

El Prof. Federico de Castro y el Derecho natural

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

La catedral jurídica que edificó el Profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO —al decir de LUIS FIGA FAURA—, resulta más imponente cuanto mayor es el detenimiento con que la contemplamos y examinamos su sólida arquitectura y la inconmensurable riqueza de los retablos de la mejor artesanía que contiene. La profundidad y firmeza de sus cimientos, la disposición y solidez de sus pilares, la perfección y armonía de sus arcos, la altura de sus cúpulas, y la entonada luz solar que captan sus amplias y bien orientadas vidrieras la dotan de inmenso valor para el gozo, asombro, enriquecimiento intelectual y reflexión profunda de quienes se adentran en ella, para contemplarla desde su transparencia interior

En mi examen admirativo de su trabazón y armonía no puedo dejar de ver cuanto dependen éstas de la plenitud y pureza del iusnaturalismo que le da forma y estructura, la cimenta firmemente en el suelo y la abre a la luz del cielo que penetra a raudales a través de las vidrieras de sus ventanales alargados hacia el firmamento, al que proyecta su aguda y elevada cúpula.

Es preciso, pues, para conocer en su esencia el pensamiento jurídico del Prof. FEDERICO DE CASTRO, examinar su concepto del Derecho natural y la función que le asigna en el alumbramiento, y para juzgar la legitimidad, integración e interpretación del derecho positivo.

I. EL DERECHO NATURAL Y EL CONCEPTO DEL DERECHO

En el primer epígrafe del primero de los capítulos del primer volumen de la Parte General de su *Derecho Civil de España*, DE CASTRO, con su inmovible vigor intelectual, plantea que, «a pesar de las dificultades de la tarea, es necesario precisar el concepto del Derecho al comenzar el estudio del Derecho civil». Rechazando el «peligro de una cómoda abstención» y señalando el «deber de buscar las raíces del derecho», acucia: «Nuestros legisladores trataron siempre de señalar el origen y el porqué de sus mandatos, y nuestro pueblo exige conocer la razón de su obediencia. Muchos

errores legislativos y la falta de confianza popular en las leyes se han debido a olvidar o desconocer la finalidad esencial del Derecho» (págs. 11-12). Ahí radica, que «el temor, el sufrir o el ver padecer mandatos coactivos injustos e inmorales, revestidos del nombre de ley, ha hecho sentir a muchos juristas educados en la concepción positivista del Derecho su trágica insuficiencia y les ha hecho buscar un criterio que permita distinguir entre el mandato arbitrario acompañado de amenaza y el verdadero Derecho». Esto aceleró, en los años de la última postguerra mundial, «el movimiento de *vuelta al Derecho natural*» (pág. 28).

Esa inquietud no pudo escapar al «espíritu crítico de los griegos» que «señaló pronto la distinta naturaleza de las reglas denominadas con la palabra Derecho; SÓFOCLES centra alguna de sus tragedias en el conflicto entre el Derecho meramente humano, el mandato del príncipe (νόμος) y el Derecho divino o ley no escrita (ἀγραπτα νόμος) y esta misma oposición será presentada todavía por los socráticos como a máxima novedad teórica. Pero son los cristianos, viviendo en el mundo pagano y hostil, los que tuvieron desde el primer momento que separar al Derecho estatal del derecho Divino» (pág. 31).

II. PLENITUD DE PERSPECTIVA EN LA VISION ONTOLOGICA DEL DERECHO NATURAL

Hace años que recibí, desde Génova, dedicado, con fecha 27 de abril de 1970, por su autor, otro querido amigo y maestro, el Prof. MICHELE FEDERICO SCIACCA, su recién aparecida obra, *L'oscuroscuroscuro dell'intelligenza*. Este libro comienza con este párrafo:

«Entre todas las cosas, la más difícil es practicar la invisible medida de la sabiduría, que sólo tiene en sí los límites de todas las cosas»; saberlas medir, según SOLÓN, es la justicia.»

La falta del sentido de nuestra no autosuficiencia, es decir, de la medida de nuestros límites como seres finitos, depara el obscurcimiento de la inteligencia, según observa SCIACCA.

La medida de nuestra inteligencia dimana «de un nexo de *vínculos* con nuestros semejantes, las cosas, Dios». La existencia del hombre, como ser finito con relación al Infinito a Dios: «lo vincula a lo real como ser *en* el mundo y lo destaca como ser *por* Dios al que se halla ontológicamente vinculado como a Otro distinto de él». La inteligencia consiste en comprender estos límites, que le permiten captar «los entes en su ser, en su verdad»: y, con ello, «ilumina y mide la razón, y la señala los límites»; y hace que esa razón sea «racional», siempre que «no se haga a sí misma principio de la verdad y de toda verdad», sino que reconozca los vínculos «hombre-mundo y hombre-Dios».

La pérdida de estos límites —sigue SCIACCA— «obscura la inteligencia y hace estúpida la razón», y también a la voluntad

y a los sentimientos, y aliena al hombre en la andadura de su pensamiento y de su voluntad fuera de los límites.

Esta profunda reflexión me impulsó a proponer, cinco años más tarde, como tema general de la XIV Reunión de amigos de la Ciudad Católica, *La sociedad a la deriva*, señalando en uno de sus subtítulos, *Perspectivas incompletas*. En ella desarrollé la ponencia *Perspectivas incompletas y acción uniformante total*. La pérdida del sentido de la trascendencia y de la intelección del orden insito en universo por su Creador ha distorsionado, dislocado y segmentado la percepción, y ha traído que diversas visiones parciales luchan por imponerse de un modo uniformante y totalizante.

Muchos años antes, en su *Parte General*, con referencia al Derecho, había observado FEDERICO DE CASTRO ese fenómeno:

«Numerosísimos son los conceptos que del Derecho nos ofrece la doctrina, a pesar de que el verdadero sólo es y puede ser uno. La razón de ello se encuentra en que las modernas teorías consideran al Derecho desde puntos de vista parciales y, por ello, necesariamente falsos. La desmoralización que se producirá entre los filósofos del Derecho llega a ser tal, que algunos se resignan con la conclusión —usando un término de ORTEGA Y GASSET— de que el Derecho es una u otra cosa según la perspectiva desde la que se le mire» (págs. 12 y s.).

«Una idea firme del Derecho —dice, enseguida— sólo puede obtenerse en base del Derecho natural.»

¿Cómo se llegó a su conocimiento? La atisbaron algunos filósofos griegos. DE CASTRO recuerda la contraposición de la escuela órfica con los sofistas y los epicureos; entre los que mantenían la supremacía de las leyes no escritas promulgadas por los dioses (SÓFOCLES, SÓCRATES) y quienes sostenían soluciones revolucionarias, propugnando la implantación de normas ideales (ALQUINIADES, EMPÉDOCLES, el mismo PLATÓN), y el más dudadero influjo de la escuela de Zeno, con su aspiración al Estado ideal, sin límites nacionales, basado en ideas de humanitarismo y cosmopolitismo. Escuela estoica que atrajo a ilustres romanos (Cicerón, Séneca, Marco Aurelio) que, basándose en la *humanistas*, convirtieron el pensamiento estoico «en vehículo doctrinal de lo *civitas máxima*, superadora de la diversidad de los pueblos», con la que asentaron «la voluntad imperialista romana».

Fue el cristianismo el que, explica DE CASTRO, «frente a la inseguridad doctrinal griega, declara a *lex aeterna* base inmovible del Derecho». En el medievo: «Adquiere dignidad de *corpus* el Derecho canónico (nuevas normas con un nuevo espíritu), se transforma el romano en *ius commune* (letra justiniana interpretada en sentido cristiano), se erige sólida fortaleza a la doctrina católica en la *Summa Theologica* de SANTO TOMÁS, y se trata de articular la vida de los pueblos según el espíritu católico, como, por iniciativa de SAN FERNANDO, se procurará realizar en las Siete Partidas.

«Durante la Edad Media no hay duda respecto a la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural; AZO considera tan evidente la unión entre Derecho y moral, que piensa que el *Codex* "supone la filosofía ética, porque trata de las costumbres, así como todos los libros legales", y en los textos jurídicos canónicos y civiles se consigna expresamente la supremacía de la Ley de Dios sobre la ley humana. El inmenso y siempre actual valor que tiene nuestra literatura jurídica y teológica de los siglos XVI y XVII está en haber sabido conservar esta tradición y en haberla defendido y enriquecido frente al modernismo renacentista» (pág. 14).

Con referencia a España —dice unas páginas después— la inspiración de SAN ISIDRO DE SEVILLA y la unión bajo las mismas leyes de la nobleza goda y la masa de hispanorromanos para la realización del ideal católico, «hace que el Fuero Juzgo, nuestro primer gran texto legal, contenga en germen los principios señeros que han de caracterizar a toda nuestra legislación: subordinación del Derecho humano a la Justicia divina; unidad orgánica de todo el Derecho bajo los principios de comunidad y personalidad; respeto a la personalidad humana, concediéndose valor primario a la honra y dignidad; organización de la familia en una estricta unidad jerárquica, pero sin que desaparezca la personalidad de la mujer y de los hijos; subordinación de las conveniencias del tráfico a los dictados de la Moral» (pág. 155).

Seis siglos después, el Código de las *Siete Partidas*, debidas a la iniciativa de SAN FERNANDO y concluidas por ALFONSO X EL SABIO: «Responde al ideal católico de la Edad Media. No se considera al interés como fin ni a su protección como la función del Derecho. El Derecho humano no es independiente ni obra libre del príncipe. Derecho objetivo y derechos subjetivos existen o se atribuyen sobre la base de su sumisión al Derecho divino. La organización de la sociedad aparece como una red de mutuas relaciones que, presidida por Dios y sus Santos, une en una cadena jerárquica al Pontífice, al emperador, a los reyes, a los príncipes, y que comprende hasta al último vasallo; las leyes, reglas y privilegios que los subordinan entre sí, los juntan y aúnan, porque la ley humana es sólo reflejo de la universal y eterna Ley divina».

No son, advierte DE CASTRO, una copia del Derecho romano, como se ha dicho; «La diferencia esencial está en que se parte de una idea de la vida distinta de la romana; su primera fuente son las "palabras de los Santos" y sólo después "los dichos de los sabios"; el conjunto de sus disposiciones se halla impregnado del espíritu católico; el ordenamiento jurídico se concibe como un todo orgánico; el fin supremo del libro es ayuntar el amor del hombre con Dios por medio de la fe, y a los hombres unos con otros, por la Justicia y la verdad; es cierto que el legislador no puede ser obligado "por premia", pero está vinculado por es-

trictos deberes morales y jurídicos, respecto de sus naturales, de sus vasallos y de la Patria» (pág. 158).

En la literatura teológica y jurídica de los siglos XVI y XVII, señala la «íntima conexión entre el Derecho y su base teológica». «Pocos —dice— eran los civilistas que no eran también buenos conocedores del Derecho natural; pero son los teólogos los que crean las bases filosóficas de nuestro Derecho, en lo que se ha llamado la escuela española de Derecho natural. Esta dependencia respecto al pensamiento eclesiástico no imprime a la doctrina —como se ha creído— un carácter monjil y timorato, ni origina un espíritu de "oscurantismo", servil hacia hombres y teorías; todo lo contrario, se escribe con un estilo tan recio, que parece hoy extrañamente bronco, con una libertad en el planteamiento de hipótesis sorprendente para la mojigatería moderna y una originalidad y personalidad en las ideas de osadía máxima. El cuerpo de sus doctrinas es una defensa ardiente de los derechos y libertades de la persona; el valor de la Justicia se eleva, la obediencia a las leyes, los deberes de las autoridades encuentran una base trascendente en la Religión y en la Moral; ella, a su vez, otorga a los razonamientos de los autores una fuerza tan grande que les hace enfrentarse, con energía, sin ejemplo, e incluso pedir cuentas, a monarcas y autoridades, del modo cómo usan sus prerrogativas en beneficio del bien común. La altura de su punto de mira les permite sacudir los excesos del secular respeto hacia el Derecho romano señalar sin pasión, pero con seguridad, sus limitaciones y defectos, y poder ver y proclamar con autoridad las excelencias y virtudes de la legislación española.

»La influencia de esta corriente es hondísima; no queda reducida a los teóricos, sino que se nota, y de modo especialmente enérgico, en las obras escritas para los prácticos, como en las instrucciones y estilos publicados para escribanos y jueces. Contribuyen a generalizarla otros libros de vulgarización, publicados como los anteriormente aludidos también en castellano y destinados a dar a conocer a todos, especialmente a los comerciantes, el valor moral de las distintas reglas y actos jurídicos» (páginas 174 y s.).

III. LA DESINTEGRACION DE ESA PERSPECTIVA ONTOLOGICA, SU DESTRUCCION Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS

FEDERICO DE CASTRO, en unos párrafos memorables, explica ese fenómeno destructor:

«El Renacimiento, con su culto al individuo y su admiración ilimitada a la cultura pagana, y el protestantismo —su hijo natural—, con su doctrina de la libre interpretación, dejarán un campo bien abonado para toda nueva doctrina contraria a la objetividad del Derecho. El humanismo —fuente tan rica, por

otra parte, de aportaciones culturales— fue instrumento tan eficaz como el protestantismo y la filosofía heterodoxa, para quebrantar la gran ciudadela de la doctrina católica, al poner fuera de moda a la escolástica; acarreado, con su ironía de la forma pesada, pero segura, de la *schola*, un injustificado descrédito para su dogmática. Los teóricos acudirán a todos los caminos; comienza una larga época de desorientación para la Humanidad, en que tantos hombres se separan y separan el Derecho de Dios y se debaten en afanosa e infructuosa búsqueda de sombras y fantasmas.

»La situación a que llegará la doctrina jurídica moderna es la resultante de una serie de crisis del pensamiento europeo, de distinto carácter y origen, que coinciden sólo en sus pretensiones de reemplazar la concepción cristiana de la vida. Sus manifestaciones principales parecen ser: 1.^a La teoría nominalista de GUILLELMO DE OCCAM (1300-1350), mediante la que se intentará separar la Ley eterna de la naturaleza y de la sociedad. 2.^a La indicación de HUGO DE GROOT (1583-1645), de que la Ley natural "no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiese —lo que no se puede admitir sin máximo crimen— que no hay Dios o que no se cuida de los asuntos humanos", que abrirá la puerta a las construcciones de Derechos racionalistas, desconectados de la ley eterna. 3.^a La concepción protestante de la independencia completa del Derecho positivo humano del divino y natural, expresada por LUTHER (1483-1546), diciendo: "Si eres un príncipe, caballero, señor, etc., y tienes gentes debajo de ti y quieres saber lo que te corresponde, no lo preguntes a Cristo, sino al Derecho del país y al Derecho del imperio; ellos te dirán cómo portarte y valorar a tus súbditos." 4.^a La desconexión entre el Derecho y la política, que predica MAQUIAVELO (1469-1527), diciendo: "Cuando se trata de la salvación de la patria, no caben consideraciones sobre lo justo y lo injusto"» (págs. 14 y s.).

Las consecuencias de esa desintegración las repite en diversas páginas de su libro.

«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 conveniencias de grupo» (pág. 13).

«Desconocida la base última del Derecho, todas las aspiraciones ilegítimas, todos los partidos, procurarán aprovecharse de esta situación; se da al Derecho el sentido que conviene a cada uno y se trata de utilizar, en beneficio de intereses egoístas, la fuerza inmanente de la idea de Derecho. Dos rutas principales se seguirán: la doctrina del absolutismo, para justificar todos los actos del soberano, y la del liberalismo individualista, amparando el

arbitrio del individuo y justificando su rebelión contra el Estado» (pág. 15).

De esa constante repetición de semejantes consecuencias, originadoras de posiciones parciales, con pérdida de la perspectiva jurídica plena, señala DE CASTRO reiterados ejemplos:

«Cortada toda conexión con el Derecho divino, las concepciones del Derecho irán a la deriva de las ideas políticas. Los hugonotes franceses (en su condición de minoría) señalaron como finalidad del Derecho la libertad de cultos; los liberales le convertirán en defensor de la libertad del individuo y de sus derechos frente al Estado; los conservadores alemanes lo harán uno con la tradición encarnada en el espíritu del pueblo; el absolutismo real identificará al Derecho con la voluntad del soberano; el absolutismo democrático, con la voluntad general; el absolutismo totalitario, con la voluntad del jefe o los intereses y directivas del partido.

»El culto a las ciencias naturales y positivas y el deseo de borrar hasta el último rastro del Derecho natural, llevará a una serie de autores a considerar al Derecho como un fenómeno social, determinado exclusivamente por causas materiales, por el utillaje fabril y la distribución de la riqueza, por la fuerza de la sangre, por el juego más o menos libre de los intereses.

»La imposibilidad de mantener en la sociedad moderna las posiciones del antiguo liberalismo y el deseo de sostener los postulados de la liberal democracia, explica el intento *in extremis* de separar al Derecho —al menos, en apariencia— de todo contenido político y sociológico y dejarlo reducido al puro juego de las normas. Tentativa fracasada desde el momento en que se descubre su verdadero fin: dar armas al legalismo individualista.

»Después de haberse seguido por la filosofía del Derecho tantos falsos y extraviados caminos, parece que ya es hora de volver a centrar el estudio del Derecho sobre su verdadera base: el Derecho natural» (pág. 13).

Y dos páginas después, enfocando especialmente la repercusión en el estatismo, dice:

«El absolutismo ilimitado de la monarquía inglesa encontrará en HOBBS (1588-1679) su definidor, y reaparecerá la fórmula pagana, que identifica el Derecho con la voluntad del príncipe; todo acto es en sí indiferente, su justicia o injusticia depende sólo del mandato del soberano: será justo lo que él mande, e injusto lo que prohíba. El filósofo judío, de origen portugués, SPINOZA (1632-1677), en su Tratado teológico político, dirigirá un ataque más hondo y peligroso contra el Derecho natural, dando la base teórica al absolutismo de los Estados protestantes, a la vez que —aunque resulte contradictorio— trata de conciliarlo con el individualismo liberal; "no es la sana razón —dice— la que determina para cada uno el Derecho natural, sino la extensión de su poder y la fuerza de sus apetitos o, por mejor decir, de sus

necesidades"; el Estado nace por el traspaso que cada uno, por conveniencia, le hace de su poder, pero hecho este traspaso, el Estado tiene un poder ilimitado y absoluto, porque nadie ha podido reservarse un poder "sin dividir el Estado y consiguientemente sin arruinarlo".

»La escuela protestante de Derecho natural (PUFENDORF, 1632-1694; WOLF, 1679-1754; THOMASIIUS, 1655-1728), al basarse en la razón individual y en las necesidades del hombre, como base de sus derechos, proporciona su fundamento teórico al pensamiento revolucionario del siglo XVIII y prepara la separación entre el Derecho y la moral desde un nuevo punto de vista; además, su dogmatismo altisonante y la minuciosa pedantería con que sus teóricos van señalando derechos y deberes concretos hace que muchos autores, que sólo conocían este tipo de Derecho natural y desconocen o mal conocen la doctrina del Derecho natural católico, hayan creído poder condenar y despreciar en él a todo el Derecho natural.

»El siglo XVIII, liberal, sacará las consecuencias a estas premisas. ROUSSEAU (1712-1778), el hombre más representativo del pensamiento «ilustrado», con su idea de la «voluntad general», entrega el Derecho al capricho de una arbitraria mayoría de votantes. KANT (1724-1804), mucho más influenciado de lo que él pretende por el pensamiento francés, trata, se dice, de dar una base firme al Derecho. Acepta la separación propuesta por THOMASIIUS entre Moral y Derecho, estableciendo entre ambos un abismo: basa aquélla en el imperativo categorico de la conciencia y la razón propia, y al Derecho en el dictado de la autoridad con fuerza coactiva; la esencia del Derecho consiste para él en la armonización de las libertades individuales. HÉGEL (1770-1831), basando al Derecho en la voluntad general, proclama que «el Derecho es, en general, algo sagrado, sólo porque es la esencia del concepto absoluto de la auto-consciente libertad».

»El liberalismo filosófico llevará, por distintos caminos, a la condenación o a la desconfianza hacia el Derecho. Entre los románticos, el Derecho y las leyes serán considerados como enemigos, que sólo sirven —dicen— para poner obstáculos a los derechos innatos, impedir los generosos movimientos instintivos y hacer estéril la energía de las grandes personalidades. El liberalismo mercantilista defiende el libre cambio y el libre juego de los intereses, entendiéndolo reducido el Derecho al cometido enojoso de ponerle trabas. El anarquismo, en fin, sacará las últimas consecuencias: la condenación del Estado y de sus instituciones; señala como máxima aspiración de la vida social la incondicionada libertad del yo, y acaba proponiendo una "Asociación de egoístas". Resultando lógico de partir de la premisa: la libertad es un valor absoluto.

»Los epígonos del subjetivismo no se atreven a tanto, pero acaban entregando la idea del Derecho al arbitrio individual, a la

"conciencia individual", a la "intuición personal", al "sentimiento más íntimo" y a "las fuerzas psicológicas más oscuras, subconsciencia, creencia, sentimiento, etc."

«La separación kantiana entre la Moral y el Derecho prepara no sólo la señalada enemiga hacia el Derecho, sino también el que se le considere como un fenómeno o producto de la causalidad social. Las ideas de DARWIN (1809-1882) y de COMTE (1791-1857), divulgadas ampliamente en todos los círculos cultos, son aceptadas por bastantes juristas como la última palabra de las ciencias naturales y sociológicas, y en ellas asientan sus conceptos jurídicos. Visto el Derecho conforme a los métodos positivistas, como un subproducto sociológico, se le considera producido por la economía, la maquinaria estatal o por los hechos sociales o psicológicos o subconscientes que, según las distintas direcciones de la escuela, se considere dominante. En la formulación sociológica más corriente se reduce el Derecho a ser "un ordenamiento con ciertas garantías específicas para la chance de su validez empírica". La dirección positivista se desarrolla lógicamente, también, hasta la negación misma del Derecho. Desaparecida la posibilidad de distinguir cualitativamente una organización jurídica (p. ej., el Estado) de cualquier otra agrupación ordenada de hombres, se podrá afirmar que "incluso el organizador de una banda de bandidos establece Derecho", ya que "toda organización debe ser designada como Derecho, Derecho y organización es lo mismo". Desde otro lado, la concepción naturalista de la Sociología, la de primacía o exclusivismo de lo intuitivo, con la asimilación de las comunidades humanas a las de ciertos animales (abejas, hormigas), acabarán en la aspiración de integrar el Derecho en la zoología» (páginas 15 a 19).

Después de este repaso desolador, observa:

«De los cientos de teorías formuladas para escapar al férreo dilema en que se encuentra encerrada la doctrina —el Derecho, o hay que basarlo en el Derecho natural o es preciso abandonar la misma idea de Derecho—, la más ajustada a los tiempos escépticos de la pre-guerra ha sido la mantenida por Kelsen.» (pág. 20).

Pero, con ella: «El derecho queda así reducido a la nada; aquella conclusión, que antes se ocultaba —la desaparición del Derecho entre las manos de los filósofos del Derecho—, se ostenta ahora triunfalmente; se parte de la falta de contenido del Derecho, y de este *vacuum*, con maestría de prestímano, se saca la "teoría del Derecho". KELSEN y su escuela se precian de su lógica; pero, a pesar de ello, su mayor fallo es lógico, 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 trate del más peculiar (la relación normativa), sino en su totalidad. en la hondura de sus fines, aunque con ello haya que acoger cualidades o contenidos que le son comunes con otras materias (moral, sociología, política). El eco de esta doctrina ha sido universal y ha

influido incluso en mismos adversarios. La buena acogida que obtiene se debe quizá, más que a sus cualidades positivas, a encajar perfectamente en la época en que se difunde. Días de la poesía pura, de la pintura cubista, ningunos podrían ser más favorables a la moda de una doctrina jurídica "pura"; tiempo del florecimiento del positivismo, de la divinización de la ciencia, nada más natural que se acoja con alborozo una doctrina que pretende ser sólo sistema y construcción. Sin embargo, examinada de cerca, en su fundamento y consecuencias, se descubre que es —empleando el lenguaje de su escuela— "cryptopolítica": su aparente pureza encubre la más eficaz defensa de las aspiraciones neoliberales, poniendo al servicio de las teorías libero-democráticas la abstracción y vacuidad formalista del Derecho, dando un valor carismático a la legalidad constitucional.» (págs. 20 y s.)

Y después de efectuar oportunas consideraciones acerca de la tesis del inglés AUSTIN, concluye:

«Esta, aunque breve y apresurada, revista de teorías sobre el concepto del Derecho, nos da ya un resultado revelador; si el Derecho se basa en la conciencia 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 (absolutista, conservador, liberal individualista, capitalismo mercantilista, marxismo, comunismo, totalitarismo en sus diversas formas, liberal-democracia, anarquismo, etc.). Las teorías que separan al Derecho del Derecho natural y de la Moral concluyen, en los maestros o en los discípulos, por negar la misma existencia del Derecho; es una *reductio ad absurdum* realizada por la misma Historia, una confesión de hecho de que esas reglas independizadas, que se comenzaron calificando de Derecho, no son lo que la conciencia de cada hombre llama Derecho.» (pág. 22).

IV. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

FEDERICO DE CASTRO ante la dupla Derecho natural-Derecho positivo, adopta la misma posición expresada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, en su *Summa Theologiae* I^a-II^{ae}, *qu.* 95, *a* 4, y *qu.* 96, *a* 4. Por lo tanto, no la observa dialécticamente, ni como una radical incompatibilidad, como la viera KARL BERGOOHM en la tercera de sus objeciones.

Dice DE CASTRO: «La doctrina del Derecho natural no supone substituir ni subordinar las leyes del Estado a reglas utópicas, desconociendo las realidades sociales, ni confunde los preceptos de la ley natural con los gobernantes; antes bien, se ha cuidado de dibujar, a veces con precisión hasta exagerada, el contorno propio del Derecho positivo y la peculiaridad de su origen, caracteres, eficacia y finalidad.

»Norma de Derecho positivo es la promulgada por el gobernante con eficacia coactiva, con la finalidad de lograr el bien de la comunidad. Como regla finalista, el fin la explica y justifica. De aquí que la idea del *bonum commune* sea crucial en la doctrina del Derecho natural y sea imprescindible su recta comprensión para juzgarla.» (pág. 38)

La relación entre ambos derechos, la expone así,

«El Derecho natural, como norma superior, marca el carácter y señala su fin al Derecho positivo. Al contrario de lo que tanto se repite, el Derecho natural no pretende petrificar al positivo, al contrario, le impone como carácter la variabilidad. Como el hombre, por su propia naturaleza, vive en la Historia, las disposiciones que regulen su convivir deben dictarse atendiendo a las circunstancias (*ad debitas circunstancias*) de lugar y de tiempo. El Derecho positivo no lleva en sí mismo fuerza de obligar, pues la deriva del Derecho natural; por ello, debe tenerse en cuenta que esta derivación puede ser *per modum conclusionis* y *per modum determinationis*; en el primer caso, la ley positiva es el desarrollo y, a veces, casi la reproducción de la natural; en el segundo, dicta preceptos completamente nuevos, eligiendo entre las innumerables posibilidades que quedan a su arbitrio.» (pág. 39)

Y explica esta distinción: «Debe tenerse presente que el Derecho positivo realiza una doble actuación; una estricta, la que el Derecho natural deja a su particular determinación (régimen político) y otra complementaria aplicar y desarrollar el mismo Derecho natural; en esta última se comprende la regulación de la familia y la persona.» (pág. 40)

Consiguientemente, «no todas las leyes o decisiones de un Estado legal o legítimo serán jurídicas sólo por ser dictadas por él; si son injustas mejor podrían llamarse "violencia" que leyes, y son injustos los preceptos que impongan una conducta directamente contraria al Derecho natural, a la moral o a la naturaleza de las instituciones. En cambio, ha de advertirse que el Derecho natural tiene en cuenta que el Derecho positivo requiere la eficacia social y, por tanto, que debe legislarse conforme a las circunstancias y siguiendo los dictados de la prudencia política. Por eso, no es de extrañar que no se pida que el Derecho positivo prohíba todo lo malo, sino sólo lo peor, que no sea censurable el que permita algunos actos que la Ley divina castiga o prohíbe y el mal uso de los bienes.

»De lo dicho, resultará claro el doble carácter del Derecho natural, su firmeza para juzgar y sancionar los mandatos del Poder, su flexibilidad al tener siempre en cuenta, para ello, lo cambiante de la realidad social. Es verdad que corrientemente se fijan en los libros reglas de Derecho natural de contenido rígido; su alcance y utilidad está en expresar, con más o menos acierto, la aplicación de principios de Derecho natural a determinados datos concretos;

sirven para la vulgarización, pero no son el Derecho natural, que no puede apresarse en fórmulas, como tampoco puede serlo la evidencia moral.» (págs. 41 y s.).

Es importantísima esta última observación, porque corresponde a la genuina concepción tomista del derecho natural, tan alejada de la dogmatización de reglas y normas que hallamos en tantos manuales, que disecan conclusiones, dándoles un carácter abstracto, lo cual es incompatible con la *ratio tomista* y su concepto del derecho como la *res iusta* o *quod iustum est*, en concreto.

«El derecho —ha anticipado DE CASTRO— es, como indica SANTO TOMÁS, *mensura mensurata*. El Derecho positivo, que mide nuestras conductas, es medido por la Ley eterna. Ella es la que justifica la ley humana, la que dirá si es o no legítima.» (pág. 37)

Es y debe ser así, pues: «Si el Derecho fuese mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos. El Derecho necesita algo que legitime su organización, sus mandatos y sus sanciones. La necesidad social de justificar al Derecho positivo es indudable; las obligaciones impuestas por la ley, que culminan en la de matar a otros hombres y sacrificar la propia vida, hacen necesario buscarles un apoyo en valores superiores al de la vida individual. Todos los partidos y todas las escuelas han tratado, de modo más o menos claro, de justificar su organización preferida, señalando su para qué, defendiendo su fin último.

»Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo (como espíritu del pueblo, voluntad de la Nación o voluntad general, manifestada por la tradición o por el sufragio), que tiene por fin garantizar la libertad, el mantenimiento de posiciones privilegiadas de clase, de organizaciones económicas, de razas o de pueblos. Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar: ¿por qué llamar a eso Derecho, por qué no denominarle, con sinceridad, arbitrio o fuerza? Todas las veces que no se hace así hay un reconocimiento implícito de la existencia (al menos social) de otro, del verdadero Derecho. Usando la palabra Derecho para amparar ambiciones políticas o sociales, se ha tratado de crear un confucionismo, que permite atribuir a tales pseudo-Derechos el valor que instintivamente se une a la palabra Derecho; se intenta explotar en provecho partidista el anhelo, hambre y sed de justicia, propio del hombre. El hombre, por ser hombre, siente la angustia de la ausencia divina, tiene el ansia de completarse y perfeccionarse acercándose al Creador; uno de los caminos que a él conducen es el de la justicia. por ello, cuando el hombre lucha por la Justicia y el Derecho eterno, pelea, por lo que para él tiene mayor valor, por la salvación de su propia alma.» (págs. 36 y s.)

La pauta que el Derecho natural señala al Derecho-positivo, es la de «cumplir su fin: servir el bien común o de la comunidad.»

DE CASTRO lo recuerda, y explica que se entiende por *bien común*: «Bastante general ha sido la creencia de que implicaba una concepción estatista, afirmadora de la total superioridad del Estado sobre el individuo, que como parte habría de sacrificarse al todo; en este sentido se pudo entender la frase: "la comunidad es anterior al individuo, el individuo deviene por la comunidad lo que él puede y debe hacer". También se ha podido entender en sentido contrario, que al Derecho positivo corresponde lo referente al bien común (régimen político) y en todo lo demás sería incompetente, alegándose al efecto palabras desconectadas de SUÁREZ. Ambas versiones, aunque autorizadas con textos de SANTO TOMÁS, son extrañas al sistema tomista. El bien de la comunidad es superior al de cada individuo, que le deberá su propio sacrificio, como parte que es de ella, mas sólo cuando se trata de bienes de igual calidad (*eiusdem 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 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.

»El gobernante tiene un deber estricto: dictar las medidas imprescindibles al mantenimiento a conservación de la comunidad, sin tener que ocuparse de la esfera familiar e individual más que para impedir que la puedan poner en peligro; además, siendo las más de las cuestiones que atañen a esas esferas regladas de modo preciso e ineludible por el Derecho natural, carece en ellas el legislador del arbitrio que en otras se le concede. Pero, cuando la sociedad deja de cumplir espontáneamente lo mandado por el Derecho natural, corre peligro el bien común y debe intervenir el Estado.» (págs. 9 y s.)

Consecuentemente, advierte:

«El Derecho natural, como se ha visto, no inmoviliza al Derecho positivo ni le impone un especial criterio de bien común, y, del mismo modo, no le somete tampoco a un molde rígido al marcar los requisitos mínimos que ha de tener. El mandato del legislador ha de tener algo, aparte de su voluntad y amenaza, que le dé valor jurídico y le haga obligatorio. La doctrina de Derecho natural dice que una norma puede decirse justa, por el *fin*, cuando se ordene al bien común; por su *auctor*, cuando no exceda de la potestad de quien la dicte, y por la *forma*, cuando las cargas de los súbditos, en orden al bien común, se impongan en proporción igual. Considerada con esta amplitud la justicia de una norma, el Derecho natural exige respecto al simple Gobierno *de facto*, en cuanto mantenga una organización estable para la paz social (Bien común), y desde entonces sus disposiciones tendrán valor jurídico.» (págs. 41)

Pero, añade: «La relación entre Derecho natural y Derecho positivo no se limita a la función negativa de señalar los presump-

tos inalienables de lo jurídico. Supone, además, para el Derecho positivo, tener el modelo (*de lege ferenda*) que muestra la perfección a que debe aspirar y le ofrece una posible fuente inagotable (principios generales del Derecho), con que completar la irremediable insuficiencia de las normas positivas. Los preceptos de Derecho natural, al ser convertidos en normas positivas, adquieren una nueva eficacia social, al sumársele la coacción física y, también, pueden recibir así concreción y hasta aumentar en su extensión, cuando las normas de mero contenido positivo son elevadas a jurídicas por el Derecho natural.» (pág. 42)

V. EL DERECHO NATURAL MEDIADOR ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO POSITIVO

Es sabida la clasificación de las distintas posiciones adoptadas con referencia a las relaciones entre la Moral y el Derecho, de las que hace años nos ocupamos al diferenciar la virtud de la justicia y lo justo jurídico: tesis separatistas; absorcionistas de una por la otra, y finalistas o subordinantes, pero diferenciadoras.

FEDERICO DE CASTRO nota que existe «un campo en el que coinciden el imperativo moral y el jurídico: en el deber de actuar conforme a la Justicia. La conducta del hombre en la sociedad está medida conjunta y armónicamente, a la vez, por la regla de la Moral, por la del Derecho natural y por la del Derecho positivo. Las diferencias están en el ámbito, criterio y eficacia de cada regla.

»El Derecho natural se distingue de la Moral por: a) Su ámbito más restringido, referido a la conducta del hombre en la sociedad. b) Por su criterio más escrito, el de la Justicia (no el de las demás virtudes). c) Por su eficacia más concreta y precisa, lleva consigo la exigencia de su realización social, la exigibilidad de su cumplimiento por la persona autorizada y el deber de reparación en caso de incumplimiento.

»El puesto del Derecho natural, dentro del orden moral, será, pues, el de eslabón intermedio, o dicho con metáfora menos imprecisa, el de 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 exigibles socialmente, son los supuestos que permiten la *conversión* de los imperativos morales en directrices de las reglas coactivas del vivir social.

»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.» (págs. 26 y s.)

A la inversa, observa también —conforme la opinión de SANTO TOMÁS, que fue común entre los clásicos hispánicos— la repercusión de las normas de derecho positivo, en lo que inicialmente era moralmente indiferente que se hiciera de un modo u otro, pero que dejaba de serlo una vez determinado por el derecho positivo como debía hacerse. Así, dice DE CASTRO:

«También la norma de Derecho positivo tiene influjo —aunque sea reflejo— en el orden moral. Cuando, por la legitimidad 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 en su realización.» (pág. 27)

Por consiguiente, el Derecho natural: «No es ni un Derecho ideal (utópico) ni un ideal jurídico (aspiración política "ideología"), es sencillamente el canon jurídico impuesto por la Justicia, en su doble función de señalar la meta de perfección a que ha de aspirar el Derecho (ordenación que colabore a la más perfecta realización de la naturaleza moral del hombre) y el mínimo de respeto que a él ha de guardar una regla, para merecer (conforme a las circunstancias) el título de jurídica.» A su juicio, «importa mucho el que las reglas y principios extrapostivos lleven el nombre de Derecho lo que marca su carácter de medida y de medida homogénea de las reglas positivas y su aptitud para calibrar *jurídicamente* cada norma y mandato. El mismo calificativo de "natural", aunque poco concreto, indica suficientemente su principal carácter: el de ser superior al arbitrio del gobernante. Prácticamente, la admisión del Derecho natural significa que norma positiva justa queda reforzada, obligando en conciencia; que la tacha de contrariar al Derecho natural acarrea su pérdida de valor jurídico al dejar de obligar en conciencia.» (págs. 29 y s.)

De ahí que la norma positiva, además de *auctoritas* y *effectus*, deba tener *ratio*, que DE CASTRO hace equivalente a «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).» (pág. 53)

«La diferencia —dice— entre regla de Derecho natural y de Derecho positivo está en que aquélla tiene la fuerza de su *ratio*, pero carece tanto de su consideración de regla positiva para los órganos (*auctoritas legis*) como de eficacia organizadora (*effectus*). Las reglas del Derecho natural pasan de la consideración de desiderata a la de Derecho positivo cuando adquieren eficacia organizadora; en este momento dejan el estado extra-positivo y se convierten en reglas del Derecho positivo, como ocurre en el Derecho español por medio de los principios generales del Derecho (art. 6 C. c.)» (págs. 53 y s.)

VI. GNOSEOLOGIA DEL DERECHO NATURAL

La perspectiva ontológica del Derecho natural, hemos visto antes (§ II), está claramente entendida por el Profesor DE CASTRO como expresión de la Ley eterna (págs. 14 y 37). Menos explícito es al explicar el aspecto gnoseológico del derecho natural, es decir, el relativo a su conocimiento. Leemos «el *Derecho natural* es lo preceptuado por la ley natural ("la participación de la ley eterna e nla humana criatura racional", *S. Th.* 1.^a 2.^{ae}, q, 91, a 3 y qu. 97, a. 1, ad 1) en materia que atañe a la justicia de las relaciones humanas» (pág. 23). Y contrapone Derecho positivo y Derecho natural por su autoridad y origen mediato: «El Derecho natural como dervado de la Naturaleza, y el positivo, como impuesto por un mandato (incluso el Derecho positivo divino)» (pág. 31).

Ahora bien, ¿cómo captamos el conocimiento de la ley eterna? ¿como leemos en la naturaleza lo que es derecho?

DE CASTRO, al enfocar el contenido de la ciencia de Derecho positivo, rechaza la *estrechez de visión* que significa la, que se ha hecho usual, de «considerar a la "ley promulgada" como única materia del Derecho» y afirma que «no puede excluir el que la actividad de *lege ferenda* y la determinación de los principios jurídicos también» (pág. 69). Esto se relaciona con su consideración del Derecho natural, no sólo con «la función negativa de señalar los presupuestos inalienables de lo jurídico», sino la de servir de «modelo (de *lege ferenda*)» (pág. 42). Sin duda por eso, señala:

«Para no incurrir en las faltas habituales, conviene tener presente que la ciencia del Derecho positivo ha de considerar estos elementos:

»1. La idea de la Justicia es el criterio organizador y decisorio de 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 porqué de la decisión.

»2. El método; la naturaleza de esa idea es la que determina el procedimiento para conocer toda la realidad que ella informa. Por ello, en primer lugar, estará determinado por el criterio de la adecuación justa y sólo en segundo lugar por el de la adecuación lógica.

»El poder organizador de la idea se muestra al utilizar: a) el método deductivo, infiriendo criterios de adecuación de los principios generales de justicia (Derecho natural) y de los de la política (idea de la vida a realizar en un pueblo y en un tiempo determinado), y b) el método inductivo, conociendo la realidad social (estructura social, política y económica real) y la realidad jurídica (eficacia real de las normas en la vida social), para que sirva de base para la actuación jurídica (realización práctica en la materia jurídica).

»Aunque con el primer método se utilizarán más las ideas y en el segundo los conceptos, ambos son imprescindibles en la ciencia

jurídica. Las ideas dan los criterios prácticos, los signos de orientación y los motivos de decisión. Los conceptos ofrecen los medios de ordenar la realidad jurídica y de comprenderla discursivamente. Se utilizarán conceptos definidores de contenido, ordenadores de materias y sistemáticos para dar forma unitaria al conocimiento.

»3. Materia. La realidad jurídica puede ser considerada: teóricamente (modo de comprenderla) o técnicamente (modo de actuar sobre ella); pero, como ciencia práctica, en la ciencia del Derecho positivo ambos aspectos van unidos. ...» Según la materia, distingue la labor jurídica, de *lege ferenda* —«Bajo la presidencia decisoria del criterio de Justicia se formulan leyes, se determinan costumbres y se precisan los principios generales del Derecho»— y de *lege lata*. (pág. 70).

Seguidamente, enuncia las ciencias del Derecho —es decir, las disciplinas científicas, creadas «alrededor de la realidad de la idea de Justicia y de sus distintas manifestaciones»: Filosofía del Derecho, Derecho natural, Sociología jurídica, Política jurídica, teoría general del Derecho y ciencia del Derecho positivo— e indica que el Derecho natural «estudia el Derecho como una substancia o realidad metafísica, en su aspecto de ley eterna, inmutable y trascendente y en su aplicación temporal como criterio y guía de la actividad jurídica» (pág. 71).

Pero, a la par, al señalar la finalidad y el método de la ciencia del Derecho positivo, muestra su inseparabilidad práctica de la ciencia del Derecho natural, al decir que aquélla se insipara «en los postulados del Derecho Natural, a la vez que no desconoce los criterios políticos y se basa en el conocimiento de las realidades sociales. Su carácter de ciencia aplicada del Derecho le coloca 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 —si no más— en su tarea de confeccionar leyes e interpretarlas como para el conocimiento de las mismas leyes para aplicarlas.» (pág. 72)

Aquí, en nota 8 a pie de página, ofrece esclarecedora una cita de ESSER, indicando que éste «señala como cometidos de la investigación científica: 1. Investigación social (sociología jurídica y disciplinas auxiliares). 2. Aclaración del Derecho (dogmática jurídica). 3. Formación del sistema ("doctrina del Derecho natural", teoría jurídica, filosofía del Derecho). 4. Investigación de las fuentes (historia). 5. Mejoramiento y nueva formación del Derecho (política jurídica).»

En mi colaboración a los *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, que titulé *Perfiles jurídicos del Derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, al abordar la gnoseología utilizada por el AQUINATENSE observé e hice notar la doble vía por él empleada para el hallazgo del Derecho natural, deductiva en el

Tratado de las Leyes I^a, II^{ae}, qu. 94, e inductiva en el *Tratado de la Justicia*, II^a, II^{ae}, qu. 57, al juzgar si algo es justo atendiendo a las consecuencias dimanantes. Notemos que, mientras la mayoría de manuales modernos del Derecho natural lo han enfocado como el dimanante de la ley natural, en cambio el Prof. MICHEL VILLEY muestra que SANTO TOMÁS lo discierne por la vía que trata de hallar la *res iusta, ex ipsa natura rei*, es decir, en concreto, *quod iustum est*. A mi juicio, es preciso seguir complementariamente ambas vías con perspectiva universal y concreta a la vez. La determinación de la *res iusta, secundum absolutam sui considerationem*, requiere su perspectiva iluminada por la proyección del juicio de la ley natural, y su concreción *secundum aliquid quod ex ipso consequitur* necesita la consiguiente inducción y los juicios prudentiales, aunque ambas consideraciones confluyan al apreciarlas la razón natural, *secundum rationem naturalem, quae hoc dictat*.

¿Cuál ha sido en este punto la posición de Don Federico? Sin duda tuvo presentes ambas vías. Pero, tal vez, consideró que el derecho natural propiamente dicho era el dimanante de la primera, mientras la segunda se imponía al derecho humano como exigencia de aquél, como requisito para resultarle conforme. Dudamos que filosofara en torno a esta duda; pero, si el Derecho positivo debía seguir la segunda para conformarse al Derecho natural, es que también con ella se acaba de perfilar éste, predeterminándolo como modelo de aquél. Dejamos para más adelante profundizar en esa duda. De momento, vamos a comprobar, como DE CASTRO, tiene en cuenta ambas vías para determinar la conformidad del Derecho positivo al Derecho natural.

VII. ANTROPOLOGIA JURIDICA

Notemos que la vía descendente de la ley natural es de enfoque antropológico. No sólo por su captación, por *sinderesis* de los primeros principios, sino precisamente por partir en su hallazgo de las inclinaciones humanas y reguladas por la razón natural.

La radical distinción entre la perspectiva antropológico-jurídica del Derecho natural y cristiano clásica, y la del Derecho natural moderno, derivado del Protestantismo y de la Ilustración, la explica DE CASTRO lúcidamente:

«En la antigüedad, no había un clima favorable para la valoración jurídica de la persona. En Grecia, el hombre adquiere significado jurídico en cuanto pertenece al *oikos*, a la *fratria* y a la *polis*; en Roma, durante siglos, sólo alcanzaba verdadera personalidad el *cives romanus sui iuris*. El estoicismo, al hacerse y transformarse en doctrina de las clases altas romanas, y luego la desaparición de la vieja estructura social de la *civitas*, incompatible con la nueva realidad del Imperio, hacen posible un comienzo de regulación y hasta de consideración dogmática de la persona por

los juristas romanos, como elemento básico e independiente, en la organización social. Desde Constantino, el cristianismo influirá en esta misma dirección, del modo que revela la legislación recogida en el *Corpus iuris civilis*.

»La concepción cristiana se hace sentir e influye de modo mucho más hondo y decisivo en la legislación de los conquistadores germánicos. Como "doctrina de libertad", enseña que ser persona es algo más que la atribución de un nombre vacío, y consagra como regla e impulsa a que se realicen en la práctica los dos grandes principios del Derecho de la persona, los de la libertad y la responsabilidad. Ello explica el hecho, tan extraño para una consideración histórica superficial, de que en algunos textos jurídicos "bárbaros" se encuentre un respeto real a la persona, superior al que en el Derecho romano clásico se le tuviera y que el "obscurantismo" escolástico lo proclame como un deber y con un vigor hoy, por desgracia, desconocido.

»Es opinión generalmente aceptada, tan extendida como falsa, que el "despertar de la personalidad" se debe al Renacimiento italiano; su contribución ha sido más bien la hipertrofia del individualismo, la destrucción o la debilitación de los grupos sociales naturales, con la consiguiente preponderancia de los dos enemigos más fuertes de la libertad: el determinismo moral, excusa de la irresponsabilidad, y el concepto del Estado moderno, que llevará al absolutismo. La tenaz defensa que la Iglesia católica hace de la persona y el poderoso movimiento que, en su favor, supone la Contrarreforma serán frenados; la desaparición de las distintas organizaciones corporativas, apoyo y defensa del individuo, enfrenta a cada hombre, solo y desamparado, al moderno leviatán del Estado; y la desviada dirección que toma la cultura centroeuropea permite y fomenta la difusión de los tópicos en los que se buscará la justificación teórica del desconimiento de la personalidad.

»Los derechos naturales propios de todo hombre, como criatura racional y ser social, formulados de modo científico por la escuela española de Derecho natural, difundidos por los juristas de los Países Bajos, se transforman, en la escuela protestante alemana de Derecho natural, en los derechos individuales, que con ya definido matiz político derivarán en los "derechos del hombre" del enciclopedismo francés. La Revolución francesa, al difundir la moda de plantar al frente de las Constituciones la "declaración de los derechos del hombre", hizo un mal servicio a la defensa jurídica de la persona, y tuvo una lamentable repercusión en la legislación civil; pues los partidarios y los enemigos de las ideas revolucionarias coinciden en sobreentender que la regulación toda de los derechos y deberes de la persona y su consideración institucional es cuestión política, materia constitucional, impropia de los Códigos civiles; prejuicio que tendrá como resultado que los civilistas abandonen la consideración jurídica de la persona.

»En los tiempos más recientes preocupa ante todo la libertad económica. El poder de las grandes organizaciones financieras e industriales, que ningún individuo aislado podría resistir, determina el auge de su antagonista, la organización de trabajadores, y entre ambos, como tercera potencia necesaria, la moderna burocracia estatal. Gran capitalismo, sindicatos, el tentacular Estado de funcionarios y técnicos, en sus tremandas luchas por el predominio, arrastrados por la misma necesidad de la contienda, aspiran a un control siempre más exclusivo de la sociedad, y se pierde todo respeto a la persona. Nuevos mitos comunitarios se instauran, y los hombres son sólo estimados por su raza, su "religión" política, por su adscripción corporativa o sindical, y son reducidos a números, en esas modernas masas informes a las que ni siquiera —como en Bizancio— se les dejará que se distingan por unos colores.

»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 *mínimum* 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 particularmente 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 la organización jurídica tiene la adecuada consideración jurídica de la persona.» (vol. II-1, págs. 10 y ss.)

El iusnaturalismo de la visión antropológica jurídica de DON FEDERICO, resalta al leer el examen crítico que efectúa de las diferentes direcciones teóricas que tratan de explicar el concepto jurídico de persona.

«La persona y su mismo concepto —dice— no son creación del Derecho, existen fuera de él, y con su propio significado es aludido o utilizado por la norma. La función del Derecho positivo respecto a la persona puede centrarse en los dos elementos lógicos de la designación y la conversión jurídica. La designación supone, como siempre, una salida del ámbito de la abstracción jurídica y el marcar una realidad, que ya tiene una existencia —física o social— propia y no dependiente del Derecho. Tal designación no es arbitraria, responde a porqués de muy distinto origen; respecto a la persona, viene directamente determinada por su origen (Derecho natural); la designación contenida en la norma se referirá a una realidad social, pero determinada en el "que" y en el "como" por el Derecho natural. La conversión jurídica requiere el definir —jurídicamente— la realidad social y transformarla en realidad jurídica. La definición de la realidad social, dado el carácter técnico o instrumental de la nomenclatura jurídica, puede hacerse utilizando un concepto que, aunque sinónimo en el Derecho, no corresponda

exactamente (sea más o menos amplio) a su significado social; esta discordancia externa no significa una diversidad de naturaleza, ni una desconexión con la realidad, sino sólo un medio de referencia impuesto por la técnica de la interpretación jurídica. La conversión de la realidad social en jurídica es el dar un nuevo valor a esa realidad, no un sustituir la realidad social por la jurídica; se produce un cambio jurídico, social y hasta económico, pero la realidad social, a la que revaloriza y transforma el Derecho, es la que caracteriza e individualiza la referencia contenida en la norma. La que explica y justifica la peculiaridad de cada situación jurídica de cada norma y de su interpretación. La persona a la alude el Derecho no es una abstracción; no es lo "jurídico" a lo que se atribuye o puede atribuir "algo" jurídico; es la persona realidad social, en su valoración jurídica. Es, pues, una realidad social, que exige —conforme al Derecho natural— una regulación jurídica; es cierto que el Derecho positivo ha desconocido, parcialmente, en ciertas épocas, el valor de la persona, y que puede extender el concepto de persona, por analogía, a otras realidades sociales; mas tal proceder —justificado o no— del legislador o de la técnica no puede ocultar el hecho de que es la realidad social persona, la que fue y es la base y el fin de la regulación jurídica de la persona.» (vol. II-1, págs. 27 y s.)

De ahí *el deber general de respeto a la persona con sus inherentes derechos.*

«La doctrina no ha sabido destacar la existencia del deber general de respeto a la persona, que imponen los principios del Derecho civil; hecho lamentable, pues a pesar de que la jurisprudencia ha encontrado remedio a los supuestos más graves, ha dificultado o impedido la justa resolución de muchos casos prácticos.

»Los primeros intentos de la doctrina fueron poco afortunados, pues se hablaba de "de un derecho de la personalidad", centro de derechos, como la propiedad y la patria potestad, que se revela en múltiples facultades, derecho subjetivo unitario básico, que fundamenta a todos los derechos subjetivos particulares. Con motivo, la opinión común rechazó tal tipo de derecho subjetivo, que no contenía ningún poder concreto ni recaería sobre un objeto determinado, que supondría la duplicación de figuras jurídicas, con un derecho de personalidad debajo del que pulularían otros derechos sobre la misma persona, sobre cosas y conductas ajenas. Pero al combatir esta teoría se repudió también, sin haber sabido distinguirlo, el valor jurídico intrínseco de la persona y hasta "los mismos derechos especiales de personalidad".» (págs. 35 y s.)

Sin embargo —añade— «la realidad se ha impuesto al fin y la jurisprudencia ha reconocido la existencia de daños ocasionados a la persona (no a un especial derecho subjetivo de ésta) y se han admitido acciones para su indemnización. Aceptado el daño de algo, que no es de un derecho subjetivo, que es precisamente una

cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura jurídica de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona.

»Doctrinalmente, la cuestión carece de dificultades desde que se abandona la idea de un derecho subjetivo de la personalidad y se atiende sencillamente a lo protegido, al cómo y al porqué de la protección. La persona, al ser reconocida jurídicamente, alcanza una situación jurídica amparada, que se manifiesta inmediatamente en los derechos subjetivos de la personalidad, en variadas facultades y, ante todo, en un deber general de respeto a tal situación y cualidad.

»El alcance teórico y práctico de reconocer tal situación protegida y el correspondiente deber general de respeto es muy amplio; especialmente pueden señalars los siguientes extremos: 1. La proliferación hecha por la doctrina moderna de los derechos de la personalidad no basta para la completa protección, pues por muy numerosos que se conciban dejarán siempre indefensos algunos aspectos de la persona. 2. El respeto a la persona se impone a todos, incluso a la persona respecto de sí misma, lo que implica los límites intrínsecos de los derechos de la personalidad. 3. Señala el origen y porqué del deber de defensa y protección de la persona que incumbe a las autoridades. 4. Indica la posibilidad jurídica de la protección de hecho de una persona por otra y las relaciones jurídicas —extracontractuales— que nacerán de ella. 5. Determina los límites impuestos a los poderes que sobre la persona puedan concederse en cada una de las distintas ramas del Derecho. 6. Justifica los casos más importantes del daño moral » (págs. 36 y s.)

VIII. LA PRUDENCIA EN LA POLITICA JURIDICA Y EN LA POLITICA DE DERECHO

Hemos señalado antes (§ IV) que según DE CASTRO el primer precepto específico que recibe el Derecho positivo del natural, es el de cumplir su fin de servir al bien común o de la comunidad (pág. 39). Para ello, si bien el Derecho natural «señala límites e indica fines, no impone un sistema concreto de reglas y soluciones». Para servir al bien común es preciso determinarlo, realizar las medidas que aconseje la prudencia y fortificar las instituciones que sea preciso; y, todo esto —dice— entra en el campo de la política (pág. 46).

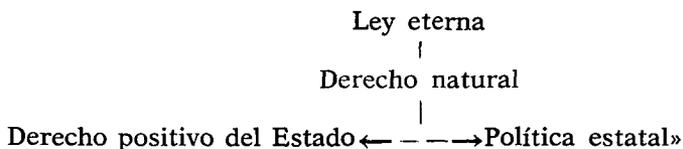
Por *política jurídica* «se ha aludido el arte de dictar reglas jurídicas» o «de gobernar mediante el instrumental jurídico» o a la «previa selección de los resultados a conseguir socialmente las leyes.»

Política del Derecho estima que podría llamarse a la política —modo de legislar, gobernar y aplicar las normas— que impone o aconseja la misma idea del Derecho.

A su juicio: Hay «una política, la política de Derecho, que impone a los juristas como deber específico, inmediato, y creando gravísima obligación de conciencia, la discriminación de lo justo y la aplicación de la justicia en todo momento y ocasión. No se propone, como se ha dicho, una conducta inhumana o desconectada con la realidad social, sino la realización del valor jerárquico de la justicia en la y para la organización social. No se predica un abstracto *pereat Mundus, fiat Iustitia*, sino un necesario y sentido por todos: *fiat Iustitia ut non pereat Mundus*. Es la política del 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 provechos 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.» (páginas 48 y s.)

Aquí la realización del valor jerárquico de la justicia requiere que se examine en relación a las consecuencias dimanantes; pues, dice, «todo Derecho vivo es siempre una tensión constante entre las resistencias de la realidad social y las aspiraciones de sus principios, y supone una labor creadora y reformadora, en constante lucha con errores modernos, viejos prejuicios y arraigados intereses egoístas.» (pág. 49).

En nota (3) señala: «La relación entre ley eterna (razón y voluntad de Dios, ordenando el mantenimiento del orden natural, S. Agustín), ley natural (participación de la ley eterna en la criatura racional, Santo Tomás), o mandato para mantener el orden natural (entre los hombres, con el Derecho estatal y la Política puede representarse por este esquema:



La prudencia política en el campo del Derecho tiene que relacionar los principios del Derecho natural con las consecuencias dimanantes de la normativa humana según se la aplicara en uno u otro sentido, con tal o cual intensidad y de qué modo se aplicase. Debe legislarse, ha dicho antes DE CASTRO, «conforme a las circunstancias y siguiendo los dictados de la prudencia política» (pág. 41).

Como civilista de pro, pide DON FEDERICO que los juristas se preocupan por el mal modo como se ha venido haciendo política jurídica con el Derecho civil, sin hacer verdadera política del Derecho civil, sin hacer verdadera política del Derecho y poniéndolo, «con más o menos despreocupación, al servicio de ideas e intereses políticos». Y, para mostrar este defecto de utilización política del Derecho, va exponiendo:

«... El fin de la *aequabilitatis conservatio*, que ya señalara Cicerón al Derecho civil romano, le hacía arma eficaz en manos de reyes y príncipes en su lucha contra el feudalismo y poderes sociales independientes. Los legistas construyen argumentos y elaboran sus textos al servicio de la realeza y colaboran a minar los Derechos especiales de la nobleza, de los terratenientes e incluso de las ciudades.

»Las ideas del ius-naturalismo individualista y la teoría de los derechos innatos hacen centrar al Derecho civil en torno al hombre, en su consideración de individuo. En el Derecho territorial prusiano (1791), con el título de «derechos del estado llano» (*Bürgerstandes*), se regula la situación de una clase todavía; pero el individuo ya no se considera como miembro del poder estatal, sino como protegido, como «persona privada». En nombre de la libertad (SPINOZA, ROUSSEAU, KANT), se rompen los antiguos vínculos, se destrozan las viejas comunidades y se eleva a la primera categoría el concepto de ciudadano; el primer Código nace como *Code civil des français*; el Derecho civil se concibe como el mantenedor de los derechos subjetivos del individuo y como su defensor frente a la Administración.

»El individualismo se manifiesta en el mundo moderno de nuevos modos. Mediante la técnica conceptual y la abstracción, se elimina el viejo *pathos* político, se procura borrar toda huella del Derecho natural y se trata de convertir al Derecho civil en la fría organización técnica de los intereses del tráfico económico. Por otro lado, separada la persona de las instituciones que le daban valor y arraigo, el individuo se convierte en masa, en ese número sin nombre ideal del marxismo. La concepción individualista reduce la persona a una sombra abstracta, insignificante en el juego de las fuerzas económicas; las tendencias del absolutismo estatal eliminan al Derecho civil y todo lo reducen a un funcionamiento mecanizado. En una o en otra dirección tenía que disminuir el valor del Derecho civil, y no faltaban signos que justificasen predicciones de su desaparición.» (págs. 124 y s.)

Sin embargo, partiendo indudablemente de su concepción antropológica, que hemos observado en el epígrafe anterior, declara paladinamente:

«El Derecho civil afirma y recobra su puesto central en la concepción jurídica moderna; como base del Derecho privado, regulador de los valores personales y familiares, y adquiere todo su significado considerando a la persona en la rica variedad de la vida social, en la realidad concreta de los distintos puestos de mando y servicio, en su dignidad y en su honor, dentro de la organización jerárquica de la familia y como miembro de la comunidad nacional.» (pág. 126)

IX. EL DERECHO NATURAL Y LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO: LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y LA EQUIDAD

Además de la función del Derecho natural de ofrecer sus conclusiones para las normas legales y consuetudinarias, sirviendo como modelo de *lege ferenda* y de actuar como *mensura* del Derecho positivo «ofrece una posible fuente inagotable» en los *principios generales de Derecho*, según dice DE CASTRO (pág. 42), quien, como veremos, admite que se conecten, con la *equidad* (págs. 472 y s.). Esta penetración del Derecho natural como fuente de agua viva, aplicable directamente como derecho positivo humano, vamos a tratar de mostrarla desde la perspectiva de DON FEDERICO.

A) *El Derecho natural en los principios generales del Derecho.*

El Prof. DE CASTRO dice: «En todos los países de Derecho conocido se distingue, junto al Derecho formulado en leyes o manifestado en prácticas sociales, ciertas normas que, a pesar de no basarse en la autoridad del Estado ni en los intereses de una determinada fuerza social, tienen un vigor normativo tal, que son el fundamento más firme de la eficacia de leyes y costumbres.» (pág. 448)

Y, páginas después, explica: «La expresión principios generales del Derecho permite comprender todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Esta es su ventaja respecto de otros términos, como principios de Justicia, principios del Derecho natural, equidad o razón natural; con ella se alude también a los demás tipos de normas no formuladas, principios sociales (tradicionales) y principios políticos, cuya existencia es igualmente cierta. Unos y otros, a pesar de su distinto origen y naturaleza, coinciden en tener igual significado en el ordenamiento jurídico, respecto al Derecho formulado, y se caracterizan, del mismo modo, en que la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesaria su concreción en una regla formulada.» (pág. 464).

Indaga y responde DON FEDERICO: «¿Dónde se halla el origen, fuente o fuerza social que crea y da vigor jurídico a los principios? Pregunta que no puede contestarse negativamente, ante la realidad jurídica de los principios, y cuya respuesta parece escapar siempre a la doctrina. El camino mejor para responderla quizá sea seguir la pista a cada tipo de principio y descubrir su peculiar causa de eficacia, teniendo —a la vez— en cuenta la singularidad propia de este modo de manifestarse el Derecho.

»Las reglas del Derecho natural están por encima de la realidad social y son la medida del Derecho positivo; para formar

parte del ordenamiento positivo se requiere, sin embargo, el trámite de la positividad. Las reglas del Derecho natural, así recibidas, tienen, pues, la autoridad doble de sus dos fuentes: la de su contenido (básica y mediata) y la de su positivación (secundaria o inmediata). La positivación puede provenir de la ley, de la jurisprudencia, de la Administración, de algún grupo social o de la comunidad en general; conforme a ella, las reglas del Derecho natural toman valor de normas legales o consuetudinarias; aunque merezcan el nombre de principios generales del Derecho natural sólo cuando la recepción se hace por la comunidad y sin que se formule en una regla específica.» (págs. 459 y s.)

Como vemos, en el primer más elevado puesto de los principios generales de Derecho sitúa a los de Derecho natural.

No es cosa nueva, sino que se percibía en las más antiguas manifestaciones del Derecho que nos son conocidas. DE CASTRO va siguiendo sus huellas desde el mundo griego.

«En Grecia se concibe el Derecho como una manifestación del orden universal (κοσμος), establecido por los dioses, o ley general (κοινος νομος); en el ordenamiento jurídico de cada ciudad (ἄδιος νομος) se reconoce la existencia —junto a la ley escrita— de una ley no escrita (αγραφος νομος), derivada de la Naturaleza, basada en la equidad y la tradición o impuesta por las convicciones morales y religiosas.

»La organización jurídica romana, a pesar del preponderante papel político que en ella alcanzó la ley y de la función renovadora que se confiaba al pretor y a los "prudentes", estaba también basada en leyes no escritas. Repetidas veces, CICERÓN señala que el Derecho civil está constituido no sólo por las leyes *senatus consultus*, sentencias, autoridad de los jurisconsultos y edictos de los magistrados, sino también *more et aequitate*, y que, al lado de la ley escrita, existe la establecida *sine litteris, aut gentium iure, aut maiorum more.*» (pág. 448)

Y explica: «La conciencia del valor de las normas no formuladas hace que los juristas romanos apoyen sus decisiones en la *ratio iuris*, en la *natura rerum* e incluso en la *pietas* y en la *humanitas*; la tradición, *amore antiqui moris*, ha mantenido la sorprendente unidad y uniformidad del Derecho romano a través de los siglos; en fin, explica que se pueda llamar fundamento de la Justicia a principios no expresados en las leyes, como la *fides.*» (pág. 449).

En el mundo medieval advierte la perspectiva universalizada del orden jurídico: «La concepción jurídica de la Edad Media, iluminada por la doctrina católica, no contraponen la ley a las normas no formuladas, sino que parte del origen común y de la unidad fundamental de todo lo jurídico. Santo Tomás enseña que la ley humana descende de la ley natural, derivándose unas veces como la 'conclusión del principio' (*ius gentium*) y otras "por modo de determinación particular" (*ius civile*).» (pág. 449)

La edad moderna trae otro planteamiento jurídico:

«Hasta la época moderna no se pone en cuestión la existencia de principios jurídicos fuera de la letra de las leyes, y, por ello, hasta entonces no se discute en torno suyo ni se inquiere por su especial naturaleza. La dirección individualista del Derecho pone a los principios del Derecho en la primera línea de la consideración teórica. Primero negándolos y condenándolos, en lucha contra la autoridad del Derecho romano y canónico y frente al influjo de la tradición católica, para favorecer al arbitrio de los príncipes protestantes. Después, pasado el momento de la labor negativa y elaborados ya, por los corifeos de la escuela, propios principios, la conveniencia práctica (dada la insuficiencia del texto de las leyes) y el deseo de conseguir mayor fuerza para sus ideas, hace renacer el interés por los principios del Derecho.

«El ambiente del ius-naturalismo individualista domina durante el siglo XVIII, lo mismo en las Cortes de Berlín y de Viena que en los círculos y clubs revolucionarios franceses. Con y por él serán acogidos dentro del movimiento codificador los principios generales del Derecho.» (págs. 449 y s.)

DE CASTRO critica esa nueva posición: «La intervención decisiva de la Escuela de Derecho natural individualista, en la admisión de los principios generales por los Códigos austríaco y albertino, hará que la repudiación general que sufre después esa escuela se refleje en un desprestigio de los mismos principios. El predominio del positivismo jurídico vendrá a confundir y a unir en igual condena el Derecho natural y toda regla no legislada.

«Es necesario, ante todo, insistir sobre la radical diferencia entre la doctrina de la escuela católica de Derecho natural, que lo concibe como firme e inatacable conjunto de verdades objetivas, derivadas de la ley divina y eterna, y las concepciones individualistas que formulan reglas de Derecho natural conforme al arbitrio de la razón individual. Aquél merece, pero éste no, el título de Derecho natural.

«Hay, también, que apartar del contenido del Derecho natural todo lo que no tenga este carácter. Incluso en los autores mejor intencionados, por influjo de los equivocados métodos de la escuela individualista, se encuentra atribuido el carácter de Derecho natural a reglas que, por algún motivo, les ha parecido racional o conveniente darles carácter general. Más peligrosa se muestra esta tendencia cuando se trata de cubrir con el manto del Derecho natural la defensa de determinadas y circunstanciales ideas políticas.» (págs. 453 y s.)

Párrafos después, prosigue:

«La fuerza extraordinaria de la dirección positivista y la enemiga fanática contra el Derecho natural, determina que se condene toda referencia a sus preceptos, pero no suscita iguales recelos la idea, un tanto vaga, de normas subsidiarias del Derecho legislado; aceptadas por los positivistas, para impedir pereciesen por asfixia,

a fuerza de abstracción sus construcciones, será la puerta por la que se irá reconociendo la existencia, primero, y, después, la primacía de las normas extrapositivas.

»La historia de las doctrinas jurídicas muestra cómo, de este modo, las escuelas enemigas del Derecho natural llegan a admitir, con distintos nombres o disfraces, la existencia de principios jurídicos fuera de la ley.» (pág. 455).

Y concluye que, «si bien el reconocimiento de la imperfección de la regulación legal y de la necesidad de acudir en su defecto a principios no formulados, son un primer paso y un expediente hábil, no puede la doctrina jurídica detenerse en él, porque sería desconocer la verdadera naturaleza de los principios generales. Con ellos se alude a una realidad jurídica independiente y superior a la ley positiva, a aquella que le da sentido jurídico, valor moral y eficacia social.» (pág. 456)

Estima DE CASTRO que, para evitar errores al relacionar el Derecho natural y los principios generales, conviene advertir:

«1.º Que, al sostenerse que los principios del Derecho natural son principios generales del Derecho positivo, se alude al Derecho natural objetivo y se rechazan las pretendidas reglas, invención arbitraria de la dirección individualista.

»2.º Que no todos los principios del Derecho natural son recibidos por el Derecho positivo.

»3.º Que no todos los principios generales son de Derecho natural, pues existen también los tradicionales y los políticos.» (pág. 454).

Penetrando en el examen de los principios de Derecho natural, explica:

«El Derecho natural es la base del Derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre. Queda entonces afirmado el Derecho positivo en el fundamento de los fundamentos y anclado sólidamente en las verdades imperecederas; la ley humana debe cumplir —en el modo imperfecto que le es posible— su misión de colaborar en el maravilloso orden y armonía de la creación.» (pág. 466)

Seguidamente se ocupa de dilucidar, la «serie de dudas y cuestiones» que la «enemiga e incompresión respecto al Derecho natural origina» acerca del significado de éste respecto al positivo:

a) Respecto de la *variabilidad del Derecho*, dice: «Pero la variabilidad del Derecho humano y de los principios que lo inspiran nada dice contra la existencia y función del Derecho natural; pues el mismo Derecho natural requiere el adecuado mudar de la ley humana.» (págs. 466 y s.)

En nota añade: «Como dice Santo Tomás, la ley humana está sujeta a mutación por dos causas: por parte de la razón, porque

el procedimiento de la razón humana es llegar por grados de lo imperfecto a lo perfecto; por parte de los sometidos a la ley, porque la ley humana debe de estar en relación a las condiciones de aquellos a quienes se impone, y así cuando varían o se modifican estas condiciones debe mudarse también y modificarse la ley. *S. Th. I, 2.^a, qu. 97, a. 1.*» (nota 1, pág. 467)

b) Acerca de la *imperfeción del Derecho*, advierte: «Se impone sólo la armonización del Derecho positivo con el Derecho natural. El Derecho natural es 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 condenable el que no tenga en cuenta o vaya en dirección contraria al Derecho natural.» (pág. 467).

c) En cuanto a la *extrapositividad del Derecho natural*: «El Derecho natural no se confunde con el Derecho positivo, pero tampoco están separados en dos esferas incomunicadas. El Derecho natural está por encima del Derecho positivo, como legitimador del Derecho estatal; mas a su vez, el Derecho positivo concede eficacia —positiva— a una parte del Derecho natural, en cuanto se concreta en normas formuladas o acude a él para obtener principios aplicables *hic et nunc*. Esta positivación del Derecho natural puede hacerse en mayor o menor escala, de modo tácito o expreso.» Esa positivación, añade, «es un hecho social que se manifiesta a través de distintos órganos —afirmativa o negativamente— en el contenido de los textos legales, actuación de las autoridades, en especial de los Tribunales, en la actividad de los juristas y, sobre todo, en el juicio valorativo que imponga la misma comunidad nacional.» (págs. 461 y s.)

Afirma DE CASTRO que, en Derecho español la positivación del natural «está impuesta con la remisión a los principios generales del Derecho» (pág. 467), respondiendo a los antecedentes históricos, que expone páginas antes:

«La concepción jurídica española no permite separar a las normas legales de los principios religiosos y morales y de su finalidad política: se hacen, como dicen Las Partidas, "a servicio de Dios y a procomunal de las gentes". No es un azar, por cierto, que haya sido un español, RAIMUNDO LULIO, el que primero utilice el término de principios del Derecho y señale su significado y contenido.» (págs. 461 y s.)

Nota, al respecto, que la doctrina clásica española, «a pesar de su reverencia por la autoridad del Derecho romano y de los antiguos maestros, no olvida que se debe mayor respeto a las normas del Derecho natural. Se acepta, como opinión general, contra los excesos de los romanistas, que el Derecho romano sólo era alegable y aplicable en los Tribunales como supletorio del Real, en cuanto

fuese exponente de la razón natural.» *Tamquam rationis naturalis* —según citas que hace de GREGORIO LÓPEZ, BURGOS DE PAZ, MOLINA, SÁNCHEZ—, regla que, en el siglo XVIII, es impuesta por Auto del Consejo pleno de 4 de diciembre 1713 (pág. 462).

A juicio de DON FEDERICO: «Estas ideas nunca se abandonan, y con terminología semejante a la actual se mantienen hasta la época de la codificación, cuya obra inspiran directamente.» (página 462). Y concluye: «Con la aceptación del término de principios generales del Derecho, no se ha modificado la situación jurídica anterior al Código. Ha venido sólo a confirmarse y a ponerse en primer plano, en contra de las corrientes positivistas que dominaban en otros países, el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las del Derecho natural.» (pág. 463).

B) *El Derecho natural en la aplicación de la equidad.*

Explica DE CASTRO que no cabe contraponer Derecho y equidad sino bajo el régimen del *ius strictum*, pues: «desde el momento en que se admite una interpretación o corrección de la ley conforme a la Justicia (sistema del *ius aequum*), la equidad deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico positivo.

»En el Derecho español, el engarce entre la equidad y los principios generales del Derecho natural parece claro. Supuesto de la aplicación de la equidad es la *inadecuación* (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia; es éste el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule no por esa regla, sino por el principio de Justicia. La equidad no es más que una manifestación del mecanismo fundacional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de Justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal.

»La jurisprudencia utiliza, en general, el concepto de equidad como equivalente al de Justicia...» (pág. 471 y s.)

En nota, a las palabras *altiora principia*, cita a SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2.^a, 2.^{ae}, q. 51, a. 4 y a SUÁREZ, *De legibus*, 6, 6, § 8 (nota 1, pág. 672).

Entiende que el Código civil «utiliza los términos "equitativamente" (art. 1.154) y "equidad" (art. 1.690) conforme al uso y al sentido de la antigua doctrina». Y concluye que, estos artículos, «pueden citarse como ejemplos de *ius aequum*, más que por la referencia a la equidad, por la excepción que suponen a la aplicación estricta de la ley del contrato, encomendándose al juez la moderación o el control de sus disposiciones conforme a los principios de Justicia.» (págs. 472 y s.)

Los antecedentes legislativos lo confirman, como muestra DE CASTRO, citando el siguiente comentario de GARCÍA GOYENA: «La equidad, tan recomendada en el Derecho, no es otra cosa que la razón o justicia natural, y ésta debe ser el verdadero suplemento de las leyes expresas.» (pág. 463).

C) Lo expuesto a lo largo de este epígrafe, explica la concepción más amplia que la de *ordenamiento jurídico* que expresa el Prof. DE CASTRO con la locución *orden jurídico*: «El orden jurídico —dice— será el último objeto de las normas en cuanto es dar realidad a la jerarquía de fines. Una de las grandes aportaciones de la doctrina católica ha sido ver en la *ordinatio* la función básica del Derecho y señalar que las normas jurídicas tienen que ser juzgadas no en su consideración aislada, sino en conjunto, como indicara SANTO TOMÁS, por su origen, materia y fin, por su resultado total en la realidad.» (pág. 63)

X. EL METODO PARA LA REALIZACION DEL DERECHO

La finalidad del Derecho es, sin duda, instrumental, la realización de la Justicia, con la que se funde en la función de *ius suum quique tribuere*. Pero, la piedra de toque para valorar esa función se halla en donde se sitúa su techo o su cúpula. Ahí se advierte la fundamental diferencia que contrapone el positivismo y el iusnaturalismo. El primero pone el techo en su respectivo ordenamiento jurídico positivo. El segundo sitúa su cúpula en la consecución del orden jurídico.

Esta diversa postura comporta diferencias sustanciales en cuanto a la significación, la interpretación y la aplicación de las normas en la realización del Derecho.

La posición en esta materia, del Prof. DE CASTRO es nítida. Basta leerla para comprenderlo:

«En el estadio de realización ha de considerarse la norma como instrumento, y el orden jurídico como fin a conseguir. Deben, por ello, estimarse las dos caras o planos de la realización del Derecho, teniendo en cuenta el significado instrumental del uno y el final del otro.» Se busca «conseguir el orden externo que, a su vez, se basa en el orden interno, en el respeto a la jerarquía de los valores morales, o sea, en fin de cuentas, la verdadera realización jurídica, lograr el bien común mediante la mejor realización social de la Justicia.» (pág. 488)

De ahí que estime, de acuerdo con la definición del AQUINATENSE (*S. Th.*, 1.^a 2.^{ae}, *qu.* 91, *a.* 4), que la ley: «Como norma jurídica ha de tener, para poder llamarse tal, legitimidad interna (racionalidad del precepto) y externa (potestad legítima del que la promulga).» (pág. 388)

Y, al analizar su carácter jurídico, indica: «En torno a la ley se ha reproducido, con meros cambios terminológicos, la disputa sobre la naturaleza del Derecho. Así, la esencia de la ley se ha visto: 1. En su *ratio* o porqué jurídico. 2. En la voluntad de quien tiene el Poder. 3. En su legalidad o conformidad a ciertos requisitos legales.» En nota (4) comenta: «La doctrina tomista coloca en la "*ratio*" la base de la Ley, como la de todo el Derecho. El nominalismo, con OCCAM, con su crítica de la razón y el predominio dado a la "*voluntas*", abre el camino de las concepciones absolutistas, que asientan la ley en la voluntad del soberano (HOBBS, BODINO). Esta dirección encontrará apoyo en los romanistas, que resucitan (con variantes) la regla "*quod principi placuit, legis habet vigorem*" (D. 1, 4, 1, *pr.*) y en la doctrina protestante que niega o repugna el Derecho natural (LUTERO y más decidida y sistemáticamente ZWINGLIO). La situación de desamparo creada por el desconocimiento del Derecho natural lleva a la búsqueda de criterios externos para distinguir entre ley y arbitrio: carácter general de la Ley, constitucionalidad. Su carácter insatisfactorio ha dado entrada, de nuevo, a otras tendencias absolutistas, como las que identifican la ley con la "voluntad del Estado", la "voluntad y plan del Jefe", "los intereses y la voluntad del Partido".»

Continúa, en el texto: «La doctrina clásica española ha seguido la concepción católica de la ley. Previo y condicionante será el que la regla tenga condición jurídica. El valor normativo de la ley (*vis obligandi*) se deriva de la finalidad justa del precepto y de la voluntad política del Poder que la dicta; la falta de uno de estos elementos impide el nacimiento de la ley; no habrá entonces más que un acto de fuerza, una aspiración o programa. Característica de la doctrina española ha sido el vigor con que exige que la ley tenga contenido moral, sea conforme al Derecho natural y sirva al bien de la comunidad.» De sus citas, destaquemos las de SUÁREZ (*De Legibus* I, 5, 11) y SOTO (*De Iustitia et Iure* I, 1) (págs. 388 y sig.).

Tal vez no resulte ocioso aquí recordar un reconocimiento que DE CASTRO hace del influjo que él tuvo del DOCTOR EXIMIO: «Las ideas de SUÁREZ sobre el concepto del Derecho, naturaleza de las normas, conceptos y caracteres de la ley y de la costumbre, aplicación e interpretación de la ley, han sido recogidos y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro» (página 177).

En cuanto al «paso intermedio, necesario, entre la norma (la orden) y el orden jurídico» (pág. 487), advierte DE CASTRO: «El tránsito desde la esfera de los conceptos —exacta, constante y diáfana— al vivir real de la sociedad —cambiante, multiforme, sólo asequible por la intuición— es de extraordinaria dificultad teórica, pero necesidad ineludible para el Derecho. ¿Cómo se pasa de la una al otro, qué camino les puede unir? ¿Deben relacionarse o permanecer independientes? ¿En qué situación de subordinación o

igualdad, deben mantenerse? Estas son las cuestiones que se aluden al hablar de método jurídico. Trasciende de la determinación del modo de *buscar la regla jurídica aplicable al caso*, e implica el ser del Derecho, *nuestra posición y conducta respecto al Derecho.*» (págs. 488 y s.)

En los tiempos modernos —dice— «de modo creciente, ha ido poniéndose de moda la cuestión del método en el Derecho»... «Colocando en primer plano la cuestión metodológica, queda arrumbada y en la sombra la fundamental y decisiva. la de la naturaleza y fin del Derecho. Implícitamente, con sólo el silencio, se acepta el postulado escéptico y relativista de la doctrina positivista y se reduce la cuestión metodológica a una sola tarea, la de "técnica del manejo de las normas". La importancia del método es incuestionable, pero no constituye un problema independiente, sino subordinado. Método significa dirección dada al conocimiento respecto a un objeto, camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica la teoría. Es necesario saber adónde se va antes de preguntarse cómo se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del Derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir. Mantener o no el carácter trascendente del Derecho, buscar o rechazar con fin jurídico primario la realización de la Justicia, es lo que separa de forma irreconciliable y de idéntico modo los conceptos y los métodos, exactos e inexactos del Derecho. Hallada la concepción jurídica verdadera, ella misma señalará cuál sea el mejor método a seguir.

»Las corrientes teóricas que cifran la función de la ciencia del Derecho en averiguar el *modus operandi* sobre "los datos experimentales del Derecho" (leyes, intereses, sentimientos, conductas de los jueces, órdenes concretas), estiman indiferente para sus disquisiciones metódicas lo que se refiere al concepto y al fin del Derecho, pero juzgan así porque de hecho desconocen a uno y a otro. El error está en su punto de partida, y ello, necesariamente, ha de reflejarse en todas sus consecuencias y, especialmente, en el enfoque de la cuestión metodológica.» (págs. 489 y s.)

Por eso concluye: «Hay que tener siempre bien presente que las funciones técnicas —interpretativa y sistemática— están subordinadas, como instrumentales, a los fines de la función realizadora del Derecho, marcados por los principios generales orientadores.» (pág. 491)

DON FEDERICO señala el itinerario de la pérdida de esa orientación que brilló «en los grandes movimientos jurídicos creadores: romano, Derecho intermedio y escuela española»:

«Los "prudentes", como el pretor en Roma, buscaban la conveniencia y la justicia de la solución dada; el orden de exposición de los estudios jurídicos o del edicto se consideraba adecuado, con tal que no dificultasen la comprensión de su contenido. Los glosadores y postglosadores interpretan las leyes del Derecho justiniano como Derecho vivo; respetan su letra y reverencian fórmulas y sistema,

pero reelaboran su contenido —con la técnica escolástica de distinciones y subdistinciones— para obtener resultados justos en la práctica.

»El cambio estará determinado por varias corrientes de ideas nacidas con el Renacimiento. Los ataques de los humanistas contra la jurisprudencia de su época será incentivo para un nuevo método (*usus gallicus*), basado en el estudio filológico. Su generalización llega a estos resultados: socavar la autoridad de los textos justinianos, preocuparse fundamentalmente por la pureza de los fragmentos clásicos y no dar importancia al fin social de las disposiciones ni a su adaptación para la aplicación práctica. Más grave, por su hondura y trascendencia, es la repercusión del protestantismo: la insubordinación contra la autoridad de la Santa Sede y del Concilio llevará consigo la repudiación del Derecho canónico, textos y principios; además, prepara la ruptura entre la esfera moral y la jurídica, que tan graves consecuencias tendrá.» (págs. 491 y s.)

A su juicio, «sobre todo, será decisivo el abandono de las formas escolásticas de razonar y el entusiasmo en favor de los nuevos métodos, en especial por arte dialéctico (*ars bene disserendi*) de PETRUS RAMUS (PIERRE DE LA RAMÉE, 1515-1571).

»La autoridad de la tradición y de la Iglesia se creyó poderla reemplazar por sistemas fundados en razonamientos, divisiones y clasificaciones elaborados dialécticamente. En el mismo grupo forman todos los enemigos de una y otra; los romanistas, los hugonotes franceses huidos a Universidades alemanas y los juristas influenciados por MELANCHTON. Característico, por ello, de tal dirección serán los estudios sobre metódica jurídica, y los nuevos tratados de Derecho se recomiendan al lector como confeccionados según al "método sintético", con el adjetivo *methodice* o el título *synopticos tractatus*.

»Contraste radical con esos 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 exactitud de los principios. La autoridad del Derecho no hay que basarla en medios artificiales; tiene su fundamento incommovible en la teología moral y en un Derecho nacional.» (págs. 492 y s.)

»Emprendido el mal camino —sigue—, pararse es difícil, y lo que era dirección equivocada se convierte en error de resultado. Los juristas se preguntan: ¿Por qué, en los casos en que un texto jurídico falta, no utilizar también, para completar el Derecho, criterios dialécticos, los procedimientos empleados por la matemática y la filosofía? El medio propuesto para ello es la *analogía iuris* o *proportionale*. De este modo, del sistema, de las definiciones, de la lógica, del *ratiocinare* y del *argumentari ex legibus*, se espera completar el contenido de las leyes: *in lege non expresum decidere*.

»El pandectismo alemán continúa basado en esas premisas. Le impedía ver el espejismo sufrido su enemiga al Derecho natural, el cultivar un Derecho desligado del sentir nacional y la preparación filológica de sus cultivadores. La renovación de los estudios a mediados del siglo XIX significará acentuar el conceptualismo y el poder creador atribuido a la construcción sistemática.

»La exposición de la infraestructura teórica del método dogmático la hace en forma insuperable JHERING; la técnica jurídica ha de trabajar sobre "los cuerpos jurídicos" o "elementos simples del Derecho", obtenidos por el "análisis jurídico"; conseguido así el material, se procede a la segunda operación, "la concentración lógica", para transformarlo en reglas generales, que, a su vez, y mediante un nuevo proceso de abstracción, producirán la "construcción jurídica"; el conjunto de estas operaciones, en fin, culminará en el "sistema"; llegado a esta altura, "la dialéctica es una fuerza viva, fuente inagotable de nuevas verdades".

»La clara exposición de JHERING, más que otra causa, al dejar descubierto el escamoteo de dar valor jurídico creador a la mera ordenación sistemática, produce la moderna reacción contra el dogmatismo jurídico. Aunque abandonada por la doctrina moderna alemana (al menos externamente), se mantiene y da todavía brillantes frutos en otros países. La razón de esta supervivencia *post-mortem* está en que su abandono supone el del dogma fundamental del positivismo jurídico; salir de la letra de la ley y de las operaciones sistemáticas es —para éste— salir del campo del Derecho, o lo que para esta teoría es peor, reconocer la existencia del Derecho natural.

»La escuela kelseniana realiza el último ensayo de gran estilo para salvar el positivismo; reduce, para ello todo el Derecho a mero sistema y cada norma recibe su justificación y su valor jurídico de la coordinación sistemática.» (págs. 493 y s.)

En cuanto al moderno concepto de *sistema* y a su función —de «seriar, clasificar y definir conceptos»— indica DE CASTRO: «Su función es subordinada: la clasificación ha de tener una finalidad y el orden estar determinado por una jerarquía, ni una ni otra pueden ser creadas por el sistema, sino que éste las presupone y en ambas ha de basarse.

»El sistema no es imprescindible para el Derecho, pero es de gran utilidad por la claridad que para su conocimiento produce. En cambio sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección o en la elegancia del sistema la autoridad del Derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del Derecho.

»Un sistema jurídico, para ser aceptable, ha de partir de la idea verdadera de Derecho y reconocer, por tanto, la función creadora y directora y el puesto jerárquico primario que corresponde

a los principios jurídicos. Haberlo advertido es una importante contribución de la escuela jurídica española a la ciencia del Derecho.» (pág. 494)

XI. EL DISCERNIMIENTO DEL DERECHO Y LA SOLUCION DE LAS CUESTIONES JURIDICAS

El primer problema que plantea el sentido en que se emplea la palabra interpretación —en sentido estricto *explicatio* (pág. 495)— es impreciso, dice DE CASTRO; «unas veces muy amplio aludiéndose con este término todas las cuestiones sobre la realización del Derecho, y otras se le reduce al procedimiento para averiguar el sentido de las leyes.» (pág. 509)

En ese sentido amplio, la primera pregunta que se plantea —conforme explica y responde— es: «¿hasta dónde está permitida la búsqueda de la norma aplicable? La teoría oficial del positivismo ha pretendido limitar la investigación a las leyes que constituyen el ordenamiento jurídico positivo. Esto es lógicamente imposible, porque siempre habrá que aplicar reglas que no son leyes; así, fuera de la ley está la regla que dispone cómo esta ley (la misma que contiene reglas para la interpretación) ha de ser entendida, y, prácticamente, toda ley siempre deja al intérprete extremos que concretar. Y es que el sostén del ordenamiento legal está fuera de las leyes, por encima de la misma ley constitucional, por lo que, en la búsqueda de la norma aplicable será constantemente necesario salir del texto legislado.» (pág. 510).

Dos caminos caben en esta cuestión: «a) Separar lo ordenado en la ley, lo más posible, de toda idea que no tenga su expresión en la misma letra de la ley (*ius strictum*), sea por falta de desarrollo jurídico (primitivismo), afanes de seguridad y recelo, o por deseo de mantener el Derecho en una aparente zona neutral; b) O bien admitir que la norma está íntima e indisolublemente ligada a los principios morales y políticos de la comunidad (*ius aequum*). La concepción positivista tenderá a la omnipotencia y exclusividad de la ley, junto a la que —como complemento necesario— el individualismo liberal agrega el principio de la presunción favorable al libre juego de las fuerzas sociales (*nullum vinculum sine lege*); la concepción totalitaria (en todas sus formas) tiende a imponer la supremacía de los principios políticos; la concepción cristiana, que es la idea de la vida propia de la comunidad española, asienta y completa las normas en los principios de justicia.»

A juicio DE CASTRO: «Una concepción realista del Derecho ha de reconocer que la búsqueda de la norma aplicable puede y debe seguirse *más allá de la ley*; pero también que la ley en el Derecho moderno, como expresión del Poder del Estado, tiene la máxima *auctoritas*, que tiene valor de principio jurídico la normal primacía de la ley en el ordenamiento jurídico (arts. 5 y 6 C. C.). La ley

constituye, de hecho, la parte más sólida, firme y resistente de la estructura jurídica, y a ella atenderá primeramente quien aplique el Derecho; pero la ley *está* en el ordenamiento jurídico y sufre el influjo de las demás normas (superiores en jerarquía o posteriores en el tiempo), que pueden derogarla y cambiar su carácter y sentido.» (págs. 511 y s.)

Esta cuestión se halla íntimamente relacionada con la planteada en el Derecho moderno de las lagunas de la ley. De ella dice el Prof. DE CASTRO: «Sobre esta cuestión se libra una de las más ardientes entre las batallas doctrinales. El motivo del encono de la lucha «está en que, bajo la apariencia de una discusión terminológica (qué debe denominarse laguna jurídica) se exterioriza la enemiga entre el positivismo legalista y las direcciones que exigen el reconocimiento de un Derecho fuera del texto de las leyes.» Y explica:

«El antiguo Derecho romano confiaba a la autoridad de sus magistrados y jurisconsultos la misión de completar las leyes; en la Edad Media, la concepción católica había señalado al Derecho natural como fuente inagotable del Derecho. No había dificultad para uno y para otra en reconocer los fallos e imperfecciones de las leyes.

»La negación del Derecho natural por diferentes escuelas jurídicas plantea, con un nuevo sentido, la cuestión de las lagunas. Cuando las fuentes son insuficientes para resolver un problema jurídico, se dice que hay que completarlas, "porque la universalidad del Derecho es tan esencial como su unidad" y se acude a la analogía o, más precisamente a la analogía del Derecho. La razón de ello se basará en el *horror vacui* del Derecho que no permite ningún espacio vacío; así, al afirmarse la naturaleza "lógicamente perfecta del Derecho", con sus fuerzas siempre «latentes», se puede negar ya la existencia de las lagunas y decir: no hay lagunas en el Derecho, sólo las hay en su conocimiento.

»La analogía y el sistema no parecen suficientes a la dirección dogmática para asegurar la perfección del Derecho positivo y la exclusión de las lagunas, y se acude al argumento *a contrario*: Que haya hechos no regulados por el Derecho —se afirma— no significa la existencia de una laguna, porque el ámbito regulado por el Derecho "decide implícitamente respecto del resto: que sobre ello no se debe ordenar jurídicamente"; si después de usar todos los medios científicos no se puede extraer de las leyes una solución para el caso, hay que deducir, retrospectivamente, que "la cuestión jurídica de que se trata es ajurídica, que cae en el *espacio vacío* de Derecho".» (págs. 529 y s.). Esta es la tesis de BERGBOHM, de quien son las expresiones entrecomilladas.

Observa a este respecto DE CASTRO: «La escuela histórica piensa que la analogía hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho y que es uno de los modos de creación jurídica en que se manifiesta el Derecho de los juristas.»

... «con la regulación de todo el Derecho (*analogía iuris*) —en el que se manifiesta "el espíritu de la totalidad del Derecho"—, hace brotar reglas que nacen del mismo ordenamiento jurídico; con la importantísima consecuencia, para la dirección positivista, de poder negar las lagunas de la ley y evitar así tener que recurrir a los principios del Derecho natural.» (pág. 534).

«Las doctrinas "modernistas" —dice DE CASTRO—, por el contrario, proclaman altamente la existencia de lagunas en el Derecho, incluso en las llamadas lagunas impropias, por faltar la determinabilidad en la determinación; es preciso —se dirá— buscar el Derecho fuera de la ley y conceder libre arbitrio al juez en todos los casos de insuficiencia o injusticia de la ley.

«La escuela de la jurisprudencia de los intereses adopta una posición intermedia.» ... «acude a un procedimiento parecido al del método dogmático, pues para pesar los intereses se usa el arbitrio del estira y afloja, de la analogía y del argumento *a contrario*. Se diferencia del método dogmático en que no se admite el postulado de la perfección del Derecho positivo y en que, como el Derecho libre, reconoce la existencia de casos en que es preciso recurrir al libre arbitrio del juez.»

«Como último reducto del positivismo —prosigue—, el normativismo insiste en salvar la perfección del ordenamiento legal, diciendo que carece de lagunas, pues cuando la ley no impone una obligación hay libertad, y que ni siquiera existen lagunas técnicas, pues cuando el legislador no regula la que debió (p. ej., procedimiento de elección de un órgano, que se mandó nombrar por elección), está permitido cualquier camino.» (pág. 531). Es la tesis de KELSEN para quien lo jurídico es puramente formal, ordenador de la pirámide jurídica de mandatos basados en la voluntad del órgano competente. En esa perspectiva «No hay lagunas porque el Derecho se completa a sí mismo, mediante la actividad del juez; hay lagunas porque se reconocen casos en que es preciso salirse de la ley y, abandonando los pretendidos procedimientos lógicos, buscar fuera de ella la solución.» (pág. 532).

Hemos llegado de la mano experta de DON FEDERICO a un punto clave de la actual crisis del Derecho que sufre el mundo moderno. La razón de la Ilustración se ha refugiado en un formalismo, que cada vez se muestra más huero, colocado entre decisiones que resultan de aplicar un voluntarismo movido en la dirección de la ideología sensitivamente, es decir, irracionalmente aceptada.

Interpretación y aplicación del Derecho se disocian. El Derecho confundido con la ley positiva, y ésta privada de otro fundamento que la *volonté générale*, el espíritu del pueblo, la decisión del caudillo carismático, o del Partido, no deja a los juristas teóricos otra labor que —con el material de las normas segregadas, exteriorizadas por su interpretación extensiva, por una analogía desorbitada o un desbordamiento del *contrario sensu*, sobre el vacío de

lo no previsto— la de construir y reconstruir las instituciones y el sistema, ya sea a través de conceptos elaborados o bien de los intereses estimados prevalentes, cuando no de las utopías presentadas como meta. Ahí comienza y acaba la interpretación.

La aplicación se mueve entre dos polos: Uno, la subsunción del caso presentado en la norma —sea directamente, con su mera exégesis literal, o bien por el trámite de esa interpretación generalizante y abstracta, hecha ya por los teóricos a la que acabamos de referirnos—, es decir, la obediencia ciega al mando literal del legislador. Y, otro —ante el vacío normativo—, el libre arbitrio del funcionario o juez encargados de decidir, sin más criterio que el impulso recibido de su intuición, de su ideología o del soplo del viento de la historia en la dirección mostrada por la veleta ambiental.

De ahí un enorme contraste con el método clásico, en el que las normas de Derecho positivo estaban inmersas en el océano del Derecho natural, como señales puestas para guiar a quien navegara en sus aguas. En esa navegación, no se trataba de extender la letra de las leyes fuera de su *ratio*, sino de situarla en ella, para ayudar en la rigurosa labor de hallar lo justo concreto, en cada caso, conjugando la proyección de los principios de la ley natural en la realidad de las cosas, y atendiendo a las consecuencias dimanantes de su aplicación de una u otra manera.

El Prof. MICHEL VILLEY, en el vol. XVII de los *Archives de Philosophie du Droit*, dedicado a *L'interprétation dans le droit*, distinguió tres criterios interpretativos: a) El de la exégesis que busca la solución en el análisis del *texto literal* de la norma y proyectándola silogísticamente de un modo «casi mecánico». b) El más abierto, que entiende que los normas de Derecho no hacen sino sugerir, de modo más o menos claro o confuso, una *orientación*, una pista del orden de preferencia que el ordenamiento positivo establece entre los diversos intereses o valores, de cuya prelación deben extraerse los criterios interpretativos del texto de las normas. Y, c) el que concibe la regla de Derecho, no tanto como el medio de dirigir una conducta, sino más bien como un intento de *buscar el derecho natural*, es decir, lo naturalmente justo; ya que las normas sólo colocan jalones, aportan indicaciones fragmentarias que, junto a otras, deben ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural que es inexpresable en su plenitud, como ya advirtió ARISTÓTELES.

¿Cuál fue en este punto la posición del Prof. DE CASTRO Y BRAVO? Por lo que hemos visto, no es la primera ni tampoco la segunda. Pero tampoco estoy seguro que sea exactamente la tercera. Creo que no. Pienso que se halla entre las dos últimas, en cuanto eleva y amplía la segunda extendiéndola hasta abarcar el firmamento de los principios del Derecho natural con el supremo valor

de la Justicia; y, a través de la equidad, lo proyecta a lo justo concreto en los casos de «*inadecuación* entre un caso concreto y la regla que parece regularlo.» (págs. 472 y s.)

Pienso que aquí, al lado de nuestra identidad de pensamiento en lo esencial, media esa diferencia entre la posición de mi maestro y la que tengo yo, discípulo suyo. Hace unos meses, al presentar mi *Panorama del Derecho de Sucesiones*, expuse mi posición con estas palabras:

«Las normas positivas, buenas o malas, ajustadas o desajustadas a la realidad y a la justicia, son como mojones puestos que pueden servir para mejor guiarnos, o como alerta de obstáculos —adecuados o no, justos o injustos, salvables o inevitables— que encontramos al desarrollar nuestra tarea de juristas, siempre razonada —aunque no racionalista— en presencia de la realidad viva, en busca de lo justo concreto que hallamos en nuestro camino cotidiano— aunque sin olvidar los principios básicos que salvaguardan toda sociedad de su disolución y, específicamente, la nuestra.»

Tal vez la diferencia de matiz dimana de que mi iusnaturalismo es tomista, fundado en utilizar la doble vía que el AQUINATENSE ofrece en sus tratados *De las leyes*, la primera, y *De la justicia*, especialmente la segunda, mientras que —como antes hemos recordado— DON FEDERICO reconoce que las ideas de SUÁREZ, entre otras cuestiones, sobre «aplicación e interpretación de la ley, han sido recogidas y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro (pág. 177). Y no olvidemos que el DOCTOR EXIMIO acentuó, con respecto al criterio del DOCTOR COMÚN, el valor y la eficacia de la voluntad en cuanto no fuera injusta, excesivamente dura o resultare, «por conjeturas», que «la voluntad del legislador es otra de la que ostentan las palabras» (*De Legibus* 6. 4, 4, *in fine*). Es decir, puso mayor énfasis en la fuerza voluntarista insita en la ley, que de la dimanante de su razón, al contrario de lo que hicieron el rosellonés GUIU TERRÉ o el jurista gerundense TOMÁS MIERES, según notamos en nuestro estudio acerca de la concepción que éste tuvo de la equidad y la buena razón (*A.D.C.* XXX-I, pp. 3 a 33).

XII. DETERMINACION DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS

Mas, para matizar la posición en ese punto del Prof. DE CASTRO, es necesario completar lo expuesto en el epígrafe anterior con lo que él dice al explicar el contenido de la norma y el procedimiento interpretativo para averiguarlo.

Respecto del *contenido de la norma*, dice:

«Antes de intentar averiguar el sentido de una norma es preciso saber qué es lo que se busca a través de los signos que la exteriorizan, qué es lo que se estima como la esencia de la norma. Aquí también la concepción política dominante puede marcar variados

caminos: adivinar la intención del tirano al que hay que complacer, tratar la ley como un oráculo separado de toda realidad, apreciarla como instrumento de dominio de una persona o de una clase, o bien considerarla como regla de justicia, o sea, como verdadera norma jurídica. La buena dirección está marcada por la misma naturaleza de la ley, y es la que generalmente se le reconoce, excepto en situaciones sociales patológicas.

»La ley recibe su autoridad del que la crea (*auctor*), ha de atenderse, primeramente, a la voluntad visible en el mandato; esta voluntad será, normalmente (excepto respecto al tirano), no una voluntad individual, sino una que pueda ser y sea valorada como expresión o representativa del querer de la comunidad. La esencia de la ley, lo que le da valor jurídico es su *ratio*, que determina su *vis directiva*. El contenido de la ley se centra, realmente, en su *fin jurídico*, esto es, en el fin inmediato o propósito organizador concreto propuesto y en el fin mediato, general e implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia.» (págs. 512 y s.).

Y por lo que se refiere al *procedimiento de interpretación*, señala:

«La norma jurídica —y en especial la ley— es una regla que contiene un sentido, y un sentido jurídico propio. Por ello, no puede interpretarse psicológicamente, buscando las causas que indujeran a dictarla, ni abstractamente, separándola de la realidad jurídica.»

En consecuencia: «La labor interpretativa no se detiene en el texto legal. La letra de la ley ha de ser el punto de partida de la interpretación y los propósitos del legislador servir para aclarar su sentido, pero ni una ni otros son un límite infranqueable; se trata de llegar a "la médula de su razón", y no hay que pararse en "la corteza de las palabras". Mediante la interpretación se busca el fin jurídico (sentido normativo) de la ley; como ésta no es un fin en sí misma, sino parte del plan jurídico para la organización de la sociedad, se debe investigar el fin que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerando éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general (servir al bien común). De este modo, mediante la interpretación, podrá concluirse hasta la ineficacia de la regla, en lo que o en cuanto ella resulte contraria a los fundamentos de la organización jurídica.

»El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el *finalista* o teleológico; que, además, aunque pueda parecer paradoja, es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presume razonable y justiciero.

»La primera operación interpretativa es la obtención y valoración de los datos que permitan llegar a establecer el sentido jurí-

dico de la norma; mediante la determinación del significado gramatical, social, técnico y lógico de expresiones y conducta, teniendo en cuenta las circunstancias y antecedentes. Con estos medios podrá llegarse hasta la *ratio legis específica* (significado individual de la regla), pero esto no basta; la labor interpretativa no se limita a una norma, pues (aparte casos de laguna y antinomia) ésta no puede considerarse aisladamente, sino como parte del ordenamiento jurídico. Por ello, cabe decir que la *interpretatio legis* supone o implica —expresa o tácitamente— la *interpretatio iuris*.

»Los conceptos, definiciones, clasificaciones y construcciones jurídicas deben servir para aclarar y poner de relieve el significado de las normas. A este propósito, servirán mejor que las fórmulas abstractas, hasta ahora en boga, destacar las ideas rectoras del ordenamiento jurídico, formulando los principios que las expresen (principios del Derecho positivo), lo que permitirá, al distinguir sus caracteres, valor y jerarquía en el ordenamiento, entender mejor las reglas que ellos informan.» (págs. 514 y ss)

Concluido y, por mí, releído este trabajo, confieso que resulta más una antología que un análisis. Prefiero que así sea, para que el iusnaturalismo del Prof. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO quede más a la vista del lector y tal como es, no según mi interpretación. Por eso mismo, dejo al lector una respuesta decidida a las dos cuestiones que he dejado planteadas al final de los epígrafes VI y XI.

Concluyo. El año 1974, el I.N.E.J. me publicó los dos volúmenes de mi colaboración al *Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil*, vol. LVIII, que él promovió, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de disponer. Las Legítimas*; y le puse la siguiente dedicatoria: «A mi querido maestro don Federico de Castro y Bravo de quien he tratado de aprender e intentado seguir su rigor en la búsqueda de lo verdadero y de lo más justo, y de quien he recibido tantísimos otros buenos ejemplos no sólo en materia jurídica. Con mi gratitud, admiración y cariño.»

No puedo sino reiterar estas últimas palabras y expresar que, pese mi intento, temo no haber sabido aprovechar suficientemente sus enseñanzas y su ejemplo. Pero el recuerdo de éste y de aquéllas permanece presente y vivo, aunque ahora, por mi parte, sea tal vez tarde para seguir fructificando del modo apetecido. ¡Descanse en paz el maestro, sabio y ejemplar!