

## **SECCIÓN INTERNACIONAL**

### ***LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE CASTÁN***

JUAN VALLET DE GOYTISOLO (\*) (564)

Es mucho honor, pero también es mucha responsabilidad para mí, hablar en este acto representando la Sección de Derecho Civil de esta Real Academia, y contribuir a reflejar la figura, a la vez entrañable y eximia, del que fue nuestro querido presidente, don José Castán Tobeñas. Mucho me temo que cumplir este cometido excede de mis fuerzas, pero por obediencia y por veneración al maestro intento realizarlo.

El jurista, si existencialmente ha de vivir la ciencia que trata de descubrir y de enseñar si es maestro, si ha de compenetrarse como jurista práctico con el arte que cultiva, arte de lo bueno y de lo justo, ha de ser personalmente justo y prudente. Recordarlo resulta hoy más que nunca actual, porque vivimos en un mundo en el que - como ha observado Bertrand de Jouvenel - se pretende sustentar la ilusión, que desemboca en el absurdo, de una sociedad donde todo sea justo sin que nadie tenga que serlo. ¡No es posible!... El jurista, para sentir, para enseñar y para aplicar el derecho ha de vivir la virtud de la justicia, ha de practicar la virtud de la prudencia. Y precisamente esas dos virtudes el maestro Castán, tan generosa como callada y humildemente, las derramó en su plena dedicación a la ciencia y al arte del derecho.

De su fecunda obra me corresponde a mí referirme precisamente a su labor primigenia, dedicada al derecho civil. Pero, como es imposible dar de ella una imagen completa, no sólo en el breve tiempo de que dispongo, ni tampoco en toda la duración de este acto, ni aun siquiera apenas en varias sesiones, no puedo hacer sino que trazar unas breves pinceladas que den una somera imagen del conjunto grandioso de su obra y detenerme un poco más en la materia concreta que mejor refleja su sentir del derecho; es decir, en el tema de las fuentes, que tradicionalmente se enseñan precisamente al comenzar el estudio del Derecho Civil.

Castán fue maestro de Derecho Civil. Pero lo fue y lo sigue siendo, no sólo en la enseñanza oral en su cátedra, sino también, y más aun en cuanto al número de sus discípulos, en su enseñanza escrita, y

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

principalmente a través de su "Derecho Civil español, común y foral". Durante casi medio siglo que ha transcurrido desde que en 1922 apareció su primera edición, ¿ha habido algún juez, algún notario, algún registrador de la propiedad que no haya aprendido con él, que no haya clarificado sus esquemas y ordenado sus ideas, estudiándolo y repasándolo primero y consultándolo después?. Pensamos que así seguirá siéndolo aun muchos años más. Esa obra, que ya se halla en su décima edición, es por su sistematización, por su claridad, por su equilibrio, un modelo didáctico del que siempre hay que partir, como durante más de dos siglos lo fue la obra de Antonio Gómez, como casi un siglo lo fue la de Febrero, en sus múltiples versiones, y parejamente a lo que hoy es en Francia la obra de Planiol y Ripert.

Pero además de esta obra general, que por sí sola haría grande a su autor, sus trabajos monográficos se extienden clarificadores por todo el Derecho Civil. No hay casi materia en la que Castán no se hubiera detenido para investigar y exponer cuestiones concretas del más vivo interés: los derechos de la personalidad, la condición jurídica de la mujer, la crisis del matrimonio, las instituciones protectoras de la familia, la *insemanatio artificialis*, la sociedad de gananciales, los problemas actuales de la propiedad, la propiedad familiar en la esfera civil y en el Derecho Agrario, la teoría del patrimonio, el "modo" en los actos jurídicos, el contrato de sociedad (sobre el que escribió uno de los tomos del *Mucius Scaevola*), la distinción entre sociedades civiles y comerciales, los arrendamientos urbanos (a los que, en colaboración con el magistrado don Julio Calvillo, dedicó dos volúmenes), la concepción estructural y la dogmática de la herencia, el problema axiológico de la sucesión testamentaria, la sucesión intestada en general, la del hijo adoptivo específicamente, el derecho de representación en la sucesión testamentaria y en la reserva del 811, etc..

Jurista, a la vez de panorámica y de detalles, igual se eleva a la exposición de un tratado general como desciende hasta el estudio detenido y minucioso de la renuncia de la enfiteusis. Ello hace que él, que había nacido en una región de derecho foral tan orgullosa de su derecho, como es Aragón, no pudo menos que estudiarlo y estimarlo. Por ello, no faltan entre sus trabajos los dedicados al derecho foral, bien sea en términos generales, el de Aragón, principalmente, y el de Galicia; o bien concretamente referidos a cuestiones determinadas, como la sucesión del cónyuge viudo en la problemática de las legislaciones forales.

Centrando nuestro examen a las fuentes del derecho, debemos subrayar que su trabajo monográfico más antiguo sobre este tema lo hallamos en una conferencia que pronunció en esta misma tribuna de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1936 y publicada en el Libro Homenaje a otro gran maestro, don Felipe Clemente de Diego, con el título: "Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo". A este trabajo siguieron otros: "Aplicación y elaboración del derecho (Esquema doctrinal y crítico) ", "Teoría de la aplicación e

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

investigación del derecho"; "La idea de equidad y su relación con otros conceptos, morales y jurídicos afines", "La actividad modificativa o correctora de la interpretación e investigación del derecho", "La formulación judicial del derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad)" y el entrañable para mí y para todos los notarios, "Función notarial y elaboración notarial del derecho", que constituye uno de los tres magníficos estudios que dedicó a la función notarial y al Derecho Notarial.

Su preocupación por el tema de las fuentes del derecho se reflejó durante su presidencia de la Sección 1ª de la Comisión de Códigos en la redacción del Anteproyecto de Título Preliminar del Código Civil, concluido en 1966, al cual aportó sus profundos conocimientos doctrinales y prácticos. La impronta de su visión realista del tema, a la vez que atendía a los matices de la redacción, aparentemente más mínimos, en propuestas y contrapuestas escritas con su habitual precisión, meticulosidad y pulcritud.

Las líneas maestras de su concepción podemos delimitarlas en torno a las siguientes cuestiones fundamentales: la pretendida omnipotencia y totalidad de la ley; la elaboración, formulación y aplicación del derecho; la equidad y el valor de la jurisprudencia.

I. "La doctrina de las fuentes del derecho - dijo en esta misma tribuna don José Castán - ha estado siempre en relación con la constitución político - social de cada pueblo y de cada época". Los períodos "en que el Estado se siente fuerte y aspira a reconstruir y unificar el derecho privado", se han caracterizado "por la pretensión, tan ambiciosa como pueril, de aprisionar en la ley todas las soluciones jurídicas". "En las postrimerías del siglo XVIII y primera mitad del XIX, el idealismo filosófico y el autoritarismo político se aliaron", "para crear y generalizar la concepción normativista de las fuentes jurídicas, basada en la confusión de la ley sobre el derecho, con lo cual se persiguió, sobre todo, sustituir completamente la sociedad por el Estado en la obra creadora del derecho, entronizando el nuevo principio de que la ley, y sólo la ley, es fuente del derecho".

El equilibrio y la prudencia del maestro le hizo contemplar serenamente la reacción, hasta el extremo contrario, en favor del derecho libre. "Todo el movimiento moderno, en cuanto dirigido a oponer al derecho rígido de una jurisprudencia dogmática un derecho enraizado en la vida misma, no puede menos de merecer nuestra simpatía". Pero añadía: "A puro contemplar, las de antes el lado formal y técnico del derecho, y las de ahora, su aspecto social, se pierden ambas en una visión unilateral y falsa"... Pero, "la ilusión de que el derecho intuitivo sea más perfecto que el derecho formulado de antemano; la atribución al juez de lo que se llaman «poderes correctorios», o el crudo principio de la «emancipación del juez», más peligroso aún que la omnipotencia del legislador", "ha de ser rechazado por cuantos aprecien en lo que vale y significa la seguridad jurídica".

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

No obstante, reconoce que, con todo, "no deja de guardar una posición firme la escuela del derecho libre cuando observa por boca de Kantorowicz, que el derecho estatal no ha podido nunca eliminar por completo al derecho espontáneo, nacido de las mismas relaciones sociales, necesitando, al contrario, apoyarse constantemente en él y vivir de su savia", y, por otra parte, afirma que la actividad judicial "no puede reducirse simplemente al trabajo de subsunción de los hechos bajo la norma legal, pues le incumbe una misión más importante de individualizar el derecho, integrarlo con soluciones nuevas y, dentro de ciertos límites, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo...".

En otro lugar observa: "Que si no hemos de movernos dentro de una concepción estéril de puro normativismo, las ideas de justicia y equidad son esenciales y consustanciales a la noción del derecho; y "no una justicia abstracta y teórica, sino una justicia realista y humana, acomodada a las circunstancias de cada caso".

A pesar de la dogmática del artículo 69 del Código Civil, en el plano de la aplicación del derecho privado, cree que el supuesto de costumbre contra ley nos obliga a "una actitud prudente ante los hechos sociales contrarios al régimen jurídico legalmente establecido" y a "tenerlos muy en cuenta para la interpretación y adaptación de las leyes a los casos que haya de resolver". Pero esto - añade con su habitual ponderación y prudencia sin soslayar, merced al simple juego de meras teorías o apreciaciones jurídicas, la obligada observancia de la prohibición contenida en el artículo 59 Cód. Civil.

Y la ley y los principios generales del derecho "se entrecruzan", "éstos son embebidos o comprendidos, a lo menos implícitamente", en las leyes. Es por eso que "en el juego de la interpretación y aplicación de la ley no puede prescindirse como factor importante de los principios generales del derecho. Para aplicar la ley hay que vivificarla al calor de estos principios supremos...".

Podríamos decir que, así como el movimiento de las estrellas no puede expresarse sino dentro de la galaxia de que forman parte, de igual modo normas de derecho sólo pueden interpretarse en armonía con los principios generales que forman su sistema jurídico.

II. La doctrina de las fuentes ha de ser confrontada en su aplicación concreta, en la vida práctica, sea en su normalidad o bien en la actividad judicial. Y aquí es donde Castán comprueba la inexactitud de la teoría exegética de la subsunción del hecho en la norma legal, como si se tratara de un silogismo, en el que la premisa mayor fuese la ley, la menor el hecho, y la conclusión la sentencia del juez. En la realidad - observa - la función del juez o del intérprete no se reduce al expresado trabajo de subsunción, pues "la deducción silogística presupone la construcción previa de la premisa mayor", selección jurídica "de las normas de derecho o de aquella combinación de normas que sean más adaptables a la resolución del caso controvertido, según su naturaleza social", por lo que debe ir, a su vez, precedida "de una diagnosis jurídica cuidadosa del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hecho por decidir en sus relaciones con la constitución moral, económica y política de la sociedad". En eso radica el arte del derecho, que exige no sólo ciencia, sino "una gran experiencia de la vida y una feliz intuición de sus relaciones jurídicas"; es un trabajo que no es pura y simplemente de lógica, porque "la finalidad que el jurista ha de lograr no es la exactitud lógica, sino la justicia".

III. Esa diagnosis del hecho jurídico y la consiguiente selección jurídica adecuada a aquél, sin duda lleva a la equidad. Si la ley, como observó Aristóteles, contempla in plerisque, groseramente lo que ordinariamente suele acontecer, cuantos supuestos no encajen totalmente en esa generalidad deben ser estimados atendiendo a las circunstancias concretas y específicas de cada caso.

Por ello, Castán valoró la importancia jurídica de la equidad, apreciándola, "no como una cosa desligada de la justicia o que corrige sus soluciones, sino como una especie de la propia justicia, que sigue desenvolviéndose en el marco y en el ambiente de ella, realizando su mayor perfección". La diferencia del criterio de equidad, respecto del más general de justicia, "radica en que se toman en consideración, más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica la adaptación de ésta a las circunstancias de los casos concretos". Se trata de realizar, "más que una justicia abstracta, una justicia individualizada"; más que "estrictamente legal, de tipo natural y moral". Con ese criterio se busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia; en forma tal, que permite dar a los casos concretos de la vida, con criterio flexible y humano (no rígido y formalista), el tratamiento más conforme a la naturaleza y circunstancias".

IV. La visión de lo singular, sin perder de vista lo general, aconseja al maestro una fórmula ponderada: "Ni ley sin arbitrio de equidad ni equidad sin ley positiva. Un sistema de libertad absoluta puede entronizar la arbitrariedad. Un régimen simplista de omnipotencia legal puede imponer soluciones que no sean verdaderamente adecuadas a las exigencias de la justicia". Hay que hermanar "las exigencias de la ley y las de la vida. Sólo de su conciliación y síntesis cabe esperar la plena realización de la justicia".

Y ahí está la tarea del notario, en la vida normal del derecho, y la función del juez, cuando se suscita contienda.

La "armonía de todos los elementos contradictorios que agitan en el fondo la vida jurídica" la puede lograr la jurisprudencia de los tribunales: "Velando - nos dice - por la certidumbre y la estabilidad de las normas jurídicas, a la vez que por el progreso del derecho y su adaptación a las circunstancias históricas y sociales de cada momento; vinculando el derecho a los principios e ideales permanentes, al mismo tiempo que a las realidades e intereses concretos y movedizos".

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Así la casación civil, "creada en épocas en que imperaba el fetichismo de la ley y los métodos lógicoformales", "no tiene ya la mera finalidad de velar por el cumplimiento de la ley, rígida y apegada a la letra, sino la finalidad amplísima de promover y asegurar la recta interpretación e investigación del derecho objetivo, para que la ley y las demás normas jurídicas que lo integran conduzcan en su aplicación a resultados de justicia, a la vez que a consecuencias de uniformidad, fijeza y seguridad jurídica".

¡Claro está que, para ello, hace falta formar juristas de cuerpo entero!. Inculcarles el rigor en el examen de los hechos y en la selección de la norma; la sensibilidad para distinguir, subdistinguir y valorar con un realismo humano; la amplitud de visión para examinar panorámicamente el conjunto de las relaciones sociales que pueden quedar afectadas con su solución y, a la vez, la fina percepción del matiz singular de las circunstancias personales y reales del caso, y en fin, muy especialmente, haciéndoles vibrar por el sentimiento de la justicia y serenarse por el sentido de la prudencia; enseñarles a practicar una y otra virtudes. No olvidemos la imagen platónica del carro griego en que fortaleza y templanza son llevadas de las riendas por manos de quien representa la prudencia; formando, en su conjunto, ese todo armónico que constituye la justicia.

Los que creemos que el hombre, mejor que captar ideales abstractos aprende de los modelos humanos, podremos presentar a los juristas jóvenes de hoy y de mañana, como un modelo que ha encarnado en alto grado esas virtudes, de quien aprender y al que imitar, la personalidad humanísima de nuestro llorado presidente, el excelentísimo señor don José Castán Tobeñas.