

DERECHO Y TRADICION EN EL MODELO FORAL HISPANICO

Por el

Prof. Dr. FRANCISCO PUY.

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de
Santiago de Compostela.

1. La crisis del Derecho.

Existe hoy día una convicción generalizada entre juristas y no juristas, de que el *derecho actual padece una fuerte crisis*. Como indicios de la real existencia de dicha crisis podemos citar algunos ejemplos. Valgan los siguientes:

a) En los últimos años han aparecido numerosos trabajos filosófico-jurídicos dedicados a analizar y diagnosticar fenómenos perturbadores como son la *crisis del derecho*, el *fin del derecho*, las *funciones del derecho*, la *muerte del derecho*, la *ineficacia del derecho*, etc.

b) Las facultades de Derecho han visto surgir en su seno muy diversos movimientos de contestación, crítica y polémica; están sufriendo anómalos vaivenes de espectaculares alzas y bajas en la estadística del alumnado; están padeciendo la plaga de la carencia de profesores, desenganche de los existentes y rarificación de nuevas vocaciones pedagógicas; y, sobre todo, están siendo desmanteladas por una catarata de proyectos de modificación de los planes de estudios. Y así, ya no se sabe nada firme sobre número de cursos, rotulación de asignaturas, titulación de grados, salidas profesionales, formas de examen, etc. Por todo ello, en las Facultades de Derecho universitarias se dedica más tiempo a la tarea secundaria del autoexamen y la autocrítica, que a la tarea principal de realizar una investigación y una docencia bien organizadas.

c) No menos reveladores son los cambios profundos que se experimentan en las profesiones jurídicas. El número de aspirantes a entrar en los diversos escalafones o colegios profesionales ha crecido notoriamente; y con el número, la calidad de los aspirantes. Harto conocido es el malestar reinante, hasta la violencia física, en el seno de los Colegios Profesionales de abogados, notarios, gestores, etc. Y no se olvide la crisis de conciencia existente sobre la sagrada misión de la abogacía.

d) Las críticas generalizadas sobre la desorganización de la magistratura y la disfuncionalidad de los tribunales, los continuos retoques y reformas de la administración de justicia, las polémicas sobre la unidad o pluralidad de jurisdicciones y la independencia de los jueces, etc., son asimismo otros tantos toques de atención que no pasan inadvertidos ni siquiera para los órganos más generales de expresión de la opinión pública (televisión, radio y prensa diaria).

e) El proceso inflacionario que aqueja a la legislación es otro síntoma que acredita una enfermedad grave del derecho contemporáneo. Cada vez hay más «boletines oficiales», que cada vez publican mayor número de disposiciones, en un impetuoso torrente de empapelamiento jurídico, que amenaza soterrar bajo su furor a quienes lo tienen que manejar.

f) Otro indicio no menos alarmante de crisis es el progresivo distanciamiento que se observa entre el ordenamiento jurídico y el hombre de la calle, el simple ciudadano que es quien, teóricamente, tiene que cumplirlo. Por momentos se verifica la dimensión insufriblemente ficticia que tiene el postulado de que todo súbdito conoce las leyes. La ignorancia real que el pueblo tiene de los preceptos jurídicos está aumentando hasta límites críticos una conciencia generalizada de enorme inseguridad jurídica.

Muchos otros indicios podríamos traer a colación. Son fenómenos no menos preocupantes que los nombrados, por ejemplo, los procesos de invasión que el derecho administrativo está cumpliendo sobre el derecho privado en general, hasta amenazar de desaparición a éste último. En suma, todos estos hechos y muchos otros semejantes que cabría recordar, acreditan de sobra que la generaliza-

da conciencia de que el derecho está en crisis *tiene un fundamento real*.

Por eso voy a hacer algunas reflexiones sobre un problema que es ciertamente insoslayable.

2. La cuestión de fondo.

Y en verdad que nuestra época no soslaya la cuestión de la crisis del derecho. Hasta tal punto es ello así, que de su constatación se está derivando, asimismo, la convicción generalizada de que se hace preciso —y con la mayor urgencia— *sustituir la actual organización jurídica* por otra más acorde con las exigencias de nuestro tiempo. Es decir, por otra organización jurídica más apta para resolver los problemas jurídicos complejos que tiene planteados la humanidad en la actualidad. *Y aquí surge el segundo problema.*

En efecto, se sabe que es necesario *un cambio profundo* en el ámbito jurídico. Lo que no se sabe es *cómo efectuarlo*. Y este hecho agrava extraordinariamente el problema de base. La situación de crisis del derecho que padecemos es tan grave, que irremediablemente surge la duda sobre si es que los juristas del siglo veinte hemos perdido la capacidad de resolver los problemas jurídicos.

Por supuesto, no pienso que hayamos perdido tal capacidad en lo que se refiere a la resolución de cuestiones particulares. Al fin y al cabo, los hechos lo demuestran. Pues es cierto que la doctrina jurídica sigue descubriendo a diario buenas soluciones para muchos de los problemas teóricos que se le plantean. Y es cierto, asimismo, que en muchas cátedras se sigue impartiendo, contra viento y marea, una excelente formación jurídica a los alumnos. Y no menos cierto es que numerosos abogados y demás profesionales siguen cumpliendo sus respectivos cometidos técnicos con acierto y brillantez, así como que muchas sentencias de nuestros magistrados pueden seguirse tomando como paradigmas de finura jurídica y de equitativa resolución de los casos controvertidos, con cuya ocasión se dictan.

Ahora bien, el hecho de que se resuelvan con tino los problemas concretos no significa que se acierte a soltar el problema crítico de fondo. Mas ¿en qué consiste entonces el problema?

A mi modo de ver, la cuestión consiste en algo más profundo. Estriba en el hecho de que nuestra época no tiene *una visión propia*, comúnmente compartida, sobre lo que es el derecho. Existen, por el contrario, discrepancias tan profundas en la comprensión de lo que constituye la misión, el origen, la forma y el contenido de lo jurídico, que de ahí se sigue una enorme desorientación, la cual neutraliza toda posible coherencia en la actividad de los juristas. No sabemos, en realidad, a dónde vamos, y por eso no llegamos a ninguna parte. Carecemos de una ruta orientada a un objetivo, y por eso damos marchas y contramarchas, y no podemos siquiera saber ciertamente cuándo hemos avanzado o cuándo hemos retrocedido en nuestro camino. Y así es como puede ocurrir ese hecho paradójico de que la suma de una serie de buenos elementos arroje una mala combinación que obstaculiza el logro de un resultado global satisfactorio.

La anomalía es, pues, perfectamente explicable. Al derecho actual le ocurre algo semejante a lo que le ocurriría a un ejército que, aun estando dotado de soldados valientes y numerosos, buen armamento y una oficialidad competente, fuera a la guerra sin tener un objetivo táctico y estratégico prefijado. Moriría víctima de su propia desorganización. Unas unidades caerían bajo el fuego de otras propias. Análogamente, nuestras leyes, nuestras sentencias y nuestras teorías jurídicas se obstaculizan unas a otras y se destruyen mutuamente, con una destrucción tanto más eficaz, cuanto de mejor calidad son los elementos que chocan entre sí.

El problema consiste, en suma —y siempre a mi parecer—, en que los juristas nos encontramos hoy *totalmente desorientados en cuanto al planteamiento último —filosófico— del derecho*. Y este hecho produce el resultado de que hablemos lenguajes diferentes que nos impiden entendernos y cooperar en nuestro trabajo. De este modo, cada cual labora en direcciones divergentes e insolidarias y el resultado final es la existencia de una confusión auténticamente babélica en la república jurídica. Pero en estas condiciones, ¿cómo vamos a poder realizar la necesaria y saludable renovación de la organización jurídica que estamos necesitando?

Entiendo, en consecuencia, que es hoy más necesario que nunca

el pararse un poco a escrutar el sentido general del trabajo jurídico, para tratar de poner un poco de orden en este caos. Tarea alcanzable al solo precio de arrancar desde el fondo de la cuestión.

3. Realismo, Racionalismo, Materialismo.

El derecho lleva ya recorrida una larga historia desde que alumbrara al mundo de las realidades culturales cuajadas, por obra y gracia del genio del pueblo romano. Si echamos un vistazo atrás, observando globalmente esa larga y compleja historia, podemos percatarnos de que son tres las formas genéricas con que el hombre se ha enfrentado al fenómeno jurídico. El derecho ha sido contemplado, en efecto:

- a) Desde el punto de vista del *realismo*.
- b) Desde el punto de vista del *racionalismo*.
- c) Y desde el punto de vista del *materialismo*.

El primero de estos puntos de vista, *el realismo*, tuvo su momento sociológico de apogeo en la Roma clásica y en el medievo.

El segundo de estos puntos de vista, *el racionalismo*, tuvo su momento sociológico de éxito durante los siglos que comprenden las edades moderna y contemporánea.

Y el tercero de estos puntos de vista, *el materialismo*, vive ahora su momento de mayor expansión sociológica, siendo precisamente en la actualidad cuando se dice que lleva camino de lograr el triunfo de una hegemonía absoluta: ese triunfo que está buscando con afán, desde que le diera empaque doctrinal el *cientificismo marxista* hace ahora un siglo.

Antes de proseguir, sin embargo, hagamos una advertencia, a propósito de este último dato, que debe ser puesto en cuarentena. En efecto, estimo importante prevenirnos frente al *prejuicio* de que hay cualquier tipo de *ley histórica* que exige que tal sucesión se produzca de un modo necesario. Por el contrario, los tres puntos de vista suelen coexistir juntamente, han aparecido repetidamente a lo largo de la historia, y las inflexiones de su alternativo predominio ofrecen, de hecho, una gran variedad de combinaciones. A

más abundamiento, es evidente que podemos constatarlos vivos y actuando en nuestros días. En suma, esas tres cosmovisiones jurídicas no son propiamente etapas cronológicas, sino *constantes* permanentes en el planteamiento del derecho. Y, por ello, se las puede propugnar en cualquier momento histórico, sin ninguna clase de complejos de arcaísmo. Al optar entre ellas somos tan libres hoy día, como nos enseña la historia que fueron libres nuestros antepasados para hacer su respectiva elección.

Ahora bien, ¿cuáles son los términos de la elección? Tratemos de caracterizarlos muy sucintamente.

a) *Desde la perspectiva del realismo, el derecho consiste* en un orden real, que ha sido puesto por Dios en la naturaleza de las cosas en la cual tiene que «leerlo» la razón humana.

Esto supuesto, *un problema jurídico consiste* siempre en una contraposición de pretensiones sobre una misma cosa real, que enfrenta a sus titulares, esto es, a dos o más hombres concretos.

Y *la solución de un problema jurídico estriba*, en consecuencia, en averiguar cuál es la más justa o equitativa atribución de los bienes (materiales o culturales) disputados, de acuerdo con el orden absoluto establecido por Dios (expresado directamente por El en la revelación, o expresado —como es el caso normal— indirectamente por su manifestación implícita constatable en el orden natural de la creación). *La sentencia* es, entonces, la solución a un problema real individualizado. *La norma* es la solución generalizada para una serie de casos típicamente análogos, que constan en costumbres o sentencias anteriores. Y *la doctrina* es la solución, aún más abstracta y universalizada, para los problemas más complejos de coordinación de leyes, costumbres, sentencias y casos.

b) *Desde la perspectiva del racionalismo, en cambio, el derecho consiste* en un orden racional, ideal, puramente «lógico», al cual «tienen» que adaptarse, *velis nolis*, las «cosas» reales.

Esto supuesto, *un problema consiste* siempre en la subjetiva constatación de que existe una inadecuación fáctica entre cualesquiera realidades físicas o naturales y el orden racional subjetivo que se manifiesta como «ideal» a aquel que se lo plantea y sólo a él.

La solución al problema jurídico estriba, según esta perspectiva,

en consecuencia, en actuar corrigiendo, destruyendo, alterando la naturaleza; corrigiendo o suprimiendo toda «anomalía» constatada, de manera que prevalezca siempre el orden ideal, abstracto y subjetivo, sobre cualquier alteración o discrepancia que la realidad ofrezca frente al «esquema mental». Por eso, según esta manera de ver el derecho, no hay otros problemas jurídicos que los relativos a resolver discrepancias lógico-formales. Por ende, el único problema de *la sentencia* consiste en que aplique silogísticamente la ley al caso concreto. Y el único problema de *la ley* es que no ofrezca lagunas o contradicciones en su articulado. Y el único problema de *la ciencia jurídica* estriba en que logre exponer exegeticamente el sistema lógico del ordenamiento jurídico, ensamblando pulcramente —en una «teoría pura» (*reine Rechtslehre*)— la generalidad de la norma con la particularidad de la sentencia.

c) Desde la perspectiva del materialismo, en fin, el derecho no es. Repito, el derecho no es nada. No es, en efecto, ni un orden real ínsito en la naturaleza, ni un orden ideal ínsito en la razón humana. El derecho es aquí sólo algo negativo, un anómalo momento antitético de las interrelaciones dialécticas que se dan entre las infraestructuras socio-económicas reales y las superestructuras ideológicas racionales.

Esto supuesto, en esta tesitura no hay ni puede haber otro *problema jurídico* que el de desenmascarar, denunciar y desmitificar todo aparente problema jurídico como un falso problema.

Y, consiguientemente, *la única solución* a tal problema consiste en poner el derecho al servicio del aparato quirúrgico construido jurídicamente para que el derecho se suicide, en holocausto al «sentido de la historia»: sentido que conduce irremediamente a la eliminación o desaparición del derecho mismo. Eso sí, mientras no llega tal momento, hay que disponer de sentencias, normas y doctrina, cuyas respectivas funciones, en relación con el contexto general, son las siguientes: *La sentencia* sirve para actualizar sin tregua la actividad y control del Estado. *La ley* sirve para programar técnicamente la construcción del Estado comunista. Y *la jurisprudencia* sirve para justificar la necesidad absoluta de que legisladores y jueces cumplan disciplinadamente las funciones ya reseñadas.

Estas son las *tres posibilidades* de fondo en que se debate el mundo jurídico actual, que son sustancialmente idénticas a las que ha encontrado siempre. *¿Por cuál optar?* He aquí la pregunta a qué hay que responder para poder vislumbrar una salida a la crisis del derecho.

4. Las salidas de la crisis.

En un lugar común que la atmósfera en que nos hemos movido y criado los actuales juristas, aun siendo pluralista, está recargadamente teñida de *racionalismo*. Aun en ámbitos como el español, en que ha defendido sus posiciones el iusnaturalismo, la vida legal, jurisprudencial y académica ha estado absolutamente dominada por los presupuestos del más agudizado y extremoso de los sistemas jurídico-idealistas: el de la teoría pura del derecho de Kelsen. Cierto que Kelsen ha sido criticado teóricamente hasta la saciedad. Pero no menos cierto es que sigue siendo su «sistema» el molde en que se vacían inconscientemente nuestras categorías jurídicas.

Este hecho demuestra, a mi modo de ver, en primer lugar, la *insuficiencia del racionalismo* para resolver la crisis. Por el contrario, parece patente que el racionalismo es, precisamente, el principal responsable de ella. Y no es extraño que así sea. En efecto, el racionalismo no conoce otro modo de resolver la crisis del derecho que *administrando mayores dosis de racionalización*. Con lo cual se encierra en un círculo vicioso del que no puede escapar.

En líneas generales, nuestra época es consciente de que el método racionalista se ha tornado obsoleto y debe ser abandonado como guía principal. No se niega que ha aportado técnicas útiles y que ha ayudado a resolver algunos problemas. Mas, cumplida su misión, hay que reducir su influencia, porque la continuación de su preponderancia sólo sirve para crear más dificultades. Precisamente se ha venido abriendo paso el método materialista, por considerarse que era la única alternativa con que se podía contar para efectuar una sustitución del racionalismo.

Pero, *¿es el materialismo* en realidad una vía de solución correcta para la actual crisis del derecho? A mi modo de ver, no.

Muchas razones técnicas abonan en su contra. Pero, en gracia a la brevedad vamos a prescindir de su enumeración, contentándonos con subrayar dos dificultades que saltan a la vista, desde la *teoría* y desde la *praxis*.

En teoría, parece inadmisibile un método que, en lugar de resolver el problema del derecho, lo elimina artificialmente, es decir, lo ignora. El marxismo no quiere resolver los problemas del derecho. No quiere construir un mejor derecho. Quiere destruir el derecho. Pero eso no ayuda para nada a aclarar el problema real y eterno de la existencia de conflictos jurídicos, de normas jurídicas y de teorías jurídicas.

En la práctica, el modo que tiene de funcionar el derecho, en los extensos países en que ha sido puesto en práctica el método materialista durante ya largos años, acredita experimentalmente la obtención de resultados aún peores que los obtenidos con el empleo del método racionalista, todos cuyos vicios viene a asumir, agravándolos. Según criterios idealistas o racionalistas se resuelven «mal» los problemas jurídicos reales —la protección de los derechos subjetivos, la administración de justicia, la construcción del ordenamiento legal o la elaboración de la ciencia jurídica— en los países (como el nuestro) que se rigen por ellos. Pues bien, «peor», mucho peor aún funciona todo eso en los países en que se aplica el sistema materialista (área socialista-comunista). Sobre el particular no caben dudas, ya que estamos asistiendo en las últimas décadas a un plebiscito permanente sobre cómo funciona el sistema jurídico en los países de «ultra-cortina».

En suma, la *solución* al problema de la crisis del derecho *no* puede consistir, ni en aumentar las dosis de racionalismo que la han provocado directamente, ni en destruir el propio derecho, gravemente enfermo en la actualidad. No se cura a un intoxicado ni dándole más gas deletéreo, ni impidiéndole respirar oxígeno. La salida no está, ni en la *conservación* de lo que no marcha, ni en una *revolución* consistente en hacer añicos todas las estructuras jurídicas vigentes.

Y esta constatación nos traslada el problema a su estrato más profundo. *Materialismo, racionalismo y realismo* no son en el fondo

más que tres posiciones operativas, metodológicas. Detrás de ellas hay, sin embargo, tres correlativas y mucho más radicales actitudes mentales, que tenemos que analizar brevemente para poder entrever un camino de esperanza. Tales actitudes mentales son las que designan las palabras que nos sirven de lema general en este simposio: *revolución, conservadurismo y tradición.*

5. Revolución, Conservación, Tradición.

¿Hay esperanza, entonces, para la crisis del derecho actual? O, dicho de otro modo, ¿hay un camino que no sea la conservación pura y simple de lo existente (el racionalismo, ya experimentado como insuficiente), y que tampoco sea la destrucción pura y simple de lo existente (el materialismo, con su insensata revolución de todo lo dado, tenaz en seguir experimentando algo que ya ha producido pésimos resultados)? Echemos de nuevo la vista atrás.

No es esta la primera vez, desde luego, que los hombres han encarado la coyuntura de tener que cambiar profundamente el ordenamiento jurídico vigente, por haberse percatado de que se había quedado desfasado, y de que se había convertido en un instrumento disfuncional e inoperante. En nuestra historia del derecho, sin ir más lejos, encontramos situaciones análogas en el siglo XIII, en el XV, en el XVIII (principios) y en el XIX (finales), por sólo aludir a momentos muy significativos y de todos conocidos.

Pues bien, cada vez que se ha producido tal circunstancia, planteándose agudamente el problema de la sustitución del ordenamiento jurídico, se ha podido comprobar lo que sigue. Que tanto más rápida y económicamente se resolvía el problema, cuanto más pronto se procedía a renovar por cambios pausados, de acuerdo con las enseñanzas derivadas de la *tradición* anterior. Y que, inversamente, cuando se ha intentado resolver el problema, ora queriendo *conservar* contra viento y marea la integridad de lo establecido, ora intentando *arrumbarlo* entero y sustituirlo por otro inventado por nuevo, lejos de adelantar la solución, se la ha retrasado, agravando la magnitud de la crisis. De lo cual se sigue una clara conclusión: que

el derecho es un producto histórico, fruto de la cultura humana, consistente en hallar fórmulas (de diverso grado de abstracción o concreción) adecuadas a resolver casos concretos de conflictos de pretensiones de dominio entre hombre concretos.

Hallar esas fórmulas no es tarea baladí. Por eso han adoptado desde los orígenes los juristas el expediente de atender a la *experiencia* anterior, de investigar la *tradición* resolutoria, de arrancar siempre partiendo de los *precedentes*. En realidad, *toda fórmula jurídica no es otra cosa que un precedente depurado en sucesivas transmisiones*. Sea sentencia, sea norma, sea teoría, el derecho es, en definitiva, una perpetua novedad que se alimenta con el jugo de sus propios frutos anteriores. La vida procede siempre de la vida, y el derecho, ser vivo, se genera siempre de sí mismo. Es como un bosque, que necesita enraizar y vegetar sobre el humus que producen las plantas que previamente crecieron sobre el mismo suelo, y que inexorablemente perecieron por la acción del tiempo. Por ello que podemos decir, que *el derecho es tradición* o no es nada.

Así se explican los fallos que a veces se constatan en la historia del derecho, cuando los juristas se olvidan de la dimensión esencialmente tradicional que tiene el derecho. Entonces se incurre en el desprecio del movimiento por tradición, desvirtuándolo por sus dos extremos viciosos: el *exceso de la revolución* y el *defecto del conservadurismo*. Ninguna de ambas cosas se pueden hacer impunemente.

La pereza, la inercia o la rutina conducen, en ocasiones históricas, a los juristas a incurrir en el error de querer conservar toda fórmula jurídica ya adquirida o inventada, en sus propios términos dogmáticos, gratos al oído en su literalidad. Entonces entra en crisis el derecho, aquejado de la enfermedad del *conservadurismo*. Se piensa que la única garantía de acierto en la resolución de los problemas jurídicos consiste en dejar las leyes como están, en mantener inviolable la doctrina legal, o en repetir plagariamente las doctrinas científicas recibidas. Tal actitud pasiva, por cierto, recibe normalmente un insospechado refuerzo activo, por parte de los beneficiarios —con injusticia— del sistema establecido. Los bien instalados en el *establishment* están interesados en su mantenimiento y, por ende, pro-

curan atraerse a los juristas para que defiendan, advertida o ingenuamente, sus intereses materiales.

Ahora bien, llevadas al límite, estas situaciones acaban produciendo por reacción el fenómeno contrario. En efecto, ante las situaciones de patente injusticia y de desfase con las necesidades de los tiempos, que se estatuyen con el triunfo coyuntural de la postura conservadora, surge siempre incontenible la actitud revolucionaria. Y cuando *la revolución* se señorea de los espíritus, se piensa que la única solución a la crisis jurídica consiste en tirar por la borda toda fórmula jurídica recibida y sustituirla alegre y confiadamente por lo primero que se le ocurre al innovador de turno. Y comienza el espectáculo. Se derogan masivamente las leyes. Se sancionan apresuradamente otras, que además se suelen inspirar en criterios materiales y formales diametralmente opuestos a los vigentes hasta el momento. Hacen acto de presencia giros de ciento ochenta grados en el rumbo de la jurisprudencia. Enloquece la doctrina científica y filosófica, que no es capaz de predecir nada en absoluto, porque han quebrado todos sus cálculos de probabilidad y se han dislocado todas sus líneas de extrapolación ... Al final, la crisis jurídica no se ha resuelto: se ha agravado mil veces.

Lo más notorio es, empero, que cuando por esta banda se llega al límite de lo intolerable, de nuevo se produce una reacción exagerada que retorna las cosas a la banda opuesta. En cuanto la nueva situación revolucionaria ha logrado cristalizar en fórmulas algo más viables, cambia de signo y —potenciada por los intereses creados con los nuevos vientos— asume un fuerte cariz conservador y enemigo de cualquier novedad ... Y así se entra en *la espiral dialéctica de los conservadurismos y las revoluciones jurídicas*, reincoadas cada vez en ciclos más breves y estimuladas por la fuerza militar, política o económica de los respectivos grupos interesados, alternativamente, en que se mantengan a ultranza o se inviertan con furor las relaciones jurídicas existentes. ¿A dónde conduce esta espiral?

Fácil es advertirlo: a una *crisis total*. Esto es, a la situación en que el derecho acaba perdiendo toda posibilidad de constituir una tradición, para convertirse en un vaivén caleidoscópico de disposiciones, resoluciones y teorías contradictorias. Ahora bien, *tal situa-*

ción hiere de muerte al derecho en absoluto. Subrayo: al derecho en absoluto, no a este o aquel derecho, ni al derecho de unos o de otros. ¿Por qué? Porque, en este lance, el derecho no puede cumplir su cometido, que es el de crear un orden conocido, estable y seguro que, como tal, permita las previsiones sobre el reparto pacífico de bienes concretos entre hombres de carne y hueso, de modo que se prevengan, evitándolos, la mayor parte de los conflictos, y de modo que se prevea la probable resolución de los que inevitablemente se produzcan.

He aquí por qué *el derecho no es ni puede ser conservación o revolución, sino tradición*. He aquí por qué tiene que cambiar el derecho por tradición: esto es, con una prudente conservación de lo que sigue prestando servicios y con una prudente innovación —por sustracciones y por adiciones— de las piezas que se hayan desgastado o estropeado en su complejo mecanismo.

6. El modelo foral.

Ahora podemos entrever por dónde se abre *el camino* para un esperanzador futuro a la crisis actual del derecho. Ni el racionalismo, ni el materialismo son capaces de superar la crisis. La única solución —a mi modo de ver— está en una vuelta, mejor dicho, en *una reelaboración del método realista*. Y tal es, siempre en mi humilde opinión, la tarea que nos aguarda a quienes deseemos sacar al derecho del atolladero en que se hunde.

Pues bien, el realismo jurídico es el método del derecho inventado por la jurisprudencia romana y perfeccionado a lo largo del medievo, como lleva algunos años enseñando, con extraordinaria agudeza, el profesor de París, Michel Villey. A él hay que dirigirse ante todo, para aprender un buen modelo de trabajo jurídico. Con todo, no me voy a detener en su exposición, porque nosotros los españoles tenemos en nuestra tradición jurídica una versión por demás sugestiva de aquél, y que constituye nuestro mejor y más seguro enlace con él: me refiero al *foralismo*.

Estoy convencido, en efecto, de que para nosotros los hispánicos es absolutamente necesario acudir a la tradición de nuestro derecho

foral, si no queremos seguir construyendo en el vacío de la abstracción especulaciones marginadas de la historia real. Por lo demás, su larga duración es la mejor garantía de que tuvo, como ningún otro sistema jurídico, el acierto de crear los mecanismos más adecuados para resolver ventajosamente el problema del cambio socio-económico en términos jurídicos.

El derecho foral, en efecto, es un derecho que se desarrolló sobre la base de los dos más viejos ordenamientos, el romano o civil y el eclesiástico o canónico, desde el siglo noveno hasta el décimo octavo. En tan larga travesía, fue capaz de adaptarse a situaciones históricas enteramente varias y diversas. Y, más aún, durante las dos últimas centurias, no sólo no desapareció —a pesar de la feroz persecución de que fue objeto por una política legislativa dirigida por el racionalismo cartesiano primero, rusioniano después y kantiano a la postre—, sino que, por el contrario, sobrevivió en las condiciones más adversas, siendo capaz de suministrar a nuestro actual ordenamiento jurídico la sustancia y vitalidad suficientes como para evitar que sufriera el colapso o la inanición totales.

Me apresuro a advertir que acudir a nuestra tradición foral no consiste en hacer arqueologías eruditas, ni en devolver vigencias imposibles a normas o instituciones obsoletas. Es otra cosa muy distinta. Se trata de extraer *los principios que guiaron la formación de su arte y su teoría jurídicas*, para inspirarnos en ellos. Algo parecido a lo que hace el buen artista, cuando se «inspira», sin plagiarlas ni repetir las, en las obras de sus predecesores.

Esta es una tarea ancha y larga, que yo no puedo realizar en este momento, pero que otros están realizando y que urge cumplir, en cualquier caso, por gracia y obra del mayor número de operarios. A modo de guía, sin embargo, podemos recordar —aprovechándonos de las investigaciones en curso —algunos de los principios fundamentales que señorearon el arte y la teoría jurídica de los juristas foralistas del pasado, y que estimamos, a primera vista, como más adecuados para vencer los fallos más aparatosos que revelan en la actualidad, tanto el sistema jurídico racionalista, como el materialista.

a) Un primer principio a tener presente, sería este: *el derecho*

es un arte y un juicio añadido a la naturaleza. El orden jurídico no depende sustancialmente del arbitrario humano. El derecho no está primariamente contenido en las normas escritas ni en los repertorios de jurisprudencia, sino en la misma naturaleza de las cosas, en la naturaleza humana, en las relaciones sociales. Legisladores, jueces y jurisprudentes en general, tienen que respetar tres límites infranqueables que les pone el «derecho natural». En primer lugar, el orden divino y natural, que se expresa en las exigencias permanentes y sustanciales de la naturaleza humana y de la creación en general. En segundo lugar, el orden histórico expresado en la tradición de las comunidades concretas que son producto de la historia. En tercer lugar, el orden de la dignidad humana, expresado en los fueros de la libertad que obra según recta conciencia. Y en la plenitud de esta riqueza de sentidos, el derecho es un *ars addita naturae*, un arte añadido a la naturaleza, un saber hacer de acuerdo con la naturaleza. Lo que significa que el derecho tiene que partir del conocimiento y aprovechamiento de la naturaleza dada, la cual puede ser utilizada, ordenada y mejorada por el hombre; pero de la que el hombre no puede sustraerse y muchos menos aún desnaturalizarla ontológicamente. He aquí un primer valor que debe guiar nuestra actividad de juristas.

b) Un segundo principio a tener en cuenta es el siguiente: *el derecho es ley de la casa y del fundo*. He aquí otro segundo principio que debe guiar nuestros pasos de reforma jurídica. El modelo primigenio de todo derecho está en el derecho de familia y en el derecho de la ruralidad. El derecho no puede ser ya más, ni el derecho del individuo abstracto del racionalismo, ni el derecho de los colectivos anónimos del materialismo. El derecho tiene que ser primordialmente *un estatuto, un privilegio* de la familia que quiere conservar la casa solariega, del campesino que quiere conservar y mejorar su heredad, su campo que es para él la naturaleza productora elemental. Es el principio que sostiene el viejo dicho vasco *erriak bere lege, etxeak bere ardura*, «los pueblos por sus leyes, las casas a su modo», según sus usos, a su aire, al estilo de vida que les conduce por caminos experimentados de persistencia.

c) Tercer principio: *el derecho es pacto*. En efecto, otro prin-

cipio fundamental del sistema realista de la foralidad consiste en la tesis de que el derecho formalmente pleno es el constituido por un pacto realizado entre un pueblo y su gobernante. Eso sí, el «pueblo» concebido, no como masa amorfa o multitud cuantitativa, sino como comunidad organizada en instituciones estables; y el «gobernante», concebido no como cualquier curador de la comunidad, sino precisamente el que está adornado de la nota de legitimidad. El derecho resulta así de un gobernante legítimo que se compromete a acatar la voluntad de su pueblo en cuanto plasmada en usos y costumbres consonantes con la ley natural. Lo que no es pacto entre gobernante y gobernados no es ley. La ley es pacto, que, como pacto, está por encima de la potestad del rey y de las cortes.

d) Cuarto principio: *el derecho es experiencia*. No menos fundamental para nuestra presente coyuntura es el principio de que el derecho es lección de experiencia. En una visión foralizada del derecho, la costumbre es el vehículo que encarna la razón vital y la razón histórica del pueblo. Surge necesariamente de la percepción de lo real; se adapta, como el medio al fin, a las exigencias de la naturaleza humana en relación con la realidad circundante; se transmite oralmente de padres a hijos; se vive y se experimenta por todos los sentidos del cuerpo y del alma en su aplicación práctica repetida; y, por todo ello, es fuente siempre viva de la experiencia jurídica.

e) Quinto principio: *el derecho es un juicio prudencial*. Lo cual implica que el derecho tiene que ser aprehendido según un sistema de percepciones sensoriales múltiples y equilibradas. El teórico del derecho no puede limitarse a percibirlo por un sólo canal receptivo, a saber, la letra impresa. El derecho tiene que ser conocido «táctilmente», es decir, por una combinación simultánea de todos los sentidos externos: viéndolo en actos, oyéndolo contar y transmitir de viva voz, sintiéndolo en experiencias propias y ajenas. Sólo una equilibrada suma de percepciones puede suministrar una multiplicidad de datos a la razón, que sean suficientes para que ésta pueda escapar del razonamiento abstracto, monolineal o unidimensional, y lograr acceder al juicio prudencial, rico en toda clase de

matices y excepciones, que la resolución equitativa de cada caso exige .

f) Sexto principio: *las fuentes del derecho son plurales*. De ningún modo se ha de considerar a la ley estatal como la fuente única del derecho. El derecho se deriva, por el contrario, de muy diversas fuentes formales orgánicas: leyes escritas, costumbres, usos, cartas, escrituras, opiniones de los autores (autoridades), sentencias, tradiciones orales de todo género. Más aún, el rango de las fuentes es históricamente variable, según la organización política y la fuerza de la sociedad para controlar al Estado y reaccionar frente a sus arbitrariedades. Existe un equilibrio natural entre las fuentes del derecho, que hace que funcionen todas a la vez, pero en diversa proporción, según las circunstancias. La proporción de su entrada en juego depende de su respectiva adecuación coyuntural a las exigencias de la razón y a la combinación de los factores reales. En consonancia con todo ello, la ley es, en la sistemática realista del formalismo, una ordenación racional de realidades jurídicas que tienen una existencia previa, a las cuales da forma, certeza y sanción. La ley, por tanto, no es una varita mágica capaz de crear sujetos, instituciones o realidades inexistentes, sacándolas de la nada. Ello significa que el contenido material de la ley no debe ser inventado por el legislador, si se entiende por inventar el libre fantaseo, sino que tiene que ser inventado en el otro sentido del término, en el sentido de descubrir y formular los contenidos de costumbres, usos o sentencias previas.

g) Séptimo principio: *los ordenamientos jurídicos son plurales*. Es una consecuencia más de todo lo anterior. El ideal normativo no consiste primordialmente en la codificación, o sea, en el logro de un sistema jurídico cerrado, coherente, formal y dotado de una lógica sin fisuras. Por el contrario, es mucho más adecuado a la naturaleza plural de los organismos sociales, la existencia de una pluralidad entrecruzada de ordenamientos jurídicos. Estos deben tener su ajuste, desde luego. Sólo que más que estar ajustados lógicamente entre sí y con sus subpartes, han de estar ajustados por su contenido a la realidad socio-económica de las respectivas comunidades o agrupaciones cuyo juego social rigen.

b) Y para no alargarnos más, paremos mientes, por último, en un octavo principio: *el derecho es justicia del caso concreto*. El fin práctico del derecho, en efecto, consiste en la justicia del caso concreto, en dar a cada uno lo suyo, digan lo que digan los vaivenes efímeros de la opinión o la ideología, aunque se hayan vestido del manto augusto de la ley. La solución justa es una atribución real, de cosas, y no es justa por derivar de un silogismo impecable ni por coincidir con unos imaginarios vientos de la historia. Si es justa, lo es por haber sopesado bien todos los datos de hecho a la luz de todos los principios doctrinales y de las posibilidades técnicas de operación. No se puede admitir que sea norma suprema de juzgamiento el apriorismo de una interpretación sobre bases improvisadas. Es preferible saltar por encima de la ley constituida y empezar a constituir una nueva norma, porque es preferible barrenar una ley que imponer una injusticia. Por ello, el método jurídico por antonomasia en la praxis jurídica es la dialéctica al modo de Santo Tomás, o la retórica al modo de los humanistas. Esto es, el método que busca la «verdad», y que la busca sin soberbia, o sea, sin pensar nunca que se la ha descubierto definitivamente, y por lo tanto oyendo todos los pareceres, todas las opiniones y valoraciones contradictorias, para confrontarlas y elegir la más adecuada después de haberlas sopesado todas según una lógica de lo razonable.

Termino ya. No es preciso poner más ejemplos. Con los aducidos basta para que quede bien indicado el camino a recorrer para salir de la actual crisis del derecho. El *modelo foral* está ahí presto a brindarnos la sabiduría jurídica secular que tiene almacenada en sus entrañas. Sólo resta seguir su pauta, cada uno en su puesto o función jurídica.