olvidemos que en muchas ocasiones el principio general es extraído, por un difícil proceso de decantación de muchas normas de Derecho tradicional y de los principios informadores del Derecho Natural), entonces, el rechazo judicial de la norma de derecho positivo por conculcación de ese principio es absolutamente rechazable en nuestro Ordenamiento y, a nuestro juicio desaconsejable, desde el punto de vista de "lege ferendae".

En cualquier caso una tarea de tal envergadura como lo es el control de la constitucionalidad de las normas, así como la resolución de los supuestos de contradicción norma-principio general, fuera de los casos claros que ya hemos contemplado, habría de atribuirse al Tribunal Supremo.

E) *La Jurisprudencia* (97).

Tampoco aquí puede obtenerse una idea clara de lo que la reforma ha querido. Pienso si la finalidad de la modificación ha sido estable-

(96) VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, cit., pág. 43.

(97) Sobre el concepto de jurisprudencia como criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado por dos o más sentencias del Tribunal Supremo, pueden consultarse las Resoluciones de 28 octubre y

cer una cabeza de puente para el futuro o, simplemente, adecuar el sistema de fuentes a la realidad jurídica actual. En efecto, la jurisprudencia, que en el antiguo pf. 2.º del art. 6.º del Código civil no figuraba entre las fuentes del Derecho, venía a ser, de hecho, una de ellas por razón del recurso de casación interpuesto por infracción de doctrina legal (98). De esta manera se daba un notorio desfase entre legislación civil y legislación procesal, en definitiva entre norma de derecho sustantivo y realidad social y jurídica. Ahora, consideramos que esa realidad va a permanecer absolutamente igual creyendo que la incidencia de la jurisprudencia seguirá produciéndose a través del recurso de casación por infracción de doctrina legal, en forma muy parecida a como se ha venido produciendo, con las variaciones que luego señalaremos y por tanto que la nueva redacción del Código lo único que ha conseguido, lo cual ya es importante, es adecuar la normativa legal del Código civil a la realidad (99).

El Profesor De los Mozos (100) señala que la formulación de la mo-

5 diciembre de 1968; 3 de mayo, 12 de junio y 22 diciembre de 1969, 5 mayo de 1970, 5 de abril de 1971, 20 junio de 1972, etc.

(98) La Exposición de motivos del Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974 dice: A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.

(99) RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Código civil, aprobado por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo*, "Revista de Derecho Privado". Diciembre 1975: La inclusión de la jurisprudencia en el capítulo I del Título Preliminar que habla de las fuentes del Derecho, excluyéndola, en cambio, de la enumeración que de éstas hace el núm. 1 del artículo 1.º nos parece acertada en cuanto se reconoce su alta función complementaria del ordenamiento jurídico, rescatándola del ostracismo en que la había tenido el Código civil, pero estimamos que puesto que tanto en la doctrina casi unánime, como en el preámbulo no tiene la consideración de fuente directa, su colocación en el texto resulta un tanto inadecuada y por otra parte queda desdibujado y ambiguo su carácter de fuente, directa o subsidiaria, como si el legislador, por un lado quisiera reconocérselo y por otro escatimárselo, lo que unido a la prescripción del número 7 del propio artículo induce indudablemente a cierto confusionismo. El legislador parece que no ha querido comprometerse demasiado, por lo que en definitiva nuestro sistema de fuentes jurídicas queda esencialmente sin alteración después de la reforma del Título Preliminar. V. también, entre otras varias, las siguientes obras: HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil*. Civitas. "Revista Española de Derecho Administrativo", octubre-diciembre 1974; LALAGUNA, Enrique de la: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*. Pamplona, 1969; OLIVA SANTOS, Andrés de la: *La jurisprudencia en la Ley de Bases para el...*, cit.; PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Ed. Bosch, 1967; SERRANO ALONSO, Eduardo: *Aproximación al nuevo...*, cit., pág. 8. En resumen, para nosotros tal núm. 6 del art. 1.º no supone ningún avance legislativo y por tanto es relativamente superfluo, ya que el valor reconocido a la jurisprudencia es el hasta entonces comunmente aceptado.

(100) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, cit., I, 1, pág. 496.

dificación no ha sido acertada, siendo recibida, dice, con cierta desconfianza por parte de la doctrina (101), ya que parece claro, en nuestro sistema jurídico tradicional, que la jurisprudencia, por mucho valor que se la conceda, no es fuente del Derecho en el sentido de creadora de normas jurídicas ni por ello le corresponde la misión de complementar el ordenamiento jurídico, a pesar del término desafortunado y poco feliz utilizado por el legislador en el precepto de referencia. Más que complementar el ordenamiento, dice más adelante, lo que se trata es de crear pautas, criterios orientativos, modos de operar en el actuar jurídico, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sólo probablemente en el ámbito de la doctrina legal, pero con las debidas limitaciones, como se deduce del precepto y referido no solamente a la interpretación de la ley, sino también de la costumbre y de los principios generales del Derecho, lo que nos confirma precisamente en este significado, pues como dice oportunamente Lacruz, más que complementar el ordenamiento, mediante la creación de precedentes que funcionen como verdaderas fuentes del Derecho, lo que hace la jurisprudencia es crear no normas generales, pero sí Derecho (102).

A mi juicio lo que hay detrás de la reforma es lo siguiente (103): El Juez tiene en todo caso el deber inexcusable de resolver cuantos asuntos se le sometan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.º, ap. 7.º). Por tanto, deberá aplicar la ley, en su defecto la costumbre y en defecto de una y otra, los principios generales del derecho. Especificando más; cuando un Juez o Tribunal civil tiene que decidir un problema, si no encuentra ley exactamente aplicable al punto controvertido (cf. pf. 2.º del art. 6.º del texto primitivo del Código civil), 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, teniendo en cuenta fundamentalmente su espíritu y finalidad (art. 3.º, ap. 1.º) procederá a la aplicación analógica, cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad

(101) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones*, I, pág. 47; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual...*, 5.ª ed., págs. 61 y ss.

(102) ESPÍN CÁNOVAS: *Ob. cit.*, 5.ª ed., pág. 143: La precisión normativa llevada a cabo por el Decreto que articula la Ley de Bases ofrece, entre otras, las siguientes características: 1.ª La creación jurisprudencial está reservada a la actuación del Tribunal Supremo y dentro de su actuación la formación de doctrina exige una cierta reiteración. 2.ª La función jurisprudencial se realiza no sólo por la interpretación y aplicación de las leyes, sino también por las de las restantes fuentes jurídicas; o sea, por la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta referencia de la doctrina jurisprudencial a todas las fuentes del sistema viene a declarar la correlación entre las mismas y, especialmente, respecto a los principios generales del Derecho, cuya propia autonomía resulta así de modo implícito reconocida. 3.ª La trascendencia de la función jurisprudencial resulta también por el expreso reconocimiento de la analogía que aunque empleada por el Tribunal Supremo no tenía expreso reconocimiento como medio interpretativo en el Código hasta la reciente reforma (V. nuevo art. 4.ª) por lo que en la actualidad puede aumentar la labor interpretativa por el cauce analógico.

(103) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación...*, cit., pág. 113.

de razón (art. 4.º, ap. 1.º). Inmediatamente después aplicará, en su caso, la costumbre correspondiente, primero la local y después la general y no existiendo tampoco éstas el principio o los principios generales del derecho que procedan. Pues bien, cuando este proceso de búsqueda de la norma exactamente aplicable, o de la que lo sea por vía analógica, o de la costumbre, o de los principios generales, llegue hasta el Tribunal Supremo y éste resuelva de modo reiterado en una determinada dirección, en ese instante es cuando está complementando el ordenamiento jurídico, de tal manera que no habrá creado ninguna norma que no estuviera ya en acto (norma típica) o en potencia (norma atípica) en el Ordenamiento, pero habrá fijado sus límites en el primer caso (cuando la norma estaba incorporada expresamente al Ordenamiento) o las habrá dado exteriorización a las que estuvieran subyacentes, todavía ocultas en el mismo. Esa tarea, efectivamente, complementa el Ordenamiento: No se crean normas que no estuvieran (por eso no es fuente del Derecho), pero da fijeza a las que formalmente están en el Ordenamiento y exterioriza a las que a él pertenecían en forma potencial, o atípica.

En suma, repitiendo ideas ya expresadas al comienzo de este capítulo, el Código civil ha dicho en la reforma lo que ya decía la realidad a través del recurso de casación por infracción de doctrina legal, lo que no es poco, primero porque el sistema anterior ocultaba una realidad inegable y segundo porque bien está este reconocimiento a la labor ciertamente trascendental de nuestro Tribunal Supremo (104). Si la jurisprudencia, dice el Profesor Silva Melero (105) ha alcanzado siempre, salvo los naturales eclipses, el elevado prestigio que por todos es reconocido y si siempre se otorgó a sus maestros las honras y consideraciones más altas, aún en épocas de fuerte jerarquización de la sociedad, fue precisamente por su lealtad a principios de justicia que son eternos, sin concesiones a la política ocasional o partidista y por la imponente serenidad de sus hombres más representativos.

F) *Los tratados internacionales.*

Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno, mediante su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

En cuanto a los Tratados, dice la Exposición de Motivos, la exi-

(104) VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Rasgos definidores de la casación civil española*. "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", núm. 4, 1974, pág. 888. *Defensa de la doctrina legal*: Nueva consecuencia, dice, del sentido jurisdiccional y práctico de nuestro recurso de casación es la de encomendar al Tribunal Supremo no sólo la vigilancia de la legalidad estricta, sino también la del cuerpo de doctrina formado en torno a esa legalidad; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, cit., pág. 123; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., 1962; GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*. Madrid, 1956; MIGUEL Y ALONSO, Carlos: *Derecho procesal práctico*.

(105) SILVA MELERO, Valentín: *Jurisprudencia y evolución*. Madrid, 1974, pág. 31.

gencia de la Ley de Bases de que las normas jurídicas contenidas en los mismos para ser de aplicación directa en España han de haber pasado a formar parte de la legislación interna española, se estima cumplida cuando son publicados en el "Boletín Oficial del Estado".

El nuevo precepto, dice González Botella (106), se ha limitado a incorporar la doctrina jurisprudencial, en cuya virtud se reconocía el carácter de norma a los Tratados internacionales.

El Código civil sólo se refiere al aspecto externo formal: publicación en el "Boletín Oficial del Estado", lo que nos parece acertado, pues tampoco cuando alude el Código a la ley se incluye su proceso de formación que no corresponde a su propia y específica competencia (107).

3. OTROS PROBLEMAS.

A nivel ya de simple anotación, digamos que el contenido del antiguo art. 6.º en su pf. 1.º ha sido trasladado al actual ap. 7.º del art. 1.º: Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (108).

La reforma también en este sentido nos parece acertada: Al Código civil sólo le compete establecer la obligación judicial de juzgar, nada más. Es materia del Código penal fijar la correspondiente responsabilidad punitiva para los casos de incumplimiento, como lo hace en el art. 357 al sancionar con la pena de suspensión al Juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Los problemas complementarios a nuestro estudio, relativos a la vigencia de las leyes (art. 2.º, ap. 1.º), a su derogación (ap. 2.º), a su carácter no retroactivo (ap. 3.º) y los relativos a la aplicación de las normas (Capítulo II), y a la eficacia general de las mismas (Capítulo III), escapan por completo de la intención de este trabajo, remitiéndonos a los tratados generales de Derecho civil adaptados ya a la reforma y a las numerosas monografías publicadas sobre la modificación

(106) GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro: *Ob. cit.*, pág. 66.

(107) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Ob. cit.*, pág. 143; GONZÁLEZ BOTELLA: *Ob. cit.*, pág. 67; MOZOS, José Luis de los: *En "Derecho Civil" de Castán, cit.*, pág. 506.

(108) Sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de derecho, dice la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan.

El art. 4.º del Código civil francés establece que el juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, cit., página 82: "Antinomias, contradicciones y lagunas: el principio de *non liquet*".

en general o sobre alguna de sus partes en concreto, citadas ya en los apartados anteriores (109).

IV. LA REFORMA SOMETIDA A ENCUESTA.

Creando que, en muchas ocasiones, la falta de una consulta previa a quienes van a ser los verdaderos protagonistas de la ley, en sentido técnico: Jueces y Abogados y cuantos con el mismo sentido intervienen en el proceso, esteriliza en una gran medida la finalidad que las normas persiguen, he considerado importante y oportuno solicitar, por su valor intrínseco y por su valor simbólico, la opinión de un grupo relativamente numeroso, y por tanto representativo (eso al menos creemos) de profesionales del Derecho, en orden a la reforma del Título preliminar del Código civil. No se trata, por supuesto, de pretender, alterando el orden establecido casi universalmente, que sean ellos quienes hagan las leyes (que ello es tarea legislativa y por tanto política), pero sí de que se arbitren procedimientos adecuados para conocer previamente una serie de datos en cuanto a la posible efectividad de las normas que se van a promulgar y de las dificultades técnicas de aplicación antes de darlas nacimiento, informes que sólo pueden facilitar quienes viven profesionalmente los problemas de la vida real (110).

En todo caso creo que la experiencia de conocer, aun después de promulgada, la valiosa opinión de quienes por razón de su trabajo han vivido o pueden vivir, en un futuro inmediato, la reforma, es por demás interesante y aleccionadora (111).

(109) Nos remitimos a la bibliografía citada en relación con la reforma.

Los problemas que en este orden se plantean son múltiples. Por ej., el ya existente y no resuelto del todo de los cómputos, y en ese sentido el de determinar cuándo comienza la vigencia de una ley. El plazo ha de entenderse de días naturales (sin descontar los festivos) y no se comprende en él, el día de la publicación de la ley ("dies a quo"), pero sí el último ("dies a quem"), de modo que empezarán a ser obligatorias las leyes el día vigésimo de su publicación. Confirma esta interpretación la nueva redacción del art. 5.º, 1. (Castán, I, 1, cit., pág. 422).

(110) Por ej., el Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975, prescindiendo de toda consideración política, en la que no entramos, creemos que de manera no querida ha dejado en situación verdaderamente lamentable a las víctimas de los delitos (y especialmente de los delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor) desde el punto de vista económico. Para solucionarlo hubiera bastado añadir un nuevo artículo al Decreto que hubiera dicho más o menos esto: Todas las causas que lleven aparejada responsabilidades civiles cuya pena se encuentre totalmente indultada con arreglo al art. 1.º, letra A, continuarán hasta sentencia a los solos efectos de señalar la cuantía económica de aquéllas, así como sus responsables directos y subsidiarios, en su caso, ejecutándose en cuanto a estos extremos, de la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(111) La carta estaba redatada así: "Mi distinguido amigo: Estoy realizando un pequeño trabajo sobre la reforma del Título Preliminar del Código civil y en uno de sus capítulos quisiera incorporar un breve re-

1. DATOS DE LA ENCUESTA.

Destinatarios:

- 22 Magistrados: 6 de Tribunal, 3 de Sala de lo Contencioso; 9 Magistrados Jueces (5 Penales y 4 Civiles) y 4 Magistrados de Trabajo.
- 14 Jueces: 3 de Instrucción y el resto Municipales y Comarcales.
- 9 Fiscales: 6 de la Carrera Fiscal y 3 Municipales y Comarcales.
- 24 Secretarios (de Sala, de Juzgados de Instrucción y de Juzgados Municipales y Comarcales).
- 500 Abogados (aproximadamente). Para ello conté con la valiosísima ayuda de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados y del Oficial del Colegio.

Total de consultados: 569 (la cifra no es exacta).

Modelo de la encuesta:

0. Opina: Magistrado - Juez - Abogado - Secretario - Fiscal.
- | | |
|---|---|
| 1. Que considera mejor: La promulgación de un nuevo Código civil, la progresiva y parcial modificación o su mantenimiento, por ahora, sin más alteraciones: | Nuevo Código.
Modificación.
Mantenimiento.
No opina. |
| 2. Considera que la reforma, en conjunto, del Título Preliminar, ha sido positiva: | Sí.
No.
No opina. |
| 3. Considera que la reforma concede más, menos o iguales poderes a los Jueces y Tribunales. | Más.
Menos.
Iguales.
No opina. |

sumen de las apreciaciones que sobre la misma puedan hacer quienes de una parte tienen ante sí la trascendental tarea de juzgar y por otra quienes, como abogados, han de intervenir de manera decisivamente importante en el proceso, así como la de quienes, como técnicos del Derecho, intervienen en las actuaciones judiciales. La presencia de estas opiniones estimo que, aparte del inapreciable interés que su contenido supone, constituirá o pretende constituir un símbolo del inmenso valor que tiene contar con ellas en toda tarea de ordenar jurídicamente la convivencia. Aunque toda encuesta tiene inevitablemente un cierto carácter convencional, y por tanto discutible, se me ha ocurrido redactar una serie de preguntas en la creencia de que puedan ser suficientemente representativas de la apreciación general que la reforma haya tenido para quienes la contestan, a pesar de lo cual, en el apartado "Otras observaciones", puede, si lo desea, añadir ciertos aspectos no recogidos en la encuesta que se acompaña y que es, por supuesto, absolutamente anónima. Muchísimas gracias por su amabilidad de contestarla.

Es ahora, después de recibidas las hojas cumplimentadas, cuando debo reiterar mi profunda gratitud a cuantos han tenido la atención de dedicar un rato de su legítimo descanso a meditar sobre el tema objeto de la encuesta.

4. De entre las principales inovaciones, indique, por favor, cuáles le han parecido más acertadas. ¿Quiere señalar tres?
- Regulación de la costumbre.
 - Inclusión de los usos normativos.
 - Regulación de los principios generales.
 - Inclusión de la Jurisprudencia.
 - Normas sobre la interpretación.
 - Inclusión de la analogía.
 - Regulación cómputo de plazos.
 - Regulación fraude de la Ley.
 - Regulación buena fe y abuso del derecho.
 - Regulación del Derecho Foral.
 - Regulación del Derecho Internacional privado.
5. En el terreno de la aplicación práctica de la reforma y como consecuencia de ella, ¿ha dictado alguna resolución, a su juicio más justa que la que hubiera tenido que dictar antes de su vigencia? (para Magistrados y Jueces) o ¿ha intervenido en algún proceso en que esto haya sucedido) (para los demás).
- Sí.
No.
No opina.
6. Otras observaciones.

2. RESULTADOS OBTENIDOS.

Contestaron: 18 Magistrados; 10 Jueces; 300 Abogados; 12 Secretarios y 8 Fiscales. Total: 348. Porcentaje: 61,159 por 100.

Sentido de la contestación:

1. Nuevo Código	M.	9	Total: 109	31,321 %
	J.	4		
	A.	89		
	S.	5		
	F.	2		
Modificación	M.	7	Total: 183	52,586 %
	J.	6		
	A.	160		
	S.	7		
	F.	3		
Mantenimiento	M.	2	Total: 43	12,356 %
	J.	0		
	A.	40		
	S.	0		
	F.	1		
No opinan	M.	0	Total: 13	3,735 %
	J.	0		
	A.	11		
	S.	0		
	F.	2		

	M	J	A	S	F	Total	Porcentaje
2.							
Sí	13	6	230	10	7	266	76,436
No ²	2	2	50	2	1	57	16,319
No opinan	3	2	20	0	0	25	7,183
3.							
Más	5	3	218	5	7	238	68,390
Menos	0	0	10	0	0	10	2,873
Igual	12	7	81	4	0	104	27,011
No opinan	1	0	1	3	1	6	1,724
4.							
Regulación de la costumbre.	2	0	80	0	0	82	7,443
Inclusión de los usos	2	0	0	0	1	3	0,283
Regulación de los principios generales	2	0	29	5	3	39	3,682
Inclusión de jurisprudencia.	3	6	141	6	4	160	15,108
Normas de interpretación	0	1	111	2	1	115	10,859
Inclusión de la analogía	8	2	70	0	3	83	7,837
Regulación cómputo plazos.	0	4	110	2	1	117	11,048
Regulación fraude de ley	10	4	130	6	2	152	14,353
Inclusión buena fe y abuso derecho	8	6	180	8	4	206	19,452
Regulación D. Foral	4	2	40	2	0	48	4,532
Regulación D. Internacional.	4	0	42	4	3	53	5,004
No opinan	0	0	0	0	1	1	0,094
Total (*)... ..	43	25	933	35	23	1.059	99,695
5.							
Sí	4	0	70	2	0	76	21,839
No	12	6	158	6	6	188	54,022
No opina	2	4	72	4	2	89	24,137

(*) Algunas encuestas han señalado sólo dos apartados; otras, en cambio, han destacado más de tres. De ahí que haya un exceso de once sobre el resultado normal de multiplicar 343 por 3. En las sumas parciales por sectores encuestados se observa esta disociación.

6. Otras observaciones.

Resulta prácticamente imposible, aunque ofrecería un gran interés el hacerlo, recoger aquí todas las observaciones que se han formulado en las encuestas en este sexto apartado complementario. Necesariamente, pues, nos hemos visto en la precisión de hacer un brevísimo esquema o resumen, recogiendo o intentando incorporar todas, aunque habiendo hecho anticipadamente una serie de grupos homogéneos con todas ellas. Creo que en una apretada síntesis podemos sintetizarlas así: Texto nuevo, por ahora no. Las razones son obvias: Parece que mientras no esté definitivamente asentada la estructura jurídica y política que en estos momentos se prepara no parece conveniente iniciar una obra de tal envergadura. Modernización parcial del Derecho

civil, con un profundo sentido de socialización. Establecimiento de unos límites más precisos entre el Derecho civil y el Administrativo, colaboración en la tarea legislativa, por vía de información, de cuantos de manera más acusada intervienen en la realización práctica del Derecho, etc.

Estas pudieran ser las notas más acentuadas cuantitativamente, pero queriendo dejar una constancia más fidedigna de las observaciones recogidas por algunos de los que contestaron la encuesta (pues muchos dejaron en blanco esta casilla), vamos a procurar su abreviada trascripción:

En relación con el problema general de la conveniencia o no de un nuevo código se hacen estas anotaciones:

Es imprescindible que en una reforma de importancia intervengan quienes reúnen, junto a sus conocimientos teóricos, una vivencia práctica, así en la zona que nos ocupa (pero que podría generalizarse a otros sectores) los juzgadores y letrados, estos últimos a través de sus respectivos Colegios. Sería conveniente un texto refundido. En el nuevo Código deben recogerse muchas de las llamadas leyes especiales, pues no se puede ignorar la cada vez mayor intromisión del Derecho administrativo (caza, pesca, minería, propiedad industrial e intelectual, aguas, etc.), siendo conveniente que se establecieran de manera más precisa sus fronteras. Es imprescindible un nuevo Código porque el actual es un completo anacronismo encuadrado. Es absolutamente necesario y urgente vivificar el Código y socializarlo. Hay muchos campos del Derecho civil en los que debiera actuarse con un criterio reformador, regulando materias nuevas o haciéndolo de forma distinta, pues es innegable la acusada vejez en años y en espíritu de nuestro primer texto legal. El nuevo Código, cuando llegue, debiera limitarse a establecer unos principios relativamente generales, para no caer en un reglamentarismo pernicioso (como lo ha hecho la Ley de arrendamientos urbanos), en detrimento grave del poder que debe tener siempre el Juez de adecuar la norma general al caso particular, labor que ni puede ni debe hacer el legislador, incapaz de captar la infinita variedad de casos que la vida ofrece y su riqueza de matices. Pero en todo caso la reforma es hoy irrealizable porque en momentos de grave crisis no debe nacer un Código.

En cuanto a la reforma en sí, se han formulado estas observaciones:

A la reforma le ha faltado síntesis, es muy difusa y su formulación no ha sido feliz. Toda ella, salvo el cómputo de plazos, ha sido desahortada. La reforma no es otra cosa que un acopio de datos que hubiera sido preferible confiar a los Tribunales de Justicia. La reforma en lo que pudiéramos denominar planteamientos más generales (fraude, abuso de derecho, analogía, etc.) era innecesaria, porque todas esas instituciones que ahora se incorporan al Código, eran ya una realidad judicial, pues no hay Juez o Tribunal que, lo digan o no las leyes, no las aplique porque el hacerlo forma parte sustancial de su cometido.

En cambio hay indicaciones en sentido opuesto, esto es, absolutamente favorables a la reforma del título preliminar:

Supone un considerable avance de técnica legislativa y de puesta al día del Código y sólo plácemes merece. Es esperanzadora en muchos aspectos, pero no existe todavía suficiente experiencia para calificarla. El juicio crítico de la reforma ha de ser necesariamente favorable porque ha supuesto un considerable avance por la explicitación generalizadora de conceptos y la inclusión de tendencias doctrinales y jurisprudenciales firmemente arraigadas en la Ciencia y en la Praxis. El nuevo Código, en cuanto al título preliminar es científicamente más perfecto. Gramaticalmente, la reforma, ha sido enormemente precisa y correcta.

Pormenorizando ya alguna de sus modificaciones se dice, entre otras cosas:

Realmente el fraude, la buena fe y el abuso del derecho responden a un mismo principio y tal vez hubiera sido conveniente un tratamiento más homogéneo. Es interesante la ampliación exacta y congruente de la materia relativa a la derogación de las leyes y a la regulación de la ignorancia y el error. Es importante la declaración del ap. 2 del art. 1.º, aunque es el propio legislador (entendida la expresión en sentido muy amplio) quien debe evitar ya de inicio la aparición de órdenes ministeriales que modifican o derogan leyes o decretos, lo que actualmente sucede con relativa frecuencia. Debe potenciarse la jurisprudencia, pero en este sentido debiera aclararse más su papel, evitando la vaguedad que encierra el ap. 6.º del art. 1.º ya que en la práctica son muchos y muy variados, los pleitos en los cuales el fundamento casi exclusivo, desde el punto de vista jurídico, es el jurisprudencial, por no existir normas legislativas, ni costumbres aplicables.

Algunas encuestas han extendido sus alegaciones a instituciones no sólo fuera del título preliminar, sino incluso fuera del Código civil, refiriéndolas especialmente a problemas de tipo procesal:

Es necesario conceder a los Jueces más amplias facultades. Los recursos han de regularse de forma distinta, dotándolos de más eficacia. Todos los procedimientos deben ser agilizados. Los procesos actuales son lentos y lentitud y garantía no son expresiones equivalentes. También en el proceso civil cabe acentuarse la oralidad. La oralidad tal vez contribuiría a la rapidez. La rapidez es cualidad esencial al proceso y al Derecho.

Otras encuestas se han referido a zonas incluidas en el Código, aunque no afectadas por la reforma del título preliminar:

Deficiente regulación de los derechos del cónyuge viudo. Debieran retocarse las normas que regulan las relaciones paternofiliales, así como las que establecen los derechos de los hijos ilegítimos. Es imprescindible una cierta paridad de trato entre todos los hijos, cualquiera que sea su naturaleza.

En relación con el tema del Derecho internacional privado se han recogido opiniones muy contradictorias:

Para unos su regulación es mala, para otros es más completa que la derogada, pero reitera criterios nacionalistas, en crisis ya en todo el mundo, finalmente, para otros es acertada aunque a efectos fundamentalmente teóricos, porque son muy pocos los casos que en la práctica se presentan.

Finalmente, en orden al Derecho internacional, la tónica más general es de censura a la nueva reglamentación, aunque con anotaciones diversas:

El último capítulo es quizá el que menos variación ha sufrido, incurriendo, como antes sucedía, en la vaguedad de no especificar cuáles son los territorios en los que se aplica Derecho foral (o regional), ya que si bien en algunos casos no ofrece duda, en otros sí. En este sentido debió haberse seguido la orientación marcada por el Congreso de Juristas, de Zaragoza, de 1946, favorable a la unificación futura de las legislaciones (dentro del territorio nacional), mediante la transacción de materias entre el Derecho castellano y los Derechos forales o regionales, suprimiéndose las instituciones caducas y aceptando, con carácter general, aquéllas, cualquiera que sea su procedencia, que tengan verdadera vigencia social.

En relación con el Derecho Foral de Vizcaya:

La regulación actual puede dar pie a una interpretación restrictiva. Hay que resaltar que el anacronismo que muchos atribuyen al Derecho Foral no es atribuible a éste, sino a la total falta de adecuadas instituciones, capaces de captar de manera auténtica la evolución social y el desarrollo técnico, para plasmarlo en normas jurídicas.

En la adquisición de vecindad, por residencia de diez años sin declaración en contra, debiera arbitrarse un medio para que esa adquisición pudiera ser conocida, sin dificultades, por todos aquellos que tuvieran interés de ello.

Advirtamos, por último, que así como el resultado de la encuesta en sus cinco primeros apartados, da un reflejo exacto de proporcionalidad, sin embargo, en relación con el apartado sexto, de observaciones, que acabamos de recoger, no sucede así, pues son muchas, la mayor parte, las que no han hecho indicación alguna en este epígrafe, como ya hemos indicado, y por tanto sólo a nivel casi individual (siempre respetabilísimo) ofrecen relieve estas consideraciones. Queda, pues, al buen juicio del lector, la valoración globalizada de los resultados de esta encuesta que al menos, consideramos que puede significar, una llamada de atención en orden a su utilización en trabajos científicos y sobre todo en trabajos preparatorios de índole legislativa.

3. CONSECUENCIAS.

Creemos que en cuanto nos hemos permitido sintetizar todas las observaciones incorporadas a las encuestas, es suficiente para que sea el propio lector quien obtenga las consecuencias oportunas. Teniendo en cuenta que, aunque de manera abreviada y mediante la formación de agrupaciones afines, hemos dejado constancia de todas ellas, consideramos que a su través, en relación con los datos numéricos de las contestaciones respectivas, puede obtenerse un cierto reflejo de opiniones y criterios, ciertamente valiosos. De todas maneras, considerando que la Encuesta se ha hecho después de promulgada la reforma, pasados casi do años de su vigencia; su realización ha pretendido

tener por encima de cualquier otra consideración un carácter fundamentalmente simbólico y testimonial en orden a como las leyes han de construirse siempre en contacto directo e inmediato con la realidad vital a la que pretenden servir.

V. CONCLUSIONES.

1.^a El juicio de valor de una norma o de un conjunto de normas no puede hacerse asépticamente sobre el papel. Resulta imprescindible para enjuiciarla comprobar su real andadura, su realización práctica.

2.^a Los retoques parciales de un Ordenamiento han de hacerse sin perder de vista el conjunto. Por otra parte la correlación Derecho sustantivo-Derecho procesal y Derecho orgánico impone un estudio paralelo de sus correspondientes normas. Vivimos en muchísimas ocasiones, por culpa de las especialidades excesivas, un fraccionamiento tal en el estudio y en el examen del Derecho que, sin querer le hacemos perder realismo y fuerza vital. La crisis de los Ordenamientos arranca de la distancia cada vez mayor que se da entre norma y sociedad.

3.^a Las fuentes del Derecho constituyen el instrumento decisivo de ordenación de la convivencia humana. De ahí su trascendencia.

4.^a Ciertamente que sólo hay una fuente primaria de creación del Derecho que es la ley, puesto que las demás reciben su fuerza y valor de ella. Esta idea conlleva el problema de legitimar sustancial y formalmente las leyes, bajo el imperio de la Justicia a través de una verdadera y auténtica voluntad popular, enraizada a su vez en la razón, la naturaleza y el equilibrio. Acabar con la agresiva dicotomía Estado-Pueblo es fundamental.

5.^a La anterior afirmación es absolutamente compatible con sostener la procedencia de aceptar un beneficioso y equilibrado pluralismo de fuentes de Derecho, como consecuencia no sólo de la impotencia legislativa de cubrir todas las eventuales necesidades de la vida de relación, tan compleja en la vida moderna, sino también de la conveniencia de recibir el aliento de otras fuerzas sociales.

6.^a Para conocer la posición que nuestro actual sistema de fuentes ocupa en relación con las direcciones metodológicas más caracterizadas es conveniente hacer un breve repaso de las mismas y una apreciación crítica de su significación y valor.

7.^a En este sentido creemos que la reforma encierra un prudente equilibrio de muy diversas concepciones metodológicas, considerando que puede suponer un cambio importante en el Derecho positivo español. El que efectivamente lo suponga dependerá, por la relativa ambigüedad del contenido del nuevo título preliminar en esta materia, más que de ella misma, de quienes han de aplicarla.

8.^a Por de pronto la reforma implica una cierta alteración en el sistema general de las fuentes, pues de manera segura (lo que antes era, al menos muy dudoso) anticipa la aplicación analógica de las leyes a las costumbres.

9.^a Desde luego la modificación legislativa consagra, en la misma línea del Código en su redacción primitiva, la absoluta prioridad de la ley sobre todas las demás fuentes. Esto es más que acertado o conveniente, indispensable. Este es, al menos, nuestro criterio.

10.^a La costumbre es objeto de un tratamiento acertado, tanto en los requisitos exigibles y a la necesidad de prueba de su existencia, como en cuanto a la equiparación de los usos normativos.

11.^a Los principios generales del derecho, a quienes se considera además de fuente subsidiaria de segundo grado, informadores del ordenamiento jurídico (novedad esta última de la reforma), creemos que van a seguir desempeñando un papel prácticamente idéntico al que desempeñaban hasta ahora, entendiendo que la modificación no autoriza a que un Juez rechace la aplicación de una norma legislativa al amparo de una eventual o posible contradicción con un principio general. Lo que el Juez podía hacer antes y puede hacer ahora (y con la reforma esta posibilidad se destaca más) es dejar de aplicar una norma no sólo (y esto por supuesto no sólo puede, sino que debe) cuando esté en abierta contradicción con otra de superior rango (así lo establece el art. 1.º, ap. 2 del Código y así lo establecía y sigue estableciendo la ley de régimen jurídico de la Administración), sino también cuando esta contradicción se obtenga como consecuencia del estudio conjunto de otra serie de normas de igual o superior rango y del espíritu que claramente las informa.

12.^a En cuanto a la jurisprudencia, la reforma ha dicho legislativamente, lo que ya decía la realidad jurisprudencial, a través del recurso de casación por infracción de doctrina legal. No obstante nos parece bien, por razones del valor que tiene el primer cuerpo legal civil de la Nación que en él tenga asiento la jurisprudencia como testimonio de una realidad querida, además, por todos.

13.^a La encuesta que hemos realizado tiene un valor por sí misma creemos que muy importante, en cuanto reflejo de la opinión de un grupo de profesionales del Derecho, entre el que se encuentran muy ilustres Juristas.

14.^a En todo caso tiene también un valor simbólico en cuanto por su conducto se ponen de relieve las ventajas que el conocimiento de esta opinión, emitida a través de sus naturales y correspondientes cauces, representaría primero para quienes han de elaborar los proyectos de ley y después para quienes han de discutirlos y aprobarlos.