

# ***Joaquín Costa en la metodología de la determinación del derecho (Cinco apartados de un libro)\****

POR  
JUAN VALLET DE GOYTISOLO

## EL ALTOARAGONÉS JOAQUÍN COSTA. SU CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y SU CRITERIOLOGÍA JURÍDICA

*Joaquín Costa y Martínez* (1846-1911), nacido en Monzón y trasladado a los ocho años con sus padres y hermanos a Graus, cursó los estudios de segunda enseñanza en Huesca, estuvo pensionado desde 1867 dos años en Francia por la Diputación de Huesca, y estudió las carreras de Derecho y de Filosofía, en las que se doctoró respectivamente en 1872 y 1873. Obtuvo por oposición plaza de auxiliar y sustituto de la cátedra de legislación comparada en la Universidad Central; logró el número uno en oposición de notarías del Colegio de Granada, en 1878, y plaza de abogado del Estado en las provincias de Guipúzcoa y Huesca (1875-1878). Ejerció de notario y de abogado en Madrid, donde fue académico-profesor de la Real de Jurisprudencia y numerario de la de Ciencias Morales y Políticas, en la que ingresó el 3 de febrero de 1901. En 1903 se retiró a su casita de Graus, de donde salió elegido diputado y, sin llegar a tomar asiento en el Congreso por propia negativa, retornaría a Graus, donde falleció.<sup>1</sup>

Sus obras son numerosas e importantes. Las inició con su premiada memoria, *La costumbre como fuente del derecho, considerada en sus principios y en su valor e importancia en Roma*. Su introducción a este estudio fue publicada, en 1876, con el título *La vida del derecho*, en la cual -según el mismo Costa-<sup>2</sup> «se sentaban las bases de la doctrina biológico-jurídica», que -como sigue explicando- desarrolló en su *Teoría del hecho jurídico individual y social* (1880). A la par había realizado el esfuerzo de conocer en lo vivo los hechos jurídico-sociales en su Alto Aragón, que dio por fruto el primer volumen de la obra, por él impulsada. *Derecho consuetudinario y economía popular de España, I Alto Aragón* (1879). Siguió: *Requisitos de la costumbre jurídica según los autores* (1881), *Espíritu del derecho aragonés y el Congreso de jurisconsultos aragoneses* (1883), *Colectivismo agrario en España: doctrinas y hechos* (1898), *Estudios jurídicos y políticos* (1884), *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el «status» individual, el referéndum y la costumbre* (1901) -que constituyó su discurso de ingreso en la Real Academia de

Ciencias Morales y Políticas-, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual del gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla* (1901-1902), y muchos otros trabajos más, históricos, jurídicos y políticos.

Del pensamiento jurídico del León de Graus me he ocupado en varias ocasiones.<sup>3</sup> Aquí trataré de centrarme en los aspectos que repercuten en la metodología de la determinación del derecho.

Ante todo, debo reiterar<sup>4</sup> que la característica esencial de Costa, como jurista, fue su foralismo, alimentado por su profunda raíz aragonesa, aunque para su explicación filosófica se sirviera de los moldes krausistas que recibió en su formación universitaria. Por mi parte, creo que media una diferencia sustancial entre el krausismo puro y la concepción jurídica de Costa. El krausismo no buscó su concepción ontológica en la contemplación de la realidad de la naturaleza, sino con una gnoseología idealista y con un proceso racionalista dividido en dos fases, analítica y sintética, de las cuales la primera debía obtenerse -según Ahrens-<sup>5</sup> mediante la observación interna o psicológica de la antropología. En cambio, Costa parte de los hechos, de la historia; alerta contra los apriorismos, las abstracciones y toda idea preconcebida; tiene como guía la investigación del hecho jurídico y sus factores vistos en la razón y en la historia, y se fía de las doctrinas del sentido común del pueblo, inspiradas en la experiencia y con la razón común de las colectividades más que en las abstracciones de los técnicos. Es decir, cubría y ordenaba con formas krausistas los datos por él captados de la realidad sea por su propia experiencia o por lo mostrado en la historia.

Como observó Legaz Lacambra,<sup>6</sup> la doctrina krausista es una pieza esencial del pensamiento de Costa, en cuanto representó una filosofía de la libertad, creando en el hombre «un reducto de libertad y derecho que lejos de absorber al individuo en el Estado, absorbe el Estado en el individuo», pero Costa la «convierte en una filosofía de la costumbre, en una afirmación obsesiva de la realidad primaria y axiológicamente suprema del hecho jurídico consuetudinario», y, por eso, separa la idea de la libertad tanto del racionalismo jurídico abstracto, como de su absorción por un legalismo.

Para Costa,<sup>7</sup> derecho y vida tienen una «relación mutua» que estima «de todo punto necesaria»; pues el derecho «está dado por la vida» a fin de «informarla» para que sea realizada «en forma de derecho» por cuanto la vida del derecho es «la realización o determinación del derecho como principio esencial y eterno en una serie de hechos o estados temporales y sensibles (positivos) mediante la actividad de un sujeto racional».

Se comprende que, para él, no cabe que la ciencia del derecho se haga abstracta ni se aísle de la naturaleza ni de la moral; pues, entiende que la realización del derecho por la actividad del sujeto racional ha de consistir en efectuar la concreción del derecho positivo e histórico, que está constituido por «una serie de determinaciones sensibles» de aquél en la vida, «según la medida de la necesidad en cada punto».<sup>8</sup> De ahí que considerase inseparables el derecho positivo, el natural o ideal y la actividad del sujeto que realiza en el primero la proyección o concreción del segundo en la vida del derecho, sin que sea posible prescindir de ninguno de estos tres elementos

capitales que -sigue Costa- «son uno mismo en distinto respecto o son tres situaciones distintas de un mismo ser».

El concepto de derecho lo centra Costa en el ámbito de las relaciones y las ordenaciones racionales, y no en el volitivo de los mandatos coercitivos. De ahí, su «concepto absoluto del derecho» «*la relación establecida racionalmente entre fines condicionales y condiciones o medios útiles*»<sup>9</sup> o «*el orden de la libre condicionalidad en vista de fines racionales*».<sup>10</sup> Nótese que relación u ordenación no se dan en abstracto, sino en concreto, «para la vida» a fin de que ésta sea «vida jurídica del ser racional», de modo que, si el derecho «es la libre condicionalidad», halla en la vida «la realización e información de su esencia eterna en el tiempo».<sup>11</sup> El mismo Costa explica las «notas categóricas» que integran esas condiciones:<sup>12</sup>

1º «El derecho es un principio de *dirección* para la voluntad y, por tanto, independiente y superior a ella». La etimología de las palabras *ius*, *directum*, *derecho* -contrapuesto a tuerto- lo indican.<sup>13</sup> «Tampoco se halla el fundamento y criterio del derecho en las leyes positivas: antes bien, el derecho es anterior y superior a ellas, regla y «medida para juzgarlas».<sup>14</sup> Así lo muestra la poesía popular española de la que efectúa numerosas citas.<sup>15</sup>

2º Es también un principio de *libertad*, «la coacción es un factor accidental de la vida del derecho, pero no entra como elemento componente».

Costa tiene un concepto sustantivo y no formal de la libertad, que es independiente de las leyes humanas. La *libertad* se presenta en correlación *al bien*. Todo sujeto jurídico, individual o social, tanto cuando crea normas como cuando realiza hechos jurídicos debe ejercitar su libertad «dentro de los límites que les traza la ley objetiva del bien», pues: «para el bien solamente, para la justicia como para la virtud, que no para el mal, es dada la libertad, la cual debe ser cuidadosamente distinguida del albedrío».<sup>16</sup>

No obstante negar que el derecho sea un orden de coacción exterior, Costa distingue el orden jurídico del meramente moral. «El derecho se diferencia del orden puramente ético en que tiene un aspecto exterior, una vida casi natural que lo hace accesible a la coacción. La fuerza no es la esencia del derecho, ni siquiera nota integrante de él, pero sí su vehículo externo, diríamos comitiva y acompañamiento ordinario».<sup>17</sup>

3º En un «*orden al bien*», que consiste en ejercitar libremente algún bien, con lo cual se reclama «la sustantividad e inviolabilidad del espíritu individual, y reivindica la libertad e independencia de su derecho inmanente con respecto al hecho social».<sup>18</sup>

4º «Es un principio de *condicionalidad*; y en ésto se separa ya de la moralidad: no ejecuta el bien sustantivamente por el bien mismo, sino con la mira de servir a otro bien, esto es, como medio o condición para cumplir algún fin a que el hombre viene obligado por su misma naturaleza».

De las explicaciones que da Costa<sup>19</sup> resulta clara la diferencia entre el principio de condicionalidad del derecho enunciado por Kant y Kelsen -que lo refieren a la coacción y a la sanción, esenciales, según ellos, para el derecho mismo- y que Costa refiere a la realización del bien.

5º «Es un principio *racional*; y en ésto se diferencia de la mera relación de utilidad; no todos los medios ni todos los fines son jurídicos: no es el derecho la prestación de medios malos, ni tampoco la prestación de los medios buenos a un fin malo».

Entre derecho y utilidad -explica Costa<sup>20</sup> hay «distinción», pero no «antítesis» ni «contraposición»: «existe perfecto acuerdo que trasciende a ellos». Sus conflictos son sólo en apariencia: «No todo lo útil es derecho, pero todo derecho es utilidad»; pues -explica<sup>21</sup> «lo más justo es, al propio tiempo, lo más útil; que la injusticia es un arma de dos filos»; y «por ésto, el que por miras utilitarias lo sacrifica es un mal calculador, que, aún bajo el punto de vista utilitario, conviene ser buenos».

6º «El derecho *no es un principio de reciprocidad*; el mutuo respeto, la permuta de utilidades y servicios, etc. nacen del derecho como una consecuencia, pero no lo constituyen: el derecho es independiente de la reciprocidad».

Considerar al derecho *un orden al bien*, requiere un criterio para determinarlo y un fundamento de este criterio: «El derecho -dice Costa<sup>22</sup>, que tiene su fundamento en Dios, según nos anticipa un piadoso presentimiento, por Dios ha sido y es declarado al hombre en su razón» -y aquí cita a Santo Tomás, S.Th., 1.<sup>a</sup>-2.<sup>ae</sup>, 91, 2, y 94, 6, y a Francisco Suárez, *De Legibus*, 1,3-; «y sólo cuando se ha desoído el dictamen de esta voz interior y se ha suplantado por individuales interpretaciones de otras creídas revelaciones escritas o tradicionales no ha despertado la humanidad sino con el fragor de las revoluciones».

Como caminos equivocados, señala estos dos:

-El de quienes, si bien parten «del hombre y de su naturaleza» sólo lo hacen «en aspectos particulares, ora fundándolo en nuestra limitación, ora en el mismo instinto de la propia conservación aludiendo a la tesis de Hobbes, ya en la libertad -como manifestación racional de la voluntad-, ya directamente en la voluntad misma reflexiva mostrada en forma de contrato, o irreflexiva, manifestada en forma de costumbres [con clara alusión, respectivamente, a la Escuela del derecho natural y de gentes, a los secuaces del pacto y a los partidarios de la Escuela histórica del derecho alemana], nunca en nuestra naturaleza vista en la unidad de sus relaciones».

-Y el camino «de la exageración que toma la libertad por indisciplina y el libre albedrío por licenciosa arbitrariedad» y «el innoble racionalismo que convierte la indagación filosófica en campo donde se agostan las creencias sin dejar florecer las convicciones». Es decir, el imperativismo y el racionalismo abstracto.

El León de Graus buscaba ese dictamen, como lo buscó el derecho natural clásico, con plena perspectiva ontológica,<sup>23</sup> criteriológica y gnoseológica.

En el aspecto criteriológico, define Costa<sup>24</sup> el derecho natural como idea y como principio esencial por realizar, posible o factible, idéntico siempre consigo mismo, absoluto, inmutable, anterior y superior al tiempo y a las circunstancias históricas, radiante en la conciencia, donde es recibido inmediatamente por nosotros.

Sin embargo, esa calificación como «idea» o «principio esencial por realizar» no es ideológica, idealista, sino ontológica.<sup>25</sup> No se refiere a un objeto puro, ni sólo *poético*, sino que lo recibe de la realidad de la naturaleza y en su ser objetivo esencial. Así dice Costa:<sup>26</sup>

«Lo natural, lo propio del ser es que su actividad consuene con su esencia»... «vivir conforme la naturaleza es ley objetiva a la que no puede fallar jamás sujeto alguno»... «tenemos que cumplir el bien en todas las esferas»... «y cuando introduzcamos por acaso el mal en ese cumplimiento, ni alcanzará a la esencia en sí, ni al todo de su relación con nosotros como sujetos»... «y no porque el sujeto enfermo lo empañe [al derecho natural] con sus determinaciones viciosas o erróneas se sigue que por naturaleza haya de ser aquél mezcla de luz y tiniebla de equidad o de iniquidad».

Por ello, rechaza los criterios de la ciencia contemporánea suya, que por derecho ideal entendía «algo tocante a la fantasía creadora del artista o como una luz lejana que aliente al hombre» [posición de los iusnaturalistas idealistas y racionalistas], «como una forma abstracta y sin contenido en que se va vaciando y modelando el derecho histórico a medida que lo viven los individuos y los pueblos» [criterio de Thomasio, de Hugo, en general de los historicismos, y de Austin], «o como un infinito muy apartado del presente en la serie de los siglos, al que la humanidad sólo llegará en el período de su madurez» [es decir, con el «triunfo de la Idea», según Hegel, con la regeneración final de la humanidad, prevista por Comte, o con la «edad plena y armónica, o nueva alabanza de la humanidad con Dios, esperada por Krause).

#### DISTINCIÓN DE «DERECHO NECESARIO» Y «DERECHO VOLUNTARIO» Y LA VIGENCIA EN ÉSTE DE LOS PRINCIPIOS «STANDUM EST CHARTAE» Y «STANDUM EST CONSUETUDINI»

Para penetrar en el pensamiento jurídico de Costa es, ante todo, preciso seguirlo en la distinción fundamental que establece en las relaciones jurídicas, obteniéndolas con el análisis del contenido sustancial del derecho. Esta es:<sup>27</sup>

-1º, «unas abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella, en aquéllo que la constituye, sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que se encuentra, por tanto, en todo ser racional, independientemente de toda condición de espacio y tiempo»;

-2º, «otras que afectan a la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable como individualidad, en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, la *constitución interna*, y que en cada instante es otra y diferente, porque depende de un número

infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del medio natural y social en que vive, del género de obstáculos».

Estima que el primer género de relaciones sólo han de tener una forma de realización, que debe dictar la razón *a priori*, mientras que en el segundo la satisfacción de la necesidad o el cumplimiento del fin debe admitir diversidad de formas, «para poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le conviene en cada caso». «Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio; las segundas el derecho voluntario, libre o hipotético». Aún cuando también aquéllas deben ser - como recuerda el *Fuero Juzgo*- «*convenibles al tiempo y lugar*», así como al grado de capacidad de las personas,<sup>28</sup> pues: «Cada grado de capacidad implica un grado diferente de derecho», que, no obstante, es «esencial, necesario, obligatorio», en el respectivo grado de capacidad.

Costa<sup>29</sup> pone en relación esta división con los diversos círculos, o personas individuales o sociales, en los que diversifica el sujeto, y señala que se reproduce en cada uno; y así, «lo mismo en el derecho del individuo que en el de la familia, del municipio, de la provincia y de la nación, existe un derecho necesario, del cual no les es lícito desviarse, y otro derecho voluntario, más flexible, que consiente elección de medios y variedad de acción».

Puestas también en relación cada una e estas dos clases de derecho con cada círculo social, afirma Costa que «el derecho necesario, en su calidad de tal, necesita una salvaguardia, una garantía, un regulador, y que esa regulación y esa garantía ha de sumirla por necesidad el Estado superior, porque a él obedecen y de él reciben impulso y dirección todos los demás: hoy es la nación esa personalidad superior a quien toca encauzar las actividades de los Estados inferiores en el sentido del derecho absoluto y necesario, legislarlo, procurar su cumplimiento, y castigar su infracción». Contrariamente: «Todo lo que no sea condiciones y formas necesarias, debe abandonarlo a la libre acción de los Estados inferiores, al individuo, a la familia, al municipio y a la provincia, los cuales tienen que expresar en él su singular individualidad».

También relaciona Costa esta distinción de derecho necesario y derecho voluntario con la que establece entre *Estado oficial* y *Estado común*, podríamos decir entre Estado y sociedad civil.

a) En cuanto al *derecho necesario*, dice<sup>30</sup> que «tanto las autoridades como los súbditos están obligados no los unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines racionales que el derecho patrocina y ampara, y que toda regla jurídica que atañe a los dos, por los dos ha de ser aceptada, aún cuando la iniciativa procede de uno sólo.

- «Las reglas consuetudinarias que el Estado común expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, o, en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no

las encuentra conformes a los principios eternos del derecho, debe intrrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas.

- «Las reglas legales o de otro género, dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos a quienes van dirigidas deben contrastarlas con la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir o lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber en ellos, cuando menos, suspender su cumplimiento».<sup>31</sup>

b) Respecto del *derecho voluntario* estatuido por el sujeto o sujetos de la relación, recuerda Costa<sup>32</sup> los apogemas: «la voluntad del fundador es ley», «la voluntad del testador es ley», «el contrato constituye ley».

Estamos en el campo de la *libertad civil* del individuo y de la familia, o sea donde rige el denominado en Aragón principio *standum est chartae*,<sup>33</sup> que -dice Costa-<sup>34</sup> «es una consagración del derecho individual enfrente del derecho público, y el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de las relaciones privadas». «El individuo que de esta suerte es señor de sí propio y dueño de sus destinos, adquiere la conciencia de su responsabilidad, estudia mejor, penetra en sí mismo, adquiere el conocimiento de los infinitos recursos que atesora en su espíritu, y que nunca hubieran salido de su estado de potencialidad y de sueño sin esa regresión hacia el interior como sucede en los países donde el Estado se encarga de pensar por todos».

c) Además de lo que se impone como *derecho necesario* y de lo que como derecho voluntario es libremente establecido, señala Costa que existen unas relaciones que no son de derecho necesario, ni han sido expresamente reguladas, en todo o en parte, por los interesados. Es la esfera del derecho voluntario no previsto por los sujetos de la relación, -dice Costa-<sup>35</sup> «nada más lógico que suponer que la voluntad de una persona quiere lo que ha querido la mayoría de las personas que viven en condiciones análogas a las suyas».

Es el ámbito de la autonomía, o *selfgovernment* de los municipios y circunscripciones territoriales, donde estima que debe regir el principio *standum est consuetudini*,<sup>36</sup> en cuanto sea supletorio de la voluntad no expresa en materia de derecho voluntario. Según el propio Costa,<sup>37</sup> a fin de garantizar en su integridad la libertad civil: «Al principio foral *standum est chartae*, reconocimiento de aquella libertad respecto de las voluntades expresas, debe corresponder el principio *standum est consuetudini*, reconocimiento de esa misma libertad respecto de las libertades presuntas. Cuando una persona ha guardado silencio acerca de una relación de derecho que ha contraído o de un acto que ha ejercitado, se presume que quiso lo que la generalidad de sus convecinos quiere y practica en aquel mismo género de actos o relaciones».

Sin perjuicio de ésto, reconoce<sup>38</sup> que, «para evitar indeterminaciones y conflictos, es conveniente que «el supremo legislador, órgano del Estado superior» sancione «aquellos usos de derecho voluntario creados por la colectividad» y los sancione «en forma de ley facultativa y supletoria».

Por otra parte, entiende:<sup>39</sup> «La ley supletoria debe hallarse en revisión perpetua y cuando la mayoría del pueblo le ha desusado y ha acreditado en sus hechos otra diferente debe aplicarse ésta en concepto de supletoria, sin aguardar a que el legislador se aperciba de ello y la estirpe del Código, porque, entonces, la vida del derecho, aún en aquéllo que no dependa de los poderes públicos, aún aquéllo que es de exclusiva jurisdicción del pueblo, dependería del mayor o del menor celo, y de la mayor o menor capacidad del legislador».

Perfectamente correlativos entre sí son, según Costa, la soberanía del pueblo y su facultad de estatuir en forma de costumbres con prioridad sobre la ley en cuanto no contradiga el derecho natural. Esto es un tema repetidamente expuesto por el León de Graus,<sup>40</sup> que reafirmó en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.<sup>41</sup>

«No es soberanía -dice-<sup>42</sup> lo que el pueblo transfiere por el hecho de votar a tal o cual vecino o ciudadano el día de las elecciones; como no renuncia a su personalidad civil, como no renuncia ni suspende su capacidad jurídica ni su facultad de obrar cuando confiere poder a uno de sus amigos para que obren por él y le representen en determinados actos, juicios, ventas, transacciones, cobros, casamientos, licencias, donaciones, actos de conciliación, etc., nombra concejales, diputados, senadores para que se constituyan en órganos suyos de expresión, intérpretes de su conciencia jurídica, y la traduzcan en normas prácticas apropiadas a la satisfacción de las necesidades que al derecho toca satisfacer; pero conservando íntegra y en ejercicio su personalidad, y, por tanto, su potestad soberana, que es inalienable, y, con ella, el poder de iniciativa para legislar directamente por sí y, dicho en términos más generales, para elaborar en persona derecho positivo».

De ahí, las enormes consecuencias que dedujo respecto del rechazo de las leyes por todo el pueblo, de su desuso y de la llamada costumbre contra ley. En esos casos, razona Costa: «no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho; no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano. Ni siquiera hay (en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos, lo que hay es ley según costumbre, fuera de costumbre y contra costumbre...)

En suma, conforme dice Costa, el orden de prelación de fuentes en derecho voluntario, es decir, en cuanto no contradiga el derecho natural necesario, por él contemplado -que corresponde al tradicional en todos los territorios españoles de derecho especial o foral- es el siguiente: «1.º, la *carta*, es decir, la voluntad de los particulares manifestada en título escrito, contrato, testamento, etc.; 2.º, la *costumbre* local; 3.º, la *costumbre general* escrita en el Código como derecho supletorio» [naturalmente -según su criterio- en cuanto no haya sido modificado por el cambio de la costumbre].



## DERECHO, HECHOS Y NORMAS. HECHOS JURÍDICOS SOCIALES CREADORES DE NORMAS

El fundamento atribuido al valor de las costumbres por la Escuela histórica del derecho es metajurídico, en cuanto estima que son manifestación del espíritu del pueblo, que no crean sino que ellas se fundan en éste. Igual podemos decir del fundamento de la conservación de los derechos particulares que Durán y Bas y otros juristas catalanes remitían también al espíritu del pueblo.

Sin embargo, tanto las costumbres y los derechos particulares de los territorios y localidades, e incluso corporaciones, dentro de Estado, tienen un fundamento -que creo los justifica- estrictamente jurídico, independiente de cualquier razón política o metajurídica del tipo que sea. Baldo los justificó jurídicamente -como hemos visto-. Y jurídicas son también las razones que -además de las políticas indicadas- expresa Joaquín Costa en pro de las costumbres y de la preferencia, en su respectivo ámbito, de las particulares -correspondientes a las comunidades menores- respecto de las generales de comunidades más extensas y elevadas, por este orden: corporación, municipio, comarca, región, Estado, comunidades supraestatales.

Si Kelsen concretaría el contenido formal del derecho en las normas del ordenamiento jurídico de que se trate,<sup>43</sup> en cambio, antes de él, Joaquín Costa centraba su concreción en los hechos jurídicos.

Costa<sup>44</sup> tiene un concepto lato del derecho, que incluye tanto el *derecho ideal* como el *derecho positivo*, y por éste entiende todo resultado de la *actividad jurídica* que ponga el ideal en acto, ya sea constituyendo reglas legales o consuetudinarias o bien realizando determinaciones concretas en una relación jurídica específica.

Para este polígrafo altoaragonés, derecho positivo es toda concreción del derecho natural, ya sea concordante con las normas positivas o bien supletoria o discordante de ellas.<sup>45</sup> Es, en especial, de destacar que Costa centra el derecho positivo en el *hecho jurídico* en el cual se produce una concreción del derecho natural. Así, claramente dice:<sup>46</sup>

«A todo hecho según ley o según costumbre, precede siempre un juicio individual de esa costumbre o de esa ley, un cotejo previo de ella con los principios de la razón, y la consiguiente adhesión a ella por parte del sujeto actor; por donde el hecho, en última instancia, viene a ser siempre hecho de derecho natural, hecho de derecho absoluto». No ha de tener el derecho positivo sobre el derecho natural «sino la forma, la limitación cuantitativa, regulada por el estado histórico de cada hombre o de cada pueblo, de cada momento o de cada siglo».

«Repárese -advierte- que tomo como sinónimos derecho positivo o histórico, y hecho (*lato sensu*) que debajo de este mismo nombre comprende las leyes o las costumbres y los hechos causados en virtud de ellas, porque si respecto de los hechos y relaciones individuales, la ley es regla ideal que los encierra todos dentro de sí por

modo virtual, en frente del derecho racional y eterno, no es, a su vez, la ley sino como un hecho mayor».

De ahí que observe también un matiz diferencial entre derecho positivo y ley positiva.

Su concepto general de ley lo describe<sup>47</sup> como «la declaración del ideal relativo de derecho que debe ser observado por el sujeto jurídico en tal determinado tiempo, bajo el imperio de determinadas circunstancias», en la cual «la forma que reviste ese ideal relativo por consecuencia de esa función es *la regla* jurídica, a que solemos denominar ley positiva de derecho». Por tanto, Costa concibe la ley como relación u ordenación, que «en medio del constante mudar de la vida» corresponde -explica-<sup>48</sup> a un elemento permanente que le anima y le da dirección unitaria y permanente como él mismo. A esa *relación de permanencia dada en la mudanza*, dámosla nombre de ley».

Partiendo de ese concepto general de ley -como «una relación de permanencia dada en su mudanza; lo fijo, lo inmutable y necesario, que subsiste como inmanente en cada uno de los fenómenos que constituyen la serie o cadena de ellos, en que consiste la vida»- y aplicándolo al ámbito del derecho, la «Ley», en mayúscula, «es un elemento interior de la vida jurídica, el elemento formal de la actividad que promueve el tránsito del derecho desde su existencia ideal a su existencia histórica».

Pero, continúa:<sup>49</sup> «También estimamos como elemento particular de la vida del derecho, *la regla o ley positiva*, pero distinto de ese: el primero hemos visto que acompaña a la actividad en el hecho de la producción jurídica; la ley positiva la pensamos como posterior a ella; aún más, como algo perteneciente al primero e inmediato producto que es consecuencia de esa elaboración a que la actividad somete al material eterno del derecho. Para despejar ese algo que como característica atribuimos a la ley, no tenemos sino considerar la naturaleza de ese resultado -que es el derecho positivo- y en relación con él la regla o ley positiva».

Por ello, razonó que «la ley o regla jurídica no se identifica con el derecho ni es cosa diferente de él»; por lo cual, «será una entre otras maneras de expresión suyas, la expresión del derecho positivo en el primer momento de su realización, tal como resulta de la aplicación de la actividad en tanto como función legislativa, independiente del signo que los traduzca en el mundo de los sentidos».

Esas formas de traducción pueden efectuarse socialmente de tres maneras biológico sociales, según dice Costa que las denomina:<sup>50</sup> *anergálica*, *sinérgica* y *sinaérgica*, según la sociedad de que se trata actúe: sea a través de órganos, ya directamente, o bien parte de uno y parte del otro de estos modos; y, así mismo, puede dársele forma normativa: *espontánea* o bien *intelectual* o *artística*, según predomine la fuente de sentido, o sobresalga la fuente de la idea o bien resulte de una actividad compuesta de aquellas dos.<sup>51</sup>

Situados en esta perspectiva, leemos<sup>52</sup> como explica:

«La sociedad es un organismo compuesto, todo él, de protocélulas, y, por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y, en suma, de individualidad; son seres completos, incondicionados en cuanto a su existencia, que viven una vida propia independiente y separada de la vida de los demás »...« en la sociedad no existen deutero-células, es decir, «células secundarias que carecen de significación por sí mismas», como las que integran los individuos, «todas son centro de vida independientes».

De ahí, extrae estas consecuencias: 1.<sup>a</sup>, las necesidades jurídicas se localizan en tales o cuales de los miembros de la sociedad, y «como estos poseen una actividad propia, inmunicable, distinta de la de los demás y no ligada inmediatamente a ella, pueden satisfacer por sí aquellas necesidades, sin que el cuerpo social entero se ponga en movimiento», «2.<sup>a</sup>, no existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y continua, tejidos, en el cuerpo social; no siendo la sociedad a modo de una individualidad gigante -no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple e indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible a lo pensado y querido, ni un brazo par encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado e informado interiormente-: no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*». Ha de valerse «del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía» de los individuos que la componen -que «son seres acabados, incondicionales, racionales y libres»- «para concebir y dar vida exterior a sus concepciones jurídicas; le es forzoso en suma obrar por representación. El individuo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el derecho escrito como en el consuetudinario «...» «la vida social es siempre *mediata*, se realiza *mediante* órganos individuales».

El *derecho popular* «no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco a formas inferiores del derecho positivo; es popular porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su individualidad para absorberse en el espíritu del todo, y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código».

La diferencia entre *derecho popular* y *derecho erudito* radica en la clase de *representación* que asumen los individuos que formulan el derecho, según sea *advénticia* y *espontánea* -fundamento de la costumbre- o bien *oficial* y *reflexiva*.

«Es espontánea la representación cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad sin delegación, tácita ni expresa, obra como obrarían en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que le informa en sus hechos interpreta y traduce, a la par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad; cuando en esos hechos se ve retratada; y pueden darse hechos sociales porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia y siempre que se les presente la ocasión o la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera»... «La colectividad está entera en cada individuo, habla por su boca, obra por su mano, sin que el individuo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran»... «por eso es espontánea»; «no naciendo la representación sino

de la contemporaneidad, en que cada individuo vive con los restantes dentro del todo de la comunidad, y la concordancia existente entre la situación de cada uno y la de los demás».

Costa<sup>53</sup> hace notar que no constituye una imperfección de la sociedad el hecho de que, además de poder actuar por sus órganos oficiales, también actúe espontáneamente, por órganos adventicios sino que, al contrario, constituye una de las posibilidades que más la favorecen. «Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad» o «aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen a su satisfacción, adaptando y apropiando el fin a los medios que le son adecuados», de modo tal que, cuando otros sientan la misma necesidad, «se lanzarán por el camino que aquéllos le abrieron, y todo el trabajo intelectual, que hubieran consumido a no haberles precedido otros, lo aplican a otro género de actos» y «mediante esta distribución de trabajo resulta más rápido el progreso de la humanidad».<sup>54</sup>

Nota Joaquín Costa<sup>55</sup> que los hechos jurídicos individuales puede ser *progresivos* - es decir, encadenados por una relación de evolución-, o bien *homogéneos* -ésto es, coincidentes con «otra serie de actos también homogéneos», por ser una misma la necesidad sentida e iguales «los medios con que ha de acudir a satisfacerla». En general todos estos hechos contienen dos elementos: uno transitorio, y otro permanente. El segundo expresa «la ley de homología de cada hecho con los demás de la serie», y «esto que tienen de común y de permanente todos estos hechos, ese plan uniforme que ha presidido a su formación es la regla consuetudinaria, es la costumbre».

La relación entre el hecho de un individuo y el espíritu de la realidad, presenta, según Costa,<sup>56</sup> tres formas fundamentales, según aquél resulte respecto de éste: opuesto indiferente o conforme. Esta *contemporaneidad*, de cada hombre con los demás, se produce «en círculos naturales más o menos extensos, en la familia, en la ciudad, en la nación, etc., o bien en agrupaciones de otra índole, sectas, partidos, iglesias, escuelas, ligas, etc.», mediante las cuales «puede ponerse en comunicación individual con los demás».

«No siendo las sociedades -sigue-<sup>57</sup> entidades abstractas y de artificio, sino organismos vivos y reales, es ley indeclinable que los individuos que las componen coincidan en su manera de pensar, de sentir, de querer, de obrar, que sus deseos sean comunes, idénticos sus ideales, congruentes sus actos, uniforme su vida, simultáneos y concordantes sus progresos, sus desfallecimientos, sus entusiasmos, sus caídas y sus retrocesos; y la experiencia enseña que esta ley de razón se cumple, con efecto, en la vida, y, porque se cumple tienen las colectividades historia, carácter, tradiciones, ideales, porvenir, espíritu común, personalidad». Pero, «esta personalidad no es tal que absorba y anule la propia de los individuos: no se opone a que cada cual represente la naturaleza humana a su modo, en una forma peculiarísima, ni a que determinados sujetos desentonen y perturben la uniformidad de la vida colectiva: la ley de la variedad se armoniza perfectamente con la ley de la unidad».

Respecto de los *hechos concordantes*, explica Costa:<sup>58</sup> «El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas, es percibido con la realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, *aparece* cuando se hace sentir su necesidad»... «Tanto las lenguas como el derecho ofrecen en su existencia una serie de transformaciones no interrumpidas», que «están sometidas a la misma necesidad y son igualmente independientes del caso y de las voluntades individuales». Se producen por una comunidad de convicciones, en una conciencia «indivisible por naturaleza», que reconocemos en «los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres». Los hechos de los individuos son consuetudinarios cuando, «a su calidad de *jurídicos*» agregan «la *contemporaneidad*» del acto con dicha convicción general, que se manifiesta, a veces, «por vía de asimilación, de imitación, de prohijamiento» y en otras ocasiones, «por hechos *simultáneos* y *originales*, aislados, independientes unos de otros, sin previo acuerdo, sin que exista comunicación entre unos y otros agentes; el hecho se produce en varios lugares a la vez», «en diversos puntos del cuerpo social simultáneamente», o, en fin, por la acción combinada de uno y otro procedimiento.

Continúa el jurista altoaragonés:<sup>59</sup> «pónense como en acción las energías plásticas que se hallaban como en tensión y ocultas en las entrañas de la sociedad, y elaboran y exteriorizan en el mudo lenguaje de los hechos una regla positiva, congruente con los principios eternos de justicia, en la cual encuentran los individuos trazado el plan que ha de seguir su actividad para alcanzar el fin propuesto en aquel primer caso concreto y en los demás de igual índole que en lo sucesivo se vayan ofreciendo». Pero, hace falta que «ese sentimiento colectivo, vago, indefinido, nebuloso, se condense en un solo hombre,» o «en individualidades determinadas»; que «poseído del espíritu de la multitud, expresa lo que ella ha concebido y no puede expresar». Para ello, se produce «una *selección espontánea* entre cuantos sintieron primeramente el vivo acicate de la necesidad, y aquél que se reconoce mejor dotado por su posición y por sus aptitudes personales, por su vocación, etc.», «analiza detenidamente los términos de la necesidad y del fin a que corresponde, escoge los medios adecuados a su peculiar naturaleza, les proyecta el grado de potencialidad» etc., y, en fin, «proyecta el plan al exterior, consuma el hecho. Entonces viene a sancionarlo el voto de la multitud».

A juicio del propio Costa,<sup>60</sup> el hecho obrado así por un individuo es, a la vez, hecho social en cuanto coincide con el espíritu de la comunidad. De ese modo, él «se constituye un órgano adventicio de la comunidad» ya que, si bien «obra intencionalmente como individuo», a la par actúa «inconscientemente como género». «La originalidad nativa que expresa en aquel acto, le coloca por un instante a la cabeza de su pueblo, pero ni ha buscado antes ni conoce después ese resultado. No sacrifica su individualidad en aras del todo social, como suele decirse con error notorio». En su hecho se dan «dos elementos que no es lícito confundir»: uno «teórico», constituido por «lo común, lo universal, la relación ideal entre el medio y la necesidad, el plan, la regla en él informada que los demás prohíjan», y otro «práctico-individual», que consiste en «una de las infinitas especificaciones posibles de ese plan, uno de los infinitos casos aritméticos comprendidos dentro de aquella fórmula algebraica».

Así, la norma consuetudinaria «ostenta un sello de objetividad» que le da «la apariencia de obra impersonal» y, en algunos casos, la apariencia de ser obra directa del pueblo, «*sed quoque quae vulgo recepte sunt*», «*hoc ipso quad incertum auctorem habent, velut omnium fiunt* (Quintiliano, *De instit. orat.*, 2)». «El individuo obra el hecho; y el plan de ese hecho se hace costumbre a condición de que el pueblo lo sancione con su aprobación, reconozca en él el sello del genio nacional y con sus propios hechos lo consolide».

No ignora Costa la necesidad que, a este respecto, tiene el pueblo de guías, consejeros y asesores jurídicos. «En ninguna parte como en estos países de libertad civil y derecho consuetudinario -explica hablando de Aragón-<sup>61</sup> es una verdad el dicho de Castro -que tanto vale el derecho cuanto los notarios quieren que valga- y una necesidad imperiosa el que vivan éstos en intimidad de relaciones con el pueblo para quien ejercen, conozcan hasta su más ocultos resortes que mueven a las familias y determinan los actos de la vida común, se penetran de cuán importante y delicado es su ministerio, y lo ejerzan con la misma religiosidad que si estuvieran investidos de carácter sacerdotal y como quien echa sobre sí, en el desempeño de su función, gravísimas responsabilidades morales».<sup>62</sup>

## EL MÉTODO JURÍDICO DE JOAQUÍN COSTA

En el método jurídico de Costa podemos distinguir una doble fase: la de conocimiento y la de la acción.

a) Gnoseológicamente combina la doctrina metafísica acerca del conocimiento de Santo Tomás de Aquino<sup>63</sup> con los datos suministrados, entonces -como él dice-<sup>64</sup>, por los novísimos descubrimientos e hipótesis de la psico-física debidos al perseverante esfuerzo de Weller, Fechner, Wunt, Carpenter, Mendsley, Luys, Ferrier, Delboeuf, Lötzt, Helms, etc».

Explica Costa,<sup>65</sup> primero, que el conocimiento debe conseguirse por el método que la metafísica muestra: «que es real o dado en la cosa, correspondiente al único principio y al único fin que se dan en éste, no subjetivo y arbitrario, ni primeramente en multiplicidad y división, como se entiende ordinariamente, estimando con profundo error que el método es sustancialmente doble; ascendente cuando se procede de lo conocido a lo desconocido, entendiéndose por tales, respectivamente, lo individual -los hechos- y lo total -las ideas- (precisamente lo inverso de la realidad, según evidencia la metafísica), y descendente analítico, para recoger los materiales, y sintético para construirlos; y que sólo cuando se ha llegado a la síntesis hay composición y, por lo tanto, ciencia. La más ligera reflexión, tocante a las exigencias del objeto para ser conocido, muestran que se hallan reducidas todas a formar conciencia del principio del objeto, sea éste trascendente o inmanente, antes y sobre toda distinción de ascensión o descenso. Lo que hay es que unas veces conocemos el objeto en sí mismo, inmediatamente como esencia, y otras veces como causado en relación a su principio y fundamento; y, por tanto, que la conciencia se divide interior y subordinadamente en dos fuentes: inmediata (conciencia inmanente) y fundamental (razón)

y, como consecuencia, que el método se bifurca, parejo a esa división en estas dos direcciones: analítica o reflexiva, consistente en formar conciencia del objeto como se presenta en nosotros mismos, y sintético o demostrativo en formar conciencia del objeto en su fundamento absoluto, tomando en ello como criterio la conciencia misma, aquí el principio del objeto. La primera tiene por objeto mostrar, declarar, mediante gradual elevación en vista y testimonio inmediato de la conciencia, el objeto, como presente en ella, o como viéndolo nosotros mismos; la segunda, demostrar el objeto como necesario o como posible, descendiendo de su principio y fundamento absoluto, a priori, visto y sabido en la razón; decide, por tanto, aquélla el qué, la existencia del objeto inductivamente; ésta el porqué, la razón de su existencia, deductivamente: doble cuestión que aún el sentido común formula sobre toda cosa para su cabal conocimiento».

«Esta bifurcación -explica- no se da en la naturaleza de las cosas», sino que nace «de la finitud con que el sujeto, para formar ciencia, tiene que proceder». Ambos caminos, «recíprocamente se compenetran y complementan a tal punto que, si bien es lícito comenzar la indagación por cualquiera de ellos no queda perfecto el conocimiento de la realidad hasta tanto que ha confirmado el otro sus resultados, pues, con detenerse en el análisis y generalizarlo se caería en los errores del idealismo subjetivo, y con detenerse en la síntesis se alcanzaría la necesidad o la posibilidad del objeto indagado mas no se podría afirmar nunca la evidencia del testimonio auténtico, su efectiva realidad. Así lo dicen de consumo la razón y la historia».

Es decir, vemos aquí combinados en un constante ir y venir, a) de una parte, el *intellectum principiorum*, o capacidad que tenemos de ver lo universal y lo general que hay en las cosas singulares, y la *sindéresis*, o capacidad de juicio del bien o de lo justo precediendo los razonamientos con los cuales descendemos desde estos principios para explicar el porqué y la razón que relacione lo que es con lo que realmente debe ser, y b) de otra parte, la inducción y los juicios prudenciales a partir de la naturaleza de las cosas.

Después, desde el punto de vista psicofísico, explica Costa:<sup>66</sup> «No basta ya ni es lícito investigar los principios jurídicos como pura reflexión subjetiva», es decir, «independientemente del organismo corporal o, a lo sumo, en relación exterior con él. Es el derecho, cualidad del ser racional, cierto; pero cualidad a un tiempo real-ideal, físico-metáfrica, del ser vivo concreto, uno sobre toda distinción de espíritu y cuerpo»; y su actividad «no es esa actividad abstracta y quimérica que las concepciones idealistas han fantaseado, sino la actividad que, a falta de otro término, designamos con el nombre de anímico-corporal o psico-física, composición eterna, necesaria, esencial, no exterior, hipostática, contingente y a posteriori, de dos actividades o, si se quiere, de dos formas o cualidades de una misma actividad, jamás separadas en ninguna de las jerarquías de la vida».

Esboza el polígrafo alto aragonés<sup>67</sup> una biología jurídica, con conocimiento del sistema nervioso, o aparato *psico-físico* en su modo de funcionar en lo más esencial y, en él, diferencia: 1º *Organos periféricos pasivos, receptores y reactivos*; 2º *Centros y masas nerviosas*, donde «se concentra la impresión y se transforma en

sensación y en percepción, y de ellos parte el impulso de todos los movimientos corporales»; 3° *Organos periféricos activos*, «que son como el poder ejecutivo de la vida corporal, las placas terminales y motrices»; 4° *Nervios sensitivos*, «o centrífugos, transmisores del conocimiento iniciado por el espíritu».

En suma, advierte: «es un aparato de doble transmisión», «en la dirección centrípeta, transmisión entre la naturaleza y el espíritu», y «en la dirección centrífuga, transmisión entre el espíritu y la naturaleza». Comunicación que «no es inmediata y directa. La naturaleza, para llegar al reino del espíritu, se va espiritualizando por grados». De una parte, formas y sonidos producen imágenes y ecos vibrantes que flotan, que constituyen «un primer grado de espiritualización». Y, de otra, la fantasía «aligera esas formas» y «las reviste de otras más afines a las categorías, puras ideas del espíritu», con las cuales «puede ya la naturaleza conversar con el espíritu» que, a su vez, cuando «decide volver la vista a la naturaleza, tiene que principiar por nacionalizarse en su reino», «gradualmente también».

Matiza Costa<sup>68</sup> que «no percibimos nunca directamente los objetos, sino solamente su imagen, en un panorama interior, resultado del conjunto, de sensaciones que producen y despiertan en nosotros». Las impresiones, de luz, color, sonido, olor, gusto, temperatura, tacto, provocan en nosotros dos reacciones: una físico-orgánica y otra de índole espiritual, de las cuales aquélla, es condición *sine qua non*, que se traduce en sensación y percepción sensible. Pero, «para que los materiales importados del exterior y conglomerados en la impresión se metamorfoseen en un producto espiritual, en una percepción, es indispensable la presencia del espíritu en mayor o menor grado».

«Lo primero que el alma tiene que hacer es interpretar la sensación y para esto - sigue diciendo- se vale de dos géneros de datos: unos ideales, conceptos primarios, elementalísimos, inherentes al espíritu y propiedades esenciales suyas, especie de premisas innatas que constituyen el alfabeto vivo de la realidad (ideas de unidad, causalidad, finalidad, posibilidad, esencia, ser, actividad, tiempo, todo, parte, etc.), otros experimentales, adquiridos por experiencia de sensaciones pasadas». Unos y otros sirven de «criterios para que el alma discierna los elementos de la sensación presente». Ello tiene lugar en una «zona neutral», que existe en nosotros, donde opera la «fantasía o imaginación» que «hace visibles para el espíritu las formas de la naturaleza y sensibles para el cuerpo las ideas del espíritu», que es auxiliada por la memoria y por la facultad de hacer latente las impresiones recibidas y de verificarlas otra vez. La fantasía recoge las impresiones compuestas o parciales, las interpreta, traduce y ordena, y las reviste de formas de índole psicológica. En esa imagen o representación interior el espíritu «refiere la sensación a una causa objetiva distinta de él mismo», y se convierte en percepción que produce tendencia de atracción o repulsión.

Otro ciclo, inverso al expuesto, se produce también, explica Costa,<sup>69</sup> y, en su virtud, la iniciativa parte del espíritu sin que lo provoque estímulo exterior alguno; pues existe «todo un mundo de fenómenos independientes del cuerpo, y cuya iniciativa y determinación compete de pleno derecho al espíritu; sin que obste a esto el que esa acción original del espíritu haya de encarnar en las actividades corporales y engranar en ellas».



En ese examen de las actividades psico-físicas, comenzando por las más rudimentarias y ascendiendo a las más elevadas y complejas, Costa<sup>70</sup> va analizando sucesivamente: la actividad *refleja*, común a todos los animales, la *instintiva*, en sentido lato, que ya tiene una conciencia elementalísima y de escasa densidad, siendo parte libre y parte automática; el *sentido común*, dotado de discernimiento, mientras no degenera en rutina, con una previa proposición y debate interior; y la *artística*, en la cual la libertad alcanza su mayor grado de condensación fuera de los carriles del instinto y del hábito, con una realización sistemática en la que resplandecen «plenitud de espontaneidad, intimación doble regresiva del objeto a la conciencia, línea de vibración nerviosa sometida en todo su trayecto a libre acción de la voluntad, elección racional y adaptación proporcionada de medios a fin, presencia y dominio de sí mismo, no sólo en el conjunto y en la totalidad del acto, sino en cada uno de los elementos en que se subdivide».

b) El *método jurídico* que Costa aplica al derecho, según lo expuesto por él que acabamos de recoger, parte de relacionar derecho natural, o ideal, y derecho positivo, o histórico, en la realización de los hechos jurídicos. El León de Graus<sup>71</sup> lo explica así: «pensamos al uno como infinito y como finito al otro; no existiendo más que una clase de derecho, siendo enteramente homogéneo en toda su naturaleza, parece en rigor que aquella relación sea la misma que existe entre la causa y sus efectos; por una relación de identidad cualitativa por lo tocante al fondo, toda vez que la actividad jurídica no puede informar en los estados más derecho que el que está en su posibilidad, el que le es dado como fin, el derecho ideal y entero»; y el derecho positivo, encerrado en nuestra vida no es sino «una determinación concreta» de aquél, «al cabo finita», en tanto que el primero, subsistiendo siempre íntegro, puede «ser puesto más y más veces y en infinito número de estados diferentes, por las diferentes humanidades en el espacio».

«El derecho natural es eterno, no es sobre el tiempo y exterior a él, sino permanente; subsiste en todo lo que unitariamente es y en cada uno de los estados que componen una serie infinita o ilimitada: no muda, sino que queda inmanente en la mudanza. A su vez, cada derecho positivo es «un derecho ideal, pero relativo, un derecho natural, pero reducido a límite, bien que de la misma cualidad y fondo que el derecho absoluto»; «sin ser todo el derecho natural es de la misma naturaleza de éste»; pues, según Costa, «no sería derecho de contrariar el derecho natural necesario».

«Esta necesidad de igualación y proporcionalidad entre el derecho natural y el positivo -dice-<sup>72</sup> fue ya conocida, aunque más bien a impulsos de un oscuro presentimiento que como fruto de una clara y reflexiva intuición, y sin sospechar su alcance y trascendencia, por algunos genios de la antigüedad -señaladamente por Solón y Sófocles, Cicerón y San Agustín- y, en la Edad media, por San Isidoro y Santo Tomás; en los tiempos modernos, después de las doctrinas sensualistas y naturalistas del pasado siglo que condujeron a las funestas abstracciones de Rousseau, de Kant y de la Revolución, y durante cuyo imperio muy raro escritor ha mantenido aquella voz de la antigüedad, dos escuelas justamente afamadas, y que han dejado largo y luciente rastro en la historia del pensamiento, las escuelas de Savigny y de Hegel, se

han consagrado preferentemente a resolver este pavoroso conflicto entre la especulación y la práctica, más o menos abiertamente previsto y planteado por la conciencia humana en todo tiempo y con más clara y madura reflexión por la ciencia contemporánea. Ni uno ni otro acertaron a resolverla, ni era dable una vez comprometidos en el camino de las negaciones absolutas, y desconociendo todo valor y sustantividad al derecho natural, el primero, y, el segundo, al derecho positivo».

Se trata, según el polígrafo altoaragonés, de efectuar el tránsito del derecho natural a su existencia histórica en los hechos jurídicos. Para ello, estima, precisos realismo metódico y sentido común práctico en los sujetos.

Muestra de lo primero es esta exposición del mismo Costa:<sup>73</sup> «Como medio de exposición me he servido de las vivas enseñanzas del pasado», de «la historia gran maestra del saber», unas veces, «para neutralizar la acción y los efectos de la fantasía creadora, que en la ciencia más que guiar perturba y desorienta, y dar a la razón un criterio, aunque provisional y de experiencia, casi siempre seguro para verificar resultados y cerciorarse de que sus conclusiones son legítimas y no quiméricos apriorismos; otras veces, para representar y poner en acción los principios y hacer de este modo más perceptible la doctrina»... «He procurado con empeño evitar toda abstracción, así como toda idea preconcebida, llevando por único guía en la investigación del hecho jurídico, el hecho mismo y sus factores, vistos en la razón y en la historia».

El esfuerzo de conocer a lo vivo los hechos jurídico-sociales lo realizaría en su Alto Aragón a través de los protocolos notariales de Jaca, Boltaña, Benasque, Benabarre y Huesca y de instrumentos y noticias facilitadas por multitud de amigos.<sup>74</sup>

La mentalidad realista y el sentido práctico en la realización del derecho, la muestra, en especial, al poner en boca del pueblo altoaragonés:<sup>75</sup> «legisladores engreídos que pretendéis gobernar los pueblos con ideas y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros»... «las leyes que nosotros escribimos en el mudo lenguaje de los hechos, son más firmes y más incontrastables que las vuestras porque también son más verdaderas, porque están más fundadas en la naturaleza». En las montañas de Aragón -añade- «la naturaleza existe por la sola virtud del derecho; sin esas costumbres, que tan odiosas os parecen, no habría allí naturaleza productiva».

Hemos visto que, tratándose del derecho que denomina voluntario, propugnó la realización de esas determinaciones, conforme los principios *standum est chartae* y *standum est consuetudini*, y, en materia de derecho necesario, también hemos observado de qué modo lo dialectiza.<sup>76</sup>

El tránsito del derecho natural al positivo, en las determinaciones de los hechos jurídicos, en la existencia histórica de cada comunidad, según Costa<sup>77</sup> puede efectuarse:

- sea directamente, sin mediación de norma positiva,
- o bien, siguiendo la dirección de alguna norma positiva.

En ambos casos -dice- «entran esos dos elementos: una relación individual de derecho (la finalidad, el qué) y un plan de conducta (el procedimiento, el cómo): sólo que, en un caso, este plan, esta regla individual, para observar el hecho, tiene que deducirla el actor directamente del derecho absoluto, inmanente en la conciencia; y, en el otro caso, de una regla positiva, costumbre o ley, dada con anterioridad al hecho».

En el primer supuesto al hecho determinado lo denomina un «hecho de equidad, o sea de derecho esencial o eterno»:

En el segundo -advierte-, no será lícito decir que «existe una doble relación, del derecho ideal a la regla positiva, de la regla positiva al hecho», mientras que en el primero hay sólo «una relación única del derecho natural o equidad al hecho». A su juicio «la relación es siempre directa -del derecho natural al hecho-, establecida por el propio sujeto», sin otra diferencia sino que, en la relación regulada por ley o costumbre, «determina su actividad en la dirección que encuentra trazada, y que él acepta y hace propia, individualizándola», mientras que cuando acude a la equidad actúa «una dirección nueva, que él originariamente se abre, por no existir otra o no convenir a sus fines la existente». Ya que, «si la ley positiva es injusta o contraria a ese derecho eterno, no puede ser justo el hecho sino desviándose de ella».

#### DETERMINACIÓN DEL DERECHO POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA ESPAÑA DECIMONÓNICA

Al ocuparnos del periodo anterior, hemos visto como se crearon el Real Consejo de Castilla y las Reales Audiencias o Chancillerías en el mismo Reino de Castilla,<sup>78</sup> así como en Aragón y Cataluña;<sup>79</sup> y, muy especialmente, el valor que en este Principado se daba a su función determinativa del derecho, en cada caso, y su carencia de valor interpretativo general.<sup>80</sup>

El Tribunal Supremo fue el sucesor del Real Consejo de Castilla. Apareció en la Constitución de Cádiz (art. 259), con el nombre de Supremo Tribunal de Justicia, como órgano jurisdiccional específico para resolver los recursos de casación, (introducido a imitación del modelo francés creado allí por la Asamblea constituyente de 1790. Tuvo las alternativas determinadas por la alternancia política, y se llamó también Supremo Tribunal de España y las Indias. Su actual nombre y estado fue establecido en la *Ley de Enjuiciamiento civil* de 5 de octubre de 1855.

Tanto la definición de jurisprudencia, como el valor de las sentencias concordes, dio lugar, en el siglo pasado, a enconadas discusiones, como las que tuvieron lugar con ocasión del tercer tema del Congreso Jurídico Español de 1886<sup>81</sup> y del 1.º del Congreso Jurídico de Barcelona de 1888.<sup>82</sup> En especial, es de destacar la polémica ponencia presentada, a este último, por Joaquín Costa.<sup>83</sup> Me he ocupado de este primer tema en la perspectiva de la metodología de las leyes;<sup>84</sup> ahora interesan las cuestiones referidas a la determinación del derecho.

Comencemos por Gény, que, si bien la instauración de la *Cour de cassation* tuvo por finalidad la defensa de la ley frente al arbitrio de los jueces, de hecho, en Francia, resultó el medio privilegiado de facilitar no sólo una interpretación unitaria de las leyes sino la determinación, también unitariamente, de las concreciones del derecho que no resultasen directamente de las leyes.

Recordemos que en el periodo de *ius commune* se buscaba la máxima equidad, dentro de la tradición del derecho positivo, confrontando realistamente las opiniones encontradas acerca de la *quaestio* discutida. Era una labor casuística, frente a la generalidad de la ley, pero sin sumisión -a diferencia del *common law*- al *stare decisi*.<sup>85</sup>

De conformidad a esa concepción tradicional, escribiría Joaquín Costa:<sup>86</sup> «El carácter ordinario de la ley es la generalidad, contiene los casos únicamente por modo de potencia y hay que deducirlos de ella, uno por uno, por un trabajo reflexivo de adaptación que es a lo que llamamos interpretar de la ley. La interpretación no es, en sustancia, otra cosa sino la medida o contraste de algo individual por algo específico, o de otro modo, la reducción de un tipo-específico a las proporciones de un hecho; sea de un hecho en proyecto, con el fin de determinar la conducta que debe seguir el sujeto actor para que tal hecho resulte conforme al tipo propuesto o impuesto; ora de un hecho ya ejecutado, al objeto de decidir, caso de que no coincidan, lo que ha de restarse, añadirse o rectificarse, en él, para que quede lograda dicha conformidad. El legislador legisla para la especie, para una especie dada de hechos: el que interpreta la ley para ejecutarla (sea el particular mismo, sea un juez) es el legislador del hecho: deduce de la regla general una regla particular, no menos necesaria que aquélla, puesto que sin ella, sin ese trabajo de asimilación, nunca llegará a salir de su generalidad, quedando enteramente inaplicable. De aquí el distinto alcance que tienen una y otra regla. Cada uno de los infinitos hechos homogéneos abarcados debajo de una ley conserva, no obstante, esa homogeneidad, un carácter propio e incommunicable, que lo distingue de todos sus congéneres y hace que no sea aplicable a unos la interpretación, o sea la adaptación del precepto, hecha para otros, y que se requieran, por eso, tantas interpretaciones directas de él como casos vayan ocurriendo. Por otra parte, aún supuesta la identidad de dos hechos, de dos concursos o combinaciones de circunstancias, de dos situaciones de derecho, la relación entre estas situaciones o hechos y la regla o precepto general, no obstante ser relación objetiva, necesaria, única, puede no presentarse al entendimiento del intérprete tal como ella es, puede el entendimiento apreciarlo en un caso de un modo y en el otro de un modo diferente, equivocado éste, acertado aquél, o en parte acertados y en parte erróneos entrambos».

Aun cuando -como dice poco después el mismo Costa-<sup>87</sup>: «El formar juicio no es cosa arbitraria, como querer o no querer: dados los términos, «hecho jurídico» y «ley general», fuera de nosotros, la verdad de ellos y de su relación se nos impone a pesar nuestro, por modo objetivo, sin que valga el que los demás nos digan que o la ley o el hecho no son tal como a nosotros se nos representan. «Sin embargo, enseguida, Costa vuelve a insistir en el subjetivismo de cada juzgado y afirma que, cualquier que sea su grado jerárquico, no debe ponerse traba ni limitación de ninguna especie.

Dejando aparte esas expresiones de subjetivismo relativista, la exposición de Costa, en torno a lo que la interpretación es, viene a concordar con recientes posiciones metodológico-jurídicas alemanas, en la consideración de tipos y serie de tipos -no de conceptos, a diferencia de lo que en su tiempo hacía la dogmática pandectista-, de los concursos y combinaciones de supuestos de hecho y del cotejo del hecho tipo en la norma considerada con el hecho del caso. Todo lo cual exige al juez una labor de adecuación para cada caso concreto. «Llamado a concretar la declaración impersonal del legislador para dar pauta a un estado jurídico determinado y personalísimo» -sigue diciendo-<sup>88</sup> «lo que ha de poner de suyo [el juez] es el juicio para interpretar a entrambas y relacionar la una con la otra».

Incluso hallamos en este mismo epígrafe, algunas frases en las que Costa, siguiendo la tradición más abierta del *ius commune*, se anticipa a las apreciaciones que desde la segunda década de este siglo formularía el neohegelianismo, por la pluma de Binder y Schönfeld,<sup>89</sup> y que después seguiría manteniendo Larenz.<sup>90</sup> Dice Costa<sup>91</sup> que debía hacerse «una consideración de bulto», consistente en que también la sociedad muda de convicciones, y estas mudanzas encuentran eco en los estrados de la justicia, adonde llega siempre el derecho, por aportaciones moleculares, mucho antes que en los programas de los partidos y que en los Cuerpos legislativos y ministerios, donde no penetra sino en masa y por aluvión. Por eso, el juzgador no se limita a aplicar mecánica y rutinariamente la ley, sino que, al aplicarla, la desarrolla, la aclara, la suple, la reelabora y perfecciona, la vivifica, en suma, conforme a las inspiraciones de la razón común y a impulsos de la necesidad histórica para que fue dada. La letra, por su cualidad de signo, sólo tiene valor en función de lo significado; pero, signo material, y de convención, no puede seguir por sí las evoluciones interiores del derecho y llega un día en que se nos presenta en oposición con él. Esa oposición, esa antinomia, el juzgador tiene que resolverla de momento. La presión incontrastable de la realidad le obliga a armonizar esas interpretaciones con el sentido vivo de la ley, salvando los respetos debidos a la letra por medios indirectos, en que fueron maestros los pretores de Roma...».

He comentado, en otra ocasión,<sup>92</sup> que la afirmación del subjetivismo, que antes hemos leído en Costa, si bien podemos aceptarla en el *juicio*, creo que no cabe extenderla a su *pauta*. Esa diferencia entre «*pauta*» y «*juicio*» creo que puede servir para aclarar la distinción clásica entre: *intelección* de la norma -o sea la inteligencia de su sentido, en su *mens* y *ratio*- y la *interpretación*, propiamente dicha, como mediación que es entre la ley la realidad, entre norma y hecho. Esa mediación tiene por fin la concreción del derecho como *lo que es justo* en el caso contemplado. Este concepto de interpretación corresponde, sin duda, a lo que hemos visto explicado por Costa. Pero la intelección, inteligencia o comprensión del *sensum legis*, es algo previo, en cierto modo, a la interpretación o mediación entre la norma inteligida y el hecho enjuiciado, aunque también muchas veces la labor interpretativa sirve, a su vez, para aclarar aquella intelección, tal como, asimismo, aclara los perfiles jurídicos del hecho examinado. Por tanto, la intelección de la norma no puede depender del juicio subjetivo de cada intérprete. En este sentido, no parece contradictorio, sino una garantía para la seguridad jurídica, que un Tribunal Supremo tenga la misión

específica de determinar esa intelección, inteligencia o comprensión de la norma de que se trate dentro de cada ordenamiento jurídico. Esta podrá constituir la pauta o una de las pautas del juicio, pero no debemos confundirla con este mismo, que supone un paso decisivo hacia el hecho -respecto del cual constituye una «concretización», mediación o acomodación-, en el que consiste la interpretación, propiamente hablando, que se debe dar entre la norma inteligida y el derecho jurídicamente determinado para el caso concreto de que se trata.

Ahí creo que se halla el punto débil de la brillantísima y traslúcida tesis del León de Graus acerca del subjetivismo que presta y defiende en la interpretación de cada juzgador, sin ponerles trabas ni limitaciones, que -como acabo de explicar- no puede alcanzar la debida interrelación de la norma en su generalidad, en la que halla fundamento la función del Tribunal Supremo.

De ahí viene la razón porque Costa<sup>93</sup> creía que era perturbador del «cierto grado de libertad», «que estimaba necesario en los juzgadores», que «la jurisprudencia una vez formada les vincule a ella, dándose carácter de ley y autorizando la casación por infracción de sus doctrinas y reglas». Esta crítica de Costa da en el blanco del fundamento político inicial que tuvo la institución que fijaba la intelección de la ley, de tal modo que los jueces no tuvieran sino que aplicarla silogísticamente al caso juzgado. Pero, no alcanza el fundamento jurídico de lo que ha ido entendiéndose en la casación, basándose en la conveniencia de que se enriquezca la intelección de la ley por su contraste en la práctica de un Tribunal Superior, que actúe por razones jurídicas no políticas -tanto más tratándose de cuestiones de derecho privado-, con lo cual facilita la corrección de las futuras concreciones determinativas del derecho que efectúen jueces y tribunales.

Es posible que en el subconsciente de Costa pesara la secuela de su concepción foralista, temerosa del poder unificador de jurisprudencia o doctrina legal del Tribunal Supremo. Tanto que -pienso<sup>94</sup>: incluso habría visto con idéntico recelo, v.gr., la que sentara la Audiencia Territorial de Zaragoza respecto de la interpretación e integración de las costumbres del Alto Aragón.

No me parece ocioso recordar,<sup>95</sup> en este punto, las diversas posiciones mostradas, en el Congreso jurídico de Barcelona de 1888, acerca de la determinación de aquellos Tribunales de los cuales debiera dimanar la jurisprudencia, y que vienen a concretarse en éstas:

- Sólo el Tribunal Supremo (*Pla y Soler, José María Borrell y Soler, Acacio Charrin*).

- Además, las Audiencias Territoriales para el derecho peculiar y especial de su respectivo territorio (*Enrique Gil y Robes, Milá y Pi*, si bien éste lo restringía en el sentido de que no podían imponerse las de éstas como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación).



- De todos (Costa, Trías y Doménech, Ripollés).
- De ninguno (Agulló).

Notemos que Joaquín Costa, desde su posición foralista defendió, en materia de fuentes del derecho, la prevalencia de la costumbre de ámbito más reducido -local y territorial- sobre las de mayor ámbito, y la de todas ellas respecto de las leyes, en las materias de derecho no necesario o que estén reguladas racionalmente en ellas. Siendo así, pudo haber mantenido en esta cuestión de la jurisprudencia una posición correlativa a aquélla que tuvo en la prelación de fuentes. De ese modo, podría haber defendido que a las Audiencias Territoriales les competía constituir jurisprudencia respecto del derecho de propio su territorio, o que incluso correspondiese a los juzgados para las costumbres vividas en su distrito o en localidades o comarcas del mismo, y que respecto de ellos no debiera haber recurso de apelación, ni de casación al Tribunal Supremo.

Pero, Costa, con su carácter apasionado, atacó frontalmente la cuestión y rechazó, de modo más total y radical que juzgado ni tribunal alguno pudiera monopolizar la jurisprudencia ni parte alguna de ella. Así afirmó.<sup>96</sup>

«Interpretar una ley, adaptarla a los infinitos casos particulares que van demandando su aplicación, es obra harto más difícil que decretar desde un punto de vista general esa misma ley. Cuando la obra de la interpretación está encomendada, no a un juzgado o tribunal, sino a varios, que juzgan conforme a ella cuestiones del mismo género simultáneamente, pero aislados los unos de los otros, se impone a todos y cada uno el arduo trabajo de relacionar los motivos y designios de la ley con las necesidades concretas, individualísimas, a que entendió acudir con ella el legislador, no encontrando auxilio los unos en los otros, no pudiendo en su aislamiento consultarse, contrastar cada cual su propia interpretación y juicio con las interpretaciones dadas por sus colegas en los casos análogos, será ésta las más de las veces deficiente e imperfectísima, y su imperfección se perpetuará con honores de jurisprudencia para el propio Juzgado o tribunal que la creó, no existiendo mediador alguno que la agite y renueve y la precipite en una corriente de elaboración activa y continua: a una ley no corresponderá una jurisprudencia sino centenares de jurisprudencias: casos iguales serán apreciados con criterios diferentes: habrá juzgados, habrá audiencias, pero propiamente no habrá un orden judicial»... «El derecho nacional no alcanzará el beneficio de esa elaboración sorda, callada, molecular, que se obra en los tribunales, y que contribuye más a su progreso que la acción atropellada y tardía casi siempre, y a menudo irreflexiva, del legislador».

«El mal había sido perfectamente diagnosticado por los fundadores de la casación, y será siempre gloria suya el haberle buscado con noble y levantado empeño remedios radicales que lo atajasen y previniesen para siempre. Si no lo lograron culpa fue de su tiempo y del concepto mecánico del derecho que hallaron dominante en las escuelas, en los partidos, en la opinión: el traducirlo en forma de Tribunal Supremo y recurso de casación, no podrá acusarlos de infieles traductores la posterioridad»,...«Ya, por fortuna, en el pensamiento de nuestro siglo, aunque muy pere-

zosamente se van invirtiendo los términos y apuntando nociones jurídicas más generosas y amplias»... «nos cabe en la cabeza, aunque todavía no sin ninguna dificultad y repugnancia, que una cosa pueda ser todo y parte al mismo tiempo, organismo total y miembro de otro organismo superior, centro para unas funciones y periferia para otras; que puedan, por tanto conciliarse los fueros de la autonomía con las exigencias legítimas de la centralización. Esto nos permite emprender rumbos más ciertos que los cursados hasta aquí, para cumplir esta nueva condición que se impone a la jurisprudencia, y sustituir la acción perturbadora y antijurídica de la institución del Tribunal Supremo con otro instrumento regulador que no sea incompatible con la libertad judicial».

Tal instrumento, a su juicio<sup>97</sup> debería ser éste: «Todas las sentencias pronunciadas por las Audiencias deben imprimirse y publicarse oficialmente dentro de los treinta días siguientes a su fecha: y de las pronunciadas por los Juzgados de primera instancia, únicamente aquéllas que ofrezcan mayor interés desde el punto de vista de la jurisprudencia; si bien haciendo constar la aspiración de que todas ellas lleguen a obtener un día el beneficio de la publicidad».

Dejando aparte esta polémica, tan apasionadamente seguida por Costa, lo cierto es que el Tribunal Supremo y el recurso de casación fueron instaurados en España ya antes de elaborarse el Código civil, y que no sólo se articuló para los casos de inaplicación y de aplicación indebida de la ley, sino también, para las determinaciones de ésta, calificándose estas determinaciones como doctrina legal. Esta no sólo incluye la interpretación de la ley, sino también de la doctrina legal, destacando en ella, en especial, el reconocimiento de los principios generales de derecho. Como muestra, puedo decir que hace unos años,<sup>98</sup> me entretuve en repasar los primeros tomos de la colección de la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, publicada a partir de 1870 por la Revista de Legislación y Jurisprudencia, y pude comprobar que hubo, por aquél, un reiterado reconocimiento del «Principio de derecho», «principio legal» o «principio jurídico», de que la voluntad del testador es ley de la sucesión, que fue el objeto de búsqueda.

## NOTAS

\* Ese libro, en prensa cuando envié estos extractos a la «Fundación Joaquín Costa», ha aparecido ya editado por Editorial Fundación Ramón Areces, Madrid, 1994. Las referencias señaladas con *supra* se refieren a ese libro.

<sup>1</sup> Un fino examen de la compleja personalidad de Joaquín Costa puede verse en la *Semblanza de don Joaquín Costa*, por ROAN MARTÍNEZ, José, «Homenaje a Joaquín Costa», Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1990, pp. 55-124.

<sup>2</sup> COSTA, Joaquín, *Prólogo*, a la *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, Impr. «Rev. de Legislación», 1880, pp. V y s.

<sup>3</sup> *Joaquín Costa y los principios «standum est chartae» y «standum est consuetudine»*, en «Joaquín Costa», cit., pp. 125-176; *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa, antípoda de Kelsen*, 18-44, Madrid, R.A.C.M. y P., 1986 (discurso de ingreso), pp. 71-



169; *El derecho natural en Joaquín Costa* en «Tellamar», Ávila, Familia Española. Horizonte, 1991, pp. 269-285.

<sup>4</sup> Cfr. *Joaquín Costa y los principios...* 1 y 4, ed. Inst. de Esp. pp. 8 y ss. y 13 y ss., y ed. Fund. Matrit. Not., pp. 126 y 136 y ss.; y *Voluntarismo y formalismo en...*, 19, pp. 75 y ss.

<sup>5</sup> HENRI Ahrens, *Cours de droit naturel et de la philosophie du droit*, par. I, cap. I, 1; cfr. 5ª ed. Bruselas-París, 1860, pp. 504 y ss.

<sup>6</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Libertad pública y libertad civil según Joaquín Costa*, R.E.P., 29-30, septiembre-diciembre 1946, pp. 5 y ss.

<sup>7</sup> COSTA, Joaquín, *La vida del derecho*, introducción, 11; cfr. *El derecho en la letra y en la vida*, Madrid, Libr. Bergue, s.f., pp. 94 y ss.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 98.

<sup>9</sup> *Ibid.* p. 95.

<sup>10</sup> COSTA, *Teoría del hecho jurídico*, 7, p. 52.

<sup>11</sup> *Ibid.*, *La vida del ...*, pp. 95 y ss.

<sup>12</sup> COSTA, *Teoría del hecho...*, 7, p. 51.

<sup>13</sup> COSTA, *La vida del...*, 2 pp. 15 y ss. y *Estudios jurídicos y políticos*, I, 1, pp., 5 y ss. Dice ahí «el derecho es ley por la voluntad».

<sup>14</sup> COSTA, *Estudios jurídicos*, pp. 11 y ss.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 5, pp. 58 y ss.

<sup>16</sup> COSTA, *La vida del...*, 18, p. 130

<sup>17</sup> COSTA, *Estudios*, I, 5, p. 52.

<sup>18</sup> COSTA, *Teoría del hecho...*, 4, p. 32.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 4, pp. 32 y ss., y 5, pp. 37 y ss.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 6, pp. 48 y ss.

<sup>21</sup> COSTA, *Estudios*, I, 4, p. 42.

<sup>22</sup> COSTA, *La vida del...*, Introducción, p. 27.

<sup>23</sup> Cfr. mi conferencia, *El derecho natural en Joaquín Costa*, II, B, loc. cit., pp. 273 y ss.

<sup>24</sup> COSTA, *La vida del...*, 12, p. 99.

<sup>25</sup> Cfr. mi discurso *Voluntarismo y formalismo en...*, 24, pp. 96 y ss.

<sup>26</sup> COSTA, *La vida del...*, 14, pp. 113 y ss.

<sup>27</sup> COSTA, *Teoría del hecho...*, 11, pp. 71 y ss.

<sup>28</sup> Este fue el criterio de SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, 2, 10 y 9, 13, y de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2.<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, 95, 3 y 96, 2.

<sup>29</sup> COSTA, *Teoría del hecho*, 11, pp. 89 y ss.

- 30 *Ibid*, 31, pp. 239 y ss.
- 31 Cfr. los argumentos de Costa en favor de este criterio en *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, Madrid, Impr. de la «Rev. de Legislación», 1883, cap. VI, p. 173.
- 32 COSTA, *Teoría del hecho...*, 9, pp. 72, *in fine* y ss.
- 33 Cfr. *supra*, 61, c, especialmente el párrafo correspondiente a la nota 21, y 206 b, en especial el párrafo correspondiente a la nota 38.
- 34 COSTA, *La libertad civil y el...*, cap. IV, II, pp. 102 y ss.
- 35 COSTA, *Teoría del hecho...*, 11, pág. 91.
- 36 Cfr. *supra*, 65, párrafos correspondientes a las notas 63 a 66, 206, c, en especial al texto que lleva la nota 37.
- 37 COSTA, *La libertad civil y...*, cap. IV-II, p. 108.
- 38 COSTA, *Teoría del hecho...*, 11 y 12, pp. 100 y ss.
- 39 *Ibid*, p. 189.
- 40 *Ibid*, 31, pp. 240 y ss., y *La libertad civil y...*, cap. VI, pp. 172 y ss.
- 41 COSTA, *La ignorancia del derecho y sus...*, IV, pp. 57 y ss.
- 42 *Ibid*, p. 63.
- 43 Cfr. mi cit. *Voluntarismo y formalismo*, 11-17, pp. 44-70, o *Metodología de las Leyes*, 89, pp. 210 y ss., y 108, párrafos correspondientes a las notas 17 y 18, p. 256.
- 44 COSTA, *Teoría del hecho*, 14, p. 131.
- 45 *Ibid*, I, pp. 3 y ss.
- 46 *Ibid*, pp. 6 y ss.
- 47 COSTA, *La vida de...*, 22, p. 153.
- 48 *Ibid*, 10, pp. 87 y s.
- 49 *Ibid*, 22, p. 153.
- 50 *Ibid*, 20, p. 148
- 51 *Ibid*, p. 143.
- 52 COSTA, *Teoría del hecho*, 14, pp. 132 y ss.
- 53 *Ibid*, p. 138.
- 54 Es de notar que esa afirmación aparece de nuevo actual al haber insistido recientemente FRIDRICH A. Hayer (*Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, cap. II, cfr. en castellano. Madrid, Unión Ed. 1985, pp. 75 y ss.) en la importancia de un *orden espontáneo o kosmos* afirmando que «si la estructura de la sociedad moderna ha llegado a alcanzar su actual grado de complejidad (muy superior a cuanto hubiese podido alcanzarse de manera deliberada) es porque la misma está basada en un orden espontáneo y no en una organización»... «Por eso resulta tan paradójico (y denota

una total falta de comprensión acerca de las circunstancias que en el fenómeno realmente concurren) suponer que la sociedad moderna, dada su complejidad, deba ser objeto de planificación. Sucede, por el contrario, que tan solo cabe salvaguardar tan complejo orden de manera indirecta, perfeccionando y haciendo cumplir las normas que propician la formación de un orden de tipo espontáneo» pues «no sólo resulta imposible reemplazar un orden espontáneo por una organización, sino que tampoco cabe mejorar o corregir aquel primer modelo mediante algún tipo de intervención directa».

55 COSTA, *Teoría del hecho...* 14, p. 138.

56 *Ibid*, 39, pp. 320 y ss.

57 *Ibid*, pp. 324 y ss.

58 *Ibid*, 40, pp. 333 y ss.

59 *Ibid*, 41, pp. 341 y ss.

60 *Ibid*, 41, pp. 344 y ss.

61 COSTA, Prólogo del volumen I de la obra colectiva *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, cit., pp. 5 y ss.

62 En cuanto al valor práctico de las costumbres y la preferencia de éstas sobre el derecho legislado, lo sostiene Costa, en su *Teoría del hecho jurídico*, 43, pp. 370 y ss.

63 Cfr. *supra*, 143, a; también: F.M. SCIACCA, *Perspectiva de la metafísica*, cit., cap. III, ed. española, pp. 47 y ss.; RODRÍGUEZ, Victorino *Antropología tonista y antropología actual*, loc. cit. 5 y ss., pp. 50 y ss., y CANALS VIDAL, Francisco *sobre la esencia del conocimiento*, Barcelona, P.P.U., 1987, y también mi comunicación Sciacca, de Aristóteles a Santo Tomás, 4 a fin, VERBO, 271-272, enero-febrero, 1989, pp. 74-80.

64 COSTA, *Teoría del hecho*, Prólogo, pp. V. y ss.

65 COSTA, *La vida del...*, Introducción, pp. 33. ss.

66 COSTA, *Teoría del hecho...*, 15, pp. 149 y ss.

67 *Ibid*, 16, pp. 150 y ss.

68 *Ibid*, 19, pp. 171 y ss.

69 *Ibid*, pp. 174 y ss.

70 *Ibid*, 17, pp. 153 y ss.

71 COSTA, *La vida del ...*, 14, pp. 105 y ss.

72 *Ibid*, 15, pp. 116 y ss.

73 COSTA, *Teoría del hecho...*, Prólogo, pp. V y ss.

74 COSTA, *Derecho consuetudinario y...*, vol. I, cap. I, p. 21.

75 COSTA, *La libertad civil y...*, cap. V, pp. 146 y s.

76 Cfr. *supra*, 264, b y c.

77 COSTA, *Teoría del hecho...*, 1, pp. 6 y ss.

78 Cfr. *supra*, 211, D.

79 *Ibid*, E. y D.

- 80 *Ibid*, 213.
- 81 Cfr. sus *Actas* en el volumen impreso en Madrid, Manuel G. Hernández, 1886.
- 82 Cfr. sus *Actas*, en el volumen impreso en Barcelona, Impr. de Jaime Jepús y Roviralta, 1888. De la reseña del mismo me ocupé en, *Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el Congreso jurídico de Barcelona en 1888*, A.D.C., XLI-IV, 1988, pp. 969-1.032.
- 83 COSTA, Joaquín, *Condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de autoridad de doctrina legal*, ponencia al primer tema del Congreso jurídico de Barcelona 1888, recogida con el título *La casación, el Tribunal Supremo y la jurisprudencia*, como Apéndice en su libro *reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*; Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1890-1893, pp. 287 y ss.
- 84 *Metodología de las leyes*, 212, pp. 579 y ss.
- 85 Cfr. *supra*, 213, a partir del párrafo que lleva la nota 35, hasta el final.
- 86 COSTA, *La casación...*, 2, vol. últ. cit., pp. 292 y s.
- 87 *Ibid*, p. 295.
- 88 *Ibid*, p. 294.
- 89 Cfr. *infra*, 317, a, desde el párrafo que lleva la nota 105 hasta el final de la letra a.
- 90 *Ibid*, 319, texto correspondiente a las notas 158 y 159 y párrafo siguiente.
- 91 COSTA, loc. últ. cit., pp. 293, in fine y s.
- 92 *Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el...*, IV, p. 989.
- 93 COSTA, loc. últ. cit., 3, pp. 297 y ss.
- 94 Cfr. mi *Metodología de las Leyes*, 212, párrafo que contiene la nota 33, p. 580.
- 95 Cfr. mi síntesis en *Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia*, VII, c. loc. cit., p. 126.
- 96 COSTA, loc. últ. cit., 5, pp. 336 y ss.
- 97 *Ibid*, 6, conclusión 7ª, p. 347.
- 98 *El derecho de sucesiones en el Código Civil*, recogido en mis «Estudios de derecho sucesorio», Vol. II, 2ª ed., Madrid, Montecarvo, 1989, p. 531 y ss.

