

*JOSÉ LOIS ESTÉVEZ*

**LA ETERNA POLÉMICA SOBRE  
LAS FUENTES DEL DERECHO**

*SANTIAGO 1993*

*La Eterna Polémica sobre Las Fuentes del Derecho*

*Por José Lois Estévez.*

*Es propiedad del autor.*

*Edita él mismo.*

*Imprime: El mismo.*

*Depósito legal: C076/94*

*I.S.B.N: 978-84-609-9701-6*

	<i>Índice</i>	<i>Páginas</i>
I	Una breve introducción histórica	5
II	Las fuentes del Derecho en el Ordenamiento positivo español.	9
	¿Cuántas y cuales son, pues, ahora mismo las fuentes de nuestro Derecho?.	9
	a) Hipótesis de la definición.	12
	b) Hipótesis del mandato.	19
	c) Hipótesis del deber.	24
III	El correcto esquema normativo.	32
IV	Las fuentes del Derecho en un replanteamiento científico.	44
V	Las fuentes del Derecho y los poderes públicos.	48
VI	Las fuentes jurídicas tradicionales, tomadas en concreto.	62
	A) La Ley	62
	B) La Jurisprudencia	67
	C) La costumbre	71
	a) La costumbre secundum legem.	73
	b) La costumbre praeter legem.	73
	c) La costumbre contra Ley.	74
	D) Los principios generales del Derecho.	78



# LA ETERNA POLÉMICA SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

## I. Una breve introducción histórica.

Por razones que jamás alcanzaré a comprender, los juristas de nuestro tiempo parecen empeñados en convertir a los legisladores humanos en una especie de ministros plenipotenciarios del divino Legislador. ¡Y en fuerza del servilismo que tal actitud entraña, los Legisladores acaban creyéndolo!. No son omniscientes (¡salta a la vista que saben muy poco!); pero disfrutaban, en su propia opinión, de la más absoluta omnipotencia. Sin embargo (¡cosa curiosa!), nunca pueden imponer sus mandatos por sí mismos. Dependen de otros, tanto en cuanto a la interpretación de su particularísima \*voluntad\* como en la exigibilidad práctica del supuesto precepto a los súbditos. ¿Cómo, entonces, atribuirles \*soberanía\* ¿Cabe, incluso, llamar \*poder\* a una \*pretensión de obediencia\* que necesita para su eficacia el concurso de intermediarios cuyo sometimiento no puede pasar de \*nominal\*?.

Todas estas importantes cuestiones, pasadas por alto demasiado a menudo por nuestros tratadistas, van a ser discutidas a fondo en este trabajo. Pero antes parece del mayor interés procurar algún esclarecimiento a un enigma histórico desconcertante: ¿Cómo se explica la fe tópica actual en la \*supremacía legislativa\* cuando semejante presunción nunca encontró acogida en la antigüedad, ni aun en las épocas más primitivas ni despóticas?.

Nadie soñó jamás entonces con hacer el Derecho, que, unido indisolublemente a la Religión, tenía como ella un origen divino. En parte, iba apareciendo como extensión lógica de las creencias y de los ritos; en parte constaba en fórmulas ancestrales, casi siempre versificadas para facilitar su recuerdo; pero en todo caso la genealogía sobrenatural se suponía siempre. “Los antiguos -escribe Fustel de Coulanges- decían que sus leyes las habían recibido de los dioses. Los cretenses atribuían las suyas, no a Minos, sino a Júpiter; los lacedemonios creían que su legislador no era Licurgo, sino Apolo. Los romanos decían que Numa había escrito bajo el dictado de una de las divinidades más poderosas de la antigua Italia, la diosa Egeria. Los etruscos habían recibido sus leyes del dios Tageo. Hay algo de verdadero en todas esas tradiciones. El verdadero legislador entre los antiguos no fue el hombre, sino la creencia religiosa que el hombre tenía en sí <sup>(1)</sup>.

No son vanas palabras las del sabio francés. Su obra maestra: *La Ciudad antigua*, resulta una admirable confirmación de su tesis central que hace gravitar las instituciones sociales de la antigüedad indo-greco-latina sobre las concepciones religiosas de aquellos pueblos.

Como ejemplos concretos de la íntima dependencia que reinaba entonces entre la fe y el Derecho, asevera el citado autor:

---

<sup>1</sup> PUSTEL DE COULANGES; *La cité antique. Etude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome. Quinzième édition. Paris, 1895. pág. 221. El texto castellano procede de la traducción de Giges Aparicio, Madrid, 120, pág. 260.*

“Cuando hablábamos antes de la organización de la familia y de las leyes griegas o romanas que regulaban la propiedad, la sucesión, el testamento, la adopción, hemos observado cómo esas leyes correspondían exactamente a las creencias de las antiguas generaciones. Si se coloca a esas leyes ante la equidad natural, se las encuentra frecuentemente en contradicción con ella, y parece muy evidente que no es en la noción del derecho absoluto y en el sentimiento de lo justo donde se ha ido a buscarlas. Pero que se coloque esas mismas leyes en presencia del culto de los muertos y del hogar; que se las compare con diversas prescripciones de esta religión primitiva, y se reconocerá que con todo esto se hallan en perfecto acuerdo.

El hombre no ha estudiado su conciencia para decir: \*Esto es justo y esto no lo es\*. No es de este modo como ha nacido el Derecho antiguo. Pero el hombre creía que el hogar sagrado pasaba del padre al hijo en virtud de la ley religiosa; de donde ha resultado que la casa ha sido un bien hereditario. El hombre que había enterrado a su padre en el campo propio, creía que el espíritu del muerto tomaba posesión por siempre de ese campo y exigía de su posteridad un culto perpetuo; de donde ha resultado que el campo, dominio del muerto y lugar de los sacrificios, se convirtió en propiedad inalienable de una familia. La religión decía: \*El hijo continúa el culto, no la hija\*; y la ley ha dicho con la religión: \*El hijo hereda, la hija no hereda; el sobrino por la rama de los hombres, hereda; pero no el sobrino por la rama de las mujeres\*. He aquí cómo se ha elaborado la ley; se encuentra presente por sí misma y sin que se haya necesitado buscarla. Era una consecuencia directa y necesaria de la creencia; era la religión misma, aplicándose a las relaciones de los hombres entre sí” (2).

Esta subordinación del Derecho a lo religioso quedó consignada para siempre en la célebre definición que de la Jurisprudencia ofreció Ulpiano: “*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” (3).

Muchos estudiantes se sorprenden, en nuestros días, ante la primera parte de la fórmula definitoria. Les parece un error mencionar “las cosas divinas” como una porción integrante del saber jurídico, Juzgando con un criterio actual y, en la misma medida, también anacrónico, no entienden que alguien haya podido alguna vez mezclar la Religión en el Derecho. Incluso siendo creyentes y aceptando sin vacilaciones que el orden de las cosas humanas es un elemento más en el orden general de la creación, tienden a suponer que su criterio particular debe quedar reservado al fuero interno, para crear, en lo posible, una base común de lenguaje que sirva para establecer un acuerdo inicial entre todos los hombres, sea cualquiera su concepción del mundo.

Hay, ciertamente, un fundamento epistemológico para este modo de pensar, aunque tal vez ellos lo ignoren (4); pero lo más singular de todo este asunto es que, en la misma proporción en que se \*laiciza\* y \*seculariza\* la sociedad y con ella las teorías jurídicas (5), se hace necesario incrementar la injerencia pública en los reductos más privados, dar más y más poder a los gobernantes y tratar

---

<sup>2</sup> FUSTEL DE COULANGES: *Op.cit.* pág. 222. Ed. castellana (Ciges Aparicio) pág.260.

<sup>3</sup> DIGESTO: 1,1,10,2.

<sup>4</sup> La crítica epistemológica conduce a la impersonalización del conocimiento, porque afirma la necesidad de que la Ciencia se exprese en un lenguaje “inmune a los cambios de observador”, por “brindar descripciones invariantes de los fenómenos”. Tal exigencia obliga a prescindir de las apariencias fenoménicas no compartidas; es decir, de cuanto se presenta “singularizado” en la observación. Sobre esto, LOIS: Nueva Versión sobre el Derecho, Santiago.

<sup>5</sup> Vid. LOIS: *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho*, Caracas, I, 1970, 130 ss

de conformar esa entidad mística denominada \*Estado\* a la manera de un ser ubicuo, que llegue a estar informado de todo, que todo lo controle y que vaya con el tiempo haciéndose todopoderoso. ¿No estamos volviendo así a poner el Derecho al servicio de un credo religioso que toma al Estado como su fetiche? <sup>(6)</sup>.

La ventaja más evidente que tenía para los antiguos su concepción santificadora del Derecho estribaba en ponerlo a salvo del voluntarismo político. Siendo creación divina, no humana, ningún magistrado ni asamblea popular podría nunca manipularlo a su sabor. "Un día -cuenta el citado autor francés- en que los tribunos plebeyos quisieron que la asamblea de las tribus adoptase cierta ley, un patricio les dijo: "¿Qué derecho tenéis para hacer una ley nueva o para tocar a las leyes existentes? Vosotros, que no disponéis de los auspicios; vosotros que en vuestras asambleas no celebráis actos religiosos, ¿qué tenéis de común con la religión y las cosas sagradas, entre las cuales figura la ley? <sup>(7)</sup>.

Hasta tal punto estaban entonces las normas jurídicas por encima del designio humano que no era posible su derogación. Una ley nueva no implicaba que fuesen abolidas las precedentes, ni aun entrando en colisión con ellas <sup>(8)</sup>. En Grecia, "las mociones contra-Derecho no sólo estaban prohibidas y cohibidas por acciones públicas (la famosa *graphé paranomón*), sino que ciertos magistrados (los custodios de la legalidad) tenían asignado el cometido de cortar de raíz cualquier propuesta contraria al Derecho" <sup>(9)</sup>. La reforma de las leyes debía seguir un procedimiento especial. "Los griegos fueron siempre conscientes de que sin una firme estabilidad del Ordenamiento jurídico se incidiría en el gobierno de hombres, con su proclividad a lo arbitrario, y no en el deseado gobierno mediante leyes<sup>(10)</sup>.

No iban en Roma las cosas por muy diferentes derroteros,"Una lex en sentido estricto (se lee en el Derecho Privado Romano de Jors-Kunkel), es decir, una ley debida a la votación de todos los ciudadanos, sólo podía publicarse a propuesta de un magistrado que poseyera el *ius agendi cum Populo*... (cónsules, dictadores, pretores). La iniciativa legislativa de particulares... tal como se conocía en las democracias griegas, no existió nunca en Roma. El primer trámite que había de cumplir el magistrado era dar a conocer el texto de su proyecto de ley y publicar la fecha de la reunión en asamblea (*promulgatio*). Después, en el día de la votación, obtenida la venia de los dioses (*auspicium*), invitaba al pueblo a constituirse en asamblea y una vez leído el proyecto de ley, preguntaba solemnemente a los ciudadanos si lo aprobaban (*rogatio*). El pueblo votaba, según la clase de asamblea convocada, por curias, centurias o tribus. La votación (*suffragium*) sólo podía consistir en la aprobación del proyecto (*uti rogas*) o en rechazarlo (*antiquo legara*)... La ley así votada necesitaba todavía la confirmación del Senado patricio (*patrum auctoritas*), acto..., que con el tiempo se convierte en una mera formalidad, pues según costumbre antigua... el proyecto era ya sometido a dictamen de la totalidad del Senado (es decir, patricio-plebeyo) antes de su publicación"

---

<sup>6</sup> Trato ampliamente este asunto en mi obra (en publicación): *Tras eufemismo, demo-a-cracia*, cap. VI.

<sup>7</sup> *FUSTEL DE COULANGES; Op. cit.*, 261.

<sup>8</sup> Vid. *FUSTEL de COULANGES; Op. cit.* 262. *GLOTZ: La ciudad griega*, (Clavel), Barcelona, 1929, págs. 173 ss.

<sup>9</sup> *Tras eufesismo, demo-a-cracia*, VI, B, Asamblea. También, *PUSTEL DE COULANGES; Op. cit.* 461.

<sup>10</sup> *ARISTÓTELES; Política*, III, 6; III, 11, (Azcarate), Buenos Aires, 1943, 103; 119. *Tras eufemismo, demo-a-cracia*, cit, et loc.

(<sup>11</sup>).

Como para extremar las cautelas y garantizar más la "racionalidad" de las leyes, éstas concluyen con una *sanctio* en la que se declara que no valga la *rogatio* en la medida en que esté en contradicción con las leyes juradas a favor de la plebe (*leges sacratae*) o con el *ius* anterior. Entre el *ius* creado por la autoridad de los prudentes y la ley creada por la potestad del magistrado, hay una clara antítesis. En principio, la ley no modifica el *ius*, y si se dice que es fuente del *ius*, esto se debe a que los nuevos datos de la ley pueden ser asimilados por la Jurisprudencia". (<sup>12</sup>)

Esta salvadora distinción romana entre *ius* y *leges* se mantuvo durante mucho tiempo como testimonio perdurable del carácter religioso de que gozaban primitivamente las normas jurídicas. Formando parte primero del sagrado depósito confiado al colegio sacerdotal, todos los poderes públicos y el pueblo mismo les debían absoluto respeto, Su conocimiento e interpretación quedaban reservados entonces a los pontífices: No hubo en el período arcaico otros jurisconsultos que ellos (<sup>13</sup>). De ahí que cuando más tarde la Jurisprudencia se convierte en un saber discible, conserva su *auctoritas* y sigue tributándosele el mismo acatamiento. Fueron precisos largos años de autocracia para someter a los poderes imperiales la autoridad de los juristas. El infausto suceso tiene fecha cierta y su responsabilidad carga sobre Adriano, quien dio el paso decisivo para transformar a los más insignes jurisconsultos en meros funcionarios (<sup>14</sup>).

"... El *ius* -escribe otro jurista actual- había sido como un dique opuesto a la intromisión desorbitada de los gobernantes y a todo ataque demagógico; un Derecho supralegal "concreto" al revés que el Derecho Natural-, que ponía al legislador en su sitio y que dejaba al jurista la libre iniciativa para investigar imparcialmente la verdad. El proceso de corrosión gradual orquestado por la tendencia cesarista hacia el absolutismo del poder terminó por liquidar toda creación jurídica al margen de las autoridades oficiales y convirtió a los juristas en servidores de los políticos: o eran funcionarios o no contaban ..." ; No había más derecho oficialmente válido que el consagrado carismáticamente por el legislador! ; A los juristas no podía caberles otra cosa que entregarse al discreto irrelevante sobre algunos detalles!"...-“Fue en vano que Savigny, con anticipación clarividente del turbión que se avecinaba, negara la vocación de su siglo para la legislación y quisiera dar al Derecho un fundamento extrínseco a la voluntad de los mandos. Los juristas mal comprendieron el papel de sucedáneo del *ius* que tenía para él la costumbre como expresión del "espíritu del pueblo". Y su teoría resultó ineficaz para contener la avalancha de las nieves positivistas acumuladas" (<sup>15</sup>).

El caso es que hoy el Derecho parece politizado sin restricción y el legislador, reina en él como soberano. ¿No habrá límites a su poder? ¿No quedará esperanza de que la Ciencia jurídica pueda resistir esas tres palabras rectificadoras que -según Kirchmann- reducen a basura bibliotecas enteras

---

<sup>11</sup> JOERS-KUNKEL: *Derecho Privado Romano* (Prieto Castro), Barcelona, 1937, 9 s.

<sup>12</sup> D'ORS, ALVARO: *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., 1986, pág. 66.

<sup>13</sup> USTEL DE COÛLANGES: *Op. cit.* 258 ss. *Vid. también*; CRUZ, SEBASTIAO: *Direito Romano*, 2ª ed. Coimbra, 1973, 169 ss.

<sup>14</sup> Adriano, asesorado, probablemente, por Salvio Juliano (quizás el jurista más influyente de todos los tiempos), hizo dos cosas del más largo alcance para el Derecho; dar valor legal a las respuestas conformes de los prudentes (Gaius, I, 7) y transformar en órgano permanente el *consilium principis*. *Vid. sobre esto*; JOERS-KUNKEL: *Op. cit.* 29 ss. 34 ss.

<sup>15</sup> *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho*, art. 129 ss.

sobre temas de nuestra especialidad? ¿Sólo la ley será propiamente fuente de Derecho y las demás cristalizaciones de reglas jurídicas no valdrán más que gracias y en la medida en que les delegue su potestad el legislador?

Vamos a estudiar a fondo este problema, ateniéndonos primero exclusivamente a las realidades positivas ¿Qué dice, pues, nuestra legislación sobre las fuentes del Derecho?

## II. Las fuentes del Derecho en el Ordenamiento positivo español.

El art. 1 de nuestro Código civil, según el Título preliminar reformado, parece abrigar el propósito de acabar con las incertidumbres que aquejaban al texto original. Donde la vieja redacción del art.6 daba la impresión de mostrarse asaz escueta y reticente (<sup>16</sup>), los siete apartados de la reglamentación

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.
3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado,
6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho,
7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

### ¿Cuántas y cuales son, pues, ahora mismo las fuentes de nuestro Derecho?.

Que una pregunta como ésta pueda formularse y que ni juristas ni jueces ni legisladores acierten a

---

<sup>16</sup> Decía, como recordarán: “El Tribunal que rehusa fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Guando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho»”  
Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho.”.

darle una contestación medianamente satisfactoria, constituye todo un pliego de cargos apabullante contra el estado actual de los conocimientos jurídicos. Es hasta tal punto increíble nuestra ignorancia sobre un asunto tan elemental que consterna saber que aun en 1974, vale decir, ayer mismo, la Comisión Codificadora encargada de redactar ese flamante Título Preliminar para nuestro Código Civil, tras sentirse legitimada para notificar a quien quisiera enterarse de que las fuentes de nuestro Ordenamiento, a que deben inexcusablemente atenerse los Tribunales, \*son\* -se supone que "sólo"- las que cita el apartado 1, añadía después, con una falta de lógica pasmosa contra tamaña declaración, dos cosas afectas de desconcertante chirrido: "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior" "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada". "Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre".

Cuando uno lee el nº 1 del art, primero se siente inclinado a creer que la enumeración de las fuentes deba considerarse taxativa. Pero cuando, sin solución de continuidad, se introduce enseguida de contrabando la palabra "disposiciones" sin ninguna clarificación adicional, la sensación de vértigo domina a cuantos quieran velar con escrúpulo por la coherencia, Porque si antes no había más términos que "ley", "costumbre", "principios generales del Derecho" y ahora entran en escena las "disposiciones", urge averiguar si la nueva expresión funcionará como un denominador común para las tres anteriores, sólo para alguna, o si, para completar el panorama, *está entronizando otra fuente más general, intencionadamente omitida.*

Por otra parte, si la "moral" y aun el "orden público" descalifican una costumbre, ¿no están funcionando en el caso como auténticas fuentes del Derecho? Y si los "usos jurídicos" fueran diferentes de la "costumbre", ¿perderían acaso su condición de fuentes por haberlos asimilado el Legislador a esta última?.

No crean, por favor, que, forzando la exegesis, esté incurriendo en un pecado de hipercrítica. Un Código Civil es una cosa muy seria. Y el Título Preliminar, por su alcance, más serio todavía: Todos los esfuerzos y todos los miramientos son pocos para evitar pedanterías y perogrulladas y poner a salvo de francos errores nuestros grandes principios. Conviene, por tanto, saber hasta dónde pueden llegar las asunciones tácitas en la legislación y qué es menester, contrariamente, definir en los términos más inequívocos.

Como las palabras son simbolizaciones, su sentido tiene que depender de alguna asociación preestablecida con el objeto denotado. Y hay tres formas substanciales de asociación: Una, idiomática, viva en la calle y en muchos casos registrada en los diccionarios lingüísticos; otra, científico-técnica, que compete a la Ciencia-matriz y otra explícita, que se hace necesaria para que la referencia tenga sentido, cuando uno rehuye cualquiera de las anteriores.

Como la definición explícita de los términos no se ha dado aquí, tenemos que remitirnos a una de las otras dos, y, en consecuencia, debemos demandar: "¿Usamos los juristas la voz \*disposición\* como un tecnicismo?". Bien sabemos que no, en España. Mas, por si acaso, procuremos consultar algunas enciclopedias o diccionarios jurídicos y efectuemos allí las comprobaciones pertinentes, Nada, "Disposición" se usa en sentido técnico con respecto a los actos de disposición, no de otro modo, En su acepción más general funge como sinónimo de \*orden\*, \*decreto\*, \*precepto\*, \*deliberación del superior\*, etc.

El Diccionario de la Lengua nos enseña, por su parte, que "disposición" indica "acción y efecto de

disponer” y también ”mandato del superior”. Luego nuestra perplejidad no desaparece.

¿Quiéren Vds, persuadirse del grado real de incertidumbre con que nos encaramos?

Caben, cuando menos, tres posibles interpretaciones al n° 2 del art. 1 de nuestro CC., aun sobreentendiendo su intención significativa global. Nos es lícito entenderlo, en primer lugar, como una jerarquización dogmática de todas las fuentes del Derecho. Todas las fuentes aparecerían, así, como ”disposiciones” y su validez quedaría condicionada a la no contradicción con normas de rango superior. Podríamos, en segundo lugar, dar por supuesto que el legislador está llamando ”disposiciones” a las ”leyes”; es decir, aludiendo a las ”disposiciones legales”, sin perseguir otra finalidad con su afirmación que asegurar la coherencia lógica en la integración normativa. Pero también, por último, ha de contar en nuestros cálculos el atribuir al aserto su máxima generalidad e imaginar que su propósito latente es puntualizar que ”todos los mandatos de un superior que no contradigan normas que lo vinculen a él, tendrán asimismo eficacia de fuentes de Derecho”.

Bueno -dirán algunos-: ¿Qué tiene de particular una ligera imprecisión terminológica en una norma? Los juristas, contando de antemano con ella, hemos forjado un poderoso instrumento esclarecedor para salir de dudas; los métodos de exégesis y, consiguientemente, con tal ”sésamo ábrete” para lograr acceso a los más profundos arcanos de nuestros recovecos legales, ¿a quién podrá intimidar una minucia como ésta? ¿Por qué preocuparse, entonces? -nos susurrarán los optimistas. ¿Será verdad tanta belleza? -objetará nuestro pesimismo.

Si nos adentramos en el problema, veremos inmediatamente que la esperada clarificación se esfuma. La fórmula del legislador insinúa que *\*norma problemática\** + *¿interpretación\** = *\*solución jurídica\**, ante lo cual nuestro diablillo familiar nos tienta para que preguntemos maliciosamente: ¿Son, o no, fuentes del Derecho las reglas interpretativas? Si de ellas depende, como hemos visto, la posibilidad de aislar el sentido auténtico en una prescripción ambigua, ¿cómo podremos apadrinar una contestación denegatoria?.

Otra vez toma la palabra el optimista y asume la defensa de su respetuoso legalismo. Nos dice: No existe casa justificada para sentir intranquilidad. El art. 3, 1 del CC. legaliza la interpretación y compendia sabiamente sus reglas lícitas: Completamos el Ordenamiento sin salir de él.

La réplica del pesimista, como es obvio, no se hace esperar. Objeta dos cosas: ¿Cómo interpretaremos esas mismas reglas interpretativas en sus particularísimas y abismales obscuridades? Si se han \*legalizado\* ahora, ¿qué valor tenían con anterioridad? ¿Con qué título legitimador las empleábamos los juristas?.

Veamos el asunto prácticamente.

El art. 1 nos habla de ”ley”; el 3 nos enseña que debemos recibir este vocablo en su sentido ”propio”. ¿Cuál es el sentido ”propio” aquí? Si lo conociéramos, ¿qué problema habría? Nuestra perplejidad proviene, justo, de la diversidad de acepciones convergentes en la misma palabra con idéntica legitimidad lingüística. ¿Saldremos del embrollo recurriendo al contexto? Por desgracia, tampoco. El concepto problemático es \*jurídico\* y sin su delimitación previa ¿no tendrá que resultar desconocido ese mismísimo contexto, esa realidad significativa circundante? ¿O la costumbre y los principios generales del Derecho nos permitirán inferir qué se quiso significar aquí por ”ley”?.

Presiento, a todo esto, que otra vez nos está pidiendo la palabra el optimista. El art. 3 -nos dirá- no se contenta con el elemento hermenéutico gramatical; invoca igualmente los antecedentes históricos y legislativos. ¿No se amplía, así, sensiblemente nuestra capacidad de visión, nuestra comprensión

y superación de las dificultades, nuestro horizonte empírico?

Sí, ciertamente; el legislador está reconociendo con esta manifestación algo que era un tópico para muchos juristas: Que no podemos permitirnos el lujo de prescindir de la tradición jurídica. Nosotros sabemos hoy algo de Derecho, porque aprendimos en un pasado próximo lecciones que datan de un pretérito más lejano. Así, pues, de una tradición, trabajosamente inculcada, depende la inteligibilidad radical de las nociones capitales de nuestro saber. Pero, claro, constatado esto, urge preguntar: ¿Es, o no, entonces fuente de Derecho la tradición jurídica?. En términos aún más generales planteemos la cuestión vertebral: *¿Las fuentes de las fuentes del Derecho no son acaso fuentes jurídicas?*

Mi contestación ya estará seguramente intuida por la perspicacia de Uds. Quiero, empero, para entrar con pie firme en el tema de fondo, no dejar entre Uds. y yo ninguna clase de malentendidos ni evasivas, Preguntaré, así, para enfocar el tema: ¿Qué sesgo categorial ha presupuesto nuestro legislador al tomar partido sobre la teoría de las fuentes?

A muchos de Uds. no les resultará probablemente familiar esa noción de "sesgo categorial", así que pesa sobre mí la obligación de aclarársela.

Para que sea posible entender de veras un aserto cualquiera tiene que constar de algún modo en qué universo de discurso o en qué ámbito de realidad se sitúa el que habla. Nuestro interlocutor, por ejemplo, podría estar contándonos un sueño que hubiera tenido la víspera; una fantasía o ficción, suya o ajena; un deseo íntimo; un proyecto, un propósito; una determinación que piensa tomar, etc. Si uno, trastocando el sesgo intencional de los anteriores supuestos, los tratase como si fueran descripciones de acontecimientos reales, habría incurrido en la más crasa desorbitación.

Pues bien, lo mismo sucede con las normas. Una norma puede tender a "definir" \*hechos\*, \*objetos\*, \*comportamientos\* o \*relaciones\*, aunque sólo sea para intentar asignarles después consecuencias jurídicas; "obtener obediencias"; "señalar medios indispensables para la consecución de algún fin"; "imponer deberes"; "afirmar probabilidades"; "comunicar órdenes", etc.

Cuán importante sea esta intelección global en la interpretación de las proposiciones legales vamos a comprobarlo inmediatamente en el problema que nos ocupa. Nuestro legislador dice que las fuentes de nuestro ordenamiento "son"... pero ¿utiliza el verbo "ser" en su acepción atributiva, descriptiva, existencial o cualquier otra posible? ¿En cuál precisamente? ¿Qué clase de mensaje quiere transmitir tras esa (en apariencia) simple enumeración? ¿Estaremos, como lo sugiere la forma gramatical, ante una definición por extensión o una lista? ¿Ante un mandato atenuado cortésmente por la forma enunciativa que se le da? ¿Ante la imposición de un deber a los destinatarios? ¿Ante una constatación estadística, probabilitaria?

Como desconozco la respuesta que preconice cada uno de Uds. voy a enjuiciar brevísimamente las diferentes posibilidades. Con más énfasis en las más verosímiles.

### **a) Hipótesis de la definición.**

Un conjunto -enseña la lógica matemática- puede ser definido de dos maneras: por extensión, es decir, nombrando todos los elementos que lo componen; o por comprensión, identificando sus miembros mediante alguna propiedad distintiva que compartan ellos y- sólo ellos.

En nuestro Código, evidentemente, no existe definición por comprensión; pero sí una enumeración o lista del conjunto \*fuentes del Derecho\*. Que tenga un alcance definitorio es otro cantar. Pero es previo -e importantísimo- abordar el tema. Pues supongamos que esa lista oficie como definición. Atañiendo a la lógica del ser, habría de resultar necesariamente “verdadera” o “falsa”.

Inclinémonos por lo segundo: ¿Podríamos los juristas, por un temor reverencial o por un timorato miramiento hacia el legislador, anteponer el error legislativo a la necesidad de integrar correctamente el Derecho? Se hace obvio que si tuviéramos que optar por esta hipótesis, el problema de las fuentes nos obligaría a indagar: ¿Es, o no, completa la enumeración consignada en el Código Civil? Más concretamente: ¿Constituyen las “disposiciones” un elemento más del conjunto o una denominación genérica referida al conjunto mismo?.

La sola idea de que la toma de posición legal sobre las fuentes pueda ser, como mera definición, \*refutable\* o \*confirmable\* científicamente y, en el primer caso, desechada por juristas y Tribunales, repugnará, casi con certeza, a la mayoría de los lectores. Dirán: “Estamos aquí ante una definición \*imperativa\*: el legislador crea el conjunto y el conjunto, a partir de entonces, se nos ofrecerá como un nuevo mundo jurídico”.

¿Qué replicar a esto?.

Ante todo, que quien se parapete tras tal argumento, se coloca ya fuera del postulado hipotético que estamos enjuiciando. ¡Abandona la fortaleza que defendía y se refugia en otra! He ahí por qué, no quiero suponer por ahora que Vd, lector imaginario, eche mano a efugios tan efímeros. Me toca presumir -y así lo hago- que sigue defendiendo la irreprochabilidad de la definición. Y debo, por mi parte, enfrentándola como cualquier otra, ponerla en contraste con la realidad de ese conjunto que trata de acotar.

La confrontación, ciertamente, no la deja muy bien parada. La incógnita que plantea sin respiro el término “disposiciones” es ya deficiencia bastante para exigir retoques en la pretendida definición. Porque si se recibe el nombre como designación genérica de todas las fuentes, entonces habrá de hacerse un uso impropio de la palabra “ley”, que abarcaría peligrosamente toda una serie de normas jurídicas diversas -y a veces reñidas las unas con las otras. Si, por el contrario, subsumiéramos como “disposiciones” las normas que no son ley, costumbre ni principios del Derecho, habría que corregir la enumeración incluyendo a las “disposiciones” en el inventario y mostrando sus diferencias específicas con las leyes.

No crean, les ruego, que acabe en bagatela el defecto que estoy achacándole a la fórmula definitoria del CC. ¡Siempre reviste gran importancia práctica distinguir las leyes de las otras normas de rango inferior! ¿Quieren comprobarlo? Pues evoquemos, en su génesis histórica concreta, la necesidad social que dio causa determinante a la invención de la ley. Nuestro punto de partida está en aquel Derecho de carácter sagrado, formulario, ligado estrechamente al credo religioso, cuyo conocimiento monopolizaban los sacerdotes. Desconocido para el pueblo, ¿cómo podrían los desvalidos indefinidamente dispensarle su confianza? ¿Quién, ante experiencias decepcionantes, se resistiría a creer que no sirvieran sus arcanos para hacer acepción de personas, en perjuicio de las menos pudientes? Confirmados los primeros indicios sospechosos por las evidencias estadísticas, el profundo malestar reinante engendró fuertes conmociones revolucionarias. Se desató la pugna por la isonomía: Es decir, por normas escritas, expuestas al público, que tuvieran que ser siempre iguales para todos. Glotz resume muy acertadamente los acontecimientos:

“La primera reivindicación, que hizo oír la democracia cuando estuvo organizada en partido, fue la referente a la publicación de las leyes. Todos los adversarios de la aristocracia tenían el mismo interés. Se estaba harto de sentencias \*torcidas\* que los Eupátridas dictaban como expresión de la voluntad divina y que las más de las veces no eran más que la cínica explotación de un monopolio odioso y anticuado, Varias generaciones habían esperado vanamente que el juez, que estatúa bajo la fe del juramento, se acordase de Horcos, vengador del perjurio, y que las lamentaciones en que prorrumplía Díké ante el trono de Zeus tuviesen su repercusión en la Tierra, Se quería conocer la ley. El empleo de la escritura, casi desaparecido durante varios siglos, volvía a extenderse de nuevo: se pedía leyes escritas” (17),

Queda, pues, así evidenciado cómo el sistema de legalidad respondió al designio de poner coto a las actuaciones arbitrarias que solían hacerse pasar como Derecho. La primitiva función de la ley estribaba en poner las reglas jurídicas en conocimiento y al alcance de todos para que cualesquiera sanciones ulteriores no descargaran sobre los interesados como un ataque por sorpresa, Lo que el pueblo esperaba de un Derecho “Público” (18), con el que se pudiera familiarizar, era obtener nuevas inmunidades contra los abusos de poder. Esto consta con claridad desde la reforma de Dracón, pues, a tenor del testimonio de Aristóteles, “el consejo del Areópago era el guardián de las leyes y vigilaba a los magistrados para que mandasen de conformidad con ellas. Y podía el agraviado denunciar ante el consejo del Areópago, indicando contra qué ley se le hacía injusticia”(19). Más tarde, tras las reformas de Solón, las precauciones fueron aún mayores. “Inscribieron las leyes en las columnas giratorias de madera, las colocaron en el Pórtico Regio y juraron todos guardarlas. Los nueve arcontes juraban tocando la piedra y prometían ofrecer una estatua de oro si transgredían alguna...” (20). ¡ El pueblo quería garantías de que también los magistrados, sin excepciones, iban a estar supeditados a la ley! Y fue, de seguro, tan obstinada su insistencia en conservar el control de la legalidad que ya Solón, que había reservado las magistraturas a ciudadanos de posición desahogada, tuvo, cediendo a las presiones de los más, que designar a los jueces por sorteo, con lo que, al decir del estagirita, “convirtió a los Tribunales en dueños y soberanos del Estado” (21). También Plutarco, en su biografía de Solón, deja patentizado este mismo hecho con palabras que vale la pena repetir:

“... Los jornaleros... no eran admitidos a ninguna magistratura, y sólo en concurrir a las juntas y ser tomados como jueces participaban del gobierno. Esto, al principio, no era nada; pero luego vino a ser de gran consecuencia, porque las más de las controversias iban a parar a los jueces por cuanto aun en aquellas cosas cuya determinación se había atribuido a los magistrados, concedió apelación a los que quisiesen para ante los tribunales. Dícese, además, que, no habiendo escrito las leyes con bastante precisión, y teniendo éstas diferentes sentidos, con esto se acrecentó el poder de los tribunales, porque, no pudiendo dirimirse las diferencias por las leyes, sucedía que era necesario el ministerio de los jueces, y había que acudir a ellos en todas las dudas, con lo que en algún modo

---

<sup>17</sup> GLOTZ: *Op, cit.* pág. 135.

<sup>18</sup> Vid. GLOTZ: *Op, cit.* 136 ss. Cfr. *Tras eufemismo, demo-a-cracia*, cit. VI, B), 2.

<sup>19</sup> ARISTÓTELES: *La Constitución de Atenas*, (Tovar), Madrid, 1948, 4,3, págs. 52-53.

<sup>20</sup> ARISTÓTELES: *Op. cit.* 7,1; págs.56, 57 ss. (ed. cit.).

<sup>21</sup> ARISTÓTELES: *Política*, (Azcárate), cit. 81 ss. También, en: ARISTÓTELES: *Obras*, (Samaranch), Madrid, 1973, 1450. En la edición bilingüe de J. Marías y M. Araújo, Madrid, 1951, 64, el texto difiere un poco: “Le reprochan algunos haber anulado el otro elemento al dar el poder supremo a los Tribunales, que se nombran por sorteo”.

tenían las leyes bajo su potestad” (22).

No había, pues, dudas respecto a lo que se esperaba de las leyes. Tampoco las hay en cuanto a lo que hicieron con ellas los demagogos, ni sobre las argucias que emplearon para ponerlas a su servicio. Con casi críptica sutileza, sugiere Aristóteles en su *Política* de qué modo la democracia griega, modificando el Derecho legislado mediante decretos, va sufriendo gobiernos cada vez más distantes de la pureza del sistema, hasta degenerar en franca demagogia.

En una democracia respetuosa con el Derecho, donde el espíritu de la constitución arrastra la fidelidad de la mayoría, -sabe decirnos Aristóteles- los demagogos no encuentran clima para prosperar. Su ocasión de influir aparece en el mismo momento en que comienza a resquebrajarse la soberanía de las fórmulas legislativas tradicionales. El pueblo se siente entonces monarca y, cediendo al afán de imponer su voluntad sin límites, sacude el yugo de la ley y actúa como un déspota. Ha sonado entonces la hora de los aduladores, los cuales, por mejor explotarlas, exasperan las pasiones de la multitud. Una democracia bajo estas circunstancias es, a su modo, una tiranía, pues en ambas son comunes los vicios y la opresión. La diferencia reside sólo en que la democracia comete los abusos mediante decretos populares y el tirano, con órdenes despóticas. Los demagogos, para hurtarse a la soberanía de la ley y sustituirla por decretos populares, inspirados por ellos para su propia ventaja, someten al pueblo todos los asuntos. Esto es realmente acabar con la democracia constitucional, pues donde la ley no decide de antemano las cuestiones de carácter general y los magistrados, aplicándola, las de carácter particular, ya no hay un orden jurídico-político. Este requiere, a la verdad, inexcusablemente la soberanía de la ley. En cambio, el Estado que provea a todo mediante decretos, no es realmente una democracia, pues los decretos no son modos válidos para dictarlas reglas de carácter general (23).

También Platón había ya lanzado su anatema contra aquella concepción \*realista\* de la política, según la cual cada gobierno tiende a velar sobre todo por la eficacia de sus mandatos y por su propia incolumidad. Para eso instrumentaliza las normas. Y en virtud de un poder momentáneo, da por Derecho las medidas a las que confía el perpetuar su dominación; y exige que se cumplan.

Contra esta corrupción de la legalidad, supo asimismo elaborar una lúcida doctrina sobre los títulos legítimos para ejercer las potestades públicas. E igualmente afirmó ya la primacía del saber como fundamento de cualquier autoridad digna de este nombre. Pero muy especialmente acertó a resaltar que si en un Estado la ley se trata como a súbdito y el que manda pone sus decretos por sobre ella, la ruina estará próxima; y donde, por el contrario, la ley reina, e incluso los gobernantes son súbditos de la ley, la prosperidad crecerá para todos (24).

Las palabras del filósofo ateniense parecen proféticas. Tanto, que sería de interés enorme compulsar ante los hechos históricos hasta qué punto se cumplió el vaticinio. No existen, a lo que sepa, muchas investigaciones destinadas a estudiar en los casos concretos, con la profundidad deseable, el problema de la pugna permanente entre el Derecho establecido por las normas legales en vigor y las medidas de gobierno que intentan suplantarlos. Pero cincuenta años atrás, se publicaba en Alemania un opúsculo resonante en donde, con evidente genialidad, este importantísimo tema recibía toda la

---

<sup>22</sup> PLUTARCO: *Vidas Paralelas*, Solón, (Ranz Romanillos), Madrid, 1970, XVIII, pág. 140 ss.

<sup>23</sup> ARISTÓTELES: *Política*, IV, 4; (Azcárate), 188 ss.; (Samaranch), 1482 ss.

<sup>24</sup> PLATÓN: *La República*, (Pabon & Fernández Galiano), Madrid, 1949, libros VIII y IX, III, 49 ss. y esp. II 158 ss. También: *Le Politique* (Diés), Paris, 1950, 56 ss.

atención que debe otorgársele. Esto se hizo en la monografía de Carl Schmitt intitulada “*Legalidad y Legitimidad*”, de la que resulta indispensable ocuparse ahora.

La obra se inicia contraponiendo sagazmente al verdadero Estado de Derecho el que llama el Estado legislativo parlamentario, definido como comunidad política que identifica la voluntad general con ciertas normas, con pretensiones de Derecho, proclamadas en exclusiva por un órgano *ad hoc*: el Parlamento. Según la aspiración aristotélica, se supone que en este \*diseño\* “imperan las leyes”, no los hombres ni las autoridades. Incluso, mejor que “imperar”, habría que decir que las leyes “rigen como normas”. Se presume un poder *impersonalizado*, ejercido “en nombre de la ley”; pero nunca por el legislador. En este sistema la “legalidad” funda el deber de obediencia, elimina el derecho de resistencia y justifica la coerción.

El legislativo parlamentario no es un tipo único, ni siquiera hoy. Se da también el Estado *jurisdiccional* (más próximo al Estado de Derecho), donde no existe para el juez mediatización normativa; y cabría, en principio, un Estado *administrativo*, en el cual resolvería soberanamente un Caudillo que asumiera en persona el gobierno. Schmitt advierte que estos tres tipos aparecen en la realidad histórica combinados con predominio de uno u otro. Cree, asimismo, que la clasificación es más fecunda que las demás en uso.

Cada uno de estos tipos responde a un presupuesto legitimaste. El *ethos* del Estado jurisdiccional radica en que se deja al juez buscar por su cuenta el Derecho y la Justicia, sin que otros poderes no judiciales se crean más cualificados para interferirse. Tras el Estado administrativo, antes que un *ethos*, cuenta un gran *pathos*, P.e.: gloria y honor, virtud, eficacia, etc. El Estado legislativo parlamentario, neutralizándose, se quiere liberar de legitimaciones extrínsecas. Se imagina autosuficiente y cifra su “legitimidad” en la mera “legalidad”. Se hace “ajeno a valores”, aunque podría invocar en su favor un *ethos* antiquísimo: el *nomos* frente al *demos*, la *ratio* frente a la mera *voluntas*; a condición, claro, de que, con fidelidad a ese propósito no confundiera las leyes con las disposiciones o medidas, propias del Estado Administrativo).

Dos amenazas convergentes pueden, sin embargo, coincidiendo, dar al traste con las pretensiones del Estado legislativo parlamentario. Por un lado, a pretexto de actualizar el Derecho con ordenanzas de necesidad, la tendencia hacia una \*legislación motorizada\*, en que pasan por ley simples disposiciones administrativas; por otro, el abandono indiferente a la decisión de mayorías parlamentarias efímeras, como si la Ética y los sentimientos públicos fueran orillables. Condensando la que cabría erigir en tesis de su obra, Schmitt escribe: “Cuando la legalidad normativista de un Estado legislativo parlamentario se transforma en un funcionalismo vacío que se limita a registrar las resoluciones de la mayoría, cualesquiera que éstas sean, puede acoplarse al funcionalismo impersonal de la aspiración burocrática a la reglamentación. En esta alianza -extraña en su idea, pero fácil de comprobar, según toda experiencia práctica- entre la legalidad y el funcionalismo técnico, la burocracia prevalece a la larga como el aliado hegemónico y acaba por convertir a la ley del Estado legislativo parlamentario en la disposición del Estado administrativo burocrático” (25).

Tras este planteamiento inicial, Carl Schmitt entra en pormenores para efectuar la más cumplida demostración de sus asertos. El Estado legislativo -dice- presupone un concepto de ley puramente formal, o sea, un \*acuerdo adoptado con el concurso de quienes representen al pueblo\*. Aunque

---

<sup>25</sup> SCHMITT, CARL: *Legalidad y Legitimidad* (Díaz García), Madrid, 1971, pág. 22.

teóricamente sean concebibles ciertos límites impuestos al poder legislativo por el Derecho consuetudinario o por “la esencia interna de las cosas” (como dijo en alguna ocasión el T. S. alemán), en la práctica resultan problemáticos. La costumbre, por ejemplo, queda en manos del legislador, que puede anularla de un plumazo. En el Estado legislativo valen, pues, las siguientes identidades simples: Derecho = ley; ley = regulación estatal realizada con la cooperación de los representantes populares.

En el Estado legislativo el legislador, siempre “uno”, y el procedimiento legislativo implantado, habrán de resultar, al reservarse la regulación de las libertades y derechos básicos, las últimas garantías de legalidad y seguridad y la última protección contra la injusticia. Constituyendo dicha organización política un sistema legalista cerrado, no caben allí, al revés que en Roma, fuentes de Derecho diversas. El legislador consecuente tiene que atribuirse el \*monopolio\* de la legalidad, aunque eso constriñe a depositar en él una ilimitada confianza, ya que sin ella cualquier orden, por absurda e inicua que sea, puede hacerse legal y jurídica por resolución parlamentaria.

Antes de la guerra europea, la teoría del Estado alemana, contraponiendo la ley en sentido material a la ley formal e insistiendo en la \*juridicidad\* como un requisito esencial a la primera, impedía que pudiera confundírsela con meros mandatos, por más que se acomodaran a las formalidades reglamentarias prescritas para hacer las leyes. Abolidas posteriormente las exigencias materiales y deferido al parlamento el poder de servirse a su antojo de la ley para revestir cualquier contenido volitivo, toda la dignidad propia del Estado de Derecho, quedó ya cercenada de su origen y fuente, que era aquella conexión objetiva con lo jurídico. Desligada la ley, así, de toda relación con el Derecho y la Justicia, el legislador, con tal de seguir el procedimiento establecido, puede ya hacer cuanto le plazca y, bajo apariencia legal, imponerlo como si fuera Derecho. Cuando una democracia sucede a una monarquía parece eliminado el dualismo entre rey y pueblo, entre la voluntad estatal y la popular. Se considera natural entonces llamar, incluso, ley a la decisión de una mayoría momentánea, porque se presume que un pueblo homogéneo no puede acoger lo injusto ni lo irracional. En la democracia parlamentaria la voluntad de la Cámara se identifica con la del pueblo y, así, los acuerdos de aquélla serán ley y Derecho, si existe conformidad entre la mayoría parlamentaria y la voluntad homogénea popular. Con eso se reduce la ley “a la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento”. Lo que se justifica por la confianza implícita en la racionalidad y sentido jurídico acreditados al Parlamento y a sus debates, supuestamente públicos.

El punto crítico en la teoría del Estado legislativo queda en descubierto cuando algunas de sus graves consecuencias salen a luz. Admitidos sus postulados, sólo podrá ya ser ilegal y \*tirano\* quien ejerza el poder estatal o paraestatal sin contar con una mayoría mínima del 51 por 100. Quien tenga esa mayoría, no podrá cometer injusticias, pues todo cuanto haga se convierte en Derecho. “Ilegal” será ya, en cambio, toda resistencia y todo alzamiento contra la injusticia y la antijuridicidad. Si la mayoría fija, según su arbitrio, legalidad e ilegalidad, claro que podrá poner fuera de la ley a sus adversarios políticos internos. “Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante”.... “En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría” (26). Por este camino se desvanece nada menos que el principio de igualdad de oportunidades en el acceso

---

<sup>26</sup> SCHMITT, CARL: *Op.cit.* pág. 46ss. Y esp.48-49.

al poder político, previa conquista de la mayoría, que es el fundamento de la legalidad del Estado legislativo parlamentario.

Tomados los razonamientos anteriores como premisas, Carl Schmitt pasa a estudiar los tres legisladores extraordinarios que instituía la Constitución de Weimar; así como las íntimas contradicciones a que daba lugar su texto al proclamar valores supralegales en un sistema basado en la neutralidad axiológica. Pese al enorme interés de sus raciocinios, no seguiré ahora en los detalles al autor, no porque hayan perdido actualidad sus argumentos, sino porque conciernen a un aspecto que trataré más tarde. Lo que en este instante importa subrayar en esta parte de la investigación es con qué facilidad puede un ejecutivo-legislador “*ratione necessitatis*” suplantar con sus disposiciones o medidas la ley del Estado legislativo parlamentario, no sólo *praeter legem*, sino, incluso, *contra legem*. Para percatarse de la trascendencia y tremenda actualidad de la obra cincuentenaria, basta reflexionar en este incitante pasaje:

“Un Estado pluralista de partidos no se hace “totalitario” en virtud de su fuerza ni de su energía, sino por debilidad; interviene en todos los dominios de la vida, porque tiene que dar satisfacción a las reivindicaciones de todos los intereses, Tiene que intervenir especialmente en el dominio de la economía, que hasta ahora permanecía libre de la injerencia estatal, aun cuando renuncie a toda dirección e influencia política en este dominio. \*Un Estado que, en una época predominantemente económica y técnica, renuncia por su propia iniciativa a saber nada del desarrollo económico y técnico y a dirigirlo, tiene que declararse neutral frente a las cuestiones y las decisiones políticas y que renunciar, por tanto, a sus pretensiones de dominio\*. No obstante, ningún Estado, por débil que sea, renunciará jamás, mientras exista como Estado, a dominar mediante la negación y la anulación todo derecho de resistencia. Por el contrario, incluso podría confirmarse, como ha dicho B. Constant, que la debilidad y la mediocridad utilizan el poder que les cae en suerte de una manera más convulsiva y virulenta que una fuerza auténtica, aunque se dejen arrastrar por sus pasiones. De ahí que un Estado débil busque indiscriminadamente las legalizaciones, las legitimaciones y las sanciones y que se sirva de ellas tal como las encuentra” (27).

La conclusión general de todo lo expuesto es, según creo, muy clara: Pocas cosas pueden causar más daño a la seguridad jurídica que una \*indefinición\* inicial de las fuentes utilizables. No sólo porque incrementa preterintencionalmente las facultades discrecionales reconocidas a la judicatura, sino también y sobre todo, porque desnaturaliza la misión tuitiva consubstancial al Derecho escrito. Cualquier observador consciente de la realidad iuspositiva actual no puede menos de sentir aprensión ante la proclividad de nuestros legisladores, en este normativismo \*de temporada\* que nos azota hoy, a sembrar ambigüedades en las leyes para que oportunamente les produzcan dividendos de poder acrecido. Por más que todo el mundo espera ya de la clase política que siempre labore pro *domo sua*, no deja de resultar preocupante que los juristas presten sus propias teorías para cohonestar unos métodos que, según están hartos de saber, conducen a que el Derecho, rindiendo servidumbre a esa misma fuerza para cuyo sometimiento fue creado, deje de serlo en muy gran parte y quede reducido a instrumento de una facción que lucha por su perpetuación y predominio.

---

<sup>27</sup> SCHMITT, CARL: *Op. cit.* pág. 150 s. 36.

## b) Hipótesis del mandato.

La mayoría de los juristas muestran irrefrenable propensión a concebir todas las normas como imperativos. De ahí que interpreten la nómina del art. 1 como una reglamentación jerárquica y taxativa de las fuentes cuyo efecto es prohibir que se funden en otras diferentes las decisiones jurisdiccionales. No quiero ignorar que la propaganda haya conferido tanta fuerza a esta opinión que parezca herético ponerla en duda. Pero observen Uds. que estamos aquí ante un supuesto previo a la exégesis propiamente dicha, sobre el cual ningún legislador se ha pronunciado jamás, ni nada importaría (como veremos) que se pronunciara. Si Uds. comparten la teoría de que las normas son mandatos, no podré reprocharles nada por ello. Mas, no siendo \* vinculantes\* las teorías indemostradas, reivindico mi derecho a refutar una concepción que no se concilia con los hechos y a idear otra que la reemplace.

No es cosa de repetir ahora los argumentos que invalidan el parcializador credo imperativista. Las relaciones de \*mando\* y \*obediencia\* son siempre en nuestra experiencia familiar, relaciones interpersonales concretas. Suponen alguien que mande; algo que se mande, inteligible para quien haya de cumplirlo; y alguien que, de algún modo, sienta sobre sí el precepto como una cierta obligación apremiante. Pues bien, ¿quién manda, qué se manda y a quién se manda en el Derecho?.

¿*Manda “el legislador”*? La fórmula es pobre y evasiva, Es como decir, según el viejo cuento popular, que quienes robaron la iglesia fueron “los ladrones”. Cada legislador, por revolucionario que parezca en su origen, deriva sus poderes de algunas normas previas que tiene que aceptar y presumir vigentes. Una revolución total resulta, en Derecho, inconcebible. Luego ese legislador, para mandar, comienza \*obedeciendo\*, Y, para mayor paradoja, obedece más a muertos que a vivos, Y ¿cómo los muertos pueden mandar, si no es en metáfora?.

Sí; ya sé que se corrige con facilidad la pobre “salida” precedente diciendo que los imperativos emanan del \* Estado\* o de los poderes públicos. Bien; quedémonos con estos últimos, porque el Estado es un ente místico, no el sujeto personal de una relación necesariamente interpersonal; y pregúntemenos qué poderes públicos establecen las normas jurídicas. La réplica es perogrullesca. El poder legislativo dicta la ley; el ejecutivo, los decretos, las órdenes, los reglamentos, etc.; el poder judicial, la jurisprudencia.

No debo ignorar aquí aquella presuposición tópica que, con sólo asignar \*personalidad jurídica\* al Estado, cree resueltos ya todos los problemas de las relaciones entre súbditos y gobernantes. Sintiénolo mucho, no puedo dar por buena una teoría (¡venga de quien venga!) que se enrosca en un círculo vicioso sin compostura, Si el sedicente \*Estado\* no era una persona jurídica cuando se proclama tal, ¿qué valor puede tener, incluso como declaración de voluntad, ese alarde por quien, hasta ese momento, carece manifiestamente de semejante atributo? Los acuerdos de una pluralidad indeterminada de sujetos sin personalidad jurídica, ¿cómo podrían serle imputados hipóticamente a un centro unitario de decisión, a una entidad que jurídicamente no existe? ¿O cabe darse el ser a uno mismo? La verdad sin tapujos es que quien disfruta de la soberanía prefiere derivar sus decisiones sobre un ente ficticio, irreprochable, que simule la tan anhelada impersonalización del poder,

¿Quiénes son los destinatarios de las normas jurídicas? ¿Los súbditos? ¿Cómo, entonces, no se les

habla en un lenguaje que sean capaces de entender? ¿Cómo la ignorancia de un mandato no comunicado no vale como excusa de su incumplimiento? ¿Acaso tiene sentido pretender obediencia de órdenes desconocidas e, incluso, ininteligibles? Concretamente, en materia de fuentes del Derecho el presunto mandato no reza con los súbditos. En todo caso, sería una orden del legislador al juez o a los órganos del ejecutivo. Pero si poder es -como acertó Max Weber- “la probabilidad de imponer la propia voluntad, aun contra toda resistencia...”<sup>(28)</sup>, no se ve qué resortes garantizan en la práctica la obediencia al Congreso del poder judicial o administrativo. Si sólo los jueces controlan a los jueces y las sentencias firmes no se modifican, ¿en qué viene a parar la imperatividad del Derecho?.

Hay todavía otro argumento importantísimo para rechazar la hipótesis de que puedan los súbditos ser destinatarios de las normas, La palabra \*súbdito\* designa al “sometido a un superior” y procede de aquellas épocas en que la soberanía era un atributo del monarca que le confería el señorío sobre todo el pueblo. La relación entre rey y pueblo era una relación de poder-sumisión. El rey tenía la prerrogativa de mando; los súbditos, el deber de obediencia.

Modificado en la actualidad el modo de interpretarse las relaciones entre rey y pueblo y asentada en éste la soberanía<sup>(29)</sup>, ¿cómo todo él -o su casi totalidad- podrá ser mandado por esa exigua minoría que forman los gobernantes? El soberano, que, por definición no está sometido a nadie ni debe obediencias a nadie, ¿con base en qué títulos recibe órdenes de sus mandatarios y está \*obligado\* a sujetarse a ellas?.

Alguien ha escrito:

“Uno podría creer lógico el doble rechazo de la ignorancia y del desuso como excepciones cuando las relaciones entre autoridad y súbditos se conciben como la expresión providencial y carismática de una diversidad social irreductible. Si los decretos de un monarca o de una cámara legislativa aparecen como refrendados por un aval divino, es natural que no se admita frente a ellos otra actitud que la más respetuosa obediencia. Pero, si la soberanía reside en el pueblo, no cabe, sin recurso al mito, perpetuar la distinción entre autoridad y súbditos, sino que procede referirse a \*poder soberano\* e \*instancias delegadas\*, aunque entonces falle por su base la tentativa de someter sin parallogismos a las normas \*condicionadas\* de los representantes la voluntad \*condicionadora\* de los representados, Una Ley \*por el pueblo\* y \*para el pueblo\* no puede tener sentido \*sin el pueblo\* y mucho menos \*contra el pueblo\*. Y si lo tiene, no hablemos ya de \*democracia\*, sino de dictadura disfrazada”<sup>(30)</sup>.

¿Tienen las normas como destinatarios inmediatos a los jueces y funcionarios públicos y sólo posteriormente, y gracias a su intervención, alcanzarían a los particulares? Una norma contendría entonces, en primer lugar, órdenes del legislador a sus colaboradores institucionales; y sólo en segundo lugar, decisiones ejecutivas a imponer individualmente a quienes incurran en el supuesto facticio previsto.

La relación jerárquica, puertas adentro de la Administración, quizás diera pretexto para lanzar la

---

<sup>28</sup> WEBER, MAX: *Economía y Sociedad*, (Medina Echavarria), México, 1944, pág. 53

<sup>29</sup> *Nuestra Constitución es, en este punto, como en otros muchos, eufemística. Vid. sobre esto, LOIS: Constitución y eufemismo político en momentos cruciales de la Historia de España, en Rev. da Faculdade de Direito de Goimbra, vol. LIX, 1983.*

<sup>30</sup> *La Investigación científica y su propedéutica en el Derecho, cit. 145.*

hipótesis de cierto sometimiento de los funcionarios públicos y también del Gobierno, a la Cámara legislativa. Esta conjetura no es válida: El sistema de división de poderes no la consiente. Así como entre el ministerio y los órganos administrativos se ha instaurado un régimen estricto de interdependencia funcional, la fiscalización del poder ejecutivo por el legislativo no se ha cifrado -ni podría cifrarse- en una supervisión de cada medida concreta, sino en un juicio global de todo lo actuado. El Gobierno \*responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso\* (Constitución, arts, 108 y 113), a quien le cabe, adoptando por mayoría absoluta una moción de censura, forzar al Gabinete a que presente su dimisión al Rey; pero en la interpretación de las leyes caso a caso no está el ejecutivo supeditado a las Cortes, sino sólo al poder jurisdiccional -en supuestos predefinidos y mediante el ejercicio de las acciones pertinentes por los interesados en la causa-. En cambio, como para desmentir en parte y contrabalancear esa prerrogativa del Congreso, el Consejo de ministros queda facultado para disolver esta Cámara, el Senado o ambas a la vez. Ciertamente que la disolución no puede pretenderse mientras está en trámite una moción de censura (art. 115); pero, dada la índole de los parlamentos y su \*transparencia\* para el equipo ministerial, esta cautela significa muy poco.

Frente a esta relación, en apariencia, jerárquica; no existe, en cambio, de Derecho supeditación alguna del poder judicial al ejecutivo o al legislativo. Por la índole de su función, se atribuye a los jueces desde hace mucho una posición de independencia, tanto respecto al Gobierno como a las Cortes, Sin más que seguir este principio tradicional, el art. 117 de la Constitución proclama independientes e inamovibles a los Tribunales y aunque afirme su responsabilidad, los declara sometidos únicamente \*al imperio de la Ley\*.

Por tanto, si sólo a las normas deben obediencia los jueces; y si la interpretación de aquéllas es competencia reservada a éstos con exclusividad y sin intermediarios, ¿quién podrá sostener que las leyes hayan de recibirse como ¿órdenes\*? ¿Cabe acaso considerar

vinculante una prevención cuyo sentido quede a merced del obligado? Tan claro es que no, que el Código Civil, en su art. 1256 se ha cuidado de poner extramuros de la contratación aquellos pactos cuya validez y cumplimiento se dejen al arbitrio de una de las partes. En ese caso, naturalmente, no podría existir regla obligatoria! ; No se estaría ante un tema de Derecho, sino de hecho; pues no es posible norma mientras subsista íntegra la libertad!

El argumento no es único. “Si la Ley es una orden, la teoría jurídica de la interpretación no puede inspirarse en otro criterio que... la *mens legislatoris* puesto que la investigación de la llamada *mens legis* supone, en la práctica, la negación más radical de la imperatividad del Derecho. Si es que existe un mandato en la Ley, interpretarla consistirá en averiguar qué es lo que se ha mandado en ella...”. Pero “sí la intención del Legislador es una y la misma y se fija en un mandato concreto, tiene que resultar inadaptable a los cambios ininterrumpidos de la vida social. Concebir el Ordenamiento como un conjunto de imperativos que han de constar de antemano con claridad, para que puedan ser obligatorios, conduce a negar toda actualidad al Derecho” <sup>(31)</sup>.

El propio Código Civil al ligar, en su art. 3,1, la interpretación de las normas a esa evasiva “realidad social contemporánea”, ¿no está ya invitando a los Tribunales a desbordar a su discreción los preceptos positivos aplicables al caso? Con tal proceder, no se descubre obviamente aquí mandamiento alguno del Legislador al Juez, sino un inmejorable pretexto para que éste último pueda

---

<sup>31</sup> LOIS: *La lucha por la objetivación del Derecho*, Vigo, 1965, pág.90 y s.

legislar *ex post facto* y a su albedrío.

Muchas otras razones habría aún que añadir, Contentémonos con las más apremiantes.

Preguntemos, así, primero; ¿Podría la Jurisprudencia ser \*fuente supletoria\* sí el Derecho se redujera efectivamente a un conjunto de normas imperativas? ¿No tendrían en semejante hipótesis las lagunas legales que solventarse con un *non liquet*? Alguien ha dicho sin rodeos.

“Si enunciamos una serie de normas y afirmamos con potestad dogmática que “eso” es el Derecho, parece que automáticamente tenga que descartarse, como privado de juridicidad, todo cuanto no quede incluido o comprendido en el ámbito de la definición. No podrían ya subsistir ambigüedades ni anfibologías. Lo acotado sería “el Derecho”; lo preterido o marginado, lo “no-jurídico”. Claro que si el Ordenamiento positivo hubiese de monopolizar el Derecho en sus normas explícitas, resultaría insensato aludir después a normas supletorias para resolver todavía casos jurídicos; porque *no podría haberlos*. Luego, si se admite que los hay, tendrá que ser porque se parta de la suposición de que el Ordenamiento explícito revele su impotencia para inventariar con exhaustividad lo que cuenta para el Derecho <sup>(32)</sup>.

Otro razonamiento complementario que conduce a un resultado idéntico es el siguiente:

“Si afirmamos, por ejemplo, que hay un vacío legal respecto a (un) caso, se nos puede contrarreplicar que \*eso no es posible\*, pues ya está previsto en el ordenamiento que los órganos públicos se desentiendan de lo no previsto. Y si, por nuestra parte, pretendiéramos inquirir \*cómo y dónde\* se ha efectuado esa previsión, cabría siempre recordarnos que la orden impartida al juez de aplicar las normas y atenerse a las normas, ya implica, a contrario sensu, que se abstenga de aplicar las no-normas, Claro que entonces, para excluir la contradicción lógica dimanante de ese resultado absurdo de \*estar previsto lo no previsto\*, no queda otra salida que propugnar la tesis de que el Derecho está siempre (¡por escasas que sean sus normas!) inequívocamente definido y de que no puede existir caso alguno sin solución jurídica. Los casos tipificados tendrán la que la norma correspondiente le señale; los no tipificados, merecerán la inhibición, como *ajurídicos*” <sup>(33)</sup>.

Parece, pues, incuestionable que si se hace del Derecho \*un conjunto de normas imperativas\*, y más allá de tal conjunto no hay nada, ¿cómo la Jurisprudencia podría hallar un lugar \*jurídico\* fuera de la legalidad? Cualquier sentencia judicial que no se contentara con ser aplicación estricta de los textos, constituiría un acto contra ley y una desobediencia inocultable.

Formulemos ahora, para dar por terminado este asunto, una pregunta crucial, que bastará para abrirles los ojos a cuantos piensen de veras en jurista: ¿Es el Derecho privado realmente de carácter \*imperativo\*? ¿No está, por el contrario, dominado por el principio de autonomía de la voluntad? ¿Y no significa este principio que, salvo en supuestos excepcionales predeterminados, las normas \*oficiales\* no- públicas no se aplican sino en defecto y como supletorias de las privadas, obra de las partes?.

Los arts, 1091, 1255 y 1258 CC no hacen más que reconocer en la práctica esta evidencia elemental: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos” -dice el primero de ellos. “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean

---

<sup>32</sup> LOIS: *La Investigación científica y su propedéutica en el Derecho*, II, 1972, pág. 133.

<sup>33</sup> *La Investigación*, cit. II, 146.

contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público” -añade el segundo. Y el tercero remacha: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, - sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”.

La diferente actitud del legislador ante lo público y lo privado se manifiesta en los tres preceptos con meridiana claridad:

Donde no existan reservas de orden público ni resulte ofendida la moral, las relaciones jurídicas interpersonales se mantendrán en la esfera privada. Los particulares podrán entonces decidir por convención, soberanamente, cómo procede conciliar sus mutuos intereses y bajo qué normas cabrá discernir, en las diversas hipótesis que prevean, lo que cada uno puede o debe hacer. Y tal fuerza tienen entre sí sus acuerdos, que, mientras consten inequívocas las estipulaciones concordadas, los Tribunales, respetando cuanto preceptúen, deberán aplicarlas con escrupulosidad como el Derecho inobjetable para el caso, Sólo si faltan, o no constan socialmente, reglas privadas discriminativas o si, aun habiéndolas, adolecen de vaguedades o lagunas discrepan las partes en su interpretación, les será lícito a los jueces recurrir al Ordenamiento positivo substitutorio (en rigor, \*público\*) para subsanar por su medio la deficiencia.

¿Cómo, pues, a sabiendas de ser tales los hechos, puede nadie proclamar con dogmática seguridad que las normas jurídicas, sin ninguna clase de distingos, hayan siempre de contener expresiones imperativas? No faltará quien aduzca, en vista precisamente de arts, como los del Código Civil mencionados antes, que la vigencia del Derecho privado se deba sólo a esa remisión vinculante que los preceptos positivos hacen a las obligaciones producto de convenio por la condescendencia graciosa del Legislador, La verdad es justo la contraria, Lejos de regir por esa supuesta concesión munificente de los gobernantes, el Derecho privado preexiste y es indispensable tanto al poder político como a la Sociedad.

Imaginemos, para persuadir a los más agnósticos, que algún osado dictador arrancara del CC. el principio de autonomía volitiva. ¿Habría cambiado de esta suerte la situación actual? ¡Está claro que no ¡Ignorando en su mayor parte la gente, las nuevas prevenciones, mantendría sus hábitos negocíales con la más absoluta despreocupación, La norma privada, no mediando litigio seguiría viviéndose como Derecho. Si, en cambio, llega tal vez a suscitarse alguno y los Tribunales, cumpliendo lo dispuesto en la ley, prescindieran de lo establecido por los interesados, incentivarían hasta tal punto la mala fe, que el número de pleitos aumentaría previsiblemente con rapidez vertiginosa. La ética social sufriría un rudo golpe y ia seguridad jurídica se vería gravemente afectada.

¿Qué sucedería después?.

Vale la pena dedicar un pequeño inciso a la meditación sobre este fenómeno y sus consecuencias políticas. El síndrome del error jurídico, descrito pepeadas veces <sup>(34)</sup>, acaso les resulte a muchos familiar. Recordemos, sin embargo, la cadena de síntoma. En primer lugar, la eficiencia del Derecho declina. Tanto los disuasivos como los incentivos jurídicos pierden importancia, El valor eficaz de

---

<sup>34</sup> *Sobre error jurídico y entropía política he tratado en muchos trabajos; pero más ampliamente en. **Tras eufemismo, demo-a-cracia**, VI, 4, Tercera aproximación.*

los derechos subjetivos <sup>(35)</sup> también decae. Sube, en cambio, el mérito para litigar <sup>(36)</sup> y, ante la impresión inducida de tolerancia respecto a los delitos de poca monta, crecen, irrefrenadas, las infracciones de exigua cuantía. Por obra de esta contemporización con la delincuencia \*al menudeo\*, la moralidad pública se resquebraja cada vez más y, dañando gravemente a la convivencia cooperativa pacífica, la credibilidad del Derecho se reduce a su nivel de alarma. Sólo se ofrece ya como desenlace viable un vigoroso reforzamiento del poder, una dictadura inmediata, o una dictadura tras un corto intervalo de anarquía. ¿Qué significan estos hechos? ¡Algo muy sencillo!. Significan que el resquebrajamiento del Derecho privado y la inseguridad en avalancha que provoca traen consigo la desintegración y la quiebra del Derecho público, su íntima descomposición y la necesidad de reinstaurar, revolucionariamente, otras fórmulas y otros métodos de reforzamiento y corrección mediante la enérgica intervención de algún nuevo legislador originario <sup>(37)</sup>.

Se cumple así, una vez más, esa ley del error, que domina el Derecho: Cuando la \*entropía política\* rebasa ciertos valores críticos, el descrédito del régimen imperante hace tan evidente su ilegitimidad de ejercicio que la práctica totalidad de los súbditos clama por relevos urgentes en los centros de mando. La palpable impotencia demostrada por el poder nominal exige que ocupe su puesto quien consiga imponerse de veras contra cualquier foco de resistencia! <sup>(38)</sup>.

La consecuencia es clara: ¡Sólo gracias a la opulencia masiva del orden social espontáneo es posible un Derecho público que funcione con un mínimo de estabilidad! <sup>(39)</sup>. ¡El Derecho no lo hacen, pues, los detentadores del poder: Todo lo contrario: La regular observancia de las normas privadas conforma la sociedad y permite después la diferenciación política! <sup>(40)</sup>.

### c) Hipótesis del deber.

Son todavía muchos los autores que conciben las normas como deontológicamente vinculantes para los súbditos. Suponen que obedecer las prescripciones del legislador sea un deber ético para todos. “El deber jurídico -escribe, por ejemplo, Castro- es un reflejo inmediato de la norma jurídica, nace al hacerse ésta perfecta y su desaparición coincide con el fin de la norma”. Y concluye: “El deber jurídico no se basa en la compulsión de la pena, sino en la obligación en conciencia de no infringir el mandato de la autoridad legítima y en el deber político de colaborar en la realización de la organización jurídica impuesta por el Estado” <sup>(41)</sup>. “La consecuencia primaria de toda norma jurídica -nos dicen Díez-Picazo y Gallón- es... un deber jurídico” <sup>(42)</sup>.

---

<sup>35</sup> *Op. et loc. cit, d).*

<sup>36</sup> *Op. et loc, cit.c).*

<sup>37</sup> *Vid. Tras eufemismo, demo-a-cracia, Epílogo.*

<sup>38</sup> *La investigación, cit, II, 156 ss.*

<sup>39</sup> *Nueva Versión, cit.36 ss, 51 ss., y, más esp. 60 s.*

<sup>40</sup> *Nueva Versión, cit. 54 ss.*

<sup>41</sup> *CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: Derecho Civil de España, Parte General, I, 1949, pág. 522.*

<sup>42</sup> *DIEZ - PICAZO & GULLON: Sistema de Derecho Civil, I, 5ª ed. Madrid, 1984, 199.*

Pero a la hora de definir en qué pueda consistir éste afirman que es un efecto de la norma, aunque no se funda con ella; que tampoco se reduce a un sentimiento de vinculación o de temor a la sanción, sino que “es una situación objetiva independiente de toda sensación psicológica del sujeto” ... “una determinada conducta o un determinado comportamiento en cuanto que éste es considerado como necesario para la consecución del orden jurídico” (43).

Parece, pues, imprescindible averiguar qué clase de deberes generan en nosotros las normas, si \*morales\*, \*jurídicos\* o ambos a una.

No existen más deberes que los morales -nos dice Cathrein-. La idea de un deber que no tenga carácter moral resulta contradictoria (44). “El deber -señala Timachetf- es un contenido primario e irreductible de la conciencia” (45). ¿Constituye, empero, un atributo de cada norma la imposición de un deber moral? ¿Resulta, en principio, vinculante en conciencia cualquier precepto positivo? ¿En gracia de qué?

Antes de replicar a estas cuestiones se hace necesario aclarar en alguna medida qué suele entenderse por “deber moral”, pues aun aquéllos que tratan de concebir el deber “jurídico” como entidad diferenciada y autárquica efectúan una transposición analógica de las nociones éticas al Derecho. Para llegar a percatarse de esto, adoptemos como premisa inicial de nuestras investigaciones un hecho bien acreditado por la introspección. El de que cada hombre, antes de tomar partido entre las varias opciones de conducta que solicitan su voluntad, las califica, una por una, en función de sus propias convicciones éticas y se decide según o contra el dictamen de su propia conciencia, El pronunciamiento moral no se presenta, en absoluto, como una alternativa mas que luche por ganar el albedrío, sino como la inesquivable contraseña a la que se somete cualquier motivación concebible, Pues una cosa es el acto y sus motivos y otra muy distinta la fiscalización de aquel conjunto desde una perspectiva deontológica. Uno puede sentirse inclinado a una acción por los placeres que imagina en ella o la satisfacción que le haya reportado en otras ocasiones; por la retribución que espera obtener por su medio; porque siente que lo enaltecerá ante los demás o ante sí mismo o por la vivencia inefable de su propia abnegación amorosa. Todos estos móviles potenciales, lejos de entrar en competencia con la actitud \*moral\*, la sobreentienden y reclaman. El hombre asume precisamente esa actitud cuando reconoce o presupone que, tras cualquier posibilidad de comportamiento, hay un juicio dilemático de aprobación o repulsa, cuya prevalencia racional respecto a cualquier otro nadie ignora, se siga, o no, de suyo. Es indiferente ahora la Ética que se profese: para que merezca ese nombre tiene que ser tal que sus reglas, aun en el instante en que no se respeten, descalifiquen la conducta que las contradiga. Dicho de otro modo: el veredicto

---

<sup>43</sup> *Op, et loc, cit.*

<sup>44</sup> CATHREIN: *Filosofía del derecho. El Derecho Natural y el Positivo.* (Jardón-Barja), 1926, págs 214 ss., 274 ss, y esp, 280 ss. Cfr. también, MESSNER, JOHANNES: *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, (Barrios & R. Panlagua & Díaz), Madrid, 1967, págs. 77 ss., donde sostiene que la Ley natural contiene las directrices para permitir al hombre alcanzar la plenitud de su naturaleza. Por no expresar una necesidad inevitable y depender de su propia autodeterminación, la L. N, representa para el hombre una exigencia deóntica, una obligación de conciencia. “El sabe que puede actuar contra su conciencia, e igualmente sabe que el deber de conciencia es incondicionado y que por ello está ligado con la necesidad de una determinada conducta, es decir, que dicho deber existe con independencia de las consideraciones que el mismo puede aducir en pro y en contra del mismo”. (Salvo, por supuesto, que entrañe duda sobre la concreta obligatoriedad, en función de las circunstancias, como el propio Messner reconoce más adelante).

<sup>45</sup> TIMACHEFF, N. S.: *Introducción a la Sociologie juridique*, Paris, 1939, 74.

ético es tan apremiante para el alma que, a nuestro propio juicio, convierte en pretextos inaceptables todas las motivaciones incompatibles, incluso tras habernos dejado arrastrar por ellas. La nota más substantiva de la interpelación moral consiste en “anular” en el fuero de la conciencia a todas cuantas representaciones choquen con sus principios. Pues hay tal virtualidad en éstos que, aun queriendo para sí la excepción, nadie se aviene a recibirla como regla.

El deber moral es, por eso, “la autoevidencia de una acción u omisión como necesaria para un efecto humano tan importante que sólo nos atrevemos a omitirla o realizarla en la esperanza de que los demás masivamente la respeten”.

Sin más que analizar los términos de la definición anterior, se hace perceptible la diferencia substancial entre deberes morales y deberes jurídicos. Los primeros requieren el reconocimiento consciente del propio sujeto; se supone, en cambio, que los segundos valgan con tal objetividad que nunca sea posible alegar eficazmente el desconocimiento como dispensa. Donde el moralista pregona que \*la duda sobre la obligación exime\*, los hombres de leyes no se cansan de repetir que \*la ignorancia no excusa\*. ¿Cómo se resignarán, pues, a que las normas jurídicas queden a merced de filtros individuales?

Cuando la palabra “deber” es utilizada en las normas jurídicas no parece, pues, pertinente interpretarla como una especie de reenvío al orden moral, sino como símbolo de una propiedad que tiende a resaltar la autarquía del Ordenamiento jurídico-positivo. Hay varias fundamentaciones capaces de explicar por qué se ha procedido así. En primer lugar, por la tendencia secularizadora, siempre presente en la edad moderna. En segundo lugar, por el deseo de dotar a la Ciencia jurídica de plena autonomía metodológica y conceptual, para que pudiera convertirse en algo más que un brote de la Ética. En tercer lugar, y sobre todo, porque si el Derecho positivo hubiese de rendir pleitesía y vasallaje a la Moral, el poder público -y especialmente el legislador- lejos de sentirse dueño del Derecho, se encontraría sometido a una serie de trabas éticas que impondrían otras tantas restricciones en su arbitrio.

Quienes se han hecho ya con el mando, están prestos a recibir de los moralistas cualquier refrendo incondicional o sumisión a-priori a sus personalísimos designios, no un credo moral que, aun predisponiendo a los súbditos a mostrarse obedientes, acabe funcionando después, en rebote, como una cortapisa embarazosa contra ellos.

Están dispuestos a darle sus albricias a la tesis de que “cualquier norma legal obliga en conciencia”, no así a las que supediten la obligatoriedad a ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos, como la legitimidad, la racionalidad, el beneficio público irrestricto y la practicabilidad, pues éstos, en el fondo, ponen sobre legislador algún juez y, en última instancia, la conciencia de cada uno: ¿O cabe sentirse obligado en conciencia por una norma que uno percibe como un grave error o arbitrariedad? ¿Acaso puede obligar moralmente lo que no se entiende o se ignora? Peor aún: afirmada la soberanía popular, ¿cómo luego se podrá sostener que los \*representados\* deban obediencia a sus \*representantes\*? ¿No serán más bien estos últimos quienes queden moralmente ligados al supremo poder de los primeros?

Dejando entre paréntesis y pese a todo, las segundas intenciones de los gobernantes y aun de los juristas, veamos si es posible estructurar una teoría coherente de los \*deberes jurídicos\*.

Con este fin, hay que preguntarse primero qué valor semántico tienen en las leyes prescripciones como las del art. 67 del CC. (“El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y

actuar en interés de la familia”); 216 [novísima reforma] (“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”) etc., frente a otras, verbalmente diferentes; pero que podrían recibir redacción idéntica, por ejemplo, el art. 68 del mismo cuerpo legal o el 375 de la LEC.

¿Son las anteriores expresiones intercambiables, como términos isónomos, o, por el contrario, apuntan a realidades pragmáticas diversas? ¿Son sinónimos “obligación” y “deber jurídico”? Y, si lo son, ¿cómo podrían definirse?

Si nos atenemos a los testimonios doctrinales más autorizados, obligación y deber jurídico son simbolizaciones de una única realidad objetiva: Dicen exactamente lo mismo. Ahora bien ¿qué?

Para nuestra consternación, el esclarecimiento no es fácil. La etimología de la palabra \*obligación\* (ob-li-gatio, de \*ob-ligo\*) representa mediante una metáfora la experiencia psíquica de una cierta sujeción: el sentirse bajo una especie de atadura virtual, en lugar de sentirse “libre”. La obligación y el deber jurídico adquieren significado en contraposición dialéctica al concepto de libertad cuya, característica es la ausencia de constricciones.

Parecería superfluo señalar que la libertad aquí contemplada no es la \*metafísica\* -la íntima capacidad de autodeterminación-, ni aun siquiera la \*política\* -definida por Montesquieu como “la confianza que tiene cada uno en su propia seguridad”-, sino la \*jurídica\*, que presupone las anteriores- pero sin confundirse con ellas.

¿En qué consiste, pues, la libertad jurídica? La respuesta, exige una pregunta previa: ¿Con qué \*unidad\* y \*de qué modo\* habremos de medirla? A decir verdad- sólo se puede definir según algún procedimiento que permita su medición, porque, mientras no lo tengamos, ¿cómo nos será posible conocer hasta dónde llega y, por tanto, si se da o no, y afirmar luego que crezca, o que mengue- que sea mayor o menor aquí que allí o en estas circunstancias que en aquéllas?.

Para aproximarnos progresivamente a nuestro concepto de libertad nos conviene adoptar primero una perspectiva idealista, refiriendo aquél al resto de poder físico que le deja a causa persona el Ordenamiento jurídico vigente en un país. Aceptártelo por unos momentos la doctrina tradicional que reduce el contenido de las normas a \*prohibiciones\* (=V) y \*mandatos\* (=M), podríamos intentar la definición mediante la siguiente fórmula (designando por L la libertad, jurídica y por P, el poder físico de cada uno):

$$L = P - (V + M).$$

Es decir, la libertad jurídica es el resultado de abstraer a las posibilidades físicas de actuación previstas para cada persona todo aquello que se le manda y todo aquello que se le prohíbe. Como esta concepción, una vez refutado el \*imperativismo\*, falla desde su base, nos es imprescindible sustituirla por otra más acorde con los hechos de nuestra experiencia familiar.

La lograremos, colocándonos en una posición más realista. Veamos por qué se justifica nuestra tesitura y cómo pueda ponerse en práctica. Para guardar fidelidad a tal propósito, parece necesario adelantar algunas aclaraciones. Conste, antes de nada, que las normas, como mera expresión de pensamientos que, sobre todo, son, ningún efecto podrían ejercer sobre la libertad, de no suscitar probablemente ciertas acciones y reacciones previstas en réplica.

Una norma sólo cuenta realmente como tal cuando su probabilidad de resultar efectiva es suficiente para que las libertades cuya contención procura lleguen a sentirse afectadas por las restricciones que impone. En rigor, no existe precepto alguno -y todos le sabemos que sea eficaz al cien por cien. Tampoco es fácil encontrar otros repudiados sin excepción; ni hace falta una absoluta pasividad ante los desacatos para desechar las normas como vanas intimaciones. Los hombres regimos la vida por probabilidades y a las cercanas a la unidad las tratamos como certezas y a las próximas al valor nulo, como prácticamente descartables.

¿Qué es entonces -procede preguntar ahora- lo que confiere a las normas su probabilidad de resultar eficaces? ¡ No, con toda certeza, un atributo que les sea inherente en cuanto proposiciones, sino determinadas creencias que suelen inducir en el público por fuerza de algún hábito inveterado. Tales creencias son de muchas clases: éticas, afectivas, inspiradas por el propio interés o por el qué dirán, etc. ¿Cuáles juegan en el Derecho? Cuando los juristas hablan, por ejemplo, de \*validez\* o de \*vigencia\* aluden a \*presunciones comunes, respaldadas por una esperanza matemática tranquilizadora sobre su futura recepción social\*. Pues la validez, en efecto, implica persuasión dominante sobre la probabilidad de que una norma se reputa acorde con los métodos preconizados para elaborarla; y la vigencia, fe masiva en torno a su probable aplicación por funcionarios públicos.

Sí hacemos abstracción ahora de las opiniones ajenas a nuestra especialidad y nos demandamos, en cambio, de qué depende la fiabilidad del Derecho, ¿qué conclusión habremos de inferir? ¡Una muy sencilla: Que las normas hacen descansar por entero su efectividad sobre la convicción generalizada de que los incentivos y disuasivos que contienen serán asimilados y resonados como propios por esa masa de posibles destinatarios cuyo concurso resulta esencial para actualizarlas!

Se relaciona, pues, la libertad jurídica con los \*incentivos\* (que la comprometen desde dentro, \*interesándola\* en que actúe, y, por eso mismo, la respetan) y con los \*disuasivos\* (que la cohiben mediante la representación de una probable cercenadura drástica).

Llegados a este punto, se hace perentorio solventar una cuestión prejudicial de la mayor importancia: ¿La existencia de cualquier incentivo significa que la libertad sufra una merma computable o sólo se registran pérdidas en la misma al descubrirse tras el precepto la inminencia de alguna reacción disuasoria?.

Las respuestas posibles son tres: 1ª) Sólo cabe referirse a restricciones eficaces sobre la libertad cuando la probabilidad de que se apliquen los disuasivos preconizados contra la inobservancia de las normas tiende a conceptuarse como mucho mayor que la probabilidad de que no se apliquen. Por tanto, únicamente parece justificado hacer alusión a deberes jurídicos en ese preciso supuesto de que consten disuasivos probables. 2ª) El recurso a incentivos para inducir comportamientos determinados demuestra que los Ordenamientos tratan de fomentarlos por la importancia que les atribuyen para la convivencia cooperativa en paz, ¿No es esto equivalente a postular que \*deban ser\* puestos por obra en bien de todos? 3ª) Cabría, por último, distinguiendo de la \*obligación\* el \*deber\*, ligar exclusivamente aquélla a las \*situaciones de sujeción\* y extender, por el contrario, éste hasta que asimismo comprenda los comportamientos incentivados. ¿Cuál de las alternativas anteriores merecerá nuestras preferencias? Una elección fundada requiere más detenido examen sobre la naturaleza y la significación que puedan tener incentivos y disuasivos, ¿Qué son, entonces, y para qué sirven?

Consideremos el Ordenamiento jurídico como una tentativa para clasificar universalmente los actos humanos en tres grandes grupos: a) Los \*reprobados\*, por su efecto negativo sobre la convivencia

pacífica; *b*) los \*queridos y fomentados\*, ya que redundan en incremento de la sociabilidad; y *e*) los \*indiferentes\*, cuando por carecer de incidencias aliorrelativas no trascienden sobre las relaciones de cooperación interhumana. Llamemos a los primeros **actos antijurídicos**; a los segundos, **actos jurídicos**, en sentido estricto; y a los últimos, a los que la propia clasificación deja fuera de sus esquemas selectores, actos indiferentes.

La correlación existente entre los géneros comprendidos en la clasificación anterior y las reacciones jurídicas previstas, no puede quedar oculta para nadie. Está claro que los actos antijurídicos han de verse asociados a disuasivos; los jurídicos precisan incentivarse; los indiferentes, permaneciendo al margen del Derecho, no se compadecen con ninguna de ambas hipótesis. Cualquier Ordenamiento positivo abriga el ideal inasequible de reducir los actos antijurídicos a cero, caso en el cual, habiendo logrado los incentivos plena efectividad y la libertad y los actos de compatibilización, la máxima cota concebible, sería innecesario aplicar recursos disuasorios; (aunque no pudiera suprimirse la conminación, por si buena parte de la observancia descansara en ella). Erradicadas, así, todas las arbitrariedades y todos los errores jurídicos, ¿cada persona habría prestado acatamiento puntual a los deberes que el Ordenamiento positivo le impone? Sí, aparentemente; pero no, realmente Tanto los particulares como los funcionarios habrían cumplido, a lo sumo, lo que les parece \*su\* deber -según la interpretación que cada uno atribuye a las normas-, no las incógnitas obligaciones que un mal conocido Derecho tal vez les inculque.

Examinemos ahora los efectos psicológicos individuales que producen tanto los disuasivos como los incentivos.

La intimidación que cada uno de nosotros puede experimentar al representarse la posible irrupción contra él de los primeros gravita sobre alguna o varias de las suposiciones inductoras siguientes: *a*) Que se profese la creencia en que toda violación de norma pública lleva siempre aparejadas sanciones jurídicas; *b*) que se dé por supuesto que las actuaciones contrarias a los preceptos del sistema entrañarán un considerable riesgo estadístico de resultar represaliado y *c*) que se presuma, por último, que los favorecidos por las normas se esforzarán, por su propio interés, en conseguir que las apliquen los funcionarios competentes.

La hipótesis *a*), postulando la omnisciencia y la omnipotencia de los gobernantes y de los jueces, no parece posible que merezca crédito a nadie. Pues cualquier norma es inerte si alguien, previamente informado de su conculcación, no pone los medios para que se cumpla. Y cada uno sabe, más o menos, qué probabilidad hay de que su comportamiento antijurídico deje, o no, tras de sí rastros delatores. Ahora bien, en este supuesto el presunto \*deber jurídico\* no dependería ya de la norma sino de la evidencia social! inherente al acto reprobado.

La hipótesis *b*) al condicionar el deber al riesgo estadístico de represalias, incurre en la misma causa de reproche: La probabilidad de sanción no es una propiedad de la norma sino la consecuencia de un hecho sobre el cual el poder legislativo carece de control, Al legislador le cabe, en efecto, establecer nominalmente \*deberes\* a su albedrío; pero su pretensión sólo será eficaz cuando encuentra las adhesiones indispensables para obtener respaldo.

La tercera hipótesis *c*) añade a las anteriores un factor suplementario de incertidumbre, Primero, porque no siempre quienes tienen interés en la efectividad de tal o cual norma tratan de conseguir su cumplimiento por mediación de los Tribunales. Segundo, tampoco les cabe acreditar procesalmente en todos los casos la infracción denunciada, que, por otra parte, no se presume legalmente nunca. Y, tercero, sin condena judicial ¿qué valor lógico tendría hablar aún del deber

jurídico impuesto a persona concreta por una norma, mejor o peor identificada? En cambio, después de haberse dictado resolución condenatoria, ¿no será lo que importe y cuente la sentencia firme, abstracción hecha de lo que diga en realidad el precepto jurídico invocado en ella? Más aún: ¿Resultan, incluso, de las decisiones jurisdiccionales deberes auténticos?

Desde que un fallo irrecurrible haya impuesto a una de las partes una forma de actuación precisa, ¿podremos seguir sosteniendo que constituya un deber jurídico someterse a ella, por más que ya el comportamiento del obligado haya dejado, en rigor, de ser libre? ¿No se contraponen, según la doctrina, libertad y necesidad? ¿O no se ha concebido siempre el deber moral como un íntimo convencimiento que presiona en favor de una conducta determinada desde la propia libertad del protagonista? Pues bien, frente a esto, en cuanto una resolución judicial adquiera firmeza, la ejecución se convierte en forzosa. No estamos, así, ante algo que todavía deba ser, sino ante algo que, quiérase o no, habrá que resignarse a que sea, <sup>(46)</sup>.

¿Que existe cierta posibilidad de que alguien se sustraiga a la ejecución o a la vía de apremio? No cabe negarlo; pero, expresando esa posibilidad en términos de frecuencia estadística, resulta tan grande el denominador de la fracción y tan diminuto el numerador de la misma que la probabilidad de ocurrencia para tales eventos se vuelve despreciable. La única opción ahora es dar cumplimiento “voluntario” a la sentencia o sufrir que se ocupen de darle efectividad compulsivamente funcionarios públicos.

Resumiendo, para mayor claridad, estas ideas, podemos formular las conclusiones siguientes: 1ª) Existe plena libertad cuando la reflexión sobre nuestra conducta posible no descubre ninguna causa capaz de comprometernos a la abstención o a la ejecución de un acto determinado, 2ª) Existe **deber moral** cuando al convencimiento de ser uno psicofísicamente libre, se une la evidencia íntima de que cierta omisión o acción traiciona un proyecto importante, no sólo para la humanidad, sino, en el fondo, también para uno mismo. 3ª) El deber jurídico puede, por supuesto, coincidir con el deber moral cuando la proposición normativa que pretende expresarlo vale o es aceptada como verdad por sus destinatarios.

¿Qué puede significar, en cambio, el deber jurídico cuando carece o se considera con independencia de su, más o menos accidental, respaldo ético? La creencia en que toda norma jurídica se amolda al esquema: “Si Sh, **debe ser** Cc” (Sh = supuesto de hecho: Cc = consecuencia coactiva) no trasciende la pura metáfora.

Kelsen, por ejemplo, contrapone a la causalidad física la imputación jurídica, formas peculiares, a su juicio, de la “necesidad” en cada uno de esos diversos ámbitos. La “necesidad natural” se manifiesta en relaciones de causa-efecto; la “necesidad jurídica” hace que “deba ser” la conducta incentivada (la conducta que “evita la coacción” -empleando las propias palabras del jurista austríaco- o, en su defecto, **dado el acto ilícito**, la imputación coactiva <sup>(47)</sup>).

No es difícil, con todo, poner en evidencia cómo tal enfoque se resuelve en mero verbalismo. Tengamos en cuenta que, según Kelsen, la “imputación” no tiene significado ético ni psíquico, sino sólo lógico. “Lo que quieran decir exactamente estas palabras, permanece en Kelsen sin la adecuada aclaración. Podrían implicar -como ha sugerido Carlos Cossio- que el Derecho se gobierna por una

---

<sup>46</sup> Vid. *LOIS: Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación*, Santiago, 1959, 80 s.

<sup>47</sup> *KELSEN: La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la problemática científica del Derecho* (Tejerina), Buenos Aires, 1941, págs. 47 ss.

Lógica peculiar -la lógica del deber ser-; pero el propio Kelsen discrepa de este criterio. Acaso la remisión a la Lógica no sea sino un intento de eludir las objeciones que asaltan su teoría, tanto desde la experiencia social como desde las vivencias más íntimas del ser humano” (48).

La mejor prueba de que la presunta cópula deóntica es una simple contingencia lingüística la obtenemos al reemplazar ese tipo de formulación por otra distinta, semánticamente equiparable; pero incluso más acorde con los hechos: “ Dado Sh, entonces la subsistencia del Derecho requiere que probabilísimamente se aplique Cc”. La virtualidad admonitiva de las normas aparecerá más fielmente reflejada (y reforzada) en esta versión y con ella los equívocos serán menores.

Ahora bien, como veremos más adelante, la estructura de las proposiciones jurídicas no se ajusta a esquemas tan sencillos. ¡Sólo en apariencia puede ser igual la enunciación normativa cuando se omiten asunciones tácitas que cuando se declaran explícitamente los sobreentendidos cuando la interpretan las partes o cuando en un proceso la interpreta un Juez!

En cualquier caso, cuando las normas del Ordenamiento positivo se exhiben completas, el supuesto “deber ser” jurídico no aparece por ninguna parte. ¡Ha sido una hipótesis urdida con precipitación ante sólo fragmentos preposicionales a los que se atribuyó erróneamente plenitud de sentido!

En efecto, la práctica totalidad de los jurisprudencistas comparte la presuposición, gravemente errónea, de que las normas jurídicas contienen y expresan una unidad duradera y persistente de significado reconocible y unívoco. Se cree que una misma norma dice, de suyo, siempre lo mismo, con independencia de quienes sean sus destinatarios concretos o las personas que lleguen a leerla. Porque (les cabe argüir), faltando a las normas identidad de propósito, ¿cómo podría regular el Derecho la conducta de grandes multitudes sin que hiciera el desorden a cada paso irrupción aleatoria? Con normas de sentido incierto no parece posible que funcionen en gran escala estructuras cooperativas estables, ligadas a ellas (49).

Esta primera impresión es, no obstante, falaz, Ninguna norma es nada sino como el ocasional pensamiento de alguien. “ Es cierto que la norma posee cierta perceptibilidad, en cuanto puede, por ejemplo, ser leída; pero esta característica no la posee como norma, sino cómo escritura y documento. La norma, como tal, no existe fuera del pensamiento y necesita ser pensada para adquirir un modo de ser” (50).

Entonces habría que preguntarse si dos personas, de constitución y formación distintas, podrían interpretar unívocamente los símbolos verbales normativos. Aunque la respuesta denegatoria se atraiga, quizás, el beneplácito de la mayoría este aspecto puede dejarse a un lado, porque no reside en él la esencia de la cuestión. Lo verdaderamente decisivo aquí es que las dos partes implicadas en un caso y el Juez a quien compete resolverlo tengan que afrontar la norma litis decisoria desde perspectivas irreconciliables. Porque ambos litigantes saben si el supuesto facticio se ha producido o no, o si ha ocurrido en tal o cual forma. De consiguiente, si a la hipótesis normativa se asociara un deber moral podrían, en su fuero interno, sentirse apremiados a cumplirlo por razón de conciencia. También, hasta cierto punto, están capacitados para colegir cuáles son las expectativas probables de que los incentivos o disuasivos previstos se les apliquen al final.

---

<sup>48</sup> *LOIS: Nueva Versión, cit. 139.*

<sup>49</sup> *Ibid. 35 ss; 52 ss; 66 ss.*

<sup>50</sup> *LOIS: Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica, Santiago, 1954, 42.*

En cambio, el Juez, ajeno por principio a los hechos y careciendo, en cuanto les atañe, de cualquier otra información válida <sup>(51)</sup> que la proveniente de los interesados o la que parezca resultar de las pruebas, está condenado a ignorar siempre cuál de los litigantes ofrece la versión veraz. Por tanto, respecto a él, no cabe admitir ninguna conexión operante entre supuestos fácticos y consecuencias jurídicas. El esquema hipotético “dado Sh, debe ser Cc”, resulta entonces totalmente desprovisto de justificación, sin que importe ya si semejante “deber ser” se interpreta en sentido ético o en sentido jurídico.

Falla en el fuero externo la presunta remisión a hechos -siempre incognoscibles-, que ha de ser inevitablemente substituida por una remisión a títulos (valores jurídicos concretos o -aproximadamente- medios de prueba) <sup>(52)</sup>. La vieja fórmula romana “*si paret ... condemnato, si non paret ... absoluto*”, mucho más atinada y realista, permite ver con cierta claridad el cambio semántico de la norma tras la intervención de algún juez; y el nuevo enfoque que habrá de darse al caso desde que, *dejando de ser asunto privativo entre las partes*, se hace objeto de tratamiento *público*.

Mas ni aún con estos matices se capta por entero la compleja estructura de las proposiciones jurídicas. El “si paret” resume -y disimula- las alambicadas operaciones de reconocimiento, creación y valoración de títulos, presupuestas en relación con los hechos. En rigor, ni siquiera cabe homologarlas, ya que, como es sabido, los legisladores ofrecen al Juez tres formas de apreciar la prueba; la *tasada* o *legal*; la sujeta a *reglas de sana crítica* y la que descansa sobre la libre convicción de aquél. Muy a menudo, las tres posibilidades coinciden en el proceso civil y el Juez debe tratar de conciliarlas, sin que la Ley le determine el modo. Huelga puntualizar que, mediante ese “expediente” de “apreciación conjunta”, toda la prueba tiende a convertirse en “prueba de libre convicción”, fomentándose así, con grave daño a la Justicia, una casi absoluta discrecionalidad judicial, ¿En qué viene a parar entonces la supuesta “cópula deóntica”? Sí el Legislador quisiera imponer al Juez deberes jurídicos ¿no actuaría con mucho mayor lógica si, en lugar de brindarle ocasiones para moverse con libertad, le impusiera los criterios valorativos otrora calificados como aritméticos? <sup>(53)</sup>.

Ante tal suma de alegatos, no parece necesario añadir ninguno adicional. Pero, de todos modos, el análisis que emprenderé a continuación para dilucidar la auténtica estructura de las proposiciones jurídicas *completas*, proporcionará una demostración irrefutable de la tesis que aquí se sustenta <sup>(54)</sup>.

### III. El correcto esquema normativo.

¿Qué dicen realmente las normas cuando el contenido preposicional de cada una se nos presenta

---

<sup>51</sup> *Ibid*, 50 y ss.

<sup>52</sup> *Sobre la noción de \*título\**, vid, *Nueva Versión*, Cit. 67 ss.

<sup>53</sup> *Acerca de la prueba aritmética*, vid. COUTURE, EDUARDO J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1951, 173. *Sobre el concepto, no respecto al nombre*, vid. LESSONA, CARLOS: *Teoría general de la prueba en el Derecho civil* (Aguilera de Paz), Madrid 1906, págs. 438 ss. *Para una exposición sintética muy acertada*, KISCH, W.: *Elementos de Derecho Procesal Civil* (Prieto Castro), Madrid, 1940, 203 ss.

<sup>54</sup> *Vid. al respecto: Estudios*, cit. 62 ss., 109 ss. 115 s, .216 ss.

íntegro? ¿Cuáles son en ellas los elementos esenciales?

Para contestar atinadamente a estas preguntas, resulta obligado averiguar con antelación cuándo una norma jurídica puede tenerse por completa. Trataré de esclarecer aquí este argumento importantísimo valiéndome de un ejemplo muy simple.

Abierto al azar el Código Civil, tropiezan mis ojos con el artículo 1173. cuyo tenor es el siguiente: “Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estén cubiertos los intereses.”

¿Qué significa propiamente esta declaración legal? ¿Cómo haremos para “descifrarla” los juristas, a fin de que adquiera pleno y auténtico valor normativo?

Está claro, ante todo, que, pese a su aparente transparencia, la prevención resultaría ininteligible sin una serie de nociones previas, sobreentendidas por el Legislador.

Quien conozca el idioma y esté, además, al tanto de tecnicismos como “deuda”, “interés”, “capital” y “pago”, no encontrará nada difícil percatarse de lo que intenta decirnos el artículo. Ateniéndose a su letra, sólo esto: “Quien, debiendo intereses y capital, entregue a su acreedor una fracción del crédito, sólo extinguirá de la obligación principal la cantidad que sobrepase los intereses”.

Es decir: los pagos parciales “admisibles” deben imputarse primero a satisfacer los intereses pendientes; se aplicará el exceso en la amortización del capital.

La palabra entrecomillada pone al descubierto ya una primera insuficiencia del precepto, A su lectura, uno necesita inquirir aún: ¿El pago parcial, hecho por el deudor (o por otro en su nombre) es siempre de recepción obligada para el acreedor?

A juzgar únicamente por el art. 1173, procedería contestar que sí; pero otras disposiciones del Código resuelven la duda. Dice el art. 1169: “A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consiste la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda”.

Todavía después de haberse zanjado este problema, estaremos muy lejos de lograr la cabal comprensión del artículo 1173. ¿Por qué? Porque, sobre todo, al haber seleccionado como medio expresivo la fórmula general y abstracta, incapaz de evocarnos las situaciones litigiosas cuya discriminación procura, hace necesario aún identificarlas de algún modo para que sea posible reconocerlas en cuanto se susciten. Demos, pues, a la regla legal una redacción que no vele la concreta realidad que quiere describir. Para representárnosla más eficazmente, imaginemos una discrepancia entre las partes respecto a la imputación de un pago parcial. El problema lo viven de pronto; desconocen cuál sea la solución e, incluso, si existe. Alguien les dice que está prevista en un determinado artículo del Código Civil y acuden a él con el propósito de solventar sus dudas. Si cada uno lee, por su cuenta, el texto positivo, ¿qué conclusiones obtendrá? ¿No siempre las mismas, puesto que dependen del sesgo pragmático que cada cual prefiera!

Para seguir un orden, veamos primero los diversos enfoques que caben al deudor. Puede, ante todo: a) Respetar el hecho y la norma por íntimas motivaciones éticas. En ese caso, pensaría: “Pagué los intereses vencidos; adeudo el grueso del capital”, b) Puede respetar el hecho; pero no la norma, por reputarla injusta. El deudor se demandaría entonces: “¿Me será lícito desconocer el hecho, para eludir la norma? ¿O debo admitir el hecho y libramme de la norma mediante otra interpretación?.

Supongámosle despreocupado por la ética. En tal hipótesis, *c)* se atendería únicamente a su conveniencia particular y especialmente a las probabilidades de riesgo jurídico que le amenacen. Lo que trataría de averiguar entonces sería más bien: ¿Tendrá el acreedor, si me demanda, fundadas expectativas de ganar el pleito? ¿O podré yo desarmarlo, negando el hecho, o amañar las pruebas para presentarlo de tal modo que probablemente se dicte un fallo absolutorio?

Desde la perspectiva del acreedor, el campo de posibilidades pierde complejidad. Para él, la cuestión facticia se desvanece como tal mientras se le plantea, en cambio, la de saber si contará con pruebas. No sucede lo mismo respecto a la consecuencia jurídica. El acreedor podrá también, por razones éticas, abstenerse de reclamar si considera que la norma, pese al beneficio que le depara, no es justa.

El esquema normativo desde el punto de vista judicial es asaz diferente. En un primer intento podríamos condensarlo así:

“Si resultare (por títulos o pruebas) que un deudor hubiera entregado a su acreedor en pago de una deuda, pactada con intereses, una cantidad inferior al importe total de unos y otra y discreparan las partes sobre la imputación del pago parcial; el Juez, salvo constancia de un acuerdo diverso entre ellas, la imputará, en primer término, a los intereses pendientes y sólo, en lo que reste, a la amortización del capital”.

Quién examine críticamente esta nueva tentativa esquematizadora no dejará de advertir en ella ciertas reticencias, enormemente significativas, todas ligadas al comportamiento del Juez.

En efecto; hay latente ahí una relación, todavía indeterminada, entre el Legislador y el Juez, que, resultando crucial para la teoría de las fuentes, es menester impersonalizarla para no prejuizar. Esta relación se manifiesta en tres momentos: 1º) Cuando el Juez precise decidir qué versión de los hechos es más probable según pruebas e indicios, 2º) Cuando resuelva si ha existido, o no, un acuerdo privado capaz de obstar el criterio normativo público. Y 3º) cuando se pronuncie, por fin, sobre la imputación del pago parcial.

Para cada uno de estos momentos sería posible replantearse las relaciones entre el Juez y el Legislador (o entre el Juez y la Ley); aunque nunca - ¡y no deja de ser sintomático!- pueda ser propuesto el problema con desnuda y auténtica simplicidad. Porque cabe referirlo, en principio, a cada Juez, como persona individual, para esforzarse por saber con qué disposición y estado de ánimo lo aborda y en qué medida se siente libre u obligado en el ejercicio de su profesión; o referirlo a la mayoría de los Jueces, para colegir así cuál es hoy la actitud más generalmente adoptada por la Magistratura respecto a los dictados del Ordenamiento positivo.

Para comprender hasta dónde llegan, en este punto, las dificultades, nada mejor que aventurar una pregunta \*maliciosa\*: ¿cómo conoceremos el verdadero proceder del Juez? ¿Por \*encuestas\*? ¿Y cómo podremos cerciorarnos luego de si lo que nos informa cada interrogado es realmente una fiel descripción de lo que suele hacer? ¿Por análisis estadístico de las sentencias y sus correspondientes motivaciones? Por lo general (<sup>55</sup>), las sentencias exhiben una motivación pública (o patente), con muy dispar fuerza de convicción, Pero, constándonos la posible dualidad entre el motivo

---

<sup>55</sup> Sobre “motivaciones latentes y patentes de las sentencias” vid. mi *Introducción*, cit.123 ss.

“declarado” y el que contó de veras (<sup>56</sup>), siempre resultará dudosa la fundamentación invocada por cualquier juez para justificar el fallo proferido y quedar a cubierto así frente a eventuales responsabilidades. Tanto más arbitraria la decisión, más necesario el razonamiento cohonestador para que no trascienda el equívoco. ¿Salvar las apariencias sería, entonces, el único deber del Juez? ¿Podiera temerse, en un mundo en el cual la Política y el eufemismo semejan hallarse en unión simbiótica!

¿Pugnaremos, más bien, por descubrir cómo reacciona en realidad el Juez ante las normas, mediante una combinación de las dos técnicas anteriores? ¡No nos ilusionemos!; Aun con ese mínimo de prudente reserva, nuestras conclusiones pecarán de inseguras! Porque ¿sabemos acaso en realidad qué cometidos, según nuestros improvisados “constituyentes”, se pretendió asignar al (llamado) poder jurisdiccional dentro de la organización política en apariencia “proyectada” para nuestro país? ¿Se quería contar, a cualquier precio, con jueces independientes o lo único perseguido era evitar la efectiva fiscalización de los poderes públicos por una Magistratura que sólo rindiera acatamiento al Derecho? Con mal disimulado mimetismo y rutinaria imprevisión, sin el menor cálculo estratégico ni asomos de perspicacia política, los muñidores del consenso pre pactado y sus dóciles arbitristas de turno no se sintieron en ningún momento apremiados por la preocupación de garantizar a toda costa la efectividad del Derecho. Compartían la obsesión de repartirse el poder: lo demás no parecía rezar con ellos.

Pronto hemos de ver, para comprobar nuestras afirmaciones, cuántas inconsecuencias rezuma, en temas tan vitales, la Constitución española vigente y qué peligrosos errores acaba por patrocinar. Pero, por el momento, conviene atenerse estrictamente al tema investigado,

Veamos, pues, ahora, en una versión que no se tiña de prejuicios, cual es la significación de la norma para el Juez durante cada una de las operaciones necesarias para emitir sentencia.

1) El proceso comienza siempre con una pretensión donde el actor afirma haberse producido un hecho (aquí el pago parcial) para obtener, en calidad de consecuencia que la norma invocada parece asignarle, alguna cosa, prestación, servicio, ventaja, reparación o resarcimiento (aquí \*abono de intereses\* y, en cuanto al exceso, amortización de la fracción correspondiente al capital).

El hecho es siempre problemático para el Juez, porque no pudiendo constarle jamás su existencia, tendrá, mientras conserve su imparcialidad, que recibirlo y tratarlo, en principio, como dudoso.

Hasta este instante, la situación puede simbolizarse en los siguientes términos:

Postura del actor: **Sh**, luego **Cj**.

Del Juez: ¿?

Ahora, todo dependerá de la actitud que adopte el demandado,

Las posibilidades hipotéticas previstas por el Ordenamiento y subyacentes, en forma elíptica, en cada norma material, son las que enumeraremos enseguida, Al demandado le cabe manifestar:

A) **Sh**, sí; y también **Cj**, (Allanamiento a la demanda).

B) **Sh**, sí; pero no **Cj**. (Conformidad en los hechos, discrepancia en cuanto a la norma aplicable o

---

<sup>56</sup> *Op. cit.* 126 ss. Vid. también: CARDOZO, BENJAMÍN: *La naturaleza de la función judicial* (Ponssá), Buenos Aires, 1955. También STONE, JULIUS: *El Derecho y las Ciencias sociales*, (Jasso), México, 1973, 83 ss. Y esp. 93 ss. 115 ss. (Con bibliografía y notas de gran interés).

en cuanto a su interpretación).

C) *Sh*, no; luego no *Cj*. (Oposición frontal a la demanda).

D) (...), no *Cj*. (Posición evasiva respecto al hecho; mera negación del Derecho),

E) *Sh*, no; ni *Cj*; pero, ni aun resultando *Sh*, tampoco *Cj*.

F) *Sh*, sí; pero también *S'h* ? y por ende no *Cj*. (Hechos impeditivos o extintivos).

G) *Sh*, no; sino *S'h* ; por tanto, *Cj* .(Alusión a circunstancias que, silenciadas por el actor en su descripción del supuesto facticio, generan, sin embargo, diferente consecuencia jurídica).

Ni que decir tiene que, siendo el Ordenamiento jurídico una totalidad integrada, en cada norma hay que dar por virtualmente insertas cuantas completan su sentido en las diferentes hipótesis previsibles. En rigor, la conformidad de ambas partes en los hechos es un acaecimiento poco probable, si nos atenemos a la realidad estadística. Por lo común, se hace necesario recurrir a la prueba, porque los interesados ofrecen del supuesto litigioso versiones contradictorias. Los casos C), E), F) y G) son, por su orden, los que se presentan en la práctica con mayor frecuencia. El Juez (o, en su caso, el jurado) tendrá que decidir si la existencia de un hecho controvertido resulta, o no, más probable que su inexistencia, El Derecho positivo contiene algunas reglas destinadas a permitir esta decisión; pero ni son exhaustivas, ni forman un sistema coherente, ni han de aplicarse del mismo modo, ni vinculan siempre al órgano jurisdiccional. Salvo en situaciones muy particulares, dejan abundantes cabos sueltos que abren otras tantas vías a la discrecionalidad del Juez. Para colmo, la tipificación normativa de los hechos pocas veces conduce a su identificación inequívoca. En la mayoría de los casos, lo que las normas dan la impresión de decir no parece enredarse en obscuridades, sino que resulta tan claro, a primera vista, que cualquier lector se siente seguro de haberlo comprendido bien, ¡Vana ilusión casi siempre! Como en el poema de Argensola, “ese cielo azul que todos vemos no es cielo ni es azul”, tampoco en el Derecho lo que, juzgando según las apariencias, se muestra exento de incertidumbres y recovecos resulta luego aporreado cuando uno trata de reconducir la forma preposicional, engañosamente simple, a las relaciones polémicas interhumanas que debería evocar para, en su momento, dirimirlas.

Volveremos sobre este punto más adelante, Al presente, lo que importa es analizar el comportamiento preconizado para el Juez en función de las posibles reacciones del demandado.

En A) [ya veces en B] caben aún dos alternativas, según que, por las normas aplicables al tema litigioso, sea el proceso dispositivo o inquisitorio. En la primera suposición, el fallo habrá de confirmar la pretensión del actor, En la segunda, se pide al Juez que no se atenga, ni siquiera en los hechos, a las meras afirmaciones de las partes, sino que procure investigar las pruebas,

En B), por lo general, el Juez encara un problema de subsunción o la más elemental contienda exegética, La duda reside para él en la calificación jurídica de los hechos; es decir, en preguntarse bajo qué *nomem iuris* (concepto o idea jurídica) resultan englobados.

En D), (LEC 549, 690) se permite al magistrado judicial aplicar a un mismo supuesto (silencio, respuestas evasivas) consecuencias jurídicas diferentes (tener o no tener por confeso), sin aducir causa para un trato, en principio, discriminatorio. Pues sólo circunstancias difícilmente concretables podrían servir de justificación a la desigualdad, ¿Es admisible hoy este sesgo interpretativo, ante lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución? No me lo parece: Creo que hay aquí un argumento más para sostener que deba siempre asimilarse a la confesión esta *facta confessio*.

Examinemos ahora lo que ocurre en los supuestos más comunes. En C) y E) niega el demandado la existencia del hecho afirmado por el actor. ¿Qué significación jurídica conferir a semejante enfrentamiento? ¿Cómo salir racionalmente del atasco? Para comprender desde su *ratio essendi* la solución que brinda el Ordenamiento positivo, conviene ponderar sin ideas preconcebidas ciertas cuestiones previas.

Preguntémonos primero, *ex iure condendo*, con qué criterios valorativos justificar una opción preferencial entre las partes, que no entrañe acepción de personas.

Podríamos, por ejemplo, razonar así: “Como el pleito es un mal, un acontecimiento indeseable, hay que presumir que quien lo promueve no lo haga sin una buena causa. Luego, en principio, deberá darse crédito al actor, a menos que demuestre el demandado que las afirmaciones de aquél son inconsistentes.”

Este argumento encuentra firme respaldo en la experiencia. Pues, efectivamente, en la mayor parte de los casos, en proporción que tiende a exceder al 70%, se dicta sentencia pro demandante.

Las alegaciones anteriores, empero, se contrarrestan sin dificultad. En primer término, porque la propensión de los jueces a presumir que los demandantes no reclaman sin algún motivo (¡lo cual es ya una inadmisibles acepción de personas!), basta para explicar la regularidad estadística favorable a la estimación de sus pretensiones. (Por eso es comprensible también que cuando se demande a entidades públicas la regla sufra eclipse: Los jueces tienden a presumir que los poderes públicos proceden con objetividad y desinterés y, así, se muestran propicios a cohonestar sus acuerdos cuando a priori, resulta evidente que los particulares necesitan estímulos mucho más fuertes para desafiar a la Administración que a cualquier otro ciudadano).

En segundo lugar y sobre todo, porque si se mantuvieran con carácter general principios como “*in dubio pro actore*” o “*reus non probante, condemnatus*”, la invitación a litigar se haría tan irresistible para muchos que la paz social sufriría seguramente grave quebranto.

Esto aparte, una presunción legal que favoreciese a los actores entraría en conflicto con las establecidas en beneficio de la posesión, con efectos demoledores sobre esta imprescindible institución jurídica. (Pues si las reivindicaciones prosperaran a falta de contrapruebas ¿podrían subsistir las presunciones posesorias?).

Una vez que, por resultar impracticable, no ha tenido éxito nuestra primera iniciativa, se nos ocurre abstenernos de dispensar, a igualdad de condiciones, trato preferencial a una de las partes. Queriendo, a toda costa, mantener la más estricta imparcialidad, decidimos confiar la resolución favorable a quien disponga de mejores pruebas. La norma presupuesta sería entonces la siguiente: “La sentencia deberá, en todo caso, acoger, entre las tesis de las partes, la que se acredite como más probable”. En símbolos:

Si  $Sh > -Sh$ , entonces  $Sh$ .

(Léase: Si la existencia de  $Sh$  resulta más probable que su inexistencia, entonces...)

De nuevo, algo que parece totalmente plausible, no puede, ante las excepciones que presenta, convertirse en única regla para decidir: A menudo, ninguna de ambas partes consigue demostrar sus

afirmaciones o las pruebas que aportan se neutralizan. ¿Qué hacer entonces? ¿Recurrir a ordalías? ¿Fiar al azar, en un juego de caras o cruces, la suerte del pleito? Son posibles salidas del atolladero, aunque absolutamente insatisfactorias <sup>(57)</sup>

¿Sería preferible no hacer nada, esto es, inhibirse y dejar las cosas como están? Esta conclusión en *non inquiet* no ha complacido nunca a los juristas, por dar la impresión de irracional y desmoralizadora. Con todo, finalmente se alcanza el mismo resultado, por simple coherencia lógica con elementales axiomas jurídicos. Pues la presunción de inocencia exige, salvo prueba en contrario, tener al poseedor por titular de cualquier cosa o derecho. De ahí la preferencia que se concede al demandado si el actor no justifica sus alegaciones.

Las teorías sobre la carga de la prueba se han ideado para evitar la irresolución o peligrosas arbitrariedades cuando los instrumentos probatorios disponibles no permiten considerar a ninguno de los contendientes en más ventajosa posición que su antagonista. Pero -entendámoslo bien- las sentencias favorables obtenidas por defecto de prueba (absolviendo al demandado cuando el actor no logra comprobar; o sea, reproducir jurídicamente el hecho generativo o condenándolo cuando es él quien no acredita los hechos impositivos o extintivos en que pretende escudarse) infieren consecuencias jurídicas por fuera del supuesto fáctico previsto en la norma substancial, Y aunque no sea éste, según lo expuesto <sup>(58)</sup>, ningún evento insólito, desmiente la pretendida universalidad del esquema normativo más mimado por la doctrina.

En resumen: En temas de Derecho privado, y a falta de acuerdo explícito entre las partes, antes del proceso podría tener sentido la consabida fórmula: “Dado *Sh* entonces *Cj* .”

Pero en el proceso y respecto al Juez, toda referencia al supuesto facticio habrá de verse reemplazada por sus equivalentes jurídicos máximo-verosímiles o, dicho de otro modo, por la titulación más probable.

2) Cuándo el Juez interviene para zanjar problemas de Derecho privado, queda siempre a merced del principio dispositivo o de autonomía de la voluntad, Las normas legisladas (¡siempre públicas!) valdrán Dará él únicamente con carácter supletorio; es decir, no podrá legítimamente aplicarlas sino en defecto de regla explícita creada para el caso por el previo consenso entre las partes.

De ahí que, salvo ante normas “impositivas”, deba el Juez investigar primero si las propias partes, al conformar, por convención, el contenido de la relación jurídica concreta, objeto de su pacto, fijaron, o no de antemano la norma privada que diera solución a su actual conflicto, Una prescripción como la del art, 127 CC permite al Juez concentrar todos sus esfuerzos en soló un objetivo: En inferir de las cláusulas negociales establecidas por los interesados cuál es el fallo más ajustado a las finalidades previsiblemente compartidas,

La tremenda dificultad de semejante indagación mueve a la inmensa mayoría de los jueces, por razones de comodidad sobre todo, aunque no sea jurídicamente lo más correcto; a resolver los casos litigiosos mediante normas públicas <sup>(59)</sup>.

---

<sup>57</sup>Este problema ha sido magistralmente planteado por CARNELUTTI, FRANCESCO: en *Líneas Generales de la reforma del proceso civil de cognición, en Estudios de Derecho procesal, I*, (Sentís) Buenos Aires, 1952, 105 ss.

<sup>58</sup> Vid. El capítulo anterior, hacia su final.

<sup>59</sup> Las normas positivas, tanto legales como jurisprudenciales, son todas normas “públicas”, pues, sobre constar “publicadas”, vienen a suplir la ausencia o deficiencia de las “privadas”, que sin o con muy escasa publicidad, se han dado las partes a sí mismas para regular la relación jurídica que existe entre ellas. Sabre este concepto, vid. *Nueva*

Hay, así, paradójicamente para el órgano judicial Una irreprochable libertad de opción en el ámbito del Derecho dispositivo. Puede aplicarlo según le plazca. “

La pregunta es ahora cómo se compagina esta posibilidad con el esquema normativo tradicional, A mi entender, quiebra de nuevo en este punto. *Sh* -o sus equivalentes probatorios- entra en escena si el Juez quiere. Si no, elude la norma pública reconstruyendo la privada bien a través del pacto bien por indicios.

3) Supongamos ahora que el Juez da por segura la existencia del supuesto facticio *Sh* y por inequívoca la consecuencia jurídica *Cj*, instada por el actor. Entonces resultan todavía posibles varias alternativas, según como reaccionen las partes y según cual sea su situación real.

En efecto; el demandado puede apelar, o no; y dar cumplimiento voluntario a la sentencia, Si apela, la sentencia podrá ser confirmada o revocada. Supongámosla firme. Por virtud de la cosa juzgada, fijará la significación jurídica concreta que habrá de darse al caso ya para siempre (excepto si prospera un recurso extraordinario de revisión, interpuesto antes de que transcurra un quinquenio) y valdrá estadísticamente como una manifestación de la soberanía política <sup>(60)</sup>. ¿Es la sentencia “norma”? El tema tiene el máximo interés y mueve a controversia; pero no es éste el momento para tratarlo. En cualquier hipótesis, el esquema sinóptico de la sentencia difiere profundamente del esquema sinóptico de la ley. La formulación condicional ha desaparecido del fallo; en cambio, se descubre una auténtica expresión imperativa intimando al vencido a observar un determinado comportamiento bajo amenaza de proceder, en caso contrario, por vía ejecutiva contra él. La fórmula del fallo sería:

*Sh*, luego *P* o, si no, >*Re*.

(Es decir, “presupuesto el hecho, ha de cumplirse voluntariamente la prestación; si no, riesgo inminente de sufrir represalias ejecutivas”).

Cabe, en primer lugar, al ejecutado cumplir voluntariamente la sentencia. Ahora bien, si no lo hace, no se lanza contra él de oficio la ejecución. Por fidelidad al principio dispositivo, la ejecución forzosa sólo se despacha a instancia de parte. Y si bien la probabilidad de que el vencedor, permaneciendo inactivo, no inste la ejecución tiende a cero; todavía son posibles ciertas incidencias que hagan su derecho lutorio. Tales son, pongamos por caso, la desvirtuación judicial de la mismísima *cosa juzgada* <sup>(61)</sup> y su inejecutividad o nulidad de hecho, también rara; pero no imposible, (Así ocurre cuando recaen condenas pecuniarias -directas o substitutorias- sobre insolventes o cuando, por imprevisión del juzgador, se mandan cosas impracticables o imposibles)

---

*Versión*, cit. 60 ss. 124 ss.

<sup>60</sup> Así en mi *Teoría del Fraude en el proceso civil*, Santiago, 1948, V, 2.

<sup>61</sup> Un evento raro; pero que ocurre a veces. En mi experiencia profesional me he visto únicamente ante un par de casos; uno, recientísimo: Una sentencia que condenaba a daños y perjuicios que luego, en la ejecución, cifraba éstos en el propio débito principal todavía insatisfecho.

(<sup>62</sup>).

Parece innecesario advertir que, en términos estadísticos, la probabilidad de substraerse a la ejecución resulta tan exigua que prácticamente puede despreciarse. Por lo cual la sentencia representa, antes que el deber, la necesidad jurídica: la más eficaz limitación que el Derecho impone a la libertad individual en un aspecto muy concreto.

¿Agota esta descripción, más bien sumaria, la entrevista riqueza de una norma jurídica cualquiera, elegida al azar? ¡De ningún modo! ¡Falta situarse todavía en la perspectiva del Legislador y preguntarse, sobre todo, en gracia de qué particulares atributos una regla de conducta puede, en realidad, formar parte del Derecho!

Las normas -nadie lo ignora- son de muchas clases: éticas, higiénicas, terapéuticas, de urbanidad y buenos modos, etc. ¿Qué última diferencia separa de todas las demás a las normas jurídicas? Para abordar tema tan importante sin presuposiciones tautológicas, nada mejor que asumir imaginativamente la función que correspondería a un legislador ideal, exento de proclividades voluntaristas.

Un legislador ideal, vale decir, su *modelo paradigmático*, es aquél que no se propone con sus normas ni más ni menos que *optimizar practicablemente el Derecho a error controlado*.

¿Qué significa tal afirmación?

En primer lugar, que sólo pretenda cumplir una finalidad estrictamente jurídica y no cualesquiera otras, más o menos relacionadas e importantes, como podrían ser las religiosas, éticas o caballerescas y ya no digamos las inspiradas únicamente por conveniencias particulares del Legislador o de su partido. En segundo lugar, que procure obtener con la nueva norma concretos perfeccionamientos asequibles, no empeños utópicos. En tercer lugar, que, antes de reformar las leyes e introducir cambios o innovaciones significativos en el Derecho, siempre tenga en cuenta dos cosas: 1<sup>a</sup>) si está procediendo válidamente y con absoluta legitimidad; ; y 2<sup>a</sup>) qué *probables efectos* producirán sus medidas sobre la magnitud del error jurídico preexistente. Por último, después de promulgada la norma, se cuidará de comprobar con la máxima objetividad hasta qué punto y en qué cuantía se van cumpliendo sus previsiones o resultan desmentidas por la experiencia.

Puesto que la presunción de inocencia favorece también Legislador, hay que suponer, mientras no se demuestre lo contrario, que su obra se ha mantenido fiel a todas las exigencias preconsignadas.

Por tanto, tras cualquier texto legal, aunque no los mencione expresamente, deben sobreentenderse los requisitos que le permiten *ser Derecho*. Y, entonces, si *prima facie*, basta la promulgación para presumir la juridicidad; en el fondo, si las condiciones precedentes no se cumplen, la norma se precipita en la invalidez o pierde de su ratio legitimadora, por arbitraria.

\* \* \*

---

<sup>62</sup> He conocido también otro par de casos: dos sentencias nulas de hecho por imposibilidad de ponerlas en ejecución. Y no por insolvencia del deudor (hipótesis menos frecuente), sino, en un supuesto, por descansar su realización práctica sobre la buena voluntad de una multitud de personas ajenas al pleito; y, en otro, por no ser posible al Juzgado hacer que el fallo se llevara a efecto físicamente. Algún día contaré ambos casos con todos sus detalles.

Entrevemos, llegados aquí, que las normas no están completas en los cuerpos legales. Eliden precisamente lo que, por común a todas y resultar, en consecuencia, obvio, parece excusado repetir con inaguantable y machacona monotonía: ***lo que las hace Derecho***.

¿Cuándo, en realidad, una norma merece de veras el calificativo de jurídica? La respuesta parece banal; pero ¡qué lejos está de serlo en nuestro tiempo!. ***La juridicidad de una norma queda condicionada a que persiga con autenticidad un fin jurídico***.

Soy el primero en confesar que para muchos juristas prácticos, por la deformación rutinaria que han continuado al aceptar sin crítica hábitos profesionales inducidos interesadamente desde el Poder; la única reacción lícita ante las normas es obedecerlas; y cualquier tentativa de supervisión o fiscalización<sup>(63)</sup> de las mismas para garantizar su verdad -o su Justicia, que lo mismo es- conduce al absurdo, pues equivale, tratando de poner el cascabel al gato, a postular transmutaciones programadas en la titularidad y en el ejercicio de la soberanía.

Por mi parte, aun reconociendo las constantes perturbaciones y obstáculos que le causa el afán de poder; el (llamado) “Estado de Derecho” -no el mero “Estado legislativo-parlamentario- consiste exactamente en esto: *En que las normas no respondan a finalidades espúreas, sino que sirvan,- en toda su pureza, cometidos jurídicos*.

Sí, ya sé que numerosos hombres de leyes rechazarán estas ideas como lucubraciones metafísicas. Pero a mí me parece que ninguna otra opción es científicamente sostenible. Veré si logro convencer de mi tesis a quienes se atrincheren todavía en su escepticismo.

Para eso, debo comenzar afirmando que el Legislador, sean cualesquiera los propósitos que persiga, sólo cuando actúe racionalmente podrá realizarlos. La legislación tiene que ser, así, recurso a ciertos medios para alcanzar determinados fines. Los medios a que cabe echar mano son muy contados: se reducen a ***incentivos*** y ***disuasivos***. Los fines, en cambio, se ofrecen en mucho mayor complejidad. Unos son confesables y lícitos y pueden declararse. Otros, inconfesables, por la pretensión egoísta que los inspira; y se ocultan con el mayor cuidado, celosamente. Cada uno de los denominados valores jurídicos o de convivencia condensa una cierta aspiración humana y es capaz de legitimar medidas tuitivas. Nuestra Constitución, por ejemplo, en su art. 1ºE, invoca como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El preámbulo y el art. 9 añaden otros, menos fundamentales al parecer, como “el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Todos estos valores y otros muchos adicionales resultan a menudo antagónicos entre sí y no siempre independientes unos de otros. La libertad, por ejemplo, se halla en razón inversa con el orden; con mucha frecuencia choca también con la solidaridad, con la seguridad e, incluso, con la

---

<sup>63</sup> *Me parece interesante llamar la atención del lector sobre el hecho, sobremanera llamativo, de que no exista en nuestro idioma un término adecuado para expresar la idea a que estoy aludiendo con los dos pálidos vocablos a los que he debido recurrir. “Fiscalizar”, como la propia composición de la palabra lo está proclamando, significa “hacer de fiscal”. Evoca, pues, la acción indagatoria del poder respecto al individuo. “Supervisar” indica igualmente la “revisión practicada por el superior”. Nuestra lengua, en su idiosincrasia, nos está sugiriendo ya que este “control” y este “tener a raya” por el pueblo al poder carece de tradición en España. La típica resignación de nuestro “no importa”, buena para otras cosas, es en el Derecho un tremendo factor de corrosión. Cfr. JHEERING: ***La lucha por el Derecho*** (Posada), Madrid, 1921.*

paz. El principio de legalidad no es sino expresión de la libertad (<sup>64</sup>); y la interdicción de la arbitrariedad, un mero corolario de la afirmación del Derecho. Surge, así, el problema de inquirir si será posible efectuar una enumeración exhaustiva y no redundante de los valores jurídicos.

¿Cabe reducir todos ellos a uno sólo o a unos pocos? ¿Existe subordinación jerárquica entre los mismos?.

Hace ya más de veinte años, tratando de dar a estas cuestiones respuesta pertinente, se han clasificado los posibles *modelos* de valoraciones jurídicas. Se diferenciaban en aquel opúsculo los modelos en *monistas* y *pluralistas*, según que adoptaran uno o varios valores como fundamentos normativos; y éstos últimos se dividían en *jerárquicos* y *no-jerárquicos* o *igualitarios*. Los primeros establecían relaciones de preferencia entre los valores integrantes, de modo que se prohibía en ellos recurrir a los de jerarquía inferior en tanto un caso o serie de casos pudiera ser resuelto mediante los de más alto rango. Los segundos, compuestos por valores equiparables, permitían, para decidir, servirse discrecionalmente de uno cualquiera, en pie de igualdad con los demás, sin que fuese necesaria ninguna otra justificación de las alternativas predilectas.

¿Son indiferentes para una Política científica del Derecho los diversos modelos jurídicos? Cabe demostrar, con rigurosa lógica, que la indiferencia no es posible.

En efecto; los modelos pluralistas igualitarios, al revés que los jerárquicos, coexisten con la arbitrariedad, pues permiten al Legislador y al Juez las decisiones *ad libitum*, sin más preocupación que ampararlas en el valor que las consienta. “Por otra parte, como los modelos pluralistas igualitarios trabajan con valores que difieren entre sí, cabe esperar que la ulterior derivación normativa produzca normas no compatibles. En tal supuesto, dicho modelo igualitario se vería imposibilitado para dirimir sin invalidarse la contradicción que lo tiene en jaque. Más aún, Como los diferentes valores de un modelo son otras tantas reglas operativas y modos de ordenación de la conducta, no va a ser fácil saltar de un valor a otro irregularmente sin llegar alguna vez a resultados antagónicos. En otras palabras: un modelo pluralista igualitario es sumamente improbable que resulte coherente. Además, como menos económico en sus elementos conceptuales que el modelo unitario, construido éste, aquél, por aplicación de la navaja de Occam, está llamado a decaer” (<sup>65</sup>).

Entre los modelos monistas y los pluralistas jerárquicos también la prelación puede establecerse con claridad. Pues un modelo pluralista jerárquico se transforma automáticamente en un modelo monista

---

<sup>64</sup> *La comprensión de que el principio de legalidad (el “nullum crimen, nulla poena sine legis”) resultarla consecuencia obligada del axioma de libertad (“todo lo no prohibido está jurídicamente permitido”) se debe a CARLOS GOSSIO. Vid. su Apéndice a la Teoría de la Verdad jurídica, Buenos Aires, 1954, págs. 271 ss. esp. 305 ss. Axiológicamente, en efecto, Cossio tiene razón. Afirmada la libertad residual, lo no prohibido tendría que considerarse permitido, sobre todo en el Derecho Penal, dónde sólo la Ley fija los delitos y las penas. Desgraciadamente, como más adelante habremos de ver, no es esto lo que sucede en la práctica. Y también lo afirma el propio Cossio, quien no vacila en decir: “La teoría egológica, por cierto, se opone a esta confusión entre ontología y axiología; y niega que el principio; \*nulla poena sine lege\* que es un contenido estimativo, sea un hecho de por sí, así como también niega, de acuerdo con la doctrina científicamente mejor calificada del mundo entero, que haya en ninguna parte, como hecho existente de por sí, un juez que sea mero aplicador de la ley. El juez, donde quiera que exista, crea derecho, dentro de la ley y a veces también fuera de ella”. (Op. cit. 287). Esa misma evidencia me ha llevado a mí a dar otra formulación al axioma de libertad para que no lo desmienta la experiencia. Vid: Estudios, cit. 210 ss, En cualquier caso, ambas fórmulas podrían tomarse como enunciados probabilísticos, aunque con valor estadístico diferente. La mía, según podría demostrarse, con un valor más próximo a la unidad.*

<sup>65</sup> *LOIS: II Diritto come scienza esatta, en Bolletino Informativo dell'Instituto giuridico spagno-lo in Roma, n. 50-51, Luglio-dicembre 1965, pág. 5 y s. (Hay también edición española: El Derecho como Ciencia exacta: Vigo, 1965).*

constituido sobre el valor supremo de los que lo forman sólo con que ese valor sea capaz de brindar solución a cualquier litigio posible.

Por tanto, si hay un valor tan fecundo como para dispensar ese logro, él y sólo él se convertiría en la incontrovertible finalidad política del Derecho.

¿Existe ese valor privilegiado?

La respuesta es afirmativa. Si nos preguntamos: ¿Cual es el objeto del Derecho, o... qué es lo que se hace (siempre) con el Derecho, intuimos ya en qué estriba la solución a nuestro problema. “Aunque son muchedumbre los bienes que se derivan para la humanidad del Derecho, tienen el carácter de aprovechamientos secundarios y a veces pueden faltar. El bien que, caso a caso, no falla nunca cuando funciona el Derecho, ése y sólo ése es su objeto. Y en tal supuesto sólo está la paz. El Derecho empieza siempre como paz, lograda espontáneamente por la compatibilización de pretensiones encontradas, y se encamina, como a su fin a la consecución del máximo de paz posible. Lo que hace el Derecho en la vida, que es evitar que todos andemos a la greña, entregados a la ley del más fuerte; es decir, una auténtica pacificación, se convierte en fin, al idealizarla en esa aspiración inasequible que es la paz plena y sin reservas. A tal meta no cabe llegar; pero como al funcionar diversos sistemas jurídicos están más cerca o más lejos del ideal, éste nos presta el servicio inapreciable de valer como criterio indefectible para la selección y substitución de modelos”<sup>(66)</sup>.

El fin del derecho -y, por tanto, la condición para la juridicidad de cualquier norma- consiste en la **optimización de la paz lograda hasta ese instante**.

Sería fácil probar que los demás valores (¡los aprovechamientos secundarios que brotan del Derecho!) son redundantes respecto al auténtico fin jurídico. Pues la paz aquí postulada no se confunde con un orden coactivo de convivencia, por absoluto que pueda ser. Este entraña máxima belicosidad potencial y acabará desencadenando la guerra. La paz es interrelación sin conflictos, por íntima aquiescencia a un sistema de compatibilización que conjuga las libertades con mínimo sacrificio para cada una. Por eso no puede haber paz sin Justicia; pero por eso también la Justicia está intrínsecamente supuesta en el mismo fin del Derecho. Cuando las libertades se compatibilizan con mínimo sacrificio para cada una, ya se ha hecho Justicia, pues en eso y no en otra cosa tiene que consistir. De ahí, la perfecta equivalencia, ha mucho tiempo resaltada, entre Justicia, Paz y Verdad jurídica, tres aspectos implicados en la unidad substancial del Derecho<sup>(67)</sup>.

La conclusión puede obtenerse fácilmente: Toda norma **jurídica**, por el mero hecho de ser tal, exhibe como **ratio** un **pronostico implícito** sobre cierto **incremento verificable de la paz social** reinante hasta el momento. Una norma sólo se justifica y es válida en tanto pueda reputarse verdadera la optimización que predice de la paz o, lo que es lo mismo -pero con la ventaja de ser directamente mensurable-, de la **entropía política** o **error jurídico**<sup>(68)</sup>,

Frente a la necesidad -relativa- de disponer de un Ordenamiento estable (por razones de seguridad), el cambio jurídico, la substitución de unas normas por otras, sólo puede ser licito en función de una mayor probabilidad en la consecución del fin jurídico. Si se acredita, pues, que una norma, lejos de

---

<sup>66</sup> *Op. cit.* pág. 7.

<sup>67</sup> Así en *Estudios*, cit. Pág. 196.

<sup>68</sup> Sobre “entropía política” trato por extenso en *Tras eufemismo, demo-a-cracia*, VI, B) 4. Tercera aproximación.

optimizar la paz, fomenta la discordia, no podrá ya recibirse como Derecho: será todo lo contrario: arbitrariedad o error jurídico inasimilable,

Consiguientemente, devolviendo a las normas jurídicas sus asunciones tácitas, el esquema al que, si completas, se acomodan será el siguiente:

**“Si para reducir X (el error jurídico que se aspira a minimalizar) ha de darse mayoritariamente la relación Sh/Cj (o, mejor dicho, EEj/Ci o TT/Cj), y siendo no Sh (o no EEj o no TT) es probable R (la aplicación del disuasivo previsto), entonces será la regularidad de conductas -incentivada- CC”.**

Más sumariamente: **“Si Sh/Cj implica X y no-Sh/Cj probablemente R, entonces CC.** o, en símbolos:

**“Si Sh/Cj % X . -Sh/Cj % R, CC”.**

(Claves: **Sh** = supuesto facticio; **Cj** = consecuencia jurídica; **EEj** = equivalentes jurídicos; **TT** = títulos; **CC** = conductas coincidentes).

#### **IV. Las fuentes del Derecho en un replanteamiento científico.**

Hemos discutido hasta ahora, más o menos explícitamente, en qué puedan consistir las normas y qué clase de propiedades o circunstancias las hacen ser jurídicas. Tras disentir de la concepción tradicional, que quiere ver en ellas expresiones imperativas o mandatos, susceptibles de imponer deberes a los súbditos, la teoría que se ha desenvuelto aquí las presenta como **reglas técnicas**, condicionadas por su fin, y condensadas en asertos, que, haciendo pronósticos corroborables sobre las consecuencias estadísticas de sus innovaciones respecto al nivel de pacificación preexistente, pueden ser sometidos a juicios preferenciales, en función de sus resultados probabilísticos en esa vía; o de otro modo, en razón inversa con la magnitud del error que cometan.

A partir de ahora, replanteando sumariamente el problema, vamos a mostrar las incoherencias de que adolece la doctrina dominante y cómo, en cambio, no incurre en ellas la nueva tesis, aquí sustentada.

Según la teoría tradicional, el Derecho -aunque sería menos inexacto referirse sólo al Ordenamiento positivo- es un conjunto de normas constrictivas, que, ese a carecer de un fondo substancial unificante <sup>(69)</sup>, sólo por un efecto, como milagroso, del poder, mantiene las estructuras cooperativas en que consiste la sociedad, impide desmanes y, sin grave detrimento para las libertades afectadas, consigue, así, que cada uno confíe en su seguridad y que resulte garantizada la tranquilidad pública.

Olvidando la realidad social antecedente, los fieles de esta religión legalista creen que todas las fuentes del Derecho deben su efectividad al carisma político que, desde el poder soberano, se

---

<sup>69</sup> Si Kelsen tuviera razón, al afirmar que “cualquier contenido puede ser Derecho”, sería una auténtica chiripa que, por efecto de millares de normas **sin un propósito común**, pudiera resultar una sociedad **organizada**- Vid. sobre esto, *LOIS: La Investigación*, cit. II, 177 ss.

contagia y comunica a las instancias delegadas y causa luego efectos taumatúrgicos sobre multitudes fervorosas, pendientes de las sacras palabras de la Ley.

El Legislador hace de lo que quiere Derecho, porque lo único decisivo es su santísima voluntad. Si ésta se formula por escrito, he ahí leyes y disposiciones. Si da su beneplácito a costumbres, las costumbres serán también Derecho. Si con leyes y costumbres no se logra resolver ciertos casos, se indagará entonces qué elementos constantes subyacen a las concretas determinaciones del soberano; y tendremos ya los principios generales del Derecho.

Importa, pues, sólo que el Legislador quiera; es indiferente lo que quiera. Ajuridicidad y antijuridicidad no tienen ningún sentido absoluto. Lo ajurídico se hace Derecho en cuanto lo tome por su cuenta el Legislador. Y no hay otra causa de antijuridicidad que contrariar la voluntad del soberano.

Lo malo para este modo de pensar es que lleva estrictas exigencias lógicas presupuestas. Sí el Legislador creara el Derecho, *el error jurídico no sería posible*. De cada ley o disposición habría que decir, como el Génesis de cada obra divina en los diversos días de la Creación: “Vio Dios que era buena...” Y así cosa por cosa, para concluir: “Vio Dios todo lo que había hecho... Y todo era bueno”.

Que goce el Legislador de omnipotencia jurídica arrastra, como corolario, el que “normas impuestas” y “Derecho” se confundan. No hay más Derecho que ese que él nos da. Y, por tanto, resulta radicalmente inconcebible cualquier alusión a errores jurídicos. ¿Deficiencias legislativas, antinomias, lagunas? ¡Ni remotamente: pensar en ellas tanto tiene como apadrinar el absurdo!

¿Es, empero, admisible una teoría incapaz de asimilar como un dato irrecusable el error jurídico? ¿Quién podrá negar las imprevisiones y fracasos del Legislador, las resistencias y rebeldías triunfantes de la sociedad, las normas en desuso, los fraudes y las prácticas contra ley que vemos prosperar cada día?

No; las medidas políticas son un medio, mejor o peor, para el fin jurídico. Un medio insatisfactorio, que todos deseáramos perfeccionar para conseguir más plenamente nuestras grandes metas. Lo que ilumina y da sentido al Derecho, como a cualquier otra labor humana, es su propia finalidad. Si la olvidamos o prescindimos de ella, todo se verá opaco e ininteligible.

Imaginemos un Legislador que persiga, sin omnipotencia, el fin jurídico. Acertará en unos casos, errará en otros. ¿Cómo enjuiciaremos su obra? ¡Es bien patente: será tanto mejor cuanto menos errónea! La Política científica del Derecho tiene, pues, una regla sencilla: *conseguir que la entropía del sistema tienda, con las menores fluctuaciones, a su mínimo*.

Las llamadas “fuentes del Derecho” son, ante todo, medios que se ponen a disposición de los jueces, de los funcionarios y del público, en general, para ofrecer solución a posibles pugnas preferenciales intersubjetivas,

Lo que importa saber con absoluta prioridad respecto a las fuentes es qué valor pragmático haya de darse a la enumeración de las mismas, ¿Qué trascendencia tiene? ¿Qué valor de verdad? ¿Cómo debemos recibirla los juristas?

Un estudio, rigurosamente científico, sobre el problema hace necesario someter a un tratamiento por exclusión los diferentes sesgos categoriales en que sería posible tratar de resolverlo.

a) ¿Pretende el Legislador, simplemente, describir una realidad dada, decir cómo las cosas son o

cómo suceden?.

Aunque a tenor de las expresiones gramaticales, el CC dé la impresión de limitarse a definir un conjunto, puesto que se sirve del verbo “ser” para inventariar sus componentes; en realidad, lejos de estar clasificándolos, en función de cualquier propiedad distintiva, efectúa una segregación “nominal” e injustificada de algunos miembros y, descartando a todos los demás, prohíbe implícitamente su inclusión en la clase.

Hay una gran diferencia entre afirmar: “Son vertebrados: los peces, anfibios, reptiles, aves y mamíferos”; o decir: “Son fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. En el primer caso, se deja constancia de ciertas formas de vida que nos ofrece la realidad natural. En el segundo, no se pretende mostrar tipos de seres que existen en el mundo sino distinguir, entre todas las normas jurídicas posibles, las que se quiere que sean utilizadas para fundamentar actos jurídicos y sentencias y las que no se aceptan “oficialmente” para tal propósito.

El Legislador, pues, no se encara con la sociedad para comprenderla y describirla sino con la mira pragmática de influir sobre ella, a fin de que se pliegue a sus designios.

b) ¿Qué quiso realmente la Comisión Codificadora con su reglamentación de las fuentes? ¿Sobreponer la voluntad de su comitente a toda otra? Bien; esa podría ser, sin duda, la pretensión de quien reivindicase para sí la soberanía. Pero ¿es aquí \*querer\* igual a \*poder\*? ¿Debemos dar por bueno los juristas cuanto quiera el Legislador o atenernos, más bien, a los hechos? ¿Depende exclusivamente la condición de “fuente del Derecho” de una libre decisión legal?

“No deja de ser singular -alguien escribía tiempo hace- que ningún autor haya reparado <sup>(70)</sup> en la tremenda petición de principio que envuelve esta declaración, ¡Es la propia Ley la que se proclama a sí misma suprema fuente del Derecho, o, si se quiere, es el Poder que la promulga el que afirma su superioridad! ¿Qué valor puede tener una pretensión semejante? Ninguno, en buena lógica, Porque que una clase de normas u otras o un poder u otro se arroguen la supremacía sobre los demás, no significa nada si de hecho o de Derecho no es real el primado que se atribuyen, O lo que testifica el CC es verdad jurídica con independencia y por otro conducto que su propio aserto, y entonces éste está de más; o no es verdad jurídica, y entonces es inconsistente la prescripción. De todos modos, fundar la doctrina de las fuentes en la mera declaración legal constituye un absurdo: ¡Ninguna Autoridad se puede consagrar a sí misma, ni de hecho, ni de Derecho, porque no hay Autoridad que logre imponerse sin alguna cooperación y acatamiento social! ¡Ni tampoco el predominio de un Poder es constante y absoluto, sino una resultante funcional de complejos mecanismos sociales, sujetos a cambio! <sup>(71)</sup>.”

La cuestión previa, a decidir aquí, no parece intrincada. Consiste en pronunciarse sobre algo tan diáfano como esto: ¿Ser “fuente jurídica” depende de realidades prácticas, de lo que haga la gente, o sólo de lo que **alguien ha decretado que se debe hacer?**.

Si lo primero, lo que diga el Legislador contra la experiencia, no valdrá nada en absoluto, salvo que

---

<sup>70</sup> Así lo creía entonces, pues no había tenido conocimiento del estudio de GARCÍA VALDECASAS sobre El problema de las fuentes del Derecho, Conferencia pronunciada en la Univ. de Deusto en 1955, donde se ponía en duda también (aunque no he podido consultar el texto) el valor que la tautológica manifestación del legislador, haciendo de la ley la suprema fuente del Derecho, podría tener sobre la realidad jurídica.

<sup>71</sup> *La Lucha*, dt. 118.

resulte verdad. Pero -advírtase con cuidado- esta hipótesis nos coloca ya en la necesidad de arrojar por la borda la teoría tradicional de las fuentes: Si lo que cuenta en definitiva son los hechos, si los usos mandan, si la vigencia efectiva es lo esencial, el pregón consignado en la Ley se queda en pura fanfarronada.

En el segundo supuesto, ¿qué consecuencias pueden seguirse de que alguien diga que deben tenerse exclusivamente por fuentes del Derecho tales y tales normas? La respuesta a esta pregunta depende, como es obvio, del sentido que se atribuya al término “deber”. Si el término se emplea en sentido ético, hay que averiguar -como lo hicimos antes- hasta qué punto el poder político vincula las conciencias individuales; si algo *se debe hacer sólo porque lo quiera el Legislador*, o si el Legislador mismo *debe querer* lo más conforme con el fin del Derecho. En rigor, éticamente hablando, “faltan motivos para preferir, sobre la base de consideraciones de Justicia, una determinada fuente del Derecho a las otras. Es una norma particular (en razón de su contenido) la que es susceptible de ser justa o injusta o más justa o menos justa que otras. Pero a la Justicia le es indiferente que prevalezca una fuerza social más bien que cualquiera de las restantes” (72).

Si la expresión “deber” se utiliza únicamente en sentido jurídico; es decir, como amenaza compulsiva probable, no se ve qué valor intimidatorio puedan tener las aseveraciones legales sobre las fuentes respecto a Tribunales de última instancia, cuyas decisiones, lejos de ser permeables a cualquier disuasivo eficaz, se convierten, caso por caso, en Derecho.

Nos cabe acometer todavía el problema de las fuentes como un problema de Política científica del Derecho. Lo cual quiere decir que indagaremos, primero, en la experiencia cuáles son las fuentes capaces de producir “regularidades de conducta compatibilizada”; y nos preguntaremos, después, mediante qué innovaciones practicables podremos, valiéndonos de los diversos medios a nuestro alcance, cautamente ensamblados, reducir en forma progresiva el error jurídico.

En síntesis: Nuestro punto de partida tiene que ser el Derecho “privado”; vale decir, el que las partes, a consecuencia de su “autonomía volitiva”, creándolo por convenio al cooperar en paz entre sí, conociéndolo siempre y respetándolo mayoritariamente por convicción y ventaja recíproca, consiguen que conforme la sociedad al popularizarse, gracias a la coincidencia estadística de innumerables actos y contratos en análogas normas vividas y permitan, con ello, los intentos de transformación correctora representados por el Derecho “público” y condenados al fracaso sin este previo concierto, pese a su ostentosa exhibición de *incentivos y disuasivos*.

Que no cabe poner en duda la fuerza creadora de las invenciones individuales y de su divulgación imitativa, lo demuestran las tarjetas de crédito, cuyo valor y trascendencia jurídica es innegable; pero que todavía, para mayor bien de cuantos las disfrutan, no han tenido que soportar la injerencia política. ¿Cuánto tardará en comprender la gente que la acción espontánea de la sociedad tiene todas las ventajas sobre la encarecedora y esclavizante iniciativa pública?

En el prólogo a un libro aún inédito; pero dado a conocer parcialmente hace ya más de diez años, se ha permitido alguien escribir lo siguiente; “Que en el Derecho sea ya esencial iniciar un proceso de cuantificación, no parece dudoso, Nuestro \*empirismo\* tradicional de peritos prácticos se acusa hoy tan en crisis como la Medicina a principios del pasado siglo, Por todas partes cunde el descrédito de la Ley y la más amarga desconfianza en el proceso, en los abogados y en los jueces. Si durante un tiempo se creyó que el signo oficial, la \*marca de fábrica\* del Estado constituía una

---

<sup>72</sup> *Op. cit.*, 120.

garantía de calidad que amparaba todos sus productos, ahora, en donde quiera que la competencia es posible, semejante suposición no ha podido resistir a la crítica. Las obras \*públicas\* desmerecen, a igualdad de costo, de las obras \*privadas\*; los servicios y empresas \*públicas\* resultan dispendiosas e ineficientes. A medida que el Estado, o, mejor dicho, los órganos de poder y gobierno, dilatan sus funciones \*tuitivas\* sobre la sociedad controlada, los pacientes del experimento, a quienes se nos da el sintomático remoquete de \*administrados\*, estamos ganando la evidencia -¡bien a nuestra costa!- de que no hay \*carismas\* connaturales al poder, sino que lo que cuenta en definitiva es \*el saber o no\* de quienes tienen que hacer algo. Surge, en consecuencia, el convencimiento de que cualquier selección de hombres efectuada por los que mandan sin saber, será siempre inferior a la que podría ser hecha por los que saben sin mandar, Y ahí está la ventaja de la espontánea actividad social sobre la remolcada actividad política. La primera se basa en capacidad y saber, pues fracasa cuando le faltan. La segunda se basa en poder y, aunque dure a la fuerza, sólo es beneficiosa en la hipótesis -rara más bien- de que los que mandan acierten casualmente con los que saben. Porque, desgraciadamente, la sugerencia platónica de que manden los sabios resulta impracticable, pues los más de los sabios lo son porque” no mandan” (<sup>73</sup>).

Trátese de selección de personas, de medios o de fuentes jurídicas, la regla es idéntica: La selección desde el saber es siempre más certera que la selección hecha desde el poder, De ahí que la actual estatolatría que padecemos tenga que resultar funesta para el hombre.

Lo peor en todo este asunto es que los criterios voluntaristas, dominantes inexplicablemente aún entre los jurisconsultos contemporáneos, entrañan una negación no ya de la Política *científica* del Derecho, sino, incluso, de cualquier Política *racional*. Como se lucha por el poder, y no por encontrar la verdad jurídica, el Derecho se mediatiza y no preocupa ya la entropía creciente de la monstruosa organización hipertrófica a que se llama Estado, ni la magnitud del error jurídico y de las arbitrariedades que se viven, sino las fórmulas para que, quienes han conseguido mandar, anulen todas las resistencias previsibles ante sus abusos.

Asomémonos, al menos por un momento, a estas realidades crípticas, tan importantes como desalentadoras, pero que no es lícito encubrir cuando uno quiere ser “realista” al estudiar las fuentes del Derecho.

## V. Las fuentes del Derecho y los poderes públicos.

Por incorregible proclividad a rehuir mentalmente las cosas desagradables, los juristas, con desconcertante ingenuidad, propendemos a hacernos demasiadas ilusiones sobre la virtualidad del Derecho. Por eso depositamos excesiva confianza en los textos legales. Creemos, a menudo, que todo se remedia con legislar... Y echamos en olvido la triste realidad de nuestras reacciones pasionales, conjuradas contra las inertes aseveraciones normativas. ¡Tantas presiones e influencias, mejor o peor escondidas, contribuyen a distorsionar el Derecho! Cualquier estudio de las fuentes litisdecisorias resultaría incompleto si no se esforzara en investigar las más habituales perturbaciones que sufre la verdad jurídica, para, mediante su conocimiento y previsión, reducirlas

<sup>73</sup> Puede verse reproducido en *Nueva Versión*, cit. 9 ss.

a mínimos tolerables.

Veamos cómo ha. hecho frente a este problema la Constitución española actual.

Adoleciendo de inevitable parcialidad congénita (al deberse a Cortes “ordinarias” \*mediatizadas\*<sup>(74)</sup>), no a una Asamblea metapartidista, convocada *ad hoc*), la Constitución de 1978 hubo de incurrir en cierta intencionada indefinición al regular la soberanía; y ni pudo mantener en equilibrado concierto a los poderes públicos, ni supo aprovechar las tensiones entre los mismos para propiciar, como resultado probable, la supremacía del Derecho.

En efecto; aunque la soberanía “nacional” (¡nótese el nada comprometedor adjetivo!) se atribuya nominalmente al pueblo “español”, en la legislación vigente no se le da ni la más mínima ocasión de ejercerla, al no corresponderle jamás la última palabra en los trances críticos.

Tampoco las Cortes generales, pese a lo que se dice a menudo, son capaces de acreditar en la práctica un poder soberano. En una descripción, que peca de idílica, se las supone investidas de una mítica “representación popular”, absolutamente inocua; pero, para que no abriguen demasiadas ilusiones, se las pone a merced del decreto disolutorio del Ejecutivo.

¿Radificará la soberanía en el Presidente del Gobierno? ¡Otra vez hay que preconizar una respuesta denegatoria! Aparte de que el poder del Presidente, temporal y precario, está en cualquier momento amenazado por una posible “moción de censura”, tampoco le cabe decidir en los estados de excepción. ¡No, aquí se ha cumplido también, una vez más, la ley de conservación de poderes<sup>(75)</sup> y quien era soberano antes de la Constitución, retuvo después, bien que con precautorio recato, la incompañable soberanía. El Rey, pues, sin \*ostentarla\*, cuenta con ella de hecho y de Derecho. Ahora bien, en virtud de un cúmulo de pusilanimidades y melindrerías, el legislador constitucional se ha visto forzado a excusar o a rehuir el franco desempeño de sus privilegiadas atribuciones. Llamado, por la propia naturaleza de su oficio, a servir de arbitro y moderador entre poderes en contienda, ha tenido que abstenerse muchas veces de cumplir su función mediadora, quizás porque las reticencias constitucionales no permiten saber en qué consiste. Ha presenciado, así, con preocupante pasividad, el peligroso jaque que, contra el poder judicial, ha desencadenado el partido socialista, explotando su monopolio en el Gobierno y su absoluta mayoría en las Cámaras para lograr el propósito inocultable de incrementar aún más su influjo en el país.

Lo sucedido -recentísimo- está todavía en la mente de todos. Recordaré, sin embargo, algunos antecedentes y ciertas vicisitudes de la maquiavélica ofensiva.

El art, 122, 3 de la Constitución decía lo siguiente: “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros, nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro, a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida

---

<sup>74</sup> Para guardar las formas, dada la consigna de \*reforma y no ruptura\*, no se convocaron Cortes *constituyentes*. Pero los jefes de los partidos, que habían suscrito el \*Pacto de la Moncloa\*, sabían muy bien qué podían y qué no podían hacer. La libre discusión que caracteriza materialmente unas Cortes *constituyentes auténticas*, no podía darse entonces. Por eso hablo de “mediatización”. (En las discusiones parlamentarias salieron a relucir muchas veces esos “compromisos” previos), Trato el asunto extensamente en *Tras eufemismo, demo-a-cracia*, cit, Prólogo.

<sup>75</sup> Vid. Introducción, cit. 332. *Nueva Versión*, cit.103, 118.

competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.”.

Este precepto, como tantos otros de nuestra norma fundamental, se hallaba sumido en tentadoras ambigüedades. Literalmente, los veinte miembros del Consejo deberían ser nombrados por el Rey. Pero sólo de ocho se determinaba quién habría de hacer la propuesta: cuatro, el Congreso; otros tantos, el Senado. De los doce restantes sólo se indicaba que deberían proceder “e todas las categorías judiciales” (¡pese a “formar [los Jueces y Magistrados] un Cuerpo único”!) “en los términos que establezca la Ley orgánica”.

Quedaba por señalar a propuesta de qué personas o corporaciones habría de hacerse el nombramiento:

¿Acaso directamente por el Rey?

Esta solución, por confiar encomienda tan resbaladiza a la institución más imparcial y menos “politizable”, parecería, en principio, la más correcta. Si el Consejo del Poder Judicial habrá de asumir funciones decisivas en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario sobre Jueces y Magistrados, no resultaría prudente, y sí arriesgadísimo, que la promoción a cargos, llamados a ser la máxima garantía de la libertad contra toda clase de abusos, pudiera convertirse en remuneración por servicios, pasados o futuros, prestados a un partido.

¿Que la Constitución, con su silencio sobre el refrendo, impide que la selección y la nominación se hagan bajo la exclusiva responsabilidad del Rey, porque siempre requieran el concurso de intermediarios?.

El art. 123, 2 demuestra que nuestro Legislador constitucional -poco apegado a la exactitud y a la exhaustividad- tampoco ha sido capaz de hurtarse al peligro de que se le quedasen aquí algunos cabos sueltos. ¡Hay más refrendos que los asignados al Presidente del Gobierno, al Presidente de las Cortes y a los ministros! Por tanto, nos enfrentaríamos en esta hipótesis con una omisión más, entre otras muchas. Porque, ¿quién debe refrendar el nombramiento regio en cuanto a esos otros doce miembros que deberán formar el Consejo de la Magistratura? La fórmula general del art. 64 resulta inapropiada. Pues ¿cómo justificar la intervención del Presidente del Gobierno en asunto que no es, evidentemente de su incumbencia?; ¡El poder judicial tiene, además, que ser y parecer independiente del ejecutivo! ¿Lo reemplazaremos con el Presidente del Congreso? ¡Sería desbordar los límites del propio precepto, que sólo se refiere a “la propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno y (a) la disolución prevista en el art. 99...”!.

Nombrar el Rey 12 miembros de entre jueces y magistrados correspondientes a todas las categorías judiciales, no admitía duda, Pero ¿a propuesta de quién? ¡He ahí la cuestión! \*A propuesta del ejecutivo\* era obvio que no, pues la Constitución, a través de todo su articulado, había mostrado un tenaz empeño en romper cualquier posible lazo de supeditación del poder judicial al Gobierno. ¿Resultaba plausible atribuir la propuesta a las Cortes? Que semejante alternativa exegética no había entrado en las miras del legislador constitucional, tampoco parecía cuestionable. Tanto por exclusión como por múltiples principios hermenéuticos. Por exclusión, porque si se responsabilizaba a las Cortes, equitativamente, de la propuesta para el nombramiento de ocho miembros, estaba claro ya que cualquier otra cifra conculcaría la norma. ¡Los números enteros, como expresión de relaciones exactas, siempre concretan y limitan!.

Al mismo resultado había que llegar también por aplicación de múltiples principios exegéticos consagrados por la tradición jurídica. En primer lugar, por el que resalta la efectividad de las

expresiones utilizadas por el legislador: *Verba legis cum effectu sunt accipienda*, que aquí se ignoraba sin otro motivo que una indisimulable acepción de personas. En segundo lugar, por el igualmente notorio aforismo que proclama: *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*. En tercer lugar, por una elemental regla lógica, recibida, desde muy antiguo, (sino descubierta) por los juristas. La que asevera: *inclusio unius, exclusio alterius*. Pues si la Constitución hacía referencia a un número, y más en una cuestión trascendental, tenía que ser con ánimo de impedir que pudiera prevalecer cualquier otro.

Esto aparte, para separarse de la interpretación literal de la ley debían mediar argumentos persuasivos que aconsejaran una lectura más liberal en aras de algún fin respetable. ¿Dónde están tales argumentos y qué sale ganando con el cambio la Justicia u otro valor jurídico merecedor de culto? ¿Se echaba de menos una buena razón, pero estaba detrás, como siempre, el eterno motor de las decisiones políticas: el afán de maximizar el propio poder.

No hacía falta mucha perspicacia para percatarse de la segunda intención que abrigaba el partido socialista con su proyectada reforma. ¿Podría ser ciego el Tribunal Constitucional a esta maquinación solapada? ¿Alguien habrá dispuesto a creerse? ¿Cómo se explica entonces que ese alto Tribunal, enfrentándose a la opinión pública y, sobre todo, al criterio dominante entre los juristas, se pronunciase por la constitucionalidad de la nueva ley y la convalidara en su sentencia?.

¡La explicación es otra vez muy sencilla! A consecuencia del más grave desacierto de los muchos en que ha incurrido la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional no fue ni diseñado siquiera como el más fiable, cualificado e imparcial de nuestros Tribunales de Justicia. Callemos el gravísimo error sistemático cometido al encomendarle una función capital monopolizada<sup>(76)</sup> (por más que sus consecuencias -catastróficas- hayan sido que las libertades y los derechos fundamentales, en vez de ver asegurada, con certeza moral, su protección efectiva mediante los recursos de amparo; acaben, por desgracia, en un mito político de tantos, generador de frustraciones, pasividad y resquemor) , Aun queriendo resignarnos al imprudente número par de miembros; doce jueces eran, a todas luces, demasiado pocos para que pudieran desempeñar, sin desalentadores retrasos y sin necesidad de “filtros” a-priori<sup>(77)</sup>, las delicadísimas funciones que les estaban reservadas.

Sólo conque los \*constituyentes\* se hubieran formulado una pregunta cautelar: “¿Cuántos recursos de inconstitucionalidad y de amparo cabría esperar por unidad de tiempo?”, los miembros del organismo hubieran sido muchos más. ¡Y nunca entonces su mismísimo Vicepresidente, al ver al Tribunal desbordado por el número de asuntos, hubiera propugnado la escandalosa tesis del filtro previo como indispensable para admitir los recursos de amparo, porque un promedio de quinientos por año (¡cifra exigua evidentemente!) excedía ya la capacidad decisoria de sus doce jueces. ¿No

---

<sup>76</sup> *Un sistema opuesto y mucho menos democrático que el seguido en los EE. UU. , donde los Jueces aplican directamente la Constitución, con preferencia a cualquier otra norma, Así opera una ley estadística de compensación del error y la Corte Suprema sólo interviene como arbitro para dar preferencia circunstancial a opiniones diversas emitidas ante los casos. Trato el tema también en el prólogo de la obra últimamente citada.*

<sup>77</sup> *Aludo a unas declaraciones a la prensa del Vicepresidente del TC, Sr. Arozamena, en que se refería a la necesidad de poner filtros para evitar el exceso desbordante de recursos de amparo. Por desgracia, en la actualidad el filtro se hará in limine litis, sin necesidad de fundamentación, sólo por cierta unanimidad del Tribunal en que la pretensión es inatendible, (Pero si no hay estudio previo, ¿qué vale voto semejante? Y si lo hay, ¿qué se gana sino gran pérdida de prestigio?.*

comprendió quizás quien así se expresaba que semejante criba tenía que funcionar inevitablemente como un factor de discriminación y de injustificadas preferencias entre unos recurrentes y otros? ¿Ni tampoco lograría vislumbrar la peligrosidad latente en el “sistema” si, cundiendo el ejemplo, dieran en compartirlo todos los Tribunales de Justicia, con tanta o mayor plétora de trabajo?

Ante la fórmula organizativa que ha prevalecido para el Tribunal constitucional, ¿podrá sostener alguien que sea, en verdad, un decidido empeño de nuestra flamante “democracia” el asumir una obstinada defensa de los derechos fundamentales? Se ha querido, sí, como siguiendo el consejo de Maquiavelo, aparentar ese propósito y difundir entre el público tal creencia; pero sin que el propio Tribunal pudiera tomar demasiado en serio su papel fiscalizador frente a los políticos. Por eso, unos derechos, esencialmente imprescriptibles (¡en otro caso, por secular desuso, no los tendría ya nadie!) se han sometido, en nuestro novísimo Derecho, a plazos perentorios de caducidad, que los volatilizan!

En efecto: la lectura superficial de los arts. 9 y 53, (párrafos 1 y 2) de la Constitución española tienden a fomentar el convencimiento de que los derechos fundamentales están plenamente garantizados. Profundizando en la auténtica intencionalidad de los preceptos, pronto se ve que no es así. El párrafo tercero del art. dejando ya un cabo suelto muy oportuno, sigue, pese a su jactanciosa retórica, brindando impunidad a los desafueros caciquiles de políticos y funcionarios. Pero, sobre todo, la reticencia constitucional (¿por qué no se optó llanamente por un tipo de procedimiento rápido y eficaz, acreditado por la práctica, como, por ejemplo, el interdicto?) y la posterior actuación de las Cortes y del Gobierno (¡no se ha regulado aún ese “procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”, prometido por el Constituyente hace más de diez años!) ponen bien a la vista la enorme diferencia que existe entre aparentar algo y quererlo de veras, Pues ¿cómo sin esta política simulatoria se señalarían “plazos de caducidad” de veinte y aun de diez días al ejercicio de una acción cuya *ratio essendi* estriba en proteger unos derechos, calificados como *imprescriptibles*?

Todas estas argucias precautorias no fueron suficientes para que la \*clase política\* viera colmadas sus apetencias de poder.

Quiso para sí misma mayor seguridad, mínimos controles y recurrió a un medio críptico, bien que prometedor, a fin de hacer improbabilísimos sus riesgos. Y la experiencia ha confirmado en este punto la sagacidad de sus previsiones. Era para cualquiera un axioma de evidencia inmediata que deberían formar parte del Tribunal Constitucional los juristas más insignes e independientes con que contara el país. Los constituyentes tenían, pues, de algún modo, que reconocer este principio y simular que lo aplicaban. Así lo dieron a entender en el art. 159, 2 de la Constitución; aunque, claro, con la adecuada estratagema para que no se les desmandaran desde el primer momento los nombrados. Para eso, olvidándose ahora de otra obvia exigencia del fin, que surge, de suyo, al plantearse un problema tan simple como éste: ¿quiénes pueden saber cuáles son los juristas más eminentes y menos mediatizables de nuestra patria?, se cuidaron únicamente de arrogarse, sin demasiada ostentación, la facultad de designarlos. ¡Era claudicar ya del postulado sugerido en forma tácita para sopesar en la selección, precavidamente, las afinidades ideológicas de los elegibles! ¡No se buscaban, pues, juristas sin epítetos, sino profesionales del Derecho, simpatizantes de los partidos en el poder y bien propensos al conformismo! Es decir: lo contrario de cuanto serviría para afianzar el tan alardeado Estado de Derecho. Porque si se hubiese querido realmente que integraran el Tribunal Constitucional los juristas más significados y más fiables de la Nación,

¿quien mejor que el propio estamento para dar sus nombres? ¡Sólo efectivamente los juristas pueden saber de veras quiénes son los que más han sobresalido entre ellos!

Los resultados -pronosticables- de la procedencia heterocrática del Tribunal Constitucional no tardaron en trascender al público. Cuando los cimientos vacilan, ¿podrá permanecer firme la construcción? Quién debe el cargo a los votos de un partido, ¿podrá dejar de sentir cierta gratitud e íntima inclinación por el partido que lo ensalza?

Significativamente, fue un empeño decidido -y desafortunado- de la Constitución vigente que los doce miembros del Tribunal Constitucional nacieran bajo un signo político. Ocho, procederían de las Cortes, dos del Gobierno y otros dos del Consejo General del Poder Judicial. Cada Cámara legislativa habría de efectuar sus cuatro propuestas por mayoría de 3/5 sobre el número de sus miembros. Mayoría tan cualificada obliga ciertamente a los partidos a pactar. Pero queriendo, como es natural, cada partido hacer prevalecer sus designios, la consecuencia previsible es una especie de representación proporcional entre sus respectivos escaños y el número de miembros necesarios para completar el pleno del Tribunal. De ahí que el partido hegemónico nombre más e inspire al organismo derivado sus filias y fobias.

Para precaverse contra tan temibles propensiones sería preciso que otros tantos miembros del Tribunal fueran propuestos por Corporaciones imparciales. Lejos, empero, de tomar semejante precaución, los Constituyentes hicieron todo lo contrario. Quisieron agravar las influencias politizadoras y atribuyeron al Gobierno la nominación de dos magistrados más. Con eso, aunque el Consejo de la Judicatura lograra superar sus propios condicionantes ideológicos, estaba de antemano neutralizado y no conseguiría, rompiendo los esquemas previos, equilibrar las fuerzas dispares.

No se podían cifrar grandes esperanzas en un Tribunal compuesto de modo semejante; pero, incluso esa lejana posibilidad de reacción era demasiado para el partido socialista y sus líderes pretendieron también conformar al Consejo del Poder judicial a su imagen y semejanza. Con estas medidas anti-inmunizadoras, todo el Poder judicial, a plazo no muy largo (¡acortado, además, por las jubilaciones anticipadas!), sería, en términos generales, afecto a las corrientes socialistas.

Que tal era la finalidad perseguida por la reforma del Consejo General de la Judicatura, no pudo, razonablemente, ponerlo en duda nadie. Ni siquiera el Tribunal Constitucional, cuya sentencia 108/1986 decía: “Ciertamente se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional” (sobreentiende, “asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad”), si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esta misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creada por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su substitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez...”.

Casi sin quererlo, el Tribunal Constitucional ha deslizado aquí un argumento más que sobrado para proclamar la inconstitucionalidad de la Ley. Porque ¿cabe admitir como conforme a la Constitución algo que hace probable que se la conculque en su espíritu? ¿No decían ya los juristas romanos: *“Contra legem facit qui id facit; quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis, sententiam*

*eius circumvenit*". Hoy reconocemos ya, sin vacilaciones, que los actos contra el espíritu de la ley, -y entre tales actos están los actos legislativos- no forman la clase de los actos fraudulentos sino que son violaciones flagrantes. La Ley es ya su espíritu, no su letra; e ir contra su espíritu es contrariarla, no eludirla. El Tribunal Constitucional parece, además, querer ignorar aquí algo que se conoce desde muy antiguo: la función estadística que cumple toda regulación jurídica. El Digesto, en cita de Pomponio, incluye un fragmento de Teofrasto que resulta aleccionador: *Iura constitui oportet, ut dicte Theophrastus, in his quae epi to pleiston (las más de las veces) accidunt, non quae e paralogou (accidentalmente)*. (D. I, 3, 3).

Si lo que preocupa al Derecho es lo que suele suceder con mayor frecuencia, al riesgo de anticonstitucionalidad probable no debe resignarse un Tribunal que ha nacido para defender la Constitución contra los intentos de conculcarla o las conculcaciones ya ocurridas.

Otra cuestión de suma importancia que el Tribunal Constitucional pasa también por alto es la de la legitimidad o ilegitimidad de los saltos ontológicos en el razonamiento jurídico (¿cómo en cualquier argumentación!). Por eso, cuando el Tribunal Constitucional invoca como criterio exegético "el espíritu y la finalidad" de la norma, sin mayor precisión ni definiciones previas, se coloca en un plano hipotético que no puede ser más resbaladizo. No se sabe si alude con la fórmula a "lo que quiso hacer" la mayoría parlamentaria; a "lo que hizo de hecho"; a "lo que hubiera debido hacer" o a "lo que resultará probablemente de lo que hizo". Todos estos sesgos categoriales no son unívocos; y no vale como \*juego limpio\* dejar abierta la posibilidad de pasar de uno a otro según convenga en cada momento. ¿Cuál es el significado "auténtico" de la Constitución? ¿El que inspiraba el sentir de la mayoría? ¿El que aparece en el texto? ¿El que resultará probablemente de la interpretación que le dé la gente al vivirla? ¿El que quiera infundirle, por su cuenta, el Tribunal Constitucional? ¿O el que deba serle supuesto para optimizar un Derecho positivo, siempre deficiente?.

El Tribunal, que se encontrará de continuo ante un menú de opciones como las que acabamos de esbozar, ¿por cuál, entre todas, deberá decidirse? ¿Será indiferente que manifieste, o no, de antemano su línea hermenéutica? ¿O podrá fluctuar entre las diversas alternativas para que la solución de la controversia quede siempre envuelta en el misterio y dependiente del sentido que al fallo quiera darse?.

Tras esta serie de preguntas afloraba -según cabe advertir sin dificultad-, un problema de relevancia máxima: ¿qué posición cumple asumir al Juez ante las normas y ante el Derecho? Al Tribunal Constitucional se le ofreció una ocasión inmejorable para resolverlo con un pronunciamiento capaz de hacer historia. ¡Hubiera podido garantizar así la plena constitucionalidad de las sentencias, más importante todavía, en la práctica, que la "teórica" constitucionalidad de la Ley! Pero sus preocupaciones eran otras y, desperdiciando irremediablemente la oportunidad que se le brindaba, prefirió cohonestar la autoarrogación de poder con que las Cortes querían reafirmar su propia supremacía y la del partido hegemónico. Inútil resultó entonces el valiosísimo esfuerzo constructivo realizado por ese sagaz jurista que fue José María Ruiz Gallardón. Aunque sus argumentos, rebosando el convencimiento, no fueran refutados -ni podrían serlo por su verdad-, no produjeron (con general asombro) sus esperadas consecuencias. El Tribunal Constitucional se deshizo de ellos contraponiéndoles otros mucho más endebles, que no alcanzaban a desvirtuarlos.

Ruiz Gallardón había visto certeramente en el tratamiento asignado por la Constitución al Poder judicial tres exigencias conexas: independencia, autogobierno e interna representatividad.

La independencia venía directamente proclamada en el art. 117, 1 de la norma fundamental. Pero la independencia no consiste sólo, ni siquiera principalmente, en que alguna norma la reconozca, mencionándola. Estriba, más bien, en una relación de hecho. Dicho en forma más clara: Para que pueda existir la independencia judicial, habrán de quedar excluidas radicalmente todas las causas capaces de generar proclividad hacia la complacencia o el sometimiento de los jueces. Y huelga señalar que cualquier posible esperanza de premio (incentivo) o temor a la represalia (disuasivo) son otras tantas fuentes de alienación. Si la facultad de ascender o -consecuentemente- de relegar a los Jueces se hubiera encomendado al Poder ejecutivo o al Poder legislativo, los magistrados judiciales habrían sufrido una fuerte inducción hacia los fallos mediatizados. Esto es cosa requetesabida. De ahí que siempre se haya sentido la necesidad de organizar la Judicatura como un Poder autónomo, libre de injerencias, que no se debiera a ningún otro, Porque si un Juez sabe que, mostrándose complaciente, será promocionado a los cargos más honoríficos y remuneradores y que, no doblegándose, se verá pospuesto y- arrinconado, ¿podremos, en términos estadísticos, seguir hablando de independencia judicial?.

No iba, pues, descaminado Ruiz Gallardón al sostener que la independencia y el autogobierno se complican. La división de poderes, evidentemente presupuesta y diseñada en nuestra Constitución, no tenía otra mira que \*impedir las invasiones funcionales de unos poderes sobre otros\*. Por eso no debe ser lícito al legislador ordinario modificar la distribución contrabalanceada de facultades con que define la Constitución cada uno de los tres poderes del Estado.

Distinguía también agudamente Ruiz Gallardón, con idéntico propósito, las funciones normativas cumplidas por las Cortes de las que accidentalmente se les encomienda para hacer propuestas o nombramientos. Aquéllas son genéricas; y aunque las limiten los principios constitucionales, de primera intención se las presume libres. Estas, en cambio, por su excepcionalidad y especificidad, habrán de ser de interpretación restrictiva y no ampliables.

A este argumento habría que añadir otro más profundo y muy relacionado con él. La legislación, propiamente dicha, como resolución litisdecisoria impersonal y apriorística, es una función aliorrelativa y heterónoma. No, como los pactos y contratos, -fruto de la negociación y del consenso-, exclusivamente aplicable a los otorgantes; si no una mediación autoritaria que presupone desinterés y objetividad y que, por eso mismo, resulta incompatible con la intervención en los conceptos antagonísticos de juez y parte. Aquí se han confundido inadmisiblemente los dos papeles, Las Cámaras pueden regular por convención o al tenor de una regla dirimente mayoritaria preceptada, sus propias relaciones internas, Lo que no les cabrá jamás lícitamente, en cualquier sistema jurídico que merezca este nombre, es darse poderes a sí mismas a costa de los restantes del Estado. ¡Y he ahí, ni más ni menos, lo que han hecho! ¡y con el beneplácito del Tribunal Constitucional! Por eso, irremediabilmente, ante una decisión semejante, uno se siente tentado a preguntar: ¿sería la misma la sentencia si los magistrados sentenciadores no debieran, en su mayoría, sus cargos a las Cortes y al Gobierno?.

Al lado de sus otros razonamientos, Ruiz Gallardón se había servido también de los tradicionales recursos interpretativos. Sobre todo de uno que, desechado por el T. C, tiene, no obstante, todo el valor que le atribuye el art, 1282 del CC, cuya aplicación analógica, por identidad de razón, está preconizada por el art. 4,1 y 3 del preliminar de sus títulos. Sí la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de Enero; sí los arts. 131 y 135 del texto alternativo del grupo socialista al proyecto de ley Orgánica del Poder judicial de ese mismo año; si los Reglamentos del Congreso y del Senado patrocinaban

aquella exégesis, ¿no daban a entender así que no era otra la significación sobreentendida en el art. 122, 3 del texto constitucional?

En otra cuestión importantísima, igualmente desestimada en la sentencia, había hecho hincapié Ruiz Gallardón en su recurso: En la referente a la jubilación anticipada de los jueces y magistrados. Pues -argüía- poner en manos de las Cortes la jubilación forzosa de los jueces y magistrados entraña menoscabo a su inamovilidad y afecta a su independencia, ya que, si admitimos el principio de libre señalamiento para la edad de jubilación, “el Juez puede ser cesado cuando convenga sin otro límite que dar a la decisión la vestidura de Ley formal”. Y añadía sagazmente Ruiz Gallardón (según el resumen consignado en la propia sentencia del T. C.); “Así, no es posible atisbar las razones de interés público que hayan movido a semejante reducción en la edad de retiro, y esta carencia de motivo envuelve un *factum principii*, es decir, una decisión del poder sin justificación conocida y contraria al principio de inamovilidad, No basta con la apariencia formal de Ley cuando esta norma es, en su propio contenido, simplemente el vehículo de un acto del Poder que neutraliza en su ejercicio a otro poder. Si se tratase de un acto de la Administración Pública, las circunstancias expuestas darían sobrado fundamento para considerarlo viciado de desviación de poder. En este caso, la garantía constitucional de la estabilidad del Juez tiene, sin embargo, vigor bastante para impedir aquella desviación legal, que se ha producido por circunstancias propias del moderno Estado democrático, en el que el principio de la división de poderes ha perdido gran parte de su virtualidad, porque el juego democrático del Poder se resuelve hoy en una correlación y dependencia interna entre legislativo y ejecutivo, máxime cuando en las Cámaras hay suficiente predominio de un partido con gran cohesión y disciplina interna, lo que determina que las leyes aprobadas sean las preparadas y queridas por el Ejecutivo”.

Que a un argumento como el anterior tampoco le hubiera dado acogida el Tribunal Constitucional apenas puede resultar creíble, desde que la obra de Swisher<sup>(78)</sup> ha demostrado sin circunloquios de qué modo le cabe al Poder ejecutivo “meter al judicial en cintura” sin más que hacerle presente la inminencia de reformas orgánicas que, bajo aparente cobertura legal, amenacen la inamovilidad de los jueces. Y si esto fue posible en los EE. UU. donde todos los Tribunales de Justicia deben aplicar directamente la Constitución y darle siempre preferencia sobre cualesquiera otras normas, qué no habrá de ocurrir en España donde la declaración de inconstitucionalidad se ha conferido en monopolio a un Tribunal único<sup>(79)</sup>.

La jubilación anticipada de los funcionarios judiciales hacía quebrar asimismo la garantía constitucional de la seguridad jurídica, entendida como estabilidad relativa del Ordenamiento. Ruiz Gallardón no pretendía ciertamente privar al Derecho de su necesaria reactualización<sup>(80)</sup>; pero sí estaba en lo cierto al exigir que los cambios legislativos proyectaran su acción hacia el futuro; es decir, a las situaciones por surgir, no \*retroactivamente\*, hacia el pretérito, de modo que fuera posible al legislador \*castigar\* con medidas de represalia a quienes se mostraran remisos en secundar sus iniciativas y propósitos.

<sup>78</sup> SWISHER, CARLBRENT: *El Desarrollo constitucional de los Estados Unidos* (Charny) Buenos Aires, 1958., Vol. I y II, Esp. II, 615 ss.

<sup>79</sup> ¿Qué necesidad había de hacer cosa semejante? Pudo dejarse al Tribunal Constitucional los recursos de inconstitucionalidad. Y entregar los de amparo a la vía judicial ordinaria. En cambio, también la jurisprudencia del T. S. contraria a la Constitución podría equipararse a la legislación anticonstitucional.

<sup>80</sup> Vid. mi estudio: *Estabilidad y actualidad del Derecho*, en *Introducción*, cit, 279 ss.

Había, por último, tras la jubilación anticipada y tampoco dejó de advertirlo Ruiz Gallardón-evidentes privaciones de derechos sin las indemnizaciones correspondientes, lo que conculcaba el art. 33.3 del texto constitucional <sup>(81)</sup>, He aquí, en esencia, la lúcida argumentación de su recurso, tal como la ha recogido la sentencia: “En cualquier situación sinalagmática, la cláusula relativa al plazo ha de ser cumplida por las partes, con independencia de que el origen de dicha relación bilateral esté en un contrato, en un acto condición o en una situación estatutaria,

El principio de que estas últimas situaciones ceden ante un cambio de ley no puede llevarnos a la aceptación del poder omnímodo del Parlamento, porque una concepción de la soberanía que no encuentra sus límites en los derechos de los particulares lleva a la negación del Estado de Derecho. Por lo demás, el adelanto en el término fijado para la relación de servicio equivale a un despido anticipado que, obviamente, postula el derecho a una indemnización. En resumen, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 33, 3 de la Constitución, la alternativa es bien simple: ”si la Ley Orgánica prohíbe cualquier tipo de compensaciones es inconstitucional y si, por razones de interés público se justifica como expropiación legal, habrá que articular un sistema indemnizatorio”.

Todavía -para reforzar el alegato precedente- se amparaba Ruiz Gallardón en la doctrina sustentada por la Sentencia del propio Tribunal Constitucional en 2 de Julio de 1981 sobre la necesidad de compensar el sacrificio personal que supone la jubilación forzosa.

¿Cómo se ha producido frente a estos argumentos el intérprete inapelable de nuestra norma primaria? Reconoce, en primer término, que “las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquéllas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un Órgano autónomo y separado”.

He transcrito las mismísimas palabras de la sentencia para llamar la atención sobre la evasividad de sus expresiones capitales. Observemos que dice: “Las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales...” Es decir, no todas las que permitan al Gobierno ejercer influencia sobre los Jueces, sino únicamente las que puedan servir más para ese propósito, Con lo cual, naturalmente, el T. C. se reserva en cada caso decidir si cualquier intento del Ejecutivo, hecho con tal mira, entra **en ese más** condenado o resulta menor de la cuenta y se tendrá por lícito. Frente a esta tesitura parece inútil afirmar que no hay aquí “mínimos exentos”. Lo que haya querido el Constituyente no lo sabe nadie: la intencionalidad de esa persona mítica se pierde en los recónditos designios que -siempre desde cierta semiconsciencia- pudieron albergar quienes actuaron con participación protagónica en la redacción del texto normativo.

Pero si no se sabe qué quisieron hacer de hecho quienes redactaron la Constitución, se conoce sin ninguna duda qué interpretaciones de la misma volatilizan o sumen en la precariedad a los derechos

---

<sup>81</sup> *Claro que, cautelosamente este artículo, por razones que no alcanzaré jamás a comprender, queda excluido de la protección del art. 53, 2 mediante ese procedimiento basado en los principios de **preferencia y sumariedad**, que había de instaurarse. Pero la Constitución no dice -ni podría decirlo- que no sean jurídicamente tutelándose por procedimientos ordinarios ni que luego, a través de ellos, no accediesen igualmente a la vía de amparo. La Constitución no lo dice; pero se le hizo que lo dijera, por esa necesidad de **filtro**, comentada en la nota 63. ¡Démosle tiempo al tiempo y los derechos constitucionales se reducirán entre nosotros a meras declaraciones programáticas!*

fundamentales y cuáles sirven mejor para garantizarlos. Y si, como reconoce la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”; del mismo modo, respecto a la Constitución no escrita, base de toda otra, cuyas exigencias se sobreponen a la voluntad del constituyente, según su explícito reconocimiento; ninguna exégesis de leyes o de textos constitucionales que menoscabe algún derecho fundamental podrá considerarse admisible.

¿Cómo rebate el Tribunal Constitucional el alegato quizá más decisivo contra la constitucionalidad de la Ley Orgánica? Simplemente con una negación dogmática de la premisa. Sosteniendo que ni la autonomía de la Judicatura ni la facultad de autogobierno de los jueces, encomendada al Consejo General, están reconocidas en la Constitución, Y esto lo infiere por “simple lectura del texto constitucional en el que lo que se consagra es la independencia de cada Juez a la hora de impartir justicia, sin que la calidad de \*integrantes o miembros\* del Poder Judicial, que se les atribuye... tenga otro alcance que el de señalar que sólo los Jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados, pueden ejercer jurisdicción... Tampoco se impone la existencia de un autogobierno de los jueces de una deducción lógica de la regulación constitucional del Consejo. Como se ha dicho, lo único que resulta de esa regulación es que ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los jueces...

¿Será menester decir que la tesis del T. C. se refuta con sus propias palabras?; Tampoco la Constitución dice literalmente nada de lo que el T. C. le atribuye!. Por desgracia, la Constitución no es ningún dechado de claridad, de precisión, de lenguaje directo con auténtico valor informativo. Pero hay que suponer que sus preceptos se encaminan a propugnar las grandes causas, las nobles finalidades legitimadoras y esos principios subyacentes que, si no se salvaguardan con absoluta intransigencia, pronto pasan a ser retóricas proclamas.

La Constitución se refiere a un poder judicial integrado por jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley; a un Consejo, como órgano de gobierno (que asimismo hay que entender \*único\*) de ese Poder diferenciado que no debe obediencia más que a las leyes. Por tanto, si este gobierno, libre de supeditaciones y ajeno a enfrentamientos, no se revela como autogobierno judicial, uno no sabe ya qué hay que decir para que lo sea. ¿Independencia de cada Juez? Sí; por supuesto. Pero ¿será posible la independencia de cada Juez si el Poder judicial, en su conjunto, vive bajo cualquier amenazante despotismo? ¿Podrá ser independiente cada Juez si alguien, que se pliegue a consignas políticas, tiene en su mano la posibilidad de tentarlo con promesas de ascenso o advertencias de relegación? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho certeramente en el caso Piersack (S. 1-X-82), como antes lo había afirmado en otras sentencias, que no es posible atenerse a una apreciación puramente subjetiva de la imparcialidad. “ En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (ver la sentencia De Court de 17 de junio de 1970, serie A, num. 11, p. 17, parágrafo 31). Como observó la Corte de Casación belga en su sentencia de 21 de Febrero de 1979 (ver parágrafo 17 más arriba), todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer. Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”. Exactamente, Para que los justiciables no miren con lógica suspicacia a los Tribunales de Justicia, la organización de la

Judicatura debe ofrecer absoluta fiabilidad. Por tanto, si el Consejo del Poder Judicial responde, por el modo de ser nombrados sus miembros, a filias y fobias partidistas, la credibilidad de cualquier Juez, tomado al azar, es muy difícil que no resulte en entredicho. La gente sentirá el temor o la aprensión descorazonadora de que, cuando esté interesado en un asunto el Gobierno, intromisiones apremiantes distorsionen el fallo previsible. Las Cortes -se ha dicho-, representando la soberanía popular, eligen por los millones de votantes que les otorgaron su confianza. ¿Quién, pues, más fiable que las mismas para proponer a esos miembros del Consejo de comitente incierto?; Hueco ilusionismo verbalista incompatible con una Política científica del Derecho, donde lo único que tiene que contar es lo que los hombres hacen realmente (¡no lo que deberían hacer!) y la optimidad practicable más verosímil!

Tampoco resultan persuasivos -aunque sí, en cambio, muy sintomáticos- los argumentos con que el T. C. rearguye al recurrente sobre su afirmación de que la LOPJ. desborda los límites que ha querido establecer la Constitución a la competencia de las Cámaras en materia de propuestas o nombramientos. El art, 66, 2 de aquélla define las atribuciones deferidas a las Cortes Generales, con respecto a los demás Poderes del Estado, para que, mediante una distribución equilibrada y pública de las funciones correspondientes a cada uno, la usurpación de cometidos y la lucha por la hegemonía no se conviertan en hechos cotidianos. Según dicho precepto -evidentemente limitativo- incumbe a las Cortes ejercer la potestad legislativa, aquilatar y enjuiciar <sup>(82)</sup> los Presupuestos y controlar la acción del Gobierno, aunque tengan también “las demás competencias que les atribuya la Constitución”. Esto quiere decir, precisamente, que no cabe reconocer otras competencias” que las constitucionalmente conferidas. Cualquier autoarrogación tendría, por eso, que pecar de inválida.

Pues bien, algo tan obvio, que aparece proclamado explícitamente en el artículo transcrito, recibe del T. C. una interpretación muy diferente. Veamos con qué base:

“Sin entrar en consideraciones sobre el lugar que ocupan las Cortes en un sistema parlamentario y sin negar que el sistema elegido por la LOPJ ofrezca sus riesgos, como se verá más adelante, debe advertirse que esos riesgos no son consecuencia obligada del sistema. En efecto, para que la argumentación de los recurrentes tuviese un peso decisivo sería necesario que la propuesta por las Cámaras de los veinte Vocales del Consejo convirtiese a éstos en delegados o comisionados del Congreso y del Senado, con toda la carga política que esta situación comportaría. Pero, en último término, la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean “los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus vocales, incluidos los que forzosamente han de ser propuestos por las Cámaras y los que lo sean por cualquier otro mecanismo, no están vinculados al órgano proponente, como lo demuestra la prohibición del mandato imperativo (art, 119, 2 LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales no pueden ser removidos más que en los casos taxativamente determinados en la Ley Orgánica (art. 119, 2 citado).”

Una vez más el TC. se sitúa con sus razonamientos en un mundo paradisiaco. Reconoce que el sistema entraña riesgos; pero sin preguntarse -como sería lógico- qué magnitud alcanzan y con qué frecuencia se dan, los hace a un lado “advirtiendo” (sin demostrarlo) que no son “consecuencia obligada del sistema”. O sea, que no hay entre el sistema y sus riesgos una relación causal absoluta.

---

<sup>82</sup> CE 66,2. Vid.

Por supuesto que no, pues ¿dónde están las relaciones causales absolutas en el mundo que describe hoy la Ciencia o en qué pararía la libertad individual si tal cosa se postulase? No; en cuestiones de riesgos lo que cuenta, en definitiva, es su mayor o menor probabilidad. Si la forma de organización establecida por la LOPJ hace sumamente probable la politización del Consejo cuando veinte de sus miembros son elegidos a prorrata por las representaciones partidistas, claro está que nos enfrentaremos entonces a una consecuencia previsible del sistema, que, aunque no sea obligada, resultaría imprudente consentir.

Otro alegato para fundar la desestimación del recurso se revela como más peregrino todavía. A la tesis de Ruiz Gallardón de que el art. 66. 2 limita la competencia de las Cámaras, el Tribunal objeta haciendo valer en contra la propia práctica legislativa, “pues las Cortes no han tenido reparos en atribuirse por Ley la facultad de nombrar o proponer el nombramiento de componentes de diversos órganos, como es el Consejo de Administración de RTVE (Ley 4/1980, de 10 de enero), el Tribunal de Cuentas (L.O. 2/192, de 12 de mayo), o la Junta Electoral Central (L.O. 5/1985, de 19 de junio), sin que nadie haya puesto en tela de juicio por inconstitucionales esas leyes”.

Apenas parece necesario ponderarla inconsistencia del razonamiento. Se pretende aquí nada menos que zanjar una cuestión estrictamente jurídica mediante la mera invocación de algunos hechos o prácticas contrarios a los designios del Derecho, como si la comisión de actos anticonstitucionales bastara para abrogar la norma constitucional prohibitiva. De ningún modo! Si las prácticas en contrario pudieran invalidar los preceptos constitucionales, éstos no servirían evidentemente para nada.

El Tribunal Constitucional está tratando aquí como homologables casos que no lo son. El art. 66 se propone efectuar un deslinde de atribuciones para conseguir una división equilibrada y precautoria de los (llamados) poderes del Estado. Faculta, naturalmente, a las Cortes para legislar (¡es lo suyo!); pero trata de impedir que, desorbitando esa prerrogativa, consigan en su beneficio que el Poder judicial, el Gobierno o el pueblo, como titular del Poder de sufragio, pierdan las que respectivamente se les han confiado para garantizar la libertad y la efectividad del Derecho. Por eso podría ser lícito a las Cortes (¡no digo que lo sea!) el proponer miembros del Consejo de la RTVE o del Tribunal de Cuentas sin que por ello debamos resignarnos a que también lo haga respecto al Consejo del Poder Judicial. No; no existe analogía entre unos y otros supuestos.

Igualmente desafortunado e inaceptable es el dogmático pronunciamiento con que el T. C. elude la denuncia de los recurrentes sobre la retroactividad que la LOPJ dispensa a su nuevo régimen de jubilaciones, con la consiguiente anulación de claros derechos adquiridos. El Tribunal aduce: “La existencia de una carrera judicial o de un derecho a la jubilación de sus integrantes, por ejemplo, son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, que si puede, en cambio, modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad...”.

Al llegar a este punto uno no sabe qué admirar más: sí la evasión hacia formulaciones doctrinales malentendidas o la incompreensión de principios jurídicos realmente esenciales. ¿Se ha planteado seriamente el T. C. la diferencia entre derechos subjetivos y expectativas? ¿Ha intentado captar siquiera el módulo discriminativo que permite fundamentar la diferenciación entre ambas figuras? Hallándonos aquí ante conceptos doctrinales (y muy controvertidos, por cierto), no legales, ¿será

legítimo a la hora de calificar una situación litigiosa particularísima presuponer implícitamente la inequívocidad de las dos nociones sin haberse tomado, al menos, el trabajo de definir las con antelación? El procedimiento seguido no parece correcto, sobre todo cuando la generalización de la teoría desemboca en la contradicción de sus mismísimos postulados, En efecto; si la tensión dialéctica entre estabilidad y actualidad del Derecho no se resuelve teniendo a la vista el principio de irretroactividad y el respeto al status quo, ¿cuando podremos hablar coherentemente de auténticos derechos subjetivos? Frente a una legislación ilimitadamente cambiante, ¿los habrá de veras? Si cualquier posible reforma legal basta para convertir en expectativa el derecho que uno daba por adquirido, ¿contaremos alguna vez los hombres con otra cosa que con ciertas condescendencias del poder? ¿cómo podrán existir entonces derechos frente a nadie? El T. C. ha generalizado aquí, respecto al Legislador (bien que inadvertidamente, supongo), la tesis de Oliver W. Holmes (y luego, en otra forma, de J. Golidschmidt) sobre los derechos subjetivos tras su cuestionamiento procesal: Quedan reducidos a profecías sobre el comportamiento de un Juez; o sea, expectativas más o menos fundadas<sup>(83)</sup>, ¡Excelente!. Hay a quien esa doctrina no le parece reprochable<sup>(84)</sup>, con tal que, como exige la lógica, uno sea consecuente con ella. Si tras cualquier derecho no cabe descubrir otra cosa que “esperanzas”, ¿podrá referirse la Constitución, al hablar “familiarmente” de derechos adquiridos, a otras entidades que a esas mismísimas “esperanzas” que generan o prometen las leyes? ¿Qué importa que cambie la denominación si persiste el fenómeno?

Si los “derechos subjetivos”, como parece, son y no pueden ser otra cosa que “densas concentraciones de probabilidad”<sup>(85)</sup>, no diferirán cuantitativamente de las “expectativas” en ningún atributo substancial, sino sólo en la mayor o menor incertidumbre que su ocurrencia ofrezca. ¿Cuándo habrá que hablar de “expectativas”, cuando de “derechos”? Cualitativamente, no parece difícil la respuesta, La probabilidad inherente a las expectativas, evaluada en el momento actual, tiende a cero, porque la efectividad de las mismas queda dependiendo de una circunstancia o requisito extrínseco, ni siquiera inminente. ¿De qué naturaleza tendrá que ser dicha circunstancia o requisito? ¡De hecho; no de Derecho!. La razón es obvia: Si generaran expectativas todas las reformas jurídicas teóricamente posibles, su número sería infinito; y predicando demasiado la concepción, resultaría inútil y aun perturbadora para el jurista.

Cuándo una norma fija en setenta años, pongamos por caso, la edad de jubilación forzosa, lo que realmente entraña el precepto es el compromiso genérico del legislador para con los funcionarios públicos de ***mantenerlos en su empleo mientras no sobrepasen esa edad***, ¿Vincula ese compromiso a las Cortes? ¡Si la “seguridad jurídica” tiene algún significado; si en gracia de la misma las nuevas leyes restrictivas habrán de aplicarse a situaciones futuras y no tendrán efecto retroactivo, claro está que sí. En consecuencia, las situaciones preferenciales nacidas de la ley valdrán como “derechos adquiridos” frente a todos los Poderes públicos. ¿Que semejante limitación impide el perfeccionamiento del Derecho? ¡De ningún modo! El Poder legislativo podrá aún cumplir su función; pero modelando el futuro y deteniéndose ante el pretérito!

Como síntesis de todo lo expuesto parece obligado reconocer que nuestro Tribunal Constitucional,

---

<sup>83</sup> *Un resumen de la teoría de HOLMES en Introducción, cit. 158 ss.*

<sup>84</sup> *Véase el porqué en Nueva Versión, cit. 30 y s. Antes en Grandes Problemas del Derecho Procesal, Santiago, s. f. 87 ss. y esp. 96 ss; Proceso y Forma, Santiago, 1947, 9 ss.*

<sup>85</sup> *Vid. Nueva Versión, cit. 137 ss.*

tanto en éste como en otros casos de análoga trascendencia, no ha sabido resistir cierta propensión a cohonestar decisiones políticas cuya inconstitucionalidad resultaba evidente para los hombres de toga más capacitados e imparciales. ¿Habría sucedido lo mismo si los magistrados integrantes no hubieran accedido al cargo en razón de sus afinidades partidistas? ¿Se reservan acaso los políticos la facultad de hacer nombramientos sólo para dar paso a los mejores o para evitar que los promocionados, imponiendo sin distinciones el acatamiento al Derecho, encaucen y limiten el ejercicio del poder?

El origen político de que adolecía el T. C., reportó enseguida los esperados frutos; Sus pronunciamientos mostraron desde un principio marcada proclividad a ser restrictivos al admitir los recursos de amparo. Han tendido más bien a favorecer la incolumidad de los actos de gobierno que la de los derechos fundamentales. La estadística de las decisiones dictadas entre 1979 y 1986 arroja resultados desalentadores. Los procesos de amparo entablados que prosperaron no sobrepasan un 5%.

El porcentaje habla por sí mismo. Si en el orden civil y penal la proporción de sentencias favorables al actor supera el 75 %, ningún otro argumento que no sea la distorsión política<sup>(86)</sup> puede explicar semejante ruptura de la esperada estabilidad de frecuencias, garantizada por la ley de los grandes números<sup>(87)</sup>.

Ante un hecho tan incontestable, cualquiera que conozca el valor de las regularidades estadísticas, no podrá menos de preguntarse si el Tribunal Constitucional no es antes que un Tribunal de amparo un Tribunal para la cohonestación del poder.

## **VI. Las fuentes jurídicas tradicionales, tomadas en concreto.**

### **A) La Ley.**

Nadie duda, ni sería lícito dudar que la Ley sea y valga como fuente del Derecho. Pero hay que reconocer que no es la única, ni siquiera, cuantitativamente, la más importante, Y no sólo porque, como dijo sabiamente el jurista cubano José Antolín del Cueto<sup>(88)</sup>, “la Ley reina y la Jurisprudencia gobierna”, sino porque el Derecho que se vive, al margen de la Ley, tiene aplicación con una frecuencia millones de veces mayor que la mismísima Jurisprudencia y ya no dictarnos que la Ley<sup>(89)</sup>.

No es propio de la Ley dar jamás soluciones directas a caso alguno. Ni puede, de ordinario, ni debe

<sup>86</sup> Vid. *Introducción cit. 107 ss.*

<sup>87</sup> Sobre el tema vid. (por todos) FELLER, WILLIAM: *Introducción a la teoría de Probabilidades y sus aplicaciones* (Morales), I, México, 1973, 251 ss. 265 ss.

<sup>88</sup> Debo la cita a: COSSIO, CARLOS: *EL Derecho en el Derecho Judicial*, 2ª ed. Buenos Aires, 1959, pág. 186.

<sup>89</sup> *Nueva Versión*, cit. 37 ss.

darlas <sup>(90)</sup>. Las sentencias de los Tribunales se la brindan, en cambio, en un país como el nuestro, a cientos de miles de casos cada año. Pero habría que preguntar: ¿Cuántas sentencias ofrecen una interpretación correcta de la Ley -si es que resulta posible cosa semejante. ¿En cuántas ocasiones procuran, simplemente, los jueces acertar con los designios legislativos? Por desgracia no existen, a lo que sé, estudios estadísticos de esta clase -pese al enorme interés intrínseco que tendrían para la Política del Derecho-; pero es fácil deducir, generalizando las observaciones accesibles, que en un porcentaje significativo las resoluciones judiciales no aciertan o no se concilian con la más probable doctrina legal <sup>(91)</sup>. Otras simulan aceptarla sin inspirarse realmente en ella, ¡Muchas, aunque no se conozca en qué proporción!, deciden la cuestión litigiosa según la norma preconstituída por las partes.

Tomando en cuenta todos estos “sustraendos”, el número de sentencias que se atienen a la Ley experimenta una reducción importante. Convendría indagar, por eso, a qué orden de magnitud se aproxima, comparativamente, la suma de relaciones pacíficas entre partes cuando la norma que las regula queda establecida mediante pacto.

En varias ocasiones he intentado conjeturar esa cifra. Con cualesquiera cálculos es enorme: ¡Por lo menos, un número de doce dígitos! Frente a ella, los procesos de todas clases son unos pocos cientos de miles solamente! La razón, pues, entre ambas magnitudes anda por las diezmilésimas <sup>(92)</sup>. ¡Tal resulta el peso comparativo entre el Derecho de filiación estatal y el creado por las partes!

Una objeción contra estas afirmaciones surgirá, casi de seguro, en la mente de cuantos lean esta obra. “En muchísimos casos -me dirán- los interesados se atenderán en sus relaciones a lo que dispone el Derecho positivo”. Perdonen que no admita la tesis. En nuestra época, quienes conocen el Derecho son muy pocos. Y aun éstos se forman del mismo una opinión “privada”, que no pasa de ser \*oficiosa\* y que, muy a menudo, no concuerda después con la versión o la exégesis \*oficial\*. La opinión de las partes no es “el” Derecho; pero sí “su” Derecho y, mientras conste, vale y debe valer como tal, en un marco dispositivo.

La Ley no se aplica propiamente a las relaciones “privadas”, salvo con carácter “supletorio”, en virtud del principio de autonomía volitiva. Peor aún. Incluso el llamado *ius cogens* no logra efectividad si alguna de las personas legitimadas para hacerlo valer no recurre a la vía judicial.

Estas limitaciones no son las únicas. Para servir como fuente jurídica, la Ley tiene que ser Derecho.

---

<sup>90</sup> *La Ley tiene que ser general y abstracta; no puede, haciendo acepción de personas, dejar identificados apriori sus destinatarios. Si la hace, se convierte en tiránica. Pues no hay mayor atentado a la libertad que el que resulta de una asunción por el Legislativo de prerrogativas judiciales. Porque, como afirmaba Montesquieu (Op. cit., 150): “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podrá disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos... “. Esta fue la causa de la tremenda gravedad del caso “RUMASA”, Se legisló **contra una persona**, asumiendo el Legislador, simultáneamente, el papel de Juez. Para eso, se hizo pasar por norma -sin la generalidad ni abstracción **que le son necesarias**- una decisión concreta, individualizada, que requeriría una sentencia judicial. Y aun para colmo, la medida se aplicó **antes de que la sedicente norma se hubiera promulgado**. ¡Aparecería al día siguiente en el BOE; se dio a conocer la víspera por radio y televisión y se aplicó inmediatamente! Al conocer la noticia me vino a la memoria cierto párrafo de un antiguo libro de texto: Decía: “El proceso en China es por tal modo sumario que antes de haberse cometido el delito ha sido ya ejecutado el reo...”*

<sup>91</sup> *Introducción, cit. 121 ss.*

<sup>92</sup> *Nueva Versión, cit et loc.*

Cierto que *se presume* que lo es; pero cabe invalidarla y hacerle perder esa condición de diversos modos y mediante procedimientos especiales.

Para ser Derecho debe cumplir la Ley ciertos requisitos formales y materiales. Referidos los primeros a la formación, promulgación y publicación de la ley y los segundos a su esencia y a su compatibilidad con la Constitución. Como los requisitos formales suelen establecerse en las Constituciones o, en todo caso, tienen categoría constitucional, podría decirse, en primera aproximación, que ninguna Ley vale como Derecho si contraviene esa dogmática supralegal concreta. Pero esto no es todo. Las Constituciones actuales están comenzando a reconocer ya que ni siquiera los propios poderes constituyentes definen con libertad absoluta lo que cabe y lo que no cabe hacer: También ellos deben sumisión a normas suprapositivas. ¿O acaso no hay que atribuir semejante rango a los denominados “derechos fundamentales”, de mayor importancia cada vez en el mundo de nuestros días? Esto quiere decir que ya no es posible mantener hoy una concepción del Derecho meramente voluntarista.

La Ley, por fin, ha de ser producto racional, “*ordinatio rationis*”, no simple opción instintiva<sup>(93)</sup>.

Este resultado se está consiguiendo de dos formas: 1) A través de la convicción universal de que no existe Derecho, sino anarquía u ordenamiento despótico, cuando la personalidad y la dignidad humana no se respetan. 2) Extendiendo la garantía del debido proceso no sólo a los procedimientos judiciales y administrativos sino también a la mismísima Legislación. La exigencia -tan obvia como difícil- de que las leyes tengan que ser “razonables” se abre camino (aunque sea trabajoso) en la Jurisprudencia constitucional de los países más adelantados<sup>(94)</sup>.

Para daño nuestro, se procede todavía con escasa lógica en este asunto. Mientras que respecto a los reglamentos y a las disposiciones de rango inferior a la Ley se prescribe a los Jueces y Tribunales que se abstengan de aplicarlos (Ley Orgánica, art. 6), con las leyes se adopta una política diferente. Los Jueces no podrán interpretar ni aplicar los textos legales sino al tenor de los preceptos y principios constitucionales, según la doctrina que vaya estableciendo el Tribunal Constitucional,

Sin embargo: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica” (LOPJ, 5,2),

Aunque, por lo expuesto con anterioridad, resulte inconsecuente y poco cuerda esta extraña diferencia de trato<sup>(95)</sup>, me abstendré aquí de repetir mis críticas. Me limitaré a plantear un problema de cierto relieve, que surge al analizar las expresiones utilizadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En su artículo 6º dice literalmente: “Los Jueces y Tribunales, no aplicarán los reglamentos o

---

<sup>93</sup> *Introducción*, cit. 265 ss. Esp. 272 ss.

<sup>94</sup> Vid. p. e.; LINARES, JUAN FRANCISCO: *Razonabilidad de las leyes*. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina, 2ª, Buenos Aires, 1970, esp. 159 ss, 180 ss.; 213 ss.

<sup>95</sup> Respecto a la Constitución, todas las normas aparecerán, teóricamente, como normas delegadas, sin que importe, en absoluto, cuál pueda ser su procedencia. Si uno se resigna a la inconstitucionalidad o pone muchas trabas para reaccionar contra ella, nos veremos pronto ante el desuso de concretos textos constitucionales, con el consiguiente descrédito para la norma fundamental. (Me ocupo ampliamente del tema en *Tras eufemismo, demo-a-cracia*, Prólogo).

cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”.

Vemos aquí reiterada, con innecesaria redundancia y peor expuesta, la misma regla del art. 1,2 del Código Civil, en el Título Preliminar reformado.

El CC, según hemos visto, privaba de validez a las “disposiciones” contrarias a cualquier otra de rango superior. La LOPJ toma por separado reglamentos y disposiciones -como si fueran cosas distintas-; pero con esta diversificación agrava la indefinición del último concepto.

En el CC las “disposiciones” podrían entenderse -y tal vez habría que entenderlas- en el sentido de \*normas jurídicas escritas\*, emanadas de algún poder público con facultad para promulgarlas\*. O sea: las “disposiciones” constituirían el género y las leyes y los reglamentos algunas de sus especies.

Desde la perspectiva de la validez esta exégesis sería la correcta, pues tan inválida es una ley formal que contradiga a otra de rango superior como cualquier norma subordinada, puesta en el mismo trance, La validez es “corrección en el proceso conformador”, Por tanto, no una propiedad acreditable, de signo positivo, sino una característica presunta, que sólo cabe aseverar negativamente, cuando no se da su antítesis. La validez es consecuencia de la estructuración jerárquica y metodológica del Derecho. Sin jerarquía de valores y de normas y sin exigencias metódicas -y, por ello, formalmente vinculantes- no sería concebible. La validez es la no contradicción de la ortodoxia dogmática internormativa; mejor dicho, la invalidez es la negación acreditada de algún supuesto previo esencial para la juridicidad.

Al igual que la vida, que sólo se origina de la vida, el Derecho sólo puede nacer desde el Derecho y conforme a Derecho. Tiempo y dependencia son, así, elementos consubstanciales a la validez. Entre normas y valores isojerárquicos se dan, a veces, antinomias. Pero no es posible superarlas afirmando la invalidez de una de ellas. He ahí por qué la coherencia internormativa, la verdad formal en el Derecho y la validez no se confunden; La validez es una condición necesaria; pero no suficiente de la verdad formal en el Derecho. (La Justicia, en cambio, es formal y materialmente la verdad jurídica).

Según esto, normatividad jurídica e invalidez son expresiones contradictorias. Una norma inválida no puede ser jurídica, por más que tenga la apariencia de tal. Lo malo es que en el Derecho, lo mismo que en la vida social, las apariencias pasan por realidades mientras alguien no consiga desenmascararlas. El problema estriba en determinar a quién corresponde esta función.

El inventario de hipótesis es bastante reducido. Sólo hay que decidir entre las siguientes alternativas posibles: A) La tacha de invalidez y la consiguiente abrogación de una norma podría ser atribución de todos los ciudadanos, sin distinciones. Si uno tiene que rendir acatamiento a la norma X, de rango superior a la norma Y, e incompatible con ella, no puede, a la vez, prestárselo a esta última. Ante el dilema de transgredir X o Y, hay que optar por la infracción menos grave: la de la norma de inferior jerarquía. B) No todos los ciudadanos sino solo ciertos funcionarios públicos están legitimados para emitir un juicio fundado sobre la invalidez de cualquier texto legal. C) La descalificación de una norma por inválida constituye una prerrogativa que se reserva en monopolio a los organismos jurisdiccionales. D) Aunque la competencia para pronunciarse sobre la invalidez de cualesquiera normas, en general, se asigne a los Jueces; la de las leyes formales (llamando así las emanadas de las Cortes), resultante de inconstitucionalidad, se confiere en exclusiva al Tribunal Constitucional,

Aunque esta última hipótesis parece ser la que patrocina la LOPJ, no excluye absolutamente todas las restantes. Tratemos de verlo.

Evoquemos el supuesto A). Demos en imaginar que un ciudadano anónimo, un hombre de la calle cualquiera, deja de cumplir una norma, por reputarla inválida. Su criterio, puramente subjetivo, ni desvirtúa el precepto ni basta para eximirle de responsabilidad. Pero, en la práctica, antes de que el presunto infractor peche con las consecuencias de su incumplimiento deberá tener la oportunidad de audiencia en Justicia. Y si prospera su tesis, su iniciativa, bien que no su dictamen, conducirá a la eliminación de la norma inválida (al menos para él).

Esto mismo se puede extender a la hipótesis B). El funcionario que incumple una norma bajo reproche de invalidez se arriesga a recursos de parte o a un expediente sancionatorio. En cualquier caso, su opinión, contrastada al fin en juicio contradictorio, será confirmada o refutada por los Tribunales competentes de la Jurisdicción ordinaria o por el Tribunal Constitucional, en último término.

Por tanto, ¿quién abroga la norma que colide con otra de rango superior? ¿Recaemos necesariamente en las dos últimas posibilidades; y, en definitiva, en la última!

Teóricamente tiene visos de verdad jurídica tanto lo que dice el Código Civil como lo que sustenta la LOPJ. Sin embargo, dado lo dispuesto por esta misma en sus arts. 5,3 y 7 y 8, cabe a los Jueces, ante una Ley formal contraria a la Constitución, absteniéndose de aplicarla en este sentido, reinterpretarla en forma que resulte compatible con el texto constitucional. Lo cual, si no invalida la norma *erga omnes*, por lo menos la erradica del caso.

Lo malo es que los Jueces, por comodidad o pereza, o no se proponen siquiera la cuestión de inconstitucionalidad o (¡por lo que se ve, pocas veces!) la plantean ante el Tribunal Constitucional, dejando entre tanto el pleito estancado.

La conclusión de lo expuesto es asaz decepcionante: Las normas constitucionales resultan de peor condición que las otras. En lugar de brindar máxima seguridad y garantía a las personas favorecidas por ellas, las someten más bien a formalismos desalentadores y a una tramitación hartamente selectiva, lenta y complicada, ¿Se quiere, así, realmente, que la Constitución prevalezca sobre las leyes?

Un último problema se desprende aún al confrontar la Constitución con los citados preceptos de la Ley Orgánica. Como es sabido, el art. 82,1 de aquélla permite a las Cortes generales “delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior”; y el art. 85 denomina “decretos legislativos” a esta clase de normas.

Siendo, pues, normas con rango de ley los “decretos legislativos”, cabe preguntar, con absoluto rigor, si están comprendidos, o no, en la excepción del art. 5,2 de la LOPJ. ¿También respecto a ellos deben plantear los Jueces y Tribunales la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC o pueden fiscalizarlos directamente como cualquier otra actuación del Gobierno, dentro de las previsiones del art. 87?

Literalmente, no hay duda. Propugnando una interpretación espiritualista, los resultados son muy otros.

En efecto; cuando en un Decreto Legislativo se propasa el gobierno hasta incurrir en inconstitucionalidad, caben dos alternativas: o viola abiertamente la Ley de Bases (CE, art. 82,2); hipótesis en que la fiscalización tiene que corresponder a la Jurisdicción ordinaria; o es la propia Ley

de Bases la que conculca la norma primaria; en cuyo caso precisa reaccionar contra ella; pero no habrá nada nuevo en el supuesto, ya que seguiremos enfrentados a una Ley formal como cualquier otra.

## B) La Jurisprudencia.

En su primitiva redacción, el art. 6ºE del CC parecía negar a la Jurisprudencia valor como fuente del Derecho, puesto que la pasaba por alto al enumerarlas. La omisión -evidentemente significativa- había sido interpretada de muy diversas formas por los exégetas, Manresa, por ejemplo, tratando de congraciarse con el Derecho positivo una realidad de hecho que, dada nuestra organización judicial, se impone por sí misma; sostuvo que por el papel asignado a la Jurisprudencia en el tercera de las disposiciones adicionales al CC y en el art. 192 de la LEC, las reiteradas directrices hermenéuticas del Tribunal Supremo deberían aplicarse a la resolución de los casos, en concepto de doctrina legal, antes que los principios generales del Derecho (<sup>96</sup>).

Sánchez Román, con mayor lógica, consagraba como fuente a la Jurisprudencia, gracias a configurarla como *usus fori* (<sup>97</sup>). Sólo Valverde se mantenía fiel al texto del CC afirmando que su artículo 6º, con su intencionado silencio, había querido negar deliberadamente a la Jurisprudencia el rango de fuente jurídica y el 5º “dice que no prevalecerá contra la Ley la práctica en contrario”. Después, en reproche por esta actitud, apostilla: “Es censurable el criterio del CC y lo es más todavía si se tiene en cuenta que la práctica de la vida jurídica se desenvuelve en sentido favorable a la Jurisprudencia” (<sup>98</sup>).

Comentando, por su cuenta otro autor, en 1959, la deficiente redacción del CC escribía: “...Si el Derecho positivo es un sistema de normas, parece que la primera condición que ha de cumplir como tal tiene que consistir en la identidad y en la certidumbre de las normas integrantes; sin normas dadas, mal puede haber sistema. En España, sin embargo, falta una precisa determinación de las fuentes litisdecisorias, pues el CC no ha explicado lo que son los principios generales del Derecho ni se ha referido para nada a la Jurisprudencia ni a la Ciencia jurídica. En tal estado de cosas, los Tribunales de Justicia, para quienes es sólo urgente el deber de fallar, pueden, con entera libertad, completar a su modo el Ordenamiento jurídico. La Jurisprudencia pasa, si es preciso, de contrabando, a título de Ley. Y a título de principios generales del Derecho pueden pasar cualesquiera ideas o teorías. Si el Tribunal es soberano en materia de interpretación, ¿cómo no ha de serlo tocante a estas normas vagas, que ni siquiera se sabe en qué consisten?” (<sup>99</sup>).

La situación actual ha cambiado, aparentemente, en sus aspectos menos significativos. Se mantiene la enumeración de las fuentes: ley, costumbre y principios generales del Derecho. Pero se hace entrar a la Jurisprudencia, en función administrativa, para complementar el ordenamiento jurídico; no

<sup>96</sup> MANRESA, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código civil español*, I, 1907, 72 ss.

<sup>97</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, II, 1911, 66 ss.

<sup>98</sup> VAL VERDE, CALIXTO: *Tratado de Derecho Civil Español*, I, 1935, 196.

<sup>99</sup> *Introducción*. cit. 78 ss.

con valor autónomo, sino como intermediaria ocasional en los casos en que es preciso expandir mediante la interpretación las fuentes auténticas. Es decir, en el fondo, la actitud reticente hacia la Jurisprudencia no ha variado. No se quiere reconocer -y, mucho menos, estimular- su papel creador, ni siquiera donde la existencia de lagunas o antinomias hace necesario su concurso. Se prefiere mantener la ficción de una judicatura “restauradora”, que, supliendo, reforzando y reajustando el sistema normativo predispuesto, es capaz de encontrar en él una solución para cualquier caso que se presente.

Sin embargo, ¿qué jurista puede ignorar, entre nosotros, las sabias palabras de Isábal, popularizadas por Castán: “La existencia del recurso de casación, dése éste por infracción de doctrina legal o sólo por infracción de Ley, conduce siempre al mismo resultado, De nada sirve que se rechace la primera de dichas formas, pues se alegará como infringida no la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sino la Ley a que aquélla haga referencia”?<sup>(100)</sup>.

El problema jurídico más importante que plantea la Jurisprudencia de los Tribunales -y mucho más especialmente la del Tribunal Constitucional sale a luz en cuanto, como se hace con la costumbre, se analiza, en perspectiva lógica, su correlación a la Ley. En teoría y con plena evidencia, la Jurisprudencia puede ser:

#### a) Conforme a la Ley o a la Constitución, en su caso.

No innovando, se confunde con la Ley misma; desaparece envuelta en ella y no actúa, según las apariencias, como fuente autónoma. (En rigor, confiere a la Ley su valor práctico litisdecisorio),

#### b) Fuera y más allá de la norma.

Suponemos ahora que ni la ley ni la costumbre ni los principios generales del Derecho permiten dar solución al tema litigioso, notoriamente ajeno a sus previsiones, Pues bien, en tal hipótesis, por más que, a primera vista, la Jurisprudencia tenga ahí su campo natural de trabajo, el jurista consciente no puede dejar de percibir la grave objeción que opone a este uso el axioma de libertad. Si lo no prohibido debe estar siempre jurídicamente permitido, la ausencia de norma hace irreprochable la conducta del demandado, Y nunca sería justo condenarle fabricando a-posteriori una norma ex profeso como para conseguir ese propósito. No parece posible excluir en tales circunstancias la acepción de personas ni, por consiguiente, la arbitrariedad del pronunciamiento. Si el Tribunal ha creado la norma para el caso concreto, al no haber regla decisoria anterior, ¿por qué y cómo da preferencia a una parte sobre la contraria? Dónde no exista previo módulo para el discernimiento jurídico ¿cabe emitir un diagnóstico impersonalizado y convincente?

---

<sup>100</sup> CASTAN, JOSÉ: *Derecho Civil Español Común y Foral*, 1941, I, 64.

### c) Jurisprudencia contra Ley.

Para cualquier positivista ortodoxo la Jurisprudencia contra Ley no sólo se reputa inadmisiblesino muy próxima al delito (<sup>101</sup>).

Por tanto, rindiendo tributo a los postulados de aquella doctrina, habría que proclamar rotundamente que la Jurisprudencia, lejos de ser contada entre las fuentes del Derecho, sólo tiene sentido como una práctica contra Ley. Consentirla entonces, tolerar que se invoque en el proceso sería equivalente a fomentar la subversión política, la confusión y la usurpación de poderes y atribuciones y a romper con el principio democrático que confía las tareas legislativas a un órgano representativo, de elección popular.

Ni que decir tiene que estos argumentos se agravan respecto al Tribunal constitucional. Tanto por la posición singularísima de que goza el Poder constituyente cuanto por el procedimiento seguido para refrendar o ratificar la Constitución y por las rígidas condiciones exigidas para su reforma.

*De facto* -y también en nuestro país, irremediablemente, *de jure*, por su defectuosa organización- el Tribunal Constitucional puede reformar la Constitución y ocasionar disimuladamente un golpe de Estado, sin quórum especial, ni formalismos ni confirmación plebiscitaria. Y esto se permite en un sistema que, siguiendo a Montesquieu y por reconocer que quien manda sin cortapisas propende al abuso, busca en la división de poderes la recíproca contención que preserve la libertad y asegure la sumisión al Derecho (<sup>102</sup>).

Por riguroso y plausible que dé la impresión de ser, el razonamiento anterior contiene una asunción subrepticia, desencadenante de paradojas. Su desacierto estriba en confabular, con utópica ingenuidad, un observador privilegiado, que goce de omnisciencia jurídica, cuando se le ha excluido ya por hipótesis.

En efecto: Un Tribunal superior revisa en cada recurso las sentencias de los inferiores y debe revocarlas si no son conformes a Derecho. Pero ¿quién podrá emitir, con validez y eficacia, un juicio similar sobre resoluciones provenientes, por definición, de Tribunales que, siendo supremos en su esfera, pronuncian fallos irrecurribles?.

“La Jurisprudencia -se ha escrito en otra ocasión-, resulta una práctica que ha prevalecido contra la Ley. Si, en este caso, no se considera norma, ¿qué es entonces? ¿Mero hecho? La hipótesis es inadmisibles. El propio Ordenamiento positivo, al tener a las sentencias firmes por verdad jurídica y al declararlas inmutables, aun en el supuesto de responsabilidad civil, las consagra evidentemente como Derecho” (<sup>103</sup>).

---

<sup>101</sup> MONTESQUIEU: *El Espíritu de las Leyes*, (Zamora), Buenos Aires, 1944, 157, cometía al Juez una función puramente mecánica. Decía: “Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa, Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”, Cfr. DUPEYROUX, O.: *Le jurisprudencesource abusive de droit, en Melanges Maury*, 349 ss.

<sup>102</sup> MONTESQUIEU: *Op. cit* 149. Montesquieu decía: “Nos ha enseñado una experiencia eterna, que todo hombre vestido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría!, ni la virtud puede ser ilimitada”.

<sup>103</sup> *Introducción, cit. 81.*

En este sentido, las otras fuentes contendrían el Derecho del ayer; la Jurisprudencia, las normas actualizadas, el Derecho vigente en el momento. ¿Eficacia derogatoria informal y antijurídica? ¿Quién y con qué fundamento lo dice? En rigor, el nuevo art. 3,1 del CC faculta a los Jueces (y con mayor razón al Tribunal Supremo e, incluso, al Constitucional) para interpretar “progresivamente” las normas, según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Lo cual es poco menos que un cheque en blanco autorizando cualquier innovación.

¿Qué el Legislador ha ido demasiado lejos? ¡Es posible! ¿Qué acaso un solo voto más, en una Sala con muy escaso número de Magistrados, puede resultar suficiente para desvirtuar una sólida mayoría parlamentaria, tras un debate prolongado y a fondo? ¡Tampoco cabe negarlo! Pero es un problema político, de rango constitucional, que requiere derroches de imaginación y prudencia en el modo de organizar los Tribunales superiores; cautelas y sagacidad para asegurar una certera selección de personas; y, tras prever posibles anomalías, excepcionalmente graves (como la denunciada), medidas idóneas para garantizar su pronta corrección.

¿Cuál es la *ratio* de la Jurisprudencia? ¿Por qué la decisión sobre un caso tiene algo más que ese “valor ejemplar”, que tuvo al principio?.

Hace ya largo tiempo que se ha tratado de dar una explicación a este problema. La función jurisdiccional no hace otra cosa, en sus orígenes, que ofrecer la presunta solución jurídica a una disensión entre individuos o familias. La sentencia es norma; pero destinada a regular un único caso. Por eso, no caben precedentes válidos y es preciso referirse siempre a los límites subjetivos de la cosa juzgada.

¿Cómo, bajo tales condiciones, pudo alcanzar la Jurisprudencia valor de regla general? ¡Por la apetencia de seguridad que mueve, por instinto, a los hombres!

“En los ordenamientos jurídicos primitivos, aún sin más normas que ciertas convenciones originarias, obra de la costumbre, se profesaba la creencia -algo parecido piensan hoy algunos iusnaturalistas- de que todo el Derecho estaba ya estatuido idealmente y era susceptible de un conocimiento carismático. Dada esta opinión, todo intento de anticipar el contenido de las sentencias resultaba contradictorio. Había una norma para cada caso y no podían existir precedentes. Mientras la fe religiosa nimbaba de prestigio la figura del Juez, que se creía directamente inspirado por la Divinidad, la confianza en la certeza e incolumidad del propio derecho llegaba a su máximo, Sin embargo, Tribunales que actuaban sin sujeción a reglas fijas, improvisando un criterio para cada caso, tenían, a la larga, que desembocar en innumerables contradicciones. Supuestos indiscernibles o, lo que es lo mismo, iguales, fueron tratados, así, desigualmente, sembrando confusión y disgusto, Y, en cambio, se daba el mismo tratamiento a hipótesis radicalmente dispares. El arbitrio judicial iba acarreando creciente inseguridad y descontento creciente, haciendo sentir la necesidad, cada vez más intensa, de ceñirlo con alguna norma limitativa, Al fin y al cabo, el que no haya modo de saber cómo va a reaccionar el Juez, equivale a ignorar si se tiene o no se tiene derecho <sup>(104)</sup>.

La primera forma de reducir el arbitrio, la más obvia y, por tanto, la primera en aparecer, consiste en ligar al Juez a sus propias resoluciones. Del mismo modo que la sentencia es \*cosa juzgada\* para las partes en lo que tiene de concreto, también se hace inmutable para el Juez, sólo que a la inversa, en lo que tiene de abstracto. La santidad de la cosa juzgada, impuesta por la seguridad jurídica, implica, pues, dos cosas: En primer lugar, que la sentencia llegue a zanjar definitivamente las

---

<sup>104</sup> *Ibid.* 312 ss.

controversias que se susciten -de lo contrario se eternizarían los pleitos y la certeza de los derechos sería imposible. En segundo lugar, que el Juez no pueda desdecirse ni anule hoy los principios que ayer ha sentado. De no ser así, el Derecho se irá negando a sí mismo y acabará degenerando en la más pura arbitrariedad. Cuando el Juez actúa como legislador es indispensable que las sentencias creen efectivamente Derecho, Y como la contradicción internormativa equivale a la ausencia de derecho, las resoluciones judiciales tienen que ser congruentes consigo mismas... El precedente logra de esta suerte fuerza vinculante; el pasado condiciona el futuro y lo hace previsible...” (105).

Hay, naturalmente, una diferencia enorme entre la sentencia firme, como norma que se vivirá con masiva probabilidad en el caso, y la regla jurisprudencial -bien que valga como ejemplo a imitar, bien que alcance fuerza vinculativa-, extraída del mismo y, más órnenos prematuramente, generalizada. Dentro de sus limitaciones casuísticas (106) la jurisprudencia, al igual que la ley y que los principios generales del Derecho -y al revés que la costumbre-, nunca es directamente Derecho, como mera “propuesta” presentada desde un poder “nominal” -y “conocida” y “aceptada” o no- para que se plieguen a ella, sin lograr entenderla individualmente, grandes conjuntos de seres libres, a los cuales, en su magnitud estadística, no cabe coaccionar. Ni que decir tiene que una gran masa de sentencias conformes implica una regularidad de comportamientos compatibilizados y, por tanto, no puede negarse que sea Derecho (107). Pero no todo el Derecho, ni siquiera su porción más extensa. Son la desagradable terapéutica administrada en situaciones de crisis o enfermedad, gracias precisamente a mantener una vida jurídicamente sana la inmensa mayoría de la población cooperante.

Por último, también la jurisprudencia, como la ley y los principios jurídicos, pretende enunciar una proposición jurídica con pretensiones de verdad. Es en este sentido como tiene que someterse al plebiscito de la opinión y a la crítica epistemológica. Y ahora sí que hay un observador privilegiado que juzga y refuta o deja inmune cada aserción aventurada por la ley o la jurisprudencia; el equipo de hombres que aplica con rigor el método científico.

### C) La costumbre.

He aquí un tema con tan alto voltaje de apasionamiento y politización que hasta en el nombre que se le da se asoma la inicial toma de posición y el prejuicio.

La costumbre es un género, puesto que hay costumbres de muchas clases: modas, rutinas, hábitos, tradiciones del más vario tipo, etc. Se sobreentiende -nos dirán- el calificativo de jurídica. Ciertamente -se puede contestar-; pero la omisión es intencionada. La expresión “costumbre jurídica” está demasiado próxima a la expresión “derecho consuetudinario”; y si la costumbre es Derecho de procedencia popular y Derecho que ya se vive, carece de lógica poner en el mismo plano la costumbre y las restantes fuentes del Derecho o -todavía peor- colocarla en situación de inferioridad, como

---

<sup>105</sup> *Op. cit.*, 313 ss.

<sup>106</sup> *Con su fuerza de cosa juzgada, la sentencia firme se queda como “Derecho del caso”; pero su valor normativo ejemplar, como “precedente” que ha de ser imitado en otros casos, depende de que se imite de de veras.*

<sup>107</sup> *Vid. Supra*, IV.

generalmente quiere hacerse.

Toda costumbre -sea cualquiera su causa- consiste en una cierta regularidad de conducta por reproducción de actos análogos; propiedad que comparte con las modas, con los hábitos y con las rutinas. La moda se sabe temporal -para un corto plazo- e inobligante; pero conveniente y honorífica, por asegurar a uno singularidad, distinción y prestancia, gracias a la inicial novedad que contiene. Encuentra en la vanidad satisfecha suficiente incentivo. Pero, además, tiene también, como disuasión, el temor al ridículo. Cuando la costumbre se da, la diferenciación aparece prohibida o mirada con intransigencia; se tiende con ella a la igualdad y a la perduración: a uniformizar la conducta durante mucho tiempo, por motivos que se han hecho importantes. El hábito es la costumbre adquirida por uno mismo en sus propias acciones, mediante reiteración prolongada de un uso. Rutina, la ejecución automatizada -y apenas consciente- de actos habituales. Frente al hábito y la rutina, que conciernen a comportamientos individuales; la moda y la costumbre son fenómenos de naturaleza estadística: afectan a muchos.

Que la costumbre sea jurídica; es decir, que se reconozca como Derecho consuetudinario, dependerá de que sirva, o no, para compatibilizar conductas humanas aliorrelativas y, en principio, antagónicas. Cuando cumple tal condición, la costumbre es mucho más que fuente del Derecho, Pues, al revés que la Ley; que no pasa de Derecho *en potencia*; la costumbre es Derecho en acto, o lo que tanto monta, *Derecho vivido*.

Mientras subsista, la costumbre, además de como Derecho, ahí está como un hecho actual e incontrovertible. Un hecho mayoritariamente respetado y refrendado; y, por eso mismo, de muy difícil erradicación.

¿No constituirá un sin sentido, entonces, ponerle condiciones desde la norma positiva, como hace, por ejemplo, el texto actual de nuestro CC? ¿Sirve de algo decir que “sólo regirá en defecto de ley aplicable” y “siempre que no sea contraria a la moral o al orden público”? Si existe una costumbre ya está rigiendo y entraña un absurdo pretender ignorarla.

Sí; es cierto que nos hallamos, de seguro, ante una expresión defectuosa: El Legislador quiso decir que “los Tribunales sólo aplicarán la costumbre en defecto de ley...”. Pero esta doctrina ni es justa ni congruente con los principios que inspiran el Derecho Privado español ni conciliable con el dogma democrático de la soberanía popular.

No es justa, en primer término, porque hace abstracción del contenido de ambas normas y, en segundo término, porque fuerza la conciencia del Juez. Lo justo sería optar entre la Ley y la costumbre según su mayor o menor justicia, no dar siempre preferencia a la Ley.

Tampoco resulta congruente con los principios de que parte el Código Civil, porque la autonomía volitiva, inclinándose a seguir la costumbre local con preferencia a lo que disponga, antes o después, una Ley diferente y, por lo general, desconocida para las partes, hace mucho más probable que éstas se hayan atenido al uso común que a una ley cuya comprensión no está casi nunca a su alcance.

Por último, afirmada la soberanía popular, ¿quién tendrá poder para invalidar la costumbre? Si el Derecho consuetudinario emana directamente del pueblo, ¿quién puede atribuir a una Cámara legislativa, de muy indirecta representación popular, la facultad de sobreponerse, sin mandato expreso, a la voluntad explícita, constante y reiterada del pueblo mismo? ¡Sólo los taumaturgos de la prestidigitación política intentarán cosa semejante!. Quien con espíritu científico se manifieste respetuoso para con los hechos, no anatematizará más las costumbres que las mareas, las erupciones

volcánicas o los terremotos, Investigará el Derecho consuetudinario en toda su cruda realidad y qué puede hacer en relación con él, para optimizar el Derecho, un Legislador con mentalidad intelectualista, Comencemos por estudiar las formas de concurrencia posibles entre leyes y costumbres.

#### a) La costumbre *secundum legem*.

Aunque caben regularidades consuetudinarias en la observancia de una ley, en cuyo caso estamos ante el supuesto de una norma vivida, siempre sería posible demandarse si la interpretación prohijada por el pueblo es la más correcta y si resulta, o no, vinculante para los jueces. En rigor, el sentido de la Ley es el que le dan sus intérpretes “oficiales”; por lo cual, una costumbre desechada por la Jurisprudencia nunca podría tenerse por una costumbre según Ley.

Parece preferible y más general aludir entonces a costumbres conciliables con la Ley o incompatibles con ella. Una Política del Derecho consciente de sus fines, respaldando las primeras como interpretación “auténtica” de la Ley, las identificaría con el Derecho vigente hasta el momento. ¿Pues qué mejor garantía de pacífica convivencia con mínimo sacrificio de la libertad?

#### b) La costumbre *praeter legem*.

Cuándo la Ley guarda silencio sobre un tema-reglamentado por una costumbre, ¿cómo negar a ésta valor normativo para colmar la perniciosa laguna? No faltan, sin embargo autores, sobre todo, franceses, que, ligando el Derecho a la soberanía y atribuyendo ésta en monopolio al poder político, sostienen que la costumbre no puede ser contada ya entre las fuentes del Derecho, ni siquiera con función supletoria, para remediar omisiones legislativas <sup>(108)</sup>. Estamos ante una peligrosa exageración legalista. Creer que el valor de la costumbre dependa de una condescendencia del Legislador es subvertir por completo las realidades fenoménicas. El sometimiento a las normas se fundamenta hoy más en su verdad probable o en el consenso de los destinatarios que en el mero hecho de la coercibilidad potencial. Pues bien, a-priori la costumbre no está más lejos que la Ley de ninguna de aquellas cosas. Sí acaso, más cerca. Recordaré otra vez, aun a riesgo de repetirme más de la cuenta, un famoso texto de Juliano: “No sin razón se observa como Ley la costumbre inveterada, y tal es el Derecho constituido por los usos. Pues las leyes no nos obligan más que por haber sido aceptadas por decisión popular, es justo que lo aprobado por el pueblo sin escrito alguno también obligue a todos; pues ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad por el sufragio o por sus propios hechos y actos?” <sup>(109)</sup>.

Esta idea la ha hecho suya, entre nosotros, Joaquín Costa, al contraponer a un pueblo supuestamente

---

<sup>108</sup> Para esta posición de la “Escuela exegética” -francesa, sobre todo- vid. GHESTIN & GOUBEAUX: *Traite de Droit Civil, Introduction Générale*, Paris.

<sup>109</sup> *Digesto*, 1,3, 32.

infiel a la ley, un legislador infiel al Derecho y al verdadero soberano (que es el pueblo) <sup>(110)</sup>.

### c) La costumbre contra Ley.

El poder legislativo, tendiendo, como es natural, a reafirmar su propia supremacía, siente animadversión hacia la costumbre y condena y trata de hacer imposible tanto el desconocimiento y la inhibición ante la Ley como los efectos de su ignorancia, el desuso, las prácticas en contrario y las maquinaciones para eludirla o desvirtuarla. O la costumbre sigue dócil los cauces trazados por el Legislador, por cuya delegación, a su juicio, puede ser invocada, o merecerá su anatema. Para el Derecho positivo, pues, la costumbre es un huésped incómodo. Peor indeseable, ¡Únicamente se recibe a la fuerza!

Pero, claro, las costumbres son hechos, con la potencia incuestionable de su realidad y, a veces, todo el empeño del Legislador por erradicarlas fracasa estrepitosamente contra ellas.

Vemos, así, cómo ciertas leyes o no llegan a tener aplicación o caen en desuso. Las causas del repudio popular o de haber hecho la vista gorda los propios funcionarios públicos pueden ser múltiples. No es ocasión para entrar en ellas; pero, probablemente, el común denominador del fenómeno está en la comisión de algún error jurídico muy de bulto, como el presumir cooperaciones masivas desinteresadas, el olvidar la necesidad de pruebas demasiado arduas o proceder con desmesura en la sanción por hechos nimios <sup>(111)</sup>.

Sean cualesquiera las causas, importan ahora nada más los efectos. ¿Habrán que dar por abrogadas las leyes tras un cierto tiempo de desuso? Los legisladores y los tribunales, arrastrados por ellos, propenden a contestar que no. Pero, a pesar de semejante actitud, llega un momento en que nadie se atreve a considerar vigente una norma cuya obsolescencia consta universalmente, “Es cierto - escriben Ghestin y- Goubeaux- que las leyes envejecen y acaban por morir, aunque falten disposiciones que expresamente las abroguen. Así, por ejemplo, numerosos textos que figuran en el Código del Trabajo, y suelen, en particular, citarse los concernientes a los Consejos departamentales de trabajo, no han sido aplicados jamás. Acaso -concluyen paradójicamente- haya que pensar que el desuso mata las leyes; pero que sea preferible no decirlo” <sup>(112)</sup>. Y citan en nota un fragmento muy interesante de Portalis, en su Discurso Preliminar al Código Napoleón. Es el siguiente, “Las leyes conservan su efecto en tanto no sean abrogadas por otras leyes o que no caigan en desuso”. Si nosotros no hemos autorizado formalmente el modo de abrogación por desuso o por no-uso, es que hubiese sido quizá peligroso hacerlo. Pero ¿cabe disimular la influencia y la utilidad de ese concierto indeliberado, de ese poder invisible, por el cual, sin sacudidas ni conmociones, los pueblos se hacen justicia contra las malas leyes y que parecen proteger a la sociedad contra las sorpresas que se dan el Legislador y al Legislador contra sí mismo? <sup>(113)</sup>.

<sup>110</sup> COSTA, JOAQUÍN: *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid, 1902, 60.153.

<sup>111</sup> Vid. LOIS: *La Costumbre ante los principios generales de la Política del Derecho*, en *Estudios*, 259.

<sup>112</sup> GHESTIN & GOUBEAUX: *Op. cit.* 374 s.

<sup>113</sup> GHESTIN & GOUBEAUX: *Op. cit.* 375, nota 6.

Entre nosotros, aparte de los autores clásicos, tal vez sea Joaquín Costa quien ha dedicado páginas más brillantes al que llama derecho de no obedecer “al poder legislativo y reglamentario del Estado oficial en su relación con el Estado común o general”. Reconoce que el problema planteado por la inobediencia es “uno de los más delicados y más oscuros de la Ciencia jurídica”; pero no por eso se abstiene de enunciar algunos principios. Entre otras cosas, dice:

“Las reglas consuetudinarias que el Estado común expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, o en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes a los principios eternos del derecho, debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas; las reglas legales o de otro género, dictadas por el Estado oficial, los súbdito a quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir o lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber en ellos, cuando menos, suspender su cumplimiento. El que obra la injusticia, injusto es, proceda de él o proceda de otro el plan o la regla en virtud de la cual se ha determinado su actividad a obrar: no cumple el súbdito con obedecer a ciegas y escudarse tras de la autoridad; ni ante su conciencia ni ante la historia le exime de responsabilidad la circunstancia de que lo que hizo, le había sido ordenado por una autoridad; que la autoridad dejaría de serlo desde el punto en que pretendiese hacer de cada hombre un autómatas, en cuyo interior no obrase otra voluntad que la voluntad del legislador. Lo que es contrario al sentimiento natural del individuo o a su dignidad y decoro, o a la integridad de su conciencia, etc., no le es lícito obedecerlo” (114).

Trae luego a colación Costa doctrinas similares de autores famosos, comenzando por Suárez y Grocio y terminando con Constant y Bentham. Luego, tras excluir la protesta violenta, previene a una contra “el menguado y rastrero servilismo, que se presta con vergonzosa facilidad a ser instrumento ciego de todas las arbitrariedades del poder”... “y el espíritu irreflexivo de protesta, que no tolera en el poder el más leve desliz venial, ni siquiera teórico, y se lanza contra él irritado, haciendo que padezca en realidad el derecho que de otro modo hubiese salido tal vez ileso...” (115).

A continuación recuerda la fórmula con que antiguamente los españoles respondieron a los abusos de poder: el “obedezco, pero no puedo cumplir”; y cómo la desobediencia fue ordenada entre nosotros por las propias leyes. Y hasta tal extremo que “el derecho de insurrección, para casos de desafuero, ha figurado como principio constitucional, tanto en Aragón como en Castilla (116).

Por último, enjuicia las dos formas principales que ha revestido en la historia el derecho a la inobediencia, a saber: La abstención o la resistencia tácita y pasiva a cumplir lo preceptuado; y la que denomina “huelga política o administrativa”. De una y otra cita algunos ejemplos interesantes. He aquí uno:

“Según antiguas leyes españolas, que entraron a formar parte de la Novísima Recopilación, los títulos no registrados no surtían efecto legal alguno, y debían ser tenidos por nulos e ineficaces: la legislación fiscal posterior a la Novísima ha mandado en repetidas ocasiones inscribir los títulos de propiedad, señalando términos improrrogables: en 1845, otra ley volvió a declarar ineficaz todo instrumento no inscrito que contuviese enajenación o gravamen de inmuebles o derechos reales.

<sup>114</sup> COSTA, JOAQUÍN: *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, 1880, 239 ss.

<sup>115</sup> *Op. cit.* 242 ss.

<sup>116</sup> *Op. cit.* 245.

Pues bien; a pesar de todas las declaraciones y prescripciones de la ley, los títulos de propiedad no se inscribieron, fueron válidos, y produjeron todos sus efectos legales; hubo que prorrogar una y otra vez los plazos concedidos con carácter de improrrogables, y cuando por vez primera se promulgó la moderna Ley Hipotecaria, una Diputación provincial pedía que no se sujetase a inscripción los derechos ya adquiridos, sino únicamente los actos y contratos que se celebrasen en lo sucesivo, fundándose para ello en que no había existido antes la obligación de inscribir los títulos de propiedad sino en el caso de que hubieran de ser invocados ante los tribunales: a tal punto habían quedado inobservadas las leyes que imponían el deber de inscribir los títulos en el registro, que ni siquiera memoria se tenía de ellas” (117)

Como ejemplos de la que llama “huelga política o administrativa” cita Costa la retirada de los plebeyos al Aventino, que condujo a la institución del Tribunado y a la condonación de las deudas, en Roma; y la pugna de los barceloneses contra su Ayuntamiento por la imposición de un tributo suntuario sobre el consumo de gas del alumbrado (118).

A estos casos podrían añadirse muchos otros.

La abrogación por desuso es una realidad no ignorada, que sería insensato encubrir, ¿Qué someter las leyes al juicio individual resulta sumamente peligroso, porque fomenta la anarquía? Yo no lo creo. Pero, aun existiendo el riesgo, lo asumiría gustoso, si, a ese precio, adquiriendo el pueblo el hábito de enjuiciar, uno a uno, los actos del poder, lograse madurez política y aprendiese, así, a discernir con sagacidad lo justo de lo injusto y a reaccionar como un solo hombre frente a los abusos de sus pretendidos representantes.

Menos comprensión se ganan todavía, para el Derecho positivo y muchos juristas, las prácticas contra ley, Veamos, en confirmación, cómo enfoca el problema un civilista tan ponderado e informado como Castro.

“Los principales argumentos a favor de la persistencia de la eficacia de la costumbre contra ley, a pesar de su expresa prohibición legal, son los siguientes: 1º, Se dice \*que el derecho se desarrolla no sólo por caminos legales, sino, en caso de necesidad, por los ilegales\* 2º. Que, \*en realidad, el tiempo puede con todo, y el ridículo, también; los dioses mismos mueren, y las leyes también se gastan a la larga y se entierran en el olvido, como las instituciones y las palabras\*. 3º. Que un mandato al juez de no aplicar el derecho futuro no es obligatorio, sea la ley o la costumbre la fuente del futuro Derecho, y que si la costumbre se hace incompatible con el bien común, los jueces no deben observarla; pero que también si una ley olvidada choca con una institución consuetudinariamente establecida, habrá de pensar el juez qué es a lo que deba dar mayor valor, sí a la fidelidad a la ley o al interés de la comunidad (119).

A estos diversos argumentos contraponen Castro tantas otras objeciones. Aborda el primero como un supuesto de lucha por la supremacía política entre fuerzas opuestas. “En el acto de desobediencia hay una subversión o acto revolucionario que, mientras no se convierta en base de una nueva organización jurídica, será antijurídico y punible”. “El segundo, no alcanza a lo dispuesto por el art. 5ºE (vieja redacción) del CC, pues si bien mantiene la intangibilidad de las leyes frente a los actos

---

<sup>117</sup> *Op. cit.* 249 ss. *Esp.* 250.

<sup>118</sup> *Op. cit.* 252 ss.

<sup>119</sup> CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: *Derecho Civil de España. Parte General*, Madrid, 1949, 333 s.

extraestatales, no niega la existencia de la derogación tácita de las leyes, deducible de la actuación de los órganos del Estado. El último argumento se basa en la hipótesis de una Judicatura con poder de juzgar a las mismas leyes, supuesto incompatible con la organización jurídica española <sup>(120)</sup>.

Las réplicas de Castro, como tantas veces ocurre entre juristas, saltan inadmisiblemente de uno a otro plano categorial, A los hechos -mundo estricto de seres y fenómenos-, se quiere replicar objetando desde instancias meramente normativas -perspectiva deóntica. Un acto de inobediencia o contra ley tiene ese significado desde ella; no en sí mismo. Y no implica subversión y menos revolución mientras no consiga -o persiga- un cambio en la titularidad del Poder. Por otra parte, ni siquiera cabe hablar en Derecho positivo de antijuridicidad sin proceso que la declare, Y ahora enfrentamos, por hipótesis, actos masivos contra ley no reprimidos por los poderes públicos, bien por desconocimiento -por falta de denuncia- bien por impotencia -a causa, por ejemplo, de su número (efecto de la ley del error, a que nos hemos referido antes), O sea: Aquí se investigan los efectos de la inobediencia colectiva a una ley o las formas de reacción social contra ella, no contra las bases constitucionales del sistema. Pues es posible aceptar un régimen político sin necesidad de aceptar todas las medidas que adopta. Más aún; en nuestras complicadas organizaciones políticas, con su legislación hipertrófica y precipitada, sería muy difícil encontrar personas que no abominen de algún precepto positivo. Lo que importa saber, cuando se busca la verdad, es qué pasa cuando muchos, y por solidaridad contagiada, cada vez más, incumplen o contravienen las normas, Dejando a un lado los calificativos (que puede no haber quien los aplique), el resultado es manifiesto; la ley “reinará”, si se quiere, en el SOS; pero nunca será verdadero Derecho. Si esta inercia no equivale a la abrogación, se parece tantísimo a ella como dos gemelos indiscernibles.

La segunda crítica de Castro, más que negar la tesis, la confirma; puesto que admite la derogación tácita cuando los poderes públicos se resignan a la pasividad. ¿Por qué? -habría que preguntarse. Y habría que contestar una de estas dos cosas: O porque comparten la opinión dominante sobre la sinrazón de la ley; o porque se han visto desbordados por el número de infracciones. En ambos casos, el pueblo gana la batalla y el gobierno la da por perdida.

El tercer argumento de Castro reincide en la confusión de planos categoriales. Pues una cosa es lo que quiere el Legislador que los jueces hagan y otra muy distinta cómo procedan ellos; esto es, su mayoría significativa, en la realidad práctica. (Pero sobre este asunto ya nos hemos pronunciado suficientemente con anterioridad).

En resumen: Aunque los Tribunales pueden filtrar y filtran de suyo el Derecho consuetudinario - como cualquier norma- en ese número, poco representativo, de casos litigiosos; no parece correcto sustentar la creencia de que la costumbre, como fuente del Derecho, “esté definitivamente agotada” <sup>(121)</sup>. De nuevo, habría que repetir aquí aquello de:

“ ¡ Los muertos, que vos matáis, gozan de buena salud !”

---

<sup>120</sup> CASTRO: *Op. Cit.* 384.

<sup>121</sup> Así, p.e. TAVARES, JOSÉ: *Os princípios fundamentáís do Direito Civil, I, Primeira Parte: Teoría geral do Direito Civil, 2a, ed. Coimbra, 1930, 127.*

## D) Los principios generales del Derecho.

Una vieja disputa entre los juristas concibe los principios generales del derecho bien como los axiomas universales en que se funda el Derecho Natural, bien como los que sirven de base a cada Ordenamiento positivo (<sup>122</sup>).

A mi juicio, cualquiera de estos puntos de vista peca por estrechez. El primero, porque acepta ciertos presupuestos metafísicos o ideológicos que, requiriendo algo así como un acto de fe inicial, sin resultados unívocos, distan de ser de general acatamiento. El segundo, porque, al estar ya todos esos axiomas formando parte del Derecho positivo, no se ve qué logren aportarnos para contribuir a evitar lagunas en el Ordenamiento. Quedan englobados en los criterios interpretativos de carácter histórico, teleológico o sistemático y en la analogía.

Por eso, alguien se ha permitido sugerir, hace algún tiempo, que los principios generales del Derecho no pueden ser entendidos de otro modo que como *los enunciados que van restando incólumes como verdades, pese al progreso de la Ciencia jurídica*.

Si toda Ciencia conserva siempre, en todas sus etapas evolutivas, un núcleo de axiomas que valen como sus más grandes conquistas, la del Derecho no puede constituir una excepción a esta regla: cuenta también con algunos asertos a los que otorga su confianza la comunidad científica. De ahí los principios generales a que siempre se echa mano, se pase a no, cuando se da solución no arbitraria a casos imprevistos.

En efecto; según argumentaciones ya expuestas: “Como la legislación no ha definido por su cuenta qué entiende por “principios generales del Derecho”, Vd. tiene que indagar cuáles son por fuera de la legislación positiva, pues dentro hay silencio al respecto. Ahora bien, extramuros de la legislación, está, en primer lugar, la tradición jurídica; esto es, la Ciencia ya hecha o haciéndose, puesto que los legisladores no crean *ex nihilo* sino que reciben a préstamo la mayoría de las ideas que utilizan para expresarse. Y en segundo lugar, y en el caso de innovación legislativa, es la libre investigación la que tiene que revelarnos a qué fondo de realidad apunta el símbolo verbal, apenas en esbozo, que

---

<sup>122</sup> ROTONDI, MARIO: *Instituciones de Derecho Privado*, (Albaladejo), Barcelona, 1953, 80 ss. La tesis de Rotondi es aguda y curiosa. Reconoce la existencia de principios generales superiores a todas las legislaciones positivas, aunque los subjetiviza en exceso; pero le parece imposible que tales principios no se confundan con las normas morales. “Si la posibilidad de la coacción caracteriza a las normas jurídicas, o bien estos principios de derecho natural están amparados, y entonces son principios de derecho positivo, o no están protegidos, y entonces no son normas jurídicas”.

Dada esta visión, Rotondi tiene que inclinarse a la defensa de la tesis por la que ya se había decidido el CC italiano (art. 12), que hablaba de “los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”, Rotondi se pregunta, cómo, pese a no estar formulados en el Código, pueden llegar a precisarse para que reciban, en la práctica, el valor normativo y coercible, que ya tienen. Rotondi contesta: “Es claro que no podremos lograr la determinación de estos principios generales sino por la vía lógica de un procedimiento de abstracción, de generalización consecutiva” (pág. 81). Tal procedimiento abstractivo, “que se inicia con la interpretación analógica, desemboca por último en la determinación de aquellas normas fundamentales en que se inspira todo el sistema, y que son precisamente los p. g. del ordenamiento jurídico del Estado” (pág. 81 s.). El problema que no se ha planteado Rotondi sobreviene cuando los razonamientos analógicos a partir de normas diferentes conducen a resultados contradictorios. Lo cual es de esperar, tanto por la deficiente estructura lógica de los Derechos actuales, cuanto por el hecho, revelado ya desde la misma denominación, de que la “analogía” no es, en rigor, asimilable a la inferencia lógica. Habría, entonces, al subsistir principios generales contradictorios, un punto crítico de extrema gravedad; porque, como es sabido, pudiendo elegir como premisa una cualquiera de dos proposiciones contradictorias, cabe obtener el resultado deductivo que uno se proponga. En resumidas cuentas: la arbitrariedad se nivelaría con el Derecho.

busca ubicación en su universo de discurso. De todos modos, no hay esperanza para Vd. sin la Ciencia jurídica. Como se ha dicho en otra ocasión, \*el Derecho positivo es un método para dictar y ejecutar sentencias, formulado en un lenguaje cabalístico cuyo secreto sólo la Ciencia jurídica sabe desentrañar. Nada es, pues, el Derecho positivo sin la Ciencia jurídica. Confundidos en unión simbiótica, cada uno tiene su sentido en el otro\* (<sup>123</sup>).

Puede ofrecerse una prueba convincente de que no hay más principios generales del Derecho que los que va descubriendo la Ciencia jurídica.

Supongamos que Vd. afirma que un principio cualquiera que ha enunciado tiene ese rango por formar parte del Derecho Natural. Tendrá entonces que demostrar dos cosas; 1ª) Que ese principio está integrado, en efecto, en el Derecho Natural y 2ª) que los principios del Derecho Natural no son otra cosa que los generales del Derecho.

Pero, claro, si Vd. demuestra ambas aseveraciones las habrá incorporado a la Ciencia jurídica y valdrán por ese logro suyo, y según y mientras gocen de inmunidad científica sus argumentos; no por su pretendida índole iusnaturalista.

Lo mismo cabe mantener respecto a la teoría que hace de los principios generales axiomas del propio Ordenamiento. En tanto no se formulen concretamente, uno por uno, esos sedicentes axiomas serán vacuidades retóricas y nada más. En la medida en que se vayan explicitando y acreditando, tendrán la fuerza de convicción de las proposiciones científicas, ¡Sólo entonces habrán merecido nuestra aquiescencia! (<sup>124</sup>).

---

<sup>123</sup> *LOIS: La Investigación, cit. II, 117 ss.*

<sup>124</sup> *Así se ve uno libre de la objeción hecha a la tesis de Rotondi en nota 108: La Ciencia es hermética a contradicciones.*

## CURRICULUM VITAE RESUMIDO DEL AUTOR

### A) Labores docentes.

Entre 1945 - 1967 ha sido, sucesiva o simultáneamente: Prof. Ayudante de Derecho Civil; Auxiliar de Derecho Procesal y Penal; Encargado de Cátedra de D. Procesal, de Economía Política y Hacienda Pública y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela.

Entre 1967-1968 Profesor Visitante en la Universidad Central de Venezuela y luego, hasta 1972, Profesor Contratado en la misma Universidad para enseñar Metodología del Derecho en el Doctorado.

Desde 1973 hasta 1980 Catedrático Contratado en el Colegio Universitario de Vigo donde enseña Sociología y Teoría del Estado en la Facultad de Ciencias Económicas. .

Desde Junio de 1980, a raíz de su nombramiento por Real Decreto como Catedrático numerario ha enseñado, hasta 1987, Epistemología sociojurídica en la Facultad de Derecho Compostelana.

### B) Publicaciones.

Ateniéndose a las obras mayores y dejando a un lado un centenar de trabajos en Revistas científicas (por no hacer larga en exceso la relación), ha publicado, hasta el presente, los siguientes libros y opúsculos:

Ensayo de valoración filosófica del Derecho según una metodología esencialista. Madrid. 1945.

Proceso y Forma, Santiago, 1947.

Teoría del fraude en el proceso civil. Santiago, 1948.

La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal. Santiago, 1951.

Sobre un Programa de Política universitaria, Santiago, (s. f.); (aunque 1952).

Grandes problemas del Derecho Procesal, Santiago, 1954.

Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica, Santiago, 1954.

Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación, Santiago, 1959.

La Lucha por la Objetivación del Derecho, Vigo, 1965.

Un libro sin nombre, Vigo, 1965,

El Derecho como Ciencia exacta, Vigo, 1965.

La Investigación científica y su Propedéutica en el Derecho, Vol. 12, Caracas, 1970.

La Investigación científica y su Propedéutica en el Derecho, Vol. 22, Caracas, 1972.

Nueva Versión sobre el Derecho, Santiago, 1977.

Mundo desentrañado, Santiago, 1883. (Edición de amigos).

Entre eufemismo y demo-a-cracia, 1985. (Edición de amigos).  
Agresividad del poder y derechos fundamentales, Santiago, 1992.  
El Milagro de Alejandría y otros Estudios, Santiago, 1993.  
Política, Una Investigación sobre su esencia, Santiago, 1993  
La eterna polémica sobre las fuentes del Derecho, Santiago, 1993.  
De inminente aparición: Fraude contra Derecho. Metodología del Derecho.  
Formulaciones matemáticas para una Ciencia exacta del Derecho.