

El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Felipe Clemente de Diego, José Castán Tobeñas y Federico de Castro y Bravo, maestros de civilistas indiscutibles, se debatieron, los tres, entre su íntima concepción iusnaturalista y el positivismo legalista aún dominante. Por eso, creo de interés rememorar el concepto del derecho que cada uno de ellos alcanzó, en esa síntesis, en sus reflexiones científicas.

I. EL DERECHO SEGÚN DE DIEGO

El catedrático de derecho civil y presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Felipe Clemente de Diego, viene a efectuar una síntesis de la concepción neotomista, en la dirección señalada por Suárez en el siglo XVI y por los iusnaturalistas católicos del siglo XIX, y de la concepción moderna del Estado y del derecho. En consecuencia, tiene que enfrentarse con las aporías que resultan al pretender conjugar aquéllas con ésta. Él las resuelve –como después veremos– con la *analogia iuris*, tomando por punto de apoyo el ofrecido por la enumeración de las fuentes de derecho en el originario título preliminar del Código civil, que considera aplicable con carácter general a todo el derecho positivo español.

Veamos cuáles son los dos caminos que, razonadamente, este ilustre maestro sigue para formular el concepto más genérico de derecho: uno es el del método analítico y otro el del método sintético.

Por la vía analítica, parte De Diego de la etimología de derecho, que procede de *directus*, –a, –um, participio de *dirigo*, –is, –ere, que significa dirigir, enderezar, alinear, que «en castellano conserva la forma culta y sin transformación» de la palabra *directo*, *directa*, «con el sentido de recto, inflexible, rígido, que no se tuerce a un lado ni a otro», opuesto a «torcido, con cuyo vocablo se califica al hombre que no obra con recti-

tud y a su conducta»¹. También² enfoca la palabra derecho de conformidad al genuino sentido dado a la palabra *ius* en el derecho romano clásico. «El derecho –dice– es realización de la justicia y ésta manda dar a cada uno lo suyo»; y, seguidamente: «El orden social es la proporción y medida en las relaciones necesarias a la sociedad humana»... «El fin del derecho es la realización de la justicia en las relaciones de coordinación y subordinación que forman la trama de la sociedad, y por aquí la conservación del orden social como conviene a la vida racional y libre en relación al último fin del hombre».

Obtiene estas segundas observaciones por el que denomina procedimiento sintético³, «partiendo del orden universal de la creación, de que es uno a los factores el hombre, ligado con los demás y regido a este respecto por la ley eterna. Pero el hombre que, en su cualidad de ser natural, participa como los demás seres del mundo de ese orden y de esa ley, es además un ser racional y libre y tiene, por tanto, en ellos una participación especial y más excelsa. Como ser racional conoce su fin que es el bien infinito y los medios para conseguirlo; como ser libre debe poner éstos al servicio de aquél, aunque su libertad limitada le engañe no pocas veces».

Relacionando el conocimiento alcanzado hasta aquí por el método sintético –según el cual la consecución de la justicia es la finalidad del derecho– y el obtenido por el método analítico –la percepción del orden universal y del específico papel del hombre, con su cualidad de ser racional y libre dentro del mismo–, podía haber llegado De Diego a la concepción aristotélico-romano clásico-tomista del derecho. Es decir: a la consideración de éste como lo justo y equitativo, o como el arte y la ciencia para determinarlo. Y también pudo haberlo diferenciado, dentro de este orden, de la moral y de la política, por la función específica que corresponde al derecho de determinar lo justo en las relaciones sociales⁴, y, así, pudo

¹ Felipe Clemente DE DIEGO, *Curso elemental de derecho civil español, común y foral*, vol I, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1923, Introducción, lección 1.ª, pp. 5 ss.

² *Ibid*, *Instituciones de derecho civil español*, vol I, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1941, Preliminar, lec. 1.ª, pp. 15 ss.

³ *Ibid*, *Curso elemental*, pp. 8 ss.

⁴ Cfr. mi comunicación, *Observaciones de orden metodológico en torno de la concepción del derecho natural de Santo Tomás de Aquino*, VI, A. R. A. J. y L. 3, 1975, pp. 42 ss., reproducido en mis *Estudios sobre fuentes del derecho y...*, pp. 777 ss., donde comparo el orden expuesto en la *Suma Teológica* de Santo Tomás DE AQUINO con una catedral gótica que requiere de todos sus pilares y de su armonía que exige el adecuado equilibrio de todos sus elementos, sin que sea posible que cualquiera de ellos absorba los demás. Así Santo Tomás vislumbra, en el orden de la creación, distintas esferas: divinas y humanas; naturales, inmediata o mediatamente determinadas por la adecuación racional a un fin común; de consejos y de preceptos morales y jurídicos; de derecho natural o positivo, divino o humano, etc., etc. Todas estas esferas forman un conjunto del que ninguna puede separarse, hipertrofiarse ni minusvalorarse. Pero no deben confundirse ni interferirse entre sí. Ahora bien, si alguno de estos ámbitos deja de funcionar –v. gr., la moral, por debili-

haber considerado las leyes como uno de los instrumentos para facilitar esa función —*aliqualis ratio iuris* y no *ius proprie loquendo*⁵, ni *causa iuris*⁶.

Pero De Diego, después de llegar a la indicada concepción general del derecho, que identifica con el orden moral, prosigue razonando por un camino distinto del aristotélico—romano—tomista, al partir de la confusión del derecho con su norma, la ley. Así no deriva del orden social hacia la determinación de lo justo, como «proporción o medida de las relaciones necesarias a la sociedad humana», sino hacia su subsunción en la norma que debe ayudar a determinarlo y, según entiende, a imponerlo coactivamente. Cosa esta última que si bien es cierta en las normas imperativas de derecho necesario, no lo es en las de derecho voluntario⁷. Así se observa claramente que identifica el orden con una de sus reglas, cuando explica⁸: «Ese orden de relaciones esenciales a la sociedad tiene razón de medida o regla de aquellas obligaciones o facultades correlativas que forman las prestaciones de la conducta jurídica. El derecho aparece, pues, como la dirección de la conducta social humana al bien exigido imperiosamente por las relaciones esenciales a la sociedad humana, y si esa conducta social se desdobra en obligaciones que se imponen al hombre y en facultades que le competen y en reglas que determinan unas y otras, bien puede concluirse que el derecho es: “el conjunto de derechos u obligaciones y de facultades del hombre y de las reglas que determinan unas y otras para el cumplimiento del bien exigido imperiosamente por las relaciones especiales a la sociedad humana”».

Como vemos, este ilustre maestro, partiendo de la concepción genuina del derecho, deriva hacia una concepción normativista-legalista, en la que el Estado no sólo asume la función de velar por el derecho sino también monopoliza la de formularlo e imponerlo coactivamente.

Es cierto en parte que, como dice⁹, el derecho, «si por esencia no es coercible, propende por naturaleza a servirse de la coacción para imponer sus mandatos». Sin embargo, en cuanto la determinación de lo justo y su realización, es más cierto que es más frecuente que tal determinación

tarse su sentimiento moral o la autoridad del Estado, al no poder cumplir sus fines—, el desequilibrio es inevitable, como también lo es si alguna esfera se interfiere en la otra suplantando sus funciones. Tan nocivo puede resultar un fideísmo aislado de la realidad como un panjuridismo positivista que todo quiere regularlo coactivamente con normas legales y reglamentarias.

⁵ Cfr. Santo Tomás DE AQUINO, *S. Th.*, 2.^a-2.^{ae}, 57, 1, *ad* 2.

⁶ Así lo creyó Domingo DE SOTO; cfr. mi estudio «*Ius* y *lex* definidos por los *Magni hispani*», I, b, en *Persona y Derecho*, 37, pp. 36 ss.

⁷ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 177, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo Superior del Notariado, 1996, pp. 921 ss.

⁸ DE DIEGO, *Instituciones*, *loc. ult. cit.*, pp. 15 *in fine* ss.

⁹ *Ibid*, *Curso elemental*, *lec. cit.*, pp. 10 *in fine* ss.

se efectúe convencionalmente y se cumpla de modo voluntario, y que tan sólo a veces se requiere que sea determinado conflictualmente y se cumpla coactivamente.

Al no ser del todo cierta la premisa enunciada por De Diego, tampoco es cierta sino en parte la segunda de sus dos siguientes conclusiones acerca de que en el derecho, «en su calidad de poder interno irrefragable, requiere de necesidad una institución, un organismo encargado de formular el derecho y de cumplirlo y hacerlo cumplir cuando se infrinja». Para concluir seguidamente: «Esta institución encuentra en el Estado, el gran propulsor de los fines sociales, que si presta este servicio al derecho, también lo recibe de él organizándose y obrando con arreglo a sus exigencias. Derechos y Estado son dos círculos de vida independiente, pero que se completan: el primero sin el segundo, sería poco menos que letra muerta, y el segundo sin el primero sería pura fuerza material».

Es más exacto decir que el derecho es una realidad objetiva, el conocimiento del cual lo descubre el hombre en la naturaleza de las cosas, en virtud del sentido de lo justo y de la razón natural inherentes a la naturaleza del hombre. Pero, por sus propias limitaciones, el hombre necesita instrumentos para guiarle en el camino de la determinación de lo justo, como las leyes, que son normas orientadoras, emanadas del poder político en todos sus órdenes y grados, pero también lo son las costumbres, los principios, alumbrados por jurisprudencia práctica y la ciencia teórica del derecho, las resoluciones de jueces o tribunales y las respuestas a cuestiones de los jurisconsultos. Por lo tanto, en un régimen estatal, si bien el Estado tiene entre sus funciones la de velar por el derecho y debe someterse a él en su estructura y funcionamiento; no obstante el derecho no es emanación suya, sino que le trasciende, y el alumbramiento y determinación del mismo es función de la ciencia y el arte del derecho, excepto aquellas determinaciones necesarias que, en cierto estado de desarrollo, sólo el poder legislativo puede efectuar.

La deriva que sigue De Diego, conforme la orientación de la Modernidad, le lleva consecuentemente a diferenciar dos acepciones de derecho ¹⁰: «según se le mire en sí mismo, es decir, en su realidad objetiva con esa ilusión del sujeto llamado a cumplirla, o en relación con ésta», las del *derecho objetivo* y el *derecho subjetivo*.

El primero: «En sí mismo, objetivamente, como ordenación exigida por las relaciones esenciales a la sociedad, es algo que se impone a nuestra voluntad y regula sus actos, es una *norma o regla de conducta*».

El derecho *subjetivo* «es una facultad de hacer o exigir» «tal o cual prestación» a la que «obliga a otro el derecho objetivo», y que expresamos al decir «mi derecho», «tengo derecho a esto o a lo otro».

¹⁰ *Ibid.*, pp. 11 ss. y, con más precisión, *Instituciones*, pp. 17 *in fine* ss., de donde tomo las citas correspondientes a esta nota.

Hemos visto cómo De Diego parte de una concepción omnicompreensiva del derecho, como orden social justo y que deriva, con la corriente iusnaturalista moderna, hacia una concepción normativa del derecho, y, con la iniciada en el siglo XVII y alcanzada desde finales del XVII, a la concepción estatal y coactiva del derecho, pero sin por eso apartarse de su concepción inicial genérica. Por esto, para salvar las aporías existentes entre ésta y aquéllas, De Diego necesita admitir el derecho natural y la equidad como realidades jurídicas vivas, e interferirlas en el derecho objetivo.

«El derecho –dice¹¹– es uno en esencia; si no lo fuera no habiéramos podido formar concepto de él; pero es vario en sus manifestaciones». El derecho natural «es alumbrado por la ley de la razón» –dice siguiendo a Augusto Comas–, y aquel otro [el positivo] que, como consecuencia o determinación de aquél, se establece por ley o por costumbre, en armonía con las varias necesidades sentidas en cada tiempo y lugar por lo que es tan vario y distinto como ellas aconsejan (derecho positivo)».

El modo de armonizar el derecho natural y el positivo en cuanto éste no recoja de aquél, y de conjugar la generalidad de la norma con la especificidad y concreción de la justicia, son dos temas esenciales que De Diego aborda decididamente.

Acerca del primero, ante todo, expuso¹² las múltiples concepciones que se han sostenido acerca del derecho natural, para recoger y hacer suyas sus razones y adoptar una solución consecuente. Corresponde a la naturaleza del derecho –dice– «que siendo en sí algo específico, lo es para algo superior y en cierto modo trascendente: la necesidad de principios superiores a las contingencias de los hechos, según los cuales pueda medirse y valorarse la justicia intrínseca de éstos. Esos principios, reconocidos por nuestra razón, no creados por ella, se hallan en el mundo de las relaciones sociales, que son actuación del orden moral, parte del universal de la Creación. Exigencias de la razón o imposiciones de la realidad, esos principios informan el derecho, que socialmente consagrado en sus aplicaciones variadísimas constituye el derecho puesto o establecido (positivo en su más lata acepción); por este establecimiento, el derecho es derecho positivo; por aquella información, es derecho justo».

El segundo tema responde al modo de realizar esa posibilidad y, a la par, sirve para solucionar el conflicto entre la generalidad de la norma y la especificidad de que el derecho sea justo en cada caso. Para ello, analiza la equidad¹³, de la que dice: «no es un principio extrínseco al derecho ni cosa opuesta a la justicia»; «en sí mismo es la justicia del caso tomado en la singularidad de sus circunstancias, es el derecho mismo que se adecúa o conforma a estas circunstancias».

¹¹ *Ibid*, *Curso elemental*, lec. cit., pp. 15 ss., e *Instituciones*, pp. 18 ss.

¹² *Ibid*, *Curso*, pp. 25 ss.

¹³ *Ibid*, pp. 27 ss.

«La oposición resulta de la naturaleza y contextura del derecho objetivo, que se manifiesta por reglas generales para el tipo normal de las relaciones sociales, abstracción hecha de las circunstancias que las individualizan»... «Además el derecho objetivo, dada la complejidad de la vida, no siempre la domina por completo, y en tanto deja sin solución neta casos que la justicia exige sean resueltos en vista de sus circunstancias. En uno y otro caso, la justicia toma el nombre de equidad y lo es frente al derecho objetivo, frente al derecho histórico». Así la equidad «tiene dos oficios»: «corregir el rigor de la ley y suplirla».

«Si la equidad –sigue dos párrafos después– no representa un principio extraño al derecho en sí mismo considerado, y sí sólo un sentimiento vivo del derecho del caso, una idea más comprensiva y adecuada y concreta de la realidad jurídica, ya se comprende cuánto pierde su autonomía y sustantividad, y cómo tiene que refundirse en alguna de estas categorías de justicia, derecho natural, principios generales de derecho, etc., que pesan sobre todo el derecho positivo. La equidad, nudamente entendida, aparte del derecho, es la arbitrariedad, lo más contrario a derecho».

Todavía halla De Diego otro medio para resolver las referidas dificultades, el recurso a la *analogía*, que puede ser no sólo *legis* sino también *iuris*¹⁴. «No es menester que la analogía sea expresamente permitida por el legislador, bastando para ser aplicada que no esté prohibida, como lo suele estar por las leyes penales o las que limitan el libre ejercicio de los derechos o que forman excepciones a las reglas generales ya que se presume lícito lo que no esté prohibido».

Siguiendo el criterio de Windscheid, Unger y Regelsberger, cree De Diego que la analogía «es un procedimiento intermedio que se acerca a la interpretación, si es de ley, y a la producción jurídica, si es de derecho».

Siendo presidente del Tribunal Supremo, planteó De Diego en el terreno práctico, que él vivía, la resolución de las cuestiones que como tratadista, según hemos visto, expuso, y sin apartarse, para ello, de las normas del título preliminar del Código Civil.

En su discurso de apertura de los tribunales del año 1942, señala¹⁵ que tanto la interpretación como la aplicación pueden ser de ley o de derecho: «aquella tendrá por objeto el campo acotado y dominado por la ley en sus fórmulas generales; esta otra extenderá su mirada a todas las manifestaciones del derecho insitas en los hechos e instituciones sociales, buscando el sentido genuino no de una ley, sino de la legislación general, jurisprudencia, principios generales y de los hechos sociales y sus transformaciones (espíritu del pueblo, exigencias y necesidades sociales)». Y

¹⁴ *Ibid*, *Instituciones*, lec. 8.ª, p. 134.

¹⁵ *Ibid*, *Discurso en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1942*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1942, pp. 31 ss.

concluye ¹⁶ que, dentro de la acepción amplísima de interpretación —en las que caben la interpretación histórica, filosófica, teológica—, la interpretación jurídica tiene también una acepción amplísima: la dualista —que observa, p. e., en Gény—, que se desdobra en *interpretatio legis* e *interpretatio iuris*, y que «en los autores modernos» se corresponde: aquélla, «con la interpretación propiamente dicha de la ley, mera y pura declaración del sentido del pensamiento legislativo», y, la segunda, «en la libre investigación científica del derecho objetivo que busca inspiración en otras fuentes formales del derecho, o en otros principios extraños de la ley y superiores a la voluntad legislativa»... «El deslinde entre uno y otro género de interpretación no siempre se ofrece netamente y de un modo fijo; insensible y gradualmente se pasa del uno al otro».

En el mismo discurso, advierte ¹⁷ que el orden jurídico «no es una masa inerte de principios y preceptos *mere* coexistentes, sino un cuerpo orgánico, de normas íntimamente conexas, enlazadas, y los principios que están en su base llevan el germen de incalculables desarrollos». Ya que ni el legislador ni el juez «pueden transgredir la ley natural que se predica en la conciencia humana, participación impresa por Dios en nosotros, la fuente inspiradora se halla soberanamente en esta ley moral natural (derecho natural)».

Ahora bien, la interrelación consiguiente entre los principios más altos y las normas de derecho positivo forma un entramado, con un orden de prelación aplicativo que —dice— comienza por lo más concreto, es decir por las leyes humanas. De Diego lo explica: «el adverbio “exactamente”, que emplea el artículo 6.º del Código Civil contribuye a delinear mejor el campo acotado por la ley para dar solución a los casos prácticos, por lo mismo que sólo cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se acudirá a la costumbre del lugar y, en su defecto, a los principios generales de derecho».

Y advierte ¹⁸ que todo «gira en torno a la distinción entre ley y derecho». Conceptos «relativos que entran los unos en los otros y en cierto modo se implican». La analogía «que emplea el intérprete, juzgador o ciudadano, al redondear una institución o reglamentarla de nuevo, aún siendo obra del aplicador o cumplidor de las leyes, puede ser una producción jurídica de creación, que se dice modernamente, o formulación *ex novo* de nuevas reglas jurídicas. En todo caso no salen éstas *ex capite* meramente, ni sin otro fundamento que el capricho del intérprete, sino que se extraen del fondo social, del ambiente general *jurídico* ya *incrustado en la conciencia* común y *fecundado* por los principios sustanciales de justicia»... «Ni en la obra del legislador ni en la del intérprete hay propiamente creación: los ele-

¹⁶ *Ibid*, pp. 66 ss.

¹⁷ *Ibid*, p. 48.

¹⁸ *Ibid*, pp. 61 ss.

mentos primeros de la formación jurídica, principios y hechos, necesidades y forma jurídica de satisfacerlas, están ya dotados y establecidos fuera de ellos». Por esto, congruentemente, pregunta:

– «¿Qué autoridad puede tener una ley emanada en forma del propio legislador que no sea informada por los principios de justicia o que contraría al derecho natural, o que totalmente pugne con la conciencia común ilustrada por los altos y eternos ideales de religión, patria y familia»... «Carentes de autoridad moral por falta de competencia o por vicio de fondo sustancial, les falta lo esencial para imponerse a las multitudes?»

– «¿Qué valor podrán tener las interpretaciones de ley que, lejos de buscar su auténtico sentido, tratan de falsearlo suplantando la voluntad legislativa? No son interpretaciones sino violaciones o falsificaciones de la ley...».

Termina De Diego con esta conclusión ¹⁹: Razonar «mediante la analogía con el derecho escrito es tomar de éste un elemento positivo que el intérprete emplea según las inspiraciones de su propio pensamiento para utilizarlo en construcciones independientes. Y no estando obligado a atenerse a la inflexible dirección marcada por una voluntad superior, el intérprete maneja la analogía y demás procedimientos de investigación, que no son fuentes formales, con una superior libertad de apreciación no limitada más que por las exigencias objetivas de la justicia y de la utilidad».

En suma, podemos decir que De Diego, en el desarrollo de sus tesis, desmiente en gran parte su definición inicial del derecho –pues en él incluye los principios generales de derecho que abarcan los de derecho natural, las costumbres, y la labor de concreción a través de la analogía–, y da un notable giro en el acto de determinar lo justo. Sólo le falta por decir que también es derecho lo determinado negocialmente que no vaya en contra del orden natural o de preceptos imperativos de derecho necesario; aunque sí viene a reconocerlo para el derecho aragonés, en virtud de su principio *standum est chartae* ²⁰.

II. EL SIGNIFICADO DE DERECHO SEGÚN CASTÁN TOBEÑAS

Otro insigne maestro, también catedrático de derecho civil y presidente del Tribunal Supremo, José Castán Tobeñas, se enfrentó con iguales problemas que De Diego, planteados por el choque de la concepción del derecho dominante en su tiempo con su confesado iusnaturalismo y su visión práctica. Los afrontó con su consustancial ponderación, su talante componedor y su respeto a la ley.

¹⁹ *Ibid*, p. 66.

²⁰ *Ibid*, *Instituciones*, lec. 6, p. 107.

«Es el derecho, por su naturaleza —explica²¹— una realidad eminentemente compleja. Se ofrece a nuestro examen tomando variados aspectos y apenas alcanza el entendimiento humano a abarcarlo en su conjunto.

Aparte de su aspecto de fenómeno social, tiene en sí e intrínsecamente variadas facetas, pues podemos contemplarlo:

»a) En su acepción más comprensiva, de *orden* (el orden jurídico) o de *justicia*.

»b) En su acepción de *norma* o *ley* que rige a la voluntad (*derecho en sentido objetivo*), comprendiendo tanto el derecho natural como el derecho positivo.

»c) Como fenómeno de realización práctica (*hechos jurídicos, decisiones jurídicas*).

»d) En su acepción de *facultad* o *poder* (*derecho en sentido subjetivo*).

»e) En su acepción de disciplina mental, práctica o teórica (*arte y ciencia del derecho*).

De todas ellas —dice— «me parece que son centrales las dos primeras. La idea de justicia —primaria acaso— y la idea de la norma son dos elementos eje de todo el edificio jurídico». Ahí vemos que efectúa una composición entre la concepción realista aristotélica—romana—tomista y la concepción nominalista, seguida predominantemente en la Modernidad. Desde la perspectiva de ésta y de la científica del siglo XIX, añade: «La ciencia o disciplina mental que tiene por objeto el derecho, al ocuparse de una legislación cualquiera se ocupa necesaria y simultáneamente de las *normas* en que esa legislación se manifiesta y de las *facultades* o derechos que al amparo de ellas pueden crearse».

Según esta misma corriente, netamente dominante en su tiempo, define: «La palabra derecho se emplea en dos sentidos diferentes: objetivo el uno y subjetivo el otro. En su sentido *objetivo*... el derecho es el conjunto de reglas jurídicas tomadas en sí mismas. En su sentido *subjetivo*... el derecho es la facultad o prerrogativa reconocida a una persona (individual o colectiva) por el derecho objetivo, que le permite imponer a los demás un determinado comportamiento (hacer, no hacer o exigir algo). El derecho objetivo es, pues, el derecho como *norma*, mientras que el derecho subjetivo es el derecho como *facultad*».

Notemos que, en cambio, conforme el realismo aristotélico-tomista el derecho surge de la misma naturaleza de las cosas, en todo aquello que ella determina, mientras que, en lo que en principio es indiferente según ésta, el derecho se determina por convenio privado o público, costumbre o ley, sin perjuicio de que éstas, además, aclaren, formulen y amparen lo

²¹ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 8.ª ed., I-I, Madrid, Instit. Ed. Reus, 1951, § Preliminar, II, 1, pp. 47 ss.

que resulta de la propia naturaleza de la cosa; que la ley es cierta razón (entre otras) del derecho, pero no el derecho mismo propiamente hablando, y que las facultades dimanantes del derecho, no se confunden con él, del mismo modo que no se confunde la consecuencia con la causa.

Castán ²² reconoce que las expresiones derecho subjetivo y derecho objetivo son modernas; pero dice que a ellas «corresponden las antiguas y entrepuestas definiciones: 1.^a *Ius est norma agendi* (derecho en sentido objetivo) y 2.^a *Ius est facultas agendi* (derecho en sentido subjetivo)». Definiciones no clásicas, evidentemente posteriores al nominalismo.

Pero, frente «a las escuelas jurídicas monistas, para las cuales el derecho positivo es el verdadero derecho», admite Castán Tobeñas ²³, como De Diego, la coexistencia de derecho natural y derecho positivo: «Llamamos derecho natural al conjunto de los principios universales de derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre».

Esta definición no es la aristotélica, romana, tomista, e identifica el derecho natural con los primeros principios de la ley natural, tal como los neotomistas del siglo XIX y principios del XX, restringiendo a ellos la concepción del derecho natural, que era identificado con la ley natural por Francisco Suárez ²⁴. A juicio de Castán, «no es la ley ni el ideal de la ley, sino los principios supremos y esenciales de ella».

En cuanto al derecho positivo, resume que se ha debatido ²⁵: «a), si el derecho positivo está subordinado al derecho natural; b), si aquél es una creación del Estado y de sus órganos o tiene una existencia independiente del Estado, pudiendo originarse de fuentes sociales espontáneas; c), si el establecimiento del derecho positivo supone necesariamente una colectividad organizada o puede darse aún en círculos sociales carentes de organización; d), si la positividad al derecho va ligada únicamente a la imposición formal de la norma o más bien a la eficacia real y efectiva de ésta».

Con su carácter componedor, opina: «No parece que pueda desconocerse la complejidad de elementos racionales (en relación con la idea de derecho natural), formales (propiamente jurídicos) y sociales (integrantes del llamado derecho hoy derecho vivo) que van comprendidos en el concepto de derecho positivo. Según la concepción que nos parece más segura pueden atribuirse al derecho positivo las siguientes notas: 1.^a Estar enraizado en el derecho natural, por derivación más o menos directa. 2.^a Emanar de una comunidad organizada (hoy generalmente estatal, pero que puede ser también de otra índole gentilicia o étnica, religiosa, etc.). 3.^a Ser establecido y mantenido —de manera expresa o tácita— por la voluntad imperante en la comunidad de que se trate».

²² *Ibid*, 3, pp. 57 ss.

²³ *Ibid*, 2, pp. 48 ss.

²⁴ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho. I. Perspectiva histórica*, Madrid, Ed. Centro Cultural Ramón Areces, 1994, 146-148, pp. 428-441; y *supra* 49, e, y 53.

²⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *loc. ult. cit.*, B, pp. 52 ss.

Más adelante ²⁶, advierte que algunos autores, principalmente quienes siguen la teoría institucionalista del derecho, «tachan hoy de inadecuado e insuficiente este concepto del derecho objetivo, aduciendo que el derecho no está integrado por normas, sino por otros elementos, todavía más esenciales y característicos, como son los de organización y aquellos mecanismos y engranajes que producen, modifican, o aplican y garantizan la norma jurídica, pero no se identifican con ella».

Siguiendo esa pauta componedora, advierte: «La idea tiene un serio fundamento. Sin duda, las concepciones corrientes del derecho objetivo han exagerado el punto de vista normativo y hemos de reconocer: 1.º Que es superior al sentido del derecho como norma el sentido, en cierto modo primario, del derecho como orden. 2.º Que en el plano histórico han existido ordenamientos jurídicos sin normas, cuando menos sin normas abstractas y generales. 3.º Que aún en tiempos modernos el derecho objetivo no sólo se compone de normas en las que se dé el requisito de la generalidad, sino también de preceptos individuales y concretos. 4.º Que, por lo que se refiere al derecho público, tienen todavía más relieve que las normas los demás elementos de la organización del Estado».

Sin embargo, confiesa que, «a pesar de todo ello, nosotros hemos de seguir la orientación predominante y destacar en el derecho objetivo el elemento de la norma, que es el que más importancia tiene para el derecho privado y para la práctica jurídica, ya que, desde el punto de vista de las controversias sobre los derechos y de la protección judicial de los mismos, el derecho se muestra como una regla de decisión».

En otra de las obras de este maestro que más me ha orientado ²⁷, después de citar unas frases de Jhering en *El espíritu del derecho romano*, indica: «aunque nuestra concepción *iusnaturalista* rechace esta idea de que no haya otro derecho objetivo *verdad* que aquel que cuaje y se realice en la vida, hemos de admitir como indudable que el derecho es para la vida o, más exactamente, que tiene por fin la realización de la justicia en la vida.

»Para cumplir, pues, su razón de ser, el derecho ha de hacerse real, incorporándose a la vida social y plegándose a sus relaciones.

»Pero esta realización del derecho puede ser concebida, y ha sido, en efecto, entendida, según las épocas, de dos modos distintos: como mera *aplicación* de una norma abstracta a los casos concretos, o como verdadera y propia *realización* o *elaboración* del derecho».

Comenté este texto con ocasión del centenario del nacimiento de este maestro en 1989 ²⁸, resaltando su confesión de profesar la «concepción

²⁶ *Ibid*, § V, I, pp. 248 ss.

²⁷ *Ibid*, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947, p. 11.

²⁸ *Las fuentes y la elaboración práctica del derecho en la perspectiva de Castán Tobeñas*, I, Publicado en «El pensamiento jurídico de Castán Tobeñas. Jornadas de homenaje en el centenario de su nacimiento», Madrid, U. P. C. O., 1991, pp. 65 *in fine* ss.

iusnaturalista», requirente que las leyes tengan que dirigirse a la realización de la justicia, y su realismo que le conducía a entender que el derecho «ha de hacerse real plegándose a sus relaciones».

Ahora, quiero destacar que Castán rechaza que este «hacerse real» deba efectuarse conforme la concepción *normativista* de la «*aplicación del derecho*»²⁹, y se adhiere a la concepción *funcional* de la «*elaboración del derecho*»³⁰, distinguiendo primordialmente la *elaboración* «*creadora*» y la «*reconstructiva*»³¹ y, en ésta, la *elaboración práctica* y la *científica*³².

Por mi parte, destaco que, mientras en la *aplicación* del derecho, éste es la norma aplicada; en cambio, en la *elaboración* el derecho, éste es lo elaborado, y la norma sólo es un punto de partida de la elaboración.

Por otra parte, el concepto de la *elaboración* del derecho que tuvo este maestro se diferencia de la que expuso Savigny —de quien precisamente recogió esa palabra, así como la distinción de sus clases— en que mientras la elaboración de Savigny es puramente científica y tiene el doble carácter histórico—orgánico y sistemático—conceptual, la practicada por Castán, que él denomina elaboración correctiva e integradora con función práctica, tiende fundamentalmente a la consecución de un resultado justo y equitativo³³.

Es de advertir que Castán Tobeñas se expresa con mayor independencia de criterio cuando habla entre maestros que cuando escribe para estudiantes y opositores, ante quienes se siente más obligado a seguir lo establecido y generalmente aceptado. Así, en su intervención en el homenaje a De Diego³⁴, tras efectuar un examen crítico del principio, impuesto a finales de los siglos XVIII y XIX, de que «la ley y sólo la ley es fuente del derecho», contempla, con su habitual ponderación, la reacción que había llegado al extremo contrario hasta propugnar el derecho libre, y lo comenta críticamente: «todo el movimiento moderno, en cuanto dirigido a oponer al derecho rígido, de una jurisprudencia dogmática, un derecho enraizado en la vida, no puede menos de merecer nuestra simpatía». Pero: «A puro contemplar las [doctrinas] de antes el lado formal y técnico del derecho, y las de ahora, su aspecto social, se pierden ambas en una visión unilateral y falsa».

Castán Tobeñas, aunque advierte que, en la versión originaria del Código Civil, los artículos 5.º y 6.º «no hay duda» que «reflejan todavía

²⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *loc. ult. cit.*, p. 11.

³⁰ *Ibid*, pp. 16 ss.

³¹ *Ibid*, pp. 23 ss.

³² *Ibid*, pp. 25 ss.

³³ Cfr. lo que digo en mi *Metodología de la determinación del derecho*, Introducción general, vol I, 6, pp. 12 ss.

³⁴ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado*, en «Libro homenaje al Profesor Don Felipe Clemente de Diego», Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1940, pp. 119 ss.

los principios propios de la escuela legalista», señala, a la par ³⁵, que hay en él respeto «*al principio de la libertad en la interpretación de las normas; la sujeción a los principios generales del derecho como medio de integración de las normas; un margen de gran libertad en la aplicación de las fuentes subsidiarias y el reconocimiento de la función que la idea de justicia ha de cumplir en la elaboración del derecho positivo, ya encarnada esa idea en sus más altos principios directivos (principios del derecho natural), ya en su más concreta aplicación y desarrollo con vistas a las circunstancias del caso concreto (equidad)*».

Los medios con los cuales Castán Tobeñas superó la dogmática conceptualista, mediante la denominada elaboración práctica del derecho, son, en resumen:

a) «Que si bien las exigencias de la unidad del sistema obligan a suplir los vacíos y deficiencias de la propia legislación, con los propios principios que la informan, siempre podrán servir los principios del derecho natural, en primer lugar, de elemento auxiliar para indagar y esclarecer el derecho vigente, y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo. De este modo, los principios de derecho natural podrán entrar en juego por una doble vía: a través de los principios generales del derecho positivo nacional para controlarlos y lograr que éstos se muevan siempre dentro del ámbito de los postulados de la justicia y supliendo a dichos principios para aquellos casos en que, agotada la potencialidad de los informadores del derecho positivo, no queda otro material jurídico para llenar las lagunas de la ley que el que proporcionan los dogmas, de virtualidad limitada, del derecho natural» ³⁶.

b) Mediante el elemento, que califica de intermedio entre los hechos propiamente dichos y el derecho a ellos aplicable, constituido «por aquellas reglas indeterminadas y flexibles –llamadas: “máximas de experiencia”, por los alemanes; “conceptos válvulas”, por algunos tratadistas italianos; “standars jurídicos” por la doctrina inglesa y “directivas”, por modernos juristas franceses– que el legislador o la jurisprudencia, en su caso, dejan a la discreción del intérprete, y la de fijar éste [derecho aplicable] extrayendo su contenido de las realidades prácticas de la vida» ³⁷.

c) Y, finalmente, por el «procedimiento de elaboración jurídica» predilecto de Castán Tobeñas: la equidad que –dice ³⁸– «opera en el ámbito de todas las fuentes jurídicas y de todos los demás procedimientos de

³⁵ *Ibid*, *Teoría de la aplicación*, pp. 156-160.

³⁶ *Ibid*, pp. 338 ss.

³⁷ *Ibid*, pp. 171 ss.

³⁸ *Ibid*, pp. 195 ss. La equidad fue un tema constante de Castán, al que dedica tres de sus principales discursos. Así explico en mi *Metodología*, últ. cit., II, *Parte sistemática*, 293, pp. 1543 *in fine* y 1548.

elaboración del derecho. Es un punto de vista para la aplicación, no sólo de la ley positiva, sino también del derecho natural y de los principios generales del derecho, impuesto por la propia naturaleza de todas estas normas, que exigen la realización práctica del derecho».

Todavía contempla Castán Tobeñas otra contribución a la elaboración práctica del derecho, que él centra en la aportación del notariado en la *elaboración* del derecho ³⁹, «terminología –dice de ésta ⁴⁰– más propia y más moderna».

La contribución del notario «a la producción del derecho» la clasifica en las siguientes aportaciones ⁴¹:

a) Los trabajos profesionales del notario. Sobre todo, los recursos gubernativos contra la calificación hipotecaria del documento notarial, en el cual –dice– se ejercita «la libre actividad científica» del notario.

b) La contribución de las fórmulas notariales, que en muchas ocasiones proporcionan a las fuentes jurídicas un «germen fecundo de su formación», ya sea:

– En la formación del derecho consuetudinario, pues «ofrece la fórmula técnica para dar satisfacción, dentro de la ley», a «las necesidades y aspiraciones» del pueblo.

– Indirectamente, coadyuvando a la formación de la jurisprudencia judicial, «puesto que ésta toma por base, muchas veces los *usos convencionales*, especialmente revelados en las escrituras públicas», ya que el juez debe utilizarlas «como medio de interpretación de los negocios jurídicos», conforme el artículo 1287 del Código Civil.

– Y como «valiosa ayuda a la legislación misma, ya que el legislador no puede desentenderse de la orientación que marquen en cada momento los actos notariales, en los cuales habrá de ver el reflejo y la expresión directa y fiel del sentir jurídico de la colectividad social. Y así, la realidad nos enseña que el notario va con frecuencia a la vanguardia del legislador, ya que, valorando los preceptos legales, de acuerdo con las nuevas exigencias y convicciones populares, cuando el sentido literal de aquéllos parece estar en contradicción con éstas, prepara la oportuna reforma legislativa».

Pone a continuación Castán ⁴² una serie de ejemplos de cómo los notarios y, antes de ellos, sus antecesores en la jurisprudencia cautelar romana y en la Alta Edad media, han influido en la evolución de muchas instituciones de derecho contractual –con sus fórmulas de tradición escrituraria–, del derecho sucesorio –en su modalidad testamentaria–, del dere-

³⁹ Cfr. mi *Metodología*, últ. cit., II, *Parte sistemática*, 217, A, pp. 1134-1144.

⁴⁰ José CASTÁN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1946, especialmente en su cap. III, *La elaboración notarial del derecho*, pp. 93-137 y cap. IV, 2, pp. 145 ss.

⁴¹ *Ibid.*, III, I, A, pp. 93 ss.

⁴² *Ibid.*, IV, B, pp. 151 *in fine* ss.

cho mercantil –en los títulos al portador, el contrato de comanda del que derivaría la moderna sociedad en comandita–. Así, también en el derecho italiano moderno y en el contemporáneo derecho francés han precedido a posteriores regulaciones legislativas, sea en materias económico–matrimoniales, sucesorias o mercantiles. Acerca de esto, recoge testimonios de Cornil (*El derecho privado*, Madrid, Reus 1928) –y, a través de él, de Perreau–, de Gaetano Doná (*Elementi di diritto notarile*), de Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, 9.^a ed., nn. 2.591 ss., pp. 804 ss.) y de Jerónimo González (*La tradición en los instrumentos públicos*, A. A. M. N., I, pp. 17–23).

Y respecto de la obra realizada en España por la «jurisprudencia notarial», la examina ⁴³ en los ámbitos de los derechos económico matrimonial, sucesorio, de la contratación agrícola y ganadera, derecho mercantil –en cuya aportación se extiende largamente– e hipotecario.

«La obra de la jurisprudencia notarial –concluye ⁴⁴– no se detiene nunca, y está realizando –muchas veces lenta y trabajosamente– tanteos que mañana se convertirían en nuevas instituciones y normas», y comprende la de «dar cauce jurídico a aquellas tendencias populares y espontáneas que no tienen plena realización en el Código Civil», facilitando así nuevas fórmulas ⁴⁵.

Como se puede apreciar, Castán Tobeñas deja muy atrás la definición de derecho objetivo que formula en sus obras de enseñanza, y la sobrepasa dándole un giro con su idea de la elaboración práctica del derecho judicial y notarial, y con su concepción de la equidad. De modo tal, ve el derecho como resultado de dichas elaboraciones, conflictual y negocial, y dirigido a su justa determinación, empleando el recurso a la equidad en una y otra de estas elaboraciones.

III. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE FEDERICO DE CASTRO. SU CONCRECIÓN EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO DE DÍEZ–PICAZO Y GULLÓN

Mi maestro Federico de Castro –calificado muy justamente por Luis Figa Faura ⁴⁶ de «el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana»– parte, como De Diego y Castán Tobeñas, de la con-

⁴³ *Ibid*, b, pp. 154 ss.

⁴⁴ *Ibid*, pp. 156 ss.

⁴⁵ Me he ocupado específicamente de la elaboración negocial de nuevas instituciones jurídicas y de la determinación negocial del derecho mediante la adecuación de las normas existentes a las necesidades vividas con apertura de nuevos cauces jurídicos en *Parte sistemática*, cit., 227–244, pp. 1205–1300.

⁴⁶ Luis FIGA FAURA, «*Mos italicus*» y los juristas catalanes, A. A. M. N., XX, p. 296.

cepción normativista del derecho –predominante en su época– y de la *suarista* del derecho natural⁴⁷. Pero, sin duda, las sobrepasa en su iusnaturalismo más fundamentado, su concepción de los principios generales y de la función de éstos, iluminadora del texto de la ley en el sentido de la justicia, y por su perspectiva de la realización del derecho.

«Numerosísimos –dice de buen principio⁴⁸– 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 el derecho desde puntos de vista parciales y, por ello, necesariamente falsos».

A su juicio: «Una idea firme del derecho sólo puede obtenerse en base al derecho natural».

Después de examinar el concepto de derecho en las distintas concepciones jurídicas⁴⁹, concluye advirtiendo que «si el derecho se basa en la conciencia individual, se convierte en capricho, 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 (absolutistas, conservador, liberal individualista, capitalismo, mercantilista, marxismo, comunismo, totalitarismo en sus diversas formas, liberal–democracia, anarquismo, etc.). Las teorías que separan el derecho del derecho natural y de la moral, concluyen, en los maestros o en los discípulos, por negar la misma existencia del derecho: en una *reductio ab absurdum* realizada por la misma historia, una confesión de hecho de que esas reglas independizadas, que se comienzan calificando de derecho, no son lo que la conciencia de cada hombre llama derecho».

«El concepto de derecho positivo, a diferencia del derecho natural, es una realidad social y trata, de un modo más o menos inmediato, de realizar un programa político, pero no es ni una cosa ni ambas sólo; el concepto de derecho está unido, de modo indisoluble, a la idea de justicia; una regla para ser derecho positivo no sólo tiene que ser válida, sino también legítima, y la legitimidad del derecho –reglas y actos– sólo puede basarse “sobre el incommovible fundamento, sobre la roca irrompible del derecho natural y de la revelación divina”».

Para conocer qué es el derecho natural, De Castro parte del orden moral⁵⁰ expresado en la ley eterna que regula «tanto el orden natural

⁴⁷ El mismo Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, Parte General*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, IEP, 1954, Libro Preliminar, parte II, en I, 4, p. 177, lo reconoce: «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 recogidas y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro».

⁴⁸ Federico DE CASTRO, op. vol. y parte cit. I, 2, pp. 12 ss.

⁴⁹ *Ibid*, 3, pp. 13-22.

⁵⁰ *Ibid*, 4, pp. 22 ss.

(leyes de la naturaleza) como el orden de la moral». Aquí todo es conforme con la *Suma Teológica* 1.^a-2.^a de Santo Tomás. Pero, aunque cita al mismo Aquinatense, sigue a Suárez en la confusión de derecho natural y ley natural, al decir que «el derecho natural es lo preceptuado por la ley natural». Es cierto que, según el Doctor común, la ley natural es «la participación de la ley eterna en la criatura racional» (*S. Th.* 1.^a-2.^a, 91, 3 y 97, 1, *ad*, 1); que dota al hombre de sentido moral para distinguir racionalmente lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo equitativo y lo inicuo; pero define el derecho natural –lo venimos repitiendo– como lo justo por la misma naturaleza de la cosa (*S. Th.* 2.^a-2.^a, 57, 2, *resp.*); y dice que la ley «no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón de derecho». Mientras para Francisco Suárez la ley eterna no es cognoscible sino a través de otra ley, que la promulga, especialmente la natural, en cambio según el *Aquinatense* también podemos conocer la ley eterna, aunque imperfecta e incompletamente, a través del conocimiento de las cosas creadas y de sus efectos, elevándonos de las cosas visibles a las invisibles y de éstas a las causas (*S. Th.*, 1.^a-2.^a, 94, 2); es decir, tratando de progresar en el conocimiento de la *rerum natura* ⁵¹.

A continuación, De Castro plantea la relación entre moral y derecho natural, como previa a la de éste con el derecho positivo ⁵², por lo cual analiza y rechaza, primero, la *separación entre moral y derecho* y, después, la *confusión entre moral y derecho*. A su juicio ⁵³: «Hay un campo en el que coinciden el imperativo moral y el jurídico: en el deber de actuar conforme la justicia. La conducta del hombre en la sociedad está medida conjunta y armoniosamente, 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 estricto, el de la justicia (no el de las demás virtudes). c) Por su eficacia, más concreta y precisa, lleva consigo la exigibilidad de su cumplimiento por la persona autorizada y el deber de reparación en caso de incumplimiento».

Señala que constituye un «eslabón intermedio» en función de «mecanismo necesario para la aplicación de la ley eterna en la vida social», que permite «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

⁵¹ Cfr. al respecto mi cit., *Perspectiva histórica*, 147, pp. 431-436, y «*Lex e ius* definidos por los *Magni hispani*», II, c, en *Persona y Derecho*, 37, pp. 64-70.

⁵² F. DE CASTRO, loc. últ. cit., b, pp. 23 ss.

⁵³ *Ibid.*, pp. 26 ss.

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».

A su vez, «la norma de derecho positivo tiene influjo –aunque sea reflejo– en el orden moral. Cuando, por la legitimidad de su origen y contenido (medida por el derecho natural), merece la consideración de norma jurídica, entra en el orden moral y nace, respecto de ella, una especie de deber: el de respetarla, obedecerla y colaborar en su realización».

De Castro⁵⁴ indica que el derecho natural: «No es ni un derecho ideal (utópico), ni un ideal jurídico (aspiración política, «ideologías»), es sencillamente el canon jurídico impuesto por la justicia, en su doble función de señalar la meta de perfección a que debe aspirar el derecho (ordenación que colabora a la más perfecta realización de la naturaleza racional del hombre) y el mínimo respeto a que a él ha de guardar una regla para merecer (conforme las circunstancias) el título de jurídica».

Y concluye: «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 cada norma positiva justa queda reforzada, obligando en conciencia; que la tacha de contraria al derecho natural acarrea la pérdida de valor jurídico, al dejar de obligar en conciencia».

Conforme habían observado los griegos y explicado Santo Tomás de Aquino, recoge F. de Castro⁵⁵ la distinta naturaleza que tienen el derecho natural y el positivo, diferenciados por su autoridad y su origen mediato. El derecho natural «como derivado de la naturaleza» y el positivo «como impuesto por un mandato (incluso el derecho positivo divino)». El derecho positivo «caracterizado por su origen inmediato, por derivar su autoridad directamente de la potestad del principio (sea cualquiera su conexión o derivación del derecho natural)». [Advirtamos que el positivo también puede dimanar de convenio, según dice expresamente Santo Tomás].

El derecho positivo –dice⁵⁶– «puede ser definido como “la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el derecho natural”»; y, como características del derecho positivo, indica: «la específica de la eficacia de ser organizador y creador de una realidad social (el orden jurídico), y, por tanto, la de su vigencia (validez jurídica), su subordinación respecto de la ley eterna de justicia, que exige su propio carácter de derecho, esto es, la necesidad de legitimidad y, por último, se comprenden dentro del concepto amplio de derecho positivo a todos los actos que tengan tales notas, sean normas o actos jurídicos».

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 29 ss.

⁵⁵ *Ibid.*, II, 1, pp. 31 ss.

⁵⁶ *Ibid.*, 2, p. 32.

A partir de esta definición del derecho positivo, incluyendo en ella la nota de su legitimidad, tiende un puente entre éste y el derecho natural. Puente que mantiene en la definición que hace de la norma de derecho positivo⁵⁷, considerándola como «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».

Explica⁵⁸: «El derecho natural como norma superior, marca su carácter y señala su fin al derecho positivo. Al contrario de lo que tanto se repite, el derecho natural no pretende petrificar al derecho 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 circumstantias*) 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 esa 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 posibilidades que quedan a su arbitrio».

Es así porque «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...».

Ésta es la más pura doctrina tomista que mi maestro sigue explicando.

Los principios generales de derecho constituyen el medio por el cual De Castro hace prácticamente efectiva la directriz del derecho natural sobre el derecho positivo. A su juicio, el Código Civil español no incide en positivismo legalista; no sólo en los casos de defecto de ley aplicable, sino tampoco cuando la hay. Ya que, interpretada de conformidad a la base primera de la Ley de 1888, «conforme “al capital pensamiento” del “derecho histórico patrio”», la inclusión de esos principios como fuente del derecho «no se ha modificado la situación jurídica anterior al Código»; por lo cual, con esa expresión: «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 de derecho natural»⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid*, 7, p. 38.

⁵⁸ *Ibid*, pp. 39 ss.

⁵⁹ *Ibid*, parte III, cap. IV, III, 2, pp. 463.

A este respecto, unas páginas antes, «para evitar errores», dice ⁶⁰:

«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 en el derecho positivo.

3.º Que no todos los principios generales son de derecho natural, pues existen también los tradicionales y los políticos».

Aquí, tratando de estudiar el concepto que del derecho tuvo Federico de Castro, interesa resaltar cuál es la función que corresponde a los principios generales del derecho en cuanto son determinantes del sentido de las normas de derecho positivo. Respecto de esto es contundente lo que él dice en el siguiente párrafo ⁶¹:

«Los principios jurídicos son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan todas las normas formuladas; las convierten, de *flatus vocis* o de pintados signos, en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado. Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye, sobre las normas jurídicas.»

Y, al final del párrafo siguiente, termina: «Frente a la posición materialista, individualista y legalista, atrincherada en la sequedad de los textos legales, el concepto de los principios generales impone su subordinación a los mandatos eternos de la justicia, al sentimiento permanente nacional y a los fines constructivos del Estado».

Siendo así, las normas positivas —«que son *flatus vocis* o pintados signos»— no pueden ser derecho, ni tampoco los ordenamientos jurídicos positivos si no están informados por los principios generales, que «imponen su subordinación a los mandatos eternos de la justicia» y determinan «el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas».

Por lo tanto, el derecho está constituido por la resultante de principios, normas y realidad social ⁶².

Cuanto De Castro explica de la realización del derecho, viene a confirmarlo, al decir ⁶³: «La justicia se ha de realizar en el derecho positivo; éste,

⁶⁰ *Ibid*, II, I, 4, p. 454.

⁶¹ *Ibid*, III, 4, pp. 46 ss.

⁶² En la perspectiva de Castro y Bravo, la *analogía iuris* y la *equidad* no son sino formas de aplicación de los principios generales del derecho. De la segunda, dice (*loc. ult. cit.* IV, 4, p. 472) que «no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios generales (*altiora principia*) de justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal».

⁶³ F. DE CASTRO, *op. cit.*, parte IV, cap. I, I, pp. 487 ss.

a su vez, para llegar a ser tal derecho, ha de hacerse real, creando el orden jurídico»... «La actividad de los hombres, como creadores de las normas positivas, no estará completa hasta conseguir el fin: que la vida humana quede ordenada del modo en que mejor se aproxime a la ley eterna».

En este párrafo, mi maestro emplea, como se ve, la palabra derecho en dos sentidos distintos al decir: el «derecho positivo», para llegar a ser «derecho» ha de «hacerse real», es decir ha de realizarse, conforme la justicia. Entonces, propiamente hablando, el derecho no es la norma legal, sino algo que en la vida humana se hace real de conformidad a la justicia. Parece que así, dando un rodeo por «la reglamentación organizada de una comunidad legitimada por su armonía con el derecho natural», retorna, sin decirlo, a la definición constatólico-romano-tomista del derecho, como aquello que resulte justo en la realidad concreta de la vida social.

En ese rodeo parte del sentido «vulgar» actual de la palabra derecho para retornar al genuino. En el que el denomina: *dobles planos de la realización del derecho*, lo aclara: «El derecho vulgarmente se identifica con la ley; pues bien, aún en este estrecho sentido, como la ley material es sólo un conjunto de signos (los de imprenta, por ejemplo), nada vale mientras no se entienda primero, y luego se le haga caso, se respete el mandato que contiene y se fuerce a su cumplimiento. Hay, pues, un paso intermedio, necesario, entre la norma (la orden) y el orden jurídico, mediante el cual el plan ordenador llega a ser ordenación social. Este tránsito, comprende dos momentos: la interpretación y la aplicación de la norma. La norma positiva puede decirse que queda así condicionada por las operaciones que posibilitan su *realización social*».

«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». Siendo ese significado final, o sea, «la verdadera *realización jurídica*, lograr el bien común mediante la mejor realización social de la justicia». Esto lo aclara en una nota en la que añade esta cita: «“El derecho es la idea del derecho y, con ello, la idea de la justicia en su realización; en cuanto se sale del derecho, se sale de la justicia”. Schonfeld, “*Der Traum des positiven Rechts*”, A. C. Pr., 135 (1931), p. 51».

O sea: el *derecho es la realización de la justicia*. Las leyes son un *instrumento* para lograrlo. Así, el giro queda dado al contemplar la realización del derecho.

Sin embargo, hay dos puntos en los que mi maestro parece hallarse separado aún del realismo clásico: uno, el del origen ideal de los principios de derecho natural y, otro, el del voluntarismo impreso en las leyes de modo general ⁶⁴.

⁶⁴ De la posición DE CASTRO y BRAVO en estos temas me he ocupado varias veces: *El profesor Federico de Castro y el derecho natural*, XI y XII, A. D. C., XXXVI-III, 1983,

En cuanto al primero, mientras el realismo clásico parte de la naturaleza de las cosas, de las cuales obtiene, por *sindéresis*, los principios primeros y enjuicia las cosas, de las que abstrae íntegramente su naturaleza con el *sensum naturalis*, mediante la *naturalis ratio* y la *aequitas naturalis*; en cambio, el idealismo platónico, que sigue Suárez, los obtiene de las ideas que hay en nuestra mente, con las que ilumina y configura las cosas y da sentido a las leyes. Federico de Castro sigue magistralmente el segundo camino, que no es el de Santo Tomás ⁶⁵.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, queda la duda de si debe ponerse mayor énfasis en la *potestas*, insita en la voluntad del legislador, como Suárez, o bien en su *ratio*, como entendió el realismo de Santo Tomás, Guiu Tarré —éste en mayor grado— y Tomás Mieres —pongo por ejemplo—. Creo que De Castro, aunque *a priori* parezca poner el mayor énfasis en la *potestas*, luego, al tratar de la realización del derecho, lo pone en la *ratio iuris*; separándose en eso de Suárez ⁶⁶. Pero manteniendo, respecto del realismo clásico, la diferencia de que opera por mediación de los principios generales del derecho sin pasar por la naturaleza de las cosas, conforme la *naturalis ratio*, camino este segundo en el cual los principios, ya elaborados, también actúan de elemento auxiliar, iluminando la operación concretizadora del derecho en el caso contemplado ⁶⁷.

Creo sinceramente que la definición del derecho que establecen Luis Díez Picazo y Ponce de León y Antonio Gullón Ballesteros, sintetiza el concepto del derecho al que había llegado el maestro de ambos (directo del primero e indirecto del segundo), Federico de Castro y Bravo. Esa definición ⁶⁸ dice así:

«El derecho es un orden de la convivencia humana en el mundo, inspirado en unos criterios de justicia. Este orden, que presupone también la solución de los principios de intereses que dicha convivencia determina y la organización estable de unos medios para llegar a tales soluciones, se encuentra constituido por un sistema de principios y de reglas, a los cuales la convivencia se ha de atener y conforme a los cuales se han de solucionar los conflictos que puede suscitar.»

pp. 1723 ss.; *Los principios generales en la interpretación del derecho según el profesor Federico de Castro*, 10, A. D. C., XLVII, II, 1994, pp. 18 ss., y *Metodología de la determinación del derecho*, Introducción general, 7, vol I, pp. 14 ss. También lo ha estudiado, con otra visión, Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, *Sobre la idea del derecho en Federico de Castro*, III, Madrid, Cuadernos Civitas, 1986, pp. 29 ss.

⁶⁵ Cfr. mi comunicación *Concreción de los principios ético naturales en principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica*, I, A.R.A.C.M. y P., 73, 1996, pp. 193-201; recogido, como Apéndice I, en *Qué es el derecho natural*, pp. 79 ss.

⁶⁶ Respecto a la posición de Suárez en este punto, cfr. mi cit., *Parte sistemática*, 115, pp. 609-616.

⁶⁷ *Concreción de...*, II, A. R. A. C. M. y P., últ. cit., pp. 201-208, y *Qué es el derecho natural*, 6, pp. 52-56 y el cit. Apéndice, I, pp. 92-103.

⁶⁸ Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, ed. 1.^a reimp., Madrid, Tecnos, 1982, I, 1, p. 31.