
JUAN ANTONIO SARDINA-PARAMO
(Santiago de Compostela)

**Sobre la función de la Filosofía del Derecho
en la realidad jurídica española
(1960-1974)**

1. PRENOTANDOS.

Enunciar cuál *debe ser* la función de la Filosofía del Derecho en la actualidad comporta un juicio de valor científico que excede de las posibilidades de un investigador en período de formación, permaneciendo reservado, por su propia naturaleza, a instancias superiores. Sí cabe, en cambio, hacer algunas reflexiones sobre la función que la Filosofía del Derecho desempeña *de hecho* en la actualidad.

Una de las más importantes misiones de la Filosofía del Derecho es, sin duda, la de proporcionar el fundamento del Derecho positivo. De lo cual se sigue que, además, ha de servir al Derecho positivo de complemento en las diversísimas situaciones jurídicas para las que éste no ha previsto norma exacta.

Es doctrina común que esta misión es propia de la Filosofía, enunciada ya desde Alcidas (1). Y en la actualidad puede constatarse que no le ha sido arrogada por los propios cultivadores de la Filosofía jurídica. Los investigadores del Derecho positivo solicitan que la Filosofía del

(1) ARISTÓTELES: *Retórica*, 1406 b.

Derecho cumpla esta misión. Castán Tobeñas (2) expresa la exigencia de que "cuando el Derecho positivo... agota sus soluciones, corresponda al Derecho natural, como fuente suprema e inagotable, la misión de suplir sus vacíos y ser única norma orientadora del Juez". Hernández Gil (3) expresa que si bien el Derecho natural "no puede implicar la solución detallada de los distintos problemas particulares que se plantean a la ciencia del Derecho", sí puede "otorgar al Derecho la dignidad de lo racional". De Castro (4) afirma que "el Derecho natural es la base del Derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la ley eterna y corresponde a la verdadera naturaleza del hombre". Albaladejo (5) define los principios generales del Derecho como "aquellas directrices que derivan de la Justicia tal como se entiende por nuestro Ordenamiento jurídico", y más adelante expone la necesidad de acudir "a los principios de Justicia, o de Derecho (en abstracto) justo". Lacruz Berdejo habla de un Derecho suprapositivo, "sin duda guía del legislador, contraste y medida de la justicia de un ordenamiento concreto" (6). La tesis que reflejan estas afirmaciones viene a ser doctrina común entre los civilistas. Como puede apreciarse, las instancias a que se remiten son diversas, pero tienen en común el ser filosóficas.

La misma confianza en esta plenitud del ordenamiento jurídico está en el legislador, en textos como "quod legibus omissum est, non omitetur religione iudicantium" (7). En similar forma se expresa el legislador español al prescribir, en el artículo 6 de la primera redacción del Código Civil: "El tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, insuficiencia u oscuridad de las leyes, incurrirá en responsabilidad". Se reconoce así la existencia de "lagunas" en el Derecho positivo, pero

(2) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, t. 1, vol. 1, 11.ª ed., Madrid, 1975, págs. 47 y ss. Cfr., del mismo autor, *En torno al Derecho Natural*, «Universidad» (Zaragoza), 1940 (17/2), págs. 47-97; y *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947, págs. 173 y ss., que es un antecedente de la tesis mantenida en el manual.

(3) Cfr. su *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 70; y su *Panorama y significación de la doctrina del Derecho Natural*, «Revista de Derecho Privado», 1944 (28), págs. 381 y ss.

(4) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España. Parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 466.

(5) ALBADALEJO, Manuel: *Derecho civil*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1973, pág. 83.

(6) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 58.

(7) Dig. 22, 5, 13.

con esta prohibición del *non liquet* se establece la plenitud del ordenamiento jurídico (8). No se trata de que el juez no pueda constatar la existencia de las circunstancias aludidas, sino de que no puede alegarlas para denegar la justicia; lo que es tanto como decir que existe un orden de justicia superior al ordenamiento estatal, pleno y omnicompreensivo de la realidad social.

Es nuestro propósito analizar cómo ha cumplido la Filosofía del Derecho esta misión en los últimos quince años, en la realidad jurídica española; entendiendo que los dos grandes momentos en que viene a realizarla son el legislativo y el judicial, manifestándose en el primer momento como informadora de las leyes, y en el segundo, como investigadora de la plenitud del ordenamiento jurídico.

2. FUNDAMENTACIÓN POSITIVO-LEGAL.

Antes, no obstante, de entrar en materia, bueno será examinar la fundamentación positiva, caso de existir, de esta intervención de la Filosofía jurídica en el ordenamiento, y los términos en que se expresa. En general, el legislador no ha querido hipotecar su libertad, al menos hasta poco ha, y, por tanto, no ha usado, en general, de fórmulas en este sentido. La Constitución de Cádiz establece únicamente que las leyes que protegen la religión católica han de ser "sabias y justas" (9), sin decir nada de las demás. Nada se dice en la Constitución de 18 de junio de 1937, ni tampoco en las de 1845 (10), 1856, 1869. En el proyecto de *Constitución Federal de la República Española*, de 1873, fuera del texto articulado, y a guisa de exposición de motivos, se inserta una breve declaración de derechos, que se definen anteriores y superiores a toda legislación positiva. Nada nuevo añade la Constitución de 1876. La *Constitución de la República Española*, de 1931, se dice que "el Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su Derecho positivo" (11); norma que, en principio, parece sancionar el viejo Derecho de gentes, pero que creo tiene en la realidad un alcance mucho más limitado.

(8) Al respecto puede verse el interesante y muy completo estudio de RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M.^a: *El principio de la plenitud del ordenamiento jurídico estatal*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1973 (62/3), págs. 249-256.

(9) Art. 12.

(10) Cfr. *Constituciones y leyes fundamentales de España (1808-1947)*, prólogo de Luis Sánchez Agesta, Univ. de Granada, 1954. En esta edición hemos visto las diversas constituciones citadas.

(11) Art. 7.

En las leyes fundamentales actualmente vigentes no encontramos mucho más. La *Ley de Principios fundamentales del Movimiento Nacional*, en su artículo 3.º establece la nulidad de las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino. En el principio II se dice que la doctrina de la Santa Iglesia Católica Apostólica y Romana “inspirará su legislación” (de la nación española), y en el VII dice que el pueblo español está unido “en un orden de Derecho, informado por los postulados de autoridad, libertad y servicio”. En leyes de menor rango tampoco encontramos mucho más; el Fuero del Trabajo, en su exposición de motivos habla de “renovar la tradición católica de justicia social y alto sentido humano que informó la legislación de nuestro glorioso pasado”. Por fin, en la Ley Orgánica del Estado se regula el recurso de contrafuero (12).

En la legislación de Cortes únicamente existe a estos efectos el tenor del apartado II del artículo 2, que establece que los Procuradores en Cortes “deben servir a la nación y al bien común”. Esto es particularmente importante, pues es el estatuto personal, por decirlo así, del legislador.

Como puede apreciarse, la tradición es casi unánime en los dos últimos siglos. No es que no se hayan oído voces en contrario. Así diría Aparisi y Guijarro en el Parlamento, como digo yo mismo, que “no profeso esas doctrinas serviles; las Cortes con el rey no lo pueden todo, sólo pueden ordenar lo justo” (13), siguiendo la tradición del obispo de Barcelona en las Cortes de Tortosa de 1442 “e es manifest que la natural raho troba e strini la ley e dona forma a aquella, e la ley adquisita no dona la natural sino tant com dobla la sciencia del hom discret e dotat en lo natural” (14). Pero estas voces y tantas otras no encontraron adecuado eco en plasmación legislativa.

Se podrá objetar que en algunas de las antedichas declaraciones pueden encontrarse elementos que permitan fundar, con base al ordenamiento positivo, la tesis de que la filosofía jurídica está llamada a informarlo. Pero estos elementos prescinden, en particular, de la esencial

(12) Arts. 59-66.

(13) *Discurso en el Congreso* de 17 de febrero de 1859, en sus «Obras», t. 2, Regeneración, Madrid, 1873, pág. 44.

(14) Cfr. *Cortes de los antiguos reinos de Aragón y Valencia y Principado de Cataluña*, t. 21, Academia de la Historia, Madrid, 1915, pág. 45.

libertad que ha de concederse al filósofo del derecho para orientar su investigación, y, por tanto, no constituyen base suficiente para afirmar que el legislador ha encomendado esta misión a la filosofía jurídica.

Sin embargo, en la actualidad parece que el legislador español ha asumido el compromiso de incorporar la filosofía del derecho a la actividad legislativa. Al menos en este sentido creo ha de interpretarse el apartado 4 del artículo 1.º del Código Civil, en su actual redacción, evidentemente más completa. "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, *sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*". Carácter informador que parece darse por supuesto, pero que tiene aquí su primera consagración legislativa. En la exposición de motivos del Decreto que aprueba el texto articulado de la nueva redacción (15) el significado es más modesto. Se habla de que los principios generales del Derecho, además de desempeñar el cometido de fuente subsidiaria (único en que cumplen función autónoma), "*pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre*". El texto es innecesariamente confuso, y el problema, por ende, no está claro. Sin embargo, a nuestro entender, existe base suficiente en el texto articulado para afirmar que la misión informadora de la Filosofía del derecho está reconocida por el legislador.

3. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TAREA LEGISLATIVA.

Aparentemente, en la práctica el papel informador del ordenamiento jurídico ha sido desempeñado por la Filosofía en muy escasa medida en los últimos años. Las exposiciones de motivos de las leyes promulgadas en esta última quincena adolecen de falta de inspiración iusfilosófica expresa. Más concretamente, falta en leyes de tal envergadura como la Ley Orgánica del Estado, la Ley General Tributaria y otras de cierta importancia sustantiva.

Sin embargo, en dichas leyes, se atiende buen número de veces a argumentaciones iusnaturalistas o basadas en la Filosofía, más o menos tácitamente. En general la tipología de los cauces de introducción de motivaciones más o menos filosóficos viene girando sobre la necesidad de adecuación a determinados principios constitucionales, la adecuación a la vida social o a los cambios sociales y razones dimanadas de la contextura de la sociedad, expresada de diversas formas.

(15) Decreto 1836/1974, de 31 de mayo («B. O. E.» 9 de julio). Es bien sabido que, en realidad, se trata de un texto articulado basado en la ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del título preliminar del Código Civil.

Así pues, la cuestión no es clara. Estamos ante un casi reconocimiento tácito y una ausencia, casi general, expresa. Para tener conclusiones más ciertas será necesario acercarse más a la experiencia.

Ante todo, la virtualidad de la obligación del legislador en cuanto a inspirarse en determinados principios queda constreñida a una esfera política o moral (en el más amplio sentido de ambos términos), sin que pueda tener efectos en el campo de la aplicación judicial. Así, dice nuestro Tribunal Supremo "Los principios morales, religiosos o de Derecho natural o internacional aparte de su explicable imprecisión (?) y carácter frecuentemente admonitivo... no son, en sí mismos, fuente jurídica propia..., sino exclusivamente y cuando corresponda según la naturaleza y origen de las diversas reglas, fuente mediata y, en tal concepto, inspiradores de la normativa estatal, pero carentes de aptitud para ser hechos valer judicialmente... Los preceptos positivos de rango constitucional... no van dirigidos al juez, sino al legislador y orientados, en consecuencia, a informar leyes futuras en revisión de las actuales" (16). En otras ocasiones nuestro Tribunal superior de Justicia ha afirmado que posee competencia para enjuiciar la adecuación de un precepto al "espíritu de los principios universales rectores del derecho en general" (17), pero ordinariamente esta competencia parece restringirse a los casos en los que existe adecuación entre el precepto y el principio. Así pues, no cabe sino interpretar lo dicho en las sentencias sobre la obligación como un *obiter dictum* y entender que el Tribunal Supremo no reconoce cauce para exigir el mínimo efecto de la obligatoriedad antedicha: la nulidad de pleno derecho de la norma o acto afectados por esta discrepancia. A estos efectos cabe únicamente el recurso —de naturaleza indubitablemente política— de contrafuero.

En cuanto a la propia experiencia legislativa en sí, ya hemos dicho que la mención a la filosofía jurídica o a temas de la misma falta en muchas leyes en las que debería aparecer. Añádase a las citadas la Ley de regularización de balances (18), en la que se prescinde totalmente (tanto en la exposición de motivos como en el texto) del valor "verdad", siendo así que es el más importante de los que la referida Ley debería tender a salvar.

(16) T. S. 22 nov. 1967.

(17) T. S. 22 nov. 1967.

(18) Ley 76/61, de 23 de diciembre.

Hay que decir que en general no se suele aludir a las fuentes de inspiración de la ley; y no son muy frecuentes los casos de confesiones del legislador a este respecto. Algunas, empero, pueden constatarse. Así la Ley sindical reconoce haber tenido como informadores a cuatro elementos: "los dimanantes de la experiencia adquirida a través del proceso evolutivo del movimiento sindical español, los impuestos por la exigencia de adecuar su marco legal al orden institucional definido en las Leyes Fundamentales..." (19). Aparentemente esta *exigencia* se mostraría como una barrera impuesta a la libre actuación del legislador; la propia Ley explicita que no es así, que el legislador tiene "completa y exacta conciencia de la necesidad de adecuar el marco jurídico-legal del Sindicalismo a las exigencias derivadas del orden constitucional resultante de las Leyes Fundamentales".

Más frecuente es, empero, que no se aluda a la inspiración, sino a la finalidad de la ley. En este punto dice la Ley de propiedad horizontal: "Si bien el punto de partida y el destino inmediato de las normas es regir las relaciones humanas, para lo cual importa mucho su adecuación a las concretas e históricas exigencias y contingencias de la vida, no hay que olvidar tampoco que su finalidad última, singularmente cuando se concibe el Derecho positivo en función del Derecho natural, es lograr un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia, la cual, como virtud moral se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las determinaciones del legislador, que siempre han de hallarse limitadas y orientadas por ella" (20). En el mismo sentido abunda la Ley de Prensa e Imprenta, hablando de la "labor constante y cotidiana de acometer la edificación del orden que reclama la progresiva y perdurable convivencia de los españoles dentro de un marco de sentido universal y cristiano, tradicional en la historia patria" (21). Por cierto que la misma Ley habla a continuación de que "la estructura básica y los muros maestros del sistema jurídico que con la presente Ley se trata de instaurar no han sido configurados, sino después de ponderar los diversos factores y las diversas fuerzas e intereses que en la realidad social regulada entran en juego. Aunque la expresión parecía dar pie a una interpretación en sentido de pacto o compromiso, la propia Ley se explicita sobre estos factores enumerando la libertad de la persona, el bien común, la paz social y el recto orden de convivencia para todos los españoles. Todas

(19) Ley 2/1971, de 17 de febrero.

(20) Ley 49/60, de 21 de julio.

(21) Ley 14/66, de 18 de marzo.

ellas instancias sobre las que la filosofía del derecho ha de pronunciarse inexcusablemente.

En otras ocasiones, esta finalidad de la Ley se restringe. Así alude a la justicia social la Ley sobre arrendamientos urbanos: "El movimiento liberalizador de la propiedad urbana ha de atemperarse a las exigencias ineludibles de la justicia social, que constituyen la médula y razón de ser de nuestro régimen político" (22). La Ley de funcionarios de la Administración Local habla de "inspirarse en principios de justicia social" (23). La Ley de fondos nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro es más explícita: "con la presente ley, el Estado español aspira, una vez más, a realizar las exigencias de una concepción cristiana de la sociedad y de la economía, y apela a los principios católicos de la justicia social" (24). El tema de la justicia social se repite bastante en la legislación.

Otras leyes aluden a diversos valores. Así, el Decreto Ley 21/62, de 11 de octubre, se define como "inspirado en los mismos sentimientos de patriótica y cristiana hermandad nacional". La Ley por la que se aprueba la compilación del Derecho civil de Aragón afirma que "se ha procedido a lograr un avance en el camino, siempre laborioso, que se dirige a la consecución de los valores de justicia y de seguridad jurídica (25).

En ocasiones se alude por el legislador *expressis verbis* al derecho natural. Así en la Ley de asociaciones se dice: "Es el derecho de asociación uno de los naturales del hombre, que el positivo no puede menoscabar u aún vine obligado a proteger" (26).

No faltan leyes directamente inspiradas por la doctrina de la Iglesia católica. Tal vez la más importante sea la Ley de Libertad religiosa (27). A veces se cita (aunque no es lo usual) el texto en cuestión; así la Ley de Educación física cita al Papa Juan XXIII: "En el deporte pueden, en efecto, encontrar desarrollo las verdaderas y sólidas virtudes cristianas" (28).

(22) Ley 40/64, de 11 de junio.

(23) Ley 108/63, de 20 de julio.

(24) Ley 45/60, de 21 de julio.

(25) Ley 15/67, de 8 de abril.

(26) Ley 19/64, de 24 de diciembre.

(27) Ley 44/67, de 28 de junio.

(28) Ley 77/61, de 23 de diciembre.

Naturalmente, existen diversas disposiciones que requieren una reflexión axiológica, de la que el pensar filosófico sobre el derecho no pudo haber estado ausente. Puede citarse el estatuto de la publicidad (29) o la Orden ministerial sobre censura cinematográfica (30).

En otras disposiciones, como la Ley General de Educación, sobre temas que merecerían una reflexión filosófica, ésta no se presenta ni en la exposición de motivos ni en el articulado, salvo en el artículo 1, bastante aislado del resto de la Ley (31).

En la experiencia legislativa en sede de proyectos de ley, tampoco faltan los caracteres aludidos. Así el Proyecto de Ley de bases del Estatuto del Régimen Local, de 28 de mayo de 1974 (32) se alude al condicionamiento de los principios constitucionales.

Así, pues, puede observarse que la reflexión filosófica no es ajena a nuestro legislador, si bien éste no ha querido obligarse a ella en términos de generalidad. Y que su cauce ordinario de inspiración de la legislación es el de la invocación a los principios constitucionales.

4. FILOSOFIA DEL DERECHO Y TAREA JUDICIAL.

En el campo en que de ordinario se manifestará más profundamente la reflexión filosófica será en la aplicación judicial del Derecho. Efectivamente, la actividad del juez carece, de ordinario, de condicionamientos y presiones políticas, pudiendo concentrarse más plenamente en la misión de dar una respuesta justa. Además el juez es, aunque sólo sea en razón a su formación profesional, un auténtico jurista, mientras que el legislador no necesariamente lo es, y en muchos casos no lo es en modo alguno. Las consideraciones que a esto pudieran oponerse desde el campo de la dogmática, relativas a la posición del juez ante la ley o bien a la misión del legislador de configuración del orden social, no pasan de ser consideraciones teóricas.

(29) Promulgado por ley 61/64, de 11 de junio.

(30) De 9 de febrero de 1963.

(31) Ley 14/1970, de 4 de agosto. Por cierto, que es interesante en esta ley el indicarse que el personal docente tiene que estar identificado con el pensamiento del legislador estatal (párrafo 9 de la exposición de motivos). Al respecto, cfr. Puy, Francisco: *La educación ante el derecho natural*, en el vol. *Socialización y libertad en la educación*, Sindicato Nacional de Enseñanza, Madrid, 1973, págs. 25-41.

(32) Publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» núm. 1.351, de 31 de mayo, págs. 32898-32931.

La necesidad de impartir justicia concreta, al margen de declaraciones políticas, tantas veces retóricas, ha forzado a la Fiscalía del Tribunal Supremo a pronunciarse sobre algunas de las mismas. Así, en circular de 1 de diciembre de 1965 dice: "Pocos conceptos tan fecundos y a la vez tan complejos y difíciles de desentrañar como el de interés social; ya consideremos lo social como "el complejo de hechos y relaciones derivados de la coexistencia o convivencia de los hombres en sociedad" o como "una consideración crítica que estima imperfecto el orden social y aspira a adecuada reforma". "Como puede apreciarse, se trata de intentos, dubitativos, de interpretación de conceptos o expresiones fundamentalmente propagandísticas. Ahora bien, en cuanto estas expresiones recogen temas de filosofía política o social (incluso sin que de ello tenga conciencia explícita el legislador), han de ser objeto de reflexión filosófica.

Ahora bien, la vía más frecuente de inspiración filosófica de la actividad judicial es la de los principios generales del derecho (33).

No corresponde ahora hacer una caracterización de lo que la doctrina haya entendido por principios generales del derecho (34). Se trata más bien de ver si de alguna manera la reflexión filosófica ha llegado a informar la realidad jurisprudencial española a través de dicha vía. Partiremos de dos puntos de vista diversos.

El profesor Elías de Tejada, en fecha cercana a la que hemos marcado como inicio de esta prospección (35), se plantea agudamente el pro-

(33) Naturalmente, nos referimos a los principios generales del derecho aludidos en el artículo 6 del Código Civil. No conozco ninguna sentencia que aluda a la nueva redacción, ni es posible que la haya en casación hasta dentro de algún tiempo.

(34) Al respecto, cfr. LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1972, págs. 602 y ss.; Id.: *Los principios generales del Derecho*, «Revista del Instituto de Derecho Comparado», 1962 (19), págs. 51 y ss.; DÍAZ COUSELO, José M.^a: *Los principios generales del Derecho*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971; FLORES GARCÍA, Fernando: *Todavía sobre las fuentes del Derecho*, «Jurídica», 1973 (5), págs. 235 y ss., y los más recientes manuales de Derecho civil, LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1974, págs. 58 y ss., y ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manuel de Derecho civil español*, 4.^a ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

(35) ELÍAS DE TEJADA, Francisco: *Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico*, «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», 1962 (110/213), págs. 7 y ss., ref. a pág. 19. Se trata de su comunicación al Sexto Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Hamburgo en agosto de 1962.

blema de la significación de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico español. La conclusión principal a la que llega es que los principios general del derecho son "mero resumen de reglas elaboradas sobre la jurisprudencia de los varios sistemas jurídicos particulares a manera de una jurisprudencia superior; típica encarnación del positivismo, neta reducción a lo concreto, mero intento de perfilar los hechos sin salir de ellos más que... temporalizándolos en períodos históricos sucesivos". Esto supuesto, propugna la necesidad de que este concepto positivista sea sustituido por una instancia superior; el derecho natural de la cristiandad sustentado en las doctrinas de los clásicos de las Españas, e insertado en la tradición.

Por el contrario, el profesor Castán Tobeñas ha venido manteniendo en todas las ediciones de su manual (36) la tesis de que los principios generales del derecho, ellos propios, pueden y deben ser interpretados "hermanando los peculiares criterios del Derecho positivo patrio con los universales y supremos del Derecho natural. Y lo que importa también es no estrechar el campo y función de dichos principios, confundiéndolos con los aforismos o reglas de Derecho ... o reduciéndolos a una serie... de dogmas estereotipados que haya podido catalogar la doctrina científica o la jurisprudencia de los Tribunales".

En suma, que Elías de Tejada entiende que por la vía de los principios generales del derecho se llega al positivismo, aunque sea en formas más o menos disimuladas, y Castán Tobeñas entiende que esta vía es apta para la conjunción en ella del Derecho natural y el Derecho español. Naturalmente, ambas posiciones son algo más que una cuestión de nombres, dado que no se trata de saber qué denominación es más propia para un contenido determinado (contenido en que coinciden ambas posturas y que la doctrina más dominante admite), sino de fijar qué denominación es más apta para vincular al juez, que no está obligado en este punto a seguir las opiniones privadas de los tratadistas, pero sí a cumplir la ley. Es preciso determinar si el juez ha de ser un mero aplicador de reglas técnicas extraídas de la norma meramente positiva o bien tiene abierto el camino a la reflexión filosófica, ya no en cuanto hombre, sino en su estricto papel de juez, incluso con plasmación en los considerandos de la sentencia.

(36) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, t. 1, vol. 1, 11.ª ed., puesta al día por José Luis de los Mozos, Reus, Madrid, 1975, pág. 470. En realidad ya hemos expresado el origen de la idea, en 1947. Sin embargo, hubo positivas razones para su modificación en el manual, particularmente dada la reiteración de la jurisprudencia en sentido contrario a la tesis del autor.

Dos son las principales subcuestiones pues, una relativa a la forma y otra al contenido. La primera podría enunciarse sobre si es apta para la justificación de una reflexión filosófica incorporada a la actividad judicial la vía mencionada. La segunda, si por dicha vía, de hecho, han recibido las sentencias sometidas a análisis la influencia del pensamiento filosófico-jurídico.

En relación con la primera, el profesor Castán Tobeñas no puede por menos de reconocer que el Tribunal Supremo ha cerrado casi siempre el camino a esta posibilidad, consagrando el positivismo al que aludía Elías de Tejada, por el requisito, más o menos absurdo, de que un principio del derecho, para ser invocado en casación, había de estar expresamente reconocido por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y al respecto, de nada valen los tímidos argumentos de Castán, basándose en sentencias que no dicen nada sobre el fondo del problema o bien en autos que, aparte de no constituir doctrina legal del mismo rango que las sentencias, exigen un requisito distinto para esta invocación en casación, pero, siquiera aparentemente, no dispensan expresamente del otro. Tampoco es particularmente afortunada la posición de De Diego, que a través de un razonamiento abstracto y *a priori* intenta negar una realidad palpable (37); es decir, que afirma estar en la naturaleza de las cosas que este requisito no sea exigido en los términos en que el Tribunal Supremo lo hace, sin analizar si de hecho sucede o no.

Pues bien, la práctica del Tribunal Supremo ha venido a confirmar la razón de Elías de Tejada y a refutar la benévola opinión del que fue tantos años su presidente. Así, expresa que "los principios generales de derecho sólo pueden invocarse utilizándolos en casación cuando se hallen sancionados por dos o más sentencias de este Tribunal, que han de citarse (38), amén de la reiteradísima jurisprudencia que los encasilla definitivamente como derecho supletorio, obligando a llegar hasta el agotamiento más absoluto de las posibilidades del Derecho positivo (39).

La segunda subcuestión se refiere a si en la aplicación de los principios generales del Derecho se contiene realmente un pensamiento filo-

(37) DE DIEGO GUTIÉRREZ, Felipe Clemente: *El método en la aplicación del derecho civil. Los principios generales del derecho*, «Revista de Derecho privado», 1916 (4/37), 285 y ss., ref. a págs. 301-302.

(38) T. S. 24 dic. 1960. Cfr. también 9 feb. 1965 y 28 mayo 1968.

(39) De la misma manera que ha operado en otras ocasiones con respecto, v. gr., a la doctrina de los doctores, como derecho supletorio de Cataluña, que sólo se admite si ha sido reconocida la doctrina concreta en cuestión previamente por el propio Tribunal Supremo, así en sentencia de 11 de diciembre de 1953.

sófico-jurídico o de alguna manera el juez reflexiona en este sentido. Para ello es preciso un examen particularizado de jurisprudencia.

La primera constatación que se ofrece, siquiera en un examen somero, es que, de ordinario, los principios generales del derecho son presentados por la jurisprudencia como pertenecientes al acervo cultural común, y por tanto no se hace ningún tipo de referencia a las autoridades en que puedan haber recibido consagración. Particularmente es de notar la insistencia falta de los grandes juristas y filósofos del derecho españoles, históricos o actuales. Sólo en algún caso se hace referencia al derecho histórico.

En segundo lugar, puede constatarse que se incluyen como principios generales del derecho algunos que, o bien no lo son, o bien no se incluyen en el artículo 6 del Código Civil. Entre los primeros sería de destacar una serie de principios técnicos del proceso, que nada tienen que ver con una reflexión filosófica sobre el Derecho. Los segundos son en muchos casos auténticos preceptos de Derecho natural, pero que no pueden considerarse principios generales del Derecho por haber sido positivizados. Entre ellos pueden destacarse la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley (artículo 2 Código civil antes de la reforma de 1974), *pacta sunt servanda* (art. 1255 C. c.), *ei incumbit probatio...* (art. 1214 C. c.), etc.

Los principios generales del Derecho se presentan ordinariamente como *topoi*, es decir, como premisas que sirven, técnicamente, para el hallazgo de una solución justa. De esta suerte, pertenecen al campo de la lógica; de la teoría de la argumentación, fundamentalmente. Sin embargo, entrando a analizar el contenido de los mismos, podemos clasificarlos en tres vertientes principales: los que colaboran al establecimiento de la verdad en el proceso; los que establecen los valores en atención a los cuales ha de fijarse la justicia de la resolución y los que se refieren al sujeto juzgado.

Entre el primer grupo existen principios relativos a elementales constataciones; así el *non bis in idem* (40), sancionador del principio de no contradicción; relativos al establecimiento de la verdad de los hechos; así el conocido *in dubio pro reo* (41), *res iudicata pro veritate habet*.

(40) T. S. 10 junio 1963, 11 junio 1964, 25 marzo 1965, etc. No hay pretensión alguna de exhaustividad en las sentencias citadas, aunque sí en los principios enumerados.

(41) T. S. 2 marzo 1960, 26 junio 1963, 20 diciembre 1964, etc.

tur (42), *confessus pro iudicato habetur* (43); al establecimiento de la certeza del Derecho, el conocido *iura novit curia* (44); y destinados a configurar reglas de interpretación; así "toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse" (45), *favorabilis amplianda, odiosa restringenda* (46), la interpretación restrictiva de la ley penal (47), o el tan manido y bivalente *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (48).

El segundo grupo es el menos numeroso y probablemente el más conflictivo. En ninguno como en él se denota la insuficiente reflexión filosófica sobre el tema jurídico en general. Figuran sancionados como valores conceptos tales el de legalidad en el conocido principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (49), los de publicidad y demás registrales (50), pero fundamentalmente la labor consiste en el establecimiento de los límites del legalismo. Así el principio de *summum ius summa iniuria* (51) viene a ser completado por la doctrina del enriquecimiento injusto (52) y particularmente por el problema del abuso del derecho, tema que antes de ser incluido en el Código civil constituyó una de las cuestiones más discutidas y tratadas, hasta el punto que en sede del mismo recibieron consagración positiva los dos principios que pueden constituir, según se les interpreta, una contradicción o una reduplicación: *qui iure suo utetur nominem laedit* (53) y *sic utere iure tuo neminem laedit* (54).

En el tercer grupo se denota en primer lugar un reconocimiento de la persona como ser, en cuanto que cosa, expresado en aforismos tales *societas delinquere non potest* (55). Se le contempla ser racional; así en las excepciones al precepto de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley se entra a conocer de la capacidad intelectual del juzgado (56);

(42) T. S. 19 abril 1966.

(43) T. S. 7 febrero 1964.

(44) T. S. 8 junio 1960, 13 octubre 1962, etc.

(45) T. S. 8 febrero 1968.

(46) T. S. 25 marzo 1963.

(47) T. S. 30 abril 1960, etc.

(48) T. S. 9 octubre 1965, 30 octubre 1971, etc.

(49) T. S. 20 abril 1960, 17 abril 1963, etc.

(50) En muchísimas sentencias, así T. S. 17 mayo 1961.

(51) T. S. 11 noviembre 1963.

(52) T. S. 22 diciembre 1962.

(53) T. S. 10 diciembre 1962.

(54) T. S. 13 diciembre 1962.

(55) T. S. 2 diciembre 1972.

(56) T. S. 6 abril 1962.

se examinan las consecuencias del principio genérico de la responsabilidad en máximas tales como *nemo venire contra factum proprium* (57), *cuius commoda, eius incommoda* (58) o *accessorius sequitur principale* (59) —se refiere a la intención del sujeto—. Por último se contempla la tutela de los derechos humanos en principios como el célebre *nemo debet inaudito damnari* (60), referido a todo tipo de procesos e intervenciones —litisconsorciales, subsidiarias— de la parte.

Así, pues, los principios generales del derecho se presentan como sometidos a una aceptación previa como tales hecha por el mismo órgano que ha de aplicarlos. En ellos se confunden principios concretos de las distintas parcelas del ordenamiento jurídico, brocados y principios de derecho natural o de ontología jurídica. Considerados lógicamente, estos principios se articulan en forma de premisas para el hallazgo de una solución justa (61). La presentación que la jurisprudencia hace de los mismos carece de una base doctrinal suficiente.

5. CONCLUSIONES.

La misión que se presenta, pues, a la Filosofía del Derecho en la actualidad jurídica española, en cuanto que ciencia, es clara a este respecto. Ha de proporcionar al juez la base científica y doctrinal necesaria y suficiente para asentar la construcción, elaboración y aplicación de los principios en la práctica, tanto legislativa como judicial.

Vistos los temas para los que se demanda reflexión filosófica, parece que la base requerida ha de referirse específicamente a tres aspectos; una *lógica jurídica* adecuada, que no excluye de su contenido los géneros literarios y la teoría de la argumentación jurídica; una *axiología jurídica*, que precise los valores jurídicos, los jerarquice y encuentre los criterios oportunos para resolver las antinomias entre los mismos, y una *antropología jurídica*, a la cual corresponde determinar ante todo al hombre como cosa, como ser, y no rehusar así el problema de las personas jurídicas; para a continuación caracterizarlo como ser animal racional, explicitando los problemas relativos a su libertad y so-

(57) T. S. 11 noviembre 1960, 29 noviembre 1962, 6 junio 1964, etc.

(58) T. S. 3 marzo 1972.

(59) T. S. 21 septiembre 1962.

(60) T. S. 11 octubre 1960, 17 octubre 1962, 29 octubre 1963, 14 noviembre 1964, 17 noviembre 1965, etc.

(61) Cfr. VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1964, págs. 56 y ss., cfr. también el prólogo de García de Enterría.

ciabilidad, y constituyendo sobre estas tendencias naturales las líneas maestras del tema en candelero de los derechos humanos, orientación dedicada al legislador, pero también al juez, en cuanto que es preciso que el reconocimiento de los derechos humanos sea tan efectivo en las declaraciones legislativas como en el proceso.

Y todo ello montado sobre la aceptación clara y precisa de una *ontología jurídica*, que precisando el ser del derecho constituya suficiente punto de partida y a la vez de término de la especulación iusfilosófica. Ontología jurídica que puede dar a la filosofía del derecho la firmeza y estabilidad que parece necesitar en estos momentos de crisis de las ciencias del espíritu, y que algunos parecen buscar enfermizamente. Esta ontología jurídica habría de estar montada sobre los firmes basamentos del *derecho natural*, el gran *topos* del pensamiento jurídico que nos es reivindicado por la propia doctrina del derecho positivo y aún por el legislador, según hemos visto. Este derecho natural, con la necesaria actualización, habrá de ser entendido como el derecho natural tradicional español, de suerte que el venero de riqueza que constituye la doctrina de nuestros clásicos vuelve a estar presente, con su nombre propio, en las leyes y sentencias, sin que nos haya de ser servida en mostradores centroeuropeos o yankees. De tal suerte, la filosofía jurídica será instrumento apto para el cumplimiento de una de sus misiones fundamentales, en esta difícil coyuntura. Y cumplirá esta misión encarnándose decididamente en la corriente, fiel a las más puras esencias jurídicas, de la tradición española (62).

(62) Cfr. ELÍAS DE TEJADA, Francisco: *Introducción al estudio de la ontología jurídica*, Ibarra, Madrid, 1942.

On the Function of the Philosophy of Law in Spanish Law 1960-1974

(Summary)

The Philosophy of Law has, among its most important tasks, the duty to inform the juridical process, and to build a basis for positive Law. This function is commonly recognized among writers of Positive Law, and also by the legislator if only implicitly.

The basis of this function at a constitutional level is not explicit in the history of our law, despite the voices that have proclaimed it in parliament. Nonetheless the Spanish legislator seems to have assumed this function, as can be seen from the recent reform of the Civil Code.

In the last fifteen years the Philosophy of Law has inspired the Spanish legislator in various ways. This inspiration is not to be found in explanations of motives, but rather in declarations of constitutional principle. In any case, the legislator is not directly connected to philosophical considerations, which cannot be introduced into ordinary procedures, but solely through political channels.

The juridical task is more appropriate for receiving the influence of philosophy of Law. The ordinary way of its inclusion is one of the general principles of the Law. Even though the prerequisites which the Supreme Court has decreed convert them into a typically positivist form, they remain basically open to inspirations from Natural Law, which is at times literally recognized. In the experience of the last few years we can find several principles that could be classified in three groups: those which collaborate in the establishing of the truth in a given case; those that establish a system of juridical values which should be applied in the case; and those which refer to the individual personality (imputability, human rights, etc.) of the person to be tried.

The Philosophy of Law, confronted with the reality of the Law in Spain, has therefore a delicate mission. It must choose the real and concrete problems which cannot be solved by means of Positive Law, and, especially that of the basis of this same Positive Law and the solutions of it. If this task is accomplished, on the basis of the concrete juridical experience, the philosophy of Law must build a threefold structure: juridical Logic, Axiology and Anthropology, which should study the juridical being in its transcendentals of truth, goodness and thing. Further, we must construct three directions of study of a real juridical being, a juridical ontology, whose basic «corpues» coincide (apart from the question of names) with the Natural Law of our distinguished legal tradition.