

LA METODOLOGÍA JURÍDICA DE VALLET DE GOYTISOLO ANTE LA POLÍTICA

FOR

... DALMACIO NEGRO^{*)}

Es para mí un motivo de alegría personal la celebración de la culminación de la gran obra fundamental de Juan Vallet de Goytisoalo sobre *Metodología del Derecho*. Y considero un honor la invitación a participar en este acto y en este ilustre Colegio siendo tan sólo un aficionado a entremeterse en las cuestiones jurídicas. Al ser el Derecho, el sentido de lo recto, como la esencia de la vida social, que sin él no sería posible, resulta inevitable topárselo en los más diversos campos de la actividad humana y, desde luego, en la política. El arte político tiene que contar inexorablemente con el Derecho, del que dependen cosas tan importantes como su eficacia al servicio del Bien Común. No hay auténtica Política sin Derecho ni Derecho sin Política. En el fondo, esta última se reduce en su recto sentido a conservar y defender el Derecho, la *tranquillitas ordinis* según la famosa expresión agustiniana.

La Política es una posibilidad histórica. Descubierta por los griegos, desde aquel tiempo la Política y el Derecho siempre han ido de la mano en Occidente. No es una casualidad que la forma

(*) Con motivo de haberse completado la metodología jurídica de Juan Vallet de Goytisoalo, el pasado 2 de junio tuvo lugar en el Colegio Notarial de Madrid un acto de presentación de los dos últimos volúmenes, que contienen la parte sistemática de la tercera de las metodologías en que Vallet ha organizado su obra, *La metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, en el que intervinieron Dalmacio Negro, José Juan Pintó y Antonio Rodríguez Adrados. Reproducimos las palabras del primero (n. de la r.).

ideal de lo Político sea el Estado de Derecho, aunque sería mucho más exacto y mejor decir el Gobierno bajo el Imperio de la Ley. Este último era, como se sabe, el viejo ideal aristotélico, que ha conservado su vigencia hasta tiempos recientes, en los que se degrada la idea del Derecho a mero instrumento de la Política, degradada a su vez, precisamente por eso, a ser impolítica o antipolítica. En efecto, la política degrada y pervierte el Derecho y se degrada y pervierte ella misma al transformarlo en Legislación. Una masa inmensa, que aumenta todos los días, de reglas técnicas burocráticas aunque revistan forma de ley, para crear situaciones artificiosas y dirigir la conducta, más que para facilitar a los iurisperitos la solución justa de los conflictos como hace el Derecho legislado.

“El voluntarismo, el racionalismo y el constructivismo conducirían de hecho, escribe Vallet de Goytisolo, servidor del Derecho, en el volumen 1.º del tomo II de su impresionante *Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, pág. 32), a que el derecho, confundido con sus normas, quedara sometido al monopolio del poder político”. Tendencia acentuada desde la revolución francesa, al hacer de la Ley la fuente directa y privilegiada del derecho. Hoy la Legislación se opone francamente al Derecho. Política y Derecho son inseparables; pero la monopolización de la creación del Derecho por el Estado y los organismos públicos políticos, al politizar el Derecho lo destruye.

El Derecho pertenece al orden relacional, es *Derecho de relaciones* naturales, y, por tanto, eterno, inderogable: es Derecho Común, permanente, real. El Derecho ordena, y su eficacia radica en la protección de los derechos adquiridos: da seguridad.

En contraste, la Legislación hace del Derecho un instrumento para crear situaciones; es un artificioso *derecho de situaciones*, y, por tanto, provisional, derogable: es Derecho Particular, circunstancial, abstracto. La Legislación organiza y su eficacia radica en que no protege derechos adquiridos: produce incertidumbre.

La Legislación arrumba el principio elemental de que la ignorancia del Derecho no excusa su cumplimiento. Pues este viejo principio jurídico presupone que el Derecho pertenece al Pueblo.

Entonces el Pueblo posee intuitivamente el sentido de lo jurídico, el sentimiento del Derecho, de lo que es recto y justo. Mas, pierde su razón de ser cuando el derecho deja de ser propiedad del Pueblo o este último no existe.

La idea de Derecho es universal porque es natural y es natural porque es universal. O es Derecho Natural, universal, o no es Derecho. La vida social sólo deja de ser mera co-existencia para convertirse en con-vivencia, en vida política, si está ordenada por el Derecho. Pero el Derecho concreto no es una invención: emerge de la realidad social, de la con-vivencia, de la idea concreta que tiene cada grupo humano de lo recto natural según el modo de con-vivir. El Derecho está inserto en el *êthos*, la *Sittlichkeit* o eticidad que nace de la convivencia. Alcanza su plenitud cuando la interpretación del Derecho es conforme a la Justicia, una virtud moral del hombre en cuanto humano, que, al relacionarse con el Derecho da la *medida* de su aplicación, tanto de *lege ferenda* como en la sentencia judicial.

En la sentencia judicial, el juez *descubre* lo que es Derecho según la ley o la costumbre y, en último extremo, cuando no hay ley escrita o costumbre, en el sentimiento que tiene la comunidad del Derecho. Y lo mismo hace en su caso el legislador que, en puridad, de acuerdo con la idea de Derecho, no es más que un juez muy especial, que no considera ningún caso concreto sino que presupone formalmente todos los casos concretos posibles; de ahí el prestigio mítico del legislador y la idea de la santidad de la ley. Creo que es éste el sentido en que Carnelutti definía la ley como "una sentencia anticipada", si bien al juez le incumbe todavía *declarar* lo que es justo en el caso concreto, la *medida* de lo que es recto.

Me parece que no habría grave inconveniente en definir el Derecho efectivo, práctico, como *lo recto según la medida de lo justo*; entendiendo, pues, por recto y justo lo que el sentimiento popular, idea muy cara a lo que Joaquín Costa, cuyo pensamiento tiene siempre *in mente* Juan Vallet, entiende por tal según el *êthos* vigente que configura la vida en común. Por supuesto; se trata del sentimiento de lo recto y de lo justo no mediatizado por pasiones o intereses personales —que determinan la actitud de

las partes en los litigios—, demagogias e ideologías políticas. En ese sentido, la opinión pública es, ciertamente, como decía Bentham, un Tribunal que enjuicia la rectitud y la justicia de los actos que se materializan en hechos conflictivos que afectan a la colectividad.

La naturaleza social del Derecho es de sentido común. Decía Ehrlich, tan citado por Vallet, que ese carácter subyace incluso cuando el Estado impone un derecho legislado y se organiza para imponerlo coactivamente. Y este es el problema: debido a la influencia del artificialismo que imponen de *lege ferenda* el positivismo jurídico y el dirigismo tecnocrático hijos del contractualismo político, existe hoy en día un gran desconocimiento de lo que significa ese carácter social del Derecho que se desprende de la auténtica idea del mismo conforme a su naturaleza, a lo que se llama la "naturaleza de las cosas", cuyo sentido exacto documenta la obra de Vallet de Goytisolo.

El Derecho tiene su origen en la sociedad. Dicho de manera más clara, más política y polémicamente: el Derecho pertenece al pueblo, es propio, propiedad del pueblo, no del gobierno o del Estado, entendida esa afirmación sin la retórica que suele acompañarla hace dos siglos. Y la recuperación de la auténtica concepción del Derecho como propiedad del pueblo constituye en mi modesto entender, uno de los principales *leit Motiven*, si no el principal, de la ingente obra del notario Vallet de Goytisolo, enfrentado a la paulatina destrucción de la propiedad, la institución central del Derecho, paralela a la destrucción del sentido común, del sentimiento comunitario de pertenencia. Sin sentido común y sin propiedad se pervierte la idea del Derecho.

Me complace subrayar lo de notario. En los casi dos siglos en que ha progresado hasta límites increíbles el desconocimiento, que llega al olvido, de lo que significa la naturaleza social del Derecho, sin duda en paralelo no casual a lo que decía Martin Heidegger del olvido del ser, ha sido el estamento de los notarios uno de los pocos que, fiel a la índole de su profesión, el dar públicamente fe de las relaciones sociales que producen lazos jurídicos, por la *necessità delle cose*, diría Maquiavelo, ha mantenido viva la idea del Derecho. Hasta ahora, el estamento notarial

ha conseguido defenderse relativamente bien del estatismo, de la burocratización, en fin, de la politización, en ese ancho campo de lo público no monopolizado todavía por el poder político aunque esté muy condicionado por él, que tiende a absorber todo lo común y aún lo privado masificándolo. Pues las masas no son sino el pueblo masificado por el mecanicismo estatal. El propio Vallet estudió hace años este fenómeno en otro gran libro: *Sociedad de masas y Derecho*. Pues Vallet, no sólo ha aplicado profesionalmente el Derecho como el estamento al que pertenece. Desde muy pronto, nutrido de la experiencia de su profesión, ha combatido denodadamente por ella y por el Derecho, contando con esta ventaja, en primerísima línea, con planteamientos rigurosamente intelectuales.

De la lucha por el Derecho de Vallet de Goytisoló en la circunstancia histórica del estatismo, muy distinta pero espiritualmente no distante de Ihering, quisiera destacar aquí dos aspectos: los concernientes a la soberanía y a la costumbre. Pues el vigor de la soberanía en su concepción moderna, que altera radicalmente el sentido de la antigua *plenitudo potestatis* eclesiástica, y la paralela decadencia de la costumbre como medio de conocimiento del Derecho, constituyen a mi entender, las dos causas principales del declive del Derecho, para decirlo con el título de la famosa obra de Georges Ripert.

Juan Bodino, por cierto, un caso ejemplar de la relación del jurista con la política al servicio del bien común, construyó en el siglo XVI un innovador concepto político-jurídico de la soberanía para poner fin a la guerra civil francesa por cuestiones religiosas. Su gran construcción jurídica política hizo fortuna, y fortalecida y enquistada por la moderna doctrina contractualista en el Estado y en la Sociedad, dos conceptos inventados, artificiales, sigue prácticamente vigente hasta hoy. Bodino era todavía aristotélico y se atenía a la idea de la Naturaleza como origen, como *Physis*, pero, inserto existencialmente en su circunstancia histórica, es ya un pensador de transición al mundo moderno que, recuerda Vallet (pág. 258), consideraba la soberanía como poder. Y al atribuir a la *summa potestas* inevitable en todo grupo constituido políticamente, a la postre, de origen fáctico, el poder de hacer las

leyes a fin de construir la soberanía político-jurídica como antídoto contra la guerra civil, preparó la sustracción al pueblo de la posesión y la titularidad del Derecho. En el siglo siguiente, la consumó Tomás Hobbes, el gran teórico del contractualismo moderno, en definitiva, del Estado y la Sociedad, las dos grandes abstracciones míticas en que descansa la historia de la modernidad, cuya visión de la Naturaleza era ya la científica moderna, una visión mecanicista.

Por una parte, con su famoso *dictum*, la máxima *auctoritas non veritas facit legem* identificó autoridad y poder, la *auctoritas* y la *potestas*. Por otra, prescindió del Pueblo. El Pueblo es una realidad natural cuya unidad analítica es la Familia como reconocía el propio Bodino, quien veía en ella el contrapunto del Estado, así como la Propiedad lo era de la Soberanía. Hobbes, no menos ansioso de hacer del Estado, cuya existencia y posibilidades había descubierto Maquiavelo, la antítesis de la guerra civil, sustituyó el Pueblo por la Sociedad, un concepto artificial definido como el conjunto de los individuos, y el Gobierno por el Estado, otro gran artificio. La finalidad de Hobbes consistía en domeñar las pasiones naturales según la *Physis*, mediante la entrega por los individuos al Gran Leviatán, no sólo del poder político, de la capacidad de decidir políticamente, de la soberanía política, sino del Derecho, atribuyéndole a la soberanía la capacidad de hacer leyes concebidas de acuerdo con la visión mecanicista de la naturaleza humana. El Gran Leviatán ejercería la autoridad —el saber científico del Derecho— y el poder —la fuerza aceptada socialmente— para articular con ambos el orden estatal como un orden político-jurídico. La primera forma del Estado de Derecho fue así la de Tomás Hobbes. Hobbes recondujo la *omnipotentia iuris* de la vieja concepción ordenalista regida por el principio enunciado por el Espejo de Sajonia "*Wer Recht miennet, miennet Gott*" ("quien sirve al Derecho sirve a Dios") a la *omnipotentia iuris status*: quien sirve a la Legislación sirve al Estado. El derecho como instrumento de la *ratio status*.

Bajo la influencia de la doctrina de la soberanía, se suele hablar de las fuentes del Derecho y, lo que es más grave, se enseña así en las Universidades y en los libros. La ley era tradicionalmente una de las formas expresivas del Derecho. La soberanía la utilizó como su fuente del Derecho. Juan Vallet no duda en debelar esta concepción, en la que va implicada la naturaleza del *ius*. Según Vallet, hablando con propiedad no existen tales fuentes del Derecho a menos que se quiera aludir a la realidad social misma de la que emergen como su fuente. La razón no es, pues, otra que la misma idea de Derecho: al ser Derecho Natural es anterior a las citadas fuentes; estas últimas reciben de él su caudal, no del Estado.

Con su inmensa erudición transformada en sabiduría, muestra Vallet que el concepto fuente del Derecho es una innovación moderna paralela al ataque al Derecho por la corriente estatista dominante en la modernidad, intensificado con la institucionalización del Estado-Nación. Desde este momento, la voluntad general de la Nación política o politizada, no el Derecho Natural según el *ethos* del pueblo conforme a su sentimiento o sentir común de la naturaleza de las cosas, es el hontanar del derecho positivo, el único derecho legal, útil, *válido*. Así pues, no necesariamente verdadero, con lo que quedó abierta la posibilidad de la distinción entre legalidad y legitimidad, que originariamente significaban lo mismo. Y es que el contractualismo moderno, del que deriva el pensamiento político estatal, sólo aparentemente, verbalmente, está en la línea del pactismo medieval estudiado magistralmente por Vallet de Goytisoló en diversos lugares, en el que era la costumbre el principal medio de conocimiento del *ius*.

El objeto del Derecho son las cosas, no los hombres, objeto de la Religión y de la Moral. Y la costumbre *media* entre el hombre y la naturaleza, entre el hombre y las cosas que existen o produce y de las que se apropia. El Derecho no se refiere directamente a las relaciones interhumanas; sólo indirectamente, en tanto la acción humana es la causa de las relaciones entre las

cosas; relaciones que regulan espontáneamente las costumbres. El Derecho aparece cuando surge un conflicto entre los hombres sobre lo que es propio, sobre la propiedad de las cosas. El árbitro o juez dice entonces qué es lo recto de acuerdo con las causas de los actos y lo justo según el *éthos* del grupo social: sentencia qué es Derecho según el sentimiento jurídico de la comunidad, según la costumbre ética, lo que llamaba Aristóteles la costumbre viviente.

Sin embargo, entrada la modernidad, en medio de la guerra civil francesa que duró treinta años y la crisis del viejo ordenamiento, comenzó el ataque a la costumbre como mediación entre el hombre y la naturaleza, como medio de conocimiento del Derecho. La Boétie afirmó que "la causa primera de la servidumbre es la costumbre". El poder político comenzó a legislar libremente, aunque durante mucho tiempo procuró hacerlo teniendo en cuenta las costumbres. Posteriormente, la escuela histórica, aparecida por la misma fecha que el Estado Nación, desplazó al hombre concreto a un segundo plano y separó la costumbre del Derecho al afirmar que esta última *unifica* la historia y la naturaleza. En principio, concebía la naturaleza como algo universal, común; pero ya veía lo colectivo como expresión de la vida natural y, poco a poco, con el auge de la Nación como titular colectivo de la soberanía, a lo que tanto contribuyó esa misma escuela, separó cada vez más lo histórico de la naturaleza. Lo histórico, lo colectivo, la Nación como individuo histórico, se define por sus costumbres, no por su Derecho. La costumbre perdió así su conexión con la universalidad del Derecho Natural, cuya idea, de sentido común, acabó siendo interpretada como una doctrina anticuada, residual o una ideología más; y la Legislación, la actividad del legislador liberado de la servidumbre a las costumbres, substituyó al Derecho.

Alfred N. Whitehead observó que desde el siglo XIX el artificialismo, que crea abstractos cuerpos colectivos como los diseñados por Hobbes —la Sociedad y el Estado—, estaba destruyendo sistemáticamente el sentido común. Este es uno de los

casos, al que hay que atribuir la pérdida de la conciencia del origen social, interhumano, lo humano sin el hombre, del Derecho, y la aceptación de la voluntad estatal expresada en las leyes, como la única fuente del Derecho, quedando la costumbre como algo residual, más o menos folclórico o pintoresco.

Tal es una de las mayores preocupaciones de Vallet de Goytisolo, que sabe del contraste entre la vida real y la vida artificial, abstracta, que impone la legalidad estatal, el orden estatal. De ahí la contraposición que establece entre las "fuentes formales del derecho" y lo que llama "elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos". La palabra fuente tenía, ciertamente, un antiquísimo significado metafórico cuando la adoptó el positivismo en el siglo XIX. Pero "plantea una cuestión, dice Vallet, que no es meramente terminológica, sino sustancial" al afectar al mismo ser del Derecho y la Ley humana, así como a su conocimiento. Hállase ligada, reitera, a la vieja querrela del realismo metódico con el voluntarismo y el nominalismo con su inherente positivismo, ya sea legalista o bien consuetudinario o judicialista (*op. cit.*, I, II, 1.º, pág. 331).

Para el notario Juan Vallet, conocedor de la realidad práctica del Derecho, de la vida del Derecho, las llamadas fuentes son esos elementos mediadores entre el orden de la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos. Es decir, son "los instrumentos que sirven para aproximar y facilitar la concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo". Creo que se podría resumir la posición de Vallet de Goytisolo con sus propias palabras: las fuentes del derecho no crean el Derecho; no son otra cosa que los medios de conocimiento del Derecho; son formas en las que se expresa el Derecho. Entre ellas, reivindica un lugar preeminente para la costumbre, reflejo directo de la vida real, efectiva, práctica, como así ha sido tradicionalmente, en contraste con su desvalorización desde que empezó a prevalecer el positivismo imponiendo la omnipotencia arbitraria, caprichosa, de la ley como producto de la política, no del Derecho.

DALMACIO NEGRO

Enhorabuena a los juristas y gracias a Juan Vallet de Goytisolo por su generosidad al poner a la disposición de todos su profundo conocimiento jurisprudencial del Derecho.