

The background of the cover features a crowd of people, likely at a festival, wearing traditional Basque clothing such as berets and scarves. Overlaid on this is a semi-transparent map of the Basque Country, which is the geographical focus of the book. The title text is centered over the map.

**Foralidad civil
de las
provincias vascongadas**

Luis García Royo

FORALIDAD CIVIL DE LAS PROVINCIAS VASCONGADAS

Luis García Royo.

Un viejo maestro, Jorge del Vecchio, ha escrito que el Derecho no puede comprenderse sino como relación de vida, coordinación y garantía de las relaciones sociales, su vigor y su verdadero significado deben conjeturarse directamente del examen de la vida misma y de sus coordinaciones, no de fórmulas más o menos aproximadas, tal vez falaces y siempre llenas de lagunas.

Ese principio ilumina toda la obra para la que escribe este prólogo,. Y no podía ser de otra manera ya que su objeto –el de la obra prologada- es el estudio del Derecho Foral que, esencialmente consuetudinario, está todavía más íntimamente ligado a la vida misma.

En las disposiciones adicionales del Código Civil, al reglamentar la propuesta decenal para sus reformas, se prescinde de esa cantera de enseñanza que es la vida, mucho más aleccionadora que la experiencia judicial y la legislación comparada.

Más que nunca, en materia de Derecho Rural, es indispensable el contacto con la realidad misma; y cuando el científico, el jurista, siguiendo lo que Ihering calificó con acierto de arte jurídico, -expresión que ha dado título a una preciosa monografía del eminente profesor Carnelutti- quiere aprehender, para en definitiva exponer, ese trozo acotado de realidad que es el mundo de lo jurídico, ha de acudir a la fuente originaria y eterna que es la vida misma.

He ahí el primero y el principal mérito de esta obra del señor García Royo. Haciendo una crítica exacta desde un punto de vista empírico y doctrinal del artículo 5º del Código Civil (cuya tendencia no es otra que la de secar la fuente primordial del Derecho, que es la vida), pretende el auto –por medio de un análisis que podríamos calificar de auténticamente fenomenológico- hacer luz, patentizar, esgrimir, en el primer plano de la conciencia del lector, qué sean y cuáles las características de eso que se llama Derecho Foral.

Cuenta para lograr su propósito el señor García Royo son la mejor condición. Porque lo que distingue al jurista del “hombre de mundo!, en frase de Ihering, es la intuición, esto es, saber adaptar lo abstracto a lo concreto, con arreglo a la sutileza que impone toda norma de buen arte, y captar a través del fluido constante de la vida diaria la esencia de una relación social con trascendencia a lo jurídico. Pues bien, si se puede ser un distinguido jurista reuniendo la condición anterior aunque no se posea un gran acervo de conocimientos, es indiscutible que en la persona en quien se den, penetración, certeza, para lo esencial y, además, ancho campo de conocimientos, se habrá reunido cuanto Ihering exige –maestro de maestros- al jurista ideal.

El sistema seguido en esta obra es el de la comparación del Derecho de las provincias Vascongadas con el noruego-islandico. Se estudia sí la convergencia es pura casualidad y en definitiva se advierte que el paralelismo entre ambos ordenamientos jurídicos responde a un fondo común: el Derecho germánico primitivo. Exponente de lo

dicho es la tendencia que señala el autor “a lo concreto”, al “dogmatismo del caserío! – su institucionalidad, que se relaciona con la “Corporation sole” y la “Bodenzersplittergun”- el simbolismo, la comunicabilidad en el matrimonio, la función de la cuota en la participación de los bienes, la patrimonización troncal y sus límites, el apartamiento sucesorio, la sucesividad de los actos testamentarios, la teleología en la selección hereditaria, la estructura de la compra-venta, el injerto de la wadiació fiduciaria, etc. etc.

Sentir el valor de la costumbre contra ley, como vasto campo de experiencia y no una antigüedad jurídica de pobre virtualidad actual, es a nuestro juicio hallazgo certero de un camino que nos invita a seguir el autor. Porque todavía sigue teniendo plena validez la frase de Huber de que es cierto que el legislador pueda negar eficacia a las formulaciones consuetudinarias del Derecho, pero es muy problemático que pueda evitar de hecho semejantes formaciones.

Pero si cada objeto exige su método para ser estudiado no podía el autor ceñirse al inductivo-deductivo tradicional sino que tenía que utilizar dos métodos distintos a aquél: uno ceñido a la investigación del Derecho Foral y otro para su exposición.

El estudio de esa fuente jurídica se hace poniendo en rigurosa práctica los atisbos de Dilthey Heidegger. Si la Justicia refleja un hálito de divina lejanía y ha de ser carne de su carne y sangre de su sangre en el sacerdocio del Juez, cabe recoger las conquistas de la fenomenología adaptadas a la manera española de ser. Porque el postulado esencial de la fenomenología el no rendir tributo sino al dato; el subsumirse en él, el avezarse a su compañía hasta que él mismo, el dato, nos ilumine su propia estructura esencial. La autenticidad del jurista depende por tanto, en gran parte, del método fenomenológico que pretenda utilizar.

Así, en esta obra, el procedimiento analítico sintético de la moderna fenomenología se aplica, por ejemplo, al andamiaje conceptual de los aforismos jurídicos, a lo que hay que tomar precisamente como valor útil y orientador en las sentencias del Tribunal Supremo; al valor de lo administrativo en la determinación de la geopolítica del fuero de Vizcaya; a la necesidad del arte en el ejercicio del Derecho...

Así, por ejemplo, respecto de los aforismos jurídicos tiene el autor una originla teoría que, brevemente, vamos a exponer:

Hay, dentro de la evolución del pensamiento humano, distintas manifestaciones ue recogen en síntesis toda una filosofía: así el “cogito, ergo sum” cartesiano, o la idea del hombre como “radical contingencia y temporalidad” de Reidegger. Hay también, otros pensamientos filosóficos que dicen más por lo que sugieren que por el ceñido significado esctricto de sus palabras: en este grupo cabría incluir todos los “pensamientos” de Pascal y si se quiere, los fragmentos conocidos de Parménides o Anaxagoras.

Pero nada de esto ocurre con los llamados “aforismos jurídicos”. Ellos, tan opuestos entre sí, tan aptos para todos los gustos, constituyen, con demasiada frecuencia, el andamiaje mental del jurista. Y, sin embargo, son formalmente falsos, ya que casi nada es verdad por sí solo y representan la inversión radical del pensar filosófico. Sí se enuncian en latín, es para ganar prestigio y enfatismo. Como bien se ha dicho, no

enseñan a razonar a los que tienen el espíritu falso, pero sirven para embrollar a los que tienen el espíritu justo. El aforismo en Derecho, supone casi siempre, falta de perspectiva. Más que discontinuidad, se produce en ellos, globalmente considerados, una detención del pensamiento que se queda tan solo en una afirmación; no como paso para otra, no para dar pie a futuros descubrimientos, sino para anquilosar un pensamiento concreto que pudo ser exacto y verdadero en cuanto concreto, que lo fue sin duda, pero que pierde esos caracteres en cuanto se pretende su universalización.

El mismo procedimiento individualizador es el que guía al autor para el estudio de la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo. Porque la valoración jurídica de un caso, según un criterio abstracto, es una valoración en la cual van incluidos otros. Comiénzase por comparar esos casos particulares entre sí (tesis de Guillermo saber sobre la pluralidad de valoraciones como mandamiento lógico y necesario para que la Ley sea comprendida y aplicada conforme a su sentido), pero aquella propensión a aplicar siempre palabras abstractas sacadas de un caso concreto produce errores y puede conducir al absurdo. Lo interesante del estudio de la norma judicial no es la aceptación incondicional de la decisión anterior del Tribunal Supremo para el caso nuevo que se nos plantea, sino la comparación de éste con el que fue estudiado y resuelto por aquél, para encontrar así la nueva decisión justa y ordenada. El Juez inferior debe tomar del Tribunal Supremo no precisamente el fallo sino el acto de enjuiciar; de sorprender en él el modo de enjuiciar y el espíritu de su trabajo. Ni en el supuesto de la vida real y de la relación jurídica, ni en la subsiguiente aplicación de las tesis legales, análogamente a los que ocurre en Medicina, puede decirse que se presenten dos casos iguales; cuando más se avance en el análisis de los que en un examen superficial se reciben o consideran como idénticos, más se advierte la distancia que media entre ellos.

Se opone a esta actividad individualizadora y analítica que, desgraciadamente, no siempre es bastante conocida en sus particularidades, el frecuente “modus operandi” de nuestro Alto Tribunal. En el silogismo judicial de la casación, que nació de una mixtura legislativo-judicial de la Revolución francesa, y que la pura razón –no la razón pura- quisiera convertir en una tercera instancia suprema, la premisa menor que constituye el punto muerto: pero inmovilizar el hecho es producir una perturbación en aquella dinámica que Puchta veía en el Derecho para que hecho y norma ejerzan entre sí su recíprocas influencias, como sucede en el orden cósmico. Las sentencias del Tribunal de instancia relatan muchas veces los hechos de manera imperfecta; todo el que narra, olvida. El Tribunal Supremo actúa sobre una materia fraccionaria, sin posibilidad de completarla. Esto es algo así como aceptar un retrato sin ojos o nariz; lo que en Alemania se evitó con la ideación de la “casación por salto” (Sprung-Revisión).

Se ataca en esta obra la sugestión del precedente y se pide un gran respeto para las sentencias que se contradicen, porque buscan los fundamentos elaborados en la propia autonomía dotada de grandes posibilidades de tanteo. La mayor garantía de acierto es el ambiente de la objetiva contradicción. Eliminar la posibilidad de contradicción es tanto como desautorizar la actividad científica judicial. La unidad es el fin; pero no la ficción de la unidad; no la unidad inventada, unidad con trampa organizada para sugestionar con el artificio. Se altera la causalidad natural y se da entrada a la magia. Pretender que no surja por la contradicción otra doctrina opuesta es reducir la Jurisprudencia a una sola medida: la longitudinal. Es achatar la perspectiva. Sólo a través del oleaje de razones y teorías se llega en definitiva a la florecencia de una verdad jurídica, aunque haya de rechazarse el comodín de la inercia: muchos

espíritus celosos de la mayor documentación citan sentencias cuya formulación data de muchos años –la longevidad cuadra bien a la costumbre, pero no a la constante depuración de la técnica-, extendiendo un largo hilo en el que el punto primero es una sentencia de nuestros antepasados y lo que sigue es la presunción cerrada, obsesa, monomaniaca, de que en la Jurisprudencia la inmutabilidad es una virtud y de que pronunciada una palabra por el Tribunal Supremo, lo que hay que desear es que se repita por todos los siglos de los siglos.

La historia de un pensamiento jurídico no concluye ni siquiera provisionalmente, cuando se ha depositado en una Ley, pues la historia en sus diversas interpretaciones, que entonces comienza, no sólo es la de sus falsas inteligencias, sino la de la fecundidad de una idea. Esta idea quedó sustraída a toda posible previsión del pensador y se desarrolla en una variedad de sucesivas interpretaciones igualmente justificadas. Cada época se apropia de parte de estos pensamientos y les da un carácter nuevo. Los conceptos facilitan estas construcciones. Para ello se acude al llamado “paradigma de la restauración del cuadro” ya utilizado por Heck cuyas directrices sigue el autor en el estudio del “continuismo culturalista” de la posesión en el Fuero.

Lo permanente es la concepción o la capacidad de creación artística que decide la pugna entre la claridad y la precisión en el Derecho, entre el realismo y el formulismo. Este es el hito inicial del autor en su estudio de la caracterología de los redactores del Fuero y la lección de la fortaleza del sentimiento foral.

Y sin embargo siempre el eterno retorno: el arte, el arte también en el Derecho; porque hace falta saber no tanto lo que el derecho rinde y lo que cuesta como lo que no puede rendir y no puede costar. Habla Carnelutti que aquellos científicos del Derecho cuyo lema parece ser el “siempre más Derecho” habían de intuir de percatarse de la incomodidad del método para la consecución del fin.

El Derecho no es fin sino medio, medio para la obtención del bien común, de la paz social o de la seguridad (Radbruch, Le Fur, Delos). Y sí bien se mira, la base –ya señalada por Bergson en “Las dos fuentes de la moral y la religión”- en toda esa inmensa institución que es el Derecho, está en su fuerza de obligar, y por ello, a más derecho menos libertad y por tanto menos autonomía de la persona humana. El lema, pues, bien podría ser el contrario “siempre menos Derecho” o mejor aún “nunca más Derecho que el estrictamente necesario para la realización del bien común garantizando la libertad”.

Nada como la sensibilidad social, manifestada en usos y costumbres, puede darnos la medida de lo justo en cuanto a las distintas categorías que componen la institución jurídica. Por eso, el Derecho Foral tiene ante todo y sobre todo un valor ejemplar, paradigmático.

Su estudio, realizado con el método con que lo hace el autor, sirve de delectación y a la par cumple con lo que pedía Carnelutti para todo científico del Derecho.

Dice el gran maestro italiano que su única petición al jurista es que mire, que sepa mirar. Mirar y remirar. Mirar y volver a mirar. Observar, que quiere decir mirar

con atención, o también considerar, contemplar, al modo del astrónomo que pasa su vida mirando las estrellas. Porque mirar no es tanto ver como querer ver.

Para ver el Derecho, para mirarlo, hay que querer mirarlo y verlo. En definitiva es esta vuelta a lo concreto, este querer entrañar en las cosas, este buscar el camino directo del corazón del objeto, lo que Husserl daba como tema primero para la fenomenología a través de la explicitación de sus fórmulas.

Utilizaré nuevamente palabras y reflexiones del mismo Carnelutti llenas de humanidad y de experiencia. Está en el mismo camino de conocer el Derecho el jurista con conciencia de no saber casi nada preciso. Aquí está la diferencia, dice el profesor italiano, entre mi juventud y mi vejez de jurista. El joven tenía fe en la ciencia; el viejo la perdió. El joven creía saber; el viejo la perdió. El joven creía saber; el viejo saber que no sabe. Y cuando al saber se junta el saber que no se sabe, entonces la ciencia se convierte en poesía. El joven se contentaba con el concepto científico del derecho; el viejo siente que en este concepto se pierde su impulso y su drama, y, por lo tanto, su verdad. El joven quería los contornos cortantes de la definición; el viejo prefiere los matices del parangón. El joven no creía sino en lo que veía; el viejo no cree más que en los que no se puede ver. El joven estaba a la izquierda; el viejo pasó a la derecha del puente. Y para representar esta tierra, donde los hombres se aman y amándose logran la libertad, tampoco sirve la poesía; el jurista quisiera ser músico para hacer que los hombres sientan ese encanto.

Terminaré diciendo que la inquietud espiritual no es pecado sino virtud en los jueces, siempre con la condición, claro está, de que sea disciplinada por el trabajo, la virtud, el arte y la objetivación filosófica. Por el contrario, ella constituye la manera mejor de reaccionar contra el peligro que Saber señala en su “Filosofía Jurídica y Social”, de emplear abusivamente el método rígido de subsunción lógica. Solo así pueden llegar los jueces a sentir lo que él llama la “totalidad cultural”.

Ramón SERRANO SUÑER
1952.