

Realismo ético: el Magisterio metodológico de Federico de Castro

Por ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Introducción: la inflación de la cuestión del método y el jusnaturalismo como presupuesto de una adecuada metodología jurídica. 2. La concepción iusnaturalista de Federico de Castro. 3. Repercusión metodológica de dicha concepción. 4. Reflexión final para nuestro momento actual.

1. De atender al quehacer jurídico fundamental, nos sentiríamos inclinados a pensar que la cuestión de la metodología jurídica habría de ser una cuestión sencilla. La realidad, no obstante, es bien distinta: la del método resulta ser una cuestión complicada. E importa aclarar por qué, ya que, efectivamente, en sí y por sí, la cuestión del método no da razón de tal complejidad. Es que en torno al método emergen inevitablemente las distintas interpretaciones posibles del fenómeno jurídico. La noción de método significa esencialmente instrumentalidad; la de Derecho, implica posibilidad de interpretaciones desde visiones distintas y a veces contradictorias. ¿No se entiende, pues, que sean plurales las propuestas metodológicas, tantas, cuantas las posibles interpretaciones del Derecho? Y si en el fondo de tales interpretaciones se toca siempre un cierto substrato filosófico, ¿no se adivina ya la posible derivación hacia ese terreno de las diferentes concepciones metodológicas? Y todo ello en llamativo contraste con la parvedad de sus resultados. Da la impresión de que, a pesar de la instrumentalidad del método, la fuerza del quehacer jurídico directo se superpone al discurso efectuado en estas regiones. Parece como si el esfuerzo realizado en esta línea quedara sin resultados a la hora de descender desde la reflexión metodológica al quehacer jurídico. ¿No será una manifestación más de que el pensamiento jurídico es esencialmente pensamiento adherido a la realidad y que, conforme se aparta de ella y se hace objeto de sí mismo pierde fuerza, por el mismo hecho de perder conexión con la realidad?

Lo cierto es que por su complejidad la cuestión del método se ha convertido en una cuestión confusa y en buena parte frustran-

te (1). ¿Qué ha ocurrido para que, moviéndonos todos en el mismo terreno y apuntando sustancialmente en la misma dirección cuando se trata de responder al requerimiento inmediato de la realidad, teorícemos de modo tan dispar sobre el camino (método) recorrido o por recorrer? Ciertamente se ha producido una auténtica inflación de la teoría del método, y a su vista se comprende el diagnóstico de Castro: síntoma de decadencia de la ciencia del Derecho. No se menosprecia con ello la importancia del método. Tiene razón Wieacker cuando afirma que «la última tarea esencial de toda gran ciencia del Derecho privado fue siempre la formación de un método acabado y seguro y de una teoría que impregnaron y ordenaron el contenido natural de toda la cultura material de su tiempo. Este método es una condición indispensable para un resuelto acercamiento de la realidad jurídica a la justicia (2). Pero, nótese, el método se concibe como condición para acercar la realidad jurídica a la justicia —esta es la meta final— y presupone —es la última tarea esencial de toda gran ciencia del Derecho, dice Wieacker— una firme creencia en el Derecho y una perfecta percepción de la realidad social por medio de la ciencia jurídica (3). Creencia en el Derecho, orientado hacia la Justicia, acercamiento a la realidad, y elaboración doctrinal: valor, realidad y dato normativo, integrantes imprescindibles de una adecuada metodología jurídica.

Pues bien, va a ser precisamente la ruptura de esa armónica simbiosis de lo valorativo y de lo real, orientada desde la idea de la Justicia y operando sobre el vaciado normativo del Derecho (las «ideologías de la separación», en la expresión de Barcellona) lo que va a dar lugar a la magnificación desproporcionada de la «cuestión del método» y a la consiguiente polarización del Derecho en alguno de sus aspectos parciales. Hoy se clama por la vuelta a la visión de la totalidad; la que, en nuestra opinión, sólo es posible desde la inspiración iusnaturalista. No puede desconocerse que en los últimos tiempos se la viene pretendiendo también desde posiciones materialistas (4). Sólo mediante una teoría de las

(1) Al conocido testimonio de D. Jerónimo GONZÁLEZ: *Métodos jurídicos*, en Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil, III, 1948, pág. 121: «A medida que la discusión (metodológica) se eleva y se coloca en la cima de la abstracción, falta el aire respirable, se dan los pasos con un esfuerzo desproporcionado al resultado y más bien que el interés práctico de la cuestión, se ponen de relieve sus raíces filosóficas»; a este testimonio —decíamos— puede añadirse el más reciente de DE LOS MOZOS: *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pág. 6.

(2) WIEACKER: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. por Fernández Jardón, Madrid, 1957, pág. 541.

(3) WIEACKERS op. cit., 540-542, síntesis en el párrafo final: «... las tres condiciones fundamentales para una cultura científica importante del Derecho privado: una firme creencia jurídica de la época, una perfecta percepción de la realidad social por medio de la ciencia del Derecho y un acabado método jurídico no destruido críticamente y transmitido concienzudamente por la teoría y por su perfección sucesiva...».

(4) Cfr. DE LOS MOZOS: *Derecho Civil español. Parte General*, Salamanca,

contradicciones sociales —y, por consiguiente, el fin de la ideología de la separación— pueden ofrecerse, según se ha dicho (5), instrumentos para la comprensión «formalmente» adecuada a la actual fase de desarrollo, de la complejidad de los datos reales. Sólo la superación de las contradicciones, a cualquier nivel de la experiencia jurídica, puede permitir una configuración *formalmente* correspondiente a la individualización empírica de los sujetos de las relaciones histórico-materiales. Nosotros creemos que es el iusnaturalismo la concepción que, desde una cosmovisión coherente y completa del ser, abierta a la totalidad de su integral dimensión, puede aportar al Derecho, y a la ciencia que de él se ocupa, la necesaria dosis de objetivismo y sustancialismo. Lo más significativo de las modernas doctrinas iusnaturalistas es, precisamente, el retorno a una indagación de la justicia material (6), que sólo podrá concretarse en sus contenidos desde una confrontación de la realidad con el ideal exigitivo de la Justicia.

Es aquí donde se sitúa el magisterio metodológico de Federico de Castro. No ha sido la suya una lección sólo teórica y erudita; en conformidad con la instrumentalidad del método, ha sido, sobre todo, una magistral lección dictada al hilo de su obra jurídica sustantiva. Entroncado el Derecho positivo en la armonía del ser a través de su conexión con el Derecho natural, dirá relación esencial a una justicia cuyos postulados fundamentales radican en la misma naturaleza de las cosas. He aquí el realismo ético que, de principio a fin, preside la obra de Castro. Desde él se seleccionan los problemas, y desde él se les da el más adecuado tratamiento. En la obra de Castro se comprueba cómo el iusnaturalismo, que como indica Hernández Gil no es en sí una dirección metodológica (7), tampoco se limita a ser el presupuesto filosófico del sincretismo metodológico. Por el contrario, en cuanto exponente de la originaria integración de lo jurídico, por lo que implica de concepción básica y total del Derecho, más que un método, es el presupuesto —creemos que único— de toda adecuada metodología jurídica. Es lo que tratamos de destacar en las páginas que siguen.

1977, pág. 25: «Al decaer el positivismo en el ámbito académico y en el pensamiento jurídico, el enfrentamiento se produce abiertamente entre dos planteamientos antagónicos: el materialismo jurídico, que pretende monopolizar el nuevo realismo, aunque se sitúe en el mismo lugar del positivismo, y ese otro realismo antipositivista que poco tiene que ver con el antiguo naturalismo de Ihering y de la jurisprudencia de intereses, sino que aparece como su superación, trayendo consigo un nuevo renacimiento del Derecho natural».

(5) P. BARCELONA: *La formación del jurista*, en BARCELONA-HART-MÜCKENBERGER: *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. de Carlos Lasarte, Madrid, 1977, pág. 51.

(6) Cfr. LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1972, página 160. También, FALZEA, Angelo: *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1979, págs. 217-218.

(7) HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la ciencia del Derecho, I (Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales)*, Madrid, 1971, pág. 70.

2. La pregunta sobre el ser del Derecho está cargada de cuestiones de hondísima resonancia cuya comprobabilidad, al parecer imposible, terminaría por remitir al campo personalísimo de las convicciones. La práctica del Derecho es, sin duda, más sencilla. Quizá sobre ella, rehuyendo vuelos filosóficos, sería más hacedera la reflexión sobre lo que el Derecho efectivamente es y supone en la vida social. Al fin y al cabo, se dirá con innegable apoyo en la fuerza de los hechos, toda cuestión sobre la esencia del Derecho queda un tanto desvaída ante el dato insoslayable de la fuerza coactiva de la norma estatal que lo impone. ¿No sería entonces preferible olvidar el problema de la esencia de lo jurídico para centrar la atención en el estudio de ese fenómeno social que es el Derecho?

No fue esta la actitud de Castro. Si el realismo siempre es bueno, el pragmatismo difícilmente deja de ser empobrecedor (8). Será, por ello, necesario «partir del principio para que el edificio se asiente con firmeza»; sólo la incursión en los terrenos de la Filosofía del Derecho permitirá asentar su base, de ella arrancará la fuerza de la inspiración creadora y la solidez del conjunto (9). Estamos, evidentemente, en las antípodas del pensamiento kelseniano (10), pero muy cerca, según creemos, de la clásica y venerable concepción de la jurisprudencia romana y en plena continuidad con nuestra mejor tradición jurídica: sin una visión general del mundo y de la existencia parece imposible una concepción precisa y completa sobre el Derecho (11).

(8) Pragmatismo ideológico y metodológico que no siempre admitirá su carácter de tal y que llegará a presentarse a sí mismo como la posición filosófica más extraña al pragmatismo y, a la vez, la más elevada, la más enérgica y la más pura. Así, en EISENMANN, CH.: *El jurista y el Derecho natural*, en BOBBIO, KELSEN y otros: *Crítica al Derecho natural*, Madrid, 1966, páginas 253 ss., esp., pág. 279.

(9) CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, pág. 9, nota 3: «Es posible no tratar cuestiones que tienen su *sedes materiae* en la Filosofía del Derecho; esperemos excusen esta *inmissio* sus profesionales; no sólo seguimos una *praescripta consuetudo* de los tratadistas del Derecho civil, sino que el carácter fundamental y de *ius commune* del Derecho Civil impone determinar claramente las ideas y los conceptos sobre los que se basa. Es necesario partir del principio para que el edificio se asiente con firmeza».

(10) KELSEN Hans: *Teoría pura del Derecho*, ed. Buenos Aires 1976, páginas, e. c., 15-16.

(11) La *iusti atque iniusti scientia* sólo es posible tras la *divinarum atque humanarum rerum notitia*: D. I, 1, 10. En cuanto a nuestra tradición jurídica, baste recordar a SUÁREZ en el Proemio al *De legibus ac de Deo legislatore*, Lugduni, 1613, pág. 2: «... atque eadem fere rationem in legibus ferendis tenuerunt imperatores, ut alii civilium legum conditores: nam philosophia tanquam fundamentum usi, ex illa leges civiles rationi consentaneas deduxerunt; unde Cicero in libro primo de Legib. hoc maxime efficere conatur, ut ex intimis philosophiae jurisprudentiam hauriendam esse confirmet, cui consonat illud Ulpiani in l. 1.º de iustit. et iur. veram philosophiam, non simulatam affectamus. Unde fit ut iuris civilis prudentia nihil aliud sit, quam quaedam philosophiae moralis ad regendos, ac gubernandos políticos rei publicae mores applicatio seu extensio». Por ello —concreta SUÁREZ— «Ideoque ut aliquam verae scientiae rationem participet, philosophiae coniugi, seu subalternari necesse est».

¿Qué es entonces el Derecho, entendido éste como conjunto normativo socialmente vigente y garantizado por la coactividad estatal? No dudará Castro en la respuesta: «El Derecho positivo puede ser definido como «la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural» (12). Su fin será «la realización de la Justicia en la organización humana» (13). La respuesta no puede ser más decidida y más clara: organización de la comunidad desde la idea de justicia y legitimada desde el Derecho natural. No hay confusión de planos; Derecho natural y Derecho positivo aparecen como realidades distintas, pero no inconexas: el Derecho positivo deriva su legitimidad de su conformidad con el Derecho natural. Por otra parte, y en fuerza de tal derivación, el Derecho positivo no agota su explicación en su mera normatividad organizadora: a su esencia pertenece la aspiración hacia (y la inspiración desde) la justicia.

Sin que podamos entrar ahora en el estudio detenido del iusnaturalismo de Castro, sí importa destacar qué supone propiamente en su concepción jurídica esa relación entre Derecho natural y Derecho positivo. La doctrina del Derecho natural —advierte Castro (14)— no supone sustituir ni subordinar las leyes del Estado a reglas utópicas, desconociendo las realidades sociales. Tampoco juega la función de una especie de *deus ex machina*, último recurso del jurista en situaciones difíciles: el Derecho natural no puede apresarse en fórmulas, como tampoco puede serlo la evidencia moral (15). Ni podrá tampoco utilizarse como elemento de justificación y consagración del *statu quo*, frente al empuje de concepciones críticas o renovadoras: el Derecho natural, inmutable, ciertamente, en sus primeros principios, impone al Derecho positivo la nota de la variabilidad en razón de la historicidad humana (16). La doctrina del Derecho natural supone, por el contrario, insertar el Derecho en la total armonía del ser (17) y, de esta forma, asentarle en su fundamento y orientarlo hacia su fin.

Es claro que una tal visión del Derecho positivo, en íntima conexión y armonía con el Derecho natural, es rica en consecuencias jurídicas. La prioridad de lo personal se conjuga con el servicio debido por el individuo a la comunidad (18); por otra

(12) CASTRO: *Derecho civil...*, cit., pág. 29.

(13) Id. ib.

(14) CASTRO: op. cit., pág. 34.

(15) Id., pág. 38.

(16) Id., pág. 35.

(17) Lo que hará CASTRO recogiendo la enseñanza de la escolástica más clásica sobre la relación entre Ley Eterna, Derecho natural y Derecho positivo. El Derecho natural —op. cit., pág. 24— será el «eslabón intermedio», o el «mecanismo necesario para la aplicación de la Ley Eterna en la vida social. La concreción posible y la delimitación de sus preceptos, unida a su mayor intensidad, como exigible socialmente, son los supuestos que permiten la *conversión* de los imperativos morales en directrices de las reglas coactivas del vivir social».

(18) CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., pág. 36: «El bien de la comunidad es superior al de cada individuo, que le deberá su propio sacrificio, como parte

parte, asignadas al Derecho positivo las condiciones objetivas de su existencia como auténtico Derecho, la autoridad de la ley resulta robustecida en sí misma (19), tanto frente al ciudadano ordinario en su condición de sometido a la misma, como frente al legislador (20): el poder legislativo no es un poder omnímodamente libre; donde hay exigencias intrínsecas de justicia es un poder vinculado. Sólo así entendido el Derecho positivo, como *mensura mensurata*, podrá sustraerse del capricho individual o de la fuerza del grupo (21). El Derecho natural será entonces la instancia crítica, objetiva y jurídica, del Derecho positivo. Sin necesidad de salir del campo del Derecho, y de acuerdo con la tan conocida expresión de Radbruch, será posible oponer a la ley injusta (*gesetzliches Unrecht*) la realidad de un Derecho supralegal y entitativamente justo (*übergesetzliches Recht*). La relación Derecho natural-Derecho positivo pone a éste en tensión continua hacia su perfección. Como tal elemento dinamizador del Derecho positivo, el Derecho natural deja de ser —la expresión es ahora de Carne-lutti— *l'idolo che non dobbiamo adorare*.

A la luz de lo anterior resulta claro que la norma jurídica positiva no se justifica formalmente por sí misma; exige la justificación intrínseca de su legitimidad. No basta, en otras palabras, que sea expresión de la *voluntas principis* o de la voluntad mayoritaria; necesita la justificación de su contenido (22). Es esta una

que es de ella, más sólo cuando se trate de bienes de igual calidad (*iusdem generis*); además, y sobre todo, sólo se puede hablar de bien común cuando se refiera —o al menos no se oponga— a los bienes espirituales superiores; lo que prácticamente supone que, si bien el individuo deberá arriesgar su vida y fortuna por la comunidad, ésta no puede exigirle que ponga en peligro su alma, y su mandato no puede lícitamente atentar contra la dignidad personal».

(19) Id., pág. 37: «La doctrina del Derecho natural dice que una norma puede considerarse justa, por el *fin*, cuando se ordena al bien común; por su *autor*, cuando no exceda de la potestad de quien la haga, y por la *forma*, cuando las cargas de los súbditos, en orden al bien común, se impongan en proporción igual».

(20) Id. pág. 39: «El Derecho natural es el único que puede dar una base a la obligación del príncipe respecto a la ley y en realidad fortalece frente al súbdito la autoridad de la ley».

(21) Id., pág., e. c., 12: «En cualquiera de los momentos de la historia en que se ha separado la idea de Derecho del Derecho Natural, ha sido inmediatamente puesta al servicio de doctrinas y partidos políticos. La política se degrada en partidismo y la naturaleza misma del Derecho se hace depender de los intereses y conveniencia del grupo. También, pág. 20: «Si el Derecho se basa en la consciencia individual se convierte en capricho o en pantalla hipócrita de aspiraciones partidistas; si se identifica con la realidad de una organización y con el poder de la fuerza, se le rebaja a transitorio e indiferente suceder social; el Derecho, de guía y maestro, se convierte en esclavo de los partidos... El derecho positivo, a diferencia del Derecho natural, es una realidad social y trata, de modo más o menos inmediato, de realizar un programa político, pero no es ni una cosa ni ambas tan solo; el concepto de Derecho está unido, de modo indisoluble, a la idea de Justicia...».

(22) Id.: Derecho Civil..., cit., págs. 33-34: «Si el Derecho fuese mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la

cuestión fundamental con la que el jurista habrá siempre de enfrentarse. Así lo destacará Castro, a propósito, e. c., de la nueva «*lex mercatoria*»: «Favor atribuido a la nueva *lex mercatoria* —dirá (23)— que aun después de haberse admitido lo dudoso de la legitimidad de sus prescripciones, llevará a que se haya concluido dada por salvada la dificultad, diciendo: "Pero esto, habría dicho Kipling, es otra historia". A Kipling —responde Castro—, como literato, le está permitido hacer esta pirueta al terminar así algunos de sus cuentos, lo que no es lo mismo para el hombre de Derecho; para él la legitimidad de los resultados de una figura jurídica no constituye otra historia, es la cuestión fundamental e ineludible con la que tiene que enfrentarse».

De ahí que entre los requisitos de la norma jurídica haya de incluirse el de su *ratio*, o valor intrínseco (24); de ahí, también, que la norma derive su obligatoriedad de su propio contenido y no, simplemente, de la mera coactividad (25). Es por aquí por donde aparece la vertiente sombría de la costumbre: «la costumbre puede ser peligrosa —y lo ha sido— como última defensa de malos hábitos, de usos amparados en modas inmorales, defendidos e impuestos por los más fuertes como lazos de opresión de los socialmente más débiles, contrarios a la Justicia» (26). Ha de considerarse extraviada y condenable la norma contraria al Derecho natural (27).

asociación de bandidos... Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo... Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar: ¿por qué llamar a eso Derecho, por qué no denominarle con sinceridad, arbitrio o fuerza?... El Derecho humano necesita una justificación. Debe evitarse, ante todo, la confusión que se ha procurado crear, entre *legitimidad* y *legalidad*; pues mientras ésta se reduce a comprobar la conformidad formal de una regla con otras normas positivas anteriores de superior jerarquía, aquélla se refiere a la justificación esencial de su contenido... Existe una tabla de valores inmutables, su conformidad o proximidad a ellos legitima al Derecho humano; si de ellos se aparta, si los contradice, quedará sólo una regla con pretensiones de justicia, pero que ya no merece este calificativo, que no es ya Derecho, que sólo será arbitrariedad y violencia, si se intenta imponer su cumplimiento».

(23) CASTRO: *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*, ADC 1979, IV, págs. 619 ss. El texto que se cita se encuentra en la pág. 660, texto y nota 149.

(24) CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., pág. 48: «Los caracteres por los que se distingue la norma positiva son: ... *Ratio*; o valor intrínseco de la regla por su contenido moral, político o técnico. Determinado jurídicamente por su finalidad (bien común) y legitimidad (conexión con el Derecho natural)». Vid también, pág. 492.

(25) *Ib.* pág. 52.

(26) *Ib.* pág. 735. Por ello —cfr. pág. 380— la norma consuetudinaria «sólo tendrá el alcance y la extensión que sea compatible con los principios generales, morales, políticos y sociales que inspiran la organización de la nación».

(27) *Ib.* pág. 422: «El Derecho natural es el luminar que orienta los progresos y retrocesos del Derecho positivo; el legislador, conforme a las variadas circunstancias, habrá de trazar y construir su propio camino con desviaciones e inexactitudes, a través de toda clase de peligros y dificultades; muchos pueden ser los caminos, mejores o peores, más o menos rectos, que hacia él se dirigen; pero sólo se podrá considerar extraviado y con-

Poco hay que seguir en la dirección apuntada para subrayar la esencial dimensión ética del Derecho y para encarar y resolver certeramente el tan debatido problema de la relación entre Moral y Derecho. Es evidente que si la norma jurídica debe justificarse por su contenido justo, el Derecho gravita en torno a una de las virtudes morales fundamentales. La justicia da razón de la zona tangencial —sin confusión— entre Moral y Derecho (28). Una y otro constituyen realidades distintas, pero no inconexas (29). La Moral, en efecto, aspira directamente al ideal ético, valorado en sí mismo como condición de plenificación humana personal; trata, por ello, de ordenar desde él *todo* el comportamiento humano, al propio tiempo que adopta como criterio supremo el *bonum* en su integridad, y confía la eficacia de su mandato al campo sagrado e incoercible de la conciencia individual. Mucho más limitado y circunscrito es el campo del Derecho: llamado a hacer posible la ordenada y pacífica convivencia social, adoptará como sumo criterio rector esa particularización del bien que es el *iustum*, para, desde él, orientar (solo) el comportamiento humano intersubjetivo que, más o menos directamente, afecta o puede repercutir en la paz y el orden necesarios en la convivencia social. Brotan de aquí las tres diferencias fundamentales, tan exactamente señaladas por Castro, entre Moral y Derecho: mientras todo comportamiento humano es susceptible de enjuiciamiento moral, el Derecho sólo se ocupa de la actuación *ad alterum* que afecta al orden de la convivencia; mientras la Moral aspira al *bonum*, al Derecho le es suficiente exigir el *iustum*; mientras que la Moral tiene que confiar a la libertad personal su propia eficacia, el Derecho se ve necesitado a imponer coactivamente su observancia.

denable el que no tenga en cuenta o vaya en dirección contraria al Derecho natural».

(28) La distinción entre Moral y Derecho, destacada, o más bien convertida en problema, fundamentalmente desde Thomasius y Kant, es hoy unánimemente admitida y a veces incluso llevada a extremos excesivos; hasta el punto de que no faltan hoy quienes —como CORST GRAU: *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1959, pág. 240, o RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Derecho y Ética*, Madrid, 1977, pág. 32— apunten la conveniencia de «hacer más hincapié en la unidad que en las diferencias». El tratamiento doctrinal del tema ha sido fecundo, en ocasiones, agudo y certero, llegando hoy a pensarse —RECASENS SICHES, Luis: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1978, 6.ª ed., pág. 172— que el tema «después de inmensas peripecias, llega hoy a un grado de satisfactoria madurez».

(29) CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., pág. 21: «Para conocer lo que sea Derecho es preciso saber la relación en que están Derecho y Moral. A este respecto es necesario apartar las dos concepciones erróneas, de contrario signo e igual gravedad: separar a la Moral del Derecho, como distintos en su esencia; confundir a la Moral y al Derecho, comprendiendo a la Moral en el Derecho»; o págs. 680-681: «Esta distinción entre las esferas normativas no significa su incomunicación ni la existencia entre ellas de una separación radical... De lo dicho se deduce que deben ser rechazadas por igualmente inexactas la afirmación del absolutismo, que atribuía a los legisladores el poder de legislar sobre religión y sobre moral, y la idea del positivismo jurídico, que afirma la indiferencia del Derecho hacia toda cuestión religiosa y moral, como materia extrajurídicas».

Limitación, pues, en el objeto, reducción en el criterio rector, y distinto modo de eficacia son las notas fundamentales diferenciadoras de la Moral y el Derecho (30) que, instancias normativas distintas de la actuación humana, no son, según decíamos, realidades inconexas: el Derecho, que no puede dejar de atender a la significación ética de las conductas jurídicamente relevantes, resulta limitado por la Moral, y al mismo tiempo, encuentra reforzado en la Moral el deber de su observancia y el fundamento de su exigibilidad (31).

La conexión entre Moral y Derecho, idea fuerza en la mejor tradición jurídica española (32), permitirá a Castro entender el ordenamiento jurídico como la integración de la ley positiva en el mundo más amplio de los valores éticos y de justicia: desde éstos, y en función de los mismos, ha de interpretarse la ley (33), y no

(30) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 24. Recientemente DE LOS MOZOS: *Derecho Civil español, I. Parte General*, Salamanca, 1977, pág. 35, ha propuesto una matización a la exposición de CASTRO: «... poniendo un contrapunto a esta autorizada opinión, tendríamos que añadir que, en relación con el segundo de los extremos indicados, el ordenamiento jurídico acoge en su integración normas o principios derivados de la *fides*, la *aequitas*, la *pietas* o la *amicitia*, que aunque pueden reconducirse a su significado jurídico, dependen más de sentimientos morales que de cualquier otra cosa». Sin negar lo indicado por DE LOS MOZOS, creemos que la exposición de CASTRO sigue inalterada como formulación certera y precisa. La *aequitas*, o la *fides*, o la *pietas*, no hacen sino matizar o modalizar deberes impuestos por exigencias del *iustum*.

(31) CASTRO: op. cit., págs. 24-25: «La relación entre el Derecho positivo y la Moral se hace por medio del Derecho Natural. El Derecho natural mide con criterio de justicia a las normas positivas, les impone límites, marca direcciones y las puede completar. No puede merecer nombre de Derecho una regla que pretenda imponer una conducta injusta o inmoral. La perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad. También la norma de Derecho positivo tiene influjo —aunque sea reflejo— en el orden moral. Cuando por la legitimación de su origen y contenido (medidos por el Derecho natural) merece la consideración de norma jurídica, entra en el orden moral y nace, respecto de ella, un especial deber: el de respetarla, obedecerla y colaborar a su realización. De otro modo se manifiesta todavía la relación entre Derecho positivo y Moral. Las disposiciones jurídicas, en medida y forma distintas según los ordenamientos, se apropian criterios de la Moral (*causa obligandi* en las obligaciones morales), o repudian o sancionan lo que a la Moral repugna (*causa ilícita*, abuso del Derecho). Son remisiones, más o menos amplias, a la norma moral que —de este modo y con ese limitado alcance— tendrá valor de norma jurídica positiva».

(32) CASTRO: op. cit., pág. 444: «... contraste radical con estos aparatos sistemáticos, las más de las veces vacíos de todo contenido, ofrece la escuela jurídica española. No preocupa el orden de las materias, sino la justicia de su contenido; ni la perfección del sistema, sino la exactitud de los principios. La autoridad del Derecho no hay que basarla en medios artificiales; tiene su fundamento inmovible en la teología moral y en el Derecho nacional».

(33) CASTRO: *Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC 1982, pág. 1037: «Las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral tienen una importancia central en los ordenamientos jurídicos; sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positividad al mencionarse en la ley. El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la

sólo en ese campo —Derecho de familia— donde la proximidad Derecho - Ética se ha venido destacando pacíficamente *ratione materiae*, sino también, e importa subrayarlo, en ese otro mundo del Derecho patrimonial, a veces pretendidamente más neutro, pero donde la proclamada prioridad de lo personal puede quedar en pura declaración vacía de no inspirarse muy directamente desde la ética personalista (34).

Quedaría muy incompleta esta sucinta referencia al tema de la dimensión ética del Derecho si, sobre el dato de su fundamentación objetiva, no dedicáramos unas líneas a resaltar su repercusión en el talante personal del jurista. Contra lo que muy superficialmente pudiera pensarse, el reconocimiento de la vinculación de la norma jurídica a la Moral no va a suponer una forma sutil de sometimiento del jurista. Por el contrario, la profesión ética necesariamente ha de representar un eficaz resorte emancipador. Del mismo modo que la Verdad hace libre, la visión ética del Derecho es medio de liberación respecto de toda posible ley injusta: el jurista, como servidor de la justicia y no mero legalista, logrará así su independencia respecto al gobernante (35). A la luz del verdadero concepto del Derecho no tiene el jurista el deber de sacrificar su propia alma en el altar de la mala ley. Al contrario —dice Castro (36)—, su vida será de lucha por la mejor organización de la comunidad. Si la profesión del Derecho fuese esclavitud hacia las reglas frías de un Estado en que la Moral y la Justicia han de callar, sólo tristeza y compasión merecerían sus cultivadores. La justicia, con el conjunto de sus exigencias éticas, será el único absoluto del jurista; frente a ella lo demás es relativo, inclu-

letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho, negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia».

(34) CASTRO: e.c., *Derecho Civil...*, cit., págs. 122-123: «El Derecho de la persona, de la familia y de los bienes y su tráfico deben estar íntimamente unidos, si no en la misma ley —cosa secundaria— bajo los mismos principios; no hay que aislar al Derecho de la persona y el de la familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en los principios del predominio del valor personal, respeto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico, supremacía de la relación causal y de la buena fe, sobre las exigencias de la seguridad mercantil». Vid. también, *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 1039, en crítica al positivismo legalista: «Los criterios de las buenas costumbres, del orden público y de la moral, como limitaciones de la autonomía de la voluntad, se utilizarán de modo que no se toque a la esfera de aquellos intereses económicos, considerando ilícitos o con causa ilícita sólo ciertos contratos, los que se refieren a la familia o a las relaciones sexuales extramatrimoniales».

(35) CASTRO: *Derecho Civil*, cit., pág. 159, nota 1: «El contacto del Derecho con la Teología Moral, en el período clásico, marca nuestra jurisprudencia con estas notas: 1.º inclusión del Derecho en el orden moral (oposición al legalismo); 2.º dependencia del legislador respecto al Derecho (repudiación del absolutismo); 3.º independencia del jurista del gobernante (como servidor de la justicia y no mero legalista)».

(36) CASTRO: op. cit., págs. 489-490.

so la ley —también la norma constitucional—, que, llamada a vehicular los imperativos de justicia, queda frustrada en su razón de ser cuando se orienta en dirección distinta: ni la fuerza de los poderosos ni el apoyo de la mayoría podrán justificarla al margen de la justicia (37).

Pero, como toda auténtica libertad, también la que al jurista proporciona su talante de servidor incondicional de la justicia será una libertad comprometedora; no simple y estéril *libertad de*, sino auténtica y funcional *libertad para*. Libertad que impide cualquier forma de cómoda neutralidad, bajo la que siempre se esconde al menos una actitud de connivencia con el *statu quo* (38), y que no sólo no desdeña, sino que asume como imprescindible la implicación política, entendida ésta en su más noble sentido: no como equivalente a partidismo («lo mismo que política no es partidismo —dice Castro— el apoliticismo es un subtipo de la política liberal»), sino como «política de respeto al Derecho, que está por encima del poder y sus apetencias, que supone una idea de la vida, la que entiende que sólo es Derecho el mandato justificado por el Derecho natural, antepone el bien común a los privilegios egoístas, impone la aplicación justa de las normas y dice que se ha de enseñar el puesto subordinado que las leyes estatales tienen en el orden moral» (39).

3. No pasa Federico de Castro por ser uno de los más señalados tratadistas en relación con la cuestión del método. No obs-

(37) Cfr. *Derecho Civil...*, cit., pág. 357: «La doctrina normativista ha intentado caracterizar la ley con arreglo a su puesto en la escala de las normas... En el mundo real del Derecho las cosas no son tan simples como para que se puedan reducir a las fórmulas *more geométrico* de la escuela kelseniana. Es cierta la dependencia lógica de la ley al requisito de su legitimidad, pero ésta no se reduce a la mera primacía lógica, ni al truismo de que lo legitimado se basa en lo legitimamente; significa poder legítimo del legislador y contenido legítimo de la norma legislativa. Las *normae constituendi* y las *normae agendi* no están separadas por un invadable foso lógico..., no se puede olvidar que la legitimidad del poder está condicionada tanto por el origen como por el ejercicio que del poder se haga; unas y otras normas están sometidas del mismo modo al devenir histórico y a su justificación ante la Justicia y la nación». Vid. también págs. 29-35 sobre la imposibilidad de sustituir (concepción normativista) por la Constitución la función fundamentadora del Derecho natural.

(38) Cfr., e.c., *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 10, nota 2: «La neutralidad del jurista que postulan ciertos profesionales del Derecho, significa la inercia y, con ello, al menos, la colaboración pasiva, la complicidad con las concepciones falsas del Derecho y con ordenamientos antijurídicos», o *ib.*, pág. 19, acerca de la asepsia de la concepción kelseniana: «... examinada de cerca en su fundamento y consecuencias, se descubre que es —empleando el lenguaje de su escuela— *crypto-política*, su aparente pureza encubre la más eficaz defensa de las aspiraciones neoliberales, poniendo al servicio de las teorías libero-democráticas a la abstracción y vacuidad formalista del Derecho, dando un valor carismático a la legalidad constitucional». También en *El Negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 15: «El neutralismo jurídico formal del normativismo sirve la 'mercantilización' del Derecho privado y los intereses del 'gran capitalismo'».

(39) CASTRO: *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 44.

tante, entendemos que pocos como él han atinado en dicha materia. Su postura inicial en el tema es, si no de desconfianza, sí al menos de preocupación: la cuestión del método es una cuestión hinchada; la literatura que se le ha dedicado merece por su volumen el viejo calificativo de *onus camelorum*. Pero no es éste el mayor de sus inconvenientes; lo peor es que en la inflación metodológica cabe apreciar un síntoma de decadencia de la ciencia jurídica. Colocada en primer término la cuestión metodológica, queda arrumbada y en la sombra la fundamental y decisiva: la de la naturaleza y fin del Derecho. Este es el autorizado diagnóstico de Castro (40), al que hay que reconocer, al menos, que, de hecho y en la mayoría de las ocasiones, las distintas propuestas metodológicas han venido a suponer otras tantas posibilidades de desnaturalización del verdadero quehacer jurídico.

En efecto, valor, realidad y dato normativo son integrantes esenciales del Derecho y, por tanto, elementos inescindibles y necesarios para una adecuada metodología jurídica. Pues bien, va a ser precisamente la ruptura de esa armoniosa simbiosis de lo valorativo y de lo real, orientada desde la idea de la justicia y operando sobre la concreción normativa del Derecho, lo que va a dar lugar a la sucesiva polarización de éste en alguno de sus elementos parciales, y a la consiguiente problematización de la cuestión del método. La idea es cara a Pietro Barcellona, quien la viene haciendo objeto de exposición repetida e invariable. Se trata de lo que él llama la «ideología de la separación»: separación, en efecto, entre legalidad y ética social, que históricamente puede atribuirse a Kant, separación entre política y economía, que históricamente puede atribuirse a Adam Smith, y, finalmente, separación entre Estado y sociedad civil, que cabe atribuir a la escuela histórica de F. Savigny (41). Tras las indicadas separaciones —con ellas, tras la desintegración de la esencial unidad de lo jurídico— va a ser posible una concepción del Derecho, abstracción hecha de lo valorativo o de la realidad en que la norma proyecta su normatividad y en la que capta el conflicto de intereses y el criterio justo de su solución. La idea trascendente de la Justicia pierde significado y el Derecho se concreta en torno al puro dato normativo. Queda abierta la vía al formalismo jurídico y a las corrientes metodológicas que de él derivan en movimiento de reacción.

Desde los resultados de las ideologías de la separación se clama hoy por la vuelta a una visión de la totalidad, en la que en torno al Derecho se integren armónicamente lo normativo, lo fáctico o real y lo valorativo (42). Pero una tal concepción unitaria e inte-

(40) *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 441.

(41) Cfr. BARCELLONA: *Diritto privato e processo economico*, 2.^a ed. Napoli, 1977, págs. 339-342. También BARCELLONA-HART-MÜCKENBERGER: *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, cit., páginas 42-45, o BARCELLONA-COTTURRI: *El Estado y los juristas*, Barcelona, 1976, páginas 77-80.

(42) Además del testimonio de BARRCELLONA en los lugares antes citados,

gradadora del Derecho sólo es posible desde la amplitud de la visión iusnaturalista. Al fin y al cabo, las sucesivas polarizaciones del Derecho, separadamente y en torno a sus distintos integrantes, sólo comenzará a producirse desde que la consideración positivista de éste creyó poder prescindir de las raíces filosóficas de lo jurídico. En realidad la cuestión del método termina por resolverse en la fundamental alternativa entre iusnaturalismo, como concepción de lo jurídico integrada en una visión omnicomprendensiva de la realidad, y positivismo, como consideración del Derecho circunscrita a datos empíricos y comprobables, sean éstos de carácter normativo, sean de orden fáctico o social. O, en pos de la concreción del imperativo de justicia, se recurre a la interpretación de la realidad como presupuesto de valoración justa, o, ateniéndose a planteamientos empíricos, se reduce el Derecho a alguna de las facetas de su manifestación positivamente comprobable.

Y, efectivamente, éste será el punto de partida metodológico para Federico de Castro: la del método es esencialmente una cuestión subordinada. Porque el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*), también la metodología jurídica será derivación del propio ser del Derecho: «La importancia del método es incuestionable —dirá Castro— pero no constituye un problema independiente, sino subordinado» (43). Su visión esencialista del Derecho le llevará al rechazo de todo formalismo y a la adopción de un criterio realista, inspirado desde lo valorativo centrado en la justicia. He aquí cómo, sin reduccionismo ni polarizaciones deformantes, se mantiene la originaria integridad de lo jurídico. La metodología jurídica resulta del ser del Derecho; no se hace violencia a éste desde la excedida y parcial acentuación metodológica.

Así, ha de señalarse —dice Castro (44)— que el mismo Derecho natural (según su concepción genuina) condena un método que no atiende a la variabilidad de las circunstancias y que pretende encadenar la justicia a meros juegos formales. Imposible indicar con mayor acierto la trascendencia metodológica del iusnaturalismo y

puede verse, e. c., el de RECASENS: op. cit., págs. 160-163, o el de LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1972, pág. 145.

(43) *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 441. Ya en el prólogo a la primera edición del mismo *Derecho Civil...*, I —pág. 7 de la segunda ed. que se viene citando— explicaba Castro su *modus procedendi* del siguiente modo: «... se aprovechan las aportaciones de la ciencia jurídica moderna y se conserva su nomenclatura, pero se hace que la técnica jurídica vuelva a su función subordinada e instrumental, se da al Derecho y a su ciencia un seguro fundamento y se afirma sobre claros principios. Liberadas de la esclavitud impuesta por el positivismo legalista, las disposiciones legales se animan en base a los principios generales del Derecho y recobran su sustancia moral, tradicional y política, mientras que la labor de los juristas, de malabaristas vergonzantes de artículos, se eleva a la de colaboradores en la realización de la justicia y de los fines nacionales». Una aplicación de la repercusión de la distinta visión del Derecho en el tratamiento de un problema jurídico particular puede verse, e. c., en *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 453-455, a propósito del negocio indirecto.

(44) *Derecho Civil...*, I, pág. 644.

el por qué de la insuficiencia del formalismo. «Kelsen y su escuela —dirá en otro lugar (45)— se precian de su lógica; pero, a pesar de ello su mayor falla es lógica, al identificar la esencia del objeto con una de sus características. La esencia del Derecho no puede encontrarse en uno solo de sus caracteres, aunque se tratase del más peculiar (la relación normativa), sino en su totalidad, en la hondura de sus fines, aunque con ello haya de acoger cualidades o contenidos que le son comunes con otras materias (moral, sociología, política)». De hecho —comprobará Castro (46)— el neutralismo jurídico formal del normativismo ha servido a la mercantilización del Derecho y a los intereses del gran capitalismo. ¿Cómo va a ser, entonces, posible mutilar al Derecho estrechándolo en los solos límites de su visión formalista?

Muy por el contrario, atenderá siempre Castro, y muy de cerca, a la realidad sobre la que el Derecho proyecta su eficacia. El realismo es condición de la que no puede prescindir la labor jurídica. Véanse como muestra las siguientes líneas a propósito de la función del Derecho agrario: «Fundamentalmente se busca resolver una grave cuestión de justicia social y de política legislativa; mas para conseguirlo es preciso romper la presión asfixiante de la concepción abstracta del Derecho, puesta y dispuesta al servicio de los económicamente privilegiados. Así mostrará, *in concreto*, las disponibilidades de una concepción jurídica realista: justa y ajustada a la naturaleza de cada realidad. Ejemplo que puede ser fecundo para todo el Derecho. Como en el mito de Anteo, sucede que, al tomar tierra, el Derecho cobrará nueva vida» (47). Y nueva vida cobra, efectivamente, al cálido contacto de la realidad social el tratamiento de toda cuestión jurídica. No otro fue el propósito y la directriz metodológica que guió a Castro en su magistral tratado sobre el negocio jurídico. «De ahí —dirá en el Prólogo (48)— la preocupación de basar los estudios contenidos en este libro sobre datos tomados de la práctica jurídica. A tal efecto, y en especial, se han recogido y examinado varios centenares de sentencias del Tribunal Supremo. Se han estudiado los casos presentados en sus resultandos y se han valorado los dichos de sus considerandos en función a lo decidido en los fallos. Estudio crítico de la doctrina jurisprudencial, con el que se ha pensado sería posible conseguir mejor conocimiento del significado real del sistema jurídico español sobre el negocio jurídico». ¿Extrañará entonces, e. c., que en la valoración de las teorías voluntaristas y declaracionistas se hagan observaciones como la de que «la teoría declaracionista deja abierta la posibilidad de que el cuchillo corte por los dos lados, a costa siempre de la parte más débil» (49)? El mismo será

(45) Op. cit., pág. 18.

(46) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 15.

(47) CASTRO: *El Derecho Agrario de España. Notas para su estudio*, ADC 1954, pág. 391.

(48) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 5.

(49) *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 62-63.

el criterio al abordar en otro trabajo el espinoso tema de la cláusula compromisoria: «Estas ligeras referencias creo podrán bastar —dice Castro (50)— para que se advierta que para la debida valoración jurídica de la cláusula compromisoria resulta inevitable tener en cuenta el ambiente social en que ha surgido y al que debe su actual auge. Por ello ha parecido necesario tratar de lo que ha significado y significa, todavía hoy, el movimiento de la "nueva *lex mercatoria*" y también el de la autonomía de la voluntad, como su fundamentación dogmática. Lo que es preciso hacerlo teniendo además presente otra poderosa corriente, y de signo contrario, la de la protección de los consumidores».

Ahora bien, el mismo presupuesto iusnaturalista que inmuniza al jurista de toda desviación formalista, imponiéndole la atención a la realidad (*natura rerum*), es el que le librará del naufragio en el movido mundo de los hechos sociales. El Derecho no se adentra en la realidad social para perder la rectoría de los hechos; mantendrá su función ordenadora de los comportamientos sociales desde la guía de los valores jurídicos. «Los juristas —dirá Castro (51)— no pueden quedar satisfechos con dar cuenta de los hechos sociales; sienten la necesidad de contrastar su valor jurídico, su licitud y eficacia general». El Derecho tiene sus propios criterios de valoración y, de acuerdo con ellos, función del jurista que, contra lo que se ha dicho, no es un servidor de la economía (52), será «preparar y facilitar el clima social propicio para que la preponderancia de las valoraciones económicas sea sustituida por la de los valores morales y humanos (53). Entre ellos, y en el campo del Derecho, prima, evidentemente, el valor justicia. El objeto de la ciencia jurídica es la justicia, esencia real cuya característica más importante es la de llevar consigo, de modo inmanente, una tendencia inexorable a su realización (54). Por ello la idea de la justicia será «el criterio organizador y decisorio en toda la realidad jurídica; incluso en el último y mínimo detalle, la idea de Justicia será la que justifique o excluya y la que dirá el por qué de

(50) *El arbitraje y la nueva "lex mercatoria"*, ADC 1979, pág. 660.

(51) *El arbitraje...*, cit., pág. 678.

(52) CASTRO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, págs. 22-23, texto y nota 30: «Nadie ha negado la importancia social de las necesidades e intereses económicos, ni su influjo, a veces decisivo, para la relación jurídica. Otra cosa es valorar la economía como el motor preponderante o único del Derecho, sobre lo que muchos discrepamos». Y en nota 30: «... se ha dicho: el jurista es un servidor de la economía... No habrá que decir que esta dirección es rechazada por quienes entienden que el Derecho tiene sus propios criterios de valoración (Derecho Natural, Justicia)...».

(53) CASTRO: *La persona jurídica*, Madrid, 1981, pág. 49, nota 16. Ya antes, en *Derecho Civil...*, I, pág. 297, había indicado CASTRO como tarea frente a Europa de la doctrina jurídica española, la de «ante la crisis de la ciencia jurídica europea, de su materialismo, positivismo y abstracción, levantar la ejemplaridad de un Derecho basado en la supremacía de los valores morales».

(54) *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 61.

la decisión» (55). A su vez, la ciencia del Derecho, en razón de su carácter de ciencia aplicada, se ve colocada «en la delicada situación de mediadora entre la idea de Justicia y la realidad jurídica, siendo el medio de conocer y contribuir al desarrollo de aquélla en su eficacia conformadora de la vida social; por esto, los principios de justicia son para ella tan esenciales —sino más— en su tarea de confeccionar leyes e interpretarlas, como el conocimiento de las mismas leyes para aplicarlas (56)». Con razón puede, pues, decirse que «sólo habrá verdadera ciencia jurídica cuando se admita que ha de estar y esté guiada por la idea eterna de Justicia» (57), y que el civilista (más ampliamente, el jurista), «educado en el comentario de leyes y sentencias, tiene todavía... otra más alta tarea, la de buscar y luchar por una más justa ordenación jurídica» (58). Por ello, en su labor de intérprete de la ley, habrá de orientarse siempre hacia el sentido más justo de la misma (59). Incluso cuando la norma parece imponer una solución injusta «a la doctrina se le exige, como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia (60). En definitiva, pues, que en virtud del presupuesto iusnaturalista, el jurista ha de atender a la realidad para captar en ella y proyectar sobre la misma las exigencias de la justicia (el *natura iustum*).

Y en razón de cuanto precede, una constatación: que la peculiar ciencia del Derecho, al mismo tiempo que aparece como una ciencia inspirada, en tanto que basada en los resultados de la Filosofía del Derecho y en los postulados del Derecho natural (61), se nos muestra como ciencia particularmente práctica, carácter éste que deriva de su propio objeto: la justicia, «esencia real cuya característica más importante es la de llevar consigo, de modo inmanente, una tendencia inexorable a su realización (62). Su finalidad es «la eficacia real, colaborar, de acuerdo con su objeto —teórica y prácticamente— en la realización del Derecho (63). Por ello en la ciencia del Derecho positivo, como ciencia práctica, los aspectos teórico y técnico van inseparablemente unidos: la actuación está determinada por el sentido del precepto, y el sentido de éste se busca sólo como base de la actuación (64).

(55) *Ib.*, pág. 63.

(56) *Ib.*, pág. 65.

(57) *Ib.*, pág. 513.

(58) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 992.

(59) CASTRO: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley*, ADC 1977, pág. 816: «El jurista al interpretar tiene la condición de servidor de la ley, en cuanto a ello le obliga su "oficio" de servidor del Derecho; lo que le impone el deber de buscar el sentido más justo de la ley como ordenadora social, y ello con la máxima imparcialidad y objetividad».

(60) *Las condiciones generales...*, cit., pág. 56.

(61) *Derecho Civil...*, I, pág. 65.

(62) *Ib.*, pág. 61.

(63) *Ib.*, pág. 65.

(64) *Ib.*, pág. 64.

No obsta lo anterior al juego de la lógica conceptual y sistemática en el Derecho. Es evidente —indica Castro (65)— que el conocimiento del Derecho, en cuanto pretenda ser científico, habrá de utilizar conceptos depurados y sistematizados, de modo que se pueda lograr con ellos una visión, lo más exacta y clara del ordenamiento jurídico. Pero el conceptualismo tiene claramente sus peligros: el uso arbitrario de los conceptos, el no contrastar las construcciones elaboradas con los casos que ofrece la realidad de la práctica y el olvido o descuido de la finalidad de las normas a aplicar. Por ello, no siendo la ciencia jurídica una ciencia especulativa, sino propia de la razón práctica, habrá de atender a la aplicación práctica de las normas, considerando la realidad social en su conjunto y en cada caso individual y concreto. Para que dicha ciencia merezca con razón el calificativo de jurídica, habrá de aspirar constantemente hacia un orden social y unas soluciones concretas, las más justas y adecuadas a la naturaleza de las cosas. La pura etiquetación conceptual no puede acarrear efectos sin apoyo en la ley o en los principios generales (66). Es que en Derecho la adecuación justa está por encima del criterio de la adecuación lógica (67). Y de ahí el lugar de preferencia que en la elaboración jurídica ha de reconocerse al *buen sentido*: el sentido, tantas veces intuitivo, de lo justo, que debe estar siempre por encima de las preocupaciones dogmáticas (68). La pretendida pureza sistemática y la consiguiente mecanización del Derecho terminan por producir el desequilibrio del sistema en favor de los artificios técnicos y a costa del buen sentido; lo que habrá de repugnar a los juristas más sensibles a la realidad jurídica (69). Frente a los resultados, e. c., de la teoría del doble efecto en la explicación del negocio fiduciario brota irresistible —dice Castro (70)— la pregunta: ¿cómo el Derecho ampara situaciones condenadas por el natural o espon-

(65) *El negocio jurídico sobre cosa futura. Su construcción dogmática* (Nota crítica), ADC 1976, págs. 1155-1156.

(66) *El Negocio Jurídico*, cit., pág., e. e., 395: «Observó Windscheid, respecto al negocio jurídico, que nada impide a un autor que le ponga el nombre que quiera a unos hechos de los que se sigan unos determinados efectos jurídicos y que sólo para ellos reserve tal denominación. No habría inconveniente en que Regelsberger y sus seguidores hubiesen registrado el nombre de negocio fiduciario para los casos en que se diera el doble efecto. Lo que ya no parece cometido de los autores es el afirmar que la venta en garantía y el endoso para cobro, por ejemplo, originan el dicho doble efecto por ser *negocios fiduciarios*, sin base alguna en las leyes ni en los principios generales».

(67) *Derecho Civil...*, I, pág. 63.

(68) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. e. c., 416, a propósito del negocio fiduciario: «La regulación establecida sobre estos casos de *fiducia cum amico*, dada ciertamente sin preocupaciones dogmáticas, pero con buen sentido de lo intrínsecamente justo y con adecuado criterio práctico, puede considerarse expresión del criterio legislativo y servir de guía para la solución de casos semejantes...».

(69) *Ib.*, pág. 322, a propósito ahora de la resistencia a la admisión de la *Voraussetzung*.

(70) *Ib.*, pág. 383.

táneo sentimiento de justicia? He aquí la prioridad de la intuición de la justicia sobre los efectos deformantes de una lógica conceptual desbordada. Es la reacción del auténtico jurista.

No quisiéramos terminar esta referencia a la metodología de Castro sin antes destacar, como último punto, la perfecta continuidad existente entre su interpretación del Derecho, su concepción metodológica y su producción jurídica. No vamos, evidentemente, a hacer la relación de sus publicaciones; tampoco tendremos que destacar su inspiración y contenido. Nos proponemos simplemente subrayar la perfecta coherencia entre concepción jurídica, metodología y producción científica. Ni el iusnaturalismo de Castro es mero, e inútil aunque solemne, aparato de recubrimiento, ni su metodología, erudición sobre el método, desligada de su quehacer jurídico, ni, finalmente, éste, atenido a datos inmediatos, normativos o sociales, se desliga de las más hondas raíces de su concepción filosófico-jurídica. He aquí, nos parece, otro dato de interés en el brillante magisterio de Federico de Castro: la continuidad y armonía que va desde lo más hondo de sus convicciones jurídicas hasta lo más externo de la problemática abordada, pasando, según hemos indicado, por el método de su tratamiento.

Comencemos por el tratamiento jurídico de la persona. El que sigue puede entenderse como un texto programático: «El valor de la persona es postulado de toda concepción humanista y su defensa está en el centro mismo de la idea cristiana de la vida; el Derecho civil no es concebible sin un *minimum* de independencia personal, y los juristas, como custodios del Derecho, tienen un deber vital en su guarda. Por eso, en estos momentos de tan azarosas posibilidades, no es lícita ninguna abstención; la ciencia del Derecho, en especial la civilista y muy especialmente la ciencia jurídica española, tienen como una de sus tareas más propia y exigente la de acentuar de modo eficaz el significado básico, general y decisivo que para toda organización jurídica tiene la adecuada consideración jurídica de la persona» (71). En razón de esta acentuación del valor persona propugna Castro el mantenimiento de la Parte General en la distribución de materias del Derecho civil. Ciertamente dicha Parte General ha sido criticada, en censura justificada contra el exceso de abstracción y el alejamiento de las realidades sociales que a ella había llevado la concepción individualista, pero estos malos resultados no se evitan disgregando el contenido de la Parte General —dirá Castro—, sino cambiando la orientación general del Derecho. En concreto, el mantenimiento de la Parte General permitirá mantener en su propia sede el tratamiento jurídico de la persona, sin disolverla ni en su condición de miembro de la familia, ni en su papel de sujeto del contrato y de la actividad económica (72). Lo que tampoco podrá traducirse en su aislamiento esterilizante: «El Derecho de la persona, de la

(71) *Derecho Civil de España*, II, Madrid, 1952, pág. 13.

(72) *Derecho Civil...*, I, cit., págs. 132-135.

familia y de los bienes y su tráfico deben estar íntimamente unidos..., no hay que aislar el Derecho de la persona y el Derecho de familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en los principios del predominio del valor personal» (73).

Igualmente el realismo iusnaturalista impedirá a Castro toda posibilidad de unificación formalista de un concepto de persona igualmente válido para la persona física (la única persona en sentido propio) y la persona jurídica. La persona y su mismo concepto —dice— no son creación del Derecho, existen fuera de él; no es una abstracción; no es lo «jurídico» a lo que se atribuye o se puede atribuir «algo» jurídico: es una realidad social que exige —conforme al Derecho natural— una regulación jurídica. La palabra persona alude especialmente, de entre las distintas cualidades del hombre, a su dignidad de ser racional y, por tanto, a la especial consideración y respeto que —como tal— impone el Derecho natural en su beneficio y a costa de su responsabilidad. En sentido propio, por tanto, sólo del hombre puede decirse que es persona, y sólo traslaticiamente, en su caso, podrá decirse que son personas ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica (74). Siendo ello así, parece claro que no puede haber una doctrina común a la persona física y a la persona jurídica; cada una tiene su propio significado y sus peculiares principios. Más exacto que hablar de dos clases de personas sería hablar de persona sólo para la persona física, y de realidades sociales personificadas para la persona jurídica (75). Con una inmediata consecuencia: mientras el valor persona, en su sentido propio, exige absoluto e incondicional respeto, la personificación artificial de entes ontológicamente no personales es relativa y funcional. Nada impedirá en buena metodología jurídica «descorrer el velo» de la personalidad de estos entes cuando se la emplea para fines distintos de los que en Derecho la justifican (76).

El reconocido primado de la persona ha de traducirse necesariamente en la que Castro llama «la cuestión central del Derecho privado», y que también lo ha sido de su propia obra científica: la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona (77). En torno a ella se va a producir el enfrentamiento de corrientes de opinión, económicas, políticas y jurídicas, encontradas. Coinciden, de un lado, la ideología liberal que proclama el criterio del «laissez faire», el positivismo que predica la desconexión del Derecho respecto a la Ética, los mercantilistas que centran su atención en la empresa y repugnan cualquier intervención ju-

(73) *Ib.*, págs. 122-123.

(74) *Derecho Civil...*, II, cit., págs. 26-30.

(75) *Ib.*, pág. 34.

(76) *La persona jurídica*, cit., *passim*.

(77) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 12.

dicial sobre la validez de los contratos; el neoliberalismo insiste en reducir al mínimo la valoración jurídica de las relaciones contractuales, como extrañas al desarrollo y prosperidad económicas. En fin, la visión económica del mundo, propia de la «sociedad opulenta», vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se apela para ello a la ciencia económica, postulándose la total subordinación del orden jurídico al orden económico. En dirección radicalmente contraria se piensa y se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos conforme a su misma naturaleza jurídica. Se piensa que el juez, los juristas, los poderes públicos en general, no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido. El contrato no es sólo cosa de los contratantes, lo que ellos digan querer, o del más fácil funcionar del mercado. Se plantea entonces la cuestión: ¿pueden dichos poderes, en especial los jueces, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente —concluye Castro— no se podrá calificar la labor del juez de encarnación de la justicia, ni al Estado, de Estado de Derecho (78).

La actitud de Castro ante las expresadas corrientes de opinión descritas no puede ser dudosa. La valoración moral prima sobre las consideraciones económicas; los puntos de vista lógico-formales no podrán acallar el grito de la realidad. El carácter «sagrado» que se atribuye al contrato —dirá (79)— descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales; mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para el «libre desenvolvimiento de la personalidad». En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado. Se admitirá, en consecuencia, lo justificado del intervencionismo estatal, sin ceder a la cruzada que se predica para luchar por «un Derecho libre de la sociedad» en contra del pan-administrativismo. Exageraciones —dirá Castro— contra las que conviene estar prevenido, porque tal cruzada puede ser dirigida en beneficio de ciertos grupos de presión (80). Se rechazará toda manifestación del llamado mercantilismo —especialmente severa la pluma de Castro en este punto—, revestimiento jurídico del capitalismo con lo que de inmoral supone la primacía de lo económico sobre lo humano (81), y se destacará

(78) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., págs. 988-989.

(79) *Las condiciones generales...*, cit., págs. 77-78.

(80) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 17.

(81) Cfr., e. c., *La persona jurídica*, cit., pág. 47, texto y nota 9: «La sociedad moderna ha sido influenciada profundamente por esa nueva concepción del vivir que se ha llamado capitalismo. Que impone como valor primario la mayor riqueza, y como aspiración el acrecentamiento ilimitado de ganancias. Su clase dirigente y modelo es la de los financieros; se clasifica a las personas por el dinero que tienen; estima a la economía como la fuente única o decisiva del acontecer social». También. *Limitaciones in-*

que las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad no significan devaluación de la misma: su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido a la libertad de la persona; ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX y del más reciente del neoliberalismo que abandera la nueva *lex mercatoria*. El vacío producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común (82).

A partir de aquí se entenderá lo justificado y coherente de una clara y constante postura de atención y defensa de los más débiles, porque «la experiencia de más de un siglo ha enseñado que la verdadera libertad no consiste en dejar hacer sin trabas ni responsabilidad a los más poderosos y más hábiles, y que la defensa de la verdadera libertad exige normas legales que defiendan a los económicamente más débiles y a los hombres confiados y sencillos (83); otra cosa sería recaer en la «superada concepción individualista, que convertiría al Derecho civil en el muro de acero defensivo del egoísmo y en el Derecho del hombre abstracto» (84). El verdadero progreso jurídico, por el contrario, consiste en que «las reglas de Derecho atiendan a la verdad, al significado social real de las conductas y no se paren frente a formalidades vanas, cerrando los ojos ante lo que de hecho haya sucedido. En el vivir social luchan encontrados intereses y el ingenio de los profesionales a sueldo que buscan y arbitran medios para escapar o vulnerar sin peligro los preceptos legales. Cautelas, reservas y artimañas excusables respecto de leyes odiosas o absurdas; no, en cambio, si se ponen al servicio de los más fuertes y astutos para esclavizar y engañar» (85).

La preocupación realista y ética destacada en los puntos anteriores, guiará en todas sus ramificaciones la obra jurídica de Castro. El tratamiento de la causa en el negocio jurídico, y el consiguiente repudio de toda forma de abstracción comercial, el de las distintas formas de negocios anómalos, el del fraude a la ley y el abuso del derecho, el del alcance y significado de las condiciones generales de los contratos, resultan siempre transidos de la indicada preocupación. A lo largo y a lo ancho de toda la obra de Castro, una preocupación siempre presente y recurrente: la aten-

trínsecas..., cit., pág. 989, nota 4: «... atender sólo a la mencionada dirección económica o mercantilista supone propugnar una sociedad amoral, en la que el débil es sacrificado en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de los grandes de la economía».

(82) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 1066.

(83) *La persona jurídica*, cit., pág. 53.

(84) *Derecho Civil...*, I, pág. 114.

(85) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 453.

ción a la realidad y la valoración ética de las conductas. No se trata de algo casual; es la consecuencia de su modo de entender el Derecho y la misión del jurista.

4. No quisiéramos terminar estas páginas de evocación del magisterio metodológico de Castro sin una reflexión sobre su oportunidad en la presente coyuntura de nuestra vida social. Y resistiéndonos a señalar como coyuntural el pluralismo que como legítima consecuencia del principio democrático preside hoy la organización de nuestra convivencia, pensamos que sí es coyuntural la sensación de estreno con que a veces se vive y se expresa esa libertad, hasta no hace mucho, desacostumbrada. ¿Qué sentido puede tener entonces (mejor, ahora) el recuerdo del iusnaturalismo de Castro, raíz inmediata y última de su posición metodológica? Y la pregunta cobraría mayor fuerza si se comprueba que en el mismo Castro, iusnaturalismo y expresa profesión de fe católica forman una clarísima unidad. ¿No vendríamos así a hacer buenas las palabras de Passerin d'Entreves?: «Plantear la noción del Derecho natural como estrechamente ligada a una creencia religiosa significa condenarla por anticipado a ser rechazada por todos aquellos que no aceptan esta creencia; significa imponer a los juristas y a los filósofos políticos una profesión de fe metafísica que pueden con razón encontrar difícil, sin merecer por ello la acusación de *Juristen böse Christen*; significa hacer del Derecho natural un signo de contradicción cuando se trata precisamente de llegar a un acuerdo fuera de todo compromiso religioso o metafísico» (86).

No pretendemos tal efecto para nuestra modesta evocación de la figura señera y unificadora de Federico de Castro; ni creemos que, al margen de nuestra intención, estaría justificado. Evidentemente es discutible si la convicción iusnaturalista necesita apoyarse en la fe personal en Dios, en la apertura a la trascendencia. Personalmente, entre la tan conocida posición de Grocio (*Et haec quidem quae iam diximus locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scaelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana* (87)], y la contraria de Kelsen, nos parece ésta mejor fundada: «Solamente si se piensa que la naturaleza es creada o gobernada por Dios —dice Kelsen— cabe admitir que las leyes de esta naturaleza son normas; solamente entonces cabe encontrar en esta naturaleza el Derecho justo; solamente entonces puede deducirse éste de aquélla. Todo ello aparece todavía mucho más claramente en una teoría teleológica del Derecho natural. Solamente cabe interpretar la naturaleza como un todo ordenado según fines cuando se supone que una voluntad

(86) PASSERIN D'ENTREVES, A.: *El Derecho natural*, en KELSEN, BOBBIO y otros: *Crítica al Derecho natural*, cit., pág. 198.

(87) *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, II. En igual sentido, MONTESQUIEU: *L'esprit des Lois*, I, 1.

trascendente impone esos fines a los hechos naturales. Sólo una teoría teológica del Derecho natural podrá ser teleológica» (88).

Efectivamente, creemos, la admisión del significado normativo de la *natura rerum*, sin exigir una precisa orientación ideológica, necesita descansar, al menos, en una interpretación optimista y con sentido de la realidad, muy difícil, según estimamos, si no va presidida por la apertura a la trascendencia en la fe en un Dios presente en el origen y en el fin de cuanto existe. Pero, aun así, la convicción iusnaturalista no tiene por qué ser disgregadora. «*Ad legem naturae pertinet* —decía Santo Tomás (89)— *ea ad quae homo naturaliter inclinatur; inter quae homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem*». Sea, entonces, que la *natura hominis* o, con mayor amplitud, la *natura rerum*, se reconozca en su dimensión de normatividad objetivada, sea que a ella se llegue, indirectamente, a través del interés por el hombre desde cualquier inspiración o perspectiva, sea que en absoluto se prescindiera de ella, centrada la atención en otros momentos de lo jurídico, lo cierto es que el dato objetivo del hombre parece hacer llegar a exigencias de justicia por todos reconocidas al menos en lo más sustancial. Es cierto en este sentido que lo natural (filosófico) deviene historia (90), y así se entiende que —como indica Wieacker (91)— en plena eclosión del positivismo, cuando la sociedad carecía de una imagen transjurídica del Derecho, esa misma sociedad fuera la expresión de la ética social del Derecho natural.

Es que, en la línea señalada por E. Wolf, podríamos decir que mientras el Derecho natural es multívoco en su concepto y fundamentación, es, en cambio, unívoco en sus contenidos esenciales (92); en ellos pueden coincidir iusnaturalistas y quienes no lo son, por no alcanzar a explicar y fundamentar reflejamente la dimensión normativa del ser. Traten entonces en buena hora los iusnaturalistas de extraer todo el jugo metodológico de su concepción del Derecho, que ya nos encontraremos todos —iusnaturalistas y no iusnaturalistas— cuantos intentamos hacer Derecho desde la preocupación por el hombre. Ojalá nunca perdamos ni la sensibilidad ante el reclamo de la realidad, ni la pasión instintiva por la justicia. Unos integrando ambas en una completa cosmovisión explicativa y fundamentadora, otros aun sin llegar a ella, coincidiremos en una tarea para todos noble y elevada, capaz de satis-

(88) KELSEN: *Justicia y Derecho natural*, en KELSEN, BOBBIO y otros: *Crítica al Derecho natural*, cit., pág. 105. También en *Teoría pura del Derecho*, ed. Buenos Aires, 1976, pág. 105.

(89) S. Th. I-2, 94, 4.

(90) FALZEA: op. cit., págs. 51-52: «Da un punto di vista realistico la cosiddetta *natura humana* del giusnaturalismo antico e, aggiungiamo, anche la detta *natura delle cose* di cui si parla molto ai nostri tempi, sono ben definite realtà storiche che il giurista deve prendere non di rado in considerazione».

(91) WIEACKER: op. cit., págs. 384-385.

(92) Cfr. *ad rem*, e. c., PÉREZ LUÑO: *El iusnaturalismo ante los años 70*. AFD 1970, pág. 320.

facer dedicaciones ilusionadas y de mantener ideales por los que merece la pena seguir en el empeño. Queden atrás esas visiones pesimistas y desmoralizadoras del Derecho (opresión institucionalizada, e. c.) que, aunque posible reflejo del Derecho que de hecho ha sido, no podrán impedir la lucha por lograr que el Derecho sea lo que debe ser.

Expresiva de esa posibilidad de encuentro de que venimos hablando, la actitud de Castro. Nadie como él, desde su incondicional fidelidad a la Justicia y al Derecho natural, podría ver con un cierto relativismo el culto que hoy tributamos a la norma constitucional. Aun cuando la primera en la jerarquía normativa, regla es, con todo, de Derecho positivo, necesitada de justificación en el Derecho natural. Sin embargo, ahí queda el último párrafo salido de su pluma: es una ilusionada llamada a proseguir —en cumplimiento de la Constitución— en la lucha por los más débiles: «Dicho esto, no cabe cerrar los ojos a los impedimentos que habría que salvar para que lleguen a ser realidad los medios antes indicados u otros semejantes. Cualquier sugestión *de lege ferenda*, en especial la dirigida a la mejora de la situación de los más débiles, como ha de ser siempre a costa de ciertos privilegiados, tiene mucho de aspiración utópica. Ello no obstante, no está permitido desesperar; todo intento es debido si se desea que la regulación de los contratos tenga el sentido ético propio de lo jurídico, y también si se quiere, en serio, que sea real y efectiva la defensa de los consumidores que predica la Constitución» (93). Atención a la realidad y disposición de lucha para acercar la realidad jurídica al ideal ético del Derecho. Si lo conseguimos, en torno todos al texto expresivo de nuestra concordia como pueblo, habremos dado cumplimiento al testamento de Castro.

(93) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 1085.