EL POSITIVISMO JURIDICO Y LA CONSTITUCION DE 1978 (*)

ALEJANDRO NIETO

SUMARIO: I. LA TRADICIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO ESPAÑOL: 1. *El factor político.* 2. *El factor técnico.*—II. DERRUMBAMIENTO DEL POSITIVISMO TEXTUAL: 1. *Las primeras grietas.* 2. *El cambio político.* 3. *Supervivencia del positivismo.*—III. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO: 1. *Un Eldorado inalcanzable: el concepto del Derecho.* 2. *Los elementos del Derecho.* 3. *Los individuos y el Derecho.*—IV. EL DERECHO PRACTICADO.—V. AUTOAFIRMACIÓN DE LA LEY.—VI. LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL: 1. *La jurisprudencia judicial desde la perspectiva de la teoría de las fuentes.* 2. *Decisionismo o búsqueda del Derecho.*—VII. LA COSTUMBRE: 1. *Permanente protagonismo de la costumbre.* 2. *La costumbre como criterio para solucionar conflictos y como expresión del Derecho.* 3. *La costumbre como norma escrita.*

I. LA TRADICION POSITIVISTA DEL DERECHO ESPAÑOL

Los juristas españoles nos hemos formado en un ambiente del más riguroso positivismo, consolidado en España, como en toda Europa, en el siglo XIX, pero que entre nosotros había adquirido unos rasgos singularmente exacerbados por la influencia conjunta de factores políticos y técnicos muy especiales.

1. *El factor político*

La raíz política del positivismo jurídico es una evidencia indiscutible, que puede formularse con una antigua cita de FEDERICO DE CASTRO *(Derecho civil de España,* I, 3.ª ed., 1955, pág. 377): «Si la distinción entre las fuentes

(*) Texto sistematizado y parcial de dos conferencias pronunciadas en el Centro de Estudios Constitucionales en el mes de marzo de 1988.

jurídicas consistiese en la mera forma en que se manifiesta la norma, parece extraño que sólo ello pueda prejuzgar el puesto que haya de ocupar en el ordenamiento jurídico. El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente indica ya que no se trata sólo de una cuestión técnica: es el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás. En cada momento histórico, cada una de las formas en que se manifiesta el Derecho está en manos, o espera monopolizarla, una fuerza social distinta; la discusión teórica acerca de la preferencia en favor de una fuente jurídica será el reflejo de las encontradas aspiraciones por la supremacía en el poder jurídico.»

Sentado esto, resulta imprescindible precisar de inmediato los calificativos que han de acompañar al sustantivo «positivismo jurídico», habida cuenta de las distintas acepciones del término, todas posibles dentro del amplio abanico que caracteriza esta figura, conforme se ha teorizado hasta la saciedad en unos términos cuyo análisis nos llevaría demasiado lejos. Lo único que aquí interesa es tomar conciencia de que decir positivismo es decir muy poco, si no se precisa la variante a que nos estamos refiriendo.

A) El positivismo español es un positivismo *normativo o legal,* en cuanto que se entiende que toda ley es Derecho y, correlativamente, sólo la ley es Derecho. Afirmación que nos desvela la sustancia liberal del concepto: gracias al positivismo legal se subordina toda la sociedad a la supremacía de la voluntad del pueblo representado en el Parlamento.

B) En segundo término, es un positivismo legal *estatal,* en cuanto que se refiere a las normas emanadas del Estado. Circunstancia singularmente importante en España, puesto que, gracias a esta actitud, se consiguió marginar a las fuerzas políticas herederas de los antiguos reinos de la Corona española, cuyos últimos ecos fueron silenciados, políticamente, con las armas en las guerras carlistas y, jurídicamente, con la esterilización de sus Fueros en el proceso de ejecución del Convenio de Vergara.

El Estado español, débil por sí mismo, pretende, pues, fortalecerse mediante la autoafirmación de la supremacía de sus normas sobre las emanadas de otras fuerzas políticas y sociales, que quedan formalmente excluidas —o al menos subordinadas— en un sistema de jerarquía de fuentes que se corresponde fielmente con la jerarquización de la estructura social, que le sirve de base. Y ni que decir tiene que el proceso de unificación legalista se afirma aún más con la exacerbación centralista y autoritaria del régimen franquista. Es en esta época cuando se redescubre el viejo lema renacentista de un «un imperio, una lengua y una espada», al que se añade consecuentemente el «un Derecho».

El autoritarismo político es tan fuerte, que puede absorber sin dificultades el único contrapeso admisible: el iusnaturalista escolástico, que se recoje y explica en las Facultades de Derecho, pero que no trasciende más allá de las aulas universitarias. Existe, ciertamente, un «ala derecha» en la ciencia jurídica del franquismo, algunos de cuyos representantes se expresan en términos inusualmente sinceros y enérgicos; pero la verdad es que su voz no alcanza el más mínimo eco ni en la vida oficial ni en la práctica. Los Tribunales, firmemente controlados por el Poder, se atienen literalmente al positivismo legal estatal dominante.

El monopolio estatal en la producción de normas jurídicas se consagra en el Código Civil de la Restauración: «Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerán contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario» (art. 5). Las otras normas (la costumbre y los principios generales del Derecho) se aceptan únicamente con rango subordinado y para «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido» (art. 6). La reforma de 1973-74 mantiene el sistema en lo sustancial, aunque se hagan algunas tímidas alusiones a la equidad (art. 3.2), a la buena fe (art. 7.2) y al abuso de derecho (art. 7.2). Lo importante es que las leyes «sólo se derogan por otras posteriores» (art. 2.2) y que la costumbre y los principios generales del Derecho conservan su rango subordinado y supletorio (art. 1), mientras que el papel de la jurisprudencia es el de complementar meramente el ordenamiento jurídico (art. 1.6).

El positivismo jurídico del franquismo conserva, con todo, su rasgo liberal inicial, de tal manera, que la ley se impone a la propia Administración del Estado, cuyos Reglamentos están subordinados a ella. Este dato es importantísimo, puesto que presta, efectivamente, una cobertura liberal al autoritarismo del régimen. Los autores y los Tribunales utilizan este mecanismo como un sucedáneo de la Constitución democrática que falta, ya que, gracias a él, puede controlarse efectivamente a la Administración. Y están tan orgullosos de sus resultados, que magnifican y alaban sin reservas la leyes franquistas, sin parar mientes en su carencia de legitimidad. Desde su perspectiva positivista, la ley es la norma soberana, independientemente de su contenido, y en su consecuencia, tanto vale una ley autoritaria como una democrática.

Y es que, para el positivismo ortodoxo, el contenido de la ley carece de trascendencia alguna, dado que lo importante es su simple existencia, que se admite como un presupuesto o dato exterior incontrovertible. Tal es la verdadera esencia de esta actitud, como ha puesto de relieve FINKENTSCHER *(Methoden des Rechts,* II, 1975, págs. 327-328): «El positivismo es una actitud metodológica jurídica que acepta acríticamente la existencia de una red previa de normas como presupuesto dado para la resolución de los conflictos...

Este presupuesto puede encontrarse en las leyes de un monarca, o de un caudillo autoritario, o de un aparato marxista, o de un Parlamento democrático... Para el positivismo, es irrelevante el origen de este presupuesto normativo. Lo único decisivo para él es que tales normas son Derecho, sin llegar a enjuiciarlas.»

2. *El factor técnico*

El positivismo tradicional español no es sólo, como acabamos de ver, legalista estatal, sino, además, *textual,* es decir, que se atiene literalmente al texto de la ley. Esta nota no es consecuencia necesaria, ni mucho menos, del sistema político, sino que constituye un añadido incorporado por la práctica de los juristas. La idolatría del texto es, como todas las idolatrías, la forma más cómoda de actuar, puesto que permite prescindir no ya sólo de la crítica, sino de la reflexión mental. Los juristas y los Tribunales deben limitarse, por tanto, a aplicar estrictamente el texto de la ley, ya que, «existiendo normas legales aplicables al caso, no es pertinente la observancia de principios generales de Derecho ni la aplicación analógica» (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947). El único margen de actuación que se les permite es el de la interpretación de la ley en los casos dudosos, pero sólo en ellos, puesto que se admite también sin discusión que *«in claris non fit interpretatio».*

Para los positivistas españoles, el Derecho no está formado por normas ni principios, sino por el texto de las leyes, que sólo permite el acceso de aquéllos para completar las eventuales lagunas. Apurando las cosas, puede afirmarse que desconocen las normas y aun el Derecho, ya que sólo manejan la ley. Aunque sea de forma inconsciente, se ha internalizado la conocida frase de JEAN-JOSEPH BUGNET: «No conozco el Código Civil, enseño el Código de Napoleón», o de DEMOLOMBE: «Mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: ¡Los textos ante todo!», o de LAURENT: «Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho» (citadas tomadas de L. BONNECASE, *La escuela de la exégesis en Derecho civil,* trad. mexicana, pág. 141, donde aparecen otros muchos ejemplos de este tipo).

El positivismo textual es, ciertamente, un riesgo inevitable de la codificación, al menos en los años inmediatamente posteriores a ella. Es muy probable, por tanto, que en España se hubiera impuesto de todas maneras a partir del Código Civil. Ahora bien: creemos que la influencia francesa de la llamada Escuela de la Exégesis fue en este punto decisiva, y se reflejó servilmente en nuestros primeros grandes comentaristas, al estilo de Manresa y

Mucius Scaevola. Los autores no pretendían sino esclarecer el texto de la ley, y durante muchos años estuvieron de moda los comentarios «artículo por artículo, palabra por palabra» de los textos legales, como se anunciaba en la publicidad, y no sólo en Derecho civil, sino también en Derecho administrativo.

Ni que decir tiene, sin embargo, que la doctrina española no tardó en encontrar su norte en las normas y en los sistemas —en la ciencia del Derecho—; aunque es innegable que tales esfuerzos cayeron en el vacío. Siempre se han considerado las obras de este tipo como «entretenimientos profesorales», y la práctica —como puede constatar quien la ha conocido— se ha mantenido (y todavía se mantiene) fiel al positivismo textual más exacerbado. Lo demás —y conste que la expresión no es mía, sino muy usual en el foro y en muchos ambientes incluso universitarios— son «teorías», peyorativamente connotadas.

En definitiva, tenemos que el Derecho español ha sido durante los siglos XIX y XX rigurosamente positivista. Por razones políticas y técnicas, y a despecho de las resistencias ofrecidas por el iusnaturalimo y por los sectores más avanzados de la doctrina, entre nosotros ha dominado con absoluta intensidad un exacerbado positivismo legalista, estatal y textual.

II. DERRUMBAMIENTO DEL POSITIVISMO TEXTUAL

El positivismo textual, que acaba de ser descrito, se ha hundido recientemente, pero no como consecuencia de una reflexión teórica —para la que desde luego no han faltado decisivas aportaciones, que, sin embargo, de no mediar estas nuevas circunstancias externas, hubieran caído en el vacío—, sino por la evidencia de unos hechos sobrevenidos, que, con inusitada rapidez, se han ido sucediendo en los últimos años. En otras palabras: la superación del positivismo textual (estatal y legalista) tuvo lugar en Europa hace ya muchos años, y nuestros autores habían tomado conciencia inmediata del fenómeno. Pero cuanto se escribió en España sobre el particular, cayó en el vacío, puesto que, sin perjuicio del respeto formal a la «teoría», la práctica siguió impertérrita por sus surcos centenarios, como no podía ser de otra manera, habida cuenta de la permanencia de los presupuestos políticos condicionantes.

1. *Las primeras grietas*

La afirmación del continuismo positivista no permite desconocer, sin embargo, la aparición de algunas grietas en el sistema, propiciadas por la insistencia doctrinal renovadora, de la que se había hecho incluso una cierta acogida, aunque extraordinariamente prudente, en la reforma del Código Civil de 1973. Ahora bien: los ataques más violentos provinieron de otro frente: de la resistencia político-social al régimen franquista en los últimos años de su vida.

En la llamada época del tardofranquismo se produjo un colapso parcial en la aplicación y ejecución del Derecho. La resistencia frente a determinadas leyes (políticas, penales y económicas) se intensificó y el Estado ya no contaba ni con fuerza ni con autoridad para imponerlas. Cada día se producían actos inequívocamente delictivos y en todo caso ilegales (huelgas, manifestaciones, asociaciones, prácticas abortivas, etc.), que la Administración no se atrevía a reprimir ni los Tribunales a sancionar.

De esta forma, hasta los positivistas más coriáceos se percataron de la existencia de un «Derecho muerto» (EUGEN EHRLICH) y de la realidad del componente de la aceptación o del reconocimiento de los destinatarios, que los juristas alemanes venían exigiendo para la existencia del Derecho desde el siglo pasado (E. R. BIERLING y O. BÜLOW), o los conductistas norteamericanos, los realistas y tantos otros. En definitiva, la vida confirmaba las teorías que se habían negado a escuchar. Ya no había forma de desconocer la irrealidad del texto del Código: las leyes se estaban «derogando» cada día por los Tribunales y por la propia Administración. La vida, en otras palabras, se alineaba con la teoría, confirmándola, y el positivismo textual era lo que se convertía en una «teoría» inexplicable.

Los Tribunales, por su parte, llevaban ya algún tiempo recibiendo las doctrinas radicalmente contrarias al positivismo textual (aunque en cierto sentido todavía positivistas) de un Puig Brutau o de un García de Enterría. Más aún, las leyes progresistas del franquismo habían abierto la brecha con sus reiteradas invocaciones al «ordenamiento jurídico», y no a las leyes, como es el caso, por ejemplo, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permitía —y los Tribunales lo estaban haciendo cotidianamente— una comprensión supratextual de las leyes.

2. *El cambio político*

Es muy posible que todos estos fenómenos hubieran podido ser absorbidos y, en definitiva, olvidados si no hubieran mediado otros factores externos, mucho más eficaces, derivados del cambio político. Porque con el régimen democrático, la Constitución asestó un duro golpe a las Leyes, que perdieron, de la noche a la mañana, su soberanía absoluta. Los poderes públicos quedaron directamente subordinados a la Constitución —y no a las leyes—, al tiempo que todas las leyes preconstitucionales quedaron automáticamente en entredicho, sometidas al enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios, que podían decidir por sí mismos sobre su aplicación; sin contar con el enjuiciamiento de las leyes posconstitucionales, ejercido por el Tribunal especial.

Así las cosas, resulta imposible seguir admitiendo el positivismo textual, máxime cuando el fraccionamiento del Estado ha propiciado la aparición de una incontable (y confusa) variedad de leyes (del Estado, de las Comunidades Autónomas, básicas, orgánicas, de bases, marco...), que impide al operador jurídico su aplicación, ejecución o cumplimiento, sin proceder antes a un examen de su validez y eficacia.

Pero el positivismo había de sufrir un último golpe de gracia con la entrada de España en la Comunidad Europea, que ha liquidado definitivamente el sistema anterior, puesto que todas, absolutamente todas, las leyes deben ser enjuiciadas con el parámetro del Derecho comunitario europeo, que prima inexorablemente sobre el nacional.

3. *Supervivencia del positivismo*

Las circunstancias objetivas han hecho, como se ve, imposible el positivismo textual, cuya superación no ha sido obra de un esfuerzo doctrinal, sino de la propia Constitución; consecuencia todo del cambio político, y ya hemos visto que el positivismo es fruto necesario de una determinada posición política. Hoy son otras las fuerzas políticas, económicas y sociales que dominan en España, y que han impuesto sus reglas, que son incompatibles con el positivismo textual.

Ahora bien: ni siquiera este cambio ni esta incompatibilidad objetiva han podido cambiar la mentalidad de los juristas, que obviamente no puede transformarse por el *Boletín Oficial del Estado.* Los juristas españoles, formados en una tradición científica centenaria, no pueden desprenderse en un quinquenio de sus hábitos mentales y siguen siendo tan positivistas como antes,

aunque sea al precio de no entender nada de lo que está sucediendo. Y lo que es peor todavía: están abordando el nuevo orden jurídico con sus métodos tradicionales, impidiendo su operatividad.

El mundo jurídico español está enfermo de su tradicional esquizofrenia: por un lado, los teóricos, que pueden ser pedantes, pero que viven atentos a los cambios intelectuales y jurídicos de Europa, y por otro, los «prácticos», aferrados a sus métodos mentales de siempre, que se esfuerzan en desenredar la maraña normativa con el positivismo de siempre. Para ellos, el Derecho continúa agotándose en las leyes, y conciben su trabajo como una mera operación de «articulación» de las muchas heterogéneas leyes que van apareciendo: una operación hermenéutica, aunque resulte algo más complicada que la que durante dos siglos han venido haciendo. Y como, naturalmente, este esfuerzo está condenado de antemano al fracaso, y en lugar de claridad se gana en confusión, los juristas están absolutamente desconcertados: las relaciones entre la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas no pueden nunca «articularse» satisfactoriamente, y la única solución es encomendar esta tarea al Tribunal Constitucional, que se ve sobrecargado con este enojoso casuismo, que a nada conduce. Y en cuanto al Derecho comunitario, se opone a su implantación una resistencia pasiva, desconociéndose pura y simplemente en la mayor parte de los casos.

A nuestro entender, el único modo posible de salir de este callejón sin salida consiste en empezar por el principio, es decir, en tomar conciencia de que con el positivismo textual ya no se puede abordar el nuevo orden jurídico, y que, en último extremo, hay que repensarse el concepto del Derecho. Una tarea ciertamente de Sísifo, que nunca podrá coronarse del todo; pero que en las circunstancias actuales es más urgente que nunca y, sobre todo, más asequible que nunca, puesto que, al menos, podemos prescindir de unas inercias tradicionales, que la Constitución se ha encargado de eliminar.

III. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO

1. *Un Eldorado inalcanzable: el concepto del Derecho*

La profesión del jurista lleva consigo la búsqueda de la esencia de lo que constituye su actividad: el Derecho. Durante varios miles de años han reflexionado los juristas sobre este punto, y forzoso es reconocer que nunca han tenido éxito. Como suele decirse, hay tantas definiciones como autores, y ninguna coincide. En esta situación ha terminado encomendádose esta tarea a quienes no son propiamente juristas, es decir, a los «filósofos del Derecho».

Para el poder político es muy fácil definir lo que es el Derecho —lo que él quiere que sea—, mientras que los pensadores no pueden decidir por su cuenta, sino que han de limitarse a indagar lo que ellos creen que es el Derecho. Pero las diferencias surgen inevitablemente por la circunstancia de que concentran su atención en aspectos dispares de un fenómeno complejo. En ocasiones se manejan criterios ideológicos (el Derecho es un instrumento de dominación, por ejemplo) o metafísicos (el Derecho es la justicia) o técnicos (el Derecho es lo que aplican los Tribunales), etc.

El fracaso de tales esfuerzos es conocido. Los libros de filosofía jurídica contienen listas y repertorios de definiciones contradictorias, que obligan a ser humildes y a reconocer que habrá que proceder de otra manera. Hay fenómenos sociales que, por su propia complejidad, resultan inaprensibles en una definición conceptualista. Así debemos aceptarlo y resignarnos a renunciar a una definición esencial, limitándonos a describir y analizar el fenómeno, aislando sus elementos y estudiando las relaciones que median entre ellos, que son dinámicas y dialécticas.

El gran error de muchos filósofos del Derecho consiste en el empleo de una metonimia que les impulsa a confundir la parte con el todo o, si se quiere, a atribuir a una parte la esencia del fenómeno global. Si reducimos, en cambio, nuestro esfuerzo a la identificación de los elementos del Derecho, aun sin atrevernos a considerar a uno de ellos como esencial, podremos, al menos, aclararnos bastante a nosotros mismos y saber con cierta precisión con qué estamos trabajando cuando actuamos como operadores jurídicos.

2. *Los elementos del Derecho*

De manera muy comprimida, pasaremos revista al repertorio de los más significativos.

A) El *fundamento* del Derecho puede ser el sentimiento jurídico general o el interés general. La existencia de una conciencia jurídica de la comunidad y de unos intereses generales de ésta no ofrece duda. Otra cosa es su determinación concreta, puesto que cada uno puede ver en estos fenómenos un contenido diferente. El problema no se encuentra, por tanto, en la aceptación de esas realidades, sino en la determinación de quienes pueden definir su contenido. Una cuestión indudablemente metajurídica, dado que la decisión está reservada al poder político, que es a quien corresponde decidir si el definidor va a ser el legislador, o el juez, o los juristas, o el propio pueblo. Y otra cosa es también que cada individuo esté de acuerdo o no con las concreciones que el titular de esa facultad vaya realizando:

a) El sentimiento jurídico popular suele identificarse con la justicia. Es

un sentimiento difuso, subjetivo, variable, indefinible y, en definitiva, inaprensible, como tantos otros de la misma naturaleza (pensemos en la «belleza»). Cada comunidad social tiene su propio sentimiento de justicia: está demostrado que la conciencia social difiere mucho en orden a temas tan importantes como la libertad, la igualdad, la propiedad, la familia, el canibalismo o la sodomía. Y dentro de cada comunidad, la conciencia se fracciona en grupos (dominantes y dominados, urbanos y rurales) e individuos. Es inútil, por tanto, el intento de objetivizar o canonizar la justicia y la conciencia general, puesto que cada uno las ve de acuerdo con sus convicciones personales.

Conste, además, que la identificación entre el sentimiento general y la justicia no se da siempre. Con frecuencia, el que siente no se pregunta por la justicia de su sentimiento, y hasta puede admitir que no sea justo. La conciencia colectiva, que impregna la individual, puede haberse formado por simple tradición o por un azar histórico. Además, entre la conciencia popular y el Derecho media una relación dialéctica: las normas derivan de la justicia (en cuanto que se basan de ordinario en ella), pero las normas asumidas terminan integrándose en el acervo de la conciencia social.

b) Muchas normas se fundamentan, por el contrario, en el interés general, definido por quien tiene potestad (es decir, fuerza) para hacerlo. El interés general puede coincidir con el sentimiento general de justicia; pero también puede apartarse deliberadamente de él. Cuando se tasa oficialmente el precio de las subsistencias, el interés general invocado prima sobre el sentimiento colectivo de la exigencia de una reciprocidad de las prestaciones.

Ni que decir tiene que todos estos planteamientos son muy rudimentarios. Pero introducir mayores precisiones nos llevaría demasiado lejos, y, a nuestros efectos, lo único que interesa es dejar sentado cuál es el fundamento del Derecho.

B) El Derecho *se legitima* de distintas maneras, según las circunstancias de cada momento histórico: por la tradición, por el poder, por la racionalidad, por la aceptación de los individuos...

Legitimación y fundamentación son aspectos muy distintos. La fundamentación se refiere al contenido del Derecho, mientras que la legitimación se desentiende del contenido del Derecho y sólo pregunta por el título y calidad de quienes lo han emanado. La legitimación es una imputación genérica de la facultad de definir e imponer el Derecho. Un Derecho puede estar bien fundamentado (por reflejar correctamente el sentimiento general o definir exactamente los intereses generales) y, sin embargo, ser ilegítimo, puesto que sus autores carecen de este título. Y, a la inversa, titulares impecablemente legitimados (un Parlamento democrático) pueden expresar incorrectamente el sentimiento popular o definir mal los intereses generales.

C) El *contenido* del Derecho es una regulación de conductas y una determinación de consecuencias de hechos y acciones.

D) El Derecho *se formula* en normas (y, en su caso, en principios). El Derecho se expresa a través de normas. Quien está legitimado, si quiere regular las conductas, ha de reflejar el sentimiento general (o definir los intereses generales) a través de unas normas concretas.

E) Las normas se *manifiestan* o corporeizan en una amplia serie de fenómenos perceptibles: bien sean textos normativos (legales, reglamentarios, consuetudinarios), o jurisprudenciales (judiciales y doctrinales), o en usos y costumbres no recogidas en textos. Las normas hacen aprensible el Derecho; los textos le hacen perceptible.

Textos y normas no coinciden necesariamente. En los textos aparecen proposiciones jurídicas o preceptos normativos, que pueden expresar una norma. Pero, de ordinario, la norma jurídica no se encuentra en un solo precepto, sino en un contexto de varios, e incluso es posible la existencia de normas no textualizadas y aun de textos no normativos.

F) El *fin* de la norma y del texto es la ordenación social, que se desarrolla en dos planos:

a) La resolución de conflictos individuales. El Derecho está para resolver conflictos individuales. El Derecho selecciona algunas conductas y las regula, cabalmente, para que con este criterio puedan resolverse los eventuales conflictos individuales. Esta selección es muy restrictiva, puesto que buena parte de las conductas no están reguladas y el Derecho se abstiene de dar pautas para su resolución, que se encomienda directamente a los particulares con arreglo a sus propios criterios y métodos. Y al regular las conductas se regulan también los órganos resolutorios de la comunidad y el procedimiento que éstos han de seguir.

Los individuos no están obligados, por lo común, a seguir estas pautas reguladoras. Y si no lo hacen y no surge un conflicto (o si, surgido, no acuden a los órganos resolutorios), pueden vivir al margen del Derecho. Este es el viejo *ius* romano y el actual Derecho privado. Estas normas no se imponen, pues, a los individuos, sino que se les «ofrecen», con la garantía de que, si ellos lo solicitan, van a servir para resolver los conflictos.

b) La composición de intereses generales. En otras ocasiones, el Derecho pretende componer intereses generales para evitar que surjan conflictos. El titular legitimado impone aquí su voluntad política, previa definición de los intereses prioritarios (lo que puede hacer sin atenerse, como ya se ha dicho, a la conciencia jurídica general). Las normas no necesitan aquí de ninguna cobertura fudamentada distinta de esa voluntad política. Y, además, son órdenes o prohibiciones vinculantes, de las que los individuos no pueden libe-

rarse. La norma (y el texto) no buscan aquí un fundamento preexistente, sino que son creadoras de Derecho.

G) De acuerdo con lo dicho, es fácil comprender ya la variedad de *destinatarios* de las normas:

a) Por lo que se refiere al Derecho penal (el más antiguo y popular de los Derechos), el caso no puede ser más claro: las normas penales, ni ordenan ni prohíben nada. Se limitan a decir lo que el juez (o el órgano correspondiente de la comunidad) tiene que resolver cuando se presente el caso.

b) Las normas de Derecho privado sí que mandan o prohíben y determinan las consecuencias de las conductas de los individuos. Pero tales consecuencias han de ser «aplicadas» por el juez, no por los ciudadanos. Los ciudadanos pueden vivir al margen de las normas civiles, y no pasa absolutamente nada si nadie acude al juez. Los ciudadanos, de común acuerdo, pueden autoliberarse del cumplimiento de las normas civiles. Es el juez, a requerimiento del interesado (y sólo en este supuesto), el que aplica la norma civil y determina las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

c) El caso de las normas de Derecho público ya es más complicado. Aquí, en último término, el destinatario también es el juez —y en ningún caso lo es el ciudadano, que se limita a cumplir o no cumplir—; pero, a diferencia de los supuestos anteriores, en estas materias interviene un nuevo agente, la Administración Pública, que está obligada a ejecutar las leyes y a vigilar e imponer que los ciudadanos las cumplan.

Importa, pues, precisar las distintas formas de realización del Derecho, ya que cada una de ellas tiene su destinatario propio:

— los ciudadanos «cumplen» (o no cumplen) las leyes administrativas: pueden hacerlo o no hacerlo, y por ello sólo son destinatarios indirectos;
— el juez «aplica» todas las normas y es su destinatario necesario y natural, y
— la Administración «cumple» (o no cumple) las normas civiles como cualquier individuo; cumple también las leyes administrativas cuando él es su destinatario (organización, desarrollo normativo); «ejecuta» las normas de Derecho público y, en fin, vela para que los ciudadanos y los demás poderes públicos cumplan las normas de Derecho público.

3. *Los individuos y el Derecho*

Con esta visión analítica y dinámica del Derecho puede evitarse el error de descalificar como no Derecho a una norma cuando le falten alguno de estos elementos, que es lo que sucede con las visiones tradicionales del Derecho.

Porque sucede que quienes consideran que la esencia del Derecho está en algún dato que nosotros hemos calificado como simple elemento, el individuo se cree en condiciones de expulsar del Derecho a tal norma, afirmando, por ejemplo, que la norma injusta o la norma ilegítima no es Derecho. Nuestra postura es mucho más modesta, ya que se limita a considerar que esa norma, aun siendo Derecho, tiene viciado alguno de sus elementos. Este respeto por las normas, aparentemente excesivo, y a primera vista positivista, tiene, sin embargo, importantes consecuencias:

a) Por lo pronto, permite la crítica de las normas y de los textos. El individuo puede objetar que están viciados en su fundamento, en su legitimidad o en su fin. De la misma manera que puede criticar un texto por considerarlo técnicamente imperfecto, literariamente tosco o gramaticalmente incorrecto. Puede decir que ese Derecho no es justo o legítimo.

b) Pero se puede hacer mucho más, desde este punto de vista, a la hora de practicarlo, si pensamos que el Derecho está en manos de la comunidad. Cuando se constata que un texto o una norma están viciados, los ciudadanos, según sea la calidad de su posición, pueden actuar de una forma mucho más enérgica que con la mera crítica, propia de los individuos no especialmente cualificados:

— los ciudadanos pueden no cumpliarlas, como con tanta frecuencia sucede cuando la norma no coincide con sus sentimientos propios (pago de deudas de juego, pago de alquileres superiores a los congelados);
— la Administración puede no ejecutarlas, como con absoluta habitualidad sucede (reglas de consumo, incompatibilidades de funcionarios), y
— y, en fin, y esto es lo más importante, el juez puede no aplicarlas.

IV. EL DERECHO PRACTICADO

En la página anterior se ha deslizado deliberadamente una frase capital, que ahora corresponde desarrollar: «el Derecho está en manos de la comunidad». Esto quiere decir que *cada uno de los elementos* del Derecho es disponible por todos o algunos de los agentes sociales, de tal manera que el resultado de esta manipulación —casuística, cotidiana y variable— será el «Derecho practicado», que es el único punto de referencia a que debe atenerse en última instancia el jurista. La relatividad que de aquí resulta es inevitable, pero ésta es la única postura realista y, en definitiva, lo que explica la insatisfactoriedad de las metodologías tradicionales.

Tal como ya se ha apuntado, las diversas «teorías» existentes no expresan, por lo general, sino un «deseo»; pero la vida no suele someterse a estos deseos

y la realidad va por otro lado, sin dejarse someter a esquemas intelectuales rigurosos. El Derecho —repetimos— es un fenómeno social demasiado complejo como para subordinarse a los voluntarismos subjetivos de los analistas. O más crudamente todavía: el Derecho no se deja expulsar de la realidad por una simple descalificación especulativa.

a) La potestad de crear Derecho es una cuestión metajurídica, estrictamente política, como se ha dicho al principio. Cada fuerza social pretende imponer su monopolio creador, que nunca consigue realizar, sin embargo, en términos absolutos. El legislador puede autoatribuirse la exclusiva en la producción de normas. Ahora bien: aunque así lo diga de forma expresa, la comunidad lo aceptará o no, y se practicará de hecho un Derecho que no siempre coincidirá con las leyes, incluso en los sistemas más autoritarios o de máximo control social. Quienes practican el Derecho (en cualquiera de las variantes reseñadas) se atendrán a las leyes o a otras formas de expresión del Derecho en la medida que puedan o quieran hacerlo. Lo que significa que determinadas normas y textos no serán practicadas a despecho de la voluntad del legislador: normas que no por ello dejarán de ser Derecho, aunque desde luego no serán Derecho practicado. Y de la misma forma se practicará siempre, en mayor o menor medida, un Derecho emanado de quien no se ha autoatribuido la potestad de hacerlo.

b) Por su parte, cada individuo es libre de aceptar o no la existencia de pautas de justicia superiores a las normas y a los textos. Podrá creerse o no que el Derecho es el producto de la voluntad de quien ha generado las normas y los textos; podrá aceptarse o no la preexistencia de un Derecho anterior y exterior a las normas y a los textos; podrá entenderse, en otras palabras, que las normas son el resultado de la búsqueda y hallazgo de ese Derecho preexistente o, por el contrario, entender que el legislador no busca, sino que declara el Derecho sin otra referencia y apoyo que su simple voluntad. Independientemente de estas actitudes, lo decisivo es que los agentes sociales, cada uno desde su posición, practicará el Derecho de acuerdo con sus convicciones, sometiendo los textos y las normas a determinados criterios libremente asumidos, con mayor o menor libertad, según la fuerza social de que disponga en cada momento.

El proceso de corporeización de las ideas es muy complejo, puesto que arranca de la evanescencia de la justicia, de la conciencia general y de los intereses generales, pasa por la legitimación política y social de la potestad de su determinación y finaliza concretándose en textos y normas precisos. Pero desde la norma a su realización todavía queda por recorrer un nuevo tramo no menos complejo, habida cuenta de que la comunidad manipula estas normas en cada instante de la vida.

Unos autores han puesto el énfasis del Derecho en el momento genético de su creación; otros, en el de su concreción, y otros, en el de su realización. En cualquier caso, se trata de segmentaciones convencionales de una misma realidad, que es, por naturaleza, inseparable. A unos les importará singularmente el Derecho practicado; a otros, el Derecho normado, y a otros, el Derecho preexistente a las normas. Todas estas actitudes son válidas con tal que se tenga conciencia de su parcialidad y subjetivismo. Conceptualmente podemos seleccionar un segmento del fenómeno jurídico y declararlo unilateralmente como lo único que es Derecho; y si tenemos fuerza para ello, podremos, efectivamente, expulsar o desconocer los otros segmentos. Pero es casi inimaginable que esta fuerza sea tan absoluta como para producir la exclusión total de lo marginado. La realidad se impone indefectiblemente en los intersticios de los principios absolutos, sean teóricos o políticos.

El Derecho es, en definitiva, un fenómeno inaprensible como consecuencia de un principio cinético elemental: cuando nos encontramos ante una realidad y la hemos analizado, en el tiempo que ha transcurrido durante el análisis, la realidad se ha transformado ya. El análisis jurídico sólo puede referirse, por tanto, a la historia del Derecho, y lo único que cabe determinar con relativa certeza son las reglas presumibles de esa evolución constante.

La consecuencia final de todas estas reflexiones es muy sencilla: No me atrevo a afirmar que exista una idea, un concepto del Derecho; lo que digo es que tal concepto es inaprensible. Lo único que podemos conocer (y con las limitaciones indicadas) son los elementos particulares de ese fenómeno en un momento histórico determinado, así como el proceso aproximado de su evolución y de sus interacciones.

Vistas así las cosas, resulta evidente la insatisfactoriedad metodológica del positivismo jurídico tradicional. El positivismo sólo es válido si se acepta voluntariamente la mutilación del fenómeno social del Derecho para atenerse a uno de sus elementos: por ejemplo, el texto. Con esta humildad metodológica es aceptable algo tan irreal como la teoría pura del Derecho o el Derecho justinianeo de la recepción medieval. La gran contradicción de los positivistas textuales radica, por tanto, en la circunstancia de que sus cultivadores invocan precisamente el sentido de la realidad. Y es el caso que cabalmente desde la realidad es como menos admisible resulta el positivismo textual, puesto que si la realidad es el Derecho practicado, nada más alejado de ello que los textos, como vamos a desarrollar someramente a continuación.

V. AUTOAFIRMACION DE LA LEY

Las fuerzas políticas que se expresan normativamente en la ley tienen conciencia de sus limitaciones reales, que intentan soslayar mediante declaraciones autoafirmativas de su supremacía sobre las demás expresiones normativas para robustecer así su propia fuerza.

a) La manifestación más corriente es, en efecto, esta declaración de supremacía, concretada en la reserva a la misma ley —es decir, al mismo poder político, de donde emana— de la facultad derogatoria, tal como hemos visto ya en nuestro Código Civil, donde se declara al tiempo el rango subordinado de las demás «fuentes del Derecho» (extremo este último que será desarrollado cuando estudiemos el valor de la jurisprudencia y la costumbre).

b) Pero la suspicacia, harto justificada, de la ley no se refiere sólo a la jurisprudencia y a la costumbre, sino que se extiende también a otras leyes pretéritas, cuando se trata de un texto codificado e incluso de una ley posterior respecto de las anteriores, que se preocupa indefectiblemente de derogar de forma expresa. La tradición excluyente de los textos codificados empieza en la Constitución justinianea *(De codice confirmando,* 4): «*Sicut omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere de caetero constitutiones ex veteribus codicis... incognitionalibus recitare certaminibus, se solis eidem nostro codice insertia constitutionibus decesse esse uti...*»

c) Precaución que se extiende a otros Derechos en las épocas en que los Derechos extranjeros se aplican habitualmente por tradición o contaminación. Así se declara en el *Liber iudiciorum* (lib. III, tít. I, Ley XIII): «*Alienae gentis legibus ad exercitium utilitatis imbui et permittimus et optamus: ad negotiorum vero discussionem, et resultamus et prohibemus. Quamvis enim eloquiis polleant, tamen difficultatibus haerent: adeo quum sufficiat ad justitiae plenitudem, et perscrutatio rationum et competentium ordo verborum, quae codicis huius series agnoscitur continere, nolumus sive romanis legibus, seu alienis institutionibus amodo amplius convexari.*» O en la versión romanceada del Fuero Juzgo: *De toller las leyes de los omes estrannos:* «Bien sofrimos, et bien queremos que cada un ome sepa las leyes de los estrannos en su pro; mas quanto es de los pleytos iudgar, defendemoslo, é contradezimos que las no usen, que maguer que y aya buenas palabras, todavia ay muchas gravedumbres, porque abonda por fazer iusticia, las razones, é las palabras, é las leyes que son contenudas en este libro. Nin queremos que daqui adelantre sean usadas las leyes romanas, ni las estrannas» (tradición que continúa en la Ley fin., tít. 6, lib. 1, del Fuero Real; Ley 15, tít. 1, de la Primera Partida; Ley 6, tít. 4, de la Tercera Partida, y Ley 1 de Toro).

d) Hasta las interpretaciones de los juristas resultan sospechosas, por lo que no se vacila en prohibirlas en la medida que pueden empañar la eficacia directa del texto, como hace Justiniano en la Constitución *Tanta* del año 523: «*Nemo neque eorum, que in preasenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint, audeat commentarios isdem legisbus adnectere... Si quis vero ambiguum fuerit viscum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex autoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari.*» Admonición que se recoge en las Partidas (1.1.14: añadido entre 1295 y 1312): «Declaramiento habiendo menester las leyes por dubda que en ellas acaesciere, naciendo a los homes muchos entendimientos sobrellas, esta declaracion no puede seer fecha si non por aquel que ha poder de las facer.»

Ahora bien: todas estas suspicacias y precauciones son la mejor prueba de la debilidad de las leyes. Cuando el poder político que las sostiene se debilita, también se debilita la fuerza de los textos, y, por muchas declaraciones formales que al efecto se hagan, no puede impedirse la emergencia de otras expresiones normativas ni la manipulación de los textos por todos los operadores jurídicos, como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente.

VI. LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Empleamos este término —por muy reiterativo y hasta cacofónico que parezca— para precisar una ambigüedad de la ciencia jurídica española. Porque entre nosotros no tiene la «jurisprudencia» el sentido romano y universal del conjunto de los fenómenos jurídicos o, al menos, de la doctrina de los prudentes, englobando así la producción de los jueces y de los juristas, sinc el muy estricto de las decisiones de los Tribunales. En el contexto de este trabajo, por tanto, jurisprudencia judicial es lo que de ordinario se entiende ahora en España por jurisprudencia a secas.

1. *La jurisprudencia judicial desde la perspectiva de la teoría de las fuentes*

La operatividad de la jurisprudencia suele ser contemplada desde la perspectiva de la teoría de las fuentes, bajo la que se encubre el problema de la metodología jurídica y, sobre todo, el de la ideología. Razones que explican la diversidad de pareceres.

a) Para el *positivismo legal,* la función del juez consiste estrictamente en la aplicación de las leyes, como si fuera la «boca de la ley». En otras palabras: su función se limita a resolver conflictos. La solución abstracta de todos los conflictos se encuentra ya en la ley, por lo que el juez sólo tiene que aplicarla y, a todo lo más, interpretarla. «La jurisprudencia —dice el artículo 1.6 del Código Civil— 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.»

La raíz política de esta actitud salta a la vista: el legislador no admite que los jueces le hagan competencia en su función de crear normas.

Ahora bien: esta limitación no suele ser respetada por los Tribunales, y la misma ley carece de autoridad para imponerlo realmente así. O mejor dicho: existe ciertamente un medio, que sólo en raras ocasiones se utiliza, a saber: la prohibición de que las sentencias sean razonadas. Cuando esto sucede, es claro que resulta imposible crear normas a través de decisiones judiciales. A estos extremos llegó el autoritarismo castellano desde finales del siglo XV: en la Nueva Recopilación (2.5.42) se recoge una disposición de 1489, conforme a la cual, en las Cancillerías de Valladolid y Granada habían de registrarse los votos «sin poner causas ni razones». Una práctica que, además de explicar la ausencia de colecciones jurisprudenciales de este reino, es subrayada con sorpresa por los autores, como puede comprobarse en el *Tractatus* de LORENZO MATEU (1677, cap. XII, 1, núm. 26): «*Praxis universi Regni Castellae, cum adiacentibus, in quorum Tribunalibus tam Supremis quam infimis, sententiae proferunt absque aliquo motivo, ratione vel causa.*»

Esta prohibición se extendió a Cataluña con el Decreto de la Nueva Planta, y, como en Mallorca no se observara, Carlos III, por Real Carta de 23-7-1778, ordenó a su Audiencia que se abstuviera de razonar, argumentando que las sentencias motivadas «dan lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen».

Prescindiendo de este mecanismo, el hecho es que el papel de nuestros Tribunales es mucho más importante del que le asigna el positivismo legal. Más aún: lo que en España funciona es cabalmente un exacerbado positivismo jurisprudencial, pues la práctica demuestra que, al abordar un caso, lo que los abogados indagan es la solución dada al mismo, o a similares, por el Tribunal Supremo, y sólo si no encuentran respuesta acuden al texto de la ley. Tal como ha dicho ALVARO D'ORS *(Escritos varios sobre el Derecho en crisis,* 1973, pág. 63), «pese al legalismo, nos encontramos con que, en última instancia, la doctrina pasada y actual del Tribunal Supremo es la fuente decisiva del Derecho, ya que de nada valen todos los códigos si aquel Tribunal

no quiere observar sus preceptos. El valor de la ley no pasa, en este sentido, del de un solemne consejo que se da a los jueces, pero que la voluntad del Tribunal Supremo puede rectificar impunemente... La ley queda burlada cuantas veces se quiere por la jurisprudencia oficial».

b) La postura radicalmente contraria se ha afirmado en el *Common Law,* donde se acepta, apenas sin excepciones, que las leyes no son Derecho hasta que no se ven confirmadas y aplicadas por los Tribunales, puesto que la creación del Derecho es patrimonio exclusivo de éstos. Lo que hay que entender con el alcance de que los Tribunales, además de resolver los conflictos, crean Derecho con primacía sobre la ley, que está a ellos subordinada. Una postura que, por lo demás, no es exclusiva del *Common Law,* ya que se acepta en cierta medida en el Derecho norteamericano y ha sido sostenida doctrinalmente en Europa por algunas escuelas desde fines del siglo pasado.

Actitud que revela una vez más, y como no podía ser menos, la matriz política en que estamos insistiendo. Porque el *Common Law* se afirma en Inglaterra en la Edad Moderna como instrumento frente al absolutismo monárquico (en contra ciertamente de sus orígenes, pues la justicia real es una creación de la Monarquía normanda como instrumento de dominación frente a las eventuales veleidades de los barones), y en el continente, el monopolio jurídico de la jurisprudencia es bandera de los sectores más radicalizados contra el absolutismo estatal del Imperio (como se aprecia, por declaración propia, en los representantes de la Escuela del Derecho libre).

Aunque también pueden operar circunstancias meramente técnicas. Tal como está poniendo de relieve la moderna historiografía del Derecho, en la Europa continental ejercieron los Tribunales un auténtico monopolio en la creación del Derecho durante los siglos XVII y XVIII, pero no por razones políticas, sino, mucho más simplemente, por la circunstancia de la ininteligibilidad de los textos legales. Frente a esta diversidad se afirmó el principio de que *consuetudo iudicandi facit ius* e incluso se generalizó su internalización a través de los llamados *usi forensi europei.*

c) En España, con todo, parece más realista aceptar que la jurisprudencia tiene por objetivo, además de resolver los conflictos individuales, crear Derecho junto con la ley, como sensatamente ha constatado VON BÜLOW: «El pueblo no crea sólo el Derecho por medio de la ley, sino por medio de la ley y de los Tribunales» *(Gesetz und Richteramt,* 1885, pág. 48). El positivismo legal pierde con ello ciertamente su base, y la ley, su monopolio; pero ello no significa la privación de la facultad normativa del Estado, que el poder político en ningún caso estaría dispuesto a consentir.

La conciliación de esta realidad con el principio autoritario del monopolio legal puede lograrse fácilmente mediante la ficción de asimilar a la ley las

decisiones judiciales, como hicieron ya los finos juristas españoles no castellanos del siglo XVII. SCHOLZ (en *Legislación y jurisprudencia en el Antiguo Régimen,* 1978) aporta abundantes testimonios de ellos. Así, el catalán TRISTANY *(Decisiones: 1686-1701,* I, 27, núm. 1): *«Sententiae Tribunalium supremorum vim leges habent»,* o el valenciano LEÓN *(Decisiones,* 1620, I, VII y VIII): «En el reino de Valencia se atribuye a las sentencias de la Audiencia valor de ley porque el Senado valenciano tenía el poder judicial derivado del rey.»

El hecho de que los Tribunales no resuelvan conflictos en sus sentencias, sino que meramente sienten doctrina, es una rara curiosidad que nos brinda el recurso en interés de la ley previsto en el artículo 101 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se advierte que «la sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre y fijará la doctrina legal».

2. *Decisionismo o búsqueda del Derecho*

Aun aceptando la función creadora del Derecho por parte de la jurisprudencia (y dando por supuesto que, pese a lo que diga el Código Civil, no se trata de una simple complementación del ordenamiento jurídico), el verdadero problema es el de determinar si la sentencia es un producto de la voluntad del juez o si, por el contrario, éste se limita a realizar una operación intelectual de búsqueda del Derecho *(Rechtsfindung)* en un acervo normativo anterior y exterior a él. El mismo dilema, por tanto, que se plantea cuando se examina la actividad del legislador.

Pues bien, para responder a esta cuestión hay que partir de los supuestos ideológicos y metodológicos de base, de los que, en definitiva, depende la solución:

a) Para el positivismo legal, el juez realiza una subsunción del caso concreto en la norma abstracta, con un margen de actuación en lo que se refiere a la interpretación de la ley y, en su caso, de la complitud de las eventuales lagunas del ordenamiento. Una forma, pues, muy limitada de creación del Derecho.

b) Para el decisionismo, el juez resuelve de acuerdo con su voluntad, orientada por la justicia del caso concreto, tal como él la percibe.

c) Para la *Rechstfindung,* el proceso consiste cabalmente en la indagación de lo que es el Derecho, que debe ser aplicado y que luego se exteriorizará en la sentencia. Pero con las siguientes precisiones:

— El objeto directo de la actuación del juez es el caso que ha de solucionar.

Para solucionarlo, busca la norma. Si en ella está prevista la solución, no hay ordinariamente problema.

— Si la norma es confusa, la interpreta. Si la norma tiene lagunas, las completa con los datos que le suministra la propia norma. La interpretación y la complitud de lagunas ya son operaciones, aunque menores, de creación de Derecho.

— El problema viene cuando la ley da una solución que el juez no considera adecuada a su caso. Aquí el juez puede adoptar una de estas dos actitudes: o bien ajustarse a la norma, acallando su conciencia, o bien disentir de la norma para dar una respuesta ajustada a su conciencia jurídica. En este segundo supuesto puede, a su vez, operar de dos maneras: o bien por pura decisión volitiva e instintiva, o bien como resultado de un razonamiento jurídico bastante complicado, basado en la convicción de que el Derecho buscado no se encuentra solamente en la norma, sino más allá, dado que la ley es una expresión, entre otras muchas, del Derecho trascendente. Por lo que si esta expresión no satisface, hay que remontarse a ese Derecho trascendente y anterior.

Este proceso ha sido descrito así por LARENZ *(Metodología de la ciencia del Derecho,* 1.ª ed. española, pág. 330): «La teoría aún dominante concede al juez, junto a la facultad de interpretar, sólo la de integrar lagunas. En los dos casos, el juez se mantiene aún dentro del marco dado por la ley, en cuanto que sólo de ella puede inferir los criterios de valoración. Pero, en la práctica, las cosas tienen otro aspecto. Los casos en los que, en base a un principio expresado en la misma ley —como la buena fe—, se desarrollan nuevos institutos jurídicos pueden considerarse como un desenvolvimiento del Derecho, que se halla todavía dentro del marco de la ley. Pero no es raro que los Tribunales limiten, amplíen o transformen una regulación legal, aunque sea ocultándolo con razonamientos aparentes, en base a criterios extralegales, como la naturaleza de las cosas o un principio jurídico-ético, que se impone en la conciencia general independientemente de la ley. Lo decisivo aquí es que el resultado esté en consonancia con el contenido de la conciencia jurídica general; dicho de otra manera: con el espíritu del orden jurídico. Este —y con él el Derecho— se desarrolla en el tiempo. La conciencia jurídica general es, en todo momento, más rica de contenido que la ley; contiene ideas jurídicas, criterios jurídico-éticos, ideas jurídicas concretas que no han encontrado expresión en la ley o sólo la han encontrado muy débilmente, a modo de insinuación.»

Más pormenorizadamente todavía —y tal como fue ya descrito por IHERING en 1861 y desarrollado modernamente por LARENZ—, el punto de partida de este proceso consiste, como se ha indicado, en la constatación de

que la norma estatal no aborda el tema (sin ser laguna) o lo resuelve de una manera que repugna al sentimiento jurídico del juez.

En esta situación, el juez busca afanosamente (si no quiere actuar por puro decisionismo) una base indiciaria para la solución considerada justa —que le va a servir de cobertura para su decisión—, bien sea en la doctrina o en la jurisprudencia (en alguna sentencia intuitiva y casuística no razonada o en un *obiter dicta)* o en la norma estatal escrita.

Con esta mínima cobertura pretextual se elabora un principio, y desde él se resuelve el caso. Con ello ha cumplido el juez su primer objetivo de resolver el conflicto individualmente planteado. Ahora bien: si el principio utilizado para resolver tal conflicto es aceptado, se integra luego en la conciencia jurídica general y se convierte en norma jurídica propia de una jurisprudencia consolidada. Es decir, que se ha creado Derecho, complementando, como dice el Código Civil, el ordenamiento jurídico. Pero, en realidad, no se tratará de una mera «complementación», ya que esta nueva norma, de origen jurisprudencial, puede entrar en conflicto con la norma legal e incluso prevalecer sobre ella.

VII. LA COSTUMBRE

1. *Permanente protagonismo de la costumbre*

Para el positivismo legal, es claro el valor marginal de la costumbre, que, tal como declara el Código Civil, no puede derogar la ley y sólo es aplicable subsidiariamente en caso de silencio de ésta. La cobertura formal de esta actitud es muy sencilla: se basa en la pretendida constatación de que en la vida moderna han perdido las costumbres su antigua importancia, dado que el expansionismo legislativo ha ocupado todos los espacios imaginables del ámbito de lo jurídico.

Y, sin embargo, las cosas no son tan simples. La lucha entre la costumbre y la ley es uno de los ejes constantes de la evolución del Derecho, que se ha manifestado en un doble dilema: políticamente, en la determinación de si el monopolio del Derecho está en manos del príncipe o del pueblo, y ontológicamente, en la determinación de si el Derecho se encuentra en la voluntad del príncipe o en esa conciencia jurídica general que se manifiesta en los usos del pueblo.

El último capítulo de esta tensión milenaria pareció haberse escrito en las controversias de principios del siglo pasado entre la Escuela Histórica y el movimiento codificador, que se decidió conocidamente en favor de éste.

Conste, no obstante, que la cuestión dista mucho de estar aún decidida, habida cuenta que, si bien es cierto que el legislador está ampliando inexorablemente el campo de sus regulaciones, no por ello —y quizá cabalmente por ello— ha desaparecido el riesgo de la desuetudo. Hoy más que nunca las leyes son desconocidas y no cumplidas por los ciudadanos, sin que de nada valga la enfática e ingenua declaración legal de que no prevalecerán contra ellas las costumbres y prácticas en contrario.

La sociología ha constatado que el *Boletín Oficial del Estado* es un almacén de trastos viejos, que ni los individuos quieren utilizar ni el Estado se atreve a poner en circulación. Y si el positivismo legal se empeña tozudamente en cerrar los ojos ante este hecho, no ha obrado así la doctrina, que, desde distintas perspectivas, ha intentado superar la contradicción elaborando (o resucitando) una nueva teoría de las normas, conforme a la cual sólo son normas jurídicas las que como tales son aceptadas o reconocidas por la comunidad (BIERLING); las leyes, en definitiva, no son más que propuestas que hace el Estado para la regulación de las conductas y la solución de los conflictos.

Vistas así las cosas, resulta palmaria la modernidad del tema de la costumbre, que no se resigna a permanecer en el modesto papel de arqueología jurídica que el positivismo le había asignado, y mantiene su protagonismo bien sea como criterio para definir lo que es Derecho (conforme acabamos de ver), bien sea por su capacidad de bloquear la aplicación de las leyes por desuetudo. La polémica sigue abierta, pues, en los mismos términos de siempre, o sea, en la lucha entre la voluntad política del Estado para imponer sus decisiones y la capacidad de resistencia de los individuos. Una cuestión que, en último extremo, y como ya sabemos, depende de la fuerza real que en cada momento histórico tienen los contendientes.

Y por otro lado, en fin, hay que reflexionar también, al hilo de consideraciones no menos viejas: por un lado, la doble función de la costumbre en cuanto dirigida primariamente a la resolución de los conflictos individuales, y de forma derivada, a expresar el Derecho, y por otro lado, la condición, escrita o no escrita, de sus formulaciones.

2. *La costumbre como criterio para solucionar conflictos y como expresión del Derecho*

La costumbre sólo llega a ser Derecho en la medida en que incide o sirve para la resolución de un conflicto jurídico individual. Por así decirlo, el juez que tiene en cuenta la costumbre para resolver un conflicto jurídico convierte una práctica social en Derecho.

Arrancando de la Edad Media, que es la edad de oro de la costumbre, ésta entra en el proceso como un hecho, que allí se constata mediante los *testimonii antiquoribus loci,* y posteriormente, por los escabinos o expertos en Derecho, que asesoran y colaboran con el juez.

Los efectos de tales constataciones se agotan en el proceso concreto. La prueba de la existencia de una práctica social ha de repetirse en cada proceso, sin que pueda extenderse a otros. Sin perjuicio de lo cual, es inevitable la tendencia a su generalización, o sea, a dar por existente lo que ya se ha probado en un proceso anterior. De esta manera, la labor de los escabinos y de los jueces se transforma en la formulación abstracta de reglas consuetudinarias aplicables en el futuro. Más aún: los escabinos —en cuanto conocedores de la costumbre local— podían pronunciarse sobre su existencia incluso fuera de un conflicto procesal, a efectos de aclarar dudas y evitar eventuales conflictos por ignorancia de ella (cfr. CALASSO, *Medioevo del Diritto,* págs. 211-212). Transformación que se extiende a la propia naturaleza de la costumbre, que se convierte de un hecho (decisivo para el conflicto) en una norma e incluso en una norma escrita, a partir del momento en que las sentencias se escriben.

Con lo cual, entra la costumbre en concurrencia con la norma escrita por excelencia, es decir, con la ley. La diferencia entre la costumbre y la ley ya no va a ser su condición de escrita o no escrita, sino el órgano de procedencia: en un caso, los Tribunales (incluso en la elaboración previa a las sentencias: los *lauda* o *laudamenta curiae)* y, en otro, el legislador. Diferencia que puede ser accidental, habida cuenta que con frecuencia también el legislador se limita, al igual que el juez, a constatar una práctica popular anterior, que el monarca se limita a recoger y formular con carácter general y abstracto, como veremos inmediatamente. En su consecuencia, en cuanto nos salimos de un proceso individualizado y nos colocamos en un plano normativo abstracto, surge el problema de las relaciones entre costumbre y ley.

3. *La costumbre como norma escrita («in scriptura recepta»)*

Junto a la costumbre practicada aparece, en un estadio evolutivo más avanzado, la costumbre recopilada, que, como acabamos de decir, es ya una norma escrita. Aquí actúan unos técnicos que la recopilan y escriben, y su prueba (y valor) dependen no de su práctica, sino de estar inserta en una colección.

Los impulsos recopiladores son diversos y numerosos:

— En unos casos, lo que se pretende es presentar al monarca o señor un repertorio de costumbres, que han de ser juradas antes de tomar el señorío. El primer testimonio conocido es el de Berengario y Adalberto, rey de Italia, a las costumbres recopiladas de Génova en 958. Una garantía que, por cierto, terminaría degenerando hasta convertirse en algo contrario, a saber: la necesidad de la *approbatio* de tales recopilaciones por el monarca. Juramento que podía también exigirse al *podestà* antes de tomar su regimiento.
— En otros casos, la recopilación tiene carácter privado, y lo que con ella se pretende es orientar a los Tribunales, e incluso a los interesados, para que puedan resolver los conflictos surgidos. Este carácter e intención tienen casi todas las recopilaciones supralocales, como las del *Libro del Consulado del Mar.*
— Hay recopilaciones realizadas y, por ende, aprobadas por el propio monarca, como las del Fuero Real, que adquieren así el carácter formal de ley regia.
— Las más importantes fueron, con todo, las recopilaciones realizadas por algún jurista eminente, de carácter, por tanto, rigurosamente privado, pero que, como consecuencia de la autoridad personal del autor y de su utilidad —y habida cuenta también de lo borroso, en la época, de la distinción de lo público y de lo privado, y aun de otros conceptos que hoy nos parecen fundamentales—, valieron al tiempo como recopilaciones consuetudinarias, como textos legales y como tratados doctrinales, marcando sustancialmente el destino jurídico medieval. Entre ellas se encuentran las de EIKE VON REPKOW en Alemania, las de BEAUMANOIR en Francia y BRACTON en Inglaterra.

Sin olvidar, por otra parte, que las primeras legislaciones bárbaras (y no sólo ellas) no conciben la ley como una expresión de la voluntad del monarca o del concilio redactante, sino como concreción y recepción (e incluso redacción en lengua latina) de las costumbres primitivas, que empezaban a olvidarse como consecuencia de las emigraciones y cambios de vida. Así, en el Edicto de Rotario (643) se advierte que se ha recogido lo que «*per subtilem inquisitionem de antiquas legis longobardorum tam per nosmetipsos quam per antiquos homines memorare potuimus*». Como éste es igualmente el sentido de las ordenanzas locales iniciales.

Vistas así las cosas, el análisis ha de articularse a lo largo de una serie de variantes, que operan simultánea o sucesivamente en un mismo período histórico.

A) *«Consuetudo ex autoritate legis»*

La primera posibilidad es la de que la ley, autocalificándose de soberana, haga un hueco a la aplicación de la norma consuetudinaria para que, con arreglo a ella, se resuelva el conflicto jurídico. En otras palabras: la ley se remite a la costumbre para resolver el conflicto, prestándole su autoridad.

En los ordenamientos jurídicos primitivos así sucede con habitualidad. El Edicto Rotario ordena a los jueces que, en determinados casos, resuelvan «*secundum antiquam consuetudinem*». Y el Edicto de Liutprando se remite a «*sicut anterior fuit consuetudo*».

Esta remisión a la costumbre suele realizarse en ausencia de disposición legal; pero en ocasiones el legislador confiesa que si admite la costumbre es por la sencilla razón de que el monarca no tiene fuerza para excluirla. Así, el Edicto de Liutprando se manifiesta en contra del duelo como medio probatorio, pero termina aceptándolo, aunque sea con repugnancia: «*Sed propter consuetudinem gentis nostrae longobardorum legem ipsam vetare non possumus.*»

Cuando el legislador no es tan prudente y no quiere o no puede aceptar la costumbre que le repugna, se produce un conflicto que no tiene salida, ya que si los litigantes se niegan a aceptar las fórmulas procesales legales, el conflicto no puede resolverse por los cauces oficiales.

El mismo caso del duelo nos ofrece un ejemplo ilustrador de lo que estamos diciendo. Conforme cuenta AQUILINO IGLESIA (pág. 196), en el año 1019 tuvo lugar en Cataluña un litigio en el que una de las partes propuso la prueba de *fideiiussores,* conforme al *Liber iudiciorum* vigente a la sazón en Cataluña, y que no admitía la prueba por duelo ni por ordalía. La otra parte, en cambio, rechaza este medio probatorio y propone el que era propio de la mentalidad de la época, o sea, el duelo: «*Facere bellum per militem suum cum altero milite domnae Eremessendis, ut utriusque desertantibus unus victor effectus patuisset cuius iuris debebat esse quod requierebat.*» El demandante se opone, a su vez, a esta prueba, ateniéndose estrictamente a las reglas legales: «*Quod Lex Gothia non jubet ut per pugnam discutiantur negotia.*» El resultado inevitable es que el proceso se frustra, puesto que el *Liber,* desaparecido el reino visigodo, es ya formalmente inmodificable. Aquí no puede hablarse, pues, de un triunfo de la ley sobre la costumbre, o viceversa. El conflicto normativo, conforme habíamos indicado, no tiene salida, y la consecuencia es el abandono del cauce público de su solución.

Conste en cualquier caso que las remisiones legales a la costumbre siguen

utilizándose de manera habitual en las leyes modernas, tanto en el Código Civil como en las leyes administrativas (aguas, aprovechamiento de bienes comunales, etc.).

B) *«Lex per consuetudinem confirmata»*

La ley tiende, como acabamos de ver, a autoafirmar su prevalencia sobre la costumbre, a la que concede, a lo sumo, un hueco expreso de aplicación. Pero, en la práctica, no menos frecuente es el caso inverso, o sea, que la costumbre es dueña de la ley, dándole o denegándole vigencia. Una ley, en otras palabras, vale sólo en tanto en cuanto es cumplida y aplicada.

La doctrina moderna se niega de ordinario a reconocer esta realidad amparándose formalmente en la primera frase del artículo 2.2 del Código Civil: «Las leyes sólo se derogan por otras posteriores.» Dogmatismo que impide explicar el hecho inconcluso de que existen innumerables leyes que ya no se aplican, no obstante que no hayan sido derogadas por otras posteriores. Los juristas positivistas dejan así en el aire un fenómeno común, con desprecio absoluto de la realidad.

Y, sin embargo, incluso dogmáticamente el fenómeno tiene su explicación: y tiene que tenerla necesariamente para un jurista realista. Lo que, en rigor, dice el Código Civil es que las leyes sólo se «derogan» por otras posteriores. Pero la derogación no es la única forma de pérdida de aplicación de una ley, puesto que existen otras variantes, y entre ellas, el desuso o rechazo consuetudinario *(in desuetudinem venire)*. En otras palabras: puede admitirse la literalidad del Código Civil con tal que se entienda en el sentido dicho de restringir su ámbito a la fórmula estricta de la derogación, pero permitiendo el desuso, que no es derogatorio —no hacer perder la vigencia—, pero sí povoca la pérdida de aplicación. Puesto que vigencia y eficacia son dos efectos jurídicos perfectamente diferenciables.

De esta forma puede salvarse, con una hermenéutica moderna, la contradicción, antes subrayada e inadvertida por la doctrina dominante, entre una disposición normativa del Código Civil y una realidad incuestionable. No obstante, si nos remontamos (como aquí se está haciendo) a la historia, la explicación resulta mucho más fácil.

En las épocas de debilidad del Estado (del monarca autor de la ley), esta debilidad del órgano emanente contamina la fuerza de la ley, de tal manera que, pese a cualquier otra declaración de la propia ley, lo que predomina es la costumbre. La ley adquiere rango jurídico, es decir, entra en el mundo del Derecho gracias cabalmente a la confirmación de la costumbre y, además, entra con el rango y fuerza que la costumbre quiere darle. Hay incluso una

formulación clásica de ese principio en el Edicto de Graciano (I, d. 4, c. 3): «*Leges instituuntur cum promulgantur, cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrario nonnullae* [varias] *leges hodie abrogata sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur.*» O, en los términos del Fuero Juzgo (1.2:4), la ley «deve ser guardada segund la costumbre de la ciudad».

Y, sin llegar a este extremo, la incidencia de la costumbre posterior sobre la ley se manifiesta en múltiples términos y grados:

— Por lo pronto, la costumbre es la mejor intérprete de la ley, conforme había indicado ya PAULO (D. 1.3.37): «*Optima enim est legum interpres consuetudo.*»
— Y, por supuesto, así sucede en especial en los casos de ambigüedad de la ley, según había precisado CALLISTRATUS (D. 1.3.38): «*Nam Imperator noster Severus rescripsit in ambiguetatibus quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum vin legis obtinere debere.*»
— En los textos jurídicos medievales aparece continuamente una cláusula de estilo conforme a la cual los jueces han de resolver «*secundum legem et consuetudinem romanorum*».
— Un ejemplo ilustrativo del valor de la costumbre aparece en el *Liber Papiensis* (siglo XI). El comentarista tiene que habérselas con dos textos contrarios, igualmente vigentes, de los Edictos de Liutprando y Rotario, y termina decidiéndose por aquél: «*Quia lex illa magis in uso habetur, lege ista est valentior.*»

En el caso catalán, que anteriormente ha sido descrito, hemos podido comprobar un supuesto de contradicción que no se resuelve por prevalencia, sino por exclusión recíproca o bloqueo del mecanismo oficial de solución de conflictos.

C) «*Consuetudo ex lege silente*»

La expresión más habitual de la autoafirmación de supremacía de la ley respecto de la costumbre consiste en una remisión a ella únicamente en los supuestos no regulados por la ley remitente.

Anteriormente hemos visto cómo hay casos en los que la ley renuncia deliberadamente a regular una materia y se remite a la costumbre a través de la técnica de lo que hoy denominamos reenvío no recepticio; es decir, la norma consuetudinaria, aun conservando su independencia, queda integrada en la norma que reenvía. Ordinariamente, sin embargo, la remisión no se refiere a puntos concretos, sino que es una cláusula de estilo aplicable a todas las

costumbres hipotéticas, a las que se da el valor de derecho supletorio (en términos modernos). A tal propósito hay un texto inequívoco de ULPIANO (D. 1.3.33): «*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*» Principio que se mantiene en la Edad Media: «*Ubi lex deest, praecellat consuetudo et nulla consuetudo superponatur legi*» (*Capitular Italicum* de PIPINUS). Postura que conocidamente ha sobrevivido en el artículo 3.3 del Código Civil: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte aprobada.»

La aceptación de la costumbre en el Código Civil es, como vemos, condicionada: una cautela o prevención que viene de muy lejos, ya que aparece nada menos que en la interpretación a la Ley 5.20.1 del Código de Teodorico, y que se recoge luego en la *interpretatio* del *Liber iudiciorum* (lib. V, título XXII) en los siguientes términos: «*Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur.*» Y de allí pasa a los capitulares francos. El recelo de la ley tiene una explicación muy sencilla y se origina no tanto por las desviaciones populares propiamente dichas como por los «malos usos» de los nobles, que tendían a imponer cargas no toleradas, desviando el orden jurídico de las monarquías. Tan es así, que una de las grandes luchas jurídicas y sociales de la Edad Media estribaba cabalmente en el esfuerzo del monarca por depurar el ordenamiento, con objeto de eliminar estos malos usos, incesantemente eliminados y reproducidos con el mismo tesón en cuanto los nobles tenían la oportunidad de imponerlos por su cuenta. AQUILINO IGLESIA nos da cuenta de muchos testimonios en este sentido durante la Edad Media catalana. Aprovechando, de ordinario, la ocasión de las cartas de población, se garantiza a las comuniddes la exención de los malos usos tradicionales. Así en la carta puebla de Cardona (986): «*Non computetur nullus omo per nullum censum, nec per nullum malum exemplu, nec per nullum malum vitium*», o en otra carta puebla de 1025: «*Censum redimimus et modis omnibus extirpamus, necnon ipsas vestras res supradictas ad status pristinum quem aliquo tempore melius habuerunt instuitu pietatis reducimus.*»

El cauce normal, sin embargo, para la eliminación de los malos usos, de las *consuetudines noxial,* es en el trámite de la *approbatio* real. Esta precaución proviene del Derecho canónico: los pontífices y obispos ejercen un control riguroso sobre las *consuetudines,* declarándolas, según los casos, *licitae, lonae.*

D) *«Consuetudo versus lex: lex superior»*

La tensión alcanza su mayor altura cuando, desde estos planteamientos, surge, como no podía ser menos, un choque frontal entre la costumbre y la ley, y se hace inevitable tomar una decisión jerarquizadora al respecto. Ni qué decir tiene que la ley, como estamos repitiendo, tiende a afirmar su supremacía.

En el Derecho romano, a partir de Constantino, una vez que la ley es expresión de la voluntad imperial, era claro que había de prevalecer sobre la costumbre: *«Consuetudinis ususque longaevi non vilis autoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem»* (a. 319; C. 8.52). Lo que ya había sido teorizado en un texto de ULPIANO (D. 1.4.1), copiosamente citado durante los siglos posteriores e incluso hasta en la actualidad: *«Quod principi placuit, legis habet vigorem; ut pote cum lege regia, quae de imperio eius laa est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferal.»*

En el siglo XII se reiteran los textos contundentes: *«Consuetudo longa tamtum valet quantum lex, si ipsa non est contra legem. Set si ipsa est contra legem, non valet et non debet teneri» (Summa Codicis,* hacia 1140, 8.50.1); *«Cum de iusticia et consuetudine contenditur inter idiotas legisque peritos, consuetudo iuris, nescia, errore nata, recedat, iusticia vero in omnibus iudiciis vigorem habeat» (Exceptiones Petri legum romanorum,* hacia 1120, 4.10).

E) *«Consuetudo legis aequalis»*

Si para el legislador la cuestión suele estar clara, puesto que, por razones obvias, tiende a afirmar su propia superioridad, la realidad no es tan sencilla ni mucho menos, y ya hemos visto antes ejemplos de la extraordinaria fuerza de la costumbre, que llega a incidir sobre la misma ley.

El texto de ULPIANO es realmente inequívoco; pero no hay que olvidar la época, relativamente tardía, de su aparición. Para los juristas anteriores, otra había sido la fuerza de la costumbre e incluso se había teorizado cumplidamente su posición equiparada a la ley. En el Digesto (1.3.32) aparece una opinión exactamente contraria, cuya conciliación resultaba imposible mientras no se operara con un criterio histórico de interpretación. SALVIO JULIANO dice: *«Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur... Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, queam quod iudicio populi receptae sunto, merito et ea* [por la misma razón] *quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam uid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam*

iluum receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consenso omnium per desuetudinem abrogentur.» Y un poco más adelante hay otro texto similar de HERMOGENIANUS (D. 1.3.35): *«Ea quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimus observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.»*

Este hilo antiautoritario fue recogido, como sabemos, por el Derecho canónico y terminó prevaleciendo en la Edad Media a propósito de la jerarquía de fuentes locales (consuetudinarias) y monárquicas, conforme examinaremos más adelante. Pero conste que también se recogió así en leyes generales, empezando por las Partidas (1.2), que en su redacción de hacia 1265 dicen así: «Costumbre antiogua que val tanto como ley, a que dicen en latin consuetudo»; y en términos aún más enérgicos en su redacción de hacia 1325: «Embargar no puede ninguna cosa las leyes... sino tres cosas: la primera, uso; la segunda, costumbre; la tercera, fuero.»

En definitiva, la tensión entre costumbre y ley no puede nunca resolverse con criterios jurídicos. La prevalencia de una sobre otra dependerá de la fuerza que en cada momento histórico tenga el sector social que le haya producido: si el monarca es fuerte, prevalecerá la ley, y prevalecerá la costumbre si el pueblo puede imponer su voluntad sobre la del monarca. Y todo ello por encima de las declaraciones formales que hagan las normas, puesto que, inevitablemente, cada una autoafirmará su supremacía. Esta raíz metajurídica, este peso del poder político fue captado ya y definido con exactitud en el siglo XII por JUAN HISPANO en su *Glossa al Decreto* (hacia 1180): *«Si est (consuetudo) contra iuspositivum, tunc secundum dominum Lau (rentius Hispanus) et ius sequaces optinet consuetudo (et inducebat pro D. 1.3.32; C. J. 1.17; Nov. 82). Dominus Pla(centinus) fuit incontraria sententia, quia dixit, senper consuetudinem iuri succumbere (et inducebat pro C. J. 3.52.2; D. 22.1.1: Dig. 47.12.3 y 5). Et hoc dixit magister maxima ratione, quia sicut solius principis est condere legem, ita eius solius est ipsam abrogare... Ad illam de quibus, que videtur eius sententiam destruere, respondet illam legem tempore illo habuisse, quando populus potuit condere leges. Sed hodie potestas condendi leges est in imperatorem traslatata (I. 1.2.6), et ideo lex principis per contrarium populi consensum abrogari non potest.»*