

## Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral(\*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Influencia del medio de percepción que predomine en la jerarquía de las fuentes del Derecho.—2. Las Compilaciones forales y el rango de las fuentes del Derecho.—3. La percepción sensorial y el modo de pensar y sentir.—4. El equilibrio de los medios de percepción sensorial y la armonía jurídica.—5. La tactilidad del orden de la naturaleza —de la *tellus*— como fuente jurídica.—6. El método realista de inducción de los primeros principios y la determinación de las normas de Derecho según la necesidad o la voluntariedad de su formulación.—7. Ambito del Derecho dejado a la iniciativa particular: la *libertad civil*.—8. Límites y pauta de la libertad civil. Su contraposición con los criterios del liberalismo. Su encarnación en usos y costumbres.—9. El engarce orgánico de las fuentes formales en su fuente material, en los Derechos forales.—10. Prioridad de la costumbre racional sobre la ley. 11. El valor decisivo del *consensus* racional de la costumbre en su primacía sobre la ley.—12. La ordenación racional en las normas jurídicas.—13. Razones de la promulgación de las leyes en el régimen fundamentalmente consuetudinario de las regiones forales.—14. La costumbre como germen de vitalidad o de muerte de la ley.—15. El equilibrio de las fuentes en la aplicación judicial del Derecho.—16. La incidencia en el Derecho foral de una concepción de las fuentes ajeno al mismo.—17. El desarraigo y el Derecho foral.—18. El predominio actual de los ambientes urbanos sobre los rústicos. 19. El impacto de los medios audiovisuales o filmicos.—20. La masificación contrapuesta al Derecho foral.

1. Confesamos que este trabajo nos ha sido inspirado por la lectura de un libro no jurídico, “La galaxia Gutenberg” del profesor canadiense Marshall Mc Luhan (1). Desde que lo leímos, hemos meditado y rumiado acerca de si la relación que, según el autor nos muestra, ha existido siempre entre la percepción sensorial predominante y el modo de pensar y actuar del hombre, puede constituir el punto de partida de esas múltiples y repetidas incomprensiones que tanto

---

(\*) *Este trabajo ha sido escrito para el Libro Homenaje en memoria de Mariano Alonso Lambán. Se anticipa aquí su publicación con expresa autorización de los promotores de dicho libro.*

(1) MARSHALL MC LUHAN, *The Gutenberg galaxy*, Universiti of Toronto Press 1962; cfr. vers. francesa de JEAN PARÉ, *La galaxie Gutenberg*, Montreal, 1967.

han separado desde la raíz de su mentalidad a los juristas. De una parte a los juristas racionalistas y uniformistas, que siempre sueñan en recoger todo el Derecho en Códigos completos y de aplicación lo más general posible; y de otra, a los juristas que por su modo de pensar y sentir han buscado el Derecho en el orden de las cosas, como insito por Dios en su obra creadora, y que por consiguiente han estimado que sólo en la realidad concreta puede ser encontrado e inducido ese orden, pues en ella es donde se encarna vitalmente el pueblo en una tradición, progresiva pero siempre arraigada, que cabe rectificar y corregir en cuanto suponga desorden, pero que precisamente para eso y también para mejorarla en lo posible no se puede desconocer ni destruir.

El problema actual del Derecho no es distinto en su raíz filosófica de los demás que han provocado la crisis del mundo occidental.

¿Nuestra razón ha de alimentarse con la percepción de la realidad elevándose hasta sus primeros principios, buscar el orden insito en ella y corregir con su experiencia lo que se halle desordenado? O bien, ¿toda la realidad ha de ser configurada por nuestra razón desencarnada y abstracta, que puede y debe construir un mundo a la medida de sus intuiciones y deseos, conforme a su voluntad? O, en fin, abocada en el flujo de un continuo cambio y arrastrada por su corriente, ¿debe limitarse a seguir ese devenir, procurando adivinar su dirección, pues, privada de todo juicio de valor, la superestructura que ha de tejer debe venirle dada, en cada momento, por la infraestructura material cambiante, en dialéctica permanente?

La respuesta afirmativa a cualquiera de estas preguntas implica la negación tajante de las otras dos. La concepción tradicional cristiana optaba por la primera. El mundo moderno, con Descartes, Kant y Fichte a la cabeza, por la segunda. El marxismo y el progresismo, sólo pueden aceptar la tercera, aunque iluminen la oscuridad de un destino, que pende para ellos de un devenir implacable, con su fe en un mito, en un nuevo mesianismo, en un futuro paraíso terrenal, en un punto omega, que sitúan al final de aquel devenir, y que les sirve para señalar lo que, por conducir hacia él, se halla dentro del sentido de la Historia.

La repercusión en el Derecho de esas concepciones es evidente.

En el primer caso, el hombre ha de inducir de la realidad la norma de Derecho que más adecuada resulte a ella. El Derecho es un *ars addita naturam*. De ésta, en una visión dinámica, induce los primeros principios, que confronta a la realidad cambiante, pesando y midiendo las circunstancias en todos los ámbitos y aspectos perceptibles. La solución justa no deriva silogísticamente en una sola línea de razonamiento, sino que se ha de buscar ponderando los hechos en su totalidad, situándose en la encrucijada de todos los principios y de todas las realidades.

En el segundo caso, la mente humana capta por intuición vaga unos principios básicos, de los que nuestra razón, operando de un

modo abstracto, puede deducir silogísticamente todo el Derecho, y expresarlo como un conjunto de reglas, que han de ser recogidas en Códigos, a fin de suministrar a los jueces todas las posibles premisas mayores para sus juicios.

En el tercer caso, teóricamente el Derecho sólo debiera pretender adaptarse continuamente a la infraestructura económica y aún anticiparse a ella. Pero, esa última conveniencia, que aconseja adelantarse, conduce a que esa superestructura, que anticipadamente se prefigura, sea lo que predetermine la infraestructura, que en pura ortodoxia debiera haberle determinado a ella, y la impulse en dirección al mito ideal que es presentado como meta, pese a lo muy contradictorio que resulta el concepto de meta con un cambio continuo e indefinido, es decir, sin fin.

La justicia del caso, primordial en el primer sistema, pierde vigor en el segundo, orientado hacia fórmulas generales y abstractas mecánicamente aplicadas, y es sumergida y arrastrada totalmente en el tercero, en aras del mito a conseguir y del aparato rígido que se monta desde ahora para alcanzarlo no se sabe cuándo.

La codificación fue impulsada por la segunda mentalidad, es decir, por el idealismo racionalista y voluntarista (encarnada en la voluntad general y delegada por el sufragio universal al Parlamento). Aunque, afortunadamente, los juristas que la realizaron —como buenos juristas prácticos la mayor parte de ellos— más que crear un Derecho nuevo, articularon en la mayoría de los Códigos el Derecho tradicional, y recogieron en fórmulas la secular sabiduría jurídica que había sido forjada, desde Roma al Renacimiento, con el primer sistema, es decir, por el método realista.

Sin embargo, el sistema de fuentes impuesto en la codificación fue netamente distinto al que había concretado esa tradición. La ley no necesita hoy el requisito de la racionalidad; pues, para los autores que propugnan el positivismo legalista, por definición necesariamente ha de ser racional, ya que, al faltar toda pauta en el orden de la naturaleza, sólo la voluntad general, teóricamente encarnada en el mismo poder legislativo, puede decidir lo que es racional. Las costumbres quedan reducidas a la función supletoria, de llenar el vacío de las lagunas de ley, mientras el propio legislador no los llene. Y los principios generales ya no son trascendentes, sino inmanentes a la ley positiva. Han de abstraerse de ésta; en lugar de tomarse, con mayor generalidad, de la misma fuente de la que las leyes deben ser aplicación concreta, es decir a modo de conclusión del orden natural.

El problema del Derecho foral con relación al Derecho codificado, contenido en el Código civil español, se ha planteado generalmente —pues tal vez de otro modo la discrepancia hubiese sido insalvable— como una cuestión de contenido, y, sin embargo, creemos que tanto o más que un problema de contenido es un problema de fuentes.

El trabajo que ahora ofrecemos tiene por tema principal precisamente esta preocupación.

2. Antes de acometerlo es conveniente comenzar por examinar qué dicen las Compilaciones forales de las fuentes que, aparte de las normas compiladas, han de surtir de Derecho civil al territorio de su competencia.

La Compilación cronológicamente aprobada primero, es decir, la del *Derecho foral de Vizcaya y Alava*, contiene a este respecto sólo una norma colocada en la segunda de sus disposiciones finales. Después de declarar, en la primera, que "*las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala, quedan sustituidas por las contenidas en esta compilación*", dispone, en la segunda, que: "*En lo no previsto en esta Ley, y en tanto no se opongan a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Alava el Código civil y las leyes que éste declara vigentes.*" Con lo cual, entre su contenido y el del Código civil, sólo se sitúa el filtro de los que podríamos denominar principios generales del Derecho privado de la Tierra llana de Vizcaya y del territorio de Ayala, aunque casi se reduzcan éstos, según el texto compilado, a los de la conservación del caserío y del mantenimiento de la troncalidad en la sucesión del mismo. y, en la cima, el de la libertad civil como cauce para esa consecución.

La *Compilación balear* contiene una segunda disposición final correlativa a la de la vizcaína-alavesa, y, en su primera disposición final, expresa una norma derogatoria absoluta al sustituir, por las normas de la Compilación, las del "*Derecho civil balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente a la promulgación de esta Compilación*", pero deja mitigados los efectos contundentes de la conjunción de ambas disposiciones finales al prevenir en su art. 2.º, § 2, que: "*Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan*".

Paralelas a las expresadas, son las disposiciones finales primera y segunda de la "*Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*". El § 2.º del art. 1.º, corresponde al 2.º del 2.º de la balear: "*Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan.*" Y el art. 3.º añade: "*El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como..., se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él.*"

La *Compilación del Derecho civil de Aragón*, hasta ahora la última promulgada, es más rica a este respecto, pues contiene tres normas en sus tres primeros artículos, integrantes de su Título preliminar, que dicen así:

"*Fuentes jurídicas.—Artículo 1.º 1. Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios ge-*

nerales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico.

2. En defecto de tales normas, regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español.”

“De la costumbre.—Art. 2.º 1. La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón.

2. Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes.”

“*Standum est chartae.*—Art. 3.º Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón.”

Es decir, que, al parecer, sólo el Derecho local o comarcal catalán en los casos de expresa remisión, y más ampliamente el Derecho aragonés, en su totalidad, sitúan sus costumbres como fuentes vivas y preferentes, entre su Compilación y el Código civil, mientras las demás costumbres forales que no hayan cristalizado en preceptos de su respectiva Compilación, quedarán detrás de las normas de dicho Código, al menos en tanto que una futura revisión de la Compilación no las recoja asumiendo su contenido, y salvadas las que sean meramente interpretativas de preceptos de la propia Compilación, o bien queden amparadas en la inaplicabilidad de los preceptos del Código civil contradictorios de los principios generales del correspondiente Derecho foral.

Cabe preguntar si esa restricción de fuentes producirá una asfixia del Derecho foral compilado. El tiempo lo dirá...

El jurista catalán Almeda (2) en su discurso inaugural del Curso 1907-1908, como presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Barcelona, terminaba con esta proclamación solemne:

“Señores Académicos: Cataluña debe a la costumbre el inapreciable tesoro de su Derecho; la costumbre lo ha conservado en los tiempos en que Cataluña ha carecido de personalidad política y legislativa particular. Cataluña debe al alma de su Derecho consuetudinario, que es la libertad, la conservación de las familias, principio de todas las sociedades, por la conservación de los patrimonios, que son elemento indispensable para la subsistencia de aquéllas; el amor al trabajo que ha obligado al catalán a sacar pan de las piedras y le ha impulsado a empresas industriales y mercantiles en la mar y en la tierra; el alejamiento de nuestra sociedad política de las convulsiones agrarias que son fábrica de mendicidad y de bandolerismo en otras comarcas; la elevación del labrador a la condición de propietario de las tierras

---

(2) JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, *La costumbre como fuente de Derecho*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, XIV, enero 1908, p. 25.

que fertiliza con su trabajo, impidiendo la formación de vastísimos dominios privados y la concentración de la propiedad...”

Hoy esta fuente, viva hasta ahora, ha dejado cristalizado en mayor o menor grado el Derecho de estas regiones. Cierto es que antes, aún no recogido en un texto articulado, legalmente ya lo estaba, a partir del Código civil, pues si bien éste en su artículo 12 respetaba el régimen consuetudinario a la sazón vigente en las regiones forales, en cambio en sus artículos 5 y 6, de general aplicación, excluía las costumbres contra ley.

Es un hecho que hoy la ley se proclama a sí misma fuente primera. Pero también lo es —como reconoce Federico de Castro (3)— que: “El rango de las fuentes es un hecho histórico, dependiente de la organización política vigente. No puede afirmarse la supremacía general de la costumbre ni de la ley.” Nosotros añadiríamos, que no sólo depende de la organización política, sino de la fuerza de la sociedad y su resistencia a la presión de aquélla. El mismo De Castro, sin embargo, prosigue que: “La observación tópica contra la supremacía de la ley, de que una ley siempre puede ser derogada por la fuerza de los hechos, adolece de confundir validez y costumbre; ninguna organización política, ninguna norma o costumbre puede garantizar para el futuro su rango o su eficacia, pero su dependencia respecto del mudar histórico nada dice contra la posibilidad de una jerarquía establecida y eficaz *mientras subsista* la misma organización jurídica.”

Queremos matizar la opinión de nuestro muy querido maestro en tres extremos. Primero, que no creemos que la validez de la derogación dependa de la organización política en cuanto fuerza que impone una prelación. Segundo, que creemos en un natural equilibrio de las fuentes, que invariablemente hace depender la prelación de éstas, en cada caso, de su mayor racionalidad y adecuación concreta. Y tercero, que esta ordenación de las fuentes sólo puede depender de una fuente jurídica superior a la positiva, del propio orden de las cosas, al que deben someterse tanto la ley como la costumbre, tanto el orden jurídico como la organización política en sus líneas generales.

Creemos con el citado Almeda (4), que mientras haya pueblo, es decir, mientras éste no sea totalmente reducido a masa: “Los empeños del labrador que arroja la semilla en campo pedregoso y tierra estéril, son ejemplo adecuado de los del legislador que establece leyes inconvenientes y contrarias a los usos y prácticas del pueblo: pierde aquél la semilla y el trabajo, porque ni la primera arraiga ni la segunda la hace productiva; la tierra resiste invenciblemente, agotando las fuerzas y el ingenio del insano que a la postre ha de reconocer su impotencia. *Leges nulla alia ex causa nos tenent*, dice la 32 D., lib. 1.º, título III, *quam quod iudicio populi receptae sunt.*”

(3) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Parte General, vol. I, cfr. 3 ed. Madrid, 1955, parte III, caps. III, IV, p. 419.

(4) ALMEDA, loc. cit., p. 24.

3. Pero veamos ya el reflejo que en las fuentes del Derecho tiene la percepción sensorial predominante y, para ello, comencemos por seguir a Mc. Luhan en su examen del influjo de aquélla en el modo de pensar y de sentir individual y socialmente del hombre.

El hombre primitivo emplea todos sus sentidos para captar la naturaleza que le rodea: el ojo, el oído, el tacto, el olfato. Goza de una verdadera interacción de sus sentidos. Sus sensaciones son táctiles, notemos que “tocar no es tanto un sentido particular como la interacción de los sentidos” (5).

Pero los progresos tecnológicos, con todas sus evidentes ventajas y el progreso a que dan lugar, en cambio le producen fragmentaciones y segmentaciones sensoriales y, en consecuencia, intelectuales. Así:

A diferencia del ideológico, el alfabeto fonético provoca “una ruptura entre el ojo y el oído, entre la significación semántica y la codificación visual” (6); nuestro alfabeto “se distingue ante todo por su capacidad de disociar no solamente la imagen y el sonido, sino que también la sonoridad de las letras y los sonidos que representan son despojadas de significación propia” (7).

La escritura y consiguientemente la lectura, lleva al predominio del sentido visual y, cuanto mayor sea ese predominio, mayor es el peligro de producir “una distorsión de la realidad, resultante de la invención de un medio uniforme de traducir *todos* los aspectos de nuestro universo en el lenguaje de uno solo de nuestros sentidos”, lo que significaría “una distorsión científica, aunque uniforme y coherente”, siendo así que “el dominio de uno solo de los sentidos es una receta para el hipnotismo”, que puede servir para “encerrar una cultura en el sueño”, en tanto que con la “excitación de otro sentido no se despierte” (8).

La imprenta, “la tecnología gutenberiana”, que puede dar lugar a la “separación de los sentidos y la interpretación de la sinestesia táctil derivada de su interacción” (9) —así una “esfera, por ejemplo, aparece al ojo como un disco plano; es el tacto lo que nos instruye de sus propiedades de espacio y forma” (10) y por interacción nos educa la perspectiva del ojo—, puede originarnos “la fragmentación de las operaciones sociales y de la vida sensorial personal en segmentos especializados” (11).

La purificación de la imagen, fruto de la tipografía, “no tiene en cuenta que la distorsión y la desintegración de la imagen como experiencia plástica”, no corresponde a la realidad, sino “al concepto de representación predominante, y que es estático y limitado, y, por

---

(5) Mc LUHAN, op. cit., p. 82.

(6) *Ibid.*, p. 34.

(7) *Ibid.*, p. 60.

(8) *Ibid.*, p. 92.

(9) *Ibid.*, p. 22.

(10) *Ibid.*, p. 102.

(11) *Ibid.*, p. 22 *in fine* y s.

consecuencia, en contradicción con la naturaleza plástica y dinámica de la experiencia visual" (12). "La tipografía y sus consecuencias sociales nos llevan a que no lleguemos a notar, tanto en nuestra vida interior como en nuestra vida exterior, esa interacción y lo que podríamos llamar causalidad "formal". La imprenta existe gracias a la separación estática de funciones y alimenta una mentalidad que resiste gradualmente toda concepción que no separe, no compartimente, no especialice" (13).

Una vez aceptado el proceso de dislocación y segmentación del lenguaje y de la experiencia, "ya no hay resistencia posible". Todo se disloca: "El materialismo toma los cuerpos físicos y sus movimientos como la realidad primera, el idealismo la ve más bien en el espíritu o intelecto; en tanto que el dualismo cartesiano postula por los dos reinos independientes: la *res cogitans* mental, y la *res extensa*, material" (14). El pensamiento se aísla así de las cosas, del tiempo y del Creador. En efecto:

Con el aislamiento de lo visual, "el sentimiento de interacción y de transparencia de la trama del ser se esfuma y el pensamiento humano no se siente ya formando parte de las cosas", y, además, "aísla también la razón del tiempo externo", lo sustituye por "la duración del ser que piensa, que sólo es duración del conjunto sucesivo de sus pensamientos...". La conciencia humana: "Separada de la duración de las cosas e incluso de los modos de su existencia, se halla reducida a una existencia sin duración. Está siempre en el momento presente." Desde ese instante "el Dios conservador y creador está ausente. El actor principal ya no está en escena. En el papel sobreeminente de causa primera se halla sustituido por el juego de las causas segundas". En lugar de Dios hay los sentimientos, las sensaciones, todo lo que causa las sensaciones... e "inevitablemente la tecnología de la imprenta con su poder de disociar" (15).

No sólo se disocian, sino que se olvidan las causas formales, materiales y finales. "La tendencia a buscar una causalidad monolineal puede explicar por qué la cultura de la imprenta ha estado tanto tiempo ciega a otras formas de causalidad. Y la ciencia y la filosofía modernas se ponen de acuerdo para decirnos que hemos pasado de la "causa" a la "configuración", en todos los dominios del estudio y del análisis..." "Ha sido una consecuencia de la técnica cartesiana de separación que garantizaba que todos los aspectos olvidados de la experiencia serían rechazados a lo inconsciente. Esta estrategia, que nació del especialismo lineal y de la separación de funciones, ha creado el mundo estúpido, falsamente profundo y ampuloso del que se han burlado Swift, Pope y Sterne" (16).

(12) *Ibid.*, p. 155.

(13) *Ibid.*, p. 154.

(14) *Ibid.*, p. 300.

(15) *Ibid.*, p. 293 y s.

(16) *Ibid.*, p. 306 y s.

La alineación de la letra impresa favorece la tendencia al razonamiento monolineal. En efecto, el orden de la narración hace aparecer como sucesivos hechos y circunstancias que pueden ser simultáneos. Henri Charlier (17) hace notar que las cuatro causas “actúan al mismo tiempo y actúan una sobre la otra; hay *interdependencia de las causas*, y los más graves errores del pensamiento de la acción dimanan frecuentemente de que se olvida una de ellas”. En ellas “las *anterioridad* lógica no es sino muy raramente una anterioridad real en el tiempo, no es sino una imagen defectuosa”, debido a “necesidades de lenguaje, la lógica es un arte que se ocupa esencialmente de transformar lo simultáneo en sucesivo”, pues las palabras tienen un “orden lógico que frecuentemente no tiene otra razón de ser que la necesidad de hablar primero de una cosa y después de otra”. Además, las causas, a menudo cambian de naturaleza; a veces “la causa eficiente no es solamente eficiente, la causa material no es sólo material” y “las causas son causas unas de otras, pero desde puntos de vista distintos”.

Nada ha de extrañarnos, pues, que el influjo de la imprenta haya favorecido el idealismo y el subjetivismo. También ha destacado Mc. Luhan que sin duda facilita el reinado de las ideologías, dado “ese poder que la imprenta tiene de instalar al lector en un universo subjetivo en el que la libertad y la espontaneidad no tienen límites” (18). “El espíritu mecánico de caracteres móviles alineados con precisión ciertamente no podía encontrar espejo más fiel que Descartes...” “La idea de progresar regularmente es un plano único de conciencia narrativa es totalmente extraño a la naturaleza del lenguaje y de la conciencia. Pero corresponde estrechamente a la naturaleza de la imprenta” (19).

He ahí una partida negativa de unos adelantos tecnológicos que por otra parte tienen un importante haber a su favor. No olvidemos que especialmente el hombre por sí solo únicamente puede percibir aquello que pueden alcanzar sus sentidos, solos o auxiliados por los aparatos de que disponga para ese objeto. Quieto o en movimiento perderá innumerables percepciones; por lo menos las que no coincidan con su presencia en el lugar y en el momento precisos. Pero, además, temporalmente hay un cúmulo de sensaciones que sólo su memorización permite convertirlas en experiencias, y que hay otro cúmulo mucho mayor de experiencias ajenas que son anteriores a su existencia. Sólo la información y la comunicación pueden completar el conocimiento, siempre provisional y parcial, del mundo que le rodea, en su ser y en su devenir más o menos constante, variable y veloz. Y esos conocimientos —directos o comunicados— el hombre trata de conservarlos —en su memoria o en instrumentos adecuados (tablillas,

(17) HENRI CHARLIER, *Culture Ecole et Metier*, 2.<sup>a</sup> ed. París, 1959, cap. VI, pp. 109 y 119, cap. VIII, p. 132 y *Apéndice*, p. 176 y ss.

(18) MC LUHAN, op. cit., p. 191.

19) *Ibid.*, p. 297.

monumentos y lápidas, pergaminos, manuscritos, impresos y hoy en discos y bandas sonoras, etc.)—, de ordenarlos, relacionarlos y acceder a otros nuevos conocimientos a través de los que tiene, y, entre ellos, a los modos, técnicas y métodos precisos para lograrlos. Así el hombre ha llegado desde el conocimiento de los efectos al de las causas, y viceversa; se ha elevado de lo singular a lo universal, de la experiencia a la teoría y de la teoría a la técnica.

En resumen, el alfabeto, la escritura, la imprenta ayudan a conocer la realidad con mayor extensión y perspectiva histórica, con más elevación y concatenación. Pero pueden aislarnos de ella, mediati-zándola y, en especial la imprenta, pueden fragmentárnosla, disociárnosla y aislar así nuestra percepción de su causalidad formal y final, para someterla idealmente a una linealidad lógico formal.

¿Cómo provechar aquellas ventajas sin sufrir esos defectos? Se trata, una vez más, de una cuestión de equilibrio. Rafael Gamba (20) nos lo hace notar al explicarnos que “la salud mental radica para el hombre en mantener lo que podría llamarse el *sentido de la realidad*, un sano equilibrio entre lo real y la ideación. Por modo tal que la raíz de la mayoría de las enfermedades psíquicas —tan en alza en nuestra civilización— suele encontrarse en un predominio patológico del plano ideal sobre la normal recepción e interpretación de la realidad circundante”.

Se trata, pues, de llevar ese equilibrio a su raíz, es decir, a los medios de percepción, y de buscar la interacción de los sentidos, que tienen como pivote la tactilidad. Es algo que fue logrado perfectamente en la cultura medieval del manuscrito. Mc. Luhan (21) repite la expresión de Smalley de que “se nos pide que miremos a través del texto más que al mismo texto”. Es la edad del *sensus communis*, que resplandece en las *manifestatio* de Santo Tomás de Aquino. En ella, del mismo modo como en la catedral gótica, la luz llega por *transparencia* de la cosa, en lugar de por su mera *iluminación* desde un punto exterior. “La cultura del manuscrito, efectivamente, utilizó los medios auditivos-táctiles de la sensibilidad humana en un grado que resulta incompatible con la abstracción visual o la traducción de todos los sentidos en el lenguaje del espacio unitario, continuo y pictural”, resultante de la visualización tipográfica. Aquella plena percepción caracteriza la obra del Dante, de quien ha dicho —siguiendo a Panofski— que: “Su aprehensión sensorial es tan segura, su empresa intelectual tan directa, que nunca duda de que se halla en el centro mismo de la percepción”, al igual que en Santo Tomás de Aquino: “la letra y el contenido forman un todo profundo” (22).

Es el mismo equilibrio reflejado en el *verbum iuris* de la Roma quiritaria —que nos ha hecho percibir en otro libro fascinante y re-

(20) RAFAEL GAMBRA CIUDAD, *El silencio de Dios* (Madrid, 1968), capítulo VIII, p. 114.

(21) MC LUHAN, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

(22) *Ibid.*, pp. 137 y ss.

ciente el profesor Di Pietro (23)—, en el que “la palabra es capaz de descubrir el *mysterium rerum*”, para lo cual es “necesaria la vivencia íntima de la dupla *nomen-numen*”, que “requiere siempre una actitud de observación concreta por parte del hombre, pues para descubrir el *numen* se hace necesaria la *contemplatio* íntima del secreto de la cosa”, “de la vigencia esencial de lo divino que habita el ser de las cosas y las integra armoniosamente en el contexto del acontecer cósmico”; de modo tal que “la palabra es una esclava del acontecer de las cosas”, “obligada a tener que revelar la diafinidad esencial de los objetos enunciados”. Es el equilibrio que se pierde, cuando “las palabras, único vehículo que nos permite el lazo espiritual con ellas” [con las cosas], se convierten en “entelequias vacías de contenido”, fruto del *cogito ergo sum*, como punto de partida que sustituye a la realidad.

4. Ese equilibrio o este desequilibrio, sin duda, tienen su reflejo en el Derecho. Lo ha observado también Gamba (24): “La maduración cultural de un pueblo se realiza en un lento predominio del derecho escrito sobre la costumbre, de la unidad o estructuración sobre el localismo tribal, del plano teórico sobre la pura adaptación al medio. Sin embargo, también en este orden la salud consiste en una tensión y equilibrio entre lo ideal y lo real, en una permanente toma de contacto con la realidad en la que no se *abstractice* el saber ni se reduzca la vida y las relaciones de los hombres a esquematismos artificiales e infecundos. Al modo como la virtud es en el hombre una tensión y armonía de sus facultades, así también la sana vida de los pueblos debe siempre apoyarse en las relaciones concretas de la agrupación local o profesional y en los límites y dimensiones creados por la historia y la tradición.”

En cambio, un Derecho totalmente legislado, como el que pretendió imponer la escuela francesa de la exégesis y en términos generales el racionalismo jurídico, ha de sufrir las limitaciones de una percepción recibida únicamente por medio de la letra impresa de la ley: abstracción, generalización, visión segmentada, linealidad con olvido de todas las causas que no sean formales, aplicación silogística monolineal, falta de vivencia de la realidad.

“La razón —advierde Di Pietro (25)— ha elaborado “per se” tratados inmensos, ha trajinado larguísimas leyes, ha completado Códigos aparentemente perfectos y una vez elaborados ha querido imponerlos a la realidad, y la más de las veces los mismos no han resultado sino vacías entelequias que se han desfondado en cuanto se pretendía su más mínima aplicación”. Al referirse la palabra “a cosas abstractas, su aplicación resulta una desvirtuación de la realidad”.

(23) ALFREDO DI PIETRO, *Verbum Iuris*, Buenos Aires, 1968, cap. II pp. 13 y ss. y cap. VI, 1, pp. 79 y ss.

(24) GAMBRA, op. y cap. cit., pp. 114 y s.

(25) DI PIETRO, op. cit., cap. VI, 1, pp. 86 y s.

Recasens Siches (26) ha notado precisamente que la lógica formal, la lógica matemática, es insuficiente e insatisfactoria en su aplicación al Derecho. La razón de esa insuficiencia radica en que no abarca la totalidad del “*logos de lo humano*” o de “lo razonable”. “Hay otras partes de la lógica: la lógica de la razón vital, de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental”. Todas estas lógicas escapan a la visión monolineal, al deduccionismo del racionalismo, a la concepción silogística que deduce lo justo tomando el Derecho legislado como premisa mayor.

En cambio, nuestro Derecho foral en toda su Historia, mientras es un Derecho vivo, completa armoniosamente sus medios de percepción jurídica. El Derecho se vive táctilmente, se oye y se lee. En efecto: el orden de la naturaleza, la conducta que debe seguirse para pervivir en contacto con ésta, llega a exteriorizarse por una fuente táctil, que se percibe y siente con todos los sentidos, con todo el ser, al contacto con la realidad. Esta ha enseñado cómo debe conservarse una casa y cómo, para ello, se han de ordenar el régimen de bienes en el matrimonio, la vida y la sucesión en la casa labradora solariega, en la masía, en el caserío... Los usos y costumbres también se viven y, además, se enseñan oralmente, transnitiéndose de ese modo de generación en generación. Se conserva, a través de la tradición, el sentido de su finalidad, verbalmente explicada de padres a hijos. Y la ley escrita impone los límites, fija mojones, hace de pretil, que impide todo desvío del Derecho necesario; y establece las “determinaciones” que el mismo orden de las cosas exige (edades, plazos, cuantías, distancias). La jurisprudencia y la doctrina enseñan a razonar y relacionar unas percepciones con otras, unas fuentes con las demás, lo universal o general con lo concreto, y viceversa.

Pero veamos más detenidamente cómo se ha desarrollado, con ese tejido de percepciones, esa conjugación de fuentes.

5. La tactilidad del orden de la naturaleza se hace patente como fuente del Derecho foral. En lo singular y en lo concreto, tanto como en su generalidad e incluso en lo universal, la Naturaleza es fuente respectivamente de usos y costumbres y de principios, en todos los territorios de Derecho foral.

El sentido realista de todo Derecho elaborado sobre el terreno y prácticamente vivido ha sido observado en el Derecho romano en su época creadora. Asiento de un pueblo labrador —como nota Alfredo Di Pietro (27)—, Roma fue fundada por Rómulo, “agricultor, jefe de agricultores”, que “con un arado, es decir, con un instrumento típicamente apto para desarrollar la tarea agrícola”, depositó en el vientre

(26) LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, cap. III, pp. 128 y ss.

(27) ALFREDO DI PIETRO, *Iustissima Tellus*, en *Iustitia*, I, 3, Buenos Aires, 1966, pp. 54 y s.

de la tierra reliquias de sus "manes". Tampoco ha podido faltar en los Derechos forales, que fundamentalmente son Derechos centrados sobre el estatuto agrario. Esta característica la expresaron, en sendas comunicaciones a Congresos internacionales, Ballarín (28) y Lacruz Berdejo (29). La había destacado Palá Mediano (30), respecto al Derecho de Aragón —que "es un ordenamiento para labradores"—, Flórez de Quiñones (31)— para quien la "esencia del Derecho foral es la de ser un Derecho rural puro, como se demuestra en los heredamientos, en los petrucios, en las mejoras largas y en el usufructo universal del cónyuge viudo", "provee a la unión del propietario a la tierra productiva", a "la aspiración a la permanencia familiar en ella", es el *ager paternus avitusque* de Lino, el *patermus avitusque fundus* de Quintiliano, el *parvum herediolum proavus, quoe avus, quod pater incoluit* de Ausonio —y Jordano Barea (32). Y así lo ha proclamado el legislador español, en el preámbulo de la Ley de 30 de julio de 1959, al decir —con una afirmación que creemos extensiva a las demás regiones forales— que "el Derecho foral vizcaíno es un verdadero estatuto agrario".

La "tellus", la tierra, enseña al hombre el *amor a lo concreto*, la necesidad de una "contemplación profunda de las cosas". Cuanto mayor sea el conocimiento de la *res rusticae* —dice Di Pietro (33)—, mayor será la posibilidad de una buena cosecha. Para ello el dueño del campo ha de saber distinguir el diverso comportamiento que corresponde adoptar frente a cada una de las diversas clases de plantas y de cereales, al mismo tiempo que su ojo avizor debe averiguar el futuro de las nubes grises que prometen las lluvias, y su oído debe atender los chillidos de los pájaros, portadores de tantas noticias importantes para el fruto deseado. Nada puede ser echado en el olvido, de nada se puede descuidar, todo interesa".

El *amor a lo concreto* se extendió del cultivo de la tierra al conocimiento científico y así se entendió que toda teoría, según recuerda su acepción griega, ha de ser siempre "una contemplación profunda de las cosas" y que "nada tiene que ver con ese conocimiento abstracto y libresco de las definiciones huera, de los cuadros sinópticos,

---

(28) ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, *La formación y fines de un Derecho agrario de la empresa*, en *Atti del primo Convegno internazionale de Diritto Agrario*, II, Milán, 1954, pp. 94 y s.

(29) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *El ejemplo de los Derechos forales españoles para un Derecho sucesorio rural*, en *Atti della seconda assemblea internazionale de Diritto Agrario*, Florencia, octubre de 1962. Vol. III, p. 576, Milán, 1964.

(30) FRANCISCO PALÁ MEDIANO, *Concepto del Derecho civil de Aragón*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. 1, Barcelona, 1950, p. 192.

(31) VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, *Ley Hipotecaria y vida rural*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XIV, pp. 162 y ss.

(32) JUAN BAUTISTA JORDANO BAREA, *Derecho civil y Derecho Agrario*, en *Rev. de Der. Privado*, XLVIII, setiembre 1964, p. 722, nota 5.

(33) DI PIETRO, loc. cit., pp. 57 y ss.

de las llaves clasificadoras, de los principios vacíos, producto tódos ellos de la esterilidad de los gabinetes apartados de la realidad”.

Esta experiencia, sigue explicando el mismo profesor, se proyecta en la política, que se plantea, como ejercicio de la realidad, que enseña a gobernar “contemplando y protegiendo su esencia”, y en el Derecho, al que lleva la convicción de que la justicia debe estar “siempre ligada a lo concreto al ser de las cosas” y de que ha de rechazarse “la sumisión empedernida a las reglas fijas, a los principios abstractos, a las soluciones fijadas de antemano que se aparten de la verdad concreta”. Lección que recoge el Pretor para proteger la realidad justa frente a los trámites del entuerto como el labrador protege la tierra frente a las inclemencias de los agentes atmosféricos. Y lección que proclama Costa (34), cuando reconoce que en el Alto Aragón, en éste “la Naturaleza existe por la sola virtud del Derecho: sin esas costumbres, que tan odiosas os parecen no habría allí naturaleza productiva”.

“El paisaje como fuente del Derecho”, es el título de una brillante conferencia de Altube (35) que éste refirió al Derecho de Vizcaya. “Leyes de la tierra las llamaban tanto en catalán como en latín —dijo Torras y Bages (36) de las emanadas de los juristas catalanes—, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas; producto e imagen de su sustancia, nacidas de la misma entraña de la sociedad, no del cerebro de un príncipe o de una cámara legislativa”. “El fundamento del Derecho consuetudinario catalán es —según Faus y Condomines (37)— granítico, como obra que es la naturaleza y de la Historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible”. La legislación de Cataluña, proclamaba Ferrer y Subirana (38), “no anda errante y perdida”, “por la región de las teorías y los delirios humanos; no, tiene su trono, y un trono de diamantes, acá en esta tierra en que vivimos; por esto no flota a merced de los vientos; por eso no perece con las circunstancias; por eso no se la lleva el torrente de las revoluciones; por esto su dominio es duradero o inmortal”. “Legisladores engreídos —gritaba Costa (39)— que pretendéis go-

---

(34) COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, cap. V. *Fuentes del Derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias* (Madrid, 1883), pp. 140 y ss.

(35) GREGORIO DE ALTUBE E IZAGA, *El paisaje como fuente del Derecho*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

(36) JOSEP TORRAS I BAGES, *La Tradició Catalana* (Barcelona, 1882), lib. II, cap. VII, cfr. 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1966, pp. 140 y ss.

(37) JOSEP FAUS I CONDOMINES, *Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)*, en *Revista Jurídica de Catalunya*. XII, 1907, p. 203.

(38) JOSÉ FERRER Y SUBIRANA, *La civilización*, artículo sobre el Derecho civil considerado en su importancia y en sus relaciones con el orden social, citado por DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en *Escritos*, 1.<sup>a</sup> serie: *Estudios Jurídicos*, Barcelona, 1888, p. 373.

(39) JOAQUÍN COSTA, *La libertad...*, cap. V, p. 142.

bernar los pueblos con ideas, y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros; con cuatro razones banales que os ha inspirado un sentimiento enfermizo, disfrazado con traje de humanidad y filantropía, ¿creéis saber lo que conviene a nuestros hijos mejor que nosotros...?”, “utopistas..., las leyes que nosotros escribimos en el mundo del lenguaje de los hechos, son más firmes y más incontrastables, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza”.

6. Hemos dicho antes que el orden de la naturaleza también es fuente del Derecho foral, en lo que tiene de general en su comarca o en su región e incluso en lo que tiene de universal.

El contacto con la *tellus*, con la naturaleza en general, desarrolla este rústico buen sentido que —según Marcel de Corte (40)— consiste “en sentir, palpar, ver y de ahí alcanzar a comprender que existe un orden de la naturaleza al que nadie puede sustraerse sin daño”. Como ha dicho el que fue presidente de la Cámara Agraria de Tarragona, J. Gil Moreno de Mora (41), saben por esa experiencia los campesinos que la ley natural “existía antes de toda memoria de viejo” y “que nos sobrevivirá”, “que es independiente de nuestra voluntad, que no la dicta hombre alguno y que con mucho trabajo podemos estudiarla para conocer algunos de sus secretos”, que “frente a ella la libertad se obtiene obedeciéndola”, que tiene el poder “de contener en sí misma el castigo de la transgresión”, que sin necesidad de “policías y terceros”, “como toda ley divina, actúa pronto contra la transgresión”. Y así, como precisa Di Pietro (42), la *tellus* nos enseña que “*toda experiencia con lo concreto nos trasciende indefectiblemente al plano de lo divino*”, que aplicado a lo jurídico nos enseña que *Iurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia* y que del Derecho, por tanto, no puede disponerse arbitrariamente, sino que debe leerse allí donde el Creador lo ha escrito y debe responderse ante su Autor del modo como se haya administrado la Justicia.

Los autores de Derecho foral aprendieron así que el orden del Derecho no depende sustancialmente del legislador humano.

Torras y Bages (43) lo plantea al calificar que “Cesarismo y liberalismo son lo mismo en su esencia: el hombre señor de la sociedad y no la Divina Providencia” y señala que en el Estado liberal “se construye comenzando por la cima, es decir, de una manera antinatural”, “sus constituciones se hacen en Consejo de Ministros o en una Junta Central”, en lugar de comenzar “por la base”, “por los

(40) MARCEL DE CORTE, *Sens commun, methaphisique et theologie*, en *Itinéraires*, n. 86, setiembre-octubre 1964, p. 4.

(41) JOSÉ MARÍA GIL MORENO DE MORA, *El orden natural y la vida campesina*, en *Actes du Congrès de Lausanne III* (Paris, 1967), p. 25 y en *Verbo*, n. 55, pp. 314 y ss.

(42) DI PIETRO. loc. cit., pp. 63 y ss.

(43) TORRAS I BAGES, op. cit., lib. I, cap. XVI, pp. 94 y ss.

fundamentos”, mientras los núcleos de organización propiamente nacional, “se forman, no por una resolución de los ciudadanos, sino en virtud de la fuerza natural de las cosas”.

El mismo Joaquín Costa (44) en un texto en el cual en su expresión verbal parecen interferirse convicciones realistas con conceptos idealistas, pero siempre opuesto a todo subjetivismo, proclamó que: “El Derecho tiene su fundamento en Dios, según nos lo anticipa un piadoso presentimiento; por Dios ha sido y es declarado en perpetua revelación al hombre, en su razón, y sólo cuando se ha desoído esa voz interior y se ha suplantado por individuales interpretaciones de otras creídas revelaciones, escritas o tradicionales, es cuando se ha caído en errores profundos, de los cuales no se ha despertado la humanidad sino con el fragor de las revoluciones.”

El realismo de Costa queda fuera de duda, pese a la alusión a “esa voz interior”, pues el mismo lo proclama: “será nuestro criterio realista”, “fundando en el ser el conocer, no viceversa idealista”. Para él, *idea* “es la conciencia misma recibiendo lo total de los objetos cognoscibles”, y *sentido* “es la conciencia misma conociendo lo individual y concreto de ellos”. Su plena y equilibrada percepción se hace más patente cuando añade: “el hombre conoce siempre en su conciencia una e indivisa, y por tanto aplica siempre los dos géneros de datos, ideal y experimental, no los toma jamás separados...” (45).

Ese realismo enseñó a Costa que hay un ámbito del Derecho, en que éste, por su naturaleza, es absolutamente necesario; otro que sólo lo es atendidas las condiciones del medio físico y social concreto, y otro que queda a la libre disposición, según su adecuado arbitrio, del jefe de familia o del individuo.

Aunque sólo estableció de modo expreso una clasificación bimembre entre Derecho necesario y voluntario, no es menos cierto que de otros textos del mismo autor puede deducirse, aunque no esté expresamente formulada, la distinción trimembre que vamos a indicar.

En el primer grupo hallamos (46) aquellas relaciones que conforme “la finalidad humana”: “abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en aquello que constituye su esencia, y sin lo cual dejaría irremediadamente de ser, y se encuentra, por tanto, en todo ser racional, independientemente de toda condición de espacio y de tiempo”, “se refieren a lo que es inherente a la persona en general (sea individuo, sea familia), desde que nace hasta que muere, cualquiera que sea su condición, su cultura, su edad; y es absoluto e inmutable, no cabe respecto a él libertad de elegir”.

Durán y Bas (47) también señala que ese ámbito de Derecho nece-

(44) JOAQUÍN COSTA, *La vida del Derecho (Ensayo sobre el Derecho consuetudinario)*, Introducción, cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1914, p. 27.

(45) COSTA, loc. últ. cit., pp. 28 y s.

(46) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil y...*, cap. VI, pp. 181 y ss.

(47) MANUEL DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica...*, loc. cit., pp. 368 y s.

sario es sustraído a la voluntad del legislador, con lo que rechaza el positivismo normativista. Así podemos leerle: “No se encuentra en la ley positiva el origen del orden doméstico; sus elementos, sus condiciones, lo fundamental, lo permanente de la institución nacen de la relación natural entre los seres que la forman y del fin providencial para que esta relación ha sido establecida. Y es por eso inadmisibile que pueda ser dependiente la organización de la familia, de la mera voluntad del legislador.”

El segundo grupo, lo constituyen aquellas normas fundadas en las condiciones del medio natural concreto en las que el pueblo vive, en sus circunstancias históricas, a las que Costa alude reiteradamente. V. gr.: en el texto antes citado, en el que proclama que “las leyes que nosotros escribimos...”, “son más firmes y más incontrastables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza”; o en aquel otro brillantísimo en el que advierte (48) “si vuestras ideas pudieran prevalecer”... “la otra mitad del suelo vegetal que queda en las montañas rodaría por ríos y torrentes, hasta invadir y superponerse a vuestros campos y vuestros huertos, destruyendo las cosechas, arancando los árboles de cuajo, desplomando las casas y los muros, convirtiendo a la postre en pedregal infértil la herencia de vuestros hijos, como un castigo y una venganza de la naturaleza creada en el transcurso de muchos siglos, al calor de patriarcales costumbres, y destruida un día por la nefasta virtud de vuestras leyes”.

También observamos la distinción entre estos dos primeros grupos de la clasificación trimembre que mostramos en el texto de Durán y Bas (49), cuando este autor a seguido de las frases que últimamente le hemos transcrito, en las que excluye la organización de la familia de la mera voluntad del legislador, añade que: “El espíritu de cada pueblo, conservando sus caracteres esenciales, le da estructura especial en lo que es meramente externo.” Y especialmente, cuando glosa unos párrafos de Reynals (50) sobre la propiedad; Reynals —escribe— “ha dicho: «La propiedad individual del ser natural, hombre, es ante todo un derecho; un derecho del individuo tal cual es, tal cual le ha formado la naturaleza con sus sentimientos y su carácter; interpretan, traducen, sublimanlo sólo las leyes». Pero debe organizarse la propiedad, añade, no sólo según sus necesidades propias, según las condiciones del suelo, los hábitos de la población, el espíritu de la organización del Estado, los principios de la organización social, las tradiciones históricas del país...”

Y el tercer grupo, o de Derecho voluntario, según Costa (51), in-

---

(48) COSTA, *Fuentes del Derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias*, en *La libertad civil y...*, cap. V, pp. 144 y s.

(49) DURÁN Y BAS, loc. últ. cit.

(50) REYNALS; *Diferencias de la propiedad colectiva y la individual*, opúsculo publicado en 1867, según la cita de DURÁN Y BAS.

(51) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil y...*, cap. VI, pp. 182 y s.

cluye las relaciones que “abrazan la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, en aquello que la constituye en ser individual y propio y que distingue a cada uno de los demás y le erige en centro de vida independiente, con dirección propia y responsabilidad”, de modo que el Derecho que nace de esas relaciones: “es relativo, flexible, individual, consiente elección de medios y variedad de acción: únicamente la personalidad a quien directamente interesa ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más convenga en cada caso; debe ser derecho libre voluntario, y el Estado superior debe abandonarlo a la libre iniciativa de las personas privadas, que en él han de expresar su original individualidad”.

Pero el funcionamiento de este tercer grupo de relaciones jurídicas merece que nos detengamos algo más en su examen.

7. Requiere especial atención este ámbito que debe dejarse a la libre iniciativa de las personas privadas, conforme esa concepción general en el Derecho tradicional de todas las regiones forales, porque no depende de la ley positiva, sino que ésta debe respetarlo porque queda fuera de su competencia, en un campo en el cual el orden natural de las cosas atribuye la iniciativa sea a la persona individual, a la familia o a las corporaciones y asociaciones de Derecho privado.

Es la esfera de la llamada *libertad civil* (52), de la que dice Costa (53), con referencia a su versión aragonesa, o principio *standum est chartae*, que es “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”; y que reconoce “el Estado en virtud de este principio, al individuo y a la sociedad, la facultad de darse a sí propios ley en la esfera de las relaciones privadas”.

La Compilación aragonesa, recoge este principio, aunque en su coltilla final aparece herido por una cuña positivista, en tanto lo somete a la “norma imperativa” sin requerir, o por lo menos sin decirlo expresamente, que ésta sea conforme al Derecho natural. Dice así, en su epígrafe “*Standum est chartae*” del Título preliminar:

“Artículo tres.—Conforme al principio “*standum est chartae*”, se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón”.

(52) Cfr. nuestros trabajos: *La libertad civil*. Ponencia en la VI Reunión de amigos de la Ciudad Católica, publicada en *Verbo*, 63, pp. 186 y ss. y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, Madrid, Speiro 1968, pp. 186 y ss.; *La libertad civil según los juristas de las regiones forales*, Discurso inaugural del Curso 1967-1968 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; *La libertad civil según los juristas de Derecho foral*, conferencia de la Universidad de La Laguna, publicado en los Anales de dicha Universidad; y *La libertad civil i l'estructura federalista*, en *AUSA*, 58-59, 1968, pp. 1 y ss.

(53) COSTA, *Forma que debe revestir el Código, derivado del principio foral "Standum est chartae"*. *Libertad civil. Hermenéutica legal*, en *La libertad civil y...*, cit., cap. IV, § 2.º, pp. 102 y ss.

La llamada al Derecho natural —de la que luego nos ocuparemos— aunque a algunos juristas actuales les parezca difusa e imprecisa, no lo es si se interpreta de acuerdo con los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico —como dice el § 1.º del art. 1 de la Compilación— es decir, ciñéndola al Derecho natural clásico, no al de la Escuela moderna idealista y racionalista, sino al inducido de modo realista del orden de la naturaleza.

Ese orden juega doblemente en ese ámbito de la libertad civil. Primero, señalándolo y exigiendo su autonomía. Segundo, marcando los límites y la pauta dentro y conforme a la cual debe actuar esa libertad.

Notemos que el primer aspecto ha sido destacado hace pocos años por el profesor de la Universidad de Zurich, Emil Brunner (54), cuando habla de “la construcción justa de las ordenaciones e instituciones, a saber, la construcción desde abajo hacia arriba. Esto es el orden de la Creación. Todas las ordenaciones se dan por razón de los seres humanos”. Esto determina la prioridad de éstos, aunque “este individualismo experimenta enseguida una limitación”, pues “el individuo está abocado a la comunidad”, y: “La única comunidad sin la cual no se puede pensar en absoluto en la vida humana es la familia. Por esto la familia es la comunidad originaria, y sus derechos tienen una prioridad incalculable, sobre los derechos de todas las demás comunidades naturales incluso sobre las del Estado. La familia es la raíz y el arquetipo original de la sociedad. De acuerdo con el orden de la creación, la familia tiene el derecho más originario y primario...”

“Pero la familia no es la única comunidad que precede al Estado en cuanto a derechos. Entre la familia y el Estado existen, por obra de la Creación, una serie de miembros intermedios que tienen todos fundamentalmente precedencia sobre el Estado, a saber, todas aquellas formas de comunidad que son necesariamente partes integrantes de la vida humana...”

“Por esa misma razón también las formas de justicia de estas formas de comunidad son pre-estatales. Se constituyen en costumbres y usos, en convenios y en contratos...”

Este mismo fue el modo de entender el ámbito de la libertad civil por los juristas de las regiones forales.

Prat de la Riba (55) había explicado que si “está en la naturaleza de la sociedad la agrupación en los elementos más afines en diversidad de círculos —por aquel principio axiomático de que cada cosa ama a su semejante— formando dentro de la sociedad algo parecido a los órganos del cuerpo humano o las capas en las formaciones geoló-

(54) EMIL BRUNNER, *La Justicia*, traducción castellana de Luis Recaséns Siches, México, 1961, cap. XVI, pp. 167 a 175.

(55) ENRIQUE PRAT DE LA RIBA, *El sufragio universal inorgánico y el sufragio universal corporativo*, en *Miscelánea*, de la *Revista Jurídica de Cataluña*, t. I, año 1895, pp. 372 y s.

gicas, la ley primera y fundamental de todas las leyes a la sociedad relativas, ha de ser el respeto de la espontánea estructura, es decir, la perfecta adaptación del orden jurídico al orden natural de la sociedad”.

Esa razón late en la defensa de la libertad civil, reclamada en todas las regiones forales. Oigamos, escogidos al azar, a un representante de cada región.

En Cataluña, a Falguera (56) que dice: “el pueblo en el que el jefe de familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo, por más que se deslumbrase con otras libertades de oropel. La mayor de las libertades es la que nos permite arreglar nuestro patrimonio conforme nuestro albedrío y no nos obliga a amoldarlo a la ciega voluntad del Estado, que no puede saber lo que nos conviene. ¿De qué nos sirven sin ésta todas las demás libertades? ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?”

En Aragón, a Costa (57) que refiriéndose a los partidarios del doctrinarismo francés, nota que: “Piensan 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.”

En Navarra, el resumen que nos hace López Jacoiste (58): “Palpita así una urgencia social a que todo el Derecho privado sea un Derecho de libertad civil. No es que el Derecho privado de Navarra permita la libertad, sino que —repito— postula, estimula e insta a la persona, al sujeto del derecho, para que la ejercite, para que la ponga a contribución en la esfera de su personalidad, en su ámbito personal, familiar y patrimonial, en los actos jurídicos que otorgue, en el contenido y en la formulación de su voluntad negocial.”

En Vizcaya, al P. Chalbaud (59), que refiriéndose a su primordial aplicación, la propiedad familiar, insiste en que si se impide su ejercicio se priva de “apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis quitado

(56) FÉLIX M. DE FALGUERA, *Idea general del Derecho catalán. Su espíritu y principios que lo informan*, en *Conferencias de Derecho catalán*, Barcelona, 1883, pp. 13 y s.

(57) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., p. 177.

(58) JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, *Los principios generales de la codificación foral de Navarra*, III, 1, *La libertad civil*, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XLII, mayo-junio 1966, pp. 621 y ss.

(59) LUIS CHALBAUD y ERRAZQUIN, S. I., *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca*, Bilbao, 1919, pp. 12 y s.

el nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con esto brota la familia inestable y tras ella, necesaria, fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el flujo de nuevos elementos"... "viene la absorción del Estado"... "y el anulamiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse en la tierra".

De ahí la descripción que de la libertad civil esbozó Durán y Bas (60) como la libertad de moverse "dentro de la esfera del Derecho privado": "La libertad testamentaria como padre de familia; la libertad de contratar, como poseedores todos de igual capacidad jurídica; la propiedad territorial, plena o semiplena, como condición de poder y de independencia".

O su traducción, desde el punto de vista navarro, que hace López Jacoiste (61): "Libertad en el Derecho de obligaciones, con una amplia autonomía de la voluntad lo mismo en la sucesión hereditaria, y en la organización del régimen matrimonial de bienes". En síntesis: "la libertad de la casa, la del seno de la familia, proyectada sobre los diversos aspectos de la vida".

De ahí, la afirmación de los redactores del Fuero de Vizcaya de 1562: "las cartas contra la libertad sean obedecidas y no cumplidas" (62), el principio navarro "paramento fuero vence" (63), el adagio aragonés "cartas rompen fueros" (64) y palabras de Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Monzón de 1382 dirigidas a los catalanes de "que sots los pus frans pobles del mon" (65).

La libertad de pacto debe tener como contrapartida un religioso respeto a la palabra dada, semejante al que en la Roma quiritaria merecía el *verbum iuris* —según nos explica Di Pietro (66), al referirse al segundo nivel de éste—; es decir, a las posibilidades dinámicas de la palabra basadas en su respeto que, hoy día, al "vacilar la fe en la divinidad" coetáneamente a que "se obscurece el *numen* men-

(60) DURÁN Y BAS, *La codificación*, Prólogo de la traducción española de la obra de SAVIGNY *Sistema del Derecho romano actual* y en *Escritos del Excmo. Sr. D. Manuel Durán y Bas*, vol. I, *Estudios jurídicos*, pp. 338 y s.

(61) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., pp. 624 y ss.

(62) Cfr. DARÍO de AREITIO Y MENDIOLEA, *Introducción* a la edición del *Fuero de Vizcaya* publicada por la Excm. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1951, pp. 9 y ss.

(63) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., p. 622.

(64) Por eso COSTA (*Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., p. 191) al señalar el orden de prelación de fuentes coloca en primer lugar la *carta*, es decir, la voluntad de los particulares manifestada por el título escrito, contrato, testamento, etc.

(65) Cfr. ANTONI M. BORREL I SOLER, *Dret Civil Vigent a Catalunya*, 1.ª ed. Barcelona, 1923, vol. I, § 2.º, p. 20, quien señala que esa libertad se funda en la confianza en los ciudadanos y de unos ciudadanos en otros, contraria al espíritu de desconfianza del que tantos ejemplos se hallan en el Código civil.

(66) DI PIETRO, *Verbo, Iuris*, cap. VI, 2, pp. 87 y ss.

cionado en el *nomen*", resulta que "las gentes tienen acerca del honor una idea tan acomodaticia a las circunstancias, que lo usan como un verdadero "ente de razón" según las circunstancias". Así, "mientras antes la palabra era vinculativa, hoy día —lamenta Di Pietro— no se respeta ni para con los demás, ni para consigo mismo, porque actualmente nos estamos acercando a constituir la como un verdadero neutro entre los hombres y entre éstos y las cosas".

8. El influjo del Derecho natural —en su significado que antes precisamos— al señalar los límites y marcar la pauta de la libertad civil, que recoge el art. 3 de la Compilación aragonesa, es el contrapeso que, de una parte, impide el liberalismo y todo libertinaje en el uso de aquélla, y, de otra, evita el totalitarismo estatal invasor de la esfera privada.

Es una consecuencia del impacto en nuestra conciencia de la tactilidad en la percepción de la naturaleza, que permite determinar lo que en ella es orden y lo que es desorden; de esa tactilidad —no nos cansamos de repetirlo— que es característica en la vida de todos los Derechos forales.

Notemos que la justicia derivada del respeto a la carta se funda en la distinción que fue expuesta por Santo Tomás de Aquino (67), al responder que una cosa puede ser justa de dos modos: "Uno quidem modo est ipsa natura rei...". "Alio modo aliquid est adequatum vel commensuratum alteri, ex conducto sive ex communi placito". Pero con la precisión, que el mismo doctor Angélico hace en la solución 2 del mismo artículo, de que solamente "voluntas humana ex communi conducto, potest aliquid facere iustum in his quae secundum se non habet aliquam repugnantiam ad naturalem iustitiam", pues "si aliquid de se repugnantiam habeat ad ius naturale, non potest voluntate humana fieri iustum".

Ahí tenemos precisamente lo que separa la libertad moral —a la que corresponde el concepto de libertad civil— de la libertad que propugna el liberalismo. La perspectiva de esta sitúa en una antítesis la autoridad y la libertad, es idealista y abstracta en su origen y se transforma en positivista cuando se admite que depende de la ley humana, como norma que determina su uso y su abuso. Aquélla se plantea en el ámbito del orden de la naturaleza, de modo que la debida libertad debe ser establecida de conformidad con éste en cada circunstancia. El liberalismo, aparece en esta concepción como la rebelión contra ese orden, en la que pueden incidir tanto la autoridad como los ciudadanos, tanto el Príncipe o Estado, como los súbditos.

El Obispo Torras i Bages (68) lo proclamaba así: "Cesarismo y liberalismo son lo mismo en su esencia: el hombre señor de la sociedad y no la Divina Providencia". Es el voluntarismo —sea de un

(67) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, Quaes. 57, art. 2, resp.; cfr. ed. B. A. C. Madrid, 1956, vol. VIII, pp. 234 y s.

(68) TORRAS I BAGES, op. cit., lib. I, cap. XVI, pp. 94 y ss.

tirano, de un parlamento o de los individuos— en lugar de la resolución fundada “en virtud de la fuerza natural de las cosas”.

La tactilidad con la que el concepto se forja, impide también que se base en una concepción abstracta de la libertad. Costa (69) lo percibió claramente, al señalar el fallo de la doctrina kantiana del Derecho: “El error de esta doctrina dimana de generalizar una verdad parcial, de contraer el Derecho a una de sus esencias particulares”: pues “*ni toda la materia del Derecho se reduce a sola libertad, sino que se extiende a toda la vida; ni deja de ser exigido el Derecho porque falle la libertad donde existen fines*”.

Y se hace más patente aún esa tactilidad en la exposición que López Jacoiste (70) nos hace desde su perspectiva navarra: La solidaridad, dice, “de la libertad civil y privada con la libertad pública evidencia, por otra parte, un sentido orgánico institucional. No se trata de exaltar el individualismo, ni de hacer el derecho subjetivo el quicio de todos los desenvolvimientos jurídicos como ha pretendido el liberalismo, sino que se orienta a vivificar todas las relaciones para la pervivencia libre del conjunto. Los derechos subjetivos adquieren así sentido funcional, valor instrumental respecto de un objetivo último claramente formulado, e inversión en el ámbito más amplio, de los puntos de vista e intereses generales”.

Esta concepción vuelve a hacerse actual, refrendada por uno de los más prestigiosos profesores de Filosofía del Derecho, Michel Villey (71), al hacer la crítica del intento moderno —fruto de la metodología cartesiana de la deducción desde una intuición idealista, con lógica puramente formal, o meramente matemática, y de la tecnología gutenberiana de la visión monolineal— de montar el Derecho como un entramado de derechos subjetivos. Observa Villey que “estos poderes de obrar, nociones del lenguaje vulgar sobre las que operan los juristas (como sobre tantas otras realidades de la vida, los hombres, las cosas físicas) son un dato anterior a la elaboración del derecho, y permanecen *extrajurídicos*”... “Los poderes son hechos de la naturaleza bruta (como Spinoza había observado perfectamente); no hay necesidad de los juristas para conferirles existencia”. La misión del jurista es otra; no es sino la de “definir las prelaciones, las proporciones: la parte de cada uno (*suum cuique*) sobre los bienes sociales comunes”.

La expresión formal de los cauces dentro de los cuales la libertad civil se mueve son trazados por los usos tradicionales, formados en ese contacto táctil con la realidad concreta y el orden de las cosas.

(69) COSTA, *La vida del Derecho*, cit., § 18, pp. 129 y ss.

(70) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., p. 622.

(71) MICHEL VILLEY, *Abrégé du Droit naturel classique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, n. 6, año 1961, pp. 67 y ss., y en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1962, pp. 159 y s.

Lo subrayábamos hace unos años en nuestra Ponencia General del I Coloquio Latino de Derecho Agrario celebrado en Zaragoza (72):

El *quid* del Derecho foral ha consistido en formar el sentido moral social preciso para usar adecuadamente de la libertad civil de conformidad a la finalidad familiar y económica de conservar la casa. Dice un dicho vasco: "Erriak bere lege, etxeak bere ardura". "Los pueblos por sus leyes, las casas a su modo", o, según sus usos, a su aire... al aire que les lleva por su ruta de pervivencia.

Sentido cuyo conocimiento y cultivo requiere una élite campesina que lo cuide... casas grandes que recuerden a las chicas los usos y las formas adecuadas, y exige Notarios, Jueces, Maestros, que se compenetren con este espíritu.

Ved así cómo ese liberalismo aparente se convierte, al mirarlo cara a cara, de cerca, en una libre sumisión a los usos tradicionales, a unas vinculaciones voluntariamente creadas en heredamientos, donaciones *propter nuptias*, sustituciones fideicomisarias, etc.

Los Derechos forales habían conseguido así tejer lo que hoy preconiza Gustave Thibon (73) como una restauración necesaria: "Después de tantos estériles excesos intelectuales y afectivos...", dice: "Hay que *encarnar* humildemente, pacientemente, la verdad humana; hay que darle un cuerpo y una realidad en la vida de cada uno y en la vida de todos..." "La tarea más urgente de la moral consiste, pues, ahora, en restaurar las costumbres. Es insuficiente predicar a las almas la salud moral si no se presta atención al ambiente que las hace enfermar."

Como prueba de esa adaptación de la libertad civil a unos usos tradicionales adecuados al orden natural y a su aplicación concreta al mediofísico y económico concreto, repetiremos unas citas (74).

Uno de los grandes impulsores de la codificación, García Goyena (75), reconoció que en Navarra: el abuso de la absoluta libertad "no conviene, ni puede conciliarse con el espíritu de los Fueros".

Costa (76) subraya que en el Derecho del Pirineo aragonés, en materia de sucesiones, lo primero que llama la atención "es la antítesis, la oposición radicalísima entre el texto liberal y sabor moderno de la ley, y el sello aristocrático, o más bien, primitivo y patriarcal

(72) Ponencia General del primer coloquio latino de Derecho agrario, *El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy*, cfr. en *Anuario de Derecho civil*, XVIII-I, enero-marzo 1965, p. 219.

(73) GUSTAVE THIBON, *La moral y las costumbres*, en *Diagnósticos de fisiología social*, cfr. versión castellana. Madrid, 1958, pp. 121 y ss.

(74) Cfr. más extensamente, en nuestro trabajo *La conservación del "fundus instructus" como explotación familiar*, tema básico de los *Derechos civiles forales y especiales españoles*, 6, en *Revista de Diritto Agrario*, anno XIV, fasc. 1-2, gennaio-giugno 1966, pp. 24 y s. y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XVI, pp. 606 y s.

(75) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, vol. II, *Apéndice* núm. 7, p. 330.

(76) JOAQUÍN COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, Alto Aragón, cap. IV, cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1885, p. 81.

de la costumbre. La primera proclama la libertad casi absoluta en la testamentificación; la segunda, poco menos que mantiene en vigor el derecho de primogenitura. Es un rasgo que despierta en la memoria el recuerdo de la legislación inglesa". Así, prosigue Martín Ballesteros (77), "si el Fuero permite al jefe de familia aragonés transmitir su patrimonio sin trabas, la costumbre le impone la disposición a favor de un solo heredero, a fin de que la base física de las comunidades domésticas no se disgregue y perezca".

Igualmente, en el territorio alavés de Ayala, observa Uriarte (78) que: "A pesar de que los padres pueden disponer de sus bienes a favor de extraños, no lo hacen y transmiten la herencia a sus hijos sin necesidad de coacciones legales. Los donantes y testadores usan de la libertad de disponer de la manera que creen que conviene más a los intereses de sus familias"... Incluso detalla (79) que "el espíritu de tradición y la moralidad de los vecinos de Ayala hace que tal apartamiento [de todos los hijos "con algo, poco o mucho, como quisieren y por bien tuvieren" los padres, según el Fuero de Ayala] no ocurre más que en algún caso raro y excepcional, pues no se recuerda que en el transcurso de un siglo [escribía en 1912] haya acontecido más que dos veces: una en las proximidades de Respaldiza, donde un padre apartó a sus hijos para instituir a un extraño, quien ante la general indignación que en el país produjo la conducta del testador, renunció a favor de los hijos de éste la herencia, y otra vez en valle de Oquendo, donde un anciano cuyos hijos estaban en América gozando de buena posición económica, dejó su escaso caudal al convencino que le albergaba en su casa".

9. Si la *fente material* del Derecho foral fue siempre el orden natural, táctilmente inducido de lo concreto, del ser de las cosas, aunque con la sólida ayuda —como guía y pretil— de la fe religiosa, sus *fuentes formales orgánicas* muestran un notable equilibrio, fruto sin duda del influjo de aquella fuente material y del ya subrayado equilibrio de los medios de percepción sensorial.

La oralidad de las costumbres y usos estaba siempre influido por la tactilidad de su ejercicio; la percepción visual de la ley también por su vivencia, igualmente táctil, y, una y otra, por su racionalidad apreciada elevándose a la aprehensión del orden de la Creación. El juicio de la función judicial debía sopesar con plena percepción la ley escrita, las costumbres y usos, las cartas o escrituras, la opinión de los autores, leída o repetida oralmente, para proyectar todo al supuesto concreto que debía resolverse equitativamente.

---

(77) LUIS MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA, *La casa en Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, cap. I, n. 10, p. 330.

(78) LUIS MARÍA DE URIARTE Y LEBARIO, *Fuero de Ayala*, Madrid, 1912, cap. VII, pp. 177 y ss.

(79) URIARTE, op. cit., cap. IV, p. 134.

Pero veamos, cómo ese orden natural, general y concreto, fuente material, encarnaba orgánicamente en las fuentes formales.

Se verificaba en una realidad social que, según Torras y Bages (80), enlaza con la concepción tradicional cristiana que recogió el realismo político-jurídico de Aristóteles —“la tradición de Aristóteles, verdadero príncipe de la filosofía natural —dice—, es evidente en la doctrina canónica y es en ella el elemento científico que da en ella base al elemento experimental y contingente: es decir, a la costumbre, a las nuevas necesidades, a la diferente manera de ser según el país y la época, cosas tan amadas por la Iglesia que con ellas construye el edificio político”— y que fue reflejada en la definición de San Isidoro: *Lex est constitutio populi, secundum quam maiores, natu, simul cum plebibus aliquid sanxerunt*, y que la Iglesia incluye en sus Decretales.

Es la misma concepción reflejada en el texto que antes hemos señalado (81) de Santo Tomás de Aquino, representante del *sensus communis* característico de una percepción plena efectuada por transparencia desde el centro de percepción, según vimos reconocido por Panofski y Mc. Luhan. En su *respuesta* el Aquinate, al admitir que algo puede ser justo “*ex condicto sive ex communi placito*”, precisa que esto puede tener lugar de dos modos, uno el convenio privado y otro “*ex condicto publico: puta cum totus populus consentit quod aliquid habeatur quasi adaequatum et commensuratum alteri*; vel cum hoc ordinat princeps, qui curam populi habet et eius personam gerit. Et hoc dicitur *ius positivum*”. Y en su segunda *solución* aclara: “*Sed si aliquid de se repugnantiam habeat ad ius naturale, non potest voluntate humana fieri iustum: puta si statuatur quod liceat furari vel adulterium committere. Unde dicitur Is. 10, 1: «Vae que condunt leges iniquas»*”.

La sumisión de costumbres y leyes al orden natural lo expresaba también lucidamente Santo Tomás de Aquino, al decir:

“... quod lex scripta, sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre: quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniuste est, nec habet vim obligandi: ibi enim ius positivum locum habet ubi quantum ad ius naturale nihil «differt utrum sic vel aliter fiat»... “Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones”... “Et ideo secundum eas non est iudicandum” (82).

“... quod lex naturalis et divina procedit a voluntate divina”... “Unde non potest mutari per consuetudinem procedentem a voluntate hominis, sed solum per auctoritatem divinam mutari posset. Et inde est quod nulla consuetudo vim obtinere potest contra legem divinam

(80) TORRAS Y BAGES, op. cit., lib. I, cap. XX, n. II, pp. 115 y s.

(81) Cfr. supra nota 67.

(82) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, II-II, q. 60, art. 5, *solu.* 1, cfr. ed. y vol. cit., pp. 328 y s.

vel legem naturalem: dicit Isidorus, in 'Synonin': «Usus actoritati cedat: parvum usum lex et ratio vincat»" (83).

Esa doctrina de la falta de racionalidad de la ley y de la costumbre nos parece verla reflejada por Costa (84) cuando nos dice que: "Las reglas consuetudinarias que el *Estado común* expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa o en su nombre la judicial ha de revisarlas, y si no las encuentra conforme a los principios eternos del Derecho, debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas". E inversamente que: "las reglas legales o de otro modo dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos a 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 o lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber de ellos cuando menos suspender el cumplimiento".

Ni siquiera el influjo de la Escuela histórica alemana pudo romper ese equilibrio.

Ciertamente Joaquín Costa (85) coincide con ella cuando destaca el "valor real y sustantivo" de la costumbre, "en cuanto elemento espontáneo en la formación del Derecho": "que alcanza el saber rutinario y experimental del pueblo, así como el valor de la tradición", con el que se podrían "evitar los fracasos de los teóricos". Pero, como ha observado López Calera (86), si "en incorporarse a esa exaltación de la costumbre estriba su contacto con la Escuela histórica del Derecho", "se separa de la misma", en cuanto Costa no niega "la existencia de un Derecho natural anterior al Derecho popular y exigente del mismo".

Lo mismo puede decirse de la llamada Escuela jurídica catalana, que si bien volvió los ojos hacia Federico Carlos Savigny y a su Escuela histórica del Derecho, no tuvo asomos siquiera de caer en el positivismo de su representante filósofo Schelling, ni de muchos de los continuadores jurídicos de aquél pues, como dijo Durán y Bas (87), el movimiento jurídico científico catalán —que iniciaron, según nos dice, Sampons y Barba, Ferrer y Subirana, Reynals y Rabassa, Permanyer y Tuyet...— "viene a ayudar al de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar al Derecho sobre la base de la Ética, que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos, y que hacen aplicarlo en conformidad con las realidades de la vida".

(83) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, I-II, q. 97, art. 3, *solu.* 1, cfr. ed. cit., vol. VI, pp. 198 y s.

(84) COSTA, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, 1880, § 31, pp. 239 y s.

(85) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil y...*, cap. VI, p. 202.

(86) NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Joaquín Costa, filósofo del Derecho*, Zaragoza, 1963, cap. VIII, 3.ª, p. 206.

(87) DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, loc. y vol. cit., p. 373.

Y, a principios de este siglo, quien más tarde fue Cardenal primado, cuando aún era el Presbítero Enrique Pla y Deniel (88), publicó un sólido y largo trabajo en el que distinguió claramente, de una parte, cuán digno de loa es que los pueblos recuerden sus tradiciones y respeten sus costumbres, y, de otra parte, el peligro del principio, que debe ser rechazado, por el que la Escuela histórica "ha concedido demasiada independencia a la costumbre respecto de la autoridad social erigida por la misma naturaleza y ha quitado la base sólida a todo derecho, aun el consuetudinario y tradicional, negando el Derecho natural o prescindiendo de él".

Hoy la Compilación aragonesa, en su artículo 2, § 1, dice que: "*La costumbre tendrá fuerza de obligar en Aragón cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón.*" Notemos que la coletilla de esta norma hubiese sido innecesaria en puro Derecho de Aragón, puesto que las leyes imperativas debían ser trasunto escrito de las prohibiciones y disposiciones impuestas por el Derecho natural, ya que de lo contrario no serían imperativas ni prohibitivas.

10. Acabamos de ver cómo leyes positivas y costumbres deben ordenarse a la ley natural y cómo unas y otra deben corregirse recíprocamente en cuanto falte aquella adecuación. Pero queda por ver cómo fuera de este ámbito necesario se coordinaron en nuestros regímenes forales.

En uno y otro ámbito prevalecía el criterio que expone Santo Tomás de Aquino (89) en sus soluciones.

Primero la examina en los supuestos en que la ley no resulta adecuada a los hechos o no está en armonía con las tradiciones patrias, y resuelve:

*Quod...*, "leges humanae in aliquibus casibus deficiunt: unde possibile est quandoque praeter legem agere, in casu scilicet in quo deficit lex, et tamen actus non erit malus. Et cum tales casus multiplicentur, propter aliquam mutationem hominum, tunc manifestatur per consuetudinem quod lex ulterius utilis non est: sicut etiam manifestaretur si lex contraria verbo promulgaretur. Si autem ad huc maneat ratio eadem propter quam prima lex utilis erat, non consuetudo legem, sed lex consuetudinem vincit: nisi forte propter hoc solum inutilis lex videatur, quia non est «possibilis secundum consuetudinem patriae», quae erat una de conditionibus legis (q. 95, a 3). Difficile enim est consuetudinem multitudinis removere".

Luego, distingue los casos en que el sujeto de la costumbre es

(88) ENRIQUE PLA Y DENIEL, *Crítica de la escuela histórica, según los principios de Santo Tomás sobre la mutabilidad de las leyes*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. VI, 1900, pp. 279 y s.

(89) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, I-II, q. 97, art. 3, solu. 2 y 3, cfr. ed. cit., vol. VI, pp. 198 *in fine* y s.

una multitud libre y capaz y los casos en que no es libre ni capaz; para resolver que, en aquéllos:

...quod... "Si enim sit libera multitudo, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum, quem consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis."

En cambio, para las multitudes no libres o no capaces sólo por tolerancia de la potestad superior podía valer la derogación de las leyes por las costumbres.

Los pueblos de las regiones forales se hallaban en el primer caso. Recordemos la frase del Fuero de Vizcaya de 1562, "las cartas contra la libertad sean obedecidas y no cumplidas"; la divisa de los infanzones de Obanos "*Pro libertate patria gens libera etate*"; y la consideración del Fuero general de Navarra, según nos dice López Jacoiste (90), "como Estatuto de la libertad del Reino", formado por municipios libres y por conjuntos de familias de ciudadanos libres, vinculados a mantener la libertad colectiva, pues los Fueros municipales eran a su vez "estatutos de la libertad del municipio respectivo"; el principio aragonés "*standum est consuetudine*" —complemento del "*stadum est chartae*"— que consistía, nos dice Costa (91) en "la facultad que compete a las localidades y a las circunscripciones de crear, con uso y provecho constantes, costumbres jurídicas con valor de preferencia sobre la reglamentación general del Código"; y en que, ya en el siglo XI, el *Usatje* de Cataluña "*Una quaeque gens*" expresaba, según su traducción más tardía al catalán, que "*Cascuna gent assi meteix eleix sa propia costuma per lig, car longa costuma per liger ahuda*" (92) y el cap. XXXIII de las "*Commemoracions de Pere Albert*", consigna que la costumbre es: "...us cotedia de Catalunya, qui es semblant a lig, e par ço es ajudat de les ligs defès, car le convinences lá en ús deuen esser servades per Dret".

No es, pues, de extrañar que en las regiones llamadas forales, cuando la costumbre era racional, tuviera prioridad en la aplicación práctica y jurídica sobre la ley. De acuerdo incluso con la definición antes referida, que San Isidoro da de la ley, que resulta más adecuada al concepto de la costumbre que al moderno concepto de la ley.

De esa prioridad de la costumbre racional dimanaban la admisión de la costumbre contra ley y el juramento que se exigía a los monarcas al posesionarse de su reino de respetar sus usos y costumbres. Un repaso a los textos legales de las regiones hoy llamadas de Derecho especial o foral confirma este aserto.

En *Aragón*, en el Fuero único *De iis quae Dominus Rex* (Lib. I,

(90) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., p. 622.

(91) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., pp. 164 y s.

(92) Cfr. la argumentación de JOAQUÍN DE CAMPS I ARBOIX, *Modernitat del Dret català*, Barcelona, 1953, cap. I, pp. 43 y ss., sosteniendo "*Catalunya es un poble de llibertat*".

núm. 29), el rey Pedro en Zaragoza el año 1348: “para que los Fueros Privilegios, libertades, usos y costumbres del Reino de Aragón sean observados inviolablemente”, estableció y ordenó “para siempre que nos y nuestros sucesores estemos obligados y estén con buena fe real a prometer y jurar en la forma que nos juramos al presente”, “que nosotros en nuestra propia persona guardaremos, observaremos y mandaremos que sean custodiados y observados por nuestros oficiales y por cualquiera otros, y que haremos observar y guardar inviolablemente”: “Fueros, Privilegios, libertades, usos y costumbres del dicho Reino de Aragón y sus lugares”, y “que nuestros sucesores queden obligados a prestar igual juramento antes de que juren y sean coronados”, y también que el Gobernador de Aragón, el Regente, el Justicia de Aragón y todos los demás jueces y oficiales de dicho Reino y sus Lugartenientes hicieran semejante juramento. Con lo cual ratificó el Privilegio dado en las Cortes de Zaragoza de 1283 por su abuelo.

Por eso, como hace notar Palá Mediano (93): “En Aragón no cabe hablar como en otros ordenamientos jurídicos de la costumbre como Derecho supletorio; su valor es superior al fuero, de modo que éste, en cierto modo, será el supletorio de la costumbre.”

En *Navarra*, ya en 1253, el rey Teobaldo II formuló que: “Juramos que tengamos cascos en lures fueros, e en lures franquezas, et en todos lures dereytos e buenas costumbres entegrament...” Luego en 1417, Carlos III, el Noble en la LXIII de sus Ordenanzas, mandó que: “Toda vez como nos en la jura de nuestro coronamiento hayamos jurado fueros, usos y costumbres de nuestro reino sean observados según lo havemos jurado, y sean preferidos a todo derecho canónico y cevil.” Así, en tanto que no había ley contra los usos y costumbres buenos, en cambio la costumbre contra ley ha tenido en Navarra una importancia fundamental, como lo demuestra el hecho de haber sido introducidas por costumbres contra ley instituciones de tanto predicamento en ese Reino como el retracto gracioso en beneficio de los deudores desposeídos de sus bienes, la libertad de testar, la elevación a los veinticinco años de la mayoría de edad, la dote obligatoria de las hijas (94). Tanto que, como dice Lacarra (95), “a la costumbre se deben las instituciones más importantes del Derecho civil navarro”.

En *Cataluña*, además del precepto fundamental contenido en el usatje “*Una quaeque gens*” que sitúa la costumbre como norma fundamental para regir a toda comunidad, la primacía de la libertad civil

(93) PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 200.

(94) Cfr. VICTORIANO LACARRA, y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro* art. 5, cfr: 1.<sup>a</sup> ed. Pamplona, 1917, t. I, pp. 42 y ss., y FRANCISCO SALINAS QUIJANA, *Las fuentes del Derecho civil navarro*, Tudela de Navarra, 1946, cap. VIII, pp. 87 y ss.

(95) LACARRA, loc. cit., p. 44.

del pueblo, como explica Maspons Anglassel (96), fue ya defendida un siglo después ante la primera recepción del Derecho romano iniciada en Bolonia por Ignerio, por temor de que el Derecho consuetudinario fuera ahogado por las leyes escritas: "Jaime I promulgó una pragmática prohibiendo que los jueces y los abogados se atrevieran a invocar las leyes romanas en todo aquello que fuese regulable por las costumbres o los *Usatjes*; y veinte años más tarde, en 1251, las Cortes catalanas reunidas en Barcelona estatuyeron que «lleis romanes, gotiques, drets i decretals, en causes seculars ne sien rebudes, admeses, judicades ne allegades». La alarma contra el predominio de las leyes escritas fue tan grave, que para cerrarles la puerta, se quiso impedir la entrada a toda regulación que no fuese estrictamente y directamente hija de la costumbre".

En el tít. XVII del lib. I, vol. I de las Constituciones de Cataluña hallamos las leyes X, XIII y XVII que contienen sendas disposiciones de Fernando el Católico, en las Cortes de Barcelona de 1481 y en las de 1493 la misma Ciudad Condal, y de Felipe II, en las de Monzón de 1585, que declaran la inderogabilidad no sólo de las Constituciones, Usatjes, Capítulos de Corte y privilegios, sino también de usos, prácticas y costumbres, a los que aseguraron inviolabilidad y perpetua observancia. Y es de destacar, como lo hace Almeda (97), que las propias Constituciones 10 y 13, citadas, solamente prohíben la costumbre contra ley o derecho, "si tal costumbre se hubiese establecido por el Monarca y sus oficiales. De lo cual se desprende que la costumbre contra ley o derecho que sea obra del pueblo produce el efecto de derogar la ley total o parcialmente, según sea total o parcial la oposición de la costumbre a la ley".

En *Vizcaya* es sabido que originariamente todo su Derecho fue consuetudinario y que el origen del llamado Fuero de Vizcaya, fue el sentimiento de los vizcainos de la necesidad de reunir en un cuerpo legal los usos y costumbres que venían observando, manifestado en la Junta general celebrada en Idoibalzaga el año 1452, pues "por no estar escritos recibían muchos daños y recrecían muchas cuestiones". Y que no sólo los nuevos privilegios concedidos al Señorío sino también las modificaciones que el transcurso del tiempo introdujo en las costumbres, así como la modificación práctica y el desuso de algunas leyes, dieron lugar a la propuesta que la Junta general celebrada en Guernica en 1526, que cristalizó en el Fuero de 1527 "añadiendo y escribiendo en el dicho Fuero todo lo que estava por escribir, que por uso, y costumbre se platica"; es decir, corrigiendo el viejo fuero, en el que se habían escrito "muchas cosas, que al presente no hay necesidad de ellas, y otras, que de la misma manera según curso del tiempo, y experiencia, están superfluas, y no se platican; y otras, que al presente nos son necesarias para la paz, e so-

(96) F. MASPONS ANGLASSELL, *El Dret Catalá*, Barcelona, 1954, I, p. 25.

(97) ALMEDA, loc. cit., pp. 22 y s.

siego de la tierra, e buena administración de la justicia, se dexaron de escribir en dicho Fuero, y se usa, e platica por uso, e costumbre". Reconocimiento claro de que la costumbre no se petrificaba al escribirse y ser convertida en ley recogida en el Fuero, sino que su ulterior evolución se imponía al texto escrito y con mucha más razón se anteponía al Derecho del reino que sólo era supletorio.

Ejemplo característico de costumbre contra ley después del último Fuero de Vizcaya, fue el de la prórroga del plazo señalado en la ley 3, tít. III del Fuero al comisario para realizar su cometido (98) y que, pese a la reiterada oposición a su eficacia del Tribunal Supremo, se impuso en la práctica vivida, tanto que ha terminado por ser recogida en el art. 19, § 2.º de la Compilación de Vizcaya.

Así, defender el Fuero era defender las costumbres y, por eso, nos dice Jado (99) que: "Celosos los vizcaínos por la conservación de sus leyes que no eran más que el reflejo de su Derecho consuetudinario, trataron de evitar ei que pudieran ser desvirtuadas en su aplicación y de aquí que llegasen hasta prohibir el que en los Tribunales se alegase contra ellas, imponiendo esa misma ley 3.<sup>a</sup>, tít. XXXVI, la multa de seiscientos maravedises y el pago de las costas de su defendido al letrado que *derechamente abogare* contra las leyes del Fuero." Es de subrayar en especial que la parte dispositiva de dicha ley comienza diciendo literalmente: "Con que las Leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleytos de Vizcaya, y Encartaciones siempre se prefieran a las otras Leyes, y Pragmáticas del Reyno, y del Derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare, y determinare, o se proveyere, sea en sí ninguno, y de ningún valor, y efecto: Y que aunque venga proveido, y mandado de su Alteza por su Cédula, y Provisión Real, primera, ni segunda, ni tercera jusión et mas, sea obedecida, y no cumplida, como cosa desaforada de la tierra...".

De esta ley el citado Jado (100) dice que importa mucho tener presente los preceptos que de ella se derivan, a saber: "primero, que las leyes del Fuero se han de aplicar según su tenor, haciendo abstracción de toda legislación ajena a ellas; segundo, que en el caso de que haya necesidad de acudir a la interpretación para conocer su sentido, debemos inspirarnos más que en el rigorismo del derecho en las costumbres, que informan el modo de ser especial de la familia y propiedad del infanzonado o tierra llana, ya que el Fuero *es más de albedrío que de sutileza y rigor de derecho*, como dice la ley citada; y tercero, que sólo en último término y también cuando haya que suplir las omisiones del Fuero debe acudir a las leyes del reino o derecho común".

En *Mallorca* vemos que ya se impone la costumbre contra ley en

(98) GREGORIO DE ALTUBE lo estudió con realismo en su citada conferencia "El paisaje como fuente de Derecho".

(99) RODRIGO JADO Y VENTADES, *Comentarios al Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900, II Parte, cap. III, p. 217.

(100) JADO, loc. cit., pp. 217 *in fine* y s.

el *styl* 11 de las *Ordinaciones*, para formar un cuerpo de Derecho autóctono preferente a los textos de Derecho común y del catalán como proclamó el Privilegio de Gaeta de 1493 (101). Tanto es así que, incluso después del Decreto de Nueva Planta, como ha escrito el jurista mallorquín Sureda (102), “en cada caso es preciso probar que nuestro Derecho contenido en franquicias, privilegios y ordenaciones, etc., está vigente y forma costumbre y Derecho consuetudinario”. Como tal el Tribunal Supremo (S. 29 enero 1883) reconoció vigencia a la comisión del marido a la mujer concedida en testamento para la designación de heredero, y (S. 14 noviembre 1887) a la donación universal con carácter de heredamiento. Incluso la vigencia del Derecho romano en Baleares en materia sucesoria después del Código civil, a pesar del texto de su art. 13, se fundó en su arraigo y efectiva aplicación (103).

11. La supremacía de la costumbre sobre la ley dentro de la necesaria racionalidad requerida para su validez, no creemos que dependiera única ni principalmente de la libertad del pueblo, que por otra parte requería su capacidad, conforme la doctrina que hemos visto recogida por Santo Tomás, sino del modo como debe juzgarse la racionalidad con una visión realista.

Palá Mediano (104) hace notar el hecho de que el pueblo aragonés “tuviera siempre plena conciencia de que por sus costumbres creaba y desenvolvía una norma jurídica, que él directamente era artífice de su Derecho, que haya llegado a ser típico de la gente aragonesa su exacto sentido jurídico. Y de aquí también que ante la pregunta de la teoría y la doctrina moderna acerca de cuál es el elemento de la costumbre que le da razón a su vigencia, hayamos de contestar que no es el elemento material de repetición de actos, sino el elemento ideal o intelectual, de tácito consentimiento y acuerdo de los ciudadanos lo que integra su razón de ser, su origen y, en definitiva, su elemento constitutivo. En pocos pueblos podríamos hallar en sus costumbres una mayor convicción jurídica”.

Percatémonos de que ese *animus* es una voluntad y un acuerdo general, pero presidido por una convicción jurídica.

Aclaremos también que la afirmación de la antes citada ley 3 del tit. XXXVI del Fuero de Vizcaya de que el Derecho consuetudinario recogido en el propio Fuero “es más de alvedrío, que de sotileza, et regor de derecho”, propiamente contrapone, lo mismo que Unamu-

(101) Cfr. LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1951, tit. I, cap. II, pp. 16 y ss.

(102) ENRIQUE SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*, en *Revista de Derecho Privado*, I, n. 2, noviembre 1913, pp. 39 y ss.

(103) Cfr. L. PASCUAL GONZÁLEZ, loc. cit., sec. V, pp. 73 y ss.

(104) PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 199 *in fine* y s.

no (105) expresa al comparar los Códigos “debidos en buena parte a la razón racionante de los juristas” y las costumbres “razón no escrita del pueblo manifestándose en los moldes de la vida”, y al observar “que no en vano simboliza las viejas libertades vizcaínas un árbol que hunde sus raíces en las entrañas de la tierra”.

El elemento volitivo, la voluntad general, el pacto entre el pueblo y el príncipe, evidentemente es importante en pueblos libres y capaces de acuerdo con la calificación tomista a este respecto, pero no lo podemos confundir ni con el pacto de Hobbes, del que brota Leviathan ni con el contrato social de Rousseau, del que nace una falsa soberanía popular, “el país elector, la masa caótica, —según palabras de Costa (106)— cuya misión se cifra entera en obedecer a aquellos a quienes ha constituido en órganos suyos despojándose de su soberanía”, el país elector “*servum pecus* sin personalidad propia que recibe credo y consigna de lo alto, que obedece sin derecho en ningún caso a mandar”.

Las dos diferencias que más esenciales nos parecen entre las concepciones de Hobbes y Rousseau, de una parte, y la concepción forjada en la Edad Media de la voluntad popular que crea costumbres y pacta su respeto con el Príncipe, estriba a juicio nuestro:

En primer lugar, en que para esta concepción antigua el pueblo era una comunidad organizada, conforme podemos ver precisado por Costa (107), por Torras y Bages (108) y por Prat de la Riba (109). El pueblo no estaba formado —según palabras del Obispo de Vic— “de innumerables individuos sin ligamen”. Mientras que con su análisis de los conjuntos humanos, Hobbes, como nos dice Michel Villey (110) en lugar de observar en ellos “su armonía intrínseca, como Aristóteles supo hacer, los descompone, los reduce a elementos singulares. Las sociedades son reducidas a sus átomos constitutivos, a sus causas generatrices; estas partículas elementales vienen a ser los individuos”. Individuos iguales, sobre los que Rousseau monta su contrato social, privados de historia, con lo cual sustituye el hombre concreto por el individuo abstracto y como tal ahistórico (111). En

---

(105) MIGUEL DE UNAMUNO, *Derecho consuetudinario de España*, I, Vizcaya, n. 2, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 88, 2.º sem. 1896, pp. 46 y s.

(106) JOAQUÍN COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., p. 175. Véase también *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, cfr. ed. Buenos Aires, 1945, pp. 121 a 125.

(107) COSTA, loc. últ. cit., p. 167.

(108) TORRAS I BAGES, op. cit., lib. I, cap. VIII, pp. 60 y s.

(109) ENRIQUE PRAT DE LA RIBA, *Psicología de las multitudes. La era de las multitudes*, en *Miscelánea jurídica*, n. 5, en *Rev. Jur. de Cataluña*, I, 1895, pp. 42 y ss.

(110) MICHEL VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, fasc. V, París, 1967, segunda parte, cap. I, A, pp. 655 y ss.

(111) Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Libertad abstracta y libertades concretas*, en *Verbo* 63, 156 y ss., y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, Madrid, 1968, pp. 122 y ss.

tanto que las comunidades organizadas, como las que constituían los pueblos de nuestras regiones forales, eran —según expresión de Prat de la Riba— “obra capital de innumerables generaciones, síntesis de progresos alcanzados a costa de sacrificios” y tenían como “condición indispensable el transcurso del tiempo”.

Hablando del “actual atomismo”, el mismo Prat de la Riba (112) afirmaba que: “La sociedad tal como la han puesto, a fuerza de amputaciones y mutilaciones los partidarios del Contrato, es la menor cantidad de sociedad posible, es un principio de anarquía, apenas contenido por el peso de un gran despotismo”. “El liberalismo —dice en otra miscelánea (113)— exageró desmesuradamente el principio de la individualidad humana, pero aniquiló las individualidades sociales, intermedias entre el hombre y el Estado; de esta manera hizo la parte del único poderoso, el Estado, y favoreció en último término eso que el hombre ha denominado, con manifiesta impropiedad, el principio socialista”.

En segundo lugar, el pacto de nuestros pueblos con sus reyes, que éstos renovaban al prestar juramento antes de comenzar su reinado, no sometía a los reyes ni el Derecho a la voluntad ómnimoda de la mayoría, sino a las libertades concretas, a los usos y costumbres del pueblo, constituidos con arreglo a un orden natural, que ni Hobbes ni Rousseau admitieron. Para Rousseau la voluntad general encarnaba de por sí la razón determinada por la opinión subjetiva mayoritaria, mientras en las regiones forales era una razón objetiva la que se debía encarnar en las costumbres populares para que éstas fueran válidas.

Por eso creemos que no es un planteamiento jurídicamente correcto discutir el valor de la costumbre en el terreno político, en el ámbito de la soberanía según se entienda que ésta reside en el pueblo o en el Príncipe. Esta contraposición la planteó Costa (114) cuando explicó que “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 manifestada por vía de costumbre, en dos grupos: uno, no obstante su exaltado monarquismo, admitía a 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”... “Nótese bien: el grupo de legistas y teólogos ilógicos, pero liberales, opinaba que si bien el rey es el órgano de la legislación, el pueblo es el señor del derecho, por donde, si una ley no conviene, la desusa y se da otra a sí propio en forma de costumbre; el segundo

---

(112) PRAT DE LA RIBA, *El sufragio universal inorgánico y el sufragio universal corporativo*, en *Miscelánea de Rev. Jur. de Cataluña*, T. I, 1895, página 371.

(113) PRAT DE LA RIBA, *El individualismo*, en *Miscelánea de Rev. Jurídica de Cataluña*, V, 1899, p. 40.

(114) COSTA, *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, pp. 119 y s.

grupo de juristas juntaba en su doctrina dos virtudes que faltan en la doctrina de los modernos: era lógico, puesto que sostenían que el pueblo no puede introducir costumbre contra ley en los Estados monárquicos absolutos, porque allí la soberanía reside en el rey, pero reconocía la potestad en él para introducirla en los demás Estados donde la soberanía reside en el pueblo”.

Pero, admitido un orden jurídico natural, no es en el poder de la voluntad donde debe buscarse principalmente el predominio de la costumbre sobre la ley.

Almeda (115) al tratar de dar explicación a la fuerza obligatoria de las costumbres, y de mostrar por qué los actos productores de la costumbre hacen de ella ley, comenta:

“Inútilmente se buscaría la solución del problema en las necesidades y abstracciones de una opinión que establece la naturaleza racional como primera regla del bien, que proclama a la razón autónoma legisladora de sí misma...

”Con semejantes idealismos se entroniza el antojo individual, se suprime la razón firmísima del discernimiento de lo bueno y lo malo, se quita toda estabilidad a los juicios morales, base de los jurídicos, se imposibilita radicalmente la unidad de conciencia, se destruye el fundamento del orden y con él la sociedad que de él y por él existe, después de proclamarse el absurdo de hacer a cada uno regulador imperativo de sus acciones y de su libre albedrío.

”Desde luego la costumbre como fuente de Derecho es inconciliable con dicha opinión porque nunca resultará de ella una regla obligatoria. La observará y la rechazará quien quiera, si no se le aplica la coacción externa de la autoridad pública que manda observarla, y así se para en la supresión de las costumbres como fuente del Derecho para conceder esta condición única y exclusivamente a la ley. En último término se labra el pedestal del cesarismo.”

La costumbre requiere, pues, el *consensus* de una comunidad orgánica constituida, no de una suma de individuos contada en un momento dado, y ese *consensus* se funda no en un racionalismo idealista abstracto, sino en una racionalidad sentida y vivida. Pero, el modo de comprender esa racionalidad y por qué ésta de por sí confiere a la costumbre primacía sobre la ley, lo vamos a ver enseguida al analizar qué debe entenderse por “ordenación racional”.

12. No hace mucho apareció a la luz, en una revista francesa, un trabajo del profesor de Filosofía de Lieja, Marcel de Corte (116) en el cual se ocupa de la definición tomista de la ley. Del mismo nos interesa el epígrafe que dedica a su carácter de *ordenación racional*. Su examen, por una aparente paradoja, nos ayudará a comprender por qué la costumbre de un pueblo orgánicamente constituido puede

(115) ALMEDA, loc. cit., pp. 20 y s.

(116) MARCEL DE CORTE, *Telle est la loi*, en *Itinéraires* 127, noviembre, 1968, pp. 297 y ss.

lograr esa ordenación racional en contacto táctil con la realidad mejor que un legislador en su gabinete envuelto en la galaxia gutenberiana de la lectura de sus libros.

La ley, según De Corte, y como ella toda norma, "no dimana formalmente de la voluntad, sino de la razón", pues "implica siempre la percepción y la determinación de las relaciones entre un fin a perseguir y los medios para alcanzarlo. Siendo así que captar y definir una relación es siempre un acto de inteligencia".

La ley es "norma y medida del ser y del obrar que sigue al ser"... "determina el orden de subordinación de las partes al todo en el ámbito del ser, y de los medios al fin en el de la acción".

"Tan sólo la inteligencia, facultad de lo real, puede alcanzar al ser de las cosas y el de los actos y deducir de su realidad respectiva las relaciones múltiples de los componentes que engloba. Sólo ella es capaz de objetividad tanto en el plano del conocimiento teórico como en el del conocimiento práctico. Del mismo modo en efecto que el verdadero conocimiento de las cosas pende de la noción de ser, sin la cual no habría posibilidad de conocimiento alguno en el orden del saber especulativo, del mismo modo el conocimiento objetivo de las acciones y de su sentido real depende del conocimiento del fin supremo, el bien real, principio regulador del saber práctico. Para alcanzar este fin real es preciso disponer objetivamente de los medios que su obtención exige. En otras palabras, es necesario adaptar objetivamente los medios objetivos al fin objetivo del hombre." Lo cual también "es oficio de la inteligencia. La norma del ser y la de la acción que llamamos ley, nos es así revelada por *la razón* que es la única capaz de descubrir el *orden objetivo de las razones* tanto en la ordenación de las partes al todo como de los medios al fin".

No cabe imaginar que "esta razón de la que dimana la ley sea la razón "autónoma", libre de todo vínculo con lo real, suprema "creadora de los valores"... "tal razón es un mito o una sinrazón". Mito, "porque una razón que no recibe de la naturaleza de las cosas su contenido inteligible *está constreñida a imaginarse* otro, para darse un objeto *ficcionario*, fabricado por ella. Ninguna razón puede funcionar sin objeto. Una razón desprovista de objeto, sueña. Si una razón no recibe del universo de los seres y de las cosas su objeto real, independiente de sí misma, no tiene otro recurso que darse un objeto que no existe sino en ella misma, una entidad mental, una abstracción que enseguida proyectará en la realidad como una forma en la materia maleable." Y la sinrazón dimana de que "es extravagante abandonar el camino de lo real, para vincularse en el del objeto imaginario que le es impropio y que hace retroceder la inteligencia humana al nivel de la imaginación" (117).

---

(117) Si no se acepta la norma de la realidad, es decir, del orden de las cosas, el voluntarismo se impone, ya sea con la desnudez de un nominalismo o con el disfraz de un idealismo. Igualmente, "el nominalismo y el idealismo presuponen un sujeto humano escindido en dos partes impermeables entre

“La ley es un *dictamen rationis*, un “dictado de la razón”, porque la razón lee e interpreta *conforme a la naturaleza humana*, de la cual es la función específica, los datos elementales inscritos en dicha naturaleza”... “Cuanto más se adueñe la razón humana de las reglas trazadas por la naturaleza, no de una manera exterior y formal imponiéndole su molde lógico, sino al contrario desposándose con todos los valores incluidos en el estado incoativo y latente en los primeros movimientos espontáneos del ser humano de modo tal que los conduzca a su punto de madurez, de flexibilidad y de armonía orgánica por su esfuerzo iluminado, tanto más natural se hace y a su vez deviene razonable en todos sus apetitos como en todas sus pasiones.”

La inteligencia, “facultad de lo universal”, ¿cómo puede alcanzar la realidad siempre singular de las cosas?

“Si se acepta que el único sujeto del conocimiento es el ser humano en carne y en hueso dotado de una inteligencia y de una sensibilidad indivisiblemente unidas en él, es fácil comprender que capta la existencia singular de las cosas por su sensibilidad mientras que aprehende, por la abstracción intelectual, un aspecto inteligible de las cosas en cuestión. Perfecciona enseguida su conocimiento de la reali-

---

sí: una sensibilidad que le pone en relación con los datos fluyentes del mundo sensible, y un pensamiento que, desde el exterior, dicta a estos datos exteriores su significación al aprisionarlos en los hilos de la ciencia que teje”. Así, con Rousseau, “nos encontramos con un nominalismo, un idealismo y un voluntarismo en estado puro”. El hombre en “estado de naturaleza” rousoniano “que goza de una independencia y una autonomía perfectas, desprendido de toda coacción, no sometido a nadie ni sometiendo a nadie tampoco, que goza de una felicidad perfecta”, no es sino “simplemente el yo, el individuo separado no sólo de todos los demás seres, sino del universo entero, replegado sobre su propio ser y contemplándose en el espejo de la toma de conciencia que tiene en él perfecta plenitud”... “impregnado de narcisismo hasta la médula”.

A este hombre, para el que “no hay deber ni ser, ni inteligencia que descubra el ser y ordene el deber, no le queda más que el libre deber de asociarse o no. Puesto que no existe moral, ni sociedad que sean la expresión de una naturaleza que el hombre no ha hecho y que no depende del querer humano, no le queda para salvar el yo de la alienación, sino una moral y una sociedad *convencionales, artificialmente construidas*, en las cuales cada asociado preserva su libertad y su igualdad originarias (su narcisismo constitutivo). Estas quedan inmunizadas de toda pérdida de sustancia, por “el contrato social”...”. “La voluntad del yo y la voluntad de todos coinciden. El yo individual y el yo colectivo no constituyen sino uno. La persona y la comunidad se identifican”.

“¿Cómo? En la *imaginación* y por el *totalitarismo* más dictatorial que quepa.”

Por la *imaginación*, pues “un pacto tal jamás ha existido y nunca existirá. *Lo propio de la sociedad concebida por Rousseau es no existir*. Es una quimera, una utopía extravagante”... “Desde el momento en que se parte del yo o del pensamiento separado de la realidad, es imposible alcanzar el ser. *No existe puente*, salvo imaginario, excepto por alucinación interna o provocada desde fuera”.

Por el *totalitarismo*, pues: “bajo pretexto de salvaguardar la independencia del hombre frente a otro y de suprimir todas las “alienaciones”, se le hace esclavo de un “todo”... ”.

Por otra parte: “¿Cómo puede haber contrato sin referencia al principio fundamental: *pacta sunt servanda?*”.

dad, atribuyendo en un juicio lo que ha concebido por la inteligencia a lo que ha percibido con los sentidos. No hay ninguna oposición entre los dos actos de concepción y de percepción. De por sí, el contenido inteligible de la realidad no es, en efecto, ni universal ni singular: expresa simplemente *lo que* la cosa es, su esencia o un aspecto de esa esencia. Únicamente, ese contenido inteligible existe en el pensamiento de un *modo* universal y en él ser extramental de un *modo* singular. No es lo universal como tal lo que es referido a lo singular. La tentativa está abocada de antemano al fracaso. En el contenido inteligible de la cosa lo que, en el juicio, es unido indivisiblemente por el sujeto consciente de la realidad percibida.”

Así se hacía en el Derecho foral, como expone Maspons Anglasesell (118) al recoger el concepto catalán de ley explicado por Tomás Mieres, tal vez la figura más representativa de la edad de oro del Derecho catalán: “Si vosotros me preguntáis qué es ley, yo os diré: ¿Os habéis fijado alguna vez en lo que hace el escultor al proponerse labrar una estatua? Recuerda cuáles son los procedimientos que emplea para obtener un éxito con el trabajo anterior, recuerda lo que hicieron sus maestros, qué es lo que la experiencia ha enseñado a sus padres, a sus amigos, a los demás escultores, y aleccionado con estos distintos pensamientos y con esta práctica, establece una conclusión y la eleva a norma de conducta: esa norma de conducta es la ley.” Y aún añade Maspons, tal vez exageradamente: “la ley no es ordenación, no es ejercicio de jurisdicción, es lección de experiencia, es fruto de colaboración hecha regla de acierto y defensa de conducta”.

La razón captará tanto mejor las reglas particulares y universales de la realidad cuanto más perfecta sea su percepción sensible de ésta, cuanto más se despose, como gráficamente dice De Corte, con “todos los valores incluidos en el estado incoativo y latente” y más llegue “a su punto de madurez” y de “armonía orgánica”.

Esa percepción y ese desposorio así fueron realizados en las regiones forales en la elaboración de las costumbres.

Oigamos cómo Palá Mediano (119) nos explica que el valor reconocido a la costumbre contra ley, “permite una renovación incesante del Derecho positivo para acomodarlo a la vida jurídica que es proterforme y progresiva”, y que los aragoneses hicieron “evolucionar su peculiar Derecho amoldándose a las necesidades de la vida y a las condiciones de clima, ambiente y situación”, que “mantuvieron ellos siempre la conciencia de un ordenamiento jurídico que les era imprescindible”... “Los notarios aragoneses, los letrados en sus más diversas actividades, hasta los leguleyos pueblerinos mantenedores de ciertos ritos y ceremonias con que se solemnizaban determinados

(118) MASPONS ANGLASELL, *La situación jurídica de Cataluña y la publicación de los apéndices al Código civil*, conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 15 julio 1918, cfr. en *Rev. Jurídica de Cataluña*, XXIV, 1918, p. 387.

(119) PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 192 y 195.

acontecimientos familiares, fueron depositarios hasta hoy de un tradicional modo de ser y vivir”.

Y respecto de Cataluña, según Maspons Anglasesell (120), decir: “Que el régimen catalán es consuetudinario, equivale a decir que reconoce de antemano la inutilidad de los esfuerzos para ahogar la naturaleza de las cosas con acuerdos legislativos apriorísticos.”

“... Cuando el hombre ha de tomar una resolución de trascendencia para sus intereses, lo primero que hace es pensarlo, acto eminentemente racional; además, el instinto de conservación le ordena observar lo que han hecho los otros hombres en casos parecidos, y qué resultados ha dado la manera como los han resuelto. Cuando ha observado y ha pensado, decide; acepta la solución avalada por las prácticas ajenas, o la modifica en lo que considera conveniente para asegurarse de su bondad en relación a su objeto. Y así se va formando la fórmula consuetudinaria, que mejor encaja con la siempre cambiante vida humana”. En esta labor, el pueblo fue guiado por sus notarios, según indica antes el mismo Maspons (121).

A su juicio (122), “un régimen consuetudinario es de mayor nobleza que los codificados por las leyes emanadas no de la experiencia, sino del racionalismo legislativo de un número reducido de hombres que, por buena que sea su voluntad, resuelven a base de teorías”. Y al respecto cita un texto de Tomás Mieres (123), en el que alaba la costumbre por cuanto establece la norma jurídica partiendo de la “convenientia rerum”, “de aquello que conviene a la naturaleza de las cosas que se han de arreglar”.

“Nuestro régimen, por lo tanto —concluye—, por el hecho de ser consuetudinario, sobrepone el realismo al racionalismo, el practicismo a la teorización, y, en suma, el impulso vital a las elucubraciones.”

Igual podemos decir en mayor o menor grado de las demás regiones forales. Las costumbres han encarnado la razón vital y la razón histórica del pueblo en continua tensión. Captadas por necesidad de la percepción de lo real, adaptadas, como medios que son a los fines, abstraídos de la naturaleza humana y en relación con la realidad concreta circundante; transmitidas oralmente por tradición de padres a hijos; vividas táctilmente en su aplicación práctica repetida, son fuente de experiencia y, gracias a ésta, de continua mejora.

(120) MASPONS ANGLASELL. *El Dret Català*, III, pp. 51 y s.

(121) MASPONS. loc. últ. cit., I, pp. 27 y s.: “En todo régimen de libertad civil —dice—, el notariado es principal cauce de la concreción de los pactos y de las reglamentaciones que originan la regla del Derecho y, por su medio, cada una de las instituciones de aquella regla”... “Si la costumbre se ha mantenido en constante evolución, sin desviarse se debe al notariado, no sólo en tiempos pasados, sino en los actuales, pues las nuevas formas de las instituciones que enriquecen nuestro fondo jurídico, son obra de nuestros notarios, de los compenetrados con la tierra, no por teórico estudio, sino por ancestralismo o identificación personal”.

(122) MASPONS, *ibid.*, III, p. 52.

(123) TOMÁS MIERES. *Apparatus super Constitutionum collationem*, capítulo II, n. 39.

13. Partiendo del concepto de racionalidad, que hemos visto esbozado, no hay entre ley y costumbre la antítesis que se plantea entre ambas, si se arranca de una concepción voluntarista del Derecho.

Así pudo concluir el *Usatje* “*Una quacque gens*” que: “Institució de equitat es doble: ara en ligs, ara en costumes.”

Y así, en el concepto de Derecho positivo que nos ofrece el jurista catalán del siglo XIV, Juan Tarré o Guido de Perpiñán, que nos cita Elías de Tejada (124), caben lo mismo la ley que la costumbre; pues: “dicitur ius positivum, quis ponitur a recto iudicio rationis, prout congruit et utile reperitur ab intellectu practico hominis stantentis”.

“Sería erróneo —dice Camps i Arboix (125)— suponer que entre la costumbre y la ley hay una incompatibilidad latente. Al contrario, una es complementaria de la otra, porque la mejor ley, como hemos insinuado citando a Cujás, será aquella que tenga en la costumbre su origen y asimile la substancia propia de la costumbre.”

La cita de Cujás, es un díptico: “*Quid consuetudo? Lex non scripta Quid lex? Consuetudo scripta.*”

Veamos, ahora, cómo se armonizaron ley y costumbre en las regiones forales, comenzando por percibirlo en el ámbito de la promulgación de las leyes.

La promulgación de una ley podía obedecer a varias razones.

1) *Imponer una conclusión de Derecho natural necesario* que viniera siendo incumplida, o bien derogar una costumbre contraria al mismo. Función que el mismo Costa (126) reconoce al indicar la existencia de un orden de relaciones jurídicas de Derecho necesario, obligatorio, que afecta a la esencia de la institución, que no puede revestir sino una forma única, y respecto de la cual el Estado, supremo regulador y fiador del Derecho natural y de las buenas costumbres, impone una determinada conducta a las personas privadas.

No olvidemos que, como en el siglo XV escribió el jurisconsulto catalán Socarrats (127), “consuetudo iniusta”, es decir, “quando contradicat iure divino, naturali vel gentium”: “non enim tunc consuetudo appellatur, sed usurpatio”.

2) *Resolver casos dudosos o controvertidos*. Así, respecto de Aragón, nos dice Palá Mediano (128) que en la redacción de muchas

(124) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento político catalán*, T. I, *La Cataluña clásica*, Sevilla, 1963, cap. IX, p. 188, indica que recoge esta cita del carmelita Fray Bartomeu F. M. Xiberta, “De doctrinis theologicis magistri Guidonis Terreni”, en *Analecta Ordinis Carmelitarum V* (1923), pp. 314-315, que la transcribe del “*Commentariorum super Decretum*”, de Terrés, manuscrito latino vaticano 1453, fol. 1 vto.

(125) CAMPS I ARBOIX, op. cit., I, p. 35.

(126) COSTA, *Forma que debe revestir el Código, derivada del principio foral standum est chartac...*, en *La libertad civil...*, cit. cap. IV, 2.º, pp. 102 y s.

(127) IOANNE DE SOCARRATIS, *In Tractatum Petri Alberti, canonici barcinonensis, de consuetudinibus Cathalonie inter Dominos et Vasallos... commentaria...*, Barchinonae, 1551, cap. 47, n. 46, p. 483.

(128) PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 197 y s.

observancias puede reconocerse “que son reglas extraídas directa e inmediatamente de decisiones judiciales, a las que se alude en el caso concreto” y “las respuestas o declaraciones de Fuero que el justicia mayor y, después de 1528, su Consejo daban cuando eran consultados por los jueces y otros oficiales sobre los casos dudosos.

3) *Aclarar la inaplicabilidad de preceptos de Derecho romano* que los jueces o juristas quisieron aplicar y que contrariaban usos o costumbres autóctonos o a la utilidad o conveniencia del pueblo (129). Así fueron, v. gr., las Constituciones que fueron separando la legítima catalana de la gótica y de las romanas.

4) *Solucionar los supuestos en que no había una communis opinio en el pueblo* y la discordia había surgido. Es el supuesto de las Concordias. Famosa, al respecto, es la de Guadalupe con la cual Fernando el Católico resolvió el problema de los *remensas*.

Es de notar que en estos cuatro casos —como ha dicho Maspons Anglasesell (130) hablando de Cataluña, pero que es extensivo a las demás regiones forales, según hemos visto al examinar los respectivos fueros, privilegios y costumbres que el Rey juraba al posesionarse del reino—: “el concepto catalán de ley es el de pacto, no tiene los caracteres de ley lo que no es pacto entre el gobernante y los gobernados, y así, en efecto, no se cansan de repetirlo desde Montjuich, Callis con los Vallseca a Cancer, Miguel Ferrer, Oliba, Juan Pedro Fantanella y los que les sucedieron hasta 1714”... “La ley es un pacto que como pacto está por encima de la potestad del Rey y aun por encima de la potestad de las Cortes.” Y como muestra práctica de esa colaboración en la búsqueda de la solución racional, que también hallamos en las otras regiones forales, incluso cuando el Rey concedía privilegios, “lo que hacía era coger el texto mismo de las peticiones de los que se lo demandaban, y ponerle la cabeza y una sanción final”. Y así se comprueba “la colaboración constante del elemento popular” y “de una manera explícita o implícita se reconoce que la ley es el resultado de esta conjunción, que el Derecho nace precisamente de la actuación popular más que el pensamiento de los legisladores”.

5) *Actuar como razón escrita, ofreciendo al juez un cuerpo de soluciones* para buscar entre ellas la más adecuada al caso a resolver. Fue así en especial en la aplicación subsidiaria del Derecho canónico y el Derecho romano en Cataluña y en Navarra.

En Cataluña, la Constitución de Felipe II en las Cortes de Barcelona 1599 (Const., lib. I, tít. XXX, ley única, cap. 40), después de ordenar a los Doctores del Real Consejo que decidieran y votaran las causas seguidas en la Real Audiencia “conforme y segons la disposició dels Usatjes, Constitutions y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rosselló y Cerdanya”,

(129) Respecto Aragón, cfr. PALÁ, loc. cit., pp. 192 y s.

(130) MASPONS ANGLASELL, *La situación jurídica de Cataluña y la publicación*, en *Rev. Jur. de Cataluña* XXIV, 1918, pp 382 y ss.

previno que “y en los casos que dits Usatjes, Constitutions y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la disposició del Dret Canonic y, aquell faltant, del Civil y Doctrines dels Doctors, y que no les puguin decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a las reglas del dret comú, y que aporten los Doctors sobre materia de equitat”.

Notemos así, que tanto el Derecho común como la doctrina de los autores, rigen como pauta de equidad, frente a la tendencia que podríamos llamar de Derecho libre. Maspons Anglasesell (131) advierte al respecto que: “Con el Derecho romano ha ocurrido lo mismo que con los grandes inventos realizados en las artes y en las ciencias: cuando el invento ha sido útil, prescindiendo de leyes y de aleccionamientos oficiales, ha sido acogido en todas partes, y donde ha penetrado se ha mantenido. Es un Derecho al que se llamó pronto “razón escrita”, y por teorías y sistemas que después se hayan querido hacer prevalecer, nunca ha habido alguno que lo haya superado, porque ninguno ha expresado como él las soluciones del sentido común”... posee con esta alta cualidad, “la de contener un aparato de aplicación las reglas jurídicas tan completo, adaptable y a la vez previsor, que nadie lo ha podido arrinconar por deficiente o anticuado. Si de una parte es la razón escrita, de otra es su instrumento de realización más eficiente”.

El mismo sentido parece que debe darse a la aplicación, como suplementario, del Derecho común, es decir, del Canónico y el Romano, a Navarra por la Ley decretada en Pamplona en 1576 (Ley 1, tít. III, lib. I de la Novísima recopilación navarra), a petición hecha para que “a falta del Fuero, y leyes de este Reino, se juzgue por el Derecho común como siempre se ha acostumbrado”.

6) *Recoger y escribir los usos y costumbres, formulándolos depurados y ordenados.* Costa (132) indica que en estos casos el legislador ha recibido el contenido jurídico de las leyes “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”.

Es el caso en Cataluña de los “Usatjes” y las “Comemoracions d'en Peré Albert”, el “Llibre del Consolat de Mar”, el “Recognoverunt Proceres”, las “Ordinacions d'en Sanctacilia”, el de las numerosas compilaciones de “styls” y “costumas” en Mallorca, de las “Observancias” en Aragón, del Fuero de Vizcaya en sus dos versiones, etc.

Notemos que Socarrats (133) observó a las compilaciones de costumbres, siguiendo en esto la opinión de Baldo “quod licet sint in scriptis redactae, debent tamen dici ius consuetudinarium: quoniam scriptura non inducit, sed quod prius erat in scriptura radigatur”,

(131) MASPONS ANGLASELL, *El Dret català*, I, p. 24.

(132) COSTA, *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, p. 126 .

(133) SOCARRATS, op. cit., proemio, nn. 6 y 7, p. 6.

y “quod ad eius observantiam, et ut melius possit teneri menti, potest redigi in scriptis ad memoriam eius: et nihilominus dicit consuetudo”. De lo que dedujo que esas compilaciones no debían ser glossadas ni debían aplicarse por interpretación extensiva, “quia consuetudo, quantum habet de actu, tantum habet de potentia, et non plus”, y “quia consuetudines non recipiunt extensionem ultra id, quod agitur”.

La importancia y el valor de las compilaciones de costumbres nos han sido explicados por Maspons (134).

“La concreción notarial del acto consuetudinario deja aislada la fórmula resultante; la compilación al recogerlo y darle publicidad, la pone al alcance de los futuros actuantes. La conjunción de estos elementos muestra prácticamente la continua formación del régimen.

”La compilación, en realidad, no recoge la forma individual de la costumbre, sino la síntesis que deriva de una serie de repeticiones individuales. Así como la concreción notarial expresa el acto generador puro, la compilación expresa la lección o ejemplo que, mediante la repetición, convierte el Derecho no escrito en Derecho escrito. Al escribir la costumbre se tiende a anquilosarla, pero a la vez se le da una estabilidad que no es la del agua que mana constantemente de la grieta de una roca, sino la del agua recogida en un estanque, con la utilidad que no tendría si quedara desparramada por la tierra.

”Esta comparación da idea de las ventajas y peligros de la compilación. El agua no recogida es la de más valiosa virtud fecundante: el sentido popular lo ha consagrado al decir que para encontrar buen agua hay que ir a la fuente; pero al mismo tiempo, es la más difícil de aprovechar, porque, al ser recogida, suele mezclarse con gérmenes extraños y fácilmente se corrompe.

”Este inconveniente de las compilaciones consuetudinarias se salva del mismo modo que se aprovecha el agua recogida en un estanque, esto es, no dejándola estancada sino el tiempo necesario para aprovecharla...”; “las compilaciones están integradas por preceptos que se presume reguladores de cada caso concreto, mientras no se pruebe lo contrario; admiten prueba en contra...”; “las costumbres compiladas, aunque estén escritas, se hallan en constante evolución, de hecho y de derecho, porque la presunción puede ser destruida...”.

Maspons exalta la flexibilidad que resulta de esas compilaciones de costumbres, nosotros queremos llamar la atención sobre el equilibrio de percepción sensorial que jurídicamente significan: la pauta visual, ordenadora de su texto leído, se completa con su explicación oral tradicionalmente transmitida y con la tactilidad vivida prácticamente, con la que constantemente debe ser cotejado aquel texto.

14. Acabamos de ver que, en el sistema jurídico vivido en nuestras regiones forales, el nacimiento y la derogación de las leyes se conjugaba con las costumbres. Debemos también destacar que si la costumbre puede ser germen o muerte de una ley, es siempre la que

(134) MASPONS, op. últ. cit., I, pp. 28 y s.

le confiere la vitalidad y expresa su sentido en el sistema equilibrado que constituyó la base de los Derechos de estas regiones.

Varios principios expresan esta realidad: "*Leges sine moribus, vanae profiscuntur*", "*Leges nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptae sunt*" (Dig., I-III, 32), "*Leges moribus coalescunt*" (San Isidoro, cap. I, dist. 1), y "*Optima est legum interpretes consuetudo*" (Dig. I-III, 37 y Decret. I-VI, Cum dilectus, cap. 8).

Costa (135) nos recuerda la afirmación del doctor Navarro, Martín de Azpilicueta (136): "*Lex antequam recipiatur, saltem per maiorem partem civitatis, cuius pars transgressor non ligat*". Y Maspons (137) la del jurista catalán clásico Juan Pablo Xammar "*Lex usu non receptam non ligat*".

Tal vez, en parte, alguna pudo decirse mejor que en los regímenes forales, como Juliano, en el citado frag. 32, § 1.º, inc. 2.ª, Dig. I-III, que "*Nam... ipsae leges nulla alia ex causa non teneant, quam quod iudicio populi receptae, sunt...*".

Siendo así, es lógico que la interpretación de las leyes que debe prevalecer es aquella vivida en las costumbres. Es algo que muchos juristas actuales olvidan al tratar de interpretar textos de Derecho foral, ante los que se aíslan en su galaxia gutenberiana, olvidando que se debe buscar su sentido sumergiéndose en su vivencia táctil. En cambio, los prudentes romanos en sus respuestas lo tuvieron muy en cuenta. Así, Paulo (Dig. I-III, 23): "*Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*"; y el mismo (Dig. h. t., 37): "*Si interpretatione leges quaeretur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro ei eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretes consuetudo.*"

"A la costumbre —dice Almeda (138)— debe también la ley con, sin y en contra de su voluntad su aplicación, siendo por ello su perfeccionadora. La interpreta si es ambigua, oscura y equívoca o adolece de cualquier defecto que pueda hacer incierto su sentido; fija el relativamente verdadero si es susceptible de varios y robustece su fuerza y eficacia en cuanto asegura su aceptación por el pueblo."

Y como dice poco antes (139): "La costumbre vive y vivirá con la ley para juntarse en un supuesto, como dos fieles amigos en liga de perpetua paz y conformidad, si la ley cumple su misión esencial, y vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como Juez, si no cumple su misión."

"Debe la ley ser ordenada al bien común, y constituyen sus atri-

(135) COSTA, *La ignorancia*, cap. IV, p. 129.

(136) MARTINI AB AZPILICUETA, doctoris Navarri, *Consiliorum et responsarum*, Lib. I de constit., consil 1.ª, § 23; ed. Colonia, 1616, p. 5.

(137) MASPONS ANGLASELL, *El Dret comarcal i el renaixement del Dret civil catalá*, en *Varietats comarcals del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1934, pp. 343 y s.

(138) ALMEDA, loc. cit., p. 24.

(139) *Ibid*, pp. 23 y s.

butos indefectibles la honestidad, la justicia, la posibilidad, la necesidad, la utilidad, la conveniencia con los usos y prácticas del pueblo que ha de regir y con el tiempo y lugar en que ha de regir. Can. II, Dist. IV.

"Si la ley es todo eso, se inspirará en la costumbre y a la costumbre deberá su prosperidad y gloria.

"Si la ley no lo es, la costumbre no será su compañera, sino su enemiga, no la ayudará, sino que será su condena y lazo de perdición."

Durán y Bas (140) lo proclama: "La antigüedad ha dicho: *quid iuris sine moribus?* Y el derecho cosmopolita en vez del derecho nacional, la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo, opuestos al desenvolvimiento de la civilización nacional. Y cuando la idea de la humanidad sustituya a la de nación; cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias, ni se identificará con los sentimientos del país; y el tiempo presenciará, como mero testigo, los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación, con su acción fecunda. De Maistre lo había dicho: «el tiempo no respeta sino lo que ha fundado».

15. El equilibrio de las fuentes en los regímenes forales se mostró también en la aplicación judicial del Derecho.

La linealidad propia de la percepción visual de la letra impresa y de la lógica formal no podía ser compatible con la percepción plena de la realidad en su conjunto y en el caso concreto planteado, característico, como vimos antes, de los Derechos forales.

El método empleado era el de confrontación de argumentos más que el deductivo. Ello daba, sin duda, una gran importancia al arbitrio judicial. Lo indica la llamada que la Compilación de Huesca de 1247 hacía al sentido natural y a la equidad, en lo que el Fuero no fuese suficiente, que ha dado "una gran fluidez en la vivencia de la norma supletoria" (141). Lo mostraba el procedimiento catalán propio, que conforme explica Maspons (142), "juzga, como dicen las *Constitucions* «per equitat a bona rao», y que exige como «conditio sine qua non», una compenetración con la vida y las instituciones catalanas".

Este último autor recuerda que en la vieja organización judicial catalana el juez no actuaba sólo, sino con la cooperación de dos abogados llamados "setmaners", y de modo tal que "esta especie de arbitrio judicial encarnaba el sentido de la vida; si los magistrados

(140) DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en *Escritos I*, p. 367.

(141) Cfr. PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 201 *in fine* y s.

(142) MASPONS, *El Dret català*, I, pp. 34 y s.

juzgaban según ley, los abogados «setmaners» representaban la fuerza de los hechos, de las «conjecturas», como decía el lenguaje de la época, o sea de las circunstancias de cada caso...”.

Ni la letra de la ley, ni las sentencias anteriores podían impedirlo.

El profesor Elías de Tejada (143) observa esta mentalidad en pleno vigor en Raimundo Lulio:

”En la perspectiva de Llull el Derecho natural y la justicia coinciden por entero. Incluso en las aplicaciones más menudas en las sentencias judiciales, porque la «justitia e. ens. cum q. iudex iudicium recta causat». El Derecho positivo aparece sin excepción siendo «subditum iure naturali» porque toda su capacidad de justicia consiste en la medida en que se acomode a los preceptos del derecho natural.

”La conclusión sería, y Llull la deja entrever con la terminología del siglo, transformar al juez en legislador en cuanto intérprete directo del Derecho natural. Las escuelas modernas de la libre jurisprudencia tienen en Llull un predecesor de Hermann Kantorowicz, en la proporción en que Llull no se aparta jamás de la vigencia del Derecho natural a lo escolástico y en que la libertad de juicios que concede al juez consiste en que estima acertará si juzga a tenor del Derecho natural con preferencia a las normas del Derecho positivo, ya que éste es justo según asuma al primero: «iudex possit plus agere d. bono cum iur. naturali q. cum positivo», son sus palabras terminantes.

”Los esquemas y los árboles [empleados didácticamente por Llull] concluyen así en la máxima de las libertades judiciales, en equiparar al juez con el legislador como paralelos intérpretes del único Derecho verdadero, para Llull el Derecho natural...”.

Sin embargo, en Derecho catalán, la jurisprudencia, como ha subrayado Maspons (144), “no tiene más fuerza que la de una orientación, algo así como de buen consejo; en un régimen en el cual todo gira alrededor de la finalidad suprema de asegurar la máxima justicia, mejor se diría la máxima equidad, en la resolución de cada contienda, no es posible admitir que sea norma suprema de juzgamiento el apriorismo de una interpretación apriorística”.

Y pone como ejemplo que Tristany, al final de sus *Desiciones*, publicó como corolario del estudio el célebre prólogo de Francisco Llampillas, en el cual se previene a los que le lean y estudien que no imiten a las aves aquellas que estúpidamente vuelan en una dirección determinada sólo por que delante vuela otra que va hacia ella. Este consejo—prosigue Maspons—ensarta un hombre que a la sa-

(143) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento político catalán*, vol. II, *Mallorca y Menorca clásicas*, Sevilla, 1963, cap. VI, pp. 168 y s.; que cita el “*Ars juris naturalis*”, de Ramón Llull, de 11 vt<sup>o</sup> b a 13 b.

(144) MASPONS, *La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Rev. Der. Privado*, VII, 1920, pp. 100 y s.

zón era Fiscal General en Cataluña, en el frontispicio de la Colección más completa de jurisprudencia catalana que se conoce; y Peguera, que en la jerarquía actual tendría la categoría de Presidente del Tribunal Supremo, es precisamente en su colección de *Decisiones*, donde dice que si dadas las circunstancias de un caso concreto resultase una iniquidad aplicar un texto, debe prescindirse del texto y aplicar la equidad del fallo”.

Así “hay uniformidad de doctrina”, referida “a hacer imposible que el legalismo imposibilite la justicia imponiendo criterios apriorísticos”.

En otro trabajo, pero a este mismo objeto, Maspons (145) cita un texto de Tomás Mieres y otro de Luis de Peguera:

”En sus célebres comentarios a las constituciones, dice Mieres que cuando hay razones de necesidad o de alta conveniencia—merecen especial atención estas palabras de *alta conveniencia*—es lícito dejar de aplicar una ley, porque su aplicación produciría una injusticia, y que entonces lo que procede es saltar por encima de esta ley constituida y empezar a constituir una ley nueva porque es preferible barrenar una ley que imponer una injusticia.”

Y Peguera dice que las leyes suelen dictarse en términos de generalidad, y que, como la vida se traduce en hechos completamente distintos unos de otros, puede ocurrir que este concepto de generalidad, al aplicarlo a casos concretos, produzca una injusticia, y “entonces—dice— sería una gran iniquidad—*esset iniquum*, usa textualmente la palabra iniquidad— aplicar el Derecho constituido; hay que aplicar un Derecho nuevo”.

Hay uniformidad, dice también Maspons (146): “en no dar valor a la invocación de las sentencias anteriores, más que en caso que pueda probarse que han constituido costumbres; la hay en afirmar que la doctrina de una sentencia es tan estricta que no se extiende de un caso a otro, o, como dice Fontanella, que no se extiende *ultra quam importat sonus*”.

Arte de juzgar que hoy, como dice Di Pietro (147), “muchas veces se ha visto comprometido por la abstracción racionalista de concatenar sintéticamente una suma de fichas jurisprudenciales, a las que se consideran datos de experiencia aplicables al caso concreto”.

Y hay también uniformidad: “en reconocer la fuerza de las *conjecture*, de las circunstancias del caso; la hay en reconocer la importancia decisiva de los hechos...”: “según la admirable frase de Fontanella, *minima mutatio facti mutat totum ius*; nuestro Derecho, sobre toda otra consideración, humanísimo y realísimo, incompatible con la preponderancia del formulismo y de los doctrinarismos legales, parte

(145) MASPONS, *La situación jurídica de cataluña...*, en *Rev. Jur. de Cataluña* XXIV, 1918, pp. 385 y s.

(146) MASPONS, *La perturbación...*, loc. cit., p. 101.

(147) DI PIETRO, *Verbum iuris*, cap. VI, 3, p. 94.

de la base de que así como no hay dos enfermos iguales, no hay dos conflictos iguales...”.

El modo de razonar de los jueces y juristas era tan diverso del deductivo, tanto tiempo de moda que hoy, como Martí Miralles (148) advirtió: “para decir alguna cosa nueva en materia referente a nuestro Derecho civil se ha de acudir forzosamente a los libros viejos” y “si se quiere llevar adelante el estudio de nuestra jurisprudencia se ha de volver muy atrás para profundizarla, porque los libros nuevos, en su generalidad, son mucho más a propósito para engordar bibliotecas que para ilustrarnos y hacernos progresar en el estudio del Derecho”. Ya que los autores modernos “demasiado inspirados por el método didáctico o sintético, no llegan tan lejos como los antiguos cuando se trata de desentrañar problemas tan minuciosos...” (149).

En esto, el Derecho foral, acentuando la tradición romano-canónica del Derecho común, había seguido la pauta filosófica trazada por Aristóteles, el arte jurídico realizado en la Roma clásica en los edictos del Pretor y en las respuestas de los Prudentes, el método precisado y desarrollado por Santo Tomás de Aquino. Para el Aquinate la práctica del Derecho es un arte dinámico que busca la solución justa; su norma suprema debe hallarse en su adecuación al orden de la naturaleza, siempre objeto de permanente búsqueda.

La racionalidad apreciada no de modo ideal, *in abstracto*, sino en el orden de las cosas y en su aplicación a cada caso concreto, era lo que determinaba la solución. Esta podía llegar, sea directamente del texto de la ley o de la costumbre; o bien, indirectamente, a través de los razonamientos, en los que se usaba de la confrontación y la ponderación de opiniones —no en vano la Justicia suele ser representada con una balanza en la mano— más que de la deducción silogística.

De ese razonar ponderado, que sopesa todos los elementos en juego, que compara, mide, distingue y subdistingue, parte y reparte, hizo todavía en nuestro actual siglo uso en toda su obra Martí Miralles, continuando la vieja tradición del Derecho común. Con método que huye tanto del racionalismo puramente deductivo como del empirismo romo sin principios ni perspectivas, y lo mismo del doctrinarismo puramente teórico como del positivismo legalista que no sabe despegarse de la norma; que pone cada cosa en su sitio y todo lo valora de conformidad a ese orden (150).

El peligro de la racionalización moderna, que hoy, según obser-

(148) JUAN MARTÍ I MIRALLES, *Principis del Dret successori*, VII, *Lecture, Consideracions finals*, ed. Barcelona, 1924, p. 440, y ed. Madrid, 1965, pp. 319 y ss.

(149) MARTÍ MIRALLES, op. cit., III, Lect., ed. cit., p. 108, y ed. cast., página 102.

(150) Cfr. nuestro homenaje, con ocasión al centenario de su nacimiento, en la Academia de Jurisprudencia de Barcelona, el 25 noviembre 1966: JOAN MARTÍ MIRALLES y sus *Principis del Dret Successori*, publicado en *Anuario de Derecho Civil*, XIX-IV, pp. 846 y ss.

va Di Pietro (151), da lugar a que “la administración judicial se configure como la realización de una cada vez más creciente labor mecánica”, porque “si se ha perdido el *lumen* del *verbum iuris*, si éste se ha vuelto un «ente de razón» como significación y es *neutro* su dinamismo, ello arroja el resultado de que más que instrumento de glorificación la palabra se ha vuelto uno de los medios de la mecanización cada vez más frecuente que aprisiona al hombre de la edad oscura”. Con el riesgo de que “El «Dios ha confirmado» de la «addictio» del pretor” sea hoy reemplazado por «el cerebro lo ha dicho» de la máquina electrónica”.

Sin embargo, no puede negarse que el estilo antiguo ha vuelto a ser propugnado en importantes sectores de la doctrina más reciente. Tanto en cuanto al uso de los instrumentos normativos, como en cuanto al método. En efecto:

Respecto de la utilización de las normas de Derecho, el Profesor Michel Villey (152) vuelve a insistir en que la ley escrita no es el Derecho, sino tan sólo uno de los instrumentos para hallar en cada caso la solución justa, “*alicualis ratio iuris*”, sin supremacía sobre los demás instrumentos; pues, en cada caso, el mejor es aquel que lleva a la solución más adecuada.

“La respuesta —ha escrito el mismo Villey (153)— no se deduce mecánicamente de la regla legal: *Non ex regula ius sumantur*, dice el jurisconsulto romano; no se sigue la ley, sino que con ella se ayuda inteligentemente, sin ser esclavo del enunciado. Como el arquitecto se ayuda con las leyes de la matemática.”

En cuanto al método, el de la vieja escuela jurídica de las regiones forales, completamente adecuado a ese uso ponderado y equilibrado de los instrumentos normativos, vuelve hoy a cobrar actualidad. Es sabido que Aristóteles en su *Organon* desarrolló un método deductivo, silogístico, formal; que Descartes comenzó a tratar la Filosofía de modo geométrico, como Spinoza enunció en el título de uno de sus libros; que Leibnitz imaginó el método jurídico al estilo euclidiano, y que este método ha sido seguido, sobre bases diversas, por los juristas de la Escuela moderna del Derecho natural, por todo el racionalismo jurídico y por la dogmática conceptual. Sin embargo, muy recientemente, se ha vuelto a repensar que era más adecuado al Derecho otro método, también explicado por Aristóteles, en su *Retórica*, en su *Tópica*, en sus *Refutaciones* a los sofistas, que fue el seguido por los jurisconsultos romanos, por Santo Tomás de Aquino y, en general, por los autores de Derecho común. Método de confrontación de opiniones contradictorias, que hay que sopesar,

(151) DI PIETRO, loc. últ. cit., pp. 92 y ss.

(152) MICHEL VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, fascículo III, París, 1963-1964, segunda parte, cap. III, B, pp. 37 y ss.

(153) M. VILLEY, *Abrégé du Droit naturel classique*, III, 2.º, en *Archives de Philosophie du Droit*, pp. 63 y ss., y en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 2.ª ed. París, 1962, pp. 165 y s.

para hallar la más adecuada. El renacimiento científico de ese método para su aplicación al Derecho, ha sido especialmente divulgado en estos últimos años por Viehweg (154), por Perelman (155), por García Baca (156) —al distinguir éste la lógica y la estructura razonable o logoiide de un dominio de los objetos, que es la que estima más adecuada al Derecho—, por Recaséns Siches (157), con su doctrina de *logos de lo humano* o de lo razonable, por Michel Villey (158), etcétera.

16. La pregunta que surge al concluir este análisis de las viejas fuentes del Derecho foral es la misma que se plantearon los juristas de fines del siglo pasado y principios de éste, ante la aplicación a estas regiones de los artículos 5 y 6 del Código civil.

Cegadas sus fuentes legislativas autóctonas por el Decreto de Nueva Planta, el Derecho de las regiones llamadas forales mantenía su vitalidad por la fuerza del Derecho consuetudinario. Impuesta la jerarquía de las fuentes con prelación de la ley y proclamada la ilegalidad de toda costumbre contra ley, quedó la duda de si la prohibición de la misma se circunscribía a la ley general o si se extendía también a la de Derecho foral, produciéndose una subversión en sus propias fuentes y, a la vez, un total anquilosamiento de su derecho escrito, privado así de la vitalidad renovadora y de la adaptabilidad a las nuevas circunstancias características de la costumbre. Hoy las Compilaciones siguen claramente la pauta de estos artículos 5 y 6 del Código civil, y la renovación por la costumbre, sin herir a dichos textos, sólo puede ser alcanzada con la interpretativa *secundum legem* y por la *praeter legem*. Es decir con la que sea derogatoria o modificativa de costumbres y usos anteriores en el escaso ámbito que las compilaciones dejan a unas y otros.

Sin embargo, si el pueblo tiene esa vitalidad propia que se traduce en sus costumbres peculiares, no es fácil que la ley las venza, aunque la aplicación de ésta la impongan los Tribunales en los casos que se les sometan. Hay una presión, una coacción, una represión social que expulsa al miembro que use de la ley contra las costumbres

(154) THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, vers. en castellano, Madrid, 1964.

(155) CHAIM PERELMAN, *Le raisonnement juridique*, en *Etudes Philosophiques*, 1965, 2, p. 135, y en *Raisonnement juridique et Logique juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit* XI, 1966, pp. 10 y ss.

(156) JUAN-DAVID GARCÍA BACA, *Planes de Lógica jurídica*, en *Studia Juridica*, n. 2, en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958, páginas 13 y ss.

(157) LUIS RECASÉNS SICHES, *Logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1964-1965, pp. 11 y ss., donde precisa la tesis que ya había expuesto en 1956 en su cit. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*.

(158) M. VILLEY, *Liminaire a la Logique du Droit. Données Historiques*, en *Archives de Philosophie du Droit*, XI, 1966, pp. VII y ss.

vividas de verdad. Así lo entendieron la mayor parte de los autores de Derecho foral.

Costa (159) señala varios supuestos en que “leyes y pragmáticas recopiladas quedaron lo mismo que antes sin más imperio que el del papel en que habían sido registradas”. “Es un combate sin tregua —dice— que se prolonga de centuria en centuria a través de toda la historia, entre el legislador y sus pseudo-leyes, de una parte, y la repudiación o no-aceptación del pueblo por otra”.

”A espaldas del Apéndice foral, hoy día —escribía aún no hace veinte años Palá Mediano (160)—, como ayer en contra de lo dispuesto en el Cuerpo legal de Fueros y Observancias, la gente de Aragón, que vivía intensamente nuestro tradicional Derecho, sigue ordenando su vida con arreglo a sus seculares costumbres, a despecho del Código y autoridades.”

”Desconocer el valor de las costumbres es inútil —ha escrito el navarro Lacarra (161)—, porque su fuerza suele ser tan avasalladora que por eso se ha dicho que es más fácil exista costumbre contra ley que no ley contra costumbre.”

”En vano la autoridad legislativa —proclamaba Almeda (162) en su citado discurso, pronunciado como Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona inaugurando el Curso 1907-1908— calificará de corrupción las costumbres contrarias a la Ley y las perseguirá hasta con saña, la costumbre hará su camino, sostenida por la conciencia popular que proclamará la inconveniencia de la ley y su oposición con el bien común, y la ley será vencida porque su potencia será meramente externa y su fuerza prestada. La ley caerá en desuso y cederá su sitio a la costumbre contraria.”

Sin embargo, hoy podemos afirmar que las esencias más íntimas, las raíces más profundas del Derecho foral se hallan en grave peligro de decadencia. La causa no se halla precisamente en el texto de las leyes que proscriben las costumbres contrarias y que las arrinconan y confinan como a los pieles rojas en U.S.A. a las zonas de reserva india. Las verdaderas causas son otras, de tipo sociológico, que trataremos de analizar brevemente a continuación. El peligro que atenta contra el Derecho foral en sus propias fuentes, creemos que primordialmente obedece: al desarraigo, al predominio de los puntos de vista ciudadanos, al impacto de los medios masivos de comunicación audiovisuales y, en suma, a la masificación creciente que se extiende por doquier.

17. El *desarraigo*, nos dice Simone Weil (163), es “una enfermedad casi mortal para las poblaciones sometidas”. Lo es, porque: “El

(159) JOAQUÍN COSTA, *La ignorancia...*, cap. IV, pp. 137 y ss.

(160) PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 200.

(161) LACARRA, op. y vol. cit., art. 5, p. 46.

(162) ALMEDA Y ROIG, loc. cit., p. 24.

(163) SIMONE WEIL, *Le déracinement*, en *L'enracinement*, París, 1949, páginas 45 y ss.

arraigo es tal vez la necesidad más importante del alma humana. Es una de las más difíciles de definir. Un ser humano tiene una raíz por su participación real, activa y natural en la existencia de una colectividad que conserva vivos ciertos tesoros del pasado y ciertos presentimientos del porvenir. Participación natural, es decir, traída automáticamente por el lugar, el nacimiento, la profesión, el contorno. Cada ser humano tiene necesidad de múltiples raíces. Tiene necesidad de recibir casi la totalidad de su vida moral, intelectual, espiritual, por mediación de aquellos medios de los que naturalmente se forma parte”.

La raíz más profunda del hombre es la familiar; y la fuerza de esta raíz, es tanto mayor cuanto más honda sea la adaptación de la propia familia a un medio físico y social determinados.

La razón consiste, en que, en ese caso, será mayor la profundidad de la tradición familiar arraigada en el propio medio y, por tanto, mayor también y más profunda podrá ser la educación adecuada a la vida concreta que en el mismo se viva.

Como ha recordado el profesor Elías de Tejada (164): “la superioridad del hombre sobre los animales proviene de la capacidad de heredar sociológicamente *saberes* de otros hombres, al paso que el animal no hereda otros *saberes* que los instintivos que biológicamente puede recibir”. Si “un hombre es diferente de otros hombres de hace veinte milenios”, es “porque ha recibido sociológicamente saberes de otros hombres en una transmisión que es lo que se denomina Tradición”.

La enseñanza en profundidad puede darla la familia a sus miembros mejor que cualquier otra institución y de modo más adecuado a su medio social y a su ámbito geográfico, físico, político y económico, por esa función suya, que, según Paul Bourget (165), hace de ella un *órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral*, entre los diversos medios, gracias a los cuales en la humanidad, en su constante esfuerzo en su lucha, por la existencia, “cada generación no supone una eterna vuelta a empezar”.

Por eso es patente que, como dice la citada Weil (166): “La oposición entre el porvenir y el pasado es absurda. El porvenir no nos trae nada, no nos da nada; somos nosotros que para construirlo debemos darle todo, incluso nuestra propia vida. Pero para dar, es preciso poseer, y nosotros no poseemos otra vida, otra savia, que los tesoros heredados del pasado y digeridos, asimilados, recreados por nosotros. De todas las necesidades del alma humana, ninguna es más vital que el pasado”.

Ese hecho tiene un significado más vivo en el ámbito rural, y no

(164) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Libertad abstracta y libertades concretas*, cfr. *Verbo*, n. 63, p. 161, y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, p. 127.

(165) PAUL BOURGET, *Reflexions sur l'heritage*, en *Au service de l'ordre*, París, 1929, cap. IX, pp. 173 y ss.

(166) SIMONE WEIL loc. cit., p. 51.

olvidemos que, como antes observamos, el Derecho foral es un Derecho rural. Y, en el campo, como ha observado Helion de Beaulieu (167): “La unión y continuidad de la familia campesina no están ligadas solamente a la transmisión del patrimonio material constituido por la tierra y la casa, sino también a la transmisión del patrimonio moral que constituye la experiencia adquirida por la sucesión de generaciones”.

Esto indica la especial gravedad del desarraigo campesino, que Simone Weil (168) califica de “aún más escandaloso; pues es contra natura que la tierra sea cultivada por seres desarraigados”. Pero el desarraigo campesino lleva también a la despoblación del campo, que “en su límite es la muerte social”.

¿Como se cubrirá esos desiertos que se crean, allí donde no se consideren denfitivamente despoblados? ¿Con gente de regiones más pobres, sin tradiciones adaptadas al nuevo medio? ¿Por obreros agrarios traídos también de fuera por las nuevas sociedades agrarias que algunos propugnan como panacea?

En otra ocasión (169) observávamos que “del mismo modo que el el agro la erosión se evita con vegetales de tamaños distintos, según las circunstancias, o con la combinación de unos y otros—árboles, arbustos y herbáceas—, de igual modo, la erosión humana se evita mejor conservando heredades campesinas de distintas dimensiones y riquezas, con funciones sociales distintas, que suministren las personas que hagan de levadura y forjen los mentores naturales de la comarca. Mariano Nogués (170) había prevenido que “si no hay propietarios grandes la ignorancia, el envilecimiento, durará una o dos generaciones, porque pasará como un torrente que iguala el terreno; sí, pero aniquilándolo y llevándose la sustancia”... Lo mismo ocurre con la desaparición de profesionales y de oficios rectores, por amortización, vacante, absentismo, falta de permanencia...

El desnivel económico campo-ciudad impulsa el absentismo, que repercute por recíproca influencia de unos a otros ámbitos sociales.

Pero Simone Weil (171) señala como los dos venenos principales que producen el desarraigo: al dinero y al Estado: “Uno es el dinero. El dinero destruye las raíces en todas las partes donde penetra, reemplazando todos los demás móviles por el deseo de ganancia. Le impone sin dificultad a los otros móviles porque reclama un esfuerzo de atención ciertamente menor”. Un posible remedio consistiría en

(167) HELION DE BEAULIEU, *El Campesinado*, vers. castellana de Speiro, Sociedad Anónima, Madrid, 1963, p. 48, y en *Verbo*, n. 30, p. 48.

(168) SIMONE WEIL, p. 73.

(169) Prólogo a *El Campesinado*, cit., p. 18, y *Verbo* 30, p. 48, y en *La agricultura y la explotación familiar*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, LXIII, enero-marzo 1964, pp. 119 y s.

(170) Dr. Mariano Nogués, citado por LUIS FRANCO Y LÓPEZ en su *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1886, p. 87.

(171) SIMONE WEIL, loc. cit., pp. 46 y 89.

“considerar la tierra como un medio de trabajo, y no como una riqueza en el reparto de las herencias. Así no se contemplaría ya el espectáculo escandaloso de un campesino endeudado para todo el transcurso de su vida para con un hermano funcionario que trabaja menos y gana más”.

Spengler (172) nos recuerda la advertencia del Barón de Stein: “Quien moviliza el suelo lo deshace en polvo”, y explica que, con ella, “alude a un peligro de toda cultura”.

El segundo veneno, a juicio de la sensible Weil (173), es el Estado, que da lugar a lo que ella llama desarraigo geográfico, por el que desaparecen todas las comunidades menores que la nación...: “el desarrollo del Estado agota al país. El Estado come la sustancia moral del país, de ella vive y engorda, hasta que el alimento se agota”. Al desaparecer esas comunidades desaparecen las costumbres que constituyen el enlace vital del pueblo con su medio geográfico, el cordón umbilical con la madre tierra se rompe.

18. El predominio de los medios urbanos sobre los rústicos, impulsado por el Estado, económica (174), políticamente (175) y culturalmente, tiene honda repercusión por la última circunstancia señalada en el modo de sentir y pensar del hombre, atacando a aquello que le permite el contacto táctil con el orden de la naturaleza y su comprensión racional subsiguiente.

---

(172) OSWALD SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, trad. de M. G. Morente, Madrid, 1945, vol. IV, cap. V, A, 3, p. 325.

(173) WEIL, p. 106.

(174) Cfr. HENRI CHARLIER, *Comment sauver l'enseignement libre*, en *Itinéraires*, suplemento del n. 106, sept.-oct. 1966, pp. 79 y s.: “Nuestro gobierno lanza a los campesinos de la tierra con un conjunto de medidas combinadas para hacer creer en la necesidad de este éxodo. Por debajo de 70 Qm. de trigo (que hoy puede ser el rendimiento de 2 a 3 Ha.) —no se trata, pues, de la gran propiedad—, el trigo no es pagado a mayor precio que en 1951 [escribe en 1966], siendo así que todo cuanto los campesinos compran les cuesta más del doble. Es hacerles la vida imposible, e imposibilitarles también para aumentar los salarios agrícolas, a fin de retener una mano de obra que actualmente les falta. Los tecnócratas del gobierno suministran así peones a la industria, y éstos, a la primera crisis sería (que vendrá), quedarán sin empleo. Los hechos, por sí mismos, testimonian estas intenciones del Gobierno. La riqueza ya no es agrícola, es bancaria e industrial. Para constreñir a nuestros agricultores a que vayan a trabajar en las fábricas no ha habido más que un medio, el de impedirles que se ganen la vida”.

(175) Cfr. BERTRAN RUSSELL, *El impacto de la ciencia en la sociedad*, versión en castellano de J. Novella Domingo, Madrid, 1967, pp. 131 y s.: dice llegar—tal vez con cierta exageración— a una conclusión que se ignora con mucha frecuencia: La industria, excepto la que sirve directamente las necesidades de la agricultura, es un lujo, en los malos tiempos sus productos serán invendibles, y tan sólo la fuerza dirigida contra los productores de alimentos podrán mantener vivos a los trabajadores industriales, y ello solamente si se dejan que mueran muchos de los que producen comida. Si los malos tiempos se hacen cosa común, ha de inferirse que la industria decaerá y que la industrialización característica de los últimos ciento cuarenta años será rudamente refrenada.

“El habitante de las grandes ciudades —nos dice Lersch (176)— no vive ya en contacto inmediato con la vida que nace y crece, sino que se mueve inmerso, casi exclusivamente, en un ámbito de productos y artefactos técnicos. Su pie no huella ya el suelo de la tierra vívica, sino el producto técnico del asfalto o del pavimento hecho de adoquines. No contempla ya la naturaleza verde y palpitante, sino las gruesas moles de piedra de los rascacielos contruidos por la mano del hombre. Por todas partes le rodean la piedra y el acero.”

Incluso, como nota Nels Anderson (177), el ritmo del hombre de la ciudad “no está controlado por los ciclos de la naturaleza, sino que es medido por el tic-tac del reloj. En él debe ser coordinado el movimiento de hombres y máquinas”.

Con la pérdida de la percepción plena de lo real va ínsita la negativa a recoger de ella la realidad del mundo. De Corte (178) lo destaca:

“La negación del “lazo nupcial” que une al hombre al universo desde su llegada al mundo, ha acarreado la desestimación de esta experiencia vital que lastra con el peso todas las facultades, las acciones y las empresas humanas. La inteligencia del hombre, en particular, renuncia a recibir activamente por medio de este cordón umbilical, que lo une con el mundo real, la realidad de los seres y de las cosas”... “La filosofía práctica y teórica, la concepción del hombre, del mundo y de Dios, no proceden ya de la experiencia, sino que son prefabricadas mediante la razón, admitidas o rechazadas según su conformidad o no conformidad a las normas dictadas por el espíritu autónomo, sometiéndolo todo a sus métodos, a sus procedimientos, a su legislación universal.”

Así, la ciudad moderna, a juicio de Di Pietro (179), no es ya la ciudad del hombre de la tierra, sino que, en ese sentido, “tiene un origen caínico”, en la que el hombre se establece “para huir de la tierra”, y, en ella, “reniega de ésta”.

Esta ciudad, prosigue, “está escindida de la madre Tierra, y a su vez la Justicia ha dejado de ser la coronación de los niveles anteriores, por cuanto para que sea tal debe existir vertebración de los órdenes, y éstos no están ordenados, y más aún no son tales. De ahí que la Justicia de nuestro tiempo tenga todos los vicios contrarios de lo que enseña la *iustissima tellus*: el amor a la realidad ha sido reemplazado por la *sujeción a lo abstracto*, vicio por el cual la mente de los juristas y de los jueces abandona la realidad y se convierte en esclava de los principios teóricos enunciados en forma de preceptos genéricos; el sabio concepto del *imperium*, por el cual el pretor apli-

(176) PHILIPP LERSCH, *El hombre en la actualidad*, vers. castellana de José Pérez Riesco, Madrid, 1958, cap. IV, C, pp. 54 y s.

(177) NELS ANDERSON, *Sociología de la comunidad urbana*, vers. castellana, México, 1965, p. 588.

(178) MARCEL DE CORTE, *La educación política*, n. 3, en *Actes du Congrès de Lausanne*, III, pp. 74 y s., y *Verbo* 54, p. 646.

(179) DI PIETRO, *Iustissima tellus*, pp. 66 y ss.

caba la *humanitas* a la litis planteada, ha sido reemplazado por el mero concepto de la “*techné*”, en virtud del cual el Juez se convierte en un simple engranaje aplicador de leyes abstractas; y el concepto de la *trascendencia* divina de la labor del pretor se ha visto profanado por el criterio de la *inmanencia* humana, en virtud de la cual el Derecho es un círculo cerrado antropocéntrico, en el cual el hombre se crea las reglas para regirse a sí mismo”.

Así, el ciudadano se halla inclinado a resolver sobre el papel, en el cual lo visual, planificado o proyectado en un espacio tridimensional cerrado, al decir de Mc Luhan (180), le aísla de las otras percepciones sensoriales, y la iluminación externa, desde su punto de vista, le impide sentir la transparencia que sólo desde dentro puede dar la plenitud de la percepción interna (181). Al aislarse en lo visual “el sentimiento de interacción y transparencia de la trama del ser se seca y el pensamiento humano no se siente ya como formando parte de las cosas” (182).

El equilibrio y plenitud de percepción sensorial, característico que presida el alumbramiento del Derecho foral, se pierde y, sin él, sus fuentes no resultan comprensibles.

19. *El impacto de los medios audio-visuales o filmicos* de comunicación de masas, es cada vez mayor.

“La nueva galaxia eléctrica de acontecimientos —dice Mc Luhan (183)— ha penetrado ya profundamente en la galaxia Gutenberg.”

Ciertamente ese modo de percepción es más táctil que la imprenta y más completo que los puramente visuales tipografiados. Pero se trata de una percepción muy distinta de la plena percepción que del mundo tiene el hombre de la tierra. Oigamos lo que nos dicen Cohen-Séat y Fougeyrollas (184):

“En las sociedades del pasado la representación del mundo se hallaba en cierta situación de dependencia frente a las relaciones del hombre con su contorno material y las relaciones sociales inmediatas de los hombres entre sí.”

“Hoy la representación del mundo, la imagen concreta y la idea que de él se forma el hombre, aparecen cada vez más como productos de una *información* nueva totalmente.” Se le añaden “puros mundos de percepción”, producidos eminentemente por los procesos de cine y televisión”, que “son mundos imaginarios, subdeterminantes de lo real inmediato...”.

Así, la información filmica, crea “un mundo del que ciertamente puede decirse que es un mundo inagnairio”, pero que “transforma tan

(180) MC LUHAN, op. cit., p. 47.

(181) *Ibid*, p. 130 y pp. 137 y s.

(182) *Ibid*, p. 293.

(183) *Ibid*, p. 336.

(184) GILBERT COHEN-SÉAT y PIERRE FOUGEYROLLAS, *L'action sur l'homme. Cinema television, Introducción*, pp. 10 y s.

profundamente la existencia del hombre, integrándolo en este mundo, que se convierte, por decirlo así, en un mundo subreal”.

Estos mismos autores (185) hacen notar que la jerarquía entre las *funciones fundamentales*, las *funciones de perfeccionamiento* y las *funciones artificiales*, tienden a modificarse por la intervención de estos medios de información: “La potencia de las imágenes visuales (filmicas) introduce principalmente un nuevo dinamismo de interacción entre funciones y necesidades artificiales, que favorece de un modo tal vez decisivo el tercer nivel funcional en detrimento de los primeros.” “¿Para qué servirá favorecer la maduración de las funciones fundamentales y suscitar el desarrollo de las funciones de perfeccionamiento, si las perturbaciones artificiales deben arruinar por su despliegue caótico el equilibrio seguido?” A la vez “se modifica la relación entre lo racional y lo irracional en el hombre”.

Por esos medios el hombre contemporáneo se uniformiza, continúan estos autores (186), “sometido a la potencia fotogénica y empujado hacia la empatía”. “La sociedad industrial —añaden (187)— el desarrollo de la cual ha producido la desaparición de las antiguas comunidades, ha tendido a hacer desaparecer, por ello mismo, los vínculos comunitarios que existen entre los individuos. El estado de masa tiende actualmente a integrar a estos individuos en una comunidad invisible, planetaria y uniformante, de la cual, corrientemente, no tiene conciencia”.

El alba de la era electrónica puede llevar así, según Mc Luhan (188) a englobar “totalmente la gran familia humana entera en una sola tribu global”... en trance en pleno día, por la fuerza de los medios audiovisuales de comunicación, como por la noche al compás del tam-tam y al conjuro del brujo lo están las tribus salvajes.

20. *La masificación* aparece, pues, contrapuesta a la concepción de nuestros Derechos forales. Joaquín Costa, el Obispo Torras i Bages y Prat de la Riba lo percibieron con claridad.

El primero (189) había ya vislumbrado, una década antes de los primeros trabajos de Le Bon sobre las “*foules*”, la contraposición del pueblo orgánicamente constituido y dotado de libertad civil, con respecto a “una 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”, y que entonces el Estado “no es el conjunto todo del pueblo, sino los organismos públicos tan sólo”.

El segundo (190), pocos años después, pero antes también de las

(185) COHEN-SÉAT y FOUGEYROLLAS, op. cit., cap. II, pp. 80 y s.

(186) *Ibid*, cap. II, pp. 63 y ss.

(187) *Ibid*, cap. II, pp. 98 y s.

(188) Mc LUHAN, op. cit., pp. 13 y ss., 94 y 266.

(189) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil* y..., cap. VI, p. 167.

(190) JOSEP TORRRAS I BAGES, op. cit., Lib. I, cap. VIII, pp. 60 y s.

publicaciones de Le Bon, explicaba que: "Los países que tuvieron verdadera civilización estaban formados no del conjunto de innumerables individuos sin ligamen que los hiciera tierra inapta para el cultivo y la edificación, como el arrenal del moderno individualismo egoísta y romo, masas fáciles de ser trastocadas por las pasiones sociales, que se llaman *revoluciones*, sino que la entidad social, los hombres, no eran granos de arena movedizos, ya que, unidos entre sí, formaban el organismo social, en relación con las circunstancias del tiempo y del país, y constituían un terreno firme sobre el cual se podía edificar por largo tiempo..." "si la disciplina de las facultades humanas llegó a cierta perfección, haciendo sólidas instituciones sociales, se debe al organismo interno de aquellas sociedades, que las preservaba de aquella continua mudanza y falta de fijeza de los pueblos modernos, que dentro de poco tiempo ni pueblos podrán ser llamados, sino turbas".

Y Prat de la Riba (191), contrapone a las turbas las *colectividades organizadas* que: "poseen un espíritu que es fruto preciado y obra capital de innumerables generaciones, síntesis de progresos alcanzados a costa de sacrificios, resultado de abnegaciones y heroísmo sin cuento; el instrumento de su formación es la *educación* que moldea los espíritus al calor de unas mismas ideas y les infunde unos mismos sentimientos; su condición indispensable, el transcurso del tiempo; sus rasgos característicos, la permanencia, la resistencia a las inovaciones, una viva capacidad extraordinaria que triunfa de todos los obstáculos". Y añadía: "para que la turba exista, es necesario que esta pluralidad o multitud carezca de autoridad directora, es necesario la continuidad y el contacto físico entre los elementos que la componen (condición indispensable para la creación del *espíritu* de turba que nace principalmente del contagio), es necesario un acontecimiento, un hecho o serie de hechos, que imprima un movimiento afectivo o pasional común a los individuos componentes".

A medida que va desapareciendo ese tipo de sociedad, el moderno *Derechos de masas*, tal como lo contemplamos hoy (192) ha de resultar constantemente un Derecho nuevo. Un Derecho que no puede ser creado por las costumbres de un pueblo ni brotar de abajo hacia arriba, pues, dado el carácter amorfo de la masa, o su falta de responsabilidad y de iniciativa, ha de ser un Derecho legislado, emanado del poder público, que atienda a la dirección y a la protección de esa masa.

El Derecho de masas suele ser por necesidad un Derecho coercitivo que obedece a un orden planificado, más o menos intensamente y más o menos imperativamente. Emanada del Estado, no del cuerpo

---

(191) ENRIQUE PRAT DE LA RIBA, *Psicología de las multitudes. La era de las multitudes*, en *Miscelánea Jurídica de Rev. Jur. de Cataluña*, vol. I, 1895, pp. 42 y ss.

(192) *Sociedad de masas y Derecho*, véase en especial II parte, capítulo I. n. 62.

social; puesto que a éste —nivelado y amorfo— se le considera necesitado de protección, sometido a tutela.

Nuestro Derecho tradicional partía del conocimiento y aprovechamiento de una naturaleza, que podía ser utilizada, ordenada, mejorada, pero de la que no podíamos sustraernos y de la que, por tanto, no era posible prescindir. La fórmula clásica *ars addita naturae* expresa claramente esa posición. Por el contrario, el actual Derecho de masas —dirigido a multitudes desarraigadas y sin tradición— no sólo suele olvidarse de la naturaleza, sino que generalmente pretende cambiarla totalmente, radicalmente para adaptarlo todo a su pretendido orden artificial.

Por otra parte, en el terreno positivo, comprobamos que, en general, suele faltar al Derecho de masas una visión social plena y una perspectiva histórica dilatada y orientada hacia el futuro. Casi siempre obedece a dos puntos de vista antitéticos y antagónicos. En general, arranca de un ideal abstracto de igualdad; pero, muchas veces sólo trata de resolver empíricamente las necesidades nuevas actuales, urgentes, graves y apremiantes. Lo cual procura con visión especializada, concreta y, por ende, en dicho sentido, parcial y temporal. Por eso, no es raro que al solucionar un problema nos cree otro nuevo, que cure una enfermedad aguda actual y provoque otra para el futuro, próximo o remoto, tal vez crónica.

Estas son las perspectivas y el dilema que se presenta ante un futuro, ya inmediato.