Joaquín Costa y los principios «Standum est chartae» y «Standum est consuetudini»

Por
JUAN VALLET DE GOYTISOLO

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación me ha concedido el honor de evocar, en este acto, el pensamiento jurídico de JOAQUÍN COSTA, el gran polígrafo que también en la historia de esa corporación ha dejado escrito su nombre.

En su correspondiente ficha académica se lee, al lado izquierdo: «Ingresó como Numerario en 1874. Ascendió a Profesor en 1876». Y a la derecha, entre otras menciones: «1887 enero 9. Se acordó un voto de gracias por su participación en el Congreso Nacional de Jurisconsultos - 1887, julio 6. Nombrado para representar a la Academia en el Congreso Jurídico de Barcelona».

Su intervención en estos Congresos, y en especial en el de Juristas aragoneses, al que después nos referiremos, muestran su característica fundamental como jurista: su *foralismo* alimentado por su profunda raíz aragonesa.

Digamos que todo foralismo significa una concepción del derecho que se vive, arraigado en la respectiva tierra y ambientado en su peculiar paisaje. Otro notario, GREGORIO DE ALTUBE, supo percibir y mostrar *El paisaje como fuente del derecho* [1]. Es un derecho que surge, de consuno, de la naturaleza —con sus exigencias— y de la libertad civil de la persona —al contratar—, de la familia —representada por su jefe natural— y de los pueblos que elaboran, en su respectivo ámbito, sus propias costumbres, con prelación tanto respecto de las más generales como de las leyes que, por su naturaleza, no tengan carácter imperativo, necesario.

JOAQUÍN COSTA destacaría como paradigna, en este sentido, el derecho de Aragón. Con especial énfasis, el 18 de febrero de 1881, en la Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia [2] (que el 19 de

junio del siguiente año 1882 pasaría a llamarse Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), lo proclamó en un largo y brillante párrafo del que entresaco estas frases [3]:

«Tomáis en las manos el Fuero de Aragón, y las Compilaciones de sus observancias escritas y de sus costumbres orales: penetráis en ese monumento labrado por el genio austero de aquella raza, y no os sorprende menos lo pobre y humilde de los medios que lo grandioso de los resultados...»... «su sencillez raya en simplicidad: como obra directa é inconsciente del espíritu colectivo, diríase que tiene algo de las obras de la Naturaleza»... «En aquel lenguaje, que no es latín bárbaro, porque ni siquiera es latín —(CICERÓN, de seguro, no lo hubiese entendido)»... «y en aquellos fueros se desenvuelve el plan de una Constitución civil y política basada en el reconocimiento de la soberanía popular»... «Jamás la palabra humana ha sido cincelada para expresar más altos conceptos jurídicos con inmediata aplicación a la realidad; jamás cristalizó el derecho en formas más diáfanas y puras de materia; jamás el humano albedrío ha tenido ni tendrá más alta consagración. Dos cosas han llegado a donde podían llegar, y no pasarán de allí, salvo en los detalles: la escultura en Grecia y la libertad civil en Aragón»... «No se interpuso el legislador, como en las demás legislaciones europeas, entre la idea y la realidad, entre la esencia humana y sus manifestaciones temporales; no tomó parte en esa insensata rebelión del hombre, empeñado en hacer siervo lo que es libre por ley de Dios y por naturaleza; por esto, su derecho fue una forma, no una negación de la libertad; por esto, sus leyes no son un dique ni un valladar puesto al libre albedrío del hombre, sino, al contrario, limpio cauce por donde más serena y reposadamente fluya y se deslice y obre su actividad» ... «supo crearse un derecho propio y original, y escribir en él los preceptos de la razón natural...».

Advirtamos, por nuestra parte, que siendo indiscutible la originalidad del derecho que, en bastantes instituciones, se separa del derecho romano, también es cierto que las temáticas de la libertad civil y del valor de la costumbre se desarrollaron, en líneas paralelas, en todos los derechos forales, incluso los más romanizados, que son los de Cataluña y de Navarra.

El *Fuero general* (2, 4, 20) da esta fórmula «que *paramiento fuero vienze»;* el de *Novenera* (242) «*que paramiento ley vence»;* y la divisa de los *Infanzones de Obanos* proclama: «*Pro libertate Patria gens libera etate*» [4]. En Cataluña el *Usatge* 148, *Si quis testamentum,* concluye «*et servet uniquique suum directum»;* y el 139, *Unaquaque gens,* en su versión

en catalán, expresa: «*Casquna gent eleis a si sa propia costuma per lig,, car longa costuma por lig es recebulda*» [5].

Esa concepción foral, sentida por COSTA en su tierra aragonesa, constituye la sustancia de su pensamiento. Cierto que, en un jurisconsulto como él, esa sustancia se conforma en una concepción plena del mundo y de la vida, acorde con el concepto que de la jurisprudencia, en Roma, había formulado, ULPIANO *(Dig,* 1, 1, 10, 2) como «*divinarum atque humanarum rerum notitiae. iusti atque iniusti scientia*». La noticia de las cosas divinas y de las humanas resulta inseparable del conocimiento de lo justo y de lo injusto. Visión de conjunto que comporta, en COSTA, sendas concepciones, filosófica y política, entreligadas con el conocimiento de la historia y de la realidad vivida.

Su concepción filosófica le sirve para dar forma a la sustancia natural que captan sus raíces hendidas en el derecho secular de su tierra y su concepción política le lleva a sostener, aún en derecho público, los principios de la libertad civil y de la libertad política. De este modo, en su mente, no hay dialéctica entre el derecho constitucional y el civil, ni aquél comprime a éste sino que se armonizan en una misma realidad social.

RAÍZ Y SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LOS PRINCIPIOS

Pero, vayamos por partes y veamos primero la raíz histórica aragonesa que tan firme y tenazmente defendió COSTA.

a) El principio *standum est chartae* aparece proclamado en las *Observancias,* compiladas en el siglo XIV y definitivamente en el XV. En especial es de señalar la 16, *De fide instrumentorium:* «Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continetur in ea: vel nisi aliqua alia condicio fuerit apposite inter contrahentes, et non fuerit scripta in dicto instrumento». COSTA [6] subraya la salvedad contenida en el inciso «*nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continetur in ea*» —«a no ser que algo imposible o contra el derecho natural se contuviera en ella»— y cita la explicación de PORTOLÉS, «es tan lata esta facultad, y de pactar, que son un axioma popular las siguientes palabras: Aragón tiene en la carta plena potestad, por lo mismo que, excepto dos cosas, nada se le puede resistir, a saber el derecho divino como inmutable y el natural como necesario». Recuerda que —como había apostillado GIL BERGES— casi todo el derecho aragonés es supletorio, ya que sus reglas

BIBLIOTECA «AZLOR»
INSTITUTO DE ESTUDIOS
ALTOARAGONESES

sólo tienen eficacia en caso de que el contrato, expresión de la soberanía individual, no haya dispuesto las cosas de otro modo, pues, en este caso, nos atenemos a él, *stamus chartae.*

Este es, dice COSTA [7], el concepto que tiene el pueblo y expresa con el adagio jurídico, «pactos rompen fueros», o emplea al poner, como cláusula de estilo, que tal escritura «se entienda en la forma aquí pactada, y no según fuero ni otra ley».

Fue el criterio aceptado por el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, de 1880, en Zaragoza, conforme la propuesta de la Sección primera pero en contra del parecer de la comisión organizadora que entendía este principio como una regla hermenéutica circunscrita a excluir toda interpretación extensiva.

En apoyo de esta otra opinión se había invocado la Observancia 1.ª, *De equo vulnerato* —del caballo herido— cuyo texto, «*de consuetudine Regni, Fori non recipiunt interpretationem extensivam; et de Foro stamus chartae*», parece presentar como equivalentes tal regla y aquel principio. COSTA [8] cree que se trata de reglas generales diferentes, siendo introducida la segunda en el texto por error de un copista, que la incorporó tomándola de un escolio marginal puesto por otro con la idea de reunir las que, a juicio de éste, eran reglas hermenéuticas fundamentales. Escolio como el referente al caballo del Campeador, en el poema del *Mio Cid,* «que —recuerda COSTA— dio margen a tan empeñadas disputas y tan peregrinas hipótesis entre los críticos, hasta que se descubrió su verdadero origen».

Por otra parte, se habían invocado las Observancias: 24, *De probationibus faciendis,* y el Fuero único, *De confessis,* que no permitían prueba testifical contra lo consignado por las partes en un instrumento. Cuestión, diferente, como nota COSTA [9] de la genuinamente enunciada por la expresión *stare chartae.*

En suma —dice— se trata de tres reglas distintas. Una sustantiva, determinante de la libre regulación del acto o negocio jurídico de que se trate. Otra de naturaleza hermenéutica, en el sentido de que el Fuero no debía recibir interpretación extensiva. Y la tercera de carácter probatorio, que excluye la prueba testifical frente a lo consignado por las partes en instrumento. Sólo a la primera regla correspondía el genuino significado del principio *standum est chartae.*

b) En cuanto al principio *standum est consuetudini* no sólo lo apoyaba COSTA, en la tradición jurídica vivida en Aragón, sino en el *Fuero, De iis quae dominus rex,* que ordenó se observarán «*usus et consuetudines regni Aragonum et locorum ipsius*»... «*usus et consuetudines tam particularia quam generalis*» [10].

Es decir, el Fuero aragonés consagraba el siguiente orden de prelación de fuentes jurídicas: 1.º la *carta,* es decir, la voluntad de los particulares manifestada en título escrito, contrato, testamento, etc.; 2.ª la *costumbre local:* 3.ª la *costumbre general,* escrita, en calidad de derecho supletorio [11]. Esta prelación era la aplicable en tanto no se tratara de relaciones humanas referentes a «la naturaleza humana en su concepto absoluto, en aquello que constituye su esencia, sin lo cual dejaría irremediablemente de ser»; pues, de éstas nace un derecho absoluto e inmutable, respecto del cual no cabe «libertad de elegir, porque no admite sino una forma única; es derecho necesario, obligatorio; la máxima *standum est chartae* no puede regir, respecto de él» —esto es lo que expresa la *Observancia 16,* al decir «*nisi aliquod imposibile vel contra ius naturale continetur en ea*», es decir, en la carta—. Por ello, ese derecho necesario «ha menester una salvaguardia, una garantía, un regulador, y esa regulación y esa garantía ha de asumirlas por necesidad al Estado superior, hoy diríamos la nación...» [12].

Recopilación del derecho consuetudinario

Joaquín Costa no se contentó con la historia del derecho aragonés, sino que se preocupó de descubrir y mostrar lo coetaneamente vivido por el pueblo. En junio de 1880, en el Prólogo a su recolección del derecho consuetudinario del Alto Aragón [13], dijo ofrecer al pueblo aragonés, «una fotografía, aunque descolorida, fiel de sus más originales creaciones jurídicas, a fin de que, viendo objetivado en ellas su propio ser, se mueva a defenderlas contra los peligros que la amenazan»; y «a los jurisconsultos, un doctrinal de máximas y reglas de justicia, fundadas en un concepto verdaderamente ético y orgánico del Derecho y el Estado, aunque inconscientes y obra de la razón colectiva empírica, para que digan conmigo si no vale la pena, después de haber oído en las aulas a Krause y Taparelli, de estudiar la filosofía del derecho que enseñan en sus hechos los rudos montañeses del Pirineo».

Al efecto —como él mismo explica [14]— a través de los protocolos y notarios de Jaca, Boltaña, Benasque, Benabarre y Huesca y de instrumentos y noticias facilitados por «multitud de amigos», expuso las costumbres altoaragonesas, entonces vigentes, al derredor en su mayoría del derecho de familia.

En esto Costa fue más consecuente que Savigny y la Escuela histórica alemana. El profesor berlinés se dedicó más al derecho romano que al alemán, y a aquél más en su versión clásica que en la del derecho

común aplicado en Alemania, y trató de sustituir la variedad de las costumbres, pandectizando y dogmatizando un derecho profesoral, que sería la base para el Código civil alemán [15]. Faltaba a la escuela de SAVIGNY —como escribió VICTORINO SANTAMARÍA [16]— que «al lado de su escuela y como desarrollo de la misma», se fundara o estableciese «un cuerpo de estudiosos, con el fin de hacer lo que hizo JOAQUÍN COSTA, trabajar él mismo en estas compilaciones de derecho consuetudinario y agrupar a su alrededor a los que sienten vocación por esta clase de estudios». Así lo hizo el LEÓN DE GRAUS en las compilaciones del *Derecho consuetudinario y popular de España,* en cuyo tomo II [17] colaboraron, con él, once juristas más, entre los cuales, además del citado VICTORINO SANTAMARÍA, figuran MIGUEL DE UNAMUNO, MANUEL PEDREGAL, RAFAEL ALTAMIRA.

En el derecho *popular* aragonés advierte COSTA la «soberana flexibilidad, criterio racional *standum est chartae*» [18] y su perfecta adecuación al medio físico y climático. Así increpaba: «legisladores engreídos, que pretendéis gobernar a 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 fundadas en la naturaleza» [19].

«Donde, como en Aragón —explicaba en 1881 [20]— impera el régimen libre de la charta, las gentes ensayan todos los sistemas, y cuando ya se han orientado, cuando han adquirido la suficiente experiencia para formar juicio, la mayoría se aquieta, se fija en aquel modo de proceder que resulta más adecuado á su estado y al grado de cultura social. Luego que ese estado cambia, cuando sus convicciones jurídicas se transforman, cuando su espíritu sufre alguna mudanza, cuando las nuevas corrientes de la vida despiertan nuevas necesidades, la reflexión del pueblo entra de nuevo en ejercicio, la *charta* se pone otra vez en acción, y una nueva forma de derecho viene á subrogarse en lugar de la antigua que había dejado de estar en consonancia con el pensamiento y con los deseos de la generalidad. De esta suerte, el derecho camina siempre paralelo con el conjunto todo de la vida del pueblo, y es un retrato fiel del espíritu público, no sólo en un determinado instante del tiempo, sino en todos los instantes y en todos los siglos sin interrupción: aún cuando el trabajo de la legislación oficial se detenga, como en Aragón se ha detenido, la vida del derecho no se para, porque continúan en acción las energías creadoras del espíritu colectivo, obrando en el derecho los cambios debidos y produciendo las reglas necesarias, y confiándolas á la tradición oral. El estancamiento

de la legislación aragonesa hizo necesario, y el régimen de la *charta* ha hecho posible, que el principio de la justicia floreciera en ese copioso derecho consuetudinario, si rico en cantidad, más rico todavía en calidad, que rige en diferentes comarcas de Aragón, y con el cual no puede competir ningún otro pueblo en Europa.».

El concepto lato de Estado y su aplicación

Esta es la sustancia del derecho que Costa veía y sentía vivir en su Alto Aragón natal. Pero, a un hombre como él, no le bastaba sentirlo, verlo, y palparlo, necesitaba comprender por qué era y debía ser así y explicar por qué lo estimaba bueno y conveniente.

No podemos, aquí, entretenernos en el examen de su concepción del derecho, de la que quisiéramos poder ocuparnos en alguna otra ocasión y mostrar que fue, anticipadamente, una antítesis de la autodenominada «teoría pura del derecho» del vienés Hans Kelsen. La concepción que nuestro aragonés tiene del derecho es sustantiva, y no sólo formal [21], conforme la cual corresponde al derecho natural una función determinante del valor o la invalidez de las normas positivas [22]; no centra la esencia del derecho en su sanción coactiva [23]; ni lo apoya en el poder político supremo cúspide de la pirámide jurídica kelseniana, sino en el espíritu del pueblo, que se exterioriza en sus hábitos y costumbres, en tanto éstos no contraríen el derecho natural. Esta última cuestión afecta a la esencia de nuestro tema; razón por la cual, trataremos de asomarnos a ella con mayor atención.

Advirtamos antes que Costa, como cualquier hombre, no pudo sustraerse totalmente al condicionamiento que significa el instrumental terminológico que tenía a su disposición como medio expresivo; y, concretamente, al significado aplicado en su tiempo a los términos *Derecho* y *Estado.*

El derecho era para Costa una relación ordenada entre seres libres [24]; es, decir, «el orden de la libre condicionalidad» [25]. Sin embargo, en su época era común la identificación del significado más usual de la palabra derecho, en sentido objetivo, con la norma jurídica; y se partía de que la realización del derecho, desde la función legislativa a la ejecutiva y la judicial —éstas sometidas a aquéllas, como la conclusión a la premisa mayor del silogismo—, competía al Estado como función primordial y privativa suya. Así lo entendía, también, uno de los autores que más influyeron en la explicación filosófica con que Costa vistió sus intuiciones e inducciones jurídicas.

Nos referimos a HENRI AHRENS, quien —no obstante su concepción orgánica de la sociedad, guiada por los principios de la *armonía* [26] y de la organización [27] y su criterio radicalmente contrapuesto al socialista [28]— denomina *Estado* al *poder social* que «regula de una manera más o menos perfecta» el *estado de derecho,* es decir, «las condiciones indispensables para la existencia humana y el desarrollo social» [29], y afirma que el fin y el principio propio del Estado es el derecho [30]. Tanto que, de todas las instituciones sociales que deben funcionar cada una en su respectiva *esfera* social —la *religión,* la *moral,* el *derecho,* las *ciencias,* las *artes,* la *instrucción* y la *educación,* la *industria* y el *comercio* [31]— considera que el derecho es el principio de vida y organización del Estado «*medio* de todos los *fines* de la vida humana» [32].

Así señala AHRENS [33]: «El Estado es la institución especial que, para asegurar el reino del derecho, está investida de un poder extrínseco y puede si es necesario emplear la constricción, mientras la sociedad cumple los fines humanos de la religión, de la moral, de la ciencia, del arte, de la industria, del comercio, bajo la forma de la libertad, en un conjunto de instituciones particulares». Sin perjuicio de entender que la representación política del Estado comprende todos los grados y órdenes del organismo social, constitutivos, de una parte, de la *asamblea nacional,* con los representantes de todos los grados de personalidad: los individuos, las familias, los municipios, las provincias y, de otra, de la *asamblea de los Estados,* constituida por representantes de los órdenes o esferas, antes enumeradas, que llenan los expresados fines principales de la vida social [34].

Pero esta concepción orgánica de AHRENS —que más tarde criticaría otro ilustre foralista, DURÁN Y BAS [35]— no pudo satisfacer a COSTA —a quien no podía bastar que se cubriese una representación indirecta del pueblo en el Estado mediante diversos órganos corporativos o colegiados [36]—, pues, no se ajustaba a su concepción de la vida del derecho que entretejen de por sí todos los organismos sociales, desde el individuo hasta el Estado superior u oficial —como él lo denomina— y no tan solo éste.

Por eso —inspirándose en GINER DE LOS RÍOS [37]— COSTA [38] hace extensivo el concepto de Estado *a toda persona en cuanto vive el derecho,* aclarando que junto a éstas «unas veces individual y otras veces compuesta (familia, clan ó gente, concejo ó municipio, provincia, etc.) habrá paralelamente un *Estado individual* (así lo denomina PLATÓN) y un *Estado social,* igualmente sustantivo uno que otro»; porque «el individuo no es una parte de la sociedad, sino, cuando más, órgano y representante de ella, y la sociedad no es un *conjunto* de individuos, sino

unidad orgánica, con propios fines, propia actividad y propio derecho. En virtud de la unidad fundamental del derecho, el Estado, como principio de razón, se rige por unas mismas leyes; de suerte que cada uno de los círculos ó jerarquías, individuo, familia, gente, municipio y demás, constituirá por sí solo un Estado autónomo, sustantivo, inviolable en su vida y derecho interior, Estado individual, Estado doméstico, Estado gentilicio, Estado municipal, provincial, nacional, étnico, continental y cosmopolítico; por más que luego, á causa de hallarse relacionado con otros de igual categoría, se subordine al círculo superior común, del cual son inmediatos factores y elementos».

Para COSTA esta tesis es «una de las más trascendentales y arduas de la filosofía del derecho», porque de ella depende «que hayamos de reconocer la existencia y la sustantividad de todo orden de costumbre jurídica»; incluso de la individual.

Y, más adelante, insiste [39]: «Siempre la historia se ha inclinado á tener por más respetable el derecho de la sociedad (entendiendo por tal el grado superior de ella, la ciudad ó la nación) que el derecho del individuo, y á obrar como si éste dependiese de aquél, no vacilando en sacrificarlo á él siempre que lo ha creído necesario. Desde el momento en que consideraban al individuo, no como Estado propio, sino como factor del Estado, se incapacitaban para hallar la armonía de entrambos supuestos derechos en su igualdad, y tenían que buscarla en la subordinación del uno al otro».

Notemos que esta asunción del derecho por el Estado —que forzó a COSTA a la multiplicación y difusión de calificación de Estado— es cosa de la Modernidad. No fue así para ARISTÓTELES, para los jurisconsultos romanos ni para Santo TOMÁS DE AQUINO, en primer lugar por cuanto distinguían *derecho* y *ley*. Este último autor definía el derecho como *quod iustum est,* que puede serlo por la misma naturaleza de la cosa —«*et hoc vocatur ius naturale*»— o porque, siendo su contenido de este modo indiferente, es determinado voluntariamente por quien o quienes compete, sea por un acto individual, como el testamento; bilateral o plurilateral, como los contratos y demás convenciones; por el pueblo a través de las costumbres, o por la persona o el órgano que ostente el poder soberano [40]. Pero, advirtió que la ley no es el derecho mismo sino cierta razón de derecho —*alicualis ratio iuris*— al modo como la regla de arte lo es respecto de la obra artística [41]. Es decir, no era preciso llamar Estado a toda persona individual o jurídica productora de derecho. Por otra parte, bastaba partir de la concepción de la sociedad política como sociedad de sociedades, constituida —al igual como lo entendía COSTA— para los fines comunes que sólo con ella son

alcanzables, pero sin mengua de la autonomía de los fines peculiares de sus miembros, según el orden del principio de subsidiariedad [42].

Aquella confusión entre ley y derecho resultaría, si no los tomáramos analógica sino literalmente, de los apotegmas jurídicos que cita COSTA [43]: la *voluntad del fundador es ley* de la fundación; la del testador lo es de la sucesión; el *contrato es ley* de lo concertado entre los contratantes. Apotegmas verdaderos sólo analógicamente; es decir, entendiendo derecho donde dicen ley.

Por lo demás, COSTA [44] —aunque no ciña el concepto del derecho a lo que es justo en concreto— tampoco limita el derecho positivo a sus normas, «como si no fuesen también derecho positivo la ejecución, la reparación, el juicio, etc.». Cierto que aquí se confunden los medios —también lo es la ley— con el resultado, que es el derecho en cuanto cosa justa —*obiectum iustitiae, quod iustum est*— sea natural o positivamente (pudiéndolo ser de ese segundo modo tan sólo en cuanto sea indiferente a lo naturalmente justo).

Creemos que el jurisconsulto aragonés, para determinar lo que es derecho, no hubiese necesitado salirse de su teoría del hecho jurídico si en él no hubiera pesado el concepto de Estado definido por AHRENS, y le hubiere resultado aceptable con la matización del GINER DE LOS RÍOS. Pero, todo esto, le era necesario para soslayar muchas consecuencias de la imperante confusión entre derecho y ley tomada en su sentido lato de norma.

DISTINCIÓN ENTRE DERECHO NECESARIO Y DERECHO VOLUNTARIO

Pero, para penetrar en el pensamiento de COSTA es preciso, ante todo, seguirle en una distinción fundamental, por él establecida tangencialmente a su clasificación de las diferentes esferas jurídicas, que proyecta en dos órdenes de relaciones jurídicas que obtiene analizando, a la luz de nuestra propia conciencia, el contenido sustancial del derecho [45].

«1.º, unas que 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 aquello 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 de tiempo: 2.º, otras que afectan á 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»... «con respecto al primer género de relaciones, siendo una misma y siempre igual la finalidad, por lógica necesidad ha de ser una sola la forma de realización, y ha de dictarla la razón *a priori;* con respecto al segundo orden de relaciones, siendo individual la relación, la satisfacción de la necesidad (ó sea el cumplimiento del fin) ha de admitir diversidad de formas ó modos, y únicamente la personalidad á quien directamente interesa, ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le convenga en cada caso. Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio: las segundas, el derecho voluntario, libre ó hipotético.»

El primer género de relaciones estima que 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». Aunque también aquéllas deban ser —como recuerda que dice el *Fuero Juzgo*— «*convenibles al tiempo y al lugar*», así como al grado de capacidad de las personas [46]; pues: «Cada grado de capacidad implica un grado diferente de derecho», que, no obstante, es «esencial, necesario, obligatorio...» en el respectivo grado de capacidad.

Relacionando esta división con los distintos círculos o personas individuales o sociales en que diversifica el sujeto, COSTA [47] 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».

Y, haciendo aplicación de cada clase de derecho a cada círculo social, afirma 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 asumirlas por necesidad el Estado superior, porque á él obedecen y de él reciben impulso y dirección todos los demás: hoy es la nación esa personalidad superior á 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 á la libre acción de los Estados inferiores, al individuo, á la familia, al municipio y á la provincia, los cuales tienen que expresar en él su original individualidad».

Pero, además de lo que se impone como derecho *necesario* y de lo que es libremente establecido como derecho *voluntario,* aún advierte COSTA que existen unas relaciones que no son de derecho necesario, ni han sido expresamente regulados en nada o en parte, por los interesados. Lo que es derecho en éstas debe llenarse, según nuestro autor, por aquellos «modos uniformes de acción, que expresan la convicción común y el espíritu dominante en la generalidad de los miembros que las componen [las respectivas colectividades] y que ordinariamente se traducen en reglas consuetudinarias, en costumbres»; pues «nada es más lúcido que suponer que la voluntad de una persona quiere lo que ha querido la mayoría de las personas que viven en condiciones análogas á las suyas». Sin perjuicio de que, «para evitar indeterminaciones y conflictos», sea 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».

En conclusión, según COSTA [48], «no hay sino dos clases de leyes o de costumbres: *imperativas* o de derecho necesario» y «*supletorias*, facultativas, voluntarias o de derecho voluntario». A su juicio:

— «Lo prohibitivo no es una categoría distinta de lo imperativo.»

— «No hay leyes permisivas, que serían consejo dogmático, ó declaración de que lo que antes estuvo prohibido injustamente, deja de estarlo en aquel instante, pero en ningún caso ley»... «Ese vicioso término trae su origen de una falsa concepción del Derecho, del Estado y de la Soberanía: parece como que el legislador suelta graciosamente una parte de su autoridad ó de su poder, y hace concesión de ella al individuo, ó á la familia, ó á otro cualquier círculo ó corporación; siendo así que el derecho voluntario es tal, no porque lo quieran los poderes públicos, sino porque lo requiere la naturaleza misma del derecho y los fueros de la personalidad» [49].

— La enunciada división no se circunscribe sólo a las leyes, sino que «abraza de igual manera las costumbres jurídicas» [50].

EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD CIVIL

Diferenciadas las relaciones de derecho necesario y las de derecho voluntario, ciñéndonos a éstas, nos hallamos en el ámbito de la libertad *civil.*

«Llamamos régimen de libertad civil —dice COSTA [51]— a aquél en que el Estado superior respeta a los individuos y a las familias la libertad de acción dentro de su privativa esfera, limitándose al papel regulador, registrando en el Código las formas en que traducen espontáneamente el derecho voluntario, y sancionándolas con carácter supletorio, facultativo, y por decirlo así, docente.»

Conviene que, para seguir el pensamiento de COSTA, distingamos el régimen del derecho voluntario y el de derecho supletorio que corresponden respectivamente al principio *standum est chartae* y al principio *standum est consuetudini,* aun cuando para uno y otro derecho toma como base la *soberanía* del pueblo.

Pero la soberanía del pueblo la entendía no del modo abstracto e indirecto como lo entienden las constituciones democráticas, en los cuales se agota con la elección de sus representantes. Tampoco la entendía, como éstas, inmanentes al texto constitucional, de modo tal que sólo estuviera limitada por éste. Esa doble peculiaridad la vemos cuando contrapone súbditos y autoridades en el siguiente párrafo [52]:

«...tanto las autoridades como los súbditos están obligados, no 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 á los dos, por los dos ha de ser aceptada, aun cuando la iniciativa proceda de uno solo. Las reglas consuetudinarias que el *Estado común* expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, ó en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes á los principios eternos del derecho, debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas ó erradicarlas; las reglas legales ó de otro género, dictadas por el *Estado oficial,* los súbditos á quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir ó lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, ó siendo bueno el fin son malos los medios, es deber en ellos, cuando menos, suspender el cumplimiento.»

Poniendo como modelo el derecho de su natal Aragón [53], observaba que allí, «la voluntad de los particulares es soberana mientras no se oponga al derecho natural», para cuya salvaguardia los fueros contenían «multitud de disposiciones preceptivas», «que obligan a la voluntad cuyos términos no puede mudar la carta».

A esa soberanía popular, a la cual, por arriba, señalaba ese límite del derecho natural, en cambio en sus relaciones con la autoridad, aunque ésta sea elegida, le da un alcance —según profundizaremos en el siguiente epígrafe— sustancialmente mayor del que le es reconocido

en las democracias actuales, en cuanto COSTA no admite que pueda alienarse ni agotarse con el voto.

En ambos aspectos estaba de acuerdo, con SANTO TOMÁS Y FRANCISCO SUÁREZ, en que «el poder no puede ejercerse en ningún caso á capricho del gobernante; los actos de éste deben encaminarse al cumplimiento de los fines sociales y hallarse en armonía con la opinión pública: la legislación debe acomodarse á las necesidades y á los hábitos de los gobernados: de aquí que éstos no sólo puedan estatuir reglas de derecho en forma de costumbres, sino que les sea lícito también rechazar la ley que sea injusta, porque ley injusta no es ley, y la que sin ser injusta sea demasiado grave y dura, o contraria a sus intereses y a sus convicciones jurídicas, desobedeciéndola, oponiéndole una resistencia pasiva» [54].

A juicio de COSTA [55]: «Sistematizando bajo un principio único (el principio de libertad civil)» y «agrupando ordenadamente en derredor de aquella fundamental división del derecho en necesario y voluntario, la diversidad de reglas vigentes por ley, fuero ó costumbre no escrita en cualquier punto del territorio, dejando á cada individuo y a cada círculo social libertad de acción dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro del Código y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode á su peculiar situación en cada caso, ó de producir otra diferente», se puede elevar la legislación y el Código a ser «organismo de orden, unidad, no esa unidad abstracta é imposible con que sueñan los prácticos, más ideólogos en esto que los filósofos á lo Rousseau y á lo Kant, sino esa otra unidad viva, orgánica, en cuyo seno cabe holgadamente la infinita variedad de hechos en que florece y se diversifica la vida, y según la cual es el derecho quien debe seguir á la realidad, y no la realidad al derecho». Con criterio contrapuesto a quienes «consideraban a las naciones como unidades artificiales, dúctiles y manejables como escuadrones de un ejército». El régimen de libertad civil «favorece el desarrollo de la costumbre, y contribuye poderosamente, por eso mismo, a que en la vida del derecho haya ritmo, orden, regularidad y consecuencia, y a que no sufran desviaciones sensibles las leyes de la continuidad y del progreso de la costumbre jurídica».

En suma, concluye [56]: «1.º, que la noción Estado abraza toda una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el individuo hasta la humanidad: 2.º, que cada uno de ellos produce un derecho propio, el cual deben ellos mismos regir en la medida de su capacidad, y que debe serles respetado por el organismo político superiormente desarrollado en cada período de la historia. Este respeto se traduce en lo que llamamos régimen de *libertad política* y de *libertad civil,* con

relación al individuo y a la familia; de *autonomía* ó *selfgovernment,* con respecto al municipio y a la provincia».

Veamos ahora las distintas posiciones en que se nos muestra el Estado en su calidad de autor o productor de ese derecho, o sea, como agente del hecho jurídico, principiando por el «Estado individual». En su antes referido Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, explicó COSTA [57] en su dictamen:

«El principio foral *standum est chartae* 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 sus relaciones privadas. Toda institución jurídica se compone de dos órdenes de relaciones: unas de derecho necesario, obligatorio, que afectan a la esencia de la institución, que no pueden revestir sino una forma única, y respecto de las cuales, el Estado, supremo regulador y fiador del derecho natural y de las buenas costumbres, impone una determinada conducta á las personas privadas: otras, de derecho voluntario, facultativo, que consienten variedad de formas y libertad de acción, que sólo los particulares pueden regular con pleno conocimiento de causa en cada caso, y que no caen, por tanto, dentro de la jurisdición y competencia del Estado»... «Y como la justicia está siempre en armonía con la utilidad, al reconocer el Estado, en virtud de ese principio, al individuo y a la sociedad, la facultad de darse a sí propios ley en la esfera de sus relaciones privadas, derrama sobre el suelo de Aragón infinidad de bienes, negados a aquellos países que se rigen por legislaciones civiles restrictivas y opresoras»... «El individuo que de esta suerte se siente señor de sí propio y dueño de sus destinos, adquiere la conciencia de su responsabilidad, se estudia mejor, penetra dentro de sí mismo, adquiere el conocimiento de 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».

Pero, para quedar garantizada en su integridad la libertad civil dice COSTA concluyendo su dictamen [58]: «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 voluntades presuntas. Cuando una persona ha guardado silencio acerca de una relación de derecho que ha contraído o de un acto que ha ejecutado, se presume que quiso lo que la generalidad de sus convecinos quiere y practica en aquel mismo género de actos ó de relaciones».

La facultad de estatuir en forma de costumbres y la soberanía popular

Perfectamente correlativos entre sí, son, para Costa, la soberanía del pueblo y su facultad de estatuir en forma de costumbres, con prioridad sobre la ley en cuanto no contradiga al derecho natural. Es un tema por él expuesto repetidamente [59] y que reafirmó en su discurso de ingreso a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas [60]. En este último aborda así la cuestión:

«En el siglo XVI, y en el XVII, y en el XVIII, los jurisconsultos y teólogos españoles se clasificaban, en orden a la soberanía ejercida o manifiesta por vía de costumbre, en dos grupos: uno, no obstante su exaltado monarquismo, admitía la costumbre contra ley, y era en el fondo más liberal que los liberales de nuestro tiempo; el otro condenaba la costumbre contra ley en nombre de sus principios absolutistas, y era más lógico que los liberales de nuestro tiempo». Del primer grupo enumeró a Covarrubias, Azpilcueta, Escobar, Caramuel «los cuales decían, y decían bien, que el soberano tiene su autoridad dependiente del pueblo, y que por esto no puede promulgar una ley sino a condición de que el pueblo la acepte, y que el pueblo puede legítimamente abstenerse de aceptar, o sea de cumplir una ley y desusar la que una vez aceptó». Del segundo grupo, nombró a Mujal y al Colegio de Abogados de Madrid que se manifestó en 1766; y dijo de ellos que eran lógicos puesto que sostenían «que el pueblo no puede introducir costumbre contra ley en los Estados monárquico-absolutos, porque allí la soberanía reside en el rey, pero reconocían postestad en él para introducirla en los demás Estados donde la soberanía reside en el pueblo». En conclusión, estimó «que todos los jurisconsultos, desde el siglo XVI hasta los albores del XIX, incluso Gregorio López, incluso Francisco Súarez, incluso Domingo Soto, incluso Mujal, incluso los Abogados del antiguo Colegio de Madrid, si vivieran hoy, admitirían sin reservas, aplicando su doctrina al régimen constitucional imperante, la costumbre contra ley y el derecho en el pueblo a no aceptar, a no cumplir, y en todo caso a desusar cualquier clase de leyes».

«En nuestro siglo —prosigue— aquella doctrina ha sufrido un retroceso». A su juicio, como la soberanía declarada o reconocida en la constitución no es más que una palabra, «como la soberanía, donde tiene su eficacia es en la vida —es claro que, negándola en la vida, aunque la proclamen en la Constitución, que es un papel, los liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas, sin más diferencia respecto de los devotos del régimen antiguo, que en vez de colocar la

fuente viva, real, de la soberanía en un rey, la trasladan a su propia persona en su calidad de órganos del Estado oficial».

A su juicio [61] el liberalismo discurre «por una co-participación de lo más original que se ha inventado en la historia. Tú, pueblo, y yo, legislador, ejerceremos mancomunadamente la soberanía: teóricamente, ésta residirá en tí, y nada más que en tí, pero a condición de que sea yo, y nada más que yo, quien la ejerza; cada año la ejercerás tú un día, el día de las elecciones, y yo los trescientos sesenta y cuatro días restantes. Y en efecto, el día de las elecciones se le pone al pueblo manto de púrpura en la espalda, corona de oro en la cabeza; el aspirante á legislador, postrado de hinojos delante de él, proclámale Caesar, *rex sui juris,* lo agasaja y adula, agotando el manual del perfecto cortesano; solicita de él como un favor la carga de servirle de balde. Pero cayó la papeleta, como si dijéramos el cetro, en la urna y se acabó la soberanía: el diputado, el senador, el ministro desciñien al pueblo la corona, echan una losa sobre su voluntad, le mandan como a un recluta, llévanlo al calvario del Congreso, lo crucifican á discursos y á leyes imperativas y le condenan por desobediente y mal criado si se permite tener opinión sobre lo que más le conviene y traducirla, en un desuso, ó en una costumbre, ó en un "se obedece pero no se cumple"».

Había ya dicho en *La libertad civil* [62] que, con el doctrinarismo moderno, que hace al parlamento representante del pueblo, «la soberanía del pueblo apenas tiene más alcance que la designación de sus representantes ó mandatarios, á los cuales traspasa todo su poder por el acto de la elección. Clasifica los miembros del estado en dos grupos, separados uno de otro por un verdadero abismo: de un lado, la autoridad, el Gobierno, los depositarios del poder, el *país legal*; de otro, los súbditos, el *país elector,* la masa caótica, cuya misión se cifra entera en obedecer a aquellos a quienes ha constituido en órganos suyos, despojándose de su soberanía. El país elector es el *servum pecus,* sin personalidad propia, que recibe credo y consigna de lo alto, que obedece sin derecho en ningún caso á mandar, el país legal se compone de los que mandan sin deber de obedecer, la masa de magistrados, gobernantes y funcionarios, en cuyas manos se concreta todo el poder de la sociedad, á la cual nada le queda ya que hacer una vez que ha provisto dichas magistraturas, que ha nombrado los titulares que han de desempeñarla».

Y unas páginas después, aún añadía: «Piensan [los liberales españoles] que el pueblo es ya rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral; no lo creáis; mientras no se reconozca además al individuo y a la familia la libertad civil, y al conjunto de

individuos y de familias el derecho complementario de esa libertad, el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho de darse periódicamente un amo que le dicte ley, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos» [63].

Biología social y la producción espontánea del derecho

La concepción jurídica de Costa, que justifica los principios *standum est chartae* y *standum est consuetudine* no sólo se apoya en su concepto de la persona y de la soberanía, sino también en su percepción, podría decirse de la anatomía y fisiología, social y de la producción del derecho.

«La sociedad, dice Costa [64], es un organismo compuesto todo él de proto-células, 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 detero-células [es decir "células secundarias" que "carecen de significación por sí mismas", como los de los individuos], todas son centros de vida independientes». De ahí: «1.º No existiendo relación de continuidad y de solidaridad necesaria entre los individuos dentro del cuerpo social, como entre las deutero-células dentro del cuerpo humano, las necesidades jurídicas no se manifiestan a la vez en toda la sociedad, sino que se localizan en tales o cuales de sus miembros, y como éstos poseen una actividad propia, incomunicable, 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.º 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 para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado e informado interiormente no puede obrar *por sí misma*, no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*, es un organismo compuesto de elementos sustantivos de células discontinuas, que son seres acabados, incondicionados, racionales y libres; y tiene que valerse del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía, del brazo de estos individuos, 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».

Con esta perspectiva, advierte nuestro autor que no existe contraposición entre el derecho creado directamete por el pueblo, que denomina derecho popular, y el que elaborado por los «legisladores subjetivos», que podríamos denominar —dice— «derecho erudito»; pues «el derecho popular no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco a las 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 está en la clase de *representación* de los individuos que formulan el derecho, según sea *adventicia* 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 informa en sus hechos, interpreta y traduce, al par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad; cuando en esos hechos se ve ésta retratada, y pueden decirse hechos sociales, porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasión ó 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 ni el individuo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran»... «por esto 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 concordancia existente entre la situación de cada uno y la de los demás». Por esto, porque la sociedad se halla representada por órganos adventicios, «porque virtualmente lo son o pueden serlo en efectividad todos sus miembros, aunque siempre espontáneamente y sin delegación»: «decidimos que la sociedad obra *directamente,* por sí misma».

El propio Costa [65], hace notar que, aun cuando parezca una imperfección de la sociedad que ésta, no pudiendo actuar directamente

sino solo por representantes, no lo haga solo por órganos oficiales sino que también actúe espontáneamente, por órganos adventicios, «sin embargo, es ésta una de las condiciones que más favorecen el progreso en la humanidad. Aquella parte del cuerpo social donde primeramente manifiesta una necesidad» o «aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen a su satisfacción, adaptando y apropiando al fin los medios que le son adecuados»; y así «sirve de lección al resto de la sociedad»; de modo tal que, «cuando sientan la misma necesidad, se lanzarán por el camino que aquéllos les abrieron, y todo el trabajo intelectual que hubieran consumido a no haberles procedido otros, lo aplican a otro género de actos», y «mediante esta distribución de trabajo» resulta «más rápido el progreso en la humanidad». «Al revés de lo que se cree ordinariamente, de los dos géneros de órganos, los adventicios son los más esenciales: sin órganos oficiales, hay Estados; sin adventicios, no».

En *La libertad civil*, advierte COSTA [66] que «la aparición de ideas de derecho en la vida no es eventual, sino que se suceden unas a otras en ritmo constante y sin interrupción, y que para realizarlas, el pueblo posee una actividad propia, de la cual no se despoja jamás porque es indelegable, una autoridad que se ejerce directamente por la totalidad de los miembros que componen el Estado, y que se manifiesta en forma de reglas consuetudinarias».

Según el concepto que la escuela doctrinaria —sigue el altoaragonés— su forma de la soberanía, considera «a los filósofos y a los juriconsultos como cerebro de la sociedad; y a las sociedades, no como organismos vivos, inteligentes, morales, libres, que legislan y obran por sí, sino como unidades artificiales, inertes, pasivas, incapaces para vivir por sí el derecho, atentas a la voz de sus gobernantes». Pero: «La historia ha demostrado una y mil veces, con la muda elocuencia de los hechos, que el entendimiento de los sabios es conductor menos fiable y seguro que la experiencia de los siglos, y que las constituciones de PLATÓN y de LOCKE, dechado de perfecciones, pura emanación de la equidad natural, bellas simétricas, exentas de imperfecciones y deficiencias, valían menos que las constituciones consuetudinarias internas a que pretendían sustituir, labradas por la acción incosciente del espíritu colectivo y consolidadas por la tradición».

Todavía existe, a su juicio [67], otra razón para dar preferencia a la costumbre sobre la ley como norma supletoria: «La ley supletoria debe hallarse en revisión perpetua, y cuando la mayoría del pueblo la ha desusado y ha acreditado en sus hechos otras diferentes, debe aplicarse ésta en concepto de supletoria, sin aguardar a que el legislador se

aperciba de ello y la extirpe del Código, porque entonces, la vida del derecho, aún en aquello que no depende de los poderes públicos, aún en aquello que es de exclusiva jurisdicción del pueblo, dependería del mayor ó de menor celo y de la mayor o menor capacidad del legislador».

La soberanía popular y las formas de representación del pueblo en la producción del derecho

Lo que acabamos de decir, comparando la representación adventicia o espontánea con la representación oficial y reflexiva, tiene especial relación con el tema de la *soberanía* popular en la perspectiva de Joaquín Costa.

Hemos visto, dos epígrafes atrás que, según su concepción de la soberanía popular, ésta no se extingue con la votación por la que el pueblo elije sus representantes. Veamos, ahora, como lo reafirma rotundamente, partiendo del propio concepto de la representación.

«No, no es su soberanía 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 su personalidad civil, como no renuncia ni suspende su capacidad jurídica ni su facultad de obrar el individuo 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» [68].

De ahí dimanan lógicamente enormes consecuencias 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 [69]: «no digamos que el pueblo ha sido infiel á la ley, sino que el lesgislador 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*, y lo que se debe indagar es cuál de estas tres categorías de ley es la legítima, caso de que

alguna los sea». Y remacha: «El legislador no tiene derecho a mandar aquello para que el pueblo explícita ó implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja caer en desuso. El legislador es un representante, es un órgano, es un criado, es un escribiente, es una mano que escribe al dictado del pueblo: cuando esa mano, cuando ese escribiente se rebela y escribe cosa distinta de lo que le dictó su amo, lo he dicho ya, el amo se llama á engaño y niega su firma y su sanción a lo escrito [70].

Situadas en su lugar correspondiente la soberanía y la representación, advierte COSTA dos modos legítimos de legislar, de cuya justificación racional, según el criterio del polígrafo aragonés, nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. Ahora interesa ver su justificación política a través de los conceptos de soberanía y representación expuestos por nuestro autor.

He ahí su «doble género» o «doble manera» de formarse.

«En unas —dice [71]—, el legislador ha recibido ese contenido elaborado ya, tomándolo de la tradición oral, de los actos y contratos escritos, de las declaraciones de los ancianos, y en una palabra, de la vida común, y se ha limitado a depurarlo y ordenarlo, a concertar sus diversos miembros, a darle una expresión concreta en el lenguaje. Sirvan de ejemplo las Observancias de Aragón y los Fueros de Vizcaya; y reducido el caso a una regla suelta, el llamado fuero de Baylio».

«En otras —advierte [72]— el contenido de la ley no ha preexistido a ésta, no es un contenido consuetudinario; dimana, lo mismo que la forma, directamente del legislador oficial. A éste ha correspondido la iniciativa».

¿De donde dimana la fuerza *de esas leyes?* COSTA señala el contraste entre los autores modernos vistos desde su tiempo —naturalmente anterior al sociologismo, que ha puesto el énfasis jurídico en el ápice de la conducta social— frente a la que denomina «tradición sana, positiva, naturalista», que arranca en ARISTÓTELES [73]: «la ley para hacerse obedecer no tiene otro poder que el uso»; sigue en JULIANO [74], «*ipsae leges nulla alia ex causa teneant quam quod iuditio populi receptae sunt*»; en GRACIANO [75]; la vigencia de la ley «*ab approbatione et consensu communitatis pendet*»; DIEGO COVARRUBIAS [76]: «*Leges non receptae de initio vel postea desuetudine sublatas, non obligant*»; al Doctor navarro, MARTÍN DE AZPILICUETA [77]; *Leges ante quam recipiatur, saltem per maiorem parten civitatis, cuius pars transgressor, non ligat*»; FRANCISCO SUAREZ [78], «*quando no solum non servatur lex a majori parte populi, sed etiam ejus observantia perturbationem generat in republica cum periculo*

seditionis vel scandali: tunc enim merito excusabuntur particulares personae, quia jam talis observantia non esset utilis communi bono, et princeps ipse tenebitur tunc legem tollere, saltem propter majora mala vitanda».

En resumen concluye COSTA [79]: «en el mandato, poder o delegación que el legislador tiene del pueblo, no está comprendida la facultad de decretar aquellas leyes que ese su soberano recusa o repudia en sus actos, por cuya razón son nulas y de ningún valor ni efecto: adolecen de defecto de potestad; no son tales leyes».

Seguidamente distingue entre la entrada en vigor de la costumbre y de la ley: «El producto de la iniciativa del pueblo es una regla sustantiva de derecho, la *costumbre*, que lleva en sí misma su propia sanción, sin que necesite de ningún otro complemento ó consagración de parte de nadie para regir, como rige, desde el instante mismo de su formación; pero el producto de la iniciativa del legislador no es una regla práctica y positiva, llamada *ley,* aplicable desde luego á la necesidad que con ella se trate de satisfacer, porque el legislador no tiene potestad propia, porque su potestad es delegada: el producto de su iniciativa es una mera proposición, que, antes de elevarse á ley y obligar como tal, necesita ser aprobada, prohijada, refrendada por el pueblo».

Y aún subdistingue: «Si en esa proposición que se da como ley, el legislador se ha hecho intérprete de algo que, sin ser precisamente costumbre, expresa una convicción o una aspiración de la generalidad, o condensa y da cuerpo a un estado difuso de la opinión, equivalente a una costumbre, el pueblo se reconoce en ella, hace suya, *et lex facta est.* Cuando el legislador, apoderado de la fuerza, usurpando su autoridad al soberano, pretende imponer á éste sus creaciones subjetivas, poniéndole el alias de *súbdito* y llamándose a sí propio *autoridad*, invierte los papeles, perturba el orden natural de la vida de las sociedades, comete acto de tiranía».

Recientemente, con carácter programático, LUIS FIGA FAURA [80] ha puesto en parangón el *orden espontáneo* y el *orden construido*; y cree caracterizados sus respectivos ordenamientos porque, en los primeros, el legislador sólo «constata su existencia y articula su contenido además de cubrir la necesidad de dar certeza a reglas que pueden carecer de ella» y se limita a «concretar, delimitar y precisar extremos que no pueden tener tal concreción, delimitación y precisión en una normativa meramente consuetudinaria (fijar edades, plazos, formas y solemnidades; precisar tasas, etc.)». A su juicio, los ordenamientos del derecho privado deben de corresponder a este tipo, mientras que para los de derecho público acepta los de derecho construido.

Tanto en la *Vida del derecho* como en la *Teoría del hecho jurídico* había explicado COSTA cómo se producen los hechos generadores de las costumbres, que justifican el valor jurídico de éstas y la racionalidad del principio *standum est consuetudinem.*

Como la mejor escolástica clásica [81], JOAQUÍN COSTA [82] distinguió, en arte jurídico, dos movimientos informadores de la obra artístico-jurídica, uno que del exterior penetra al interior y otro inverso que del interior se proyecta y realiza al exterior en cada uno de los cuales «concurren los dos elementos [de la actividad racional] espontáneo [en el que predomina la fuente o el medio del sentido] y reflexivo [en el que sobresale la fuente de la idea] y toda la diferencia está en el punto de partida» [83]. Trasladando esta perspectiva a su concepción biológica la sociedad, toma de la biología las expresiones *anergálica, sinergálica* y *sinanergálica* [84] —según actúe el organismo: en su unidad indiferenciada y sin órganos, o a través de sus órganos adecuados, o bien de ambas maneras a la vez—; conjuga este triple modo de actuar con los modos de actividad: ideal, espontánea y artística (es decir, compuesta); y considera que la combinación artística o compuesta sinanergálica es la forma más perfecta. Se trata de una composición, en la cual no proceden de la misma esfera la actividad que crea el derecho a impulsos de su propia necesidad y la que revisa lo producido para purificarlo o idealizarlo al contraste de los principios de su razón; es decir, se dan en ella trabajo espontáneo y trabajo reflexivo no sólo en tiempos distintos sino en sujetos diferentes, «concurren la conciencia individual y la conciencia social, manteniendo cada una la sustantividad de la función propia» y se armonizan «para el logro que apetece y busca con ansia la razón» [85].

En su *Teoría del hecho jurídico,* COSTA [86] profundiza su análisis con la ayuda de los mejores conocimientos científicos de su tiempo referentes a las actividades humanas psicofísicas. En su examen de éstas, analiza [87], sucesivamente, las denominadas: *refleja,* común a todos los animales; *instintiva*, en sentido lato, que tiene una conciencia elementalísima y de escasa densidad, y en parte es libre y en parte automática; *sentido común*, dotado de discernimiento, con previa proposición y debate interior; y *artística,* sometida en todo su trayecto a la libre acción de la voluntad después de la elección racional con adaptación proporcionada de medios a fin, tanto en el conjunto del acto como en cada uno de los momentos en que se subdivide.

Estas actividades individuales tienen una interacción social. Es de

especial interés, para nuestro tema, el examen que efectúa de la proyección del sentido común en saber popular [88]. Frente a la unidad formal de la ciencia y la facultad de abstraer propia de la razón reflexiva, el sentido común o saber popular está «libre de esas obsesiones de la imaginación que hacen declinar la ciencia en un perpetuo atentado contra la sana razón y contra la naturaleza»; «procede con más lentitud, pero con más firmeza; adelanta menos, pero no retrocede caminos; esquiva la paradoja; se libra de quimeras y de fantasmas; no se deja embelesar por los seductores espejismos que á las veces se forja la razón subjetiva; opone á todos esos alucinamientos la prosa de la vida; toma por guía la experiencia, y aborrece por sistema las novedades; pugna por obliterar en la fantasía la facultad creadora y reducirla al modesto papel de placa fotográfica que reciba casi pasivamente la verdad, tal como se ofrece en las vivas lecciones de la naturaleza ó en las secretas inspiraciones de la razón». Y, asimismo, analiza la interacción del hábito con la reflexión desde el ámbito individual [89], y su proyección a los hechos jurídicos [90].

Los hechos jurídicos individuales, explica COSTA [91] pueden ser *progresivos* —es decir, «encadenados por una relación de evolución»— o bien *homogéneos,* —es decir, coincidentes con «otra serie de actos, también homogéneos, por ser una misma la necesidad sentida» e iguales «los medios con que ha de acudirse a satisfacerla». En general, todos estos hechos contienen dos elementos, uno transitorio y otro permanentee, que expresa la «ley de homología de cada hecho con los demás de la serie», y «esto que tienen de común y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido a su formación, es la regla consuetudinaria, es la costumbre». Es decir, únicamente son consuetudinarios «los hechos que responden a estados o situaciones que subsisten, en todo o en parte, durante un tiempo mayor o menor» Significan, en los individuos, «normas fijas de conducta, que nos permiten adivinar cómo obrarán en determinadas circunstancias, con sólo conocer el modo que obraron en ocasiones semejantes».

LA CONTEMPORANEIDAD DE ESTOS HECHOS JURÍDICOS CON EL ESPÍRITU DE LA COMUNIDAD

Trasladándonos a los hechos consuetudinarios sociales, comienza COSTA [92] enfoncando las tres formas fundamentales que pueden afectar la relación entre el hecho de un individuo y el espíritu de la sociedad, según aquél resulte con respecto a éste: opuesto, indiferente o conforme.

Para ponderar esta relación la examina en el tiempo, como «una forma de la esencia en cuanto muda y viene a ser, en cuanto se manifiesta en estados (que, por esto, se dicen temporales)»; pues «donde hay seres» hay «esencia, actividad, mudanza, sucesión de estados, vida». Pero, el tiempo «no es una relación homogénea, igual en todos los seres»; sino que, en la relación de unos a otros, puede concordar o bien discordar, lo que ocurre «en proporción mayor o menor, a causa de ser propiedad absoluta de cada individuo y producto de su actividad, no dependiente de ninguna condición ajena a él».

En ese sentido se puede hablar de *contemporaneidad,* de cada hombre con los demás, «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 los cuales «puede ponerse en comunicación cada sujeto individual con los demás».

«No siendo las sociedades —explica [93]— 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 su 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».

Con respecto a los hechos *concordantes,* explica COSTA [94]: «El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas; es percibido en la realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, *aparece* cuando se hace sentir su necesidad: se separa entonces de ese conjunto y se traduce en una forma artificial. Tanto las lenguas como el derecho, ofrecen en su existencia una serie de transformaciones no interrumpidas, las cuales proceden del mismo principio que es su origen; están sometidas a la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales»... «El derecho consuetudinario *se produce* por la comunidad de las convicciones, no por la voluntad de los individuos: los actos de éstos no

hacen sino manifestar esa comunidad de ideas»... Esa conciencia «es indivisible por naturaleza», la conocemos en «los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres»... «Y los hechos de los individuos son consuetudinarios cuando a su cualidad de *jurídicos,* agregan esta otra: la *contemporaneidad*». Esta convicción general contemporánea al acto, 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 u otro procedimiento.

Sigue explicando el León de Graus [95], «pónense 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» en «individualidades determinadas» que, poseídas «del espíritu de la multitud, exprese 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 aquel que se reconoce mejor dotado por su posición y por sus aptitudes personales, por su vocación», etc.; que «analiza detenidamente los términos de la necesidad y del fin a que corresponde, escoge los medios adecuados a su peculiar naturaleza, les proporciona el grado de su potencialidad», etc., y, en fin, «proyecta el plan al exterior, consuma el *hecho.* Entonces vienen a sancionarlo los votos de la multitud». Así, «los individuos que se encuentren en circunstancias parecidas, dominados por aquel mismo sentimiento o bajo el influjo de aquella misma necesidad, no tendrán ya que ponerse en contacto directo con los principios de razón, al efecto de inquirir y ordenar originalmente el plan y la regla para satisfacerla, sino que, por una especie de instinto y de necesidad interna, tomarán aquel hecho por norma y criterio positivo de acción, y por él regirán su vida en aquel orden de relaciones».

A juicio de Costa [96], el hecho obrado por un individuo es juntamente hecho social en cuanto coincide con el espíritu de la comunidad. De ese modo «se constituye en órgano adventicio de la sociedad»; «obra

intencionalmente como individuo; inconscientemente como género». 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 prohijan», y otro «páctico-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». Entre ambos debe existir contemporaniedad, y esto explica —a su juicio— que los legisladores exijan cierto número de hechos «en calidad de prueba, para cerciorarse mejor de que el primero estaba realmente dentro de las convicciones y exigencias de la conciencia social».

La norma consuetudinaria «ostenta un sello de objetividad» que «le da apariencia de obra impersonal», y a algunos la apariencia de ser obra directa del pueblo «*ea quoque quae vulgo recepta sunt*», «*hoc ipso quod incertum auctorem habent, velut omnium fiunt* (QUINTILIANO, *De instit orat,* 5, 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 de genio nacional y con sus propios hechos lo consolide».

No ignora COSTA la necesidad que tiene el pueblo para ello de guías, consejeros y asesores jurídicos. «En ninguna parte como en estos países de libertad civil y de derecho consuetudinario —explica [97]— 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 los más ocultos resortes que mueven a las familias y determinen a los actos de la vida común, «se penetren 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».

VALOR PRÁCTICO DE LAS COSTUMBRES

El valor práctico de las costumbres se halla principalmente determinado por las funciones que tiene el hábito en su génesis y desarrollo, que las impregnan de un realismo que las hace especialmente adecuadas jurídicamente a la vida. COSTA nos ayuda a comprenderlo en el último epígrafe de su *Teoría del hecho jurídico* [98].

BIBLIOTECA «AZLOR»
INSTITUTO DE ESTUDIOS
ALTOARAGONESES
HUESCA

1.º La ejecución del hecho nos da un conocimiento experimental de la regla que nos permite completarla y rectificarla para lo sucesivo, con lo cual «la costumbre se concreta y define más y más» Así, «algunas instituciones de derecho, transformadas al contacto de las nuevas necesidades», han «mostrado nuevos aspectos antes no conocidos, y se han mejorado considerablemente por efecto de la experiencia».

2.º Viene a «hacer más fácil, más rápida y más segura la ejecución de los hechos jurídicos». Ella nos permite «la capitalización del pasado» y, además, nos produce «un aumento o un desarrollo de la facultad de reproducir aquella misma obra, de sentir, pensar, recordar, idear planes, ejecutarlos». Resulta «un instrumento poderoso de progreso jurídico así en el individuo como en la sociedad». Cierto que esto conlleva el riesgo de la inercia, que atrofia la reflexión y produce la rutina; pero cabe evitarlo; para lo cual «es preciso no dejarse dominar nunca por el hábito: servirse de él», sin abandonar la reflexión. «La razón debe mandar al hábito, y no el hábito a la razón»... «Lo opuesto del hábito es la reflexión, y ella debe servirle de contrapeso»... «El hábito sirve poderosamente la causa del progreso», pero a condición de que sea «móvil, flexible, orgánico, vivo».

Ello explica la increpación que el mismo COSTA, al tratar de las instituciones del Alto Aragón, pone en boca del pueblo alto aragonés [99]: «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 del Alto Aragón —añade— «la naturaleza existe por la sola virtud del derecho; sin esas costumbres que tan odiosas os parecen, no habría allí naturaleza productiva»; y advertía a los lègisladores que lo olvidaran del peligro real de «un castigo y una venganza de la naturaleza creada en el trascurso de muchos siglos, al calor de patriarcales costumbres, y destruída en un día por la nefasta virtud de vuestras leyes.»

Pienso que la tesis de JOAQUÍN COSTA, que hemos explicado, y sus aseveraciones que acabamos de exponer, les sonaran extrañas a bastantes contemporáneos, pareciéndoles un eco trasnochado. Sin embargo, algunas figuras de élite intelectual, han expuesto hoy opiniones muy semejantes. Precisamente, hace muy pocos años que HAYEK [100] vuelve a insistir en la importancia del *orden espontáneo,* o *kosmos,* y llega a afirmar [101] que «si la estructura de la sociedad moderna ha llegado a alcanzar su actual grado de complejidad (muy superior a

cuanto hubiera podido lograrse 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 sólo cabe salvaguardar tan complejo orden de manera indirecta, perfeccionado y haciendo cumplir las normas que propician la formación de un orden de tipo espontáneo»... «no sólo resulta imposible reemplazar un orden espontáneo por la organización sino que tampoco cabe mejorar o corregir aquel primer modelo mediante algún tipo de intervención directa».

Unas páginas después [102], explica que se olvida «que, tanto el desarrollo de la meta capaz de dirigir una organización, como el del orden más amplio dentro del que las organizaciones operan, hállanse en continua adaptación a procesos evolutivos imprevisibles, por lo que la única manera de superar la necesariamente reducida capacidad de las mentes individuales es confiar en las fuerzas "auto-organizadoras" y suprapersonales capaces de engendrar el orden espontáneo».

Estado común, o sociedad civil, y estado oficial

Pensamos que una relectura de Joaquín Costa puede ser un revulsivo; para no dejarse intoxicar por las constantes voces del *robot* de la propaganda —en palabras de Saint Exupery [103]— que, en cada momento, resuena sin cesar a nuestros oídos y que, en caso de dejarnos convencer, podrían llevarnos a aquella especie de tiranía dulce y moderada que proféticamente describía Tocqueville [104] hará ya pronto cerca de siglo y medio. Es decir, a la antesala del «mundo feliz» presentido por Aldous Huxley. El polígrafo alto-aragonés, una década antes de los primeros trabajos de Le Bon [105] sobre las *foules,* había ya vislumbrado [106] la alternativa —para él indeseable— al régimen de libertad civil, la consideración del pueblo «como masa inorgánica, que recibe el impulso y dirección de los poderes oficiales, estimados no como representantes suyos e intérpretes de su pensamiento, sino como entidades superiores que son de por sí».

De ahí su división entre *país legal* y *país elector, servum pecus* de aquél [107], en una sociedad masificada, que no es sino la disolución del *país real* en una terminología empleada en Francia en estos dos últimos siglos para significar la diversificación de *sociedad civil* y *sociedad*

política [108], al no basarse ésta en la representación de aquélla, sino de la mayoría numérica de individuos votantes.

Esa distinción, viene a significar la que MONTESQUIEU [109] tomó de la obra de GRAVINA, *De orto et progresu iuris civilis* (publicada entre 1701 y 1713) y esbozó al diferenciar: *Estado político* y *Estado civil.* AHRENS [110], en su concepción orgánica, colocó como esferas sociales autónomas las de la *moral,* la *religión,* las *ciencias,* las *artes,* la *instrucción* y la *educación,* la *industria* y el *comercio:* y asignó al Estado la esfera del *derecho.* Reparto que fue objeto de críticas de DURÁN Y BAS [111] y al que tampoco asintió COSTA. Este, en el ámbito jurídico, claramente equilibra las funciones de los que denomina *Estado común* y *Estado oficial* en cuanto a la salvaguardia y el respeto del derecho derivado de «los principios eternos del derecho» y deja a aquél la soberanía en materia del derecho voluntario [112].

Cuando el *Estado común* no vive autónomamente esas funciones, se está en una sociedad de masas. A ello se reduce el cuerpo social *elector* si no tiene además libertad civil y derecho a estatuir en forma de costumbres; es decir, en cuanto no se viven los principios *standum est chartae* y *standum est consuetudini.*

NOTAS

[1] GREGORIO de ALTHUBE e IZAGA, *El paisaje como fuente del Derecho,* conferencia pronunciada en la *Academia Matritense del Notariado,* el 21 de abril de 1949.

[2] Su texto fue publicado, con el título *Espíritu del Derecho aragonés y del Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza,* en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* tomo 59, 1.er semestre 1881, pp. 281 y ss., y reproducido en el cap. II, *Carácter general del derecho aragonés: La libertad civil, espíritu del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses,* de su libro *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses,* Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, Impr. de la Revista de Legislación, 1883, pp. 35 y siguientes.

[3] R.G.L. y J., 59, pp. 286 y ss., y *La libertad civil y...,* pp. 41 y ss.

[4] Cfr. nuestro estudio, *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral,* 10, en *An. Derecho Aragones XIV,* 1968-1969, p. 91, y *An. Der. Civil XIII-III,* p. 488, y *Las expresiones "fuentes del derecho" y "ordenamiento jurídico", 6,* en *An. Der. Civil XXXIII-IV,* p. 839 y s., *o en Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico,* Madrid, Montecorvo, 1982, p. 50.

[5] Cfr. nuestros estudios locs. y págs. cits. en la nota anterior; y *Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny,* 17, en *Rev. Jur. de Cataluña,* 1979, p. 13.

[6] COSTA, *La libertad civil y...,* cap. IV, *Forma que debe revestir el Código derivada del principio foral "standum est chartae". Libertad civil. Hermenéutica legal,* § II, pp. 111 y ss.

[7] *Ibíd,* p. 115.

[8] *Ibíd,* p. 113.

[9] *Ibíd,* pp. 115 y ss.

[10] *Ibíd,* cap. V, *Fuentes del Derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias,* § III, p. 149.

[11] *Ibíd,* cap. VI, *Renovación del Código por las costumbres,* p. 191.

[12] *Ibíd,* p. 181, en rel. cap. II, p. 107.

[13] J. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España,* vol I, *Alto Aragón,* Prólogo, cfr. 2.º ed. Barcelona, Manuel Soler, ed., 1885 (la 1.ª ed. es de 1879), pp. 3 y s.

[14] *Ibíd,* cap. I, p. 21.

[15] Cfr. nuestro estudio *Cotejo con la Escuela histórica de Savigny,* 16, 20 y 29, en *Rev. Jur. de Cat.* 1979, pp. 13 y ss., 37 y ss., 569 y ss.

[16] VICTORIANO SANTAMARÍA, *Un siglo de Escuela Histórica,* en la *R.J. Cat.,* XX, p. 199.
[17] Barcelona, Manuel Soler, ed., 1902.
[18] COSTA, *Derecho consuetudinario y Economía popular de...,* vol I, Prólogo, p. 4.
[19] COSTA, *La libertad civil y el...,* cap. V, § III, pp. 140 y s.
[20] *Ibid,* cap. II, pp. 105 y s.
[21] Cfr., *La vida del derecho* —parte de su estudio *La costumbre como fuente del derecho considerado en sus principios y en su valor e importancia en Roma...* que obtuvo el premio Maranges en 1872, y publicado con aquel título en 1986— § 14 y 15; cfr. en *El derecho en la letra y en la vida,* Madrid, Libr. Bergua, s. f., pp. 105 y ss.; y *Teoría del hecho jurídico individual y social,* Madrid, Impr. de la *Revista de Legislación,* 1880, Preliminar, pp. 3 y ss.
[22] *Teoría del hecho jurídico...,* § 31, pp. 239 y ss.
[23] *Ibíd,* § 3.º, pp. 19 y ss.
[24] *La vida del derecho,*§§ 1 a 6, pp. 33 y ss.; y *Teoría del hecho jurídico,* §§ 2 a 7, pp. 11 y ss.
[25] *Teoría del hecho...,* § 7, p. 54.
[26] H. AHRENS, *Cours de Droit naturel ou de philosophie du droit.* cfr. 5 ed., Bruselas, París, 1860, I, cap. I, § 3, pp. 154 y ss.
[27] *Ibíd,* I, cap. I, § 3, p. 116, y cap. II, § 3, pp. 152 y ss.
[28] *Ibíd,* p. 153.
[29] *Ibíd,* II, I, II, cap. I, p. 185.
[30] *Ibíd,* cap. II, p. 489.
[31] *Ibíd,* cap. III, p. 492.
[32] *Ibíd,* § 1.º, p. 493.
[33] *Ibíd,* p. 494.
[34] *Ibíd,* II, II, I, cap. V, pp. 512 y s.
[35] MANUEL DURÁN Y BAS, *El principio fundamental orgánico en las sociedades humanas (1876)*; cfr. en *Escritos de D. Manuel Durán y Bas,* II serie, Barcelona, Impr. Barcelonesa 1895, pp. 198 y ss.
[36] COSTA, *Teoría del hecho jurídico,* § 14, pp. 140 y ss.
[37] FRANCISCO GINER Y ALFREDO CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho,* §§ 37, 135 y 140; cfr. ed., Madrid, Impr. Julio Cosano, 1926, vol I, pp. 131 y ss., y vol II, pp. 158 y s. y 168 y ss.
[38] COSTA, *op. ult. cit.,* § 9, pp. 69 y ss.
[39] *Ibíd,* § 11, p. 90.
[40] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teologiae,* IIa-IIae, 57, 2.
[41] *Ibíd,* 57, 1, *ad,* 2.
[42] Cfr. ARISTÓTELES, *Política* II, 2, 1261 b y 5, 1263; cfr. ed. Madrid, I, E.P. 1970, pp. 29 y 35 y ss; y SANTO TOMÁS DE AQUINO,, *De regimine Principum,* I, I, y *Comentarios a la Política de Aristóteles,* pr., 6, 4.º.
[43] COSTA, *Teoría del hecho...,* § 9, pp. 72 y ss.
[44] *Ibíd,* § 14, p. 131.
[45] *Ibíd,* § 11, pp. 81 y ss.
[46] Este fue el criterio de San Isidoro de Sevilla, *Etimologías,* II, 10, y IX, 13, y de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Th.,* Ia-IIae, 95, 3, y 96, 2.
[47] COSTA, *Teoría del hecho...,* § 11, pp. 89 y ss.
[48] *Ibíd,* pp. 100 y ss.
[49] Insiste Costa en esto, en el § 41, pp. 346 y ss.
[50] *Ibíd,* § 11, pp. 101 *infine* y s; cfr. también *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre,* V, *infine,* Discurso de ingreso en la *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* el 3 de febrero 1901; Madrid, Impr. de San Francisco de Sales, pág. 89.
[51] COSTA, *Teoría del hecho jurídico,* § 12, p. 108.
[52] *Ibíd,* § 31, pp. 239 y s.
[53] *Ibíd,* § 12, pp. 109 y s.
[54] COSTA, *La libertad civil y ...* cap. VI, p. 173.
[55] COSTA, *Teoría del hecho jurídico,* § 12, pp. 126 y s.
[56] *Ibíd,* § 13, p. 127.
[57] *La libertad civil,* cap. IV, § II, pp. 102 y ss.
[58] *Ibíd,* p. 108.
[59] Cfr. *Teoría del hecho jurídico,* § 31, pp. 240 y ss., y *La libertad civil y el...,* cap. VI, pp. 172 y ss.
[60] *La ignorancia del derecho y sus...* IV, pp. 57 y ss.
[61] *Ibíd,* pp. 62 y s.
[62] Costa, *La libertad civil y...,* p. 175.
[63] *Ibíd,* p. 179.
[64] COSTA, *Teoría del hecho...,* § 14, pp. 132 y ss.
[65] *Ibíd,* p. 138.
[66] *La libertad civil y...,* cap. VI, pp. 176 y s.
[67] *Ibíd,* p. 189.
[68] COSTA, *La ignorancia del derecho y...,* IV, p. 63.
[69] *Ibíd,* p. 60.

[70] *Ibíd,* pp. 60 *in fine* y s.
[71] *Ibíd,* p. 64.
[72] *Ibíd,* p. 66.
[73] ARISTÓTELES, *Política* 5, 14.
[74] JULIANO, *Digesto* XCVI; cfr. *Digesto* de *Justiniano*, 1, 3, 32, 1.
[75] GRACIANO, *Decreto de.*
[76] DIDACUS COVARRUBIAS a LEIVA, *Variarum ex Pontificio, Regio et Cesareo iure Resolutionem,* Lib. I, cap. 16, 6.
[77] MARTÍN DE AZPILICUETA, *Consiliorum et responsorum,* Lib. I, consil., 1.º, § 23.
[78] FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus et de Deo legislatore,* III, XIX, 9.
[79] COSTA, *La ignorancia del derecho y...,* IV, pp. 76, *in fine* y s.
[80] LUIS FIGA FAURA, *El ordenamiento jurídico mercantil,* C, a, 3, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.,* 252, enero de 1982, págs. 36 y ss.
[81] Cfr. MICHELE FEDERICO SCIACCA, *Perspectiva de la metafísica en Santo Tomás,* cap. III. cfr. ed. en castellano, Madrid, Speiro, 1976, pp. 47 y ss.; VICTORINO RODRÍGUEZ, O.P., *Antropología tomista y antropología actual,* IV, *Sapientia,* vol. XXX, Buenos Aires, 1975, pp. 51 y ss.; así como nuestro estudio *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino,* §§ 5 y 38 y ss. y 50 y ss. en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, I.N.E.J. 1976, vol II, pp. 711 y ss., 764 y ss. y 787 y ss.
[82] J. COSTA, *La vida del derecho,* § 24, pp. 165 y s.
[83] *Ibíd,* p. 166 en rel. en cuanto lo referido entre corchetes con § 20, b, p. 143.
[84] *Ibíd,* § 26, pp. 173 y ss.
[85] *Ibíd,* pp. 183 y ss.
[86] COSTA, *Teoría del hecho jurídico,* §§ 15 y ss., pp. 149 y ss.
[87] *Ibíd,* § 17, pp. 153 y ss.
[88] *Ibíd,* pp. 160 y ss.
[89] *Ibíd,* §§ 20, 21, 22 y 23, pp. 177 y ss.
[90] *Ibíd,* §§ 24 a 35, pp. 190 y ss.
[91] *Ibíd,* § 38, pp. 316 y ss.
[92] *Ibíd,* § 39, pp. 320 y ss.
[93] *Ibíd,* pp. 324 y ss.
[94] *Ibíd,* § 40, pp. 333 y ss.
[95] *Ibíd,* § 41, pp. 341 y ss.
[96] *Ibíd,* pp. 344 y ss.
[97] COSTA, *Prólogo* al vol. I de la obra colectiva *Derecho consuetudinario y economía popular de España,* 2.ª ed., Barcelona, Manuel Soler, pp. 5 y s.
[98] *Ibíd,* § 3, pp. 370 y ss.
[99] COSTA, *La libertad civil y...,* cap. V, pp. 140 y ss.
[100] FRIDRICH A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden,* cap. II; cfr. vers. en castellano, Madrid, Unión Ed., 1985, pp. 75 y ss.
[101] *Ibíd.,* pp. 84 y ss.
[102] *Ibíd.,* pp. 107 y s.
[103] ANTOINE SAINT EXUPERY, *Lettre au Géneral X.*
[104] ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la democratie en Amérique,* cfr. lib. III, cap. VI, cfr. ed. Paris, Gallimard 1963, vol. II, pp. 324 y ss.
[105] GUSTAVE LE BON publicó en París el año 1894 el primero de sus trabajos sobre las *foules, Les lois psycologiques de l'evolution des pouples,* y los continuó en unos artículos en la *Revue Scientifique (Revue Rose)*, nn. 6 y 20, en 1895.
[106] JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y...,* cap. VI, p. 167.
[107] *Ibíd.,* p. 175.
[108] Cfr. nuestro estudio *La praxis de la armonía,* 5 y 6, en *VERBO* 173-174, marzo-abril 1979, pp. 407 y ss. Sería más correcto hablar de sociedad civil y Estado, tal como en el pactismo histórico catalán se distinguían como partes, el rey, de una, y, los tres brazos de las Cortes Generales, de otra, como representación de todo el Principado (cfr. TOMÁS MIERES, *Apparatus super Constitutionibus, Curiorum Generalium Cathaloniae,* II, coll. XI, cap. IV, n. 108; cfr. 2.ª ed., Barcelona, Impr. Sebastián Cormellas, 1621, pp. 530 in fine y s; y nuestro estudio *Valor jurídico de las leyes pacionadas en Cataluña,* 5, en *El pactismo en la historia de España,* Madrid, Instituto de España, 1980, pp. 84 y s.
[109] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois,* libr. I, cap. III.
[110] AHRENS, *op. cit.,* cap. III, pp. 492 y ss.
[111] DURÁN Y BAS, *loc. cit. supra,* nota 35.
[112] COSTA, *Teoría del hecho jurídico,* § 31, pp. 239 y s.