

La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español

(Sobre el sistema de fuentes luego de la Constitución)

I. DE LA CONSTITUCION AL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

A. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO

Bajo la nueva configuración formal que adopta el Estado español mediante la aprobación por el Congreso, en 31 de octubre de 1978, ratificación por el Pueblo, en 6 de diciembre de 1978, y sanción por la Jefatura del Estado, en 27 de diciembre de 1978, de la Constitución Española, vigente en 29 de diciembre del mismo año (Disposición final y B. O. E. de esa fecha), se concreta en ella —como criterio normativo máximo— la serie de postulados que debe reunir una norma para poder ser calificada de Derecho, así en su consideración material como formal.

Materialmente, la exigencia de legitimidad de toda disposición viene recabada en el preámbulo de la Constitución y en su artículo 1, primero. El Preámbulo, al fijar como fin perseguido por la Nación española el establecimiento de la «justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien común», señala un fin genérico, que se alcanza mediante la garantía de la «convivencia democrática» legal y en el orden económico y social justo, conforme al Estado de Derecho, con respeto de los derechos humanos, todo ello con miras a alcanzar una democracia *avanzada*; determinando así, los criterios de homologación internos de las

normas; pudiendo, pues, afirmarse sin temor, que toda norma que no responda a aquellos postulados, como presentes unos, como probables otros, queda automáticamente afectada del sello de la antijuricidad sustantiva. El artículo 1, primero, al afirmar la constitución del Estado como una de carácter social y democrático, sujeto a los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como expresión de la voluntad popular, reinsiste en la misma exigencia de homologación interna de toda norma jurídica.

Formalmente, el reclamo de concreción de legitimidad de las normas, no solamente se afirma en el mismo Preámbulo, párrafo segundo, sino, igualmente, en el artículo 9, primero y tercero, al señalarse, de forma general y amplia, que se desarrolla en preceptos subsiguientes constitucionales, cómo el criterio normativo se convierte en norma de Derecho.

La materialidad jurídica de las normas se pretende asegurar por diversas vías. Aparte de la existente *per se* acción directa, que, no incluida en la normativa vigente (1), se exterioriza como claro acto político (justificable, pues, en su caso *ex post facto*), por lo que fuera de nuestro marco actual de referencia; se excluye asimismo el control material por parte del Pueblo soberano (art. 1, segundo), al fijar el artículo 166 la iniciativa legislativa de reforma constitucional, de conformidad con el artículo 87, primero y segundo —que atribuye competencia exclusiva en beneficio del Gobierno, Congreso y Senado, y de las Asambleas de las Comunidades Autónomas en su ámbito correspondiente—, reconociéndose solamente a dicho Pueblo soberano iniciativa legislativa, siempre que no se trate de legislación orgánica, fiscal, de carácter internacional o prerrogativa de gracia (art. 87, tercero). Al parecer, pues, se acepta la noción de soberanía popular simplemente pasiva, mediante los sistemas de adhesión o rechazo.

La primera vía concreta para asegurar materialmente la juridicidad del derecho se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto, como indica el artículo 162, por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, Diputados y Senadores, en número de cincuenta, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. En segundo lugar, mediante la *cuestión de constitucionalidad*, correspondiendo la iniciativa a cualquier órgano judicial que, debiendo fallar, la norma legal en que haya de ampararse dicho fallo sea generadora de duda (art. 163). Finalmente, mediante el recurso de amparo, a que se refiere el artículo 53, y con las limitaciones y alcance a que dicho precepto se refiere.

(1) A diferencia de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, siquiera ésta era justificación del pasado.

Tratándose de norma con categoría inferior a la ley formal, su homologación con el tipo correspondiente a ésta asegura, igualmente, la juridicidad material, como ha de verse oportunamente.

De otro lado, cuando el artículo 9, primero, sujeta a los particulares y a los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, configura y admite la unidad sistemática del Derecho español (del que la Constitución es una parte, la más destacada), de modo tal, que la búsqueda de ese sentido unitario no solamente puede servir como criterio de determinación de la juridicidad material, sino que *debe* servir, desde el momento en que el artículo 9, tercero, configura a la Constitución como garantizadora de la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas —y de su irretroactividad si son sancionadoras—, así como la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; lo cual significa, que, en ausencia expresa y concreta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, le cabe a la jurisdicción ordinaria, en la búsqueda del sentido unitario del Ordenamiento, cumplir con la Constitución llevando a cabo la adecuada interpretación que asegure la juridicidad de la norma (2).

La juridicidad formal de la norma se obtiene guardando la competencia normativa y respetando la jerarquía de las leyes, conforme con el principio de legalidad.

B. LA POTESTAD LEGISLATIVA COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDAD

Correspondiendo al Pueblo español ser fuente de todos los poderes que expresan la soberanía nacional (art. 1, segundo, Constitución), el artículo 66 atribuye a las Cortes Generales la consideración de organismo representante de la soberanía popular, integrándose aquéllas por el Congreso de los Diputados y por el Senado (art. 66, primero). Dichas

(2) Como cita BADENES GASSET: *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, recogiendo las opiniones de ALVARADO (*El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, 1920) y FERNÁNDEZ DE VELASCO («Las leyes inconstitucionales y la función judicial en la legislación española, *R. D. P.*, XIII, págs. 321 y sigs.). Ya en otro lugar pude escribir que «tiene total aplicabilidad la teoría de la constitucionalidad formal de la ley, como situación en que una norma es puesta en vigor sin reunir los requisitos constitucionales correspondientes (frente a la inconstitucionalidad material de la ley o infracción por parte de ésta a disposiciones de rango superior). Podemos afirmar que un Juez tiene facultades, con ocasión de fallar un asunto determinado, para investigar si la ley que se ha alegado por las partes fue o no dictada conforme a los trámites exigidos por la estructura orgánica de la Nación..., lo cual no significa la primacía de un poder sobre otro, sino el cumplimiento específico de un mandamiento legal (*Derecho civil*, Barcelona para San Juan, I, 1972, págs. 190-191).

Cortes Generales son sede de la potestad legislativa, la cual se manifiesta mediante la ley en sentido formal, que puede adoptar diversas modalidades:

1) Leyes orgánicas, que se determinan por función de su materia, y son las correspondientes al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas..., en punto al Derecho civil, cuya característica estriba en serles exigible la mayoría absoluta del Congreso, en votación conjunta final sobre el proyecto (art. 81, primero y segundo).

2) Leyes ordinarias, que, si bien aludidas en la Constitución (v. gr.: art. 90, primero), deben deducirse por exclusión: no serán las orgánicas, ni aquéllas otras, a que nos referimos luego, de especial carácter. Son, pues, correspondientes a la actividad legislativa normal.

3) Leyes de bases, que son aquéllas que enmarcan la delegación legislativa que las Cortes Generales pueden delegar en el Gobierno, adquiriendo entonces la normativa provocada por éste rango de ley formal (art. 82, primero y segundo). Estas leyes deben delegar la potestad expresamente, para materia concreta que no sea exclusiva de la competencia de las Cortes Generales, y fijándose el plazo para actuar el ejercicio de la delegación (art. 82, tercero, y primero respecto del art. 81).

4) Leyes ordinarias delegantes, que son aquéllas que autorizan al Gobierno a refundir diversos textos legales en uno solo (art. 82, segundo), que habrán de determinar el ámbito normativo de la delegación, «especificando si se circunscriben a la mera formulación de un texto único o si incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» (art. 82, quinto).

5) Decretos legislativos, que son las normas con rango formal de ley, que expresan disposiciones del Gobierno contentivas de legislación delegada (art. 85). Quedan sujetos a los marcos impuestos por las leyes de bases y las leyes ordinarias delegantes, agotándose la facultad delegada en el uso hecho de la misma, no pudiendo entenderse concedida la delegación de modo implícito o por tiempo indeterminado; esta potestad delegada es, a su vez, indelegable por el Gobierno (art. 82, tercero).

6) Decretos-leyes, que son aquellas normas, en que es competente el Gobierno para dictarlas, referidas a situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, y que en ningún caso podrán tratar sobre el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos, deberes y libertades de los ciudadanos referidos en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral en general (art. 86, primero). En todo caso, tales Decretos-leyes deben ser inmediatamente sometidos a debate y aprobación del Congreso, convocado al efecto,

si no estuviese reunido, en un plazo de treinta días siguientes a la promulgación de la norma (art. 86, segundo).

De otro lado, se establece en la Constitución un régimen de garantías adicionales en la regulación relativa a la propia elaboración de las leyes, trámite general en el que cabe distinguir una serie de fases o situaciones: *a)*, iniciativa; *b)*, aprobación; *c)*, sanción y promulgación.

a) Iniciativa legislativa.—La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso, al Senado, de acuerdo siempre con la Constitución y conforme con los Reglamentos de las Cámaras (art. 87, primero). Asimismo, las Asambleas de las Comunidades Autónomas pueden solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley (art. 87, segundo). Igualmente, y a la espera de que se concrete la correspondiente Ley Orgánica, quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos españoles pueden manifestar la iniciativa popular para proposiciones de ley en cualesquiera materias excepto las propias de la legislación orgánica, tributarias, de carácter internacional o en prerrogativa de gracia (art. 87, tercero).

La iniciativa de proyectos de ley se origina con la aprobación del proyecto en Consejo de Ministros (art. 88), sometiéndose al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos (art. 88); aprobado el mismo por el Congreso, el Presidente dará cuenta al del Senado, quien lo someterá a deliberación de éste; de las resultas, el proyecto puede ser aprobado por la segunda Cámara o, mediante mensaje motivado, vetarlo o introducir enmiendas. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta de los componentes del Senado. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique el mismo por mayoría absoluta en caso de veto, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple (art. 90, primero y segundo). Si el proyecto fuere declarado de urgencia, el plazo de dos meses se reduce a veinte días naturales (art. 90, tercero).

La iniciativa de las propuestas de ley corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, conforme con sus respectivos Reglamentos, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa, reconocida en el artículo 87 (art. 89, primero). Si la propuesta se originase en el Senado, han de remitirse al Congreso para su trámite (art. 89, segundo).

En materias políticas de especial trascendencia, en que es dable la consulta popular mediante referendun, la iniciativa de convocatoria corresponde a la Jefatura del Estado, mediante propuesta del Presidente

del Congreso previamente autorizada por el Congreso de los Diputados (art. 92, segundo, respecto del art. 92, primero).

b) *Aprobación*.—Los proyectos de ley (y ha de suponerse que también los Decretos-leyes y los Decretos legislativos en general), reclaman la aprobación del Consejo de Ministros. En el Congreso, si la materia es propia de ley orgánica, o se trata de texto vetado por el Senado, se exige mayoría absoluta (art. 81, segundo y art. 90, segundo), siendo suficiente la mayoría simple en los demás casos.

Las materias susceptibles de consulta por referendium, reclaman la aprobación popular.

Si se trata de proyectos de reforma constitucional, la aprobación debe ser de tres quintos de cada una de las Cámaras; si no hubiese acuerdo entre ambas, ni se lograra mediante la comisión paritaria prevista en el artículo 167, primero, si el texto hubiese recibido la aprobación por mayoría absoluta del Senado, se considerará aprobado con el concurso de dos tercios del Congreso de los Diputados. En todo caso se requiere referendium popular, cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a la aprobación cameral, una décima parte de los miembros de cualesquiera de ellas (art. 167, segundo y tercero).

c) *Sanción y promulgación*.—La Jefatura del Estado, en el plazo de quince días desde su aprobación pertinente, sancionará las leyes aprobadas por las Cortes Generales, promulgándolas y ordenando su inmediata publicación. Y, conforme previene el artículo 2, primero, Código Civil, las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si su texto no dispone otra cosa.

C. LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDAD

De conformidad con la Constitución y las leyes formales, se admite en el Gobierno la competencia de la potestad reglamentaria (art. 97). Dado que el Poder Ejecutivo está sometido al Ordenamiento jurídico (art. 9, primero), y garantizado éste por medio de la Constitución, el principio de legalidad y la jerarquía normativa (art. 9, tercero), se impone a la Administración actuar conforme al principio de jerarquía (art. 103, primero), siendo sus órganos creados, regidos y coordinados conforme con la ley (art. 103, segundo). Por ello, se reconoce el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106, primero).

En defecto de una ley posterior a la Constitución, se considera vigente la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957, que concreta la juridicidad de la potestad reglamentaria.

La primera limitación deriva de que las disposiciones administrativas de carácter general no pueden ser «contrarias a las leyes, ni regular... aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes» (art. 27), salvo la correspondiente delegación conforme a la Constitución. Además, dichas disposiciones administrativas «se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa: primero, decretos; segundo, órdenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; tercero, órdenes ministeriales; cuarto, disposiciones de Autoridades y Organismos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía» (art. 24, primero). «Las disposiciones y resoluciones de los ministros adoptarán la forma de órdenes e irán firmadas por el titular del departamento» (art. 25, primero).

En todo caso, el rango normativo reclama que «ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior» (art. 23, primero).

D. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO EN EL MARCO AUTONÓMICO

En artículo 48 de la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas propia competencia normativa en las materias enumeradas por dicho precepto, y con exclusión —por ser competencia del Estado— de las comprendidas en el artículo 149. No obstante, «las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal...» (art. 150, primero). Igualmente, «el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación...» (art. 150, segundo).

El control de la actividad de las entidades expresivas de Comunidades Autónomas se ejerce, además de por los medios que cada Comunidad pueda prevenir en su particular régimen jurídico, por el Tribunal Constitucional, en su competencia; por el Gobierno, en materias delegadas; por la jurisdicción contencioso administrativa, también en su competencia, y por el Tribunal de Cuentas en el ámbito económico y presupuestario (art. 153).

En todo caso, para los marcos que interesan en las presentes páginas, conviene tener siempre presente el artículo 149, 8.º, que atribuye al Estado competencia en materia de legislación civil, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autóno-

mas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídicociviles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial», son competencia estatal. Por su relevancia civil, merecen destacarse los apartados 1, 1.^a, 2.^a, 9.^a, 11.^a, 12.^a, 23.^a, 27.^a y 3, en función de lo que pueda prevenir cada Estatuto comunitario.

E. PREFERENCIA CONSTITUCIONAL DE LA LEGITIMIDAD MEDIANTE LEY FORMAL

Es clara en la Constitución la preferencia reconocida a la ley formal para concretar el Derecho, y vehículo, pues, para precisar su legitimidad, presupuesta la existencia material de esa esencial característica. Y es clara la preferencia, no solamente porque las disposiciones de carácter general han de sujetarse a tal forma, sino porque la actuación de los diversos poderes del Estado, que respondan a aquella generalidad, quedan sujetos igualmente al principio de legalidad.

Reconoce la Constitución una pluralidad de entes que tienen energía para poner en marcha criterios de elaboración material del Derecho (v. gr.: partidos políticos, art. 6 y concordantes; sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, art. 7 y concordantes; los propios Poderes públicos, art. 9, segundo, y concordantes; la comunidad internacional, art. 10, segundo, y concordantes; las confesiones religiosas, art. 16, tercero; los propios ciudadanos, directamente o por representantes, art. 23, primero y concordantes), pero siempre y en todo caso recaba la adecuación a la forma de ley para su expresión vinculante (cfr. arts. 1, primero; 7; 9, primero y tercero; 10, primero; 13, primero y tercero; 17, primero, tercero y cuarto; 18, cuarto; y, en general, el Título I respecto del art. 53, primero; etc.).

Ciertamente, que esa ley formal es equiparada a la norma en sentido amplio es claro con sólo contrastar Constitución y Código Civil. En efecto, dado que la propia Constitución no altera ni afecta al Título Preliminar, ya calificado antes de «constitución política» (3), deben enten-

(3) CASALS COLLDECARRARA, Miguel: «La interpretación», en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Publicaciones del I.C.A. de Barcelona y A.J.L. de Cataluña, Barcelona, 1975, pág. 21. CONDOMINES VALDÉS, F. A.: *Algo más sobre el Título Preliminar del Código Civil*, en el mismo volumen citado, pág. 265.

derse ambas normas como complementarias, como reconoce la propia Constitución al calificarse ella misma como parte del Ordenamiento jurídico (art. 9, primero), y fijando el Título Preliminar del Código Civil cuáles son las fuentes del Ordenamiento. Cabe, pues, desplazar el tema de la concreción de la legitimidad normativa desde la Constitución al Código Civil, pues es su Título Preliminar, según ha quedado redactado por el Decreto 1936/74, de 31 de mayo (B. O. E. núm. 163, de 9 de julio de 1974), quien da fuerza de ley al mismo por ser norma delegada del Legislativo, el que determina la concreción del Derecho.

II. SISTEMA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

LA IDEA DE SISTEMA

El artículo 1, primero, del Código Civil, señala claramente que «las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

Por su parte, el artículo 1, séptimo, al ordenar a los Jueces y Tribunales la inexcusabilidad del fallo, les impone atenerse «al sistema de fuentes establecido».

DÍEZ-PICAZO (4) ha señalado, con acierto, que en el articulado del Título Preliminar se produce una sustitución de la expresión «fuentes del Derecho» por la de fuentes del Ordenamiento jurídico. «Es llamativa —y tal vez significativa— la utilización de la idea de ordenamiento jurídico, que, por lo que nosotros sabemos, se utiliza por primera vez... Con la idea de Ordenamiento jurídico parece quererse hacer referencia al bloque normativo, como un conjunto, pero también probablemente, a la consideración de ese bloque o conjunto como un todo cuyas partes se encuentran o, por lo menos deben encontrarse, en armónica coherencia o estructura entre sí». Esta es la idea que parece latir en la E. de M., al resaltarse el carácter de las fuentes como referidas a un todo sistemático (... las cuales —fuentes— aparecen configuradas con ese alcance y significado...; «la costumbre... sólo desempeña el cometido de fuente... siempre que no contradiga los módulos generales esencialmente delimitadores de la licitud constituidos por la moral y el orden público...»; «los principios generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria; pero además de desempeñar este cometido... pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre»; como complemento de las fuentes, se citan los tratados internacionales y la

(4) DÍEZ-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 47 y sigs.

jurisprudencia; y porque así queda el ordenamiento completado, «sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de Derecho adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable» de fallar de los Jueces y Tribunales (5).

Parece que sí, que se trata por parte del legislador de señalar que el Derecho, no siendo en absoluto cerrado coto enteramente delimitado (pues sería negar el Derecho, que es vida social y padece, en cuanto medio, de zonas grises), tampoco se ofrece como algo que admite y acepta cualquier criterio como jurídico por el simple hecho o circunstancia de que pretenda emplearlo un agente del «sistema legal». Lo ha entendido muy bien DE LA VEGA BENAYAS (6), al calificar al Título Preliminar como de «interesante aportación legislativa...»; «especie de parte general legislativa que contuviera todas las normas, tanto de alcance público como privado y de aplicación general para la realización del Derecho de la nación en su conjunto». Y añade: «Ha hecho bien el legislador en establecer el catálogo de fuentes... [e] incluir como corolario lógico el deber de los Jueces y Tribunales de seguir el orden preestablecido...». Se ha ganado un «mayor pluralismo y ha seguido al mismo tiempo una línea mucho más armónica»; lo que resalta FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (7), quien no parece haber entendido —supuesto que yo haya entendido— el alcance de la reforma, que tacha de positivista en exceso; que, al precisar una jerarquía, se aparta de los modernos sistemas (?) que ponen todas las fuentes en colaboración conjunta para hallar la norma justa en cada caso; que convierte el Derecho en expresión, no de lo justo, sino del poder; al desconocimiento del Derecho por parte del pueblo; que niega el carácter tópico del Derecho y al repetido divorcio con la realidad social; que fomenta la analogía, etc. En su momento ha de verse si lo que persigue FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO con su crítica es o no factible (y quizá mucho más, pero mejor hecho) con ese sistema de fuentes del ordenamiento.

Por el momento, lo que interesa es seguir al legislador en su discurso para ver a dónde nos lleva. Luego, en su final, puede ser el momento adecuado para enjuiciar la obra si, ciertamente, no respondiese a los postulados esperados y ansiados.

(5) Insiste en ello el autor de la E. de M., HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil», en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit., pág. 15.

(6) DE LA VEGA BENAYAS, C., págs. 36 y sigs.

(7) «El sistema de fuentes», en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit. *supra*, páginas 233 y sigs.

A. PRIMACÍA DE LA LEY

Es unánime el criterio de que el artículo 1, primero, Código Civil, acepta la primacía de la ley sobre otras fuentes del Derecho, dado que ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho son aplicables sino en defecto de la ley (8). Se sigue con ello, al menos en apariencia, la tendencia tradicional, si bien cabe plantear, como ya se está haciendo entre los autores (9), el sentido de las innovaciones metodológicas que se apuntan en los artículos 1, sexto, y 3, segundo, o 1, quinto.

Sí es legítimo indagar, ante la redacción del precepto, y dada la amplitud del término *ley*, qué debe entenderse por ella, si la ley en sentido rigurosamente formal, o, por el contrario, debe considerarse la referencia a normas de origen estatal. El punto, no ignorado por el legislador (10), debe resolverse con un sentido de sensatez, para inclinarse

(8) Puede verse: la propia E. de M., redactada por HERNÁNDEZ GIL; GONZÁLEZ BOTELLA. P.: «El nuevo título preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, núm. 4, octubre-diciembre 1974, págs. 35 y sigs., cita en preciso, pág. 49; DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría*, cit., págs. 43 y sigs.; Díez-PICAZO, en *Comentarios*, cit., I, págs. 47 y sigs., señalando exactamente que la determinación jerárquica se fija en el artículo 1, tercero y cuarto; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, Ed. Edersa, Madrid, 1979, I, pág. 58.

(9) *Ibidem*; en especial debe observarse la inicial «coincidencia dispar» de DE LA VEGA y GONZÁLEZ BOTELLA.

(10) «Justamente por esta equivocidad se planteó en la Comisión de Justicia de las Cortes, que dictaminaba el proyecto de ley de Bases de este articulado, la discusión en torno de si era o no necesario añadir al número 1 de este artículo 1 un inciso a renglón seguido de la palabra 'ley', con la dicción de 'disposiciones administrativas', según enmienda *in voce* del Procurador Martínez Esteruelas, pero que fue rechazada por la ponencia. Se fundaba el enmendante en la necesidad de que el Código Civil contuviera la visión completa de nuestras fuentes del Derecho, para lo cual era preciso que reasumiera la enumeración de las disposiciones administrativas previstas en el artículo 23 de la L.R.J.A.E. Se fundó la ponencia en que, como es tradicional en España, bajo la palabra 'ley' se entiende toda norma escrita, dictada por autoridad competente, y que en este sentido general las demás disposiciones aludidas (decretos, órdenes, etc.), dentro de su peculiar rango, y que por eso se había incluido el párrafo sobre la carencia de validez de las normas inferiores contradictorias de otra de rango superior, razón también por la cual se proponía que en el número 4 de la base Primera, al hablar de la jurisprudencia, se suprimiese la referencia nominal a ley, costumbre y principios y se sustituyese por la expresión 'las fuentes', para que se entendiera que 'ley' comprende toda clase de disposiciones administrativas.

»Aunque con fundamentos en parte distintos, el Dictamen del Consejo de Estado proponía también que el número 2 del artículo primero quedara redactado así: 'A los efectos de este Título Preliminar se entiende por ley toda norma dictada por autoridad pública competente'. 'Carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de superior jerarquía'.

»El Consejo de Estado estimaba que sin las fórmulas o redacción que proponía, el artículo 1 permanecía en la ambigüedad respecto al tema de la jerarquía normativa, pues cabría la duda de si el párrafo de la validez y jerarquía de las normas se refería o bien sólo a las que el propio título establecía —ley, costumbre, principios generales—, ora a las disposiciones integrantes del bloque de la legalidad, sobre todo desde la existencia en España de las denominadas Leyes Fundamentales

ante esta última consideración, de manera tal que, en función del principio de jerarquía, recogido en el artículo 1, segundo, Código Civil (en relación con el art. 9, tercero, Constitución), se asegure el principio formal de juridicidad de las normas, se ratifica un fundamental criterio de organización del Estado —en absoluto incompatible con sus diversas formas de estructuración política— y, en contraste con la propia Constitución, el respeto al propio Pueblo soberano en su actuación por medio de sus representantes legítimos (11).

Esta primacía de la ley no tiene que verse, no debe verse, como medio de cerrar los ojos a la realidad de que, materialmente, el Derecho no lo crea el legislador, pero sí a una tendencia, general ya, de que las normas que se pretende sean jurídicas, sean cognoscibles por todos; aquí, la centralización del modo de «anunciar» las reglas del juego social ofrece enormes ventajas, que palia sus posibles inconvenientes, los cuales, inicialmente, pueden ser perfectamente superados por un adecuado empleo de los instrumentos concedidos por el sistema de fuentes y los criterios de hermenéutica (12). De otro lado, la primacía de la ley no excluye, ciertamente, aplicarla dentro del propio sistema, lo que, bien hecho, puede significar un relativo freno al afán legislativo del Estado moderno, que con frecuencia usa de la ley, no como norma dirigida a

a partir de 1947, y desde 1957 por el establecimiento de la jerarquía de las normas administrativas por la L.R.J.A.E. (art. 23, 2.º). Por lo cual, si se estimaba innecesario llevar esas normas al Código Civil, sí parecía oportuno introducir en el artículo 1 una definición funcional de Ley, de modo semejante a la utilizada por el artículo 1 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán o por la técnica legislativa británica.

»El Gobierno, sin embargo, no aceptó la sugerencia, quizá por las propias razones ya conocidas y de las del dictamen del Consejo de Estado, es decir, que según la doctrina española, bajo la denominación genérica de ley, se incluyen todas las normas dictadas por la autoridad pública, cosa que ya señala la Real Orden de 22 de mayo de 1891 y reiteró la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 22 de junio de 1910» (DÍEZ-PICAZO: *Op. cit.*, págs. 44-45).

Escribe HERNÁNDEZ GIL, A., que «en los trabajos iniciales de la Comisión de Codificación se mencionaban además como fuentes 'las disposiciones estatales de carácter general' que no alcanzaran el rango de ley... Después de muchos debates se retornó a la fórmula clásica. Ir a una definición muy amplia de la ley como la propugnada por el Consejo de Estado... tampoco parecía oportuno, porque mientras a unos efectos (como su entrada en vigor) se asimilan a la ley las disposiciones que en rigor no lo son, a otros efectos (como el del recurso de casación civil) se toma por ley sólo la que lo es en sentido estricto» («Génesis y aportaciones», cit. en el volumen *Ciclo...*, cit., pág. 14). Véase también el informe de la ponencia, *Documentación Jurídica*, núm. 4, págs. 297 y sigs., y el Dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes, misma revista, núm. 4, págs. 311 y sigs.

(11) Por lo que huelga el legítimo planteamiento de DE LA VEGA, previo a la Constitución, en exigencia de una garantía equivalente al entonces ausente recurso de inconstitucionalidad.

(12) Cfr. DE LA VEGA: *Op. cit.*, pág. 39; 82 y sigs.; 122 y sigs.; 141 y sigs., en que se apunta ya todo el «rendimiento» que se puede obtener del *sistema* de fuentes.

la generalidad, sino como norma que, bajo disfraz de su generalidad, se dirige a muy concretos y particulares fines. Otra cosa es, que esto se haga por aquéllos a quienes compete. Reconocer a la ley el nivel máximo en la jerarquía de las normas, no significa, ni debe significar, un mero reconocimiento formal, ni tampoco como aceptación de un legalismo vacío; no debe llevarse a cabo un mero reconocimiento formal, porque ello resulta contrario a la propia esencia del Ordenamiento jurídico, que reclama contenidos; no debe, en el otro extremo, llevarse a una aceptación del vacío legalismo, por cuanto se opone éste a los postulados más elementales de justicia (13), justicia que, no solamente es una meta por lograrse, sino reclamo constante del Ordenamiento jurídico (Constitución, Preámbulo; art. 1, primero; art. 31, primero; art. 117, primero; art. 131, primero; art. 138, primero) (14).

Por ello, e inicialmente —dado que en el momento en que se escribe se ignora el desarrollo que debe tener la Constitución mediante sus leyes complementarias—, debe criticarse la fórmula del artículo 162, Constitución, al otorgar legitimación procesal activa a organismos de carácter político. La crítica, desde el plano jurídico, tiene sentido: sin negar que una Constitución tiene un gran peso político, por lo que los medios de la política la recorren en todo sentido, no es menos cierto que el Derecho tiende a enmarcar aquellos medios políticos. Si la juridicidad de la ley queda en manos de no juristas, podremos llegar a la politización de la norma, que es lo que se trata de evitar en buena medida. Ello alcanza más importancia, y mayor relieve de rechazo, en una Constitución como la española, a la cual se llega por acuerdos que se enmarcan en normas concretas. Si se hubiese seguido, por ejemplo, un modelo constitucional como el norteamericano, en que la vaguedad de los principios permite que, sin brusquedades, sean concretados según momentos pautados por

(13) La advertencia es de gran importancia cuando requerimos de la ley su generalidad, es decir, que contenga una decisión tomada en abstracto, referida a todos los concretos posibles casos y situaciones fácticas que puedan darse en hipótesis. La igualdad ante la ley sólo adquiere significado y relevancia pensando en que el legislador no usa de tan importante medio si no es para beneficio de la generalidad. La generalidad de la ley o la igualdad ante ella, como expresa el artículo 14 de la Constitución, representa la más robusta garantía formal de que el régimen de gobierno no significa el imperio del arbitrio individual. Sin embargo, conviene advertir acerca de numerosas leyes, que, redactadas en términos generales, sus presupuestos de hecho están pensados para muy pocos, siendo, pues, privilegios ilegítimos.

(14) La justicia o justiciabilidad, como gustan de decir los anglosajones, es sólo relativa, compatible con la conciencia social existente en el tiempo en que se promulga, «la justicia practicable dadas las circunstancias de lugar y tiempo», como dijo CLEMENTE DE DIEGO (*Derecho civil*, Parte general, I, págs. 404-405). Pero entonces debe ser exigida total y enteramente. Para sus derivaciones (RUIZ VADILLO: «Conceptos recogidos por la Constitución», *Documentación Jurídica*, núm. 20, páginas 73 y sigs., en especial 78-80).

la evolución social, más o menos dinámica o lenta, se explicaría entonces el recurso a los criterios políticos para enmarcar el alcance de aquellos vagos principios. Pero redactar una Constitución mediante compromisos de perspectiva política muy dispar, que obliga a incluir en la norma máximos postulados que, en sí mismo contemplados, son contradictorios, y empeñarse luego en que sea el político quien los interprete, ha de generar serios problemas. Aquí, el jurista —y quizá el iusprivatista más que el iuspublicista— podría ir a la búsqueda de criterios intermedios (armonizadores de aquellas contradicciones mediante su superación en una síntesis más elevada), reforzando así la energía del texto (15). Y no se crea que la pretensión significa un «tirar por el camino de en medio» o una posición centrista; muy por el contrario: si la Constitución marca unos mínimos y unos máximos, es asequible la pretensión de ir a éstos, precisamente porque pautan el futuro probable, mientras que aquéllos señalan el pasado que se irá (que no se ha ido todavía).

B. ¿ALCANCE SUBORDINADO DE LA COSTUMBRE?

Tomemos como punto de partida un concepto de costumbre que se da por entendido y sabido, ya que no corresponde aquí plantear el profundo problema que significa aclarar la determinación del concepto (16).

(15) Como ha de verse al tratar de los Principios generales.

(16) Mientras que el concepto y configuración de la ley apenas si ofrece dificultades serias, dada la precisión de elementos y requisitos necesarios para ello, en la costumbre se ofrecen, en cambio, grandes zonas oscuras, que la doctrina se ha preocupado de intentar aclarar; sin olvidar la problemática interna que el mismo tema ofrece, causa de una abundante bibliografía (COSTA, J.: «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», *R.G.L.I.*, núms. 58 y 59, 1881. IDEM: *Plan de un Tratado sobre Derecho consuetudinario*, 1889. PUCHTA: *Das Gewohnheits-Recht*, 1828-1837; VALETTE: *Du rôle de la coutume*, 1908. VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1865; BONFANTE: «Per una revisione della teoria della consuetudine», *Riv. Dir. Com.*, 1904; NAWIASKY: *Teoría general del Derecho*, 1962; MOUTON y OCAMPO: *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, 1911; LEBRUN: *La coutume; sous sources; son autorité en Droit privé*, París, 1932; PORTOLÉS: *El derecho consuetudinario a través de la codificación civil castellana*, Zaragoza, 1920; DE DIEGO: «El uso, los usos sociales y convencionales en el Código Civil», en *Fuentes del Derecho civil español*, Ed. Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, págs. 200 y sigs.; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO: «La prueba del Derecho consuetudinario», *R.D.P.*, 1934; BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, etc.).

Desde la publicación de la obra de VALETTE, es opinión generalizada la que identifica costumbre con Derecho no escrito, ofreciendo una variada gama de aspectos, cuales son los usos inveterados, el denominado Derecho corporativo, cuando no ampliando su concepto hasta englobar a la jurisprudencia. Bajo tal enfoque y por su enorme amplitud, la costumbre carece de valor científico, al confundirse con aspectos muy alejados de ella, como la moral (SAVIGNY), la realidad social o positividad jurídica (Escuela sociológica), etc. Una adecuada concreción en MES-SINEO: *Manual*, trad. arg., Buenos Aires, 1956, I, como «el hecho de que un nú-

El carácter subordinado de la costumbre respecto de la ley es claro, pues «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» (art. 1, tercero, párrafo primero del Código Civil). Un segundo párrafo se añade, sin embargo, conforme al cual «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre» (art. 1, tercero, párrafo segundo).

El legislador se limita a señalar la innovación, doble, acaecida en materia de costumbre: «La costumbre —ampliada al no circunscribirse a la del lugar y al conferir valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos—, sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de ley...» (E. de M.), lo que el autor de dicha E. de M., en su carácter particular, reitera en otro sitio (17).

Sin embargo, la formulación de la costumbre en los términos en que se hace parece que puede tener gran importancia (18), como puede deducirse ya de las palabras del señor Escrivá de Romaní, conforme a las cuales, «la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho y cree por ello que debe mantenerse en el texto, precisamente con esa precisión de recoger dentro de la costumbre la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica» (19); añadiendo, que «no se ve razón alguna para seguir manteniendo esa costumbre pequeña, anquilosada, que huele a viejo, la costumbre del lugar. Existen costumbres de ámbito general muy importantes. Pensemos en determinados usos (...); una serie de usos de tipo general, de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones... que generalmente no son locales, pues suelen tener ámbito nacional» (20).

El sentido del cambio ha sido muy certeramente deducido por Díez-PICAZO, cuando, analizando el informe de la Ponencia sobre el proyecto de ley del nuevo Título Preliminar del Código Civil, destaca un significativo párrafo: aquél en que se resalta la configuración de los usos con trascendencia jurídica de carácter dinámico, modos habituales de proceder en los negocios, prácticas y precedentes con relevancia jurídica (21);

cleo social adopte uniforme y constantemente, durante un cierto tiempo, un determinado modo de obrar de relieve o contenido jurídico.

(17) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones», cit. en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit., págs. 13, 14 *in fine*, 15.

(18) Que, al parecer, pasa inadvertida a la Comisión de las Cortes y a la de Justicia, con excepción del señor Esperabé de Arteaga, a quien le preocupaba la omisión del localismo (cfr. Díez-PICAZO, en *Comentarios*, cit., I, pág. 52).

(19) *Ibidem*.

(20) *Ibidem*, pág. 53, nota 13, con referencia a la intervención del señor Escrivá de Romaní.

(21) *Ibidem*, pág. 51.

y las también palabras del señor Escrivá de Romaní, de que la ponencia *había meditado con mucho detalle* cada una de las palabras del texto, dando a los usos un carácter de «trascendencia jurídica como algo dinámico» (22). Por lo que puede concluir el propio Díez-PICAZO, que fue deseo de la ponencia dar «a la costumbre carácter general y, sobre todo, un alcance evolutivo, como algo dinámico».

Varias cuestiones cabe plantear de inmediato.

En primer lugar, ¿no resulta algo contradictorio que, siendo la costumbre un modo lento de conformación de criterios de conducta (añeja y con solera), se resalte en la ponencia un sentido evolutivo y dinámico, casi, casi, innovador? (23).

Si se destaca el carácter de los usos jurídicos como equiparados a la costumbre (son costumbre), es cierto que se supera la distinción, tan magníficamente planteada por DE CASTRO (24), de que la costumbre nace *ex factis*, no *ex dictis* (no siendo costumbre los acuerdos, resoluciones, reglas modelos, cláusulas, etc.); con lo que se abre ancho campo, como *fuerza general* de Derecho a las prácticas «evolutivas y dinámicas» de determinados sectores (profesionales, sí; pero también comerciales, mercantiles, industriales y financieros). Y es extraño, que siendo la ley la norma jurídica *general* por excelencia, surja a su lado otra de igual generalidad... o mayor.

Porque, si la costumbre y el uso pueden ser generales, ¿qué significación territorial tienen? «De una costumbre consolidada cabe establecer de antemano su generalidad, probando su efectividad en una serie de puntos y dándola por supuesto en el interior del ámbito territorial así dibujado. Por ejemplo: determinadas reglas de comercio internacional, no obstante ser consuetudinarias, se pueden entender aplicables a todo nuestro país» (25).

Abierta, así, la puerta (al menos, probablemente abierta, si no posiblemente) a prácticas hasta desconocidas en España, ¿es menester la carga de probar su existencia? Porque si la costumbre es parte del Ordenamiento jurídico, y los «Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable» de fallar «ateniéndose al sistema de fuentes establecido», un uso jurídico en ausencia de ley (y buena parte de los usos dinámicos e innovadores existentes en países más desarrollados, por no existir en España, entrarían en dicha categoría), cabe invocar *ex-officio*, pues la propia generalidad excluye la posibilidad de ignorancia judicial ante la posible diversidad de costumbres cuando son locales. «Esta justificación

(22) *Ibidem*, pág. 52, énfasis añadido.

(23) Artículo 2, primera, 1, párrafo segundo, Ley de Bases.

(24) *Derecho civil de España*, I.E.P., Madrid, I, 1949, pág. 377, nota 1.

(25) Díez-PICAZO, en *Comentario*, cit., I, pág. 54.

se pierde en relación con las costumbres generales, respecto de las cuales una rigurosa exigencia probatoria no posee un claro fundamento. Entendida la prueba más como certidumbre del Derecho que de otra cosa, la aporía puede eludirse» (26); pues la exigencia de que la costumbre, o el uso equiparado, resulte probada (art. 1, segundo, *in fine*), no fija la carga de la prueba.

DE LA VEGA BENAYAS (27), ha planteado claramente las tres alternativas existentes (que el Juez conoce la costumbre; que no la conoce, pero, alegada, la investiga y alcanza; que deja a las partes la carga de probarla); en la primera hipótesis, considera que sería legalmente presumible y exigible la aplicación directa de la norma consuetudinaria; en el segundo caso, y en ausencia de colecciones oficiales de criterios y normas consuetudinarias, cabe siempre el recurso a las medidas para mejor proveer (art. 340, Ley de Enjuiciamiento Civil), que es deber inexcusable del juzgador; la tercera posibilidad la excluye, pues «la costumbre, como norma de rango directo por imperativo legal, bien que subsidiaria, debe aplicarse de oficio, sin esperar a que los interesados la aleguen y prueben». Y, además, por analogía con el artículo 12, sexto, párrafo segundo, proposición segunda, Código Civil, que autoriza al juzgador a usar cualesquiera medios de averiguación en la aplicación del Derecho extranjero en España, puede concluir, que «el Juez y el Tribunal pueden traer a juicio el conocimiento de la norma consuetudinaria, para su aplicación en su caso, sin perjuicio de la alegación por las partes, bien invitando a éstas a su prueba en el curso del pleito, en caso de insuficiente conocimiento por el Juez, ora aportando su conocimiento de oficio, mediante las diligencias para mejor proveer, concluido aquél» (28).

Si puede ser así la costumbre fuente de Derecho, cabe ahora preguntar a qué es debida la equiparación de los usos jurídicos (no los sociales) a la costumbre. DE LA VEGA (29), no parece captar la innovación, limitándose a señalar un punto de interés; que ese uso, identificado como costumbre, puede ser social, individual o de grupo, disolviéndose su análisis en un apunte sobre los usos y costumbres *locales*, aunque reconociendo que los otros «tienen validez autónoma e imperativa, sólo en defecto de ley» (30). Pero sí ha captado magníficamente el alcance de la innovación el propio Díez-Picazo, quien, después de demostrar la inconformidad que producen las interpretaciones de ALBALADE-

(26) *Ibidem*, pág. 55.

(27) *Teoría*, cit., págs. 63 y sigs.

(28) *Ibidem*, pág. 67.

(29) *Ibidem*, págs. 67 y sigs.

(30) *Ibidem*, pág. 70, *in fine*.

JO (31) y RUIZ VADILLO (32), recoge la opinión de DE DIEGO (33) (quien calificaba al uso como ajeno al Derecho, pero importante para éste) y de la doctrina mercantilista, representada por GARRIGUES (34) (quien considera los usos de comercio como fuente de Derecho objetivo en ausencia o defecto de ley, sin perjuicio de otras funciones adicionales), para, finalmente, recordar la polémica DE CASTRO-GARRIGUES acerca de la función del uso, pudiendo concluir que en el Título Preliminar ha triunfado la corriente mercantilista. Por ello, «se trata de abrir la vía para la construcción de un Derecho mercantil consuetudinario formado por lo que el Código de comercio llama 'usos de comercio', tipificando dentro de ellos una categoría de usos normativos para darles el papel que en la enumeración general de las fuentes se reconoce a la costumbre. Y ello —hay que decirlo todo— en beneficio de las clases promotoras o creadoras de tales usos, como son los empresarios, sus agrupaciones, sus asesorías jurídicas. La discusión de DE CASTRO y GARRIGUES... aclara bastante cuáles son los intereses reales que están en juego en el fondo de este problema» (35). Sin olvidar nunca que dichos usos pueden existir sin necesidad de «hacerse», fuera del territorio nacional en el ramo correspondiente.

NOVOA MONREAL, recogiendo a grandes rasgos la ideología liberal individualista y su reflejo legislativo, la describe, con RADBRUCH, como orientada hacia la imagen del hombre correspondiente a la ficción del *homo oeconomicus*, que «asimila a todo hombre al comerciante y construye para todos los hombres un Derecho que es adecuado tan solo para comerciantes» (36). Al parecer, en el Título Preliminar del Código Civil nos han convertido a todos en comerciantes. La burguesía española se siente llegada a su mayoría de edad y procede a la mercantilización de la vida, esto es, al triunfo de las relaciones sociales como relaciones *de cambio*.

Por ello, es muy curioso, que Díez-PICAZO, bien orientado por CAR-

(31) ALBALADEJO: *Derecho civil*, Madrid, 1975, en Díez-PICAZO: *Op. cit.*, página 57, nota 16.

(32) RUIZ VADILLO en *Revista Pretor*, 1974, en cita de Díez-PICAZO: *Ibidem*, página 59, nota 18.

(33) «El uso, los usos sociales», etc., en *Fuentes del Derecho civil español*, Publicaciones de la Res. de Est., Madrid, 1922.

(34) *Tratado de Derecho mercantil*, I, págs. 153 y sigs.; «Los usos del comercio», *R.D.P.*, 1944, en cita ambas de Díez-PICAZO: *Comentarios*, cit., pág. 61, nota 27. Cfr. también GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1955, páginas 110 y sigs.

(35) Díez-PICAZO: *Ibidem*, pág. 63. A igual conclusión llega GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, número 4, págs. 50 y sigs.

(36) *El Derecho como obstáculo. El cambio social*, Ed. Siglo XXI, México, 1975, pág. 158.

BONNIER (37), al indagar el significado posible de los usos jurídicos por contraposición a los usos sociales, plantee la distinción entre *mores* y *folkways*, que no parece llevar a sitio alguno. Un típico manual de sociología norteamericana, el de McIver y Page (38), nos pone en condiciones de saber qué son esos *mores*, equiparados a los códigos de conducta (legales, de asociación o profesionales, etc.), instrumentos todos ellos que se encauzan en las pautas más generales, que la «sociología norteamericana» integra bajo la expresión de *control social*. Aparte de la familiaridad con POUND que nos proporciona el concepto, y, por consiguiente, la relativa identificación de los criterios de control social con los *standards* de conducta, que se imponen por los grupos que controlan la sociedad, el irse Díez-Picazo, casi sin quererlo, a la sociología norteamericana, ¿no puede ser sintomático de un posible significado del uso jurídico? Téngase en cuenta que la sociología norteamericana es la de PARSONS, que no es una teoría sociológica, sino que, en los Estados Unidos de Norteamérica, es *La Sociología* (39); y esa sociología es la que parece querer difundirse en España, con exclusión de otras. En su *Jurisprudence*, para POUND son fuentes del Derecho, las costumbres, la religión, las ideas morales y filosóficas, las discusiones científicas (doctrina), esto es, prácticamente todo (40); y entre los medios de desarrollo del Derecho, termina citando los estudios sociológicos (41). Por eso, cuando Díez-Picazo (42) concluye que esos usos jurídicos no deben equipararse —pues es erróneo— a las costumbres, dado que aquéllos no son «auténticas normas jurídicas, sino puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de las normas», y que pretender distinguir los usos jurídicos de los usos no jurídicos entraña una dificultad insuperable, cabría preguntar: ¿no se trata, precisamente, de eso, de que elementos puramente sociales se introduzcan como normas de Derecho? «El intento de revisión del papel o de la función de los usos se inscribe en la evolución social, pero parece tratarse del dinamis-

(37) *Sociología jurídica*, trad. Díez-Picazo, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, páginas 99-101.

(38) McIVER, R. M., y PAGE, Ch.: *Sociología*, trad. esp. de Cazorla, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, 2.ª ed., 3.ª reimpresión, págs. 143 y sigs., 335 y sigs.

(39) Cfr. DAHRENDORF, R.: *Sociedad y sociología*, trad. Belloch, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, pág. 175. Se identifica con ello GONZÁLEZ SEARA: *La sociología, aventura dialéctica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971. Este y aquél (véase su *Sociedad y libertad*, trad. Jiménez Blanco, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, reimp. 1971) ponen de manifiesto la sequedad de la teoría de PARSONS, que no puede explicar nada. La lectura de la obra de McIVER y PAGE es ilustrativa de cómo pueden escribirse 717 páginas de sociología que, por resultar descriptivas y superficiales, no sirven para fijar causas de problemas y, por ello, conclusiones y soluciones.

(40) *Jurisprudence*, Ed. West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, III, páginas 383 y sigs.

(41) *Ibidem*, págs. 569 y sigs.

(42) *Loc. cit.*, págs. 69-70.

mo del mundo de los negocios, que lo que ha de favorecer es la evolución de éstos, lo cual es muy posible que no concuerde con los intereses generales. En todo caso, la categorización de los usos parece tener un origen mercantilista y utiliza a nuestro modo de ver un camino equivocado (43). Lo cual puede ser relativamente cierto, dependiendo de que así lo entienda el Tribunal Constitucional.

Por consiguiente, puede afirmarse, que los usos jurídicos vienen a ser, por equiparación, costumbres anticonsuetudinarias, pero que, por dinámicas, enérgicas, niegan razón a «esa pequeña costumbre, anquilosada, que huele a viejo...»; son esos, «de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones...», y que, como opina DE LA VEGA BENAYAS, pueden aplicarse directamente, de oficio, sin tan siquiera alegarlos las partes (las partes interesadas en ello, es claro). Su existencia, ciertamente, no se encuentra en el Derecho, sino fuera de él, pero *serán Derecho*.

Las limitaciones impuestas a esos usos jurídicos no parecen, de otro lado, ni originales, ni, temo, difíciles de evitar. Partiendo de la premisa de que tales costumbres y usos jurídicos solamente regirán en defecto de ley, el art. 1, tercero, fija dos límites a su normatividad: que no sean contrarios a la moral o al orden público.

La limitación impuesta por la moral disuelve, realmente, el problema en una cuestión de apreciación. ¿Entenderemos por moral los criterios éticos de la nación, los de la población (que no tienen que ser coincidentes)? El propio Díez-Picazo concreta que, «en su sentido estrictamente jurídico, la costumbre es una norma jurídica, que incorpora necesariamente una convicción jurídica y un modelo de conducta social... Parece, pues, claro, que la inmoralidad no puede darse» en la costumbre o uso jurídicamente vinculantes (44). Y, respecto del segundo límite, añade: «como no puede darse tampoco un desajuste de las normas consuetudinarias con un orden público que por hipótesis no está cristalizado en normas legales —dado que la costumbre sólo funciona en defecto o a falta de ley—. Tendría que ser, pues, un orden público encarnado en unos puros principios generales del Derecho, que no tendrían otra expresión que unas convicciones no consuetudinarias de la comunidad. Se comprende así la irremediable antítesis a que la mencionada exigencia nos conduce. Pues por una parte habría unas convicciones jurídicas encarnadas en usos efectivos, mientras que por otra parte habría otras convicciones jurídicas en un estado sólo latente y nebuloso —*meramente ideológicas y no trasladadas a la práctica*— que constituirían ese ‘orden público’, con el cual se pretende que las costumbres deben ajustarse.

(43) *Ibidem*, pág. 70.

(44) *Loc. cit.*, págs. 55-56.

La antítesis sólo podría romperse considerando que ese orden público no formulado legalmente tiene como depositario a las convicciones de muy concretas personas, como pueden ser las que ejerzan la autoridad o encarnen los órganos del Estado. Mas es claro que esta última es una idea absolutamente degradada del 'orden público' (45).

Acierta nuevamente Díez-PICAZO en dos cuestiones: *a)*, en la afirmación de que ese orden público aún no está arraigado (46); *b)*, que ese orden público puede ser el determinado por ciertos grupos (y no necesariamente personas), quienes pueden ser, bien los que ejercen la autoridad, pero también (y es un concepto mucho menos 'degradado' en la vida del 'orden público') quienes usen de los que ejercen formalmente la autoridad, para lograr *sus* fines (incluso como estimándolos excelentes para toda la población («lo que es bueno para la *General Motors*, es bueno para América») (47).

Y, es claro, si esa costumbre y esos usos jurídicos sólo son norma en defecto de ley, corresponderá su concreción a la sentencia judicial, como bien dice DE LA VEGA BENAYAS (48).

C. SUPLETORIEDAD Y PRECEDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

«Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico»; así, el artículo 1, cuarto, Código Civil, desarrolla la enumeración de fuentes del artículo 1, primero, en que se hace referencia final a los principios generales del Derecho.

Dos, pues, son las funciones de los principios generales del Derecho: *a)*, ser fuente subsidiaria, en defecto de ley o costumbres; *b)*, informar al ordenamiento jurídico, lo que cumplen sin perjuicio de aquella anterior función. A los cuales ha de añadirse, oportunamente analizada, su función interpretadora (49).

(45) *Ibidem*, pág. 56. Su referencia a unos principios generales del Derecho que encarnen un orden público, indicativos aquéllos de expresiones no consuetudinarias de la comunidad, tienen gran importancia por la diversa función de los principios generales como fuente normativa.

(46) Cfr. Preámbulo de la Constitución.

(47) Ver CARDOZO: *La naturaleza de la función judicial*, trad. de Ponssa, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1955, en concreto el capítulo V, «El método de la sociología; el Juez como legislador», págs. 77 y sigs.; también, POUND: *An introduction to the philosophy of law*, 1922, ed. rev. en 1954, págs. 48 y sigs. (*The application of law*).

(48) *Op. cit.*, págs. 65-67.

(49) BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de De los Mozos, Ed. Edersa, Madrid, 1971, págs. 277 y sigs.; DE CASTRO: *Derecho civil*, citado, I, págs. 428-429.

La novedad que aporta la nueva redacción del artículo 1, cuarto, es la relativa a ser los principios generales del Derecho *informadores del Ordenamiento* (49 bis).

¿Qué significado tiene la expresión del artículo 1, cuarto, del Código Civil? No parece existir un criterio unánime entre quienes se han preocupado del punto en cuestión (50), aunque todos parecen resaltar como causa de la obscuridad la propia expresión legislativa, que, después de asignar a los principios su condición de fuente última de la jerarquía formal, advierte que es «sin perjuicio de su carácter informador...»; con lo que, como señala GARCÍA VALDECASAS, podría incidirse en la contradicción, de que el principio que informa a la ley no puede servir para contrastar ésta porque ya existe la ley. De otro lado, mientras que la Exposición de Motivos del texto reformador del Título Preliminar, parte de la premisa de que los principios sólo son fuente subsidiaria de ley y costumbre, y solamente así son fuente, les limita su significado informador a la ley y a la costumbre; el propio artículo 1, primero, al señalar que el Ordenamiento se integra por la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, dificulta su función informadora (¿de ellos mismos?)

En la doctrina y en la jurisprudencia, los principios generales del Derecho se han usado para todo. Doctrinalmente, se han invocado con gran frecuencia como limitadores del capricho legislativo, reclamando de la ley su homolgación con los principios; mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haberles reducido a una mínima función de interpretación y subsidiaria de ley o costumbre ausentes. Esto es, tanto se les ha subordinado al mandato político concreto, como se les ha querido usar para reducir ese mandato. Las corrientes positivistas ha preferido (proclamándose o no iusnaturalistas), aquella primera acepción; mientras que los defensores de una suprapositivismo (proclamán-

(49 bis) El recurso a los principios generales en defecto de ley o de costumbre, calificándolos como fuente formal de tercer grado y, por ello, sometidos a la rígida jerarquía de las normas, que enunciaba el artículo 6, párrafo segundo, del Código Civil, queda, pues, subsistente, y con ello, el problema relativo a si los principios generales, precisamente por serlo, quedan referidos a un último lugar, criterio que parece haber dividido un poco a la doctrina española, que ha polemizado también acerca de si son susceptibles de servir como instrumento de la interpretación orientando la misma.

(50) Cfr. DE CASTRO: *Op. cit.*, I, págs. 464. DE LOS MOZOS, J. L.: «Norma, principio y sistema en la interpretación del Ordenamiento jurídico», en *Estudios-homenaje al Profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, II, págs. 321 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: «Teoría de la aplicación y elaboración del Derecho», *R.G.L.J.*, 1945; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual*, cit., I, págs. 142 y sigs.; GARCÍA VALDECASAS: «Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», *A.D.C.*, 1975, págs. 331 y sigs.; Díez-PICAZO: *Loc. cit.*, págs. 70 y sigs.; DE LA VEGA BENAYAS: *Op. cit.*, págs. 71 y sigs.

dose o no positivistas) han preferido la última significación (51). Como quiera que, así planteado el problema, se desvirtúa la naturaleza del tema para convertirse en problema político, ¿es dable una solución estrictamente jurídica, que encaje en el «sistema»? Porque si no, la fórmula del artículo 1, cuarto, podría ser un expediente de circunstancias, sin mayor trascendencia de la que quiera darse en cada caso concreto.

BETTI (52), claro, concreto y preciso como siempre, señala que «los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como el resultado, recabado *a posteriori* de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como exigencias de política legislativa, que no se agotan en las situaciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como directrices o instrumentos de la interpretación respecto a los casos dudosos y también como tendencias y orientaciones a seguir en el proceso de la legislación». Su carácter de «excedencia de contenido axiológico, explica su configuración, así como fuente normativa concreta y determinada, luego de ley y costumbre, como su carácter de elemento permeante de todo el Ordenamiento, pero también como criterios de valor que, no sólo, y por lo indicado, 'empujan' al Ordenamiento hacia sus máximas metas previsibles y hacia aquellas ideales no alcanzables, sino que también 'tirán' del Ordenamiento con la misma identidad teleológica».

El problema que, desde esta última perspectiva principalmente, implican los principios generales es el de su identificación; pues, en cuanto corresponden a su función, existe el riesgo de una precisión subjetiva inconsistente o de una unilateralidad ante el natural contraste entre ten-

(51) «A uno y otro modo de ver hay que objetar que dependen de una actitud intelectualista, de suyo estética e inmovilizante, que lleva a desconocer el momento teleológico junto al momento lógico de la norma jurídica y que conduce a contemplar el orden jurídico, a la vez que en su 'plenitud lógica', como una 'universalidad' no puramente postulada, sino lograda actualmente. Al contrario, un examen más atento del fenómeno histórico y sociológico induce a reconocer que no se trata de 'plenitud', sino de coherencia (para la que la plenitud es sólo una meta ideal, nunca alcanzada); tampoco se trata de 'universalidad', como se pretende, sino de una totalidad en la que está ínsita una virtualidad que excede y sobrepasa las singulares manifestaciones y pone al intérprete, lo mismo que en otros casos, en la necesidad de una integración y de un ulterior desarrollo» (BETTI, E.: *Interpretación*, cit., pág. 278).

(52) *Ibidem*, pág. 288.

dencias conservadoras y progresistas (53). Ello reclama evadirse de las normas positivas y remitirse a su propia fuente, «y así vuelve a proponer el arduo problema de las relaciones que interceden entre sociedad y estado, en cuanto a la producción del Derecho, problema que a su vez sugiere la comparación entre la sociedad que se considera y la otra sociedad políticamente organizada... La piedra de toque de la competencia para la identificación de los principios generales se ofrece, a nuestro juicio, por el recurso o reenvío a la 'naturaleza de las cosas'... es decir, la lógica de la materia que el Derecho es llamado a disciplinar». Y, «es ella misma objeto de interpretación histórica y técnica, de manera que no puede hacerse pasar diversamente del ambiente social y conforme a la medida de los puntos de vista corrientes entre los hombres que en ella viven. Por ejemplo, en un ordenamiento que reconozca la propiedad individual, las relaciones económicas y de trabajo vienen valoradas en su 'lógica' y en su 'naturaleza' en modo esencialmente diverso que en un ordenamiento comunista» (54). La remisión a la situación histórica de cada sociedad permite determinar los principios imperantes en un momento dado, una 'naturaleza de las cosas' que opera siempre por el trámite de «una representación que se hace de ella la conciencia social históricamente determinada, y por ello, a través de una visión y una valoración históricamente condicionada que viene guiada por ciertos criterios (dictados precisamente por los principios generales) y captada bajo ese prisma, a propósito de la función de las relaciones sociales» (55).

Su especial naturaleza, la dificultad de su precisión, el necesario equilibrio en su plasmación, reclaman un especial procedimiento de concreción, que, para DE LA VEGA BENAYAS, va referido a la jurisprudencia, tanto la judicial como la doctrinal, concurriendo con BETTI (56) en ello. Es, también, el criterio del artículo 1, sexto, del Código Civil, que remite a la jurisprudencia la labor de complementar el ordenamiento, «al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales». Esta función va referida, naturalmente, a los principios generales concebidos como fuente subsidiaria en defecto de ley o costumbre (como se deduce del orden jerárquico en que se enuncian).

Pero, y aquí es donde adquiere interés la formulación del artículo 1, cuarto, del Código Civil, si los principios generales del Derecho, «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico...», son subsidiarios, es obvio que son precedentes a dicho Ordenamiento en

(53) *Ibidem*, págs. 288-289.

(54) *Ibidem*.

(55) *Ibidem*, pág. 290.

(56) DE LA VEGA: *Teoría*, cit., pág. 75; BETTI: *Interpretación*, cit., pág. 293.

cuanto le informan. Y si el Ordenamiento español se inicia hoy con la Constitución, ¿cabe observar alguna referencia a esos principios que sirva de orientación al juzgador en el caso concreto?

Parece, que el Preámbulo de la Constitución recoge alguna referencia, cuando señala las líneas generales a que se aspira con y en la convivencia española, que significa en parte de su articulado. Líneas generales que exceden con mucho del significado de simple norma y que alcanzan la categoría de principio. Líneas generales que han sido precisadas por RUIZ VADILLO (57), al señalar los recogidos en la Constitución, así en su preámbulo como en su articulado, principios que, precisamente por ser informadores, reclaman su realización. Si los principios generales informan el Ordenamiento, e informar es «dar forma substancial a algo», en este caso al Ordenamiento, parece claro que la función de los principios, en cuanto informadores, consiste en reclamar para la ley y la costumbre (comenzando por la propia Constitución, al ser parte de dicho Ordenamiento), su conformidad con los mismos. Por lo que el Ordenamiento todo debe ser considerado en función de *medio* para alcanzar, en la relatividad histórica de cada momento, las metas señaladas, dando al Ordenamiento la coherencia necesaria a tal fin.

Ello, de ser exacta la conclusión, es de enorme importancia. De la misma manera que, referidos los principios generales a normas de carácter subsidiario respecto de ley y costumbre, pueden ser objeto de garantía judicial, siendo motivo de casación, incluso bajo el reclamo de estar reconocidos en la ley o en la jurisprudencia, al estar reconocidos en la Ley Máxima, deben ser objeto de igual garantía. El problema entonces es: si aquellos principios, en cuanto subsidiarios, se remiten a la jurisprudencia ordinaria para su eficaz aplicación, en su carácter de informadores, y señalados como tales por la Constitución, ¿deben ser concretados y fijados por esa misma jurisdicción?

Entiendo que no. Expresamente, el artículo 123, Constitución, excluye a la jurisdicción ordinaria de materias contentivas de garantías constitucionales. En igual sentido se expresan los artículos 1, 2, y 10 de la Ley de Ordenamiento del Tribunal Constitucional. Los principios generales del Ordenamiento, en cuanto informadores de éste, informan directamente a la Constitución y a las normas que la desarrollan y, por ello, al régimen de garantías que la propia Constitución establece (e íntimas con el Derecho civil muchas de ellas), siendo, pues, de aplicación el artículo 161.

Ciertamente, ante cualquier norma que, no sometida al juicio de constitucionalidad, se pretenda aplicar en el caso concreto, cabe remitir-

(57) «Conceptos recogidos en la Constitución...», *Documentación Jurídica*, número 20.

se al Tribunal Constitucional, invocando la infracción del sentido dable al principio general de Derecho, viniendo obligado dicho Tribunal a entender en el caso.

A la jurisdicción ordinaria le corresponde concretar los principios que «empujan al Ordenamiento», función a la que alude el artículo 1, sexto, del Código Civil. A la especial constitucional, aquéllos que «tiran» del Ordenamiento.

Así como se explica, que invocar los primeros reclame el medio de concreción del principio invocado (según reiterada jurisprudencia), pues son manifiestamente subsidiarios, habrá que invocarse, respecto del Preámbulo o articulado constitucionales, la exacta referencia que parece amparar el sentido del principio que se invoca, y el Tribunal Constitucional, al dictar su fallo, así precisará el principio como el significado históricamente relativo que haya de atribuírsele. A esta labor puede y debe concurrir la doctrina en su más amplio sentido. No se dice nada nuevo; es el pensamiento defendido por RUIZ VADILLO y, para el momento anterior a la Constitución, GONZÁLEZ BOTELLA, entre otros (58), al admitir que sirven de base ante las normas que los vulneran mediante el recurso de contrafuero. Desaparecido éste y sustituido por el más eficaz (?) de inconstitucionalidad y de amparo, ahí está la competencia. Y si los Tribunales, incluido el Constitucional, tienen el «deber inexcusable de resolver en todo caso... ateniéndose al sistema de fuentes establecido», la primera en jerarquía viene en ser los principios generales del Derecho en cuanto informadores del Ordenamiento (59).

No es pequeña la innovación acontecida, obscura al momento de publicarse el Título Preliminar del Código Civil, pero meridiana al concatenarse con la Constitución.

Si es cierto, que la función de los principios generales es la señalada y que corresponde a la jurisprudencia (jueces y doctores) su plasmación, se comprende perfectamente, que «a la ciencia jurídica le cumple el cometido de elaborar la realidad jurídica entendida como orden jurídico, formando un todo sistemático», ya que aquélla no es simplemente des-

(58) Vide RUIZ VADILLO, E.: «El nuevo Título preliminar», *Documentación Jurídica*, núm. 4, págs. 51-52; IDEM: «Conceptos recogidos en la Constitución...», *loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, según recensión de Sequeira Fuentes, *R.C.D.I.*, núm. 537, 1980, págs. 529-533; HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones», *loc. cit.*; CADARSO PALAU, J., en *Comentarios*, cit., págs. 70-77, aunque no parece haber sacado todas las consecuencias; DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría*, cit.; GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título preliminar», *loc. cit.*; FIGA FAURA: «El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Derecho catalán», *Documentación Jurídica*, núm. 4, 1974, págs. 271 y sigs.; RUIZ VADILLO, E.: «La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», misma revista, págs. 81 y sigs.; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La equidad en el nuevo Título Preliminar», misma revista, págs. 121 y sigs.

(59) Que parece ser la orientación de GONZÁLEZ PÉREZ: *Ibidem*.

criptiva, sino explicativa y valorativa... «A veces, la explicación y la valoración sólo podrán engendrar una crítica que prepare el camino de la transformación jurídica; *pero a veces también, de una manera más directa, pueden contribuir por sí a determinar el contenido y alcance de la realidad jurídica*» (60).

EL SENTIDO DEL SISTEMA EN EL MÉTODO DE CONCRECIÓN DEL DERECHO

Con seguridad, la crítica más enérgica que se ha hecho al Título Preliminar del Código Civil en su nueva redacción ha salido de la pluma de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (61). No es que no se haya imputado por otros a esa nueva redacción la ausencia de una posición clara y firme en materias de fuentes del Derecho (62), pero para el primero citado, el nuevo Título Preliminar es «prácticamente innecesario [en cuanto reforma] y, en algunos aspectos, incomprensiblemente anticuado»; la nueva formulación no es más eficaz que la antigua del artículo 6; recae en un excesivo positivismo, se aparta de las más modernas corrientes que consideran la inexistencia de jerarquía en las fuentes y que consideran que todas las existentes colaboran conjuntamente al hallazgo de la norma justa en cada caso, lo que ha de llevar a un divorcio entre realidad y Derecho; siendo por ello un sistema de colmar lagunas de la ley escrita (63); niega a la jurisprudencia carácter de fuente y le impide formular normas generales e introduce una función de los principios generales que no se limitan a ser «meramente informadores», lo que es su función específica, sino que los considera, en grave error, como fuente, etc. (64).

La opinión, sin embargo, no es compartida. Muy por el contrario, el juicio general que parece haber recibido la reforma del Título Preliminar se mueve entre los parámetros de «reforma al menos ordenadora» al de «reforma positiva» (65).

Aquella opinión, valiosa por serlo, parece no haber captado el sentido del sistema de fuentes, que, aprehensible ya con la simple reforma del Título Preliminar, destaca su enorme relevancia con el advenimiento de la Constitución.

(60) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología*, cit., I, pág. 407.

(61) «El sistema de fuentes», en el volumen *Ciclo de conferencias*, cit., páginas 233 y sigs.

(62) Díez-PICAZO y CADARSO PALAU en *Comentarios*, cit., I, *passim*. El mismo GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título Preliminar», *loc. cit.*

(63) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «El sistema de fuentes», *loc. cit.*

(64) *Ibidem*.

(65) Ver las citas y referencias incluidas en nota 58.

Me parece a mí, que la reforma ha tendido a orquestar un sistema de fuentes que, con todo el beneficio inherente a los «sistemas cerrados» y reduciendo al mínimo sus inconvenientes, se abre a las ventajas de los «sistemas abiertos», eludiendo buena parte de sus defectos. Sin negarse el beneficio de la noción de «orden», parece partirse del presupuesto de que esa «noción de orden en todas sus facetas es cambiante y está entregada a la creatividad humana de modo indefinido... El cambio (...) es equivalente al progreso y éste a la expresión dinámica de la realidad» (66). Frente a la crítica de ser la reforma positivista, por orquestar un orden dogmático, cabe señalar, que si bien la dogmática es hija del positivismo, es referible a un positivismo de las normas, positivismo que «es muy distinto e incluso en algunos aspectos contradictorio, con el positivismo de los hechos. La dogmática es tal en cuanto acepta como inconcusos los datos del Derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización deductiva, punto de partida de ulteriores deducciones. El Derecho positivo es variable y contingente en el espacio... y en el tiempo —porque cada ordenamiento se transforma—. Luego el ‘dogma’ no representa la inmutabilidad o inmovilidad de lo dado. No es dogma en cuanto algo no cambie o sea dado para siempre. El positivismo, y en su consecuencia la dogmática, vino a corregir el anterior ‘dogma’ de un derecho racional universalmente necesario y válido. Dogmatismo quiere decir, pues, sometimiento riguroso del jurista a lo establecido e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial y de la investigación científica. Cualquiera sea el contenido material de las proposiciones jurídicas, susceptibles de cambio, lo normativamente establecido desempeña siempre la función de dogma con independencia del contenido material, porque dogmática es la formulación y no el contenido de lo formulado.

«Si el ‘dogma’ no es de suyo un postulado inmovible en su contenido material, en cuanto puede progresivamente mostrarse con normatividades variables...», debe diferenciarse del dogmatismo como significación hipostática de la dogmática, en los planos epistemológicos y metodológicos, generándose una noción de la dogmática como pretensión de formular verdades absolutas...

«La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado... A nuestro juicio, el tipo del conocimiento desplegado como dogmático-jurídico... depende de la contextura del ordenamiento y de su grado de elaboración...», pudiendo

(66) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología*, cit., III, pág. 400.

llegarse a un sistema concebido, no como mera integración ordenadora y armónica de las normas ya establecidas, sino como requiriendo la enunciación de éstas como obra de una actividad científica que se despliega al efecto; no hay, pues, limitación a la indagación sobre 'dogmas revelados' (pretensión inicial de la codificación).

Así, puede concebirse el Ordenamiento como un sistema o estructura. Este sistema estructural «a diferencia del construido por el positivismo, no es el resultante de una generalización inductiva obtenida a partir de los datos de un ordenamiento jurídico. Tampoco equivale a un absoluto *a priori*, pensado conforme al patrón racionalista... Para una intelección estructuralista, el ordenamiento presupone y se remite a un sistema no derivado de él, en el que se han ido formulando las reglas de las reglas conforme a las cuales se hace posible la articulación normativa y sus desenvolvimientos individuales a través de la realización del Derecho. El ordenamiento jurídico es una elaboración efectuada sobre la base de unos elementos que, dado su valor, se hallan sujetos a un determinado régimen de combinación y de oposiciones. La búsqueda de la estructura subyacente o inmersa en un sistema no obtenido a partir del ordenamiento no quiere decir que haya de acudir a otro campo de estructuras» (67).

(67) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología*, cit., III, *passim* de las págs. 415-424. «... me atrevo a servirme de la palabra estructura para exponer las constantes ordenadoras y organizadoras que creo descubrir en el modo de llevar a cabo la operatividad discursiva. Naturalmente, esta estructura no la he elaborado previamente, como una creación o un método, para luego acomodar a ella el razonamiento, aunque ahora, una vez conocida, logre explicaciones que incluso van más allá de la constatación de la estructura. Estoy seguro de que la estructura se ha fraguado de una manera inconsciente. O dicho con más claridad: los desarrollos discursivos, las formas intelectivas de afrontar los problemas, se me han ofrecido como algo consciente. La estructura, por el contrario, ha existido y ha condicionado el comportamiento discursivo antes de ser descubierta como tal estructura. Identifico como estructura, estructural o elementos de la estructura a esto que descubro *a posteriori*, o que se revela, luego de haberme movido entre sus coordenadas durante mucho tiempo. La captación o revelación la consigo mediante la elaboración de un modelo que si puedo lograrle lo es en la medida en que existe esa estructura, que sigue subyaciendo, respecto de la cual el modelo contiene una explicación y representa el paso de la inmanencia inconsciente al campo de la construcción mental identificadora. Si esta identificación que efectúo de la estructura a través del modelo la refleja o no, es evidente que no depende de la estructura, sino exclusivamente de mí. Pero si yo no puedo dar cuenta de otro modo de ser de la estructura, habrá de reputarse como tal, al menos en el plano del conocimiento, aquella que descubro. Este descubrimiento no queda sujeto a proclamar un modo de proceder introspectivamente inquirido. Porque realizo, en efecto, una introspección, si bien acompañada de la prospección de lo ya salido de mí y elaborado; no miro simplemente al pensamiento, sino sobre todo al comportamiento; y no sólo al comportamiento en cuanto procedimiento, sino también al reflejado en lo ya producido con el valor de la obra o resultado. Estoy completamente seguro que sin un apoyo en lo hecho, en cuanto ya hecho, terminado y reiterado, no identificaría ahora la estructura... Consiguientemente, la identificación que intento de la

La dinámica de este sistema queda perfectamente aclarada al contrastar el valor adjudicado a la jurisprudencia dentro del Ordenamiento, por lo prescrito en el Título Preliminar del Código Civil, en relación con los fines que proclama la Constitución como de imperativa exigencia y correspondiente consecución.

FUNCIÓN QUE SE ATRIBUYE A LA JURISPRUDENCIA

La pretensión de que la jurisprudencia sea reconocida como fuente del Derecho ha sido defendida y propugnada en las últimas décadas como consecuencia de la reacción contra la Escuela de la Exégesis, al ponerse de manifiesto que, mientras el sentido literal de la ley a pocas partes lleva, la búsqueda de la adecuación de aquél a las circunstancias de tiempo y de lugar es lo que permite mantener con vigor y eficacia a la primera fuente del Derecho. Y realizándose esta labor por medio de los jueces y tribunales (aunque no en solitario, sino acompañados, cuando no precedidos por la jurisprudencia en sentido amplio y más propio), se reclamó para ellos la debida estima y el indiscutible reconocimiento. De ahí, se pasó a considerar que si la ley era Derecho por mor de los tribunales, quienes hacían Derecho eran los Tribunales mismos.

En la doctrina española se ha mantenido también la conveniencia, si no la necesidad, de reconocer a la labor de los Tribunales el carácter de fuente formal del Derecho. Una posición destacada en esta dirección es la que representa PUIG BRUTAU (68).

Esta tendencia, que tampoco es incompatible con la que, desde la pre-

estructura no es una mirada interior hacia la subjetividad, sino una mirada desde y en el interior de lo producido. Lo producido me revela el modo de proceder, y no a la inversa. En lo producido están los elementos del modelo que remite a la estructura» (HERNÁNDEZ GIL, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. autor, 1975, págs. 177-178).

(68) LALAGUNA ha planteado la razón de ser de la cuestión en nuestro Derecho histórico, señalando que la polémica se inicia con motivo de la publicación del Código Civil, que no señalaba a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, pareciendo que se debilitaba su valor al indicar como motivo de casación la «doctrina legal»; polémica que exageraba el valor previo reconocido a la jurisprudencia y minimizaba su trascendencia luego del Código. «En el Derecho anterior al Código, la jurisprudencia no es mencionada entre los tratadistas entre las fuentes del Derecho. Lo que entonces se discutía era el valor de la 'doctrina legal' (que en el lenguaje jurídico de la época se confunde con la doctrina de la jurisprudencia)... Frente a quienes acentuaban la desigual autoridad ante los Tribunales de la ley y de la 'doctrina legal' se subraya que una y otra tienen en el ámbito procesal... la misma eficacia. La publicación del Código Civil no cambia los datos del problema... Sin embargo, a la luz de la doctrina de las fuentes establecidas en el Código, la *vexata quaestio* venía a ganar precisión y claridad... parece que el problema del valor de la jurisprudencia como 'fuente' de doctrina legal no se modifica con la promulgación del Código... En todo caso, si existe cambio, éste no tiene signo

ferencia de la ley se proclama, tiene un adecuado sentido, de doble alcance. De un lado, frente a un formalismo absurdo por vacío, que cierra los ojos a la realidad, se quiere prescindir de la labor judicial, ignorando lo que en efecto realiza. De otro lado, la aseveración de que la jurisprudencia es fuente de Derecho no hay que entenderla en los propios términos en que se afirma (69).

Cuando PUIG BRUTAU plantea la cuestión, lo hace claramente: en la alternativa gobierno de leyes y gobierno de hombres, aquél es el más adecuado por objetivo; pero las leyes las aplican los hombres. En esa labor, ¿hasta qué punto los hombres hacen las leyes? No se ignora, no se puede ignorar, la ineficacia de la jurisprudencia como fuente formal; lo que se propone es reconocer la realidad material de que en las sentencias encontramos criterios normativos que, bajo la excusa de aplicar la ley, no se parecen en nada a ésta. «Cuando alguno de los *legal realistas* afirma que es Derecho lo que hacen quienes están encargados de aplicarlo, no pretenden que desaparezca el carácter normativo de las reglas generales y el sentido orientador de los ideales de justicia, sino que se trata de lograr que éstos encarnen en la realidad... Los más relevantes principios de justicia sólo se convertirán en Derecho según lo que hagan quienes estén encargados de su aplicación... No se trata, pues, de una confusión entre *el ser* y *el deben ser*. Incluso más allá del realismo jurídico, ciertas tendencias... tratan de hallar una base firme para desarrollar una eficaz actividad normativa» (70). Y aquí se encierra la pretensión verdadera y, estimo, el error de apreciación. Porque olvidando que el Derecho es modo social, se pretende identificar al Derecho con el acontecimiento total, constante, cotidiano, variable y variado, olvidan-

negativo...» (*), pues el reconocimiento de los principios generales proporcionaba, por mor de la interpretación, ancho campo a los tribunales, que no serían 'fuente' de Derecho, pero sí 'fuente' de manifestación de doctrina legal.

(*) LALAGUNA: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., págs. 118-119; ver DE CASTRO: *Derecho civil*, cit., I, págs. 429-432.

(69) «En ningún sistema moderno el legislador juzga ni el juez legisla... Pero lo que no se puede desconocer es que en el ejercicio del poder judicial su propia dinámica produce normatividad jurídica, particular o general...» Admitir esto no supone «autorizar al juez a vagar a su capricho por los anchos campos de la arbitrariedad, o de los postulados de la escuela del Derecho libre, del conductismo judicial (Derecho es lo que *hacen* los jueces) o del puro hacer desvinculado del orden jurídico objetivo. Tanto el automatismo como la desvinculación son posiciones erróneas... 'El proceso de aplicación de la norma por decisiones judiciales es un proceso de creación *a posteriori* y de una creación nueva constante, en el que el Derecho objetivo se hace *real* como espíritu objetivo, en virtud de la conciencia subjetiva del juez —conciencia subjetiva que, sin embargo, se vuelve a orientar, a su vez, hacia la norma...'» (*).

(*) DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría*, cit., págs. 87 y 96-97, citando a LARENZ: *Metodología*, cit., pág. 126.

(70) PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona, s. f., págs. 8-9.

do que es característica de lo normal de la conducta la diversidad de sus situaciones concretas, particulares, individuales. Pretender la identificación entre la norma y el acontecer determinado y concreto, o es ignorar el Derecho, o es pretender desconocer la singularidad de lo concreto. El Derecho no es uniforme monotonía, ni puede serlo. Pretenderlo, como lo han pretendido los *realistas*, quienes han tenido el mérito de contribuir a romper troqueles formalistas, significa irse al otro extremo. Fijar la atención en «la norma del caso», aparte de ser una contradicción, expresa una pretensión imposible, que, llevada a sus extremos, disuelve el fenómeno social, que se pretende ver entonces a través del prisma de todos y cada uno de sus elementos componentes. Se logra, el detalle de lo particular, pero se impide apreciar la correspondencia entre esos particulares, que es lo que permite captar el todo. Analizar las células del organismo, una a una, nos ofrece la realidad de cada célula, pero nos impide ver la realidad del organismo, que es lo que, llevado al Derecho, interesa como fenómeno social. Los clásicos estudios 'realistas' de *Yankee City*, nos ilustran cómo es ésta, pero nunca han permitido conocer la realidad de los Estados Unidos de Norteamérica, que era la causa de aquél estudio.

Pretender que quien mira lo concreto formula reglas generales parece, así planteada la cuestión, un contrasentido, pues inducir del uno al todo lo que menos puede lograr es pleno error, que es el riesgo de la inducción. Y cuando de la observación de muchos afirmamos el todo, estamos ya dentro de lo que es norma, salvo prueba en contrario. Si estimamos enmarcada la normalidad más general, esta no es incompatible con concreciones diversas; y si viene en resultar que éstas niegan a aquélla, es obvio que hemos de elaborar otro criterio de norma. Ya lo había indicado HEGEL, al señalar, que los aspectos parciales de la acción son comprendidos en virtud de las respectivas causas, pero la relación recíproca entre ellas —relación que representa el núcleo esencial de lo que en concreto existe— no está contenida en las causas singulares. Esta relación, que es el todo como síntesis esencial (*wesentliche Einheit*), reside sólo en el concepto, en el fin (71).

Que la jurisprudencia pueda efectuar esta labor, entendida la jurisprudencia como efecto o resultado total, nadie ha de negarlo como cuestión de hecho; y que la ley formal autorice en su generalidad tal posibilidad, es algo obvio; el sentido de las viejas normas llega a desaparecer con el transcurso del tiempo, aunque no ocurre ello con todas las normas. Pero esto no es crear Derecho, sino interpretación y aplica-

(71) HEGEL: *Wissenschaft der Logik*, 1841, II, 74, en BETTI: *Teor. gral. neg. jurid.*, trad. de Marín Pérez, Ed. R.D.P., Madrid, 1959, 2.ª ed., págs. 141-142, nota 9.

ción vitalizadoras; la jurisprudencia plasma formalmente lo que la sociedad elabora materialmente.

Esta es la orientación seguida por el Ordenamiento español. «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». Aunque se ha criticado la fórmula, la aclaración de la Exposición de Motivos del Decreto 1836/74, parece ser muy consecuente, pues, rechazando el carácter de fuentes del Derecho para la jurisprudencia, indica su relevancia: desarrollar el significado posible de la norma; tomar lo ya existente llevándolo a su plenitud; convertir la semilla en planta plena; y porque esas posibilidades se encierran ya en la norma, es que no es posible justificar o excusar un fallo. De ahí su «cierta trascendencia normativa», porque van más allá del caso concreto cuando, en la reiteración de los fallos, se plasma un significado contenido en la ley o en la costumbre, etc. Su trascendencia normativa no es «cierta fuerza vinculante», pues ese carácter vinculante no deriva de la propia actuación judicial, sino del desarrollo que ésta hace de la norma previa. «Si los jueces y tribunales elaboran Derecho, es decir, aplican normas extrapositivas o extraformales, no se constituyen por ello en legisladores, no realizan función legiferante, no dictan normas generales... Las decisiones del Derecho judicial del caso —dice HENKEL— contienen un conjunto de proposiciones jurídicas y de pautas, que coexisten junto al Derecho legal y al consuetudinario para el enjuiciamiento jurídico de los comportamientos humanos socialmente relevantes y si bien el proceso de conocimiento es distinto... ello no le quita su carácter vinculante parejo... La jurisprudencia, como obra y resultado del ejercicio del Poder judicial... no puede actuar como poder legiferante y, en consecuencia, no crea, elabora o produce normas de alcance o carácter general. En ese sentido no es fuente formal de Derecho. Así lo marca la competencia constitucional y así lo dice el Código Civil. Es, además, la doctrina y la tesis correcta: el juez no puede estatuir 'generaliter'» (72). Sin perjuicio de admitir que el proceso dialéctico «hecho-juez-norma» cree o realice el Derecho. «Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico no está constituido sólo por las leyes o las costumbres, sino por la concepción social de toda una comunidad, conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia de aquélla. Allí es donde el Juez, que pertenece a esa comunidad, ha de encontrar la norma —de no estar ya positivizada— y realizar el Derecho correcto y justo» (73).

(72) DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría*, cit., pág. 91.

(73) *Ibidem*, pág. 97.

Pero esa función de crear o aplicar el Derecho, ni debe hacerse así; ni, a partir de la Constitución es tan aparentemente «raqútica» como se pretende.

Diffícilmente puede ir el juez a buscar normas fuera del ordenamiento jurídico, que es de lo que se trata cuando se dice que éste se integra también por el conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia. La afirmación, en apariencia elemental, requiere precisión; porque eso es la tesis de POUND y demás positivistas judiciales anglonorteamericanos. Porque si incluimos a todo dentro del ordenamiento, queda desvirtuada la naturaleza de lo jurídico en su aspecto formal, elemento que tiene gran relevancia. Ningún inconveniente existe, por supuesto, en admitir que aquellos hábitos, tradiciones, innovaciones incluso y destacadamente, y el sentido de justicia sean parte del ordenamiento, pero siempre y cuando ese ordenamiento así lo indique. El artículo 1, primero, del Código Civil pretende, precisamente, delimitar formalmente el ordenamiento, al concebirlo alumbrado por tres órdenes diversos, ley, costumbre y principios generales, órdenes que quedan sujetos a identificaciones formales (la ley, por su proceso de creación y promulgación; la costumbre, cuando resulte probada y responda a sus requisitos de fondo, pues le dan forma; y los principios generales del Derecho, en cuanto fuente de tercer grado, mediante su recepción en la doctrina legal susceptible de invocarse en casación). La omisión de toda referencia a la forma significaría que cualquier hábito, tradición, etc., podría afincarse como Derecho, y así no funcionan las sociedades. Si la ley, la costumbre, los principios generales, imponen, reenvían o se remiten a esos hábitos y tradiciones, es claro que los mismos forman parte del ordenamiento. Y el juez podrá y deberá informarse en ellos para aplicarlos. Si tal referencia no se da, parece que deba negarse al juez tal posibilidad.

Mayor poder otorga, no obstante, la Constitución para ir por ese camino, no en labor de aplicación del Derecho, sino en trámites de una aplicación que tiene trascendencia general, aunque no implique legislación judicial. Mediante la exigencia de constitucionalidad de la ley, de la costumbre, de los mismos principios generales del Derecho, se ofrece al Juez —aunque no a todo Juez, sino al que integra el Tribunal Constitucional— un enorme poder de adecuación normativa, moviéndonos, siempre, dentro del Ordenamiento. Porque si, como quedó dicho, de éste forma parte la Constitución, y la misma es generosa en remitirse a un conjunto de conceptos que reclaman constante precisión, no veo obstáculo alguno a que ese Tribunal Constitucional efectúe los reclamos imperativos, a que viene obligado, para que la norma de inferior categoría recoja y plasme en su articulado dichos principios. Que éstos puedan

entenderse de alcance y significado diverso según momentos, es claro; pero siempre la conciencia social manifestará ese abanico de probables significados, respecto de los cuales, bajo el enfoque que aquí se defiende, *la legitimidad de la norma supondría reclamar el mayor alcance que permiten señalar las fuerzas productivas del país*, aunque las relaciones de producción tiendan a retrasarse; admitiendo, ciertamente, disparidades en la apreciación del estadio alcanzado por esas fuerzas productivas, que es parte de la dialéctica del conocimiento y de la dialéctica de la vida.

El beneficio de este criterio es, que siempre nos movemos en el campo del Derecho, sin salirnos nunca de él. Estructurado el Ordenamiento como un sistema armónico y coherente, no se presenta hermético, sino abierto a todas las posibilidades que puede ofrecer el desarrollo de la vida. Con la ventaja adicional, de que ya no cabe afirmar que la invocación de los principios tiene mero carácter programático —excusa judicial constante para evitar sus inherentes problemas políticos, si de verdad es un Poder político—, pues no solamente el Preámbulo de la Constitución, sino todo su artículo recoge la existencia y presencia de dichos principios. Hacerlos posibles por ser probables es, en todos los marcos jurídicos, la labor del Tribunal Constitucional, quien, en colaboración y armonía con la jurisdicción ordinaria, puede lograr un desarrollo altamente eficaz y progresista. Este efecto, que se ofrece eficaz *en y sobre las normas generales*, se facilita en la actuación judicial concreta mediante la cuestión de constitucionalidad, permitiendo una jurisprudencia unitaria.

Y es meritorio remitir a la instancia constitucional aquella función que, por altamente política, reclama de un tribunal político, entendido el calificativo en el sentido más noble. No sería erróneo afirmar, que en el modelo de Ordenamiento así estructurado, se ha escogido la función más vitalizadora que cabe, por ejemplo, en el sistema anglosajón, cuya eficacia última depende, ciertamente, de que el Tribunal emplee sus poderes, que es su derecho y su obligación, y de que los hombres que lo formen así lo actúen.

No parece, pues, que se haya producido —al menos en este ámbito—, una reforma innecesaria, ni ha resultado anticuada, o de igual eficacia que la redacción anterior, ni se incide en positivismo. Muy por el contrario, combinadas Constitución y Título Preliminar parece meridiano lo que, antes de la Constitución, se forzaba como interpretación deseada y deseable: se adopta un moderno sistema, que, sin dificultar un orden conveniente en las fuentes de concreción del Derecho, puede adecuarse constantemente a la realidad, y por consiguiente al *máximo de justicia posible*. Y, desde luego, esos principios generales no son «meramente informadores», sino que, apuntados intensamente en la

Constitución, así en su Preámbulo como en su articulado, deben ser *necesariamente informadores, imperativamente informadores*, si queremos cumplir con la Constitución, con el Ordenamiento todo, olvidando la función que, de hecho, han cumplido con frecuencia en nuestra Historia: excusar un pseudoiusnaturalismo que encerraba el más cínico de los positivismos. Bajo aquella exigencia hallaremos en todo caso la concreción de legitimidad sustantiva en el nuevo Derecho español, y en el privado por lo que aquí interesa.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE