

LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LA TRADICION EN LA CONCRECION DEL DERECHO

POR

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1. La naturaleza de las cosas en la determinación del derecho.

Ha escrito MARCEL DE CORTE (1) que una sociedad «se halla formada por un lecho producido por un aluvión de *actos* de justicia». Estos actos de justicia comprenden todos aquéllos actos en los que se cumple el *suum quique tribuere*, ya sea configurando una *res iusta* o concretando *quod iustum est*. Todos ellos se insertan en el nivel práctico de la determinación del derecho.

Son determinaciones —lo he repetido muchas veces— que no pueden efectuarse silogísticamente, por subsunción, en el contenido general de las normas legisladas, de estos actos, negocios jurídicos o supuestos conflictuales.

La determinación voluntaria o negocial la efectúan particulares con su propia *potestas*, en el ámbito de su autonomía de la voluntad, ya sea por sí solos o bien asesorados con la *auctoritas* de juristas prácticos. Estos y aquéllos se hallan inmersos en la naturaleza de las cosas, en la cual —como he dicho (2)— actúan en el tráfigo de la vida en función de elementos activos —*causas secundas* en la terminología del AQUINATENSE— que, en el ámbito de su libertad, con su *praxis* tejen constantemente relaciones, guiados por su propia razón práctica o por la de los juristas que

(1) M. DE CORTE, *De la justicia*, Garzé, Dominique Martín Marín Ed., 1973, pág. 19, o en *Itinéraires*, 170, febrero 1973, pág. 69.

(2) *Parte sistemática* I, IV de la *Metodología de la determinación del derecho*, en elaboración.

les asesoran, moviéndose por los cauces que dejan libres los diques establecidos por la ley y por los márgenes naturales que señala derecho natural necesario —según lo denominaba JOAQUÍN COSTA (llámasele hoy: moral, orden público o bien común, limitativo de la autonomía privada, o asimismo principios generales de la buena fe, de los actos propios, o prohibitivos del abuso del derecho, de los actos de emulación, del enriquecimiento injusto, etcétera).

Cuando rememoré mis experiencias en el derecho sucesorio, obtenidas durante cerca de cuarenta y cinco años de práctica como notario, que a la par realizaba constantemente una investigación histórica acerca de las instituciones que cotidianamente vivía, y que simultáneamente ponía en cotejo las experiencias que esos estudios me mostraban con las que yo recibía prácticamente. Por eso, cuando finalmente las expuse por escrito (3), no vacilé en afirmar (4) que, las instituciones de derecho de sucesiones, en su mayor parte y tal vez más que en las otras ramas del derecho, son producto de una continuada labor de adecuación, a través de la historia, efectuada por los juristas. Lo había observado así escrutando la evolución histórica de esas instituciones, producida al compás de la de sus propias finalidades, que siempre eran adaptadas a las circunstancias de lugar, tiempo y costumbres, etc.

Estas *instituciones cauce* siempre se mueven dentro de los límites imperativamente fijados por *instituciones dique*. Estos diques, trazados por las leyes positivas humanas, son permanentes unos, al estar determinados por el denominado «derecho natural necesario» —según la terminología de COSTA— y otros son variables. Y, como seguí diciendo, aunque parezca paradójico de estas instituciones dique, las impuestas por la ley, por más que aparezcan a nuestros ojos como pilares estáticos, resultan un elemento transitorio y cambiante como las mismas leyes —hoy más fácil e injustificadamente que antes—, mientras que las instituciones cauce,

(3) *Panorama del derecho de sucesiones*, Madrid, Civitas, vol. I, 1982, y vol. II, 1984.

(4) *Ibíd.*, *Prólogo*, vol. I, págs. 15 y sigs.

fruto de una constante búsqueda de soluciones, y aunque éstas se configuren siempre dinámicamente ajustadas a las circunstancias, constituyen lo más permanente en el derecho. No olvidemos que éste, como método, no es sino la constante y perpetua búsqueda de lo justo para cada caso, lugar y momento histórico correspondiente.

Las normas legales positivas —buenas o malas, ajustadas o desajustadas a la naturaleza, que es tanto como decir a la realidad y a la justicia— son como mojones colocados de modo tal que pueden servir tanto para guiarnos, como para alertarnos, a modo de obstáculos —que pueden ser adecuados o no, justos o injustos, salvables o insalvables— puestos al desarrollo de nuestra tarea de juristas. Tarea que siempre debe ser razonada atendiendo a la realidad viva, para ir hallando en nuestro camino cotidiano lo justo concreto más adecuado, sin olvidar los principios básicos que, conforme la misma naturaleza de las cosas, salvaguardan a toda sociedad de su disolución, y, específicamente, a aquella sociedad donde vivimos y prestamos nuestra función. Es decir, que para elaborar el derecho en sentido estricto, o sea «lo derecho», los juristas estamos situados entre las normas dique del país legal y las instituciones cauce trazadas por el país real o sociedad civil; y ahí nosotros debemos mediar entre la ordenada libertad civil y su debida corrección por el poder legal.

En esta labor, tanto los disponentes o concertantes como los juristas prácticos —que les prestamos nuestra función— no debemos actuar imaginativa ni ideológicamente, aislados de la realidad. Al observar las cosas y los hechos nos debemos situarnos como meros observadores, colocados fuera de ellas, en un punto de vista exterior desde el cual enfocarlas, enmarcándolas en una imagen plana pictórica o, a los más, estereocópica pero, como tal, cerrada (5), y menos aún subsumirlos en nuestras lecturas, dentro de un razonamiento lineal que siga el orden de los renglones de la letra impresa leída —defecto achacado, por MC. LUHAN, a la que él

(5) MC. LUHAN, *La galaxia Gutenberg*, cfr. edición francés Montreal, Meme, 1967, págs. 154 y sigs.

denominaba *galaxia Gutenberg* (6). Por el contrario, cuando vivimos realmente lo que hacemos, quedamos inmersos en la naturaleza de las cosas vividas, sea como autores o como coadyudantes asesores de las partes en los actos y negocios jurídicos en los que intervenimos, viéndolos plenamente donde sus entrañas. Tal como explica PANOFSKI, se trata de esa percepción sensorial plena, que se tenía en la cultura medieval por transparencia, tal como en el interior de las catedrales góticas la tenían quienes oraban u oficiaban en ellas, viéndolas con la luz que penetraba por sus vidrieras, obteniendo así esa plenitud de perspectiva global que resplandece en SANTO TOMÁS DE AQUINO y en DANTE ALHIGIERI (7).

Así, inmerso en la naturaleza de las cosas y viviendo en su dinámica, el hombre comprende que no es su demiurgo, pero también tiene conciencia de que, dentro de sus propios límites naturales, participa activamente en la inteligencia y movimiento de ellas, empleando para esto su razón y sus ideas, en el ámbito de su libertad, limitada y condicionada. Es decir, al participar, añade el *donée rationel* y el *donée ideal* al *donée naturel* y al *donée historique*. Datos que si son susceptibles de esa distinción mental, en cambio resultan inseparables en la realidad, tal como explicó el mismo GÉNY (8).

Los juristas que elaboraron los derechos forales hispánicos siempre supieron ver esta realidad con especial agudeza —posiblemente impulsados por la necesidad producida por haber tenido cegada su fuente legislativa autóctona durante dos siglos y medio. Así, TORRAS Y BAGES señalaba que «discernir» el derecho humano requiere «considerarlo como el desarrollo de una planta, no exótica, sino indígena, que nace y se nutre de la substancia de la tierra» (9); que ese derecho debe irse construyendo a medida que se haya menester de él «como las abejas construyen su panales»,

(6) *Ibíd.*, págs. 279 y sigs.

(7) *Ibíd.*, págs. 131 y sigs., 140.

(8) F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, II parte, 169-173, ed. París, Sirey, 1927, vol. II, págs. 380-390.

(9) TORRAS Y BAGES, *La tradició catalana*, cfr. 2.ª ed., Vie Estampe de la viuda de Ramón Anglade, 1902, lib. I, cap. II, págs. 322, *in fine* y sigs.

y que crece «al compás del pueblo y siguiendo su estructura, como la piel se adapta perfectamente al cuerpo» (10).

FAUS Y CONDOMINES, en ese mismo contexto, diría que el derecho consuetudinario es «obra de la naturaleza y de la historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible» (11). Y JOAQUÍN COSTA, hablando de las costumbres altoaragonesas, proclamó que éstas eran «las leyes que nosotros escribimos en el mudo lenguaje de los hechos»; por lo que «son más firmes y más incontestables que las vuestras porque también son más verdaderas, por estar fundadas en la naturaleza». Tanto lo veía así que no vaciló en decir que, en sus montañas, «la naturaleza existe por la sola virtud del derecho; sin esas costumbres que tan odiosas os parecen, no habría allí naturaleza productiva» (12).

De ese modo, resulta perfectamente correcto centrar el derecho vivo —como hizo el mismo COSTA (13)— en el *hecho jurídico*. En éste, dice: «Se produce una concreción del derecho natural». Perspectiva, desde la cual afirmaría que tomaba «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».

La ley, en cuanto concreción por excelencia de las instituciones *digue* —explica también COSTA (14)—, «ha de asumirla por necesidad el Estado superior», a quien toca encauzar las activida-

(10) *Ibíd.*, lib. II, cap. VII, pág. 535.

(11) JOSEPH FAUS Y CONDOMINES, *Els capítols matrimonials a la comarca de Guisona (Catalunya Segriana)*, R.J.C., XII, 1907, pág. 203.

(12) JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de juristas aragoneses*, Madrid, Impr. de la Libr. Gral. de Legislación, 1883, cap. V, páginas 146 y sigs.

(13) COSTA, *Teoría del hecho jurídico, individual y social*, Madrid, Imp. de la Rev. de Legislación, 1880, 1, págs. 6 y sigs.

(14) *Ibíd.*, 11, págs. 89 y sigs.

des de todos los cuerpos sociales inferiores y del individuo», y debe así, en todo cuanto sea «derecho absoluto y necesario, legislarlo, procurar su cumplimiento y castigar su infracción».

Ahora bien, estas instituciones legisladas pueden ser conformes a la naturaleza de las cosas, hasta subsumirse en ella como concreción suya, o ser creación arbitraria del legislador, fruto de sus concepciones ideológicas o, incluso, de sus utopías. MONTESQUIEU lo comprendió lúcidamente (15); y, por eso, definió: «Las leyes, en su significado más amplio, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas» (16). «Estudiar la jurisprudencia es buscar estas relaciones». Las leyes siguen esas relaciones, y, como éstas varían sin cesar, se modifican continuamente» (17). «Deben tener relación con la naturaleza física del país; con el clima, helado, ardiente o templado, la calidad de la tierra, su situación, su tamaño, el género de vida de los pueblos, labradores, cazadores o pastores; deben hallarse en relación con el grado de libertad que la constitución puede soportar, con la religión de sus habitantes, sus inclinaciones, su riqueza, la densidad de su población, su comercio, sus costumbres, sus hábitos sociales...» (18).

La naturaleza de la cosa, cuando se trata de cosas del mundo social —he escrito no hace mucho (19)—, incluyen naturalmente, en su ser, la acción —el *agere*— del hombre, en sus diversos cometidos, desde sus funciones sociales inmediatas de productor, consumidor, contratante, titular, cotitular, administrador, disponente, etc., a las mediatas, sean jurídicas, como juez, notario, re-

(15) Cfr. mi comunicación, en el acto de recibir de *l'Académie Montesquieu* de Burdeos el *Prix Montesquieu*, 1988, el 22 de octubre: «Montesquieu et la science juridique de légiférer»; cfr. en *Actes*, 6, 1988-1989, de dicha *Académie*, págs 53-82, o en castellano, *Montesquieu y la ciencia jurídica de legislar*, A.R.A.J. y L., 1989, págs. 19-31.

(16) MONTESQUIEU, E. L., 1, 1, 1, inc. 1.

(17) *Ibíd.*, *Doss.*, E. L., 6, 7, 1.

(18) *Ibíd.*, E. L., 1, 3, 14, inc. 1.

(19) Prólogo al libro de la prof. PILAR BENAVENTE MORERA, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, en prensa.

gistrador, abogado, o bien políticas o administrativas, de legislador, reglamentador, gobernante, tanto en lo jurídico como en lo económico. Naturalmente, estas actividades inciden, a su vez, en la naturaleza de cada cosa, tal como incide la acción del hombre en los ecosistemas, modificándolos o transformándolos. La cuestión radica en ver si esta actividad resulta beneficiosa o perjudicial para el clima, la sanidad, el comportamiento y el bienestar del hombre, de la productividad, etc.

Sabemos que vergeles y bosques se han transformado en desiertos y, en cambio, marismas en fértiles huertas; leemos que el lecho del mar de Aral no es ya sino un desierto salitroso; que hemos contaminado ríos y mares, provocado la lluvia ácida sobre bosques y talado o quemado selvas, antes llenas de verdor, pero que también hemos plantado nuevos bosques, olivares y viñedos, artigado espesuras para fundar explotaciones agrarias familiares (20); que hemos descubierto ricos filones de minerales, pero hemos agotado otros.

El hombre ha perfeccionado o estropeado la naturaleza de muchas cosas, y construido otras que no nos han servido para nada. Como ejemplo de esa inutilidad, en el ámbito legislativo pienso en la regulación de la prenda sin desplazamiento por Ley de 5 de diciembre de 1941, que introdujo en el Código civil los artículos 1.863 bis a 1.873 bis, que fueron derogados, aún vírgenes de aplicación, por Ley de 16 de diciembre de 1954. Pienso, también, en ese sentido, en la regulación de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 del régimen económico matrimonial de participación, en los nuevos artículos 1.411 a 1.433. (Recuerdo que, antes de mi jubilación, algunos notarios habíamos hablado de preparar un modelo de capitulaciones matrimoniales

(20) De esta cuestión me he ocupado reiteradamente, en especial en «Estructuras y relaciones jurídicas agrarias en la historia de Cataluña», en *Actos conmemorativos del 125 aniversario de «l'Institut Agrícola Català de San Isidre»*, Barcelona, 1977, págs. 162 y sigs., y en «Los establecimientos cnfitéuticos en la colonización agraria y para la adecuación de las estructuras en la panorámica de la historia de Cataluña», en *Estudios varios*, Madrid, Montecorvo, 1980, págs. 232 y sigs.

que estableciera una fórmula de participación distinta de la legislada, que pudiera resultar viable y útil en la práctica).

Peor ha sido aún cuando las leyes no han resultado inoperantes, sino nocivas. Así ha ocurrido, v. gr., con algunas leyes fiscales que, por lo menos durante el tiempo de su vigencia, han provocado el desuso de determinados contratos (tales como capitulaciones matrimoniales con heredamientos u otras formas de sucesión contractual con transmisión inmediata de los bienes a hijo o hija que se casaba en la casa; de ventas con reserva del usufructo o de rentas vitalicias entre particulares, etc.). También hemos visto como comunidades de bienes y sociedades de responsabilidad limitada se transformaban en anónimas, mientras ahora, después de la reforma de la Ley de sociedad anónimas y, en especial, por su nueva reglamentación de éstas en el Reglamento del Registro Mercantil y su rígida aplicación, estamos viendo que no sólo se está incrementando notablemente la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, sino que muchas anónimas se transforman en limitadas.

Centrándome en el régimen de la sociedad de gananciales, he indicado, en ese mismo lugar antes citado, que un vocal de la Comisión de Códigos (no dije allí, ni digo ahora aquí, su nombre porque con su excesiva modestia me ha rogado que no lo publicara, aunque supongo que figurará en el acta de sesión correspondiente) al discutirse la regulación de ese régimen, propuso y consiguió que en el proyecto de la reforma del Código civil, que sería ley en 1981, se introdujeran dos normas, que hoy son los artículos 1.384 y 1.370 del vigente Código civil. Pues bien, pienso que, sin ellas, la «cosa» sociedad de gananciales, configurada de nuevo en dicha reforma, no hubiese podido funcionar. Estos dos preceptos han incidido notablemente en salvaguardarle la naturaleza, en su ser y en su devenir propio, según su forma intrínseca (causa formal) dinámica y su teleología (causa final), aglutinantes de los elementos fácticos de esta institución constitutivos y operantes —sujetos y objetos, que integran en cada supuesto la relación concreta—, y ha sido así dado a que certeramente posibilitan su buen funcionamiento en su dinámica sustancial.

Con esa misma perspectiva y finalidad de salvaguardar el funcionamiento de cada institución, el jurista práctico debe interpretar las normas que la regulan. Así vemos —siguiendo con el ejemplo de la sociedad de gananciales— que el texto del *Fuero Real* 3, 3,1, que dispuso: «*Toda cosa que el marido o la mujer ganaren o compraren ayanlo amos por medio...*», fue interpretado habida cuenta de cual era la regulación de su administración y disposición, que estaba asignada sólo al marido —quien incluso podía hacer donaciones moderadas a los consanguíneos—. Así los comentaristas castellanos de esta norma (DIEGO CASTILLO, COVARRUBIAS, MATTENZO, VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO) entendieron que, constante el matrimonio, la mujer no tenía una copropiedad actual, sino «*in credito vel habitu*», es decir, solo en uso y en potencia, pero no plena ni en acto. Pues bien, yo entiendo que en el régimen actual igualmente ocurre así con el cónyuge que no sea el titular de un bien ganancial (21).

Para efectuar concreciones de normas generales en la naturaleza de una cosa, es preciso que los juristas, al efectuar cada una de ellas en concreto, estén inmersos vitalmente en ella. Como ha dicho HEIDEGGER: «Encontrarse es una de las estructuras existenciales en que se mantiene el ser del "estar-ahí"». Así también se constituye en ellas el «comprender» ... «A veces usamos, hablando ónticamente, la expresión "comprender algo" en el sentido de "poder hacer frente a una cosa", "estar a su altura", "poder algo" ... En el comprender reside existencialmente la forma del "ser-ahí" como "poder ser"». «El "ser-ahí" es, en cada caso, aquello que él puede ser y tal cual él es, su posibilidad» (22). Es decir, el hombre comprende y puede ser conforme la propia po-

(21) Cfr. lo que explico a continuación del mismo *Prólogo*, últ. cit. y, especialmente, en mi artículo «En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales (Reflexiones que continúan otras de José Luis Lacruz Berdejo en 1950)», en *A.D.C.*, XLIII-IV, octubre-diciembre 1990, págs. 1.021-1.054, y en *Estudios en homenaje al Profesor José Luis Lacruz Berdejo, Zaragoza...*

(22) MARTÍN HEIDEGGER, *El Ser y el tiempo*, 31; cfr. ed. en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, 8.ª reimpression, 1991, págs. 160 y sigs.

sibilidad en el mundo y en cada cosa sólo cuando está inmerso en ellos, en la relación de que se trate.

2. Naturaleza de las cosas y tradición.

Hemos visto, en el apartado que acabamos de concluir, que los hombres, actuando existencialmente en las cosas —disponiendo, pactando y creando usos y costumbres, bajo la dirección de los juristas prácticos— modelan instituciones cauce, en una continuada labor de adecuación, que ha sido y es continuada a través de la historia por generaciones sucesivas. Así, cada una de éstas, las recibe elaboradas por las anteriores, las vive, adecuándolas a las nuevas circunstancias y necesidades, afinándolas en lo conveniente a ellas, y, así adecuadas y afinadas, las transmite a las siguientes.

En esto consiste la tradición jurídica, que se inserta siempre en la naturaleza de las cosas y varía al compás de la evolución de éstas. Por eso, la tradición es lo contrario tanto al inmovilismo —pues no lo hay en la naturaleza de las cosas, que es dinámica— como a la pretensión de recomenzarlo todo en cada generación desde cero, o bien plagiando instituciones ajenas, o incluso construyéndolas ideológicamente, poéticamente, en lugar de injertar a la propia tradición lo extranjero que pueda enriquecerla adecuándose a ella. Precisamente, uno de los autores alemanes que han considerado que en la naturaleza de las cosas se funden *Sein* y *Sollen*, *ser* y *debe ser*, hablo de WERNER MAIHOFFER (23), ha matizado su concepción de la naturaleza de las cosas, «como estructura axiológica de las situaciones jurídicas», que «proporciona criterios de los que solo podría resultar una *evolución*, pero no una *revolución productora* del estado de las cosas de cuya "natu-

(23) WERNER MAIHOFFER, «Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit», II, tesis 12, en *Droit et naturales choses, Travaux du colloque de philosophie du droit comparée*, Toulouse 16-21, septiembre 1964, Paris, Dalloz, 1965, pág. 136.

raleza" convergería a una realización integral y universal de la "vocación" humana, *natura naturans*, de un "mundo mejor".

Esto nos muestra que la concepción de la naturaleza de la cosa integradora de *ser* y *debe ser*, difiere grandemente de la concepción dualista que la considera como una preforma, que contiene elementos de orden estructurados, pero que requieren ser acomodados en concreto, desde los principios de justicia en función hacia *deber ser*, que consideran extrínsecos. En cambio, la tradición jurídica de la propia institución en una concepción de la naturaleza de las cosas en lo que el hombre esté «ahí», en ellas, con su «poder ser», es la que caracteriza la concepción monista de esa naturaleza en la cual el hombre con su libertad, su inteligencia y su razón, vive inmerso en ellas.

Es algo que viene a estar en relación constante y viva con ese «estado abierto» en la historia, en ese círculo del «estar ahí», preciso para comprenderlo todo del «ser en el mundo».

Respecto de uno de los aspectos básicos de este círculo, como es el comprender —siempre previo al transmitir, tal como está o mejorándolo, el contenido de lo comprendido y del hacer consiguiente—, dijo HEIDEGGER (24) que «*ver en este círculo un círculo vicioso y andar buscando caminos para evitarlo, e incluso simplemente "sentirlo" como una imperfección inevitable, significa no comprender, de raíz, el comprender*. No se trata de ajustar el comprender y la interpretación a un determinado ideal de conocimiento», sino que (radica antes bien, en no empezar por desconocer las condiciones esenciales para llevarlo a cabo. Lo decisivo no es salir del círculo sino entrar en él de modo justo». Este círculo «es la expresión de la existencial *estructura del "previo"* peculiar al "scr-ahí" mismo. Este círculo no debe rebajarse al nivel de un *circulus vitiosus* ni siquiera tolerado. En él se alberga una positiva posibilidad de conocer en la forma más original, aunque una posibilidad que sólo es empuñada de un modo genuino cuando la interpretación ha comprendido que su primera, constante y última función es evitar que las ocurrencias y los conceptos populares le impongan en caso alguno el "tener", el

(24) HEIDEGGER, *op. cit.*, 32, págs. 171 y sigs.

"ser" y el "concebir", "previos" para desenvolver estos partiendo de las cosas mismas [lo que significa el conocimiento crítico de los conceptos populares respecto de las cosas, previo para revisarlo], de suerte que queda asegurado el tema científico [en nuestro caso más bien "práctico"]. Por ser el comprender en sentido existencial el "poder ser" del "ser-ahí" mismo, los supuestos ontológicos del conocimiento historiográfico superan radicalmente la idea del rigor de las más exactas ciencias. La matemática no es más rigurosa que la historiografía, sino que tan solo está basada en un círculo más estrecho de fundamentos existenciales.

»El "círculo" del comprender es inherente a la estructura del sentido, fenómeno que tiene sus raíces en la estructura existencial del "ser-ahí", en el comprender interpretativo. El ente al que en cuanto "ser en el mundo" le va a su ser mismo, tiene una estructura ontológica circular. Mas advirtiendo que el "círculo" es inherente ontológicamente a una forma del ser del "ser-ante-los ojos" (el ser ideal), habrá de evitar en general el caracterizar ontológicamente con ese fenómeno nada que se parezca al "ser-ahí"».

En nuestro caso, este círculo del comprender estando "ahí" para «ser-en-el-mundo» verdaderamente, constituye el aspecto dinámico de la tradición en nuestro conocimiento de la naturaleza de las cosas.

Pero hora es ya de decir, ante todo, qué entendemos por tradición; y entre sus diversas concepciones cual aceptamos.

— No, desde luego, la del tradicionalismo filosófico francés (25), representado por JOSEPH DE MAISTRE (26) y LOUIS DE BONALD, que elaboró la tesis enunciada por aquél de la transmisión originaria de las ideas y el lenguaje, constitutivas del acervo básico de la tradición (27).

(25) Cfr. *Metodología de las leyes*, 18-20, págs. 37-45 y la bibliografía allí citada.

(26) CONDE DE MAISTRE, *Les soirées de Saint Petersbourg*; cfr. ed. París, Garnier Freres, s. f. velade 2.^a, vol. I, págs. 56 y sigs., 71 y sigs., 103 y sigs., y 114 y sigs.

(27) Cfr. especialmente LEOPOLDO EULOGIO-PALACIOS, *Estudios sobre Bonald*, Madrid, Speiro, 1987.

— Tampoco es el concebido por la Escuela histórica alemana, que —como remedio contra el racionalismo ilustrado, que había terminado desembocando en el Terror, con la Revolución francesa— tuvo una reacción, en la cual pesó especialmente una tendencia romántica irracional que constituyó uno de sus principales ingredientes (28), en virtud de lo cual, si bien pretendería reivindicar el pasado, se circunscribiría solamente a regresar a ciertas épocas del mismo (29). Así la rama romanista buscaría un derecho romano clásico rescatado arqueológicamente; y la germanista, un pretérito derecho germánico que no había llegado a cristalizar (30).

— Ni es la del «conservadurismo» al que se refirió críticamente mi maestro SCIACCA (31).

— Ni la que justifica la tradición por el hecho de que nos transmite las experiencias y decisiones de los antepasados, identificándolos con los «ancianos» que, por serlo, son estimados lo más «sabios y prudentes».

— Ni tampoco la sostenida por el tradicionalismo positivista, como podría ser denominado el que legitima todo lo traído por la tradición por el sólo hecho de ser «la tradición». Este ha estado representada en Alemania, hacia la mitad de este siglo XX, por FRANZ JERUSALEM, según quien el derecho obtiene su fuerza a lo largo de milenios, en especial por ser tradicionalmente considerado como recto. Así verdadero es «lo que está de acuerdo con lo tradicional en la comunidad jurídica respectiva», o bien, «lo que se equipara con lo tradicional». KARL LARENZ (32), que re-

(28) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, 237.

(29) *Ibíd.*, 238.

(30) *Ibíd.*, 243, b, en especial los párrafos que llevan las notas 186 a 190.

(31) MICHELE FEDERICO SCIACCA, «Revolución, conservadurismo, tradición», cfr. en *Revolución, conservadurismo, tradición*, Madrid, Speiro, 1974, págs. 5-18.

(32) KARL LARENZ, *Metodología*, I, V, 3, págs. 163 y sigs. que cita las obras de F. JERUSALEM, *Crítica de la ciencia del derecho* (1948), y *La descomposición del pensamiento jurídico* (1968).

conoce a JERUSALEM el mérito de volver a tomar conciencia de la continuidad histórica, le objeta que este elemento tradicional «no es suficiente, desde hace tiempo, para contestar de modo satisfactorio a la plétora de cuestiones que plantea al jurista la realidad actual de la vida», que hoy es «mucho más complicada y cada vez más rápidamente cambiante».

—Sí que considero genuino el concepto de tradición integrado en la naturaleza de las cosas; es decir, el que viene a considerar la tradición como la transmisión de la cultura humana insertada en la propia naturaleza de las cosas, en su devenir dinámico, en el marco de sus causas formales y finales. Esta es, a mi juicio, tanto la concepción que tuvieron los romanos como la que resplandece en los juristas de las regiones y territorios hispánicos de derecho foral, cómo, respecto de los catalanes, hizo notar TORRAS Y BAGES.

En los romanos (33) su «tradicionalismo», en palabras de KASER (34), expresado por el que denomina FRITZ SCHULZ (35) principio de la tradición, consustancial a la *gravitas* y *constantia* características de los romanos, reunió además de su adecuación a la realidad cambiante, la transmisión de padres a hijos de las instituciones vividas. JUAN IGLESIAS (36), ha señalado que el *ius*, en la zona donde priman las *mores*, los *civilia instituta*, «templados y fortalecidos por la experiencia y atemperados sabiamente al curso de las nuevas demandas», no quedó «prisionero de una estructura presta al agarrotamiento», gracias a aquello que la *interpretatio* «tiene de desenvolvimiento, de despliegue, de explicación». Sin que, por ello, el jurista se salga «de lo suyo», que «no es

(33) Cfr. *Perspectiva histórica*, 16, textos correspondientes a las notas 46 a 49.

(34) MAX KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, III, 2, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1964, pág. 20.

(35) FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts, Tradición*; cfr. ed. en italiano, Florencia, Sansoni, 1946, págs. 74 y sigs.

(36) JUAN IGLESIAS, «Ad intra (Consideraciones romanísticas)», III, 2, en *Homenaje a Juan Berchamans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, pág. 484.

crear», «es des-velar, des-cubrir el *ius* en su propio asiento vital, arrancándole sus significados precisos e imprecisos, entramados o a flor de piel» ... «El cuerpo de lo entregado, de lo tradicional», es inyectado «de sangre nueva en las venas viejas que es la manera, la mejor, para que en el hoy se revele el pasado».

En España han coincidido en esta concepción tanto el tradicionalismo político como los juristas de las regiones y territorios de derecho especial o foral. En éstas, hoy, sus respectivas Compilaciones o Fueros recogen el valor interpretativo e integrador de sus correspondientes tradiciones jurídicas (37).

Fue un valenciano universal, pero arraigado en la cultura de la que se nutrieron esos derechos en su rama catalano-aragonesa-valenciana, LUIS VIVES, quien en su *De anima*, escribió: «*Doctrina est traditio, eorum, quae quis novit et quis non novit; disciplina est illius traditionibus acceptio... communicatione augetur eruditio, sicut ignis motu atque agitatione*».

El obispo de Vic, JOSEPH TORRAS Y BAGES, que reunía las circunstancias de ser tradicionalista y foralista o regionalista (38) —de quien he tomado la cita de VIVES—, escribió (39) que la tradición es «una nota característica de los animales racionales, que no se halla, fuera de ellos, en ninguna otra categoría de seres». Significa enseñanza «de los padres o antepasados, instruye a los presentes, porque la experiencia es madre de la ciencia». Pero, añade: «tradición y estancamiento son dos términos autitéticos incluso en su significación gramatical; porque la palabra tradición, y por consiguiente el concepto que expresa, incluye la idea de movimiento, de curso, de transmisión; opuesto, como se ve, al significado de quietud del segundo término, por lo que en el caudal de la tradición trabajamos todas las generaciones, incluso todos

(37) Aragón, art. 1, 1, Baleares, 1, 2; Cataluña, 1, 2, Navarra, 1 y 2, País Vasco, 1, 1.

(38) Acerca de este autor cfr. mi estudio «Torras y Bages y la "Tradición catalana"», en *Cristiandad*, 565, marzo 1975, págs. 50-58, y 566, abril-mayo, 1978, págs. 82-92.

(39) JOSEPH TORRAS Y BAGES, *La tradició catalana*, lib. I, cap. IV, páginas 149 y sigs.

los hombres, modificándose continuamente y siendo siempre la misma». Vea esa tradición (40) en los catalanes, como en los romanos, con gran «consistencia» y «potencia de asimilación», y ontológicamente unida a la forma regional, que consideraba (41), «una interpretación leal a la de la naturaleza»; pues, a su juicio (42): «Los organismos los crea la naturaleza, los hombres solo pueden cuidarse de no poner obstáculos a sus funciones y ayudar a la felicidad de su operación, pero darlos vida es imposible». Recordemos que como hemos visto en el apartado anterior—TORRAS Y BAGES dijo que el derecho catalán se hizo como las abejas hacen sus panales y adaptado al pueblo como la piel al cuerpo.

Otro regionalista —y a la vez tradicionalista hispano, el gallego VÁZQUEZ DE MELLA, observó (43): «El primer invento ha sido el primer progreso; y el primer progreso, al transmitirse a los demás, ha sido la primera tradición que empezaba. La tradición es el efecto del progreso; pero como lo comunica, es decir, lo conserva y lo propaga, ella misma es progreso social. El progreso individual no llega a ser social si la tradición no lo recoge en su brazos». Todo invento y cualquier progreso, para este insigne orador en su concepción regionalista, no podían producirse sino arraigados al propio ser de las cosas vividas.

También fue tradicionalista y foralista el catedrático de historia del derecho, y después magistrado del Tribunal Supremo, SALVADOR MINGUIJÓN, quien vino a mostrar que el significado de tradición va unido al arraigo, que no puede darse sino en la cultura vinculada a la naturaleza de las cosas en la cual se desarrolla la propia tradición. Vale la pena releer algunos de los párrafos, donde lo explica (44): «Tradición (del verbo latino *tradere*, que

(40) *Ibíd.*, II, Disertación Preliminar, I, pág. 198.

(41) *Ibíd.*, 2, cap. XX, III, pág. 144.

(42) *Ibíd.*, cap. XIX, pág. 127.

(43) *Ibíd.*, VÁZQUEZ DE MELLA, *Obras completas*, Barcelona, Ed. Subirana, 1962, vol. XXVIII, págs. 231 y sigs.

(44) SALVADOR MINGUIJÓN, *Al servicio de la tradición*, Madrid, Javier Morata, Ed., 1930, cap. I, págs. 7 y sigs.

significa entregar) es el legado de cultura que cada generación entrega a la siguiente y que ésta debe conservar, mejorar, aumentar» ... «Se progresa acumulando, capitalizando, enriqueciendo con nuevas adquisiciones que nos han dejado los que antes de nosotros trabajaron y lucharon. Así se realizó la frase de PASCAL: Toda la sucesión de los hombres durante la larga serie de los siglos debe ser considerada como un solo hombre que subsiste siempre y que aprende de continuo». «Bellamente decía el socialista JAURÈS: "Estáis unidos a este suelo por todo lo que os precede y por todo lo que os sigue, por lo que os ha creado y por lo que creáis, por el pasado y por el porvenir, por la inmovilidad de los sepulcros y por la inquietud temblante de las cunas..."» ... «Esta idea de continuidad, que domina la idea de coexistencia; esta solidaridad en un tiempo —que fortifica y condiciona la solidaridad en el espacio—, no ha de entenderse como si fuera obra de una fatalidad que no dejara lugar a las energías libres y a las iniciativas renovadoras. Ciertamente que la tradición refrena la versatilidad inquieta y caprichosa de las voluntades sin arraigo, pero por lo mismo que es vida, no es una simple cadena de transmisión, sino un impulso constante creador, una fuerza constante activa y fecunda».

Explicando la concepción de VÁZQUEZ DE MELLA, en un libro colectivo (45), FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, RAFAEL GAMBRA y FRANCISCO PUY, han escrito: «No existe progreso sin tradición, ni tradición sin progreso. *Progresar es —naturalmente— cambiar algo*. Ese algo es el contenido de la tradición heredada. Faltando éste, que es la materia a reformar, el progreso resultaría imposible, ya que carecería de algo sobre lo cual ejercer sus cambios y mejoras. Igualmente una tradición inmutable sería cosa muerta, arqueológica, petrificada...». «Si los hombres no transmitieran la tradición recibida, adosándole sus personales improntas, la tradición sería un cadáver».

(45) F. ELÍAS DE TEJADA, RAFAEL GAMBRA, FRANCISCO PUY, *¿Qué es el carlismo?*, Madrid, Centro de Est. Hist. y Polit. General Zumalacarrequí, 1971, cap. 5, págs. 98 y sigs.

En esa misma línea, ALVARO D'ORS (46) ha aclarado que «los vivos son los protagonistas de la tradición y no los antepasados muertos» ... «y este protagonismo del que recibe lo que le entregaron los antepasados es decisivo para entender el sentido dinámico de la tradición, lo que ésta supone de progreso». Precisamente, el progreso —como ha escrito COLLIGWOOD (47)— consiste en conservar las soluciones de aquellas cuestiones resueltas por las generaciones anteriores y en dominar algunas de las que ellas no pudieron resolver.

Creo que quien, en este mismo sentido de la palabra tradición con su inherente dinámica viva, más ha profundizado con referencia a la tradición jurídica y en sus funciones *hermenéutica e integrativa* —y más concretamente en la catalana— ha sido JOSÉ J. PINTÓ RUIZ (48). En *Perspectiva histórica* de mi *Metodología de la determinación del derecho*, aún inédita he transcrito, en varias páginas, lo más saliente de su aportación (49), a ellas remito al lector. Pero sí quiero recordar ahora aquellas palabras con las que mejor expresa la inseparable integración existencial, que aquí estoy destacando, de naturaleza de las cosas con tradición. Así la observa cuando dice (50) que, en método interpretativo e integrativo, se busca el derecho *ex ipa natura rei*, en una labor jurídica que «lejos de divorciar lo llamado *real* de lo *natural*, lo hermana y conjuga en conmixción definitiva permaneciendo tan alejado de un puro *historicismo*, como de un puro racionalismo». Y también, cuando concluye cómo ha de ser la determinación conflictual del derecho civil de Cataluña, y explica (51) que, en su solución, pe-

(46) ALVARO D'ORS, «Cambio y tradición», *Verbo*, 231-232, enero-febrero 1985, págs. 113 y sigs.

(47) R. G. COLLIGWOOD, *La idea de la historia*, Epilegómenos 7; cfr. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1962, pág. 368.

(48) JOSÉ J. PINTÓ RUIZ, «Vallet de Goytisoló y la tradición jurídica catalana I», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol. VI, 1988, págs. 561-603.

(49) *Perspectiva histórica*, 297, textos correspondientes a las notas 32 a 36.

(50) J. J. PINTÓ, loc cit., V, págs. 599 y sigs.

(51) *Ibid.*, VI, págs. 602 y sigs.

sará «la tradición imponiendo la búsqueda de la justicia del caso concreto; y, en su consecuencia, la búsqueda de un resultado congruente, no por la vía deductiva, racionalista pura, en función del texto, sacrificando la equidad a la gramática, o no percibiendo que la norma es solo el iceberg, sino aceptando la vitalidad de lo natural, el sentido y contenido real de las instituciones, interpretando *more italico*, y no *more gallico*. Este estilo o manera de alumbrar y aplicar el derecho (al aplicarlo también se alumbra y el arco es círculo) tradicional en Cataluña, constituye un valioso tesoro que conduce y ha conducido al acierto y debe ser defendido. Es tradición».

A esta concepción de la tradición parece que hoy vuelve determinada corriente actual, que, según FERRATER MORA (52), iniciaron MAX SCHELER y HEIDEGGER, seguido éste por GADAMER. Creo que, como hemos visto, es así, al menos por lo que se refiere a HEIDEGGER. En cuanto a GADAMER aún parece más patente (53); pues, por una parte, partiendo de la *preestructura de la comprensión* en el círculo hermenéutico, que considera como un descubrimiento de HEIDEGGER, muestra la depreciación de los prejuicios de la Ilustración y la rehabilitación de la tradición. Observa GADAMER (54) que el romanticismo ha entendido la tradición «como lo contrario de la libertad racional, y ve en ella un dato histórico, como puede ser la naturaleza» —con lo cual esta concepción no difiere de la Ilustrada, aunque ésta la ataque por eso, y ella la defiende—. Sin embargo no cree GADAMER (55) que entre la tradición y la razón haya una oposición tan incondicional e irreductible, pues, entiende que «la tradición siempre es también un momento de la libertad y de la historia. Aún la tradición más auténtica y venerable no se realiza, naturalmente, solo en virtud de la capacidad de permanencia de lo que de algún modo está ya dado, sino que necesita ser afirmada, asumida y cultivada».

(52) J. FERRATER MORA, «Diccionario de Filosofía», voz *Tradición*, Ed., Barcelona, Círculo de Lectores, 1992, págs. 3.296 y sigs.

(53) HANS GEORG GADAMER, *Verdad y método*, II, II, 9, 1 a, cfr. ed. Salamanca, Eds. Sígueme, 1984, págs. 331 y sigs.

(54) *Ibíd.*, b, págs. 338 y sigs.

(55) *Ibíd.*, 2, a, págs. 344 y sigs.

«En nuestro comportamiento respecto al pasado que estamos conformando constantemente —sigue un párrafo después (56)—, la actitud real no es la distancia ni la libertad respecto a lo transmitido»; «nos encontramos siempre en tradiciones, y éste nuestro estar dentro de ellas no es un comportamiento objetivador que pensara como extraño o ajeno lo que dice la tradición», «es un reconocerse» en el que se da «un imperceptible ir transformándose al paso de la misma tradición».

Lo que sí, a mi juicio, diferencia netamente el pensamiento de GADAMER, de la concepción tradicional-hispánica que hemos contemplado, es cierto nominalismo de aquél que le sitúa cerca del historicismo, aunque lo supere en cierto grado como acabamos de ver. Pienso que él mismo expresa crudamente esa concepción en estas frases (57): «Para nosotros la razón solo existe como real e histórica; esto es, la razón no es dueña de sí misma sino que está siempre referida a lo dado, en lo cual se ejerce. Esto vale no sólo en el sentido en el que KANT limitaba las pretensiones del racionalismo, bajo la influencia de HUMB, al momento apriórico en el conocimiento de la naturaleza; vale aún más decisivamente para la conciencia histórica y para la posibilidad del conocimiento histórico. Pues el que el hombre tenga que ver aquí consigo mismo y con sus propias creaciones (VICO) sólo es una solución aparente al problema que nos plantea el conocimiento histórico. El hombre es extraño a sí mismo y a su destino histórico de una manera muy distinta a como les es extraña la naturaleza, la cual no sabe nada de él.

»El problema epistemológico debe plantearse aquí en una forma fundamentalmente diferentes». E indica de qué forma lo comprendió DILTHEY, si bien éste —como sigue diciendo GADAMER— «no fue capaz de superar las ataduras que le fijaban a la teoría del conocimiento tradicional. Su punto de partida, la interiorización de las "vivencias", no podía tender el puente hacia las realidades históricas, porque las grandes realidades históricas, sociedad

(56) *Ibíd.*, págs. 349 y sigs.

(57) *Ibíd.*, 1 b, pág. 343.

y Estado, son siempre en realidad determinantes previos de toda "vivencia"» ... «En realidad no es la historia la que nos pertenece, sino que somos nosotros los que pertenecemos a ella. Mucho antes de que nosotros nos comprendamos a nosotros mismos en la reflexión, nos estamos comprendiendo ya de una manera auto-evidente en la familia, la sociedad y el Estado en que vivimos. La lente de la subjetividad es un espejo deformante. La autorreflexión del individuo no es más que una chispa en la corriente cerrada de la vida histórica. *Por eso los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser.*»

Sin duda, tienen mucho de certeras estas apreciaciones de GADAMER, pero les falta altura. Se sitúa en el concepto denominado moderno de las cosas (58) —como *res extensa* o sea ser sin deber ser, que debe poner la *res cogitans*—, en el mismo plano de la concepción *minimalista*, que fue la que tuvieron de éstas los hombres de la Ilustración, y de la *maximalista*, que asumieron los historicismos románticos, y situándose él como en un puente intermedio entre aquellos dos extremos. Aunque, sin duda, al aproximar hermenéuticamente *res cogitans* y *res extensa* en el comprender, se acerque, pero sin tomar altura desde su plano inferior, a la concepción clásica de la naturaleza de las cosas (59) —que incluye en sí misma ser y deben ser—, en la cual habían tratado de moverse VICO y MONTESQUIEU (60) y en la cual se sitúan indudablemente quienes vivieron y quienes viven la tradición hispánica —que podríamos denominar «foral», para distinguirla de las otras que hemos expuesto— aunque en ella, tal vez, muchos se hayan movido tan naturalmente como quienes hablan en prosa sin saberlo.

(58) Cfr. *Perspectiva histórica*, 30.

(59) *Ibíd.*, 31.

(60) *Ibíd.*, 27-29, 35 y 36.