

¿Es fuente primaria del Derecho la *prudentia iuris* o la *lex*?
(Glosa a una vieja disputa entre Castro y D'Ors)

JUAN B. JORDANO BAREA
Catedrático Emérito de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

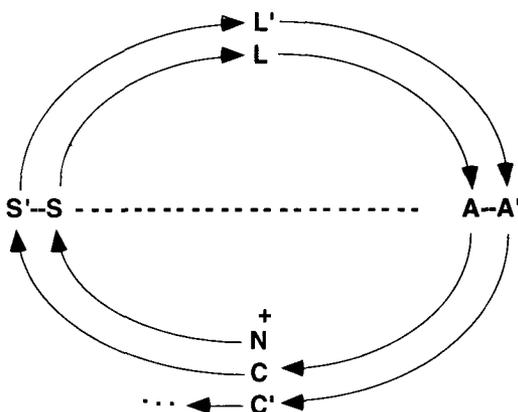
Hace ya medio siglo, en la primavera de 1948, publicaba el *Anuario de Derecho Civil* una nota crítica de don Federico de Castro a propósito de un artículo del profesor D'Ors sobre el valor de la jurisprudencia como fuente originaria del Derecho ¹.

Sostenía D'Ors que la fuente genuina del Derecho es la *prudentia iuris*; de ésta, en su más pleno sentido (comprensivo de la ciencia libre del Derecho o jurisprudencia no oficial), derivaría la ley (una especie de «jurisprudencia en conserva»), y de la aplicación de aquella, la costumbre («una simple memoria, una tradición popularizada, de ciencia jurídica»); y, sucesivamente, nacería nueva jurisprudencia, luego condensada oficialmente en nueva ley que, al ser aplicada, determinaría el nacimiento de nueva costumbre, etc., según lo que más tarde llamaría D'Ors el «ciclo de la producción jurídica», dibujado por el maestro ante un grupo de amigos al final de su célebre conferencia en el Ateneo de Madrid ², y que cabría representar así:

¹ La nota crítica de CASTRO llevaba por título «¿Es la ciencia libre del Derecho fuente primaria del Derecho? (Apostillas a un artículo)», y fue publicada en *ADC*, t. I (1948), pp. 565-580.

El artículo de D'ORS se intitulaba «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral», y se publicó en *Información Jurídica*, 55 (1947), pp. 63-82.

² D'ORS, «Los romanistas ante la actual crisis de la ley», Madrid, 1952, pp. 8-9, nota. Una versión más amplia de la citada conferencia fue publicada bajo el título «Jus europaeum?», en *L'Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, vol. I, Milán, 1953, 449-476; una versión abreviada en *Ius*, 2 (1951), pp. 340-356, y en *Revista de Derecho*, 10-12 (Quito, 1984), pp. 81-100.



Partimos —explica D’Ors— de +(N), la naturaleza de las cosas, como realidad primaria que contempla el Juez (o el que asume la función de enjuiciar), el cual no puede dejar de observarla al dar su sentencia (S); de otra suerte su sentencia sería injusta. La sentencia (S), como formulación concreta (casuística) de prudencia jurídica, engendra la formulación general de la ley (L). Ésta se impone como Derecho positivo, es decir, impuesto al Juez para su aplicación (A); el Juez aplicará así el nuevo dato legal; de otra suerte, su sentencia sería ilegal. De todos modos, la actitud del Juez en los dos extremos de la línea judicial (S y A) no es esencialmente distinta, pese a que se haya introducido la norma «positiva» o impuesta. La aplicación (A) de la ley supone su realización en la vida social mediante la formación de una costumbre (C), que viene a ser como una «segunda naturaleza». Nuevamente, a partir de esa naturaleza de las cosas, confirmada o modificada (evolución jurídica) por la costumbre judicial, el Juez extrae nuevas decisiones o sentencias (S’), que ocasionarán, al sentar nueva jurisprudencia, cambios legislativos (L’), los cuales se impondrán al Juez (A’) para influir en la realidad (C’), y así sucesivamente.

Tenemos así —concluye D’Ors—, como momentos fundamentales de la producción jurídica, la sentencia dada por la *prudencia iuris*, la ley y la costumbre. Aquélla es la fundamental, aunque dependa a su vez de la naturaleza de las cosas, porque es la que engendra la ley y la costumbre; por eso decimos que la jurisprudencia es la fuente primaria. Todavía añade D’Ors que la prudencia jurídica es obra fundamentalmente del entendimiento; la ley, de la voluntad (cfr. el «dispongo» de la norma legal); y la costumbre, de la memoria. Esta coincidencia con las tres potencias operativas del alma o espíritu humano (inteligencia, memoria y voluntad) tiene —a nuestro juicio— un valor más simbólico o analógico que rigurosamente hermético.

Hasta aquí —en lo sustancial transmitido fielmente con sus mismas palabras— el pensamiento de D’Ors, después desenvuelto en otros estu-

dios³, en los que se define el Derecho diciendo que «es aquello que aprueban los Jueces» y afirmando resueltamente que «Derecho judicial es el Derecho».

Ante esta postura, el profesor Castro opone en bloque la doctrina tomista de la ley, que en realidad D'Ors no rechaza, si bien duda que los civilistas hayamos obtenido algún resultado práctico de la misma.

Frente al punto de vista *judicialista* –el Derecho como aquello que es exigible en juicio (divino o humano)– el profesor Castro opone el punto de mira *normativista* u *ordenancista* –el Derecho como aquello que está contenido en la ley (divina, natural y humana positiva, esta última acorde con las dos primeras)–.

Para Castro, también olvida D'Ors en su tesis los siguientes puntos:

1.º Que los Jueces –y también el Tribunal Supremo– forman parte de la organización estatal y que su mayor o menor subordinación al poder legislativo depende del tipo de Constitución política.

2.º Que el Juez que desobedece a la ley incurre en sanciones penales, civiles y administrativas.

3.º Que una resistencia del poder judicial desobedeciendo al legislador, e infringiendo el mandato de la Constitución sobre la división de poderes, sería un acto revolucionario que, si tuviese éxito, significaría un cambio constitucional.

4.º Que la aparente dependencia de la eficacia de la ley respecto a la conducta de los jueces es la misma que se podría ver en la sentencia respecto a la conducta de los alguaciles, la policía judicial y el verdugo (cuando existe la pena de muerte, hoy abolida por la Constitución española de 1978).

A esto se podría, quizá, replicar:

1.º Que también la Constitución, como norma jurídica que es, se aplica directamente por los Jueces.

2.º Que las sanciones en que incurre el Juez desobediente son impuestas también por otros Jueces.

3.º Que todo acto revolucionario que tenga éxito implica ciertamente un nuevo orden, legitimador de la resistencia antes empleada.

4.º Que la eficacia de la ley depende en mayor medida de la policía judicial que de la sentencia; pues para hacer observar los mandatos, en que la ley consiste, se demuestra mucho más eficaz la coacción policial,

³ Vid. D'ORS, «Principios para una teoría realista del Derecho», en *AFD*, I (1953) pp. 3-54; ídem, «Para una interpretación realista del artículo 6.º del Código civil español», en *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milán, 1961, pp. 119-126, y en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, pp. 264-277; ídem, *Una introducción al estudio del Derecho*, primera edición, Madrid, 1963, pp. 100-142; hay del primer estudio una versión francesa con el título «Le réalisme juridique», en *Droit Prospectif* (Aix-Marseille), 11 (1981), pp. 367-368; y otra, muy abreviada, con el título «Le Droit? Tout ce qu'approuvent les juges», en *Revue française de théorie juridique*, 10 (1989), número dedicado a la definición del Derecho, pp. 51-52.

al mantener un orden concreto, que la sentencia judicial, la cual simplemente puede señalar un caso de infracción de dicho orden.

Para entender bien la posición sostenida por Castro, hay que partir de su concepción del Derecho como «reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural», o bien como «conjunto de mandatos con eficacia social organizadora, legitimados por su conformidad con el *ius naturale* y cuyo fin es la realización de la justicia»⁴. Estamos, pues, ante una concepción «principalista» del Derecho: los principios generales tienen no sólo un valor supletorio del Derecho, sino también un valor fundamentador e informador o interpretativo del mismo.

A este propósito, recordemos que en el magisterio de Castro ocupan un lugar central los principios generales del Derecho: a saber, los principios del Derecho natural primario, los principios políticos o constitucionales y los principios tradicionales o sociales; en realidad los dos últimos, principios de un Derecho natural secundario, derivado del primario por vía de determinación o consecuencia.

Como escribe con acierto mi discípulo el profesor Antonio Gordillo, «la prestancia formal de la ley, dotando de positividad y eficacia a la justicia natural, y la *ratio* de los principios naturales de justicia, nutriendo de contenido justo el molde formal de la Ley, vendrían, en plena superación del positivismo (legalista), a encontrarse en la fuente primaria del Ordenamiento: la Ley, también caracterizada por su contenido; la misma que podría garantizar a un tiempo los fines de justicia y seguridad del Derecho; mejor, quizá, si ambos fines no se entienden separadamente: el fin de la seguridad en la justicia». Sólo así se comprende —añade Gordillo en nota— la ferviente afirmación del primado de la ley mantenida por don Federico de Castro⁵.

En el pensamiento de Castro está clara la subordinación del Derecho positivo humano respecto a la Ley eterna (*ius divinum*) y a la Ley natural (*ius naturale*), que actuarían al mismo tiempo como fundamento y límite de aquél. La existencia del Derecho divino o del Derecho natural condicionarían todo el Derecho positivo o impuesto: ahí radicaría su «legitimidad» o «validez extrapositiva»; su «eficacia» o «vigencia social» ya dependería de los Jueces o ejecutores del mandato jurídico, que —en principio— estarían obligados a cumplirlo.

Pero no se pueden cerrar los ojos al hecho evidente de la crisis del absolutismo legalista, del normativismo positivista, en una palabra, la crisis de la ley. «Que tanto la moneda como la ley —escribe D'Ors⁶— han sufrido en nuestros días una inflación, una desvalorización, en fin, un

⁴ CASTRO, *Derecho Civil de España*, 3.ª edic., t. I, Madrid, 1955, p. 32; ídem, *Compendio de Derecho Civil*, 2.ª edic., Madrid, 1964, p. 14.

⁵ GORDILLO, «Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho», en *ADC*, t. XL (1988), p. 484 y nota 33.

⁶ En el prólogo a su ya citada conferencia en el Ateneo madrileño, p. 7.

desprestigio, es un hecho que está a la vista. Conviene, sin embargo, no olvidar que la crisis de la moneda y la crisis de la ley no son más que los dos aspectos evidenciales de un mismo fenómeno: la crisis radical del mundo moderno. De ahí la gravedad y actualidad del tema».

Pues bien, ante a actual crisis de la ley, se explica que D'Ors trate de revalorizar la jurisprudencia dentro de una concepción del Derecho judicialista («Derecho es lo que aprueban los Jueces»), llegando incluso a otorgar a la *prudentia iuris* el papel de fuente primaria y creadora del Derecho («fuente príncipe», la llama). Lo cual no es así exactamente, pues como el mismo D'Ors reconoce al trazar lo que él denomina el «ciclo de la producción jurídica», la naturaleza de las cosas (¡Derecho natural!) es la realidad primaria que contempla el Juez (o el intérprete), el cual no puede dejar de observarla al dar su sentencia o decisión; de otra suerte, éstas serían injustas.

Es decir, que el prudente del Derecho, para no ser «imprudente», tiene que adecuar sus decisiones a los principios del Derecho natural que todo hombre lleva grabados en su corazón (San Pablo, Rom. 2, 15). Son, pues, esos principios los que constituyen la fuente originaria del Derecho, la pequeña fuente escondida que mana en la montaña, que gracias a la obra de la prudencia jurídica (y de la legislación, que –según D'Ors– no es más que «una como condensación oficial de jurisprudencia»), se convierte en río amplio y caudaloso.

Hoy habría que añadir que también ha entrado en franca crisis la jurisprudencia⁷. Por eso no hay más remedio, para huir del positivismo judicialista (no menos peligroso que el positivismo legalista), que volver otra vez la vista hacia los principios generales del Derecho, sin hacer criptoiusnaturalismo bajo las expresiones de *Natur der sachen, natura rerum* («naturaleza de las cosas»), «principios extralegales de Derecho justo» u otras equivalentes.

Decididamente, nosotros hacemos profesión de iusnaturalismo, como por cierto la hizo D'Ors⁸.

⁷ Sobre su controvertido valor como fuente formal del Derecho, *vid.* en sentido positivo, además de las obras citadas de D'ORS, las de DUALDE, *Una revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, 1933, y PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, 1951. En sentido negativo, si bien reconociendo su gran importancia práctica, *vid.* CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, cit., pp. 554-571; ídem, *Compendio de Derecho Civil*, cit., pp. 118-121; y ALBALADEJO, «La jurisprudencia», en *RDJ*, junio de 1970, pp. 544-555.

Una interesante y sugerente postura mantiene LALAGUNA (*Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969), para quien transformar el Derecho positivo –manifestado a través de cada una de sus fuentes formales (ley, costumbre, principios generales)– ante las situaciones jurídicas singulares, es el oficio propio de la interpretación jurisprudencial, que por tanto nunca crea por sí misma normas generales, sino que con sus decisiones contribuye a la realización de lo justo en cada situación jurídica concreta, creando así o, más bien, recreando normas singulares o interindividuales, con eficacia en principio circunscrita a las partes que intervienen en el proceso (cfr. art. 1252 CC).

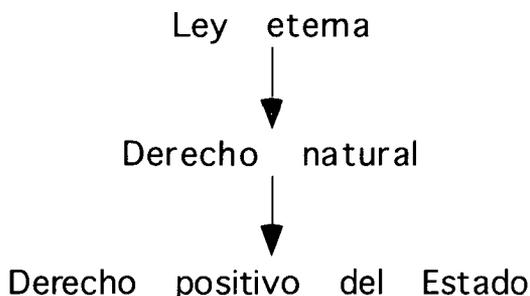
⁸ En su artículo «Ante el actual renacimiento del *ius naturale*», en *Foro Gallego*, 79 (1952), pp. 3-10; *vid.*, también, D'ORS, «El Derecho natural de San Pablo», en *AHDE*, XXVI (1956), pp. 771 y ss.

En realidad, no están tan distantes el pensamiento de Castro y D'Ors: ambos coinciden en su apelación al Derecho natural o «naturaleza de las cosas» como fundamento básico y último de la normatividad jurídica; difieren, con todo, en sus diversos puntos de mira:

1) D'Ors adopta un punto de vista judicialista. Para él lo decisivo en toda norma jurídica es su exigibilidad en juicio. Concibe el Derecho como aquello que es susceptible de pretensión en un *iudicium* (divino o humano). De ahí las diversas fórmulas orsianas del concepto de Derecho: a) en el Derecho romano clásico, «orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo (*iuris prudentes*)»; b) «el Derecho consiste en posiciones justas, esto es, aquellas que los Jueces han aprobado o pueden aprobar en caso de conflicto»; c) «Derecho es aquello que aprueban los Jueces»; d) «Derecho judicial es el Derecho»; e) «Derecho divino es aquello que el Juez Divino aprueba»; f) «Derecho natural es aquello que el Juez Divino aprueba respecto de los infieles (o no creyentes en Dios)»⁹.

2) Castro, en cambio, sigue el punto de vista normativista u ordenancista: el Derecho como aquello que está contenido en la ley (divina o eterna, natural y humana positiva, ésta conforme a las dos primeras).

Según ese gran maestro, la relación entre la ley eterna (razón y voluntad de Dios ordenando el mantenimiento del orden natural) (San Agustín) y la ley natural (participación de la ley eterna en la criatura racional) (Santo Tomás) con el Derecho estatal puede representarse por este esquema:



«Conviene precisar –añade Castro– que el Derecho positivo no sólo depende jerárquicamente del Derecho natural, sino que está informado por él en todas sus instancias»¹⁰.

⁹ Para las distintas formulaciones jurídicas orsianas, cfr. Agustín GÁNDARA MOURE, *El concepto de Derecho en Álvaro D'Ors*, Santiago de Compostela, 1993, pp. 133 y ss., tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad compostelana, y de cuyo Tribunal calificador tuvo el honor de formar parte como Presidente.

¹⁰ CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, cit., p. 49, nota 3.

Cabe, sin embargo, hacer la síntesis de ambos puntos de vista: el de la *lex* (Castro) y el del *iudicium* (D'Ors); y concebir el Derecho como conjunto de normas o reglas, primarias y secundarias, dotadas de eficacia social organizadora, y al mismo tiempo como aquello que reconocen como tal los Jueces en su concreta actuación profesional.

Para concluir, estamos ya en grado de responder concretamente a la pregunta que sirve de título a esta breve glosa: la fuente primaria del Derecho no es, en rigor, ni la jurisprudencia ni la ley, sino cabalmente los principios generales, que –como enseñaba el maestro don Federico de Castro– están en el origen mismo del Derecho positivo (función fundadora), orientan su interpretación (función interpretativa) y suplen, por último, sus posibles lagunas (función supletoria). Como se ve, los principios generales están en todas las operaciones jurídicas, pero sobre todo, haciendo honor a su nombre, al principio, en la misma creación del Derecho.

