

divina fuente primordial de las leyes: el Código de Hammurabi, el Antiguo Testamento y el Corán. Más tarde fueron los teólogos JUAN DUNS ESCOTO y GUILLERMO DE OCKHAM, quienes trajeron al Derecho el voluntarismo y el nominalismo. Más reciente, JUAN PABLO II ha cultivado con gran sentido realista la teología referente al ser del hombre, y para ello se ha servido del relato del Génesis acerca de la creación del universo. Por otro lado, la *poiesis* y la técnica tienen un papel, aunque sea auxiliar, tanto en la teoría como en la práctica. VALLET DE GOYTISOLO analiza además cuáles son las técnicas auxiliares de la práctica del Derecho más útiles: para el mejor conocimiento de la realidad; expresivas; memoratorias; reproductoras; de difusión e información, comunicación y publicidad; documentales y autenticadoras, de conservación y ordenación; procedimentales; de deliberación y argumentación jurídica, así como de la utilización de la lógica y la tópica en la práctica jurídica (págs. 161-200). A lo largo de la Historia, la metodología del Derecho se ha observado con diversas perspectivas y de modos diferentes; en los últimos dos siglos han surgido diferentes corrientes, que aún siguen vigentes: la aplicación del Derecho, que sitúa el Derecho en la norma legal o legalmente aceptada (costumbre, principios generales o jurisprudencia judicial, en defecto de ley y por delegación de ésta), y la elaboración conceptual del Derecho, propuesta por el creador de la escuela histórica del Derecho, que entremezclaba elementos históricos, orgánicos y elementos racionales, sistemáticos. Al mismo tiempo, diferencia en la interpretación una función científica —competencia de los juristas doctos— y una función aplicativa —competencia de los juristas prácticos especialmente a los jueces—. Otras corrientes han sido la idea de la creación judicial del Derecho, fruto de un positivismo decisionista judicialista, iniciado en el movimiento del Derecho libre; la elaboración práctica del Derecho y la equidad, en la perspectiva de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS; la adjudicación del Derecho de cada parte, es decir, atribuirle a cada uno su Derecho subjetivo; la concreción del Derecho proyectando los principios ético-naturales a través de las normas, los valores y de la naturaleza de la cosa, para hallar el más adecuado a los hechos del caso; la determinación o concreción prudencial del Derecho como *res iusta* o como *quod iustam est* por el *ars boni et aequi*. De estos diversos enfoques de la determinación del Derecho se desprenden concepciones metodológicas diferentes no sólo de la determinación del Derecho, sino también de su interrelación con las metodologías de las normas y leyes y de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho.

Esta obra se enmarca en un proyecto ambicioso de contenido universal, del que el presente tomo es uno de los resúmenes con que se trata de hacer más comprensible todo el abanico de teorías y doctrinas que recoge en su magna producción metodológica ese jurista singular que es JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS, *Manuales de metodología jurídica. II. Metodología de las Leyes o las normas*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 243 págs.

La definición más lata de ley la considera como relación u ordenación. En esta concepción amplia, SANTO TOMÁS DE AQUINO distinguía cuatro clases de

leyes: eterna, natural, divina positiva y humana. Pero el concepto más unitario de ley, que abarca tanto las leyes físicas y biológicas como las metafísicas, depende de que exista un orden o relaciones permanentes ordenadas en todas las cosas creadas, dimanantes de la razón divina, y de que ese orden sea cognoscible por el hombre, por lo menos en parte y en lo más indispensable, para poder guiarse por él. La fuente primaria de las leyes puede buscarse en: Dios, como autor de las leyes o del orden natural al que éstas debían acomodarse (págs. 20-30); el hombre se autoerige en autor y camino inmanente de las leyes (págs. 30-67); el hombre deifica a la Naturaleza, a la Humanidad, a la Historia (págs. 67-87). La primera fundamentación aparecía recogida en el Código de Hammurabi, el Antiguo Testamento, o el Corán. Esta misma justificación la hacían PLATÓN o SANTO TOMÁS. Fue continuada esta tradición asimismo a principios del siglo XVIII, después de los impactos nominalistas y del idealismo cartesiano; y décadas más tarde en el pensamiento de CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, barón de Montesquieu y de La Brède. No podemos olvidar el pesimismo metafísico de LUTERO y la fundamentación teológica del Derecho Natural racionalista en CALVINO (págs. 28-30). En cuanto a la justificación de que el hombre se autoerige en autor y camino inmanente de las leyes, hay que señalar que en la Baja Edad Media no faltaron concepciones inmanentistas que abogaban por la estatización de las leyes (pág. 32). Tras la crisis nominalista de GUILLERMO DE OCKHAM, éste aisló la ley eterna de la naturaleza y el derecho; posteriormente, LUTERO independizó por completo el Derecho positivo humano del divino y natural. HOBBS aisló al individuo humano de toda relación con Dios, con el universo que nos rodea, con toda comunidad natural, y una vez aislado lo transportó a sus orígenes, el estado de naturaleza. ROUSSEAU lanzó duras críticas al dogma del pecado original y lo sustituyó por la hipótesis del pecado social redimible. El empirista JEREMY BENTHAM fundamentó el Estado, la moral y el Derecho en su utilidad, y salvó la escisión kantiana, volviendo a entrelazar el Derecho con cierta moral social, y basó también ésta en la utilidad general (pág. 47). Y, en tercer lugar, el hombre deifica a la Naturaleza, a la Humanidad, y a la Historia. La negación de todo Dios, creador y ordenador, ha llevado a la confusión panteísta de la Humanidad con Dios, o bien a la identificación de Dios con la Naturaleza e, incluso, la Historia. Esta deificación de la Naturaleza en un panteísmo determinante viene de la mano de BARUCH SPINOZA (págs. 67-69), que superó el dualismo cartesiano y que recibió duras críticas de MONTESQUIEU. Pero también se produjo una deificación de la Humanidad que culmina al llegar, según COMTE, a la religión del «Gran Ser», entendida como el conjunto de los seres pasados, futuros y presentes concurrentes para perfeccionar el orden universal (pág. 69). Igualmente se va a producir una deificación de la Historia con la fusión dialéctica de Historia y Razón en el Estado y una vez que triunfa la idea en la Historia universal. HEGEL fue uno de sus artífices, con su genial concepción de la Historia en una perspectiva dinámica y dialéctica (pág. 74). Pero esta filosofía hegeliana era esencialmente histórica y toda historia se presentaba para él como «historia sacra». En el materialismo histórico desaparecían de la dialéctica el espíritu y la Idea hegeliana, aunque no el mito. Al estudiar las fuentes, VALLET DE GOYTISOLO señala que la denominación fuentes, con el significado que modernamente se le asigna, no aparece antes de SAVIGNY, que concebía a las mismas como «las bases del Derecho en general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción» (pág. 93). Partiendo de estos criterios,

SAVIGNY enumera como fuentes del Derecho la legislación, el Derecho consuetudinario y el Derecho científico. Frente a la perspectiva orgánica de SAVIGNY, que ponía la fuerza creadora del Derecho en la sociedad, el positivismo legalista definía la ley —en la que subsumía todo el Derecho— como la expresión de la voluntad del pueblo. VALLET DE GOYTISOLO matiza que «sin embargo, hoy en las constituciones y códigos, según los entiende el pensamiento político —no así el jurídico— predomina el formalismo entendido del modo explicado por Kelsen, en su teoría pura del Derecho, que él gráficamente expresa con la figura de la pirámide jurídica» (pág. 94). VALLET DE GOYTISOLO opta por «centrar el ser del derecho en su genuino significado de lo que es justo... y en acto, su fuente, en el sentido de su fundamento primero, es Dios...» (pág. 95). Y para evitar utilizar criterios subjetivos, hemos de descender, caso por caso, a la naturaleza de cada cosa, la *natura rei*, la «Natur der Sache», mediante toda clase de abstracciones. Asimismo, VALLET DE GOYTISOLO nos aporta su definición de ordenamiento jurídico, entendido como «el funcionamiento real, ordenado en instituciones de conformidad a la naturaleza de las cosas, de un conjunto de principios, leyes, reglas y pautas de valor, orientado a la realización y concreción, en los hechos, de lo que es justo y equitativo en concreto y en acto» (pág. 100). De no existir un orden natural sobre todas las cosas creadas, el Derecho natural no tendría realidad alguna. La posición de JUAN DUNS SCOTO —voluntarista— y posteriormente la de OCKAM —también voluntarista, además de nominalista— implicaba un planteamiento diferente al aristotélico-tomista en lo referente a la ontología. HUIG DE GROOT (HUGO GROTIUS o HUGO EL GRANDE, no HUGO GROCIO, notable equivocación en la que incurre por doquier la doctrina española, italianizando el apellido de un autor de los Países Bajos) separaba el Derecho natural racionalista de la ley eterna, a la que hacía desaparecer del campo jurídico humano (pág. 105). Tanto SCOTO como OCKHAM negaban la ley eterna, en la medida en que el único eterno es el legislador, no la ley. Pero con el transcurso del tiempo, se hace un nuevo planteamiento y se pasa de la ley natural, entendida como ley divina, a ser considerada ley humana y a la consecuente reducción de su concepto. Aunque para FRANCISCO SUÁREZ la ley natural seguía teniendo la consideración de ley divina, su ámbito sufriría una restricción. Pero con el nominalismo de OCKHAM, la ley natural desapareció por completo, absorbida totalmente por la ley positiva divina. VALLET DE GOYTISOLO, al estudiar el sentido lato de la palabra ley, señala que «entre las normas de derecho humano, deben distinguirse aquéllas que solamente están dotadas de razón y de *auctoritas* y las que, además, tienen el apoyo de la voluntad imperativa de quien rige la comunidad...» (pág. 120). Hoy es frecuente invocar entre los tribunales constitucionales e internacionales, los Derechos humanos en lugar de acudir a alguno de los principios morales del Derecho, o sea, ético-jurídicos. Para VALLET DE GOYTISOLO, la noción de Derechos humanos —principios ético-naturales— presenta las siguientes aporías: es una expresión incorrecta, pero operativa frente a los abusos del poder y la arbitrariedad; se les atribuyen muy diversos fundamentos y naturaleza; a veces se presentan parcial o unilateralmente, para presionar a los jueces o para informar el Derecho de forma sesgada. Al analizar los valores, VALLET DE GOYTISOLO matiza que no pueden adaptarse adecuadamente intuyéndolos mentalmente en abstracto, sino que es preciso abstraerlos de una serie de experiencias históricas y sociales. La práctica ha elaborado diversas pautas que consisten en tipos y series de clases diversas pero interrelacionados, que la jurisprudencia ha ido acuñando para contem-

plar todas las variantes típicas (pág. 132). El Código Civil español de 1889 se remite a diversas pautas de valor: la buena fe, el abuso de la cosa, las buenas costumbres, el orden público, la moral, etc. VALLET DE GOYTISOLO hace un estudio de los textos romanos hasta nuestros días, y como normas escritas dotadas de *auctoritas*, pero carentes de *potestas* cita: las *responsa* y las *regulae*, los textos de Derecho romano y canónicos aplicados como razón escrita, las opiniones de los doctores en el *ius commune*, las sentencias concordantes, el denominado Derecho institucional y las normas legales facultativas supletorias o declarativas (págs. 135-148).

En sentido estricto, la ley humana tiene diversas acepciones, según se atiende prevalentemente a la *ratio iuris*, a la *ratio legis* o a la *voluntas legislatoris*. JUAN BERCHMANS VALLET estudia la incidencia del nominalismo de OCKHAM en la definición de la ley humana (págs. 152-154), que prescindía de toda mediación de las cosas para hallar el Derecho. De ahí que OCKHAM buscara todo el Derecho en un encadenamiento de poderes, de los cuales dimanaban volitivamente todas las leyes: la libertad de Dios en su *potestas* absoluta estaría en la cima de ellos. En el siglo xv distintos filósofos como JEAN LE CHARLIER DE GERSON, CONRADO DE SUMMNHART DE CALW o JUAN DRIEDO DE TURNHAUT identificaron el Derecho con la ley, en un sentido y, en el otro, con la *potestas* o facultad que uno tiene sobre lo suyo propio o a aquello que le es debido por otros u otros. A finales del siglo xvi, FRANCISCO SUÁREZ mantuvo esa equivalencia Derecho-ley, si bien con una aportación propia a la vez idealista, racionalista y voluntarista (págs. 155-157). La concepción más radicalmente nominalista, voluntarista y positivista laica de la ley humana la inició THOMAS HOBBS en su *Leviathan*. JEAN-JACQUES ROUSSEAU introdujo en el concepto hobbesiano de ley la variación resultante de sustitución de *Leviathan* por *Demos*. Otra cuestión de interés es el carácter instrumental de la ley y su función mediadora, que ya fue observado por ARISTÓTELES, quien consideró la conveniencia de que el legislador, para determinar lo justo y lo injusto, dejase lo menos posible a la decisión de quienes juzgaban. EMILIO BETTI estimaba que la norma jurídica no tenía un fin en sí misma, sino que era instrumento para un fin de conveniencia social, el cual no puede decirse cumplido por su sola emanación, sino con la aplicación de esa norma a la vida de relación. JUAN BERCHMANS VALLET «cree evidente el carácter instrumental de las normas legales con la función mediadora en que son utilizadas para la interpretación jurídica. Son instrumentos para facilitar la solución más justa en el supuesto concreto de que se trate, sea en su determinación negocial o bien en su resolución conflictual» (pág. 174). Para concluir con esta cuestión del análisis estricto de las leyes, distingue las mismas en: leyes «conclusiones» y «determinaciones de lo naturalmente justo»; imperativas o prescriptivas, leyes dispositivas o declarativas y leyes facultativas o supletorias; leyes flexibles e indeterminadas y leyes rígidas (págs. 174-187).

Centrándose en la costumbre como fuente del Derecho, entiende VALLET DE GOYTISOLO que «el elemento mediador más natural entre la naturaleza de las cosas y la determinación de lo justo es la costumbre» (pág. 195), pero a continuación matiza que «para el buen orden jurídico, costumbres y leyes, leyes y costumbres no deben hallarse enfrentadas, sino en interacción y complementariedad dinámica» (pág. 199), tal y como podemos observar en el pueblo romano. Pero es más, en esta interacción y complementariedad en el Derecho romano vemos que la costumbre suplía a la ley, interpretaba e integraba la ley de modo prevalentemente a cualquier otra interpretación, y derogaba y

se imponía a las leyes. En la Alta Edad Media, SAN ISIDORO DE SEVILLA, entre los requisitos que había de reunir la ley indicaba que debía estar «en consonancia de las costumbres» (pág. 200). Además, SAN RAMÓN DE PENYAFORT señalaba como requisito esencial de la costumbre la racionalidad y el significado específico que la caracteriza (págs. 205-209). En el pensamiento de SAVIGNY, los dos elementos constitutivos de la costumbre eran *consensus* y *usus*, que venían a constituir el espíritu o *animus* del pueblo y su *corpus* visible en los hechos y los actos. En general se tiende a identificar *consensus* con voluntad común. Ahora bien, «uno y otro elemento son inseparables; y, tal vez por ello, comprendemos que el *usus* no sea meramente fáctico sino que desde el primer hecho individual, que socialmente es seguido, lleva, además y a la par unidos dos componentes: uno, ético —phronesis—, y reflexivo —proairesis—, el otro (págs. 209-211).

En esta relación el negocio jurídico siempre ha tenido una importancia de carácter vital en esa función mediadora (págs. 213-220). Sin embargo, el positivismo legalista, al confundir el Derecho con la ley, hizo de esos elementos mediadores una categoría subordinada a la ley. Por eso, la ciencia del Derecho, que siguió las pautas de las escuelas exegética y conceptualista, no los incluyó entre las fuentes del Derecho. Fue preciso que, a finales del siglo XIX y ya en pleno siglo XX, se produjera en dicha ciencia una reacción para que la misma volviera de nuevo a considerarlos como elementos de la máxima importancia para determinar lo que era Derecho positivo, en los términos que habían defendido, aunque con las matizaciones correspondientes, ARISTÓTELES, JOAQUÍN COSTA o EUGEN EHRlich. Este último, de hecho, reconocía que el examen de las sentencias judiciales no se mostraba suficiente porque las sentencias no ofrecían un cuadro perfecto de la vida del Derecho. Por ello, advertía de la necesidad de recurrir al examen del documento negocial, como testimonio del Derecho. La metodología de la ciencia de legislar debe tener en cuenta los siguientes puntos básicos: debe distinguirse ley y ordenanza; ha de evitarse la inflación legislativa; el fin de las leyes se presenta en el logro de la justicia general o legal; las leyes deben ser justas, al tiempo que han de estar concebidas de modo que no choquen con la naturaleza de las cosas, y han de ser posibles de acuerdo con la naturaleza humana; las leyes deben ser apropiadas al país en el cual se van a aplicar (págs. 239-242).

Con estos manuales, como el presente, JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO trata de hacer llegar al gran público unos resúmenes espléndidos de lo que en su forma externa puede considerarse como la obra más importante de Metodología jurídica escrita por un jurista en todos los tiempos.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE