

¿Unidad o pluralidad de ordenamientos jurídicos?

MIGUEL AYUSO TORRES
Universidad Pontificia de Comillas

1. INTRODUCCIÓN

Juan Vallet dedicó hace años un extenso e incitador estudio a elucidar el significado de las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico»¹. En él demostraba que, a pesar de su origen indudablemente positivista, el positivismo jurídico no sólo no habría alcanzado el monopolio de las mismas, sino que incluso –en el interior de la doctrina patria– ni siquiera habría sido mayoritario el uso impulsado por esta dirección.

El repaso que Vallet hacía, principalmente de la doctrina iusprivatista, resultaba en verdad ilustrativo, y me parece que sigue siendo válido en cuanto a la posibilidad de utilizar estas expresiones –podríamos incluir también la de «principios generales del derecho», que hace su aparición frecuentemente unida a las anteriores por entre las páginas de Vallet, y que en nuestro seminario hemos tratado extensamente hace cuatro cursos²– lícitamente al margen del positivismo.

Con todo, por no guardarme nada, creo que de modo creciente desde entonces, la propia doctrina iusprivatista se ha ido deslizando hacia posiciones más próximas a la construcción positivista del ordenamiento. Por no hablar del iuspublicismo –respecto del que, en

efecto, Vallet hacía la salvedad de discurrir por cauces más normativistas, en ocasiones institucionales, pero siempre positivistas– y de la filosofía jurídica, donde el predominio positivista –legalista o sociológico– me parece también evidente.

Ya en este último palenque, podrían examinarse las concepciones kelseniana, hartiana y bobbiana, como paradigmáticas de esa línea positivista, e incluso la romaniana, que no termina de salir de esa órbita. Aun despreciando múltiples matices, de los que hemos de hacer gracia aquí, podemos sintetizar la tal dirección diciendo que se habla de ordenamiento jurídico para indicar que el conjunto de normas de que se compone un determinado derecho es un todo ordenado. La relación de orden más importante es la de jerarquía normativa: así, la Constitución es de jerarquía superior a la ley –lo que quiere decir que ésta no puede prevalecer frente a la primera–, la ley tiene un rango superior a los reglamentos que la desarrollan, etc. Si bien este criterio viene acompañado tradicionalmente de otros de sucesión temporal y de especialidad, que lo completan. A otra clave conceptual, en cambio, pertenece el principio de competencia, ajeno a criterios de subordinación y que articula relaciones de coordinación, por más que muchas veces se contente con las que se dan entre los diversos

¹ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, «Las expresiones "fuentes del derecho" y "ordenamiento jurídico". Introducción a su estudio», *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXXIV-IV (1981), págs. 825 y ss., y en el vol. de Vallet, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, págs. 21 y ss. (Las citas tomadas de este estudio, así como las que proceden de los compilados junto con él en el libro recién citado, lo serán por éste). Cfr. Estanislao Cantero, «La filosofía jurídica y política de Juan Vallet de Goytisolo», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, 1988, págs. 233 y ss.

² Cfr. AA.VV., *Los principios generales del derecho*, Madrid, 1993.

³ Cfr., en la doctrina española, la síntesis de A.E. González Llanos, «Pluralismo jurídico frente a jerarquía normativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 15 (1970), págs. 197 y ss. De gran interés es también la voz, redactada por Francisco Elías de Tejada, «Autonomía», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo 3, Barcelona, 1951, págs. 130 y ss.

⁴ Cfr. Manuel Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993, pág. 12.

⁵ Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, versión castellana, México, 1979.

⁶ Cfr. Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, versión castellana, Buenos Aires, 1963.

⁷ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría della norma giuridica*, Turín, 1958; Id., *Il positivismo giuridico*, Turín, 1979.

⁸ Cfr. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, versión castellana, Madrid, 1963.

⁹ Cfr. Antonio Hernández Gil, *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, Madrid, 1980, págs. 24 y ss.

¹⁰ Justo López, «La pluralidad de ordenamientos jurídicos», *Jurisprudencia Argentina* (1972), pág. 197.

ordenamientos jurídicos que coexisten en un sistema. Todavía más lejos, dentro del universo de la coordinación, pero con honduras mucho mayores, llegaríamos si alcanzásemos a destruir el monopolio estatal de creación del derecho, en lo que se ha llamado —con fórmula que no me satisface por las equivocidades que levanta— el «pluralismo jurídico», al que tendremos ocasión de referirnos más adelante³.

2. ¿PLURALIDAD O UNIDAD EN EL ORDENAMIENTO?

En la doctrina positivista, la unidad del ordenamiento y su monopolio estatal resultan evidentes. Pues, en sentido estricto, esto es, en sentido lógico, las normas jurídicas sólo forman un sistema cuando no generan «lagunas» —no hay casos sin resolver—, ni contradicciones —no hay ningún caso resuelto por más de una norma en forma incompatible—, ni «redundancias» —no hay casos resueltos por más de una norma en forma coincidente—: un sistema normativo, por lo tanto, reúne las propiedades de «plenitud» (ausencia de lagunas), «consistencia» (ausencia de contradicciones) y «economía» (ausencia de redundancias)⁴.

Cada uno de los autores, luego, en esa orientación teórica universalista y uniformista, viene a configurar el ordenamiento según un esquema único válido para todos los tiempos y lugares. En Kelsen, como «conjunto de normas sancionadoras, que termina en la norma fundamental», la unidad pende precisamente de esta última, en la que se basa la estructura escalonada de la pirámide jurídica⁵. Mientras que en Hart, al consistir en un «conjunto de normas primarias de conducta apoyado en un grupo de normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación», se mantiene por la primera de éstas, completada por las otras⁶. Finalmente, como en Bobbio es «una entidad unitaria consti-

tuida por el complejo sistemático de todas las normas», resulta de ser la ley la única «fuente de calificación jurídica de las demás», que le quedan subordinadas o en las que simplemente delega⁷. No ocurre igual, por cerrar el panorama, con Santi Romano⁸, el que, aunque según el decir de Hernández Gil carece de mirada hacia arriba —pues no desemboca en el trascendentalismo—, y hacia abajo —pues no desciende a tomar en consideración la realidad subyacente—, no es menos cierto que, al identificar ordenamiento e institución, da lugar a una pluralidad de ordenamientos, más allá del Estado y por debajo de él⁹.

Como ha explicado Justo López, en los ordenamientos derivados, las normas organizativas y los elementos organizados «son puestos por el ordenamiento originario del cual derivan total o parcialmente según que la derivación sea total o parcial». «Pero esto no se refiere a la relación entre estos tipos de ordenamiento. No hay ninguna necesidad lógica ni real de que sólo exista un único ordenamiento originario. Todo ordenamiento es un sistema que se puede calificar de normativo-social, lo cual implica que tiene una *unidad*; pero de eso no se sigue la *unicidad* del ordenamiento. Una cosa es que cada ordenamiento sea uno (tenga unidad) y otra que no pueda sino haber un ordenamiento único»¹⁰.

La diversidad de ordenamientos plantea el problema de sus relaciones recíprocas, un problema que en apariencia no existe para la tesis monista. Y digo aparentemente, porque la cuestión se plantea para el monismo como relación entre órdenes normativos parciales y de éstos con el ordenamiento. Creo que en Hart y en Bobbio se ve muy claramente.

La pluralidad de ordenamientos, por otra parte, podría dar lugar, según Santi Romano, a una situación de irrelevancia, significativa de que «no hay entre ellos relación alguna». Pero cree que la pluralidad se resuelve necesariamente en la relevancia «que uno de ellos puede

tener para con los demás». El axioma de la «impermeabilidad» de cada ordenamiento, lo restringe este autor en el sentido de que «en un determinado ordenamiento originario no pueden tener valor las normas de otro ordenamiento si no es en base a normas del primero». Pues no acepta la tesis según la cual, inversamente, «un ordenamiento sólo debe considerar jurídicas sus normas y estimar irrelevantes todas las demás en cuanto tales»; lo que juzga no sólo arbitrario, sino en abierto contraste con la realidad. Es decir, que «el principio de que todo ordenamiento originario es exclusivo debe entenderse en sentido de que aquél *puede*, efectivamente, pero no que *debe* necesariamente negar valor jurídico a cualquier otro». De donde concluye que «un ordenamiento puede ignorar o, incluso, negar a otro ordenamiento; puede tomarlo en consideración atribuyéndole carácter diverso del que él se atribuye a sí mismo y puede, por tanto, considerarlo como un hecho». «Pero no se ve por qué no pueda reconocerlo como ordenamiento jurídico para determinados efectos o en la medida o con las calificaciones que estime oportuno atribuirles»¹¹.

Estos últimos párrafos del jurista italiano han merecido un agudo comentario de Vallet que debemos colacionar en este punto. Pues —escribe—, en una concepción positivista, el significado de las palabras *puede* y *debe* carecen de sentido con referencia a la norma soberana. De ahí que las concepciones de Kelsen, Hart y Bobbio sean monistas para cada «ordenamiento originario», y los «derivados» no pasen de constituir sino delegaciones o ratificaciones de una normatividad delegada o subsumida por aquél. Santi Romano, en cambio, con su postura institucional y organicista, emplea la denominación de ordenamiento en un sentido distinto, más lato. Pero no escapa a la aporía que, positivamente hablando, significa decir que el ordenamiento con soberanía para rechazar o conceder validez normativa a otros, *debe* conferírsela, o bien, a la redundancia de afirmar que *puede* no concedérsela. Y es que el deber y el poder, en un

positivismo jurídico de verdad, no tienen sentido jurídico sino en los niveles por debajo de la disposición de la norma fundamental o de la norma de reconocimiento. A no ser que el positivismo se sitúe al nivel de las posibilidades de mero hecho, de modo que allí donde no llegue el poder del Estado, por encontrar una resistencia que no pueda vencer —tanto en el interior como en el exterior— o con la no quiera chocar, y aun en este caso, se partirá de una estimativa en la cual el juicio del deber o del no deber resultará de una mera valoración de fuerzas, o de una capacidad de resistencia, o bien del coste de todo tipo —político, social, económico, etc.— de la posibilidad de imponerse¹².

Siendo así, la pluralidad de ordenamientos jurídicos dentro de un mismo Estado, o bien sería consecuencia de la norma fundamental o de reconocimiento —y, en ese caso, siempre habría «unidad», con «autorizaciones y delegaciones», que asimilarían o subsumirían los demás ordenamientos en general conforme a la voluntad del soberano—, o, por el contrario, se trataría de una simple cuestión de hecho. Porque, como también ha recordado Vallet, el Estado de derecho, si aquél convierte cuanto quiere en éste, es una tautología¹³. Y es que no hay escapatoria ante este que podríamos llamar con Justo López «punto crítico de la ideología positivista», y que no es otro que el de la validez en sentido material del ordenamiento jurídico, cuestión vedada y mera ideología para el positivista. El ejemplo con que ilustra su juicio me parece suficientemente expresivo. Pensemos en un Estado que no reconozca a la comunidad internacional: ¿no significaría que el Estado se reserva la libertad de actuar en contra de todas las normas de aquella comunidad? ¿Debería admitirse entonces que tal reserva convertiría, sin más y absolutamente, en válida cualquier actuación del Estado contrario a esas normas?¹⁴

De ahí que algunas concepciones positivistas hayan abierto, en expresión de Vallet, «ventanas» a las ideologías o

¹¹ Santi Romano, *op. cit.*, pág. 248.

¹² Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, *op. cit.*, pág. 129.

¹³ Cfr. Id., «El Estado de derecho», *Verbo*, n.º 168 (1978), págs. 1035 y ss. Puede verse también, AA.VV., *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996. Se trata de otro volumen del Seminario de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

¹⁴ Cfr. Justo López, *loc. cit.*, pág. 194.

¹⁵ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, «Las expresiones "fuentes del derecho" y "ordenamiento jurídico". Introducción a su estudio», *op. cit.*, pág. 130.

¹⁶ Cfr. José Pedro Galvão de Sousa, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, San Pablo, 1970, capítulo II.

¹⁷ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, «Constitución orgánica de la nación», *Verbo*, n° 233-234 (1985), págs. 305 y ss.; Rafael Gamba, «El doble significado de lo social», *Arbor*, n° 91 (1953), págs. 325 y ss.

a los valores predominantes en la opinión pública o encarnados en la mayoría. Es decir, a una nueva inmanencia, esta vez no estatal, sino social. En todo caso, se ve que en esta orientación no aparece lo que antes notábamos que Hernández-Gil echaba en falta en el ordenamiento de Santi Romano y que con mayor motivo sirve para los positivistas *tout court*: la mirada hacia arriba, o apertura a la trascendencia, y hacia abajo, o apertura a la captación social¹⁵.

3. BUSCANDO LA SOLUCIÓN EN OTRO PLANO

La cosa cambia, si damos un salto a otra concepción del derecho, en la que, sin pretender dar ahora definición alguna, y simplemente para realzar su aspecto primordial en cuanto *norma agendi*, lo divisamos como principio unificador de la vida en sociedad que tiene por presupuesto las relaciones entre los hombres, a las que debe ordenar según la justicia y con vistas a la convivencia pacífica. Esto es, si nos acercamos a la formación histórica de las sociedades políticas y del derecho. Porque la sociedad está ligada en forma tal al derecho, y el derecho a la sociedad, que no es posible investigar la génesis de las normas jurídicas sin al mismo tiempo plantar cara al problema del origen y formación de los agrupamientos humano. Que lo anterior es cierto se verifica también *a contrario* en las modernas teorías del contrato social, que, negando la formación natural de las sociedades, llevan consecuentemente al voluntarismo jurídico: la hipótesis del contrato en el origen de la sociedad lleva a la idea del derecho como simple producto de la voluntad, a través del contrato, finalmente acuerdo de voluntades, y de la ley, considerada como expresión de la no menos hipotética voluntad general.

Si recorremos el camino —sigo al inolvidable maestro y amigo que fue el profesor José Pedro Galvão de Sousa¹⁶—

que de la familia conduce a la sociedad política, vemos que la familia es la primera y más natural de las sociedades, por lo que la ordenación jurídica que la rige procede inmediatamente de la misma naturaleza: la misión de los cónyuges es señalada por las disposiciones peculiares del sexo respectivo y la autoridad corresponde naturalmente a quien tales disposiciones indican para la jefatura. De tal forma, la finalidad principal del matrimonio —la procreación— trae como consecuencia la dependencia de los hijos en relación con los padres y el derecho de los mismos a la educación de la prole. Después, un conjunto de familias que viven en el mismo territorio, aumentado por otros grupos que se van constituyendo con el correr del tiempo, forman la sociedad civil o política.

En la sociedad política hay que tener en cuenta que no está formada directamente por individuos desvinculados de lazos anteriores, sino que se trata siempre de una reunión de grupos que constituyen la sociedad global, esto es, una *sociedad de sociedades*. No hace al caso explicar más pormenorizadamente esta verdad, que Aristóteles desarrolló al hablar de la sociabilidad natural y que fue negada por el contractualismo. Pero sí, cuando menos, convendrá dejar nota de las líneas maestras¹⁷.

Familias, aldeas, ciudades, se agrupan en la paulatina constitución de una sociedad más amplia que sea autosuficiente y capaz de proveerse a sí misma, contribuyendo a que todos aquellos que sean sus elementos componentes encuentren los medios de los cuales necesitan a fin de realizar los propios objetivos. Cuanto más compleja es la sociedad —con el crecimiento de la población, el incremento de las relaciones sociales y el desarrollo de las ciencias y de las artes—, más numerosos y variados son los grupos que se intercalan entre los individuos y el Estado. Tal es el proceso natural y orgánico de formación de las sociedades políticas. La expresión «natural» no está empleada aquí en el mismo sentido en el que significa el ori-

gen y la formación de los organismos vivos; la organicidad social —pues— es un resultado de la sucesión histórica y se observa siempre el mismo proceso constitutivo entre la diversificación de las sociedades políticas, de las formas de Estado y de las formas de gobierno. Por lo mismo, no existe sociedad política sin que los individuos sean integrados en la misma a través de los cuerpos sociales intermedios.

Continuando con la explicación del profesor brasileño, perfectamente encuadrada en el pensamiento tradicional hispánico, las sociedades políticas, ya por su formación histórico-natural, ya por su estructura íntima, presentan un carácter comunitario, en el sentido de que la cohesión entre sus miembros se liga a una actividad espontánea y a un género de vida en común, carácter mostrado por el hecho de que los individuos pertenecen a su grupo con independencia de su iniciativa o deliberación. Así, la tribu, prolongación de la familia, es una comunidad establecida por vínculos de sangre o parentesco; la ciudad es una comunidad de vecindad; y la nación es una comunidad fundamentada principalmente en la continuidad histórica¹⁸.

Afirmado el principio de que la sociedad política es una sociedad compleja, constituida por sociedades menores, va de suyo un corolario de gran importancia en la manera de concebir el derecho, o más precisamente, el ordenamiento jurídico. Pues supuesto que el derecho, como elemento de conservación o cohesión, es un requisito de toda sociedad, se sigue que el ordenamiento jurídico de la sociedad global supone ordenamientos anteriores, existentes en el interior de aquellos grupos constitutivos¹⁹. La aplicación de lo anterior al Estado moderno resulta altamente ilustrativa, al comprobar que las concepciones que hacen de dicho Estado la fuente única del derecho no resisten la prueba de la historia y de la observación sociológica. El monismo estatal, tanto como el individualismo contractualista, al hacer de la sociedad política una suma de individuos, prescinde de

los cuerpos intermedios y, de esta forma, prepara el Estado totalitario. Tales concepciones corresponden, por otra parte, a la estructura de la «sociedad de masas» de nuestros días, entendiéndose por «masa» el conglomerado informe, mientras que el «pueblo» denota al conjunto orgánico de familias y otros grupos sociales²⁰.

5. LA FUNCIÓN DEL DERECHO RESPECTO A LOS CUERPOS SOCIALES.

El profesor Francisco Puy, ocupándose específicamente del tema que rubrica este epígrafe, observaba como uno de los rasgos caracterizadores del derecho moderno ha sido la generalización del convencimiento de que éste no cumplía satisfactoriamente su función pacificadora, de que —en vez de cauce y barrera de equidad y libertad— se tornaba herramienta de injusticia y opresión²¹. Rastreaba tal convicción en el escepticismo generado por la elefantiasis legislativa, alimentado especulativamente por el existencialismo, el marxismo y el progresismo, en los ámbitos respectivos de las ciencias filosóficas, sociológicas y teológicas. Cualesquiera que sean los desvíos de las tales doctrinas, y lo son muchos, lo cierto es que, en este punto, y más allá de su corrosiva acción respecto del valor del derecho y su función, en abstracto, contribuían sin embargo a constatar su concreto descrédito en el contexto moderno. Así pues, como tantas veces, se hacía —se hace— necesario discernir cuidadosamente lo que toca al rostro eterno del derecho y a la caricatura grotesca de que se ha podido cubrir en la modernidad. Realidad en cuyo ahondamiento aparece el tránsito del pluralismo jurídico de los cuerpos intermedios al monolitismo jurídico del Estado, de manera que cuando el Estado, a lo largo de la modernidad, iba usurpando a los cuerpos sociales básicos su justa autonomía jurídica, el derecho, herido de muerte, devenía disfuncional.

¹⁸ Cfr. José Pedro Galvão de Sousa, *op. cit.*, capítulo II; Rafael Gamba, «Estudio preliminar» a la edición de *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, Madrid, 1966.

¹⁹ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, «La libertad civil», *Verbo*, n.º 63 (1968), págs. 186 y ss.; Id., «Derecho, poder y libertad», *Verbo*, n.º 87-88 (1970), págs. 601 y ss.; Alvaro d'Ors, «Autonomía de las personas y señorío del territorio», en el vol. *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979, págs. 241 y ss.

²⁰ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, 1969.

²¹ Cfr. Francisco Puy, «La función del derecho respecto a los cuerpos sociales básicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVII (1973-1974), págs. 637 y ss.

²² Francisco Puy, *loc. cit.*, pág. 641.

²³ Cfr. Alvaro d'Ors, *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Madrid, 1989, pág. 61 y ss. Puede verse un diálogo con d'Ors, Vallet y Villey a propósito de esta cuestión en mi ensayo «Un aporte para la reorientación del derecho público», *Cuadernos de Pensamiento*, vol. 10 (1996), págs. 149 y ss.

²⁴ Cfr. Rafael Domingo, «Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en materia de aborto de 28 de mayo de 1993», *Otrosí*, diciembre de 1993, págs. 34 y ss., para un principio de crítica a la teoría de los bienes jurídicos.

²⁵ Francisco Puy, *loc. cit.*, pág. 641.

²⁶ Cfr. Luigi Bagolini, «Consideraciones acerca del pluralismo», en el vol. *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje del catedrático don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, tomo I, Madrid, 1983, págs. 159 y ss. Me he ocupado críticamente de ese pluralismo en las primeras páginas de mi «Pluralismo y pluralidad ante la filosofía jurídica y política», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1990, págs. 7 y ss., y en *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996, págs. 111 y ss.

Merece la pena explicar la un tanto abrupta afirmación anterior. Ha de comenzarse por reconocer que las relaciones jurídicas fundamentales no se dan en el marco del Estado, sino que tienen lugar en los cuerpos comunitarios: dentro de ellos se originan y ejercitan las pretensiones de matrimonio, filiación, alimentación, educación, tradición, sucesión, trabajo, desplazamiento, vecindad, solidaridad, cooperación, etc.; dentro de ellos se hallan los individuos más competentes para juzgar de las relaciones, dar normas, hacer ordenaciones o reglamentar con leyes las tareas y conductas específicas del grupo. Pues bien, pese a ello, y olvidando que el movimiento vital es producido por un principio interno que se destruye necesariamente con las injerencias exteriores, «el Estado se ha injerido sistemáticamente en los cuerpos sociales, y usurpándose sus funciones jurídicas, a través de un proceso tenaz, premeditado, terco y sañudo, ha reducido el derecho al *derecho estatal*, y ha suprimido el pluralismo jurídico que es condición necesaria de la libertad»²².

Un cuadro como el recién descrito no puede considerarse ajeno, en absoluto, a la distinción —didáctica, mas no por ello inútil— entre derecho público y derecho privado. Si nos atenemos a su *fundamentum divisionis* en la explicación orsiana, se nos aparece aquél como un sistema de «situaciones», esto es, ubicaciones en las hipótesis previstas por las normas estatales, mientras que éste consistiría en un sistema de «relaciones» o nexos creados por la autonomía de la voluntad²³. Bien entendido que no se trata de privar al Estado de sus funciones jurídicas, que las tiene, tales como la tutela de la vida, la integridad física y los que se suelen llamar «bienes jurídicos»²⁴ superiores; así como lo que toca al gobierno, administración y defensa de los intereses generales o, finalmente, la resolución en instancia suprema de los conflictos entre comunidades inferiores: «A tales objetivos tenía que haber reducido su actuación jurídica. Pero no ha sido así. Al Estado no le bastaba con cumplir su función

propia, sino que ha querido suplantar a los demás en las suyas: y así, haciendo de padre ha roto la familia, y haciendo de educador ha roto la universidad, y haciendo de empresario ha roto el gremio o el sindicato, y haciendo de heredero universal ha roto toda aristocracia, y haciendo de propietario único ha usurpado su patrimonio a todas las comunidades... Y cuando eso ha ocurrido, los individuos desarraigados de todos sus lazos familiares, municipales, lingüísticos, profesionales, laborales, culturales, etc., no ha tenido un derecho con que defenderse frente a la apisonadora del derecho estatal. Pero en esta situación el derecho no cumple su función de dar al individuo lo suyo, *ni la puede cumplir*»²⁵.

Se da, no obstante, la paradoja —si se me permite hacer un escaqueo político— de que ese intervencionismo estatal extremo en el dominio de las agrupaciones sociales ha ido acompañado de manera creciente de la dimisión en las funciones más inequívocamente propias: he ahí el «pluralismo», por más que un pluralismo de factura bien distinta, en algunos aspectos incluso opuesta, del que hemos venido ocupándonos en este papel²⁶. Desde luego que en una visión clásica no puede negarse el papel central del Estado en el fortalecimiento y progreso de las condiciones de la vida en sociedad. Pues, lejos de consistir en un artificio útil o en un guardián del libre juego de las leyes de la economía, es la forma histórica que reviste el poder como principio de orden y unidad de la sociedad política. Si en nuestros días ha llegado a presentarse ante nosotros como tendencialmente totalitario, no se ha debido al efecto de una dirección equivocada de los asuntos públicos o de una secreta conspiración universal, ni es reflejo de una especial decadencia moral de las élites occidentales, ni siquiera finalmente de una tendencia permanente de las sociedades humanas: lo es más bien como resultado de la lógica de la totalidad como unidad que subyace a la historia del poder en la modernidad. La prueba, elemental, está en que la afirmación de

la totalidad en términos de dominio despótico sobre la existencia personal acontece tanto en los sistemas políticos autoritarios como en los autodenominados pluralistas, tanto en los intentos de uniformización y militarización de la vida política como en los de reintegración del orden perdido a través de la ficción del pacto social²⁷.

Y es que, en una tal dinámica, pese a lo que pudiera dar a entender una visión superficial de las tendencias políticas y sociales dominantes, las sociedades no marchaban tanto hacia la absoluta estatización, como hacia formas de uniformización y masificación de la vida social en las que la lógica moderna de la totalidad instauraría formas de dominación seguramente peores que las actuales, y en las que el propio Estado-nación, instrumento principal durante mucho tiempo de dicho proceso, terminaría siendo su víctima tanto como los cuerpos intermedios y demás formas de sociabilidad natural que desde antiguo lo padecieron. Hoy vemos cómo el Leviatán sufre en su seno, conjugándolas, dos tendencias de sentido inverso que, por un lado, llevan al aumento de sus gastos, atribuciones competencias y patrimonio; mientras que, por el otro, se produce una no menos sustancial pérdida de su autoridad. En efecto, la evolución política contemporánea ha venido signada por la coincidencia de la hipertrofia de las funciones estatales con el crecimiento de gran variedad de formas de resistencia y crítica al poder estatal, al tiempo que con el declinar de la confianza popular en la validez de las instituciones y, en especial, los cauces de la representación política. La disolución a que estamos asistiendo, tras el espejismo del «fin de la historia», producto del derrumbamiento del «socialismo real», ha venido a confirmar sin la menor sombra de duda la apreciación de que la noción falsa de totalidad habría ido apurando todos los desenvolvimientos de su lógica interna, orillando incluso al Estado, al confinarle a la situación de forma anacrónica y superada de organización del poder político en cuanto ha dejado de ser útil o ha ofrecido resisten-

cias impensadas a la masificación dirigida y uniformizada de la sociedad²⁸.

Desde un prisma tal, para acabar, la verdadera faz del «Estado mínimo» hoy en boga es, pues, el «Estado débil»²⁹. Ya que no es el Estado subsidiario, respetuoso de la recta constitución social y supletivo allí donde ésta aparece insuficiente. Ni siquiera el Estado que, aun sin alcanzar lo anterior, retrocede —¿cómo? ¿con qué consecuencias?— de zonas que nunca debió invadir. Es el Estado del neoliberalismo, esto es, el Estado llamado pluralista, el Estado que, habiendo perdido su dimensión moral y dejado de ser el lugar de concentración estable de las instituciones y los ciudadanos, se ha convertido en el lugar mismo del desorden. En el inteligente diagnóstico del profesor Thomas Molnar, la «cosa pública» ya no es ni una cosa ni una realidad: se encuentra fragmentado, teórica y prácticamente, en tantas opiniones como espíritus, habiendo llegado a convertirse en lo que de él percibían los ideólogos: violencia institucionalizada para unos, expresión de los intereses burgueses para otros, distribuidor de larguezas para los más y salteador de caminos para casi todos. Si ha sobrevivido se debe sólo a los grandes feudalismos interesados en disimularse detrás del Estado, al igual que algunos grandes señores se escondían detrás de la corona: «Los feudalismos modernos aceptan entrar en simbiosis con el Estado y unir su burocracia a la de él, con el fin de constituir ese inmenso Estado tutelar descrito por Tocqueville, entidad monstruosa que no se percibe en ningún lugar porque su presencia se halla en todas partes. Estado frágil y todopoderoso, coloso de pies de barro, presa de no importa qué minoría actuante y prevaleciente que hace suyo —como ya lo constató Burckhardt— el programa de cada uno sin contentar a nadie. Su debilidad para afrontar las situaciones concretas —¿cómo iba a hacerlo, asociando la fuerza y la agresividad con el poder?— multiplica las burocracias, porque es más fácil acallar un problema que resolverlo. Esa es, justamente, la situación del ciudadano del Bajo Imperio, que

²⁷ Cfr. Enrique Zuleta, «El principio de subsidiariedad en relación con el principio de totalidad: la pauta del bien común», *Verbo*, n° 199-200 (1981), págs. 1171 y ss.

²⁸ Cfr. Miguel Ayuso, *op. cit.*, passim.

²⁹ Cfr. Danilo Castellano, «La esencia de la política y el naturalismo político», *Verbo*, n° 349-350 (1996), págs. 1109 y ss.; Miguel Ayuso, «Unidad y pluralidad», *Verbo*, n° 359-360 (1997).

³⁰ Thomas Molnar, «Ideología y pensamiento de derechas», en *Club Siglo XXI, Convivencia y respeto social*, vol. III, Madrid, 1980, págs. 419 y ss.

³¹ Cfr. Miguel Ayuso, «Pluralismo y pluralidad ante la filosofía jurídica y política», *loc. cit.*, págs. 15 y ss.

recibe antes al bárbaro que al recaudador de impuestos»³⁰.

La conclusión que para el objeto de nuestro interés resulta de la disgresión anterior no es en modo alguno irrelevante. Pues la dimisión estatal en su ámbito propio no viene acompañada del retroceso de las posiciones ocupadas en el terreno social, de manera que la crisis del Estado y del derecho estatal comporta la crisis total, al haberse previamente reducido todo derecho a derecho estatal. Las garantías constitucionales —como la independencia del poder judicial o la tutela de los derechos fundamentales— y jurídico-administrativas, por más que apreciables, al desenvolverse en el campo de las simples autolimitaciones, no alcanzan la entidad que es precisa para devolver al derecho su función de amparo y desarrollo de la persona. Sólo la superación del monismo jurídico que implica el monopolio estatal del derecho —a través de una estructuración social plural, base de una pluralidad de órdenes jurídicos— puede permitir a éste recobrar su dimensión funcional plenaria.

5. CONCRETANDO ESE «OTRO PLANO»

En lo anterior hemos venido concretando ese «otro plano» de articulación jurídica, distinto del estatismo campante aun en su agotamiento, bajo la rúbrica de «pluralismo», no sin haber dejado nota de que tiene más de «pluralidad» —esto es, de captación de la naturaleza de las cosas— que de estricto «pluralismo» —o lo que es lo mismo, de ideología—, algo así como la verdadera «libertad» no se siente muy cómoda a la sombra del «liberalismo». Todavía, sin embargo, en sede propiamente jurídica, sería dable precisar esa denominación. Me parece que, a este respecto, una vez más, es la obra del maestro Vallet la que nos ofrece un panorama riquísimo, digno pues de ser explorado y explotado³¹. En varias dimensiones:

a) En lo que hace a la teoría de las fuentes, el sector que presenta un mayor encaje en la temática de la obra a que se dirigen estas páginas, y por tanto ya introducido convenientemente en lo anterior, sostiene Vallet —frente al monopolio moderno de la ley— la pluralidad de fuentes formales de derecho. Parte del diverso significado de la palabra «fuentes» según la perspectiva que se tenga del «derecho». Por ello, ha de confrontarse el sentido de lo que hoy denominamos con la expresión «fuentes del derecho», según la empleemos para el hallazgo de lo justo concreto —cuando estimamos que el derecho, en su versión de *obiectum iustitiae*, radica precisamente en esto—, o según centremos la calificación del derecho en la norma o en el ordenamiento, de modo tal que se tratará únicamente de aplicar correctamente aquella dentro del sentido de éste³². Son —como subraya Vallet— dos concepciones enfrentadas del derecho y sus fuentes. En una y otra difieren también la función de los juristas y del poder público, así como aparecen también diversas la manera de razonar jurídicamente, las formas de interpretar las normas y los modos de juzgar. En cuanto a las fuentes, no se hallan en el mismo sitio y su contenido no tiene igual significado: «En una, el conjunto de las fuentes constituye un sistema cerrado que incluso subsume los principios generales del derecho como ideas o valores informadores del propio sistema y la labor de los juristas es convertida en derecho científico, con la función de operar la construcción conceptual de las instituciones del sistema; mientras en la otra no hay sistema cerrado ni ordenamiento propiamente dicho, en los significados que hoy se pretende atribuir a esta palabra, sino que las leyes y las costumbres se hallan inmersas en una realidad jurídica que las trasciende y

dentro de la cual aparecen como archipiélagos de islotes en el océano del derecho natural y de gentes»³³.

Ha de distinguirse entre fuentes materiales y fuentes formales, distinción de la que —como, al contrario, de su confusión— resultan respuestas distintas al problema básico de las fuentes: el de la trascendencia o inmanencia del derecho respecto del Estado, la sociedad o los tribunales³⁴. Las fuentes materiales son aquellos factores o elementos metajurídicos que contribuyen a fijar el contenido de la norma jurídica, y son la revelación divina, el orden de la naturaleza, la naturaleza de las cosas, las ideas captadas por intuición, la voz de la recta conciencia, etc. Mientras que las fuentes formales, consideradas en la doble perspectiva de los órganos y las formas de creación, son los distintos medios de exteriorización del derecho: la ley emanada del poder soberano, las costumbres, la jurisprudencia de los tribunales, las opiniones de los juristas, etc. De manera que según sea la fuente material predominante, resultará más adecuada para alumbrarla una u otra de las posibles fuentes formales³⁵.

En consecuencia, esta distinción entre fuentes materiales y formales sólo conserva su sentido cuando el derecho trasciende de la voluntad, racional o arbitraria, del Estado, de la sociedad o de los jueces. Mientras que se difumina y se pierde cuando el derecho se concibe como inmanente, bien producto de un *velle, agere o facere*. Al tiempo, esta distinción lleva necesariamente a la pluralidad de fuentes formales, dado que ese legere en que consiste la función del jurista no puede agotarse con un solo instrumento o con un solo cauce, por importante que sea³⁶.

b) Un segundo tópico que debe ser examinado es el de ordenamiento. Vallet, como ya se ha apuntado, no acepta su concepción cerrada e inmanente —ni en la versión decimonónica de un Bergbohm, ni en la paradigmática de Kelsen—; pero tampoco le merecen mejor juicio las aparentemente rehabilitadas, que han pretendido abrir ventanas al sistema, bien sea a través de la admisión de valores materiales —como los del «Estado social»—, bien a través de la vía institucional de Santi Romano, bien en los sucesivos retoques de Hart o Bobbio³⁷. Por el contrario, defiende con constancia la pluralidad de órdenes jurídicos, que impide que el Estado pueda convertirse en monopolizador del derecho, y que se corresponde con la pluralidad de órdenes sociales —a la que antes ya hemos hecho referencia y que son los que constituyen la sociedad— y el reconocimiento de la sociedad civil, y ambos principios estructurales llevan a que, según lo recién sentado, sean también plurales las fuentes formales para alumbrar el derecho³⁸.

Pero, esta oposición al unitarismo del ordenamiento jurídico, esta defensa de la pluralidad de órdenes jurídicos frente a la «ortodoxia de la teoría pura», no se hace desde un «purismo» de otro signo³⁹. No está en su base la voluntad de abstraer —como si de diseccionar provistos de un bisturí se tratase— el dato jurídico de entre los elementos que integran el complejo real, sino que persigue una captación integral de las realidades social y —sentada sobre ella— jurídica. Parte para ello de una comprensión del orden natural en la que no sólo tiene cabida el individuo, sino también los conjuntos sociales y su evolución, y en la que se tienen en cuenta las causas materiales y las eficientes tanto como las formales y finales. Toda la te-

³³ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, cit., pág. 61.

³⁴ Id., *op. últ. cit.*, págs. 61-62.

³⁵ Cfr. Id., *op. últ. cit.*, pág. 155.

³⁶ Cfr. Id., *op. últ. cit.*, págs. 220 y 156.

³⁷ Cfr. Id., *op. últ. cit.*, págs. 943 y ss.

³⁸ Cfr. Id., *op. últ. cit.*, págs. 83 y ss.

³⁹ Cfr. Id., *La libertad civil según los juristas de las regiones de derecho foral*, Madrid, 1967; «La libertad civil», *loc. cit.*; «Libertades civiles y libertades políticas», *Verbo*, nº 265-266 (1988), págs. 699 y ss.

⁴⁰ Cfr. Id., *Voluntarismo y formalismo en el derecho*, Joaquín Costa, antipoda de Kelsen, Madrid, 1988.

⁴⁰ Cfr. Id., *Fundamento y soluciones de la organización por cuerpos intermedios*, Madrid, 1970; *Tres ensayos*, Madrid, 1982.

⁴¹ Estanislao Cantero, *loc. cit.*

⁴² Cfr. Angel Sánchez de la Torre, «Juan Vallet de Goytisolo, filósofo del derecho», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1990, págs. ...

⁴³ Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, «Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino», en el vol. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, págs. 705 y ss. Llamarlo «pluralista», amén de equívoco, por las razones que hemos visto, sería inconveniente a la luz de la respuesta dada por De Castro a Hernández-Gil ante una imputación semejante. Cfr. Federico de Castro, «Sobre el pluralismo del profesor De Castro. Comentario a un comentario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXVI-IV (1973).

⁴⁴ La obra con que el autor a quien venimos siguiendo en este trecho inicia esa dedicación monográfica es *Metodología jurídica*, Madrid, 1988.

mática de los cuerpos intermedios y del principio de subsidiariedad halla aquí su sede y recibe aquí encaje⁴⁰.

Como ha escrito Estanislao Cantero glosando a Vallet: «La subsidiariedad también rige en el derecho, y por ello el Estado debe respetar tanto la zona de poder propia de los cuerpos intermedios, de forma que también ellos puedan regirse jurídicamente sin necesidad de Estado, así como aquella esfera de libertad social, de libertades concretas, constituida por la libertad civil de la persona y de la familia. Así, el llamado derecho positivo no se exterioriza sólo mediante la ley, sino también mediante otras fuentes formales, entre las que debe existir un equilibrio presidido por la racionalidad: costumbres, jurisprudencia, opinión de los autores y equidad; y en cuanto órganos además de creación del Estado, tendríamos la conciencia colectiva, el pueblo y el juicio de los sabios y prudentes. Con ello lleva a un punto de equilibrio objetivo entre las modernas concepciones legalistas, sociológicas y judicialistas»⁴¹.

C) Podemos aún contemplar el ámbito de la metodología jurídica, rúbrica a la que, desde siempre, pero con especial intensidad en los últimos años, ha acogido Vallet buena parte de sus reflexiones propiamente iusfilosóficas⁴². En efecto, refiriéndose al método de Santo Tomás, al que es fiel nuestro autor, dice que emplea todos los elementos informativos de los sentidos —que captan las cosas singulares— e intelectivos de la razón —que captan y juzgan de lo universal—, enriquecidos por la formación de los hábitos de la *sindéresis*, y reclama todas las virtudes, especialmente la prudencia para ilustrar la justicia, y la caridad para sublimarla. También tiene en cuenta todos los datos, ya proce-

dan de los primeros principios de la razón teórica y práctica, ya de la observación de las cosas, ya de la previsión de las consecuencias prácticas de la operación y de su valoración racional, así como de la experiencia actual e histórica, y de su acopio traducido en reglas vividas —costumbres— o —leyes— escritas. Método que califica como omnicompreensivo y a tono con un realismo que es a la vez «integral», en cuanto recoge la realidad entera, y «moderado», en cuanto lo universal se considera real en esencia pero no en existencia concreta⁴³.

Son tres las órbitas que es dado distinguir en la metodología de Vallet: la de la ciencia del derecho, la del arte de legislar y la de la determinación del derecho⁴⁴. Ciñéndonos a las dos últimas, podemos recordar, comenzando por la ley, que en su significado más general de relación u ordenación, límpidamente reférente en la concepción aristotélicotomista, incluye cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina positiva y humana. Por eso, entre ese significado lato de ley, que incluye normas que no son de derecho, y un significado estricto, que no abarcaría a todas las normas de derecho, opta Vallet por otro que incluye todas las normas de derecho, ya estén dotadas sólo de *auctoritas* o bien se impongan por la *potestas* de quienes las promulgan, y además las dimanantes de las que, sin ser leyes humanas —esto es, la eterna, la natural y la divina positiva—, en cuanto tengan trascendencia jurídica. Y en un plan más adecuado para su exposición y examen particularizado desde una perspectiva metódica, distingue entre leyes divinas positivas, principios generales —ya captados por intuición, sean ético-jurídicos o jurídico-formales; ya por inducción de la naturaleza de las cosas, tanto en su significado de *natura rerum* como en el más concreto de naturaleza de la cosa o de la institución de que se trate—, normas seguidas por razón de la *auctoritas* de que viene revestidas, aunque carezcan de *potestas*, normas consuetudinarias —vivas como derecho— y

leyes humanas, en el sentido más estricto, dotadas de *potestas* por quien, según el orden político, se halle facultado para promulgarlas⁴⁵.

Lo que nos abre el camino, del que ya adelantamos antes algunos de sus tramos, de la necesidad de recuperar la ciencia prudencial legislativa frente a las formulaciones ideológicas y las técnicas legislativas al servicio de ellas. La determinación isidoriana de las condiciones que la ley debe reunir, la recapitulación tomista o el acervo montesquieuiano nos muestran un conjunto de pautas dignas de ser atendidas. Pero, sobre todo, se abre la necesidad de que la finalidad de la ley sea científicamente examinada y prudentemente proyectada, en cada caso al que se refiera, en atención a su destino y a su contacto vital con la realidad, y sin perder de vista cuál es el ámbito que la ley debe abarcar dentro de las relaciones sociales y hasta dónde debe penetrar en el terreno moral⁴⁶. Cuestiones que si de suyo no tienen fácil solución, aún presentan un perfil más arduo en la enmarañada realidad presente.

En cuanto a la determinación del derecho, hemos de movernos entre la pauta de la naturaleza de las cosas en sentido amplio, y la de las leyes —una cierta razón del derecho—, también, como acabamos de ver, en sentido lato. Por eso, aunque no se trate de hacer silogismos, pues el arte jurídico no consiste en la subsunción, dice que en esa acepción amplia de las leyes se encuentra la premisa mayor —una premisa mayor que exige la selección jurídica de las normas de derecho, después de una adecuada valoración de la *mens* y la *ratio* de las mismas, que sean más adaptables a la resolución del caso controvertido—, que debe ir precedida de la fijación de la premisa menor, mediante lo que Castán llamó una «diagnosis» jurídica cuidadosa del hecho. El método consiste, pues, en fijar una premisa menor, pero no a través de silogismos previos, sino a través de una serie de

confrontaciones: confrontaciones de leyes humanas —históricas o actuales— y de costumbres vividas, de reglas de experiencia, de conclusiones inmediatas o más lejanas de la ley natural, de opiniones de sabios y expertos, y de continuas confrontaciones de las primeras formulaciones de la premisa mayor que de esta forma va siendo reelaborada con los hechos, a través de cuyo análisis y prueba se va configurando la premisa menor, pues se trata de que su enlace sea correcto⁴⁷.

6. EL FORALISMO

Cabría todavía una última concreción de ese otro plano que este estudio ha querido esbozar para la articulación de un ordenamiento jurídico digno de ese nombre. Una concreción temporal y espacialmente localizada, con raíces históricas y telúricas muy arraigadas. Se trata del principio de foralidad, como encarnación de la unidad en la pluralidad que significan —en la fórmula feliz de la que Elías de Tejada se convirtió en misionero— las Españas, y que no es más que la versión hispánica, aunque de alcance universal, del primer principio de la doctrina social de la Iglesia, el bautizado como principio de subsidiariedad⁴⁸. Ahora bien, tal concreción, a la que en otras ocasiones he dedicado algún quehacer —que hoy quizá resulte impertinente repetir, más allá del recuerdo escueto de que en el foralismo yace un auténtico «corpus» doctrinal, que comporta un principio de autonomía jurídica, pero que lleva consigo también una previa antropología del hombre concreto, para expandirse luego en una visión política y social que podemos denominar organicismo⁴⁹—, choca con el Estado moderno y nos acerca hacia senderos que, por más que se presenta en algunos signos de esta hora preñada de esperanzas tanto como inundada de temores, sólo Dios sabe si será dado volver a recorrer⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. Id., *Metodología de las leyes*, cit., pág. 327.

⁴⁶ Cfr. Id., *Metodología jurídica*, cit., págs. 378 y ss.; Id., *Metodología de las leyes*, cit., págs. 693 y ss.

⁴⁷ Cfr. Id., *Metodología de la determinación del derecho*, 2 vols., Madrid, 1994 y 1996.

⁴⁸ Cfr. Alvaro d'Ors, «Autonomía de las personas y señorío del territorio», *loc. cit.* Id., «Autarquía y autonomía», *La Ley*, n.º 76 (1981), págs. 1 y ss.

⁴⁹ Cfr. Miguel Ayuso, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, 1994, págs. 288 y ss. Puede verse allí, con cita bibliográfica que ahora ahorro, el desarrollo que recibe la cuestión en la escuela tradicionalista contemporánea. Permitásemos tan sólo dejar nota aquí del ensayo, notable por muchos conceptos, y en una línea que pareciera haber abandonado luego el autor, de Francisco Puy, «Derecho y tradición en el modelo foral hispánico», *Verbo*, n.º 128-129 (1974), págs. 1013 y ss.

⁵⁰ Cfr. Miguel Ayuso, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, cit., *passim*.