



REIAL ACADÈMIA DE DOCTORS

La Tradición Jurídica Catalana



Conferència magistral de l'acadèmic de número

Excm. Sr. Dr. Josep Joan Pintó i Ruiz

en la

Solemne Sessió d'Obertura del Curs 1992-1993

Presidiren

S.S.M.M. el Rei Joan Carles I i la Reina Sofia

L'acte tingué lloc al Palau de la Música Catalana
el dia 10 de desembre de 1992

Dr. Josep Joan Pintó Ruiz

La Tradición Jurídica Catalana

REIAL ACADEMIA DE DOCTORS
———— PUBLICACIONS ————

REIAL ACADEMIA DE DOCTORS

La Tradición Jurídica Catalana



Conferència magistral de l'acadèmic de número

Excm. Sr. Dr. Josep Joan Pintó i Ruiz

en la

solemne sessió d'Obertura del Curs 1992-1993

Presidiren

S.S.M.M. el Rei Joan Carles I i la Reina Sofia

L'acte tingué lloc al Palau de la Música Catalana

el dia 10 de desembre de 1992

© Reial Acadèmia de Doctors
Disseny: Anna Bosch i Baltasar
Impressió: Imprenta Baltasar 1861
Tiratge: 700 exemplars.

Dipòsit legal: B-42.670-92

INDICE

La tradición jurídica catalana

Prólogo	9
La tradición jurídica catalana	11
Notas	27

Majestades:

Con agradecimiento, emoción y respeto recibí el encargo de pronunciar la lección de apertura de curso de la Reial Acadèmia de Doctors, y ante todo, interpretando el vivo sentir de la Corporación, he de testimoniar el profundo reconocimiento de la entidad, ante la presencia de S.S.M.M., cuya augusta deferencia al aceptar honrarnos con la Presidencia de la Sesión, constituye singularísimo timbre de gloria para la Academia.

Esta, para nosotros, inolvidable jornada, habrá de servir de ilusionado estímulo para que nos afanemos con fidelidad y no regateando esfuerzo en conseguir la satisfacción de los fines institucionales que le son propios y le informan.

Una vez más, la Academia ha de aprovechar esta ocasión, para proclamar su más acendrada fidelidad a la Corona. Cumple así no sólo un excelso deber de gratitud, deber siempre entrañable y exquisito, sino también un ineludible, indeclinable, firme, deber de Justicia.

Majestades, con toda la plenitud y grandeza que se predica del significado de la palabra he de decir en nombre de todos:

Gracias, Majestades.

Y como si se uniera a este agradecimiento, sentido, vivo, auténtico y espontáneo, una espiritual comunicación entre lo más entrañable del pasado, del presente y la esperanza ilusionada de futuro, el tema de la lección de hoy, va a ser, en respetuoso homenaje a la Corona, la Tradición Jurídica Catalana.

LA TRADICION JURIDICA CATALANA

1. Conviene ante todo despejar cualquier recelo que conecte la voz tradición con un sentido de anquilosamiento, inmovilismo, estancamiento en el pasado. Acaece precisamente todo lo contrario. Si cada generación, en la búsqueda afanosa del progreso y del perfeccionamiento hiciera tabla rasa del pasado y comenzara de nuevo partiendo de cero, a buen seguro que estaríamos aún en plena civilización prehistórica. Aprovechar el esfuerzo, la anabasis, y el acopio de conocimiento y experiencias, ciencia a la postre, de las generaciones que nos precedieron es disfrute de tales bienes y a la vez impulso acelerativo hacia lo mejor.

«*Initium doctrinae sit consideratio nominis*» dijo EPICETUS, y ciertamente que en el presente caso, hay que considerar los nombres en sí mismos para conseguir así una mayor definición del tema. Y es que sin tomar al pie de la letra aquella expresión de nuestro *Martí Miralles* según la cual: «Para poder decir algo nuevo en materia de Derecho hay que acudir necesariamente a los libros antiguos», hay que advertir por una parte que en el fondo, este jurista, expresó una reacción contra el exceso de racionalismo desenfrenado, abstracción y dogmatismo en aquel momento imperantes que alejados de la realidad vivida eran susceptibles de sustituir la prudente y añorada decisión del Pretor, por la aceptación de «el cerebro lo ha dicho» o como apostillaría VALLET, la frialdad de «el cerebro electrónico ha hablado», es decir «maquina dixit». Por otra parte, hay que decir que de la misma manera que sería suicida prescindir de las aportaciones presentes, enriquecedoras del *patrimonio cultural* de la humanidad, también es patente que construido este laboriosamente, gloriosamente y hasta heroicamente (la expresión libre, valiente, honesta del pensamiento y la creación, enriquecimiento o defensa de una doctrina, han comportado para el agente, muchas veces, el desprecio, el sufrimiento e incluso la pérdida de la vida, por ejemplo: Jesús, Nuestro Señor) así –repito– construido el mencionado patrimonio cultural peldaño a peldaño, apoyándose en los fundamentos anteriores, es imposible pre-

tender de cada generación aquel esfuerzo cultural que prescindiendo de las creaciones anteriores alcance el nivel del presente.

En el cosmos, toda la existencia es expresión de una sucesiva e ininterrumpida cadena de potencia y acto, causa y efecto. Tanto en lo que se refiere a la materia orgánica e inorgánica, como a la evolución biológica de las especies, como a la energía, como al pensamiento, al átomo, la molécula o la célula, al microcosmos en fin, como al macrocosmos, priva una ley universal ineludible en gracia de la cual el presente es hijo del pasado y aquél, generador «sine qua non» del futuro, a pesar de que los escolásticos, catalogasen de sofisma aquel «post hoc, ergo propter hoc».

Hagamos pues caso a la admonición de Epictetus y consideremos los nombres, las palabras, que forman el título.

2. *Tradición*. Está claro, que en el título de esta modesta conferencia no utilizamos la voz «tradición» en la acepción de «modus» de adquirir el dominio en la significación a que se refieren, por ejemplo, los Artículos 609, 1095, 1462 y 1464 del Código Civil, sino que nos referimos a la significación aludida, en el artículo *Primero* (tanto actual como en su redacción originaria) de la *Compilación Catalana*, o en el artículo 2.º de la *Compilación de Baleares*, o en el Art. 2.º de la *Compilación Gallega*, o en el Art. 1.º de la de *Aragón*, o en las *Leyes 1.ª y 6.ª* de la de *Navarra*, o en la *Disposición Adicional 2.ª*, de nuestra *Compilación* en la versión de la *Ley de 20 de marzo de 1984*, o en el significado que *San Tomás* da a la palabra, cuando en la *Suma Theologiae* I, II pág. 97 dice que: «En un pueblo dominado y sometido, prevalecerían las leyes sobre la costumbre, excepto que aquéllas estuvieran en armonía con las tradiciones de la Patria»¹.

A pesar de esto, en cuanto que el contenido real de este ensayo rehúsa el significado de «modus de adquirir», atribuible a la tradición, puede ser útil destacar diferencias entre una y otra acepción a fin de enriquecer el concepto al que responde la presente disertación.

Porque la verdad es que ambas acepciones, expresan una idea esencialmente de *tránsito*, de transferencia, de adquisición típicamente derivativa.

Pero el desplazamiento patrimonial que se opera como consecuencia de la tradición legítima (como *modus de adquirir*), es, dentro de sus límites, COMPLETO Y PERFECTO. Algo deja de formar parte de un patrimonio, deja de pertenecer a una persona, es desvinculado de ella e ingresa en el patrimonio de otra. La tradición es consumación misma del tránsito.

No ocurre lo mismo con la tradición histórica (que no siempre es meramente oral) y específicamente con la tradición jurídica. En la tradición es vislumbrable una transferencia de generación a generación, un transcurrir de experiencias, vivencias y conceptos gestados y verificados por aquéllas; pero esta transferencia no se agota en sucesivos actos de consumada transferencia autónoma.

La tradición recibida por una generación y *enriquecida* por sus *propias* vivencias, cambios sociales y antecedentes sociológicos de todo orden, no deja de pertenecer a aquélla y *abruptamente* ingresa en la siguiente, pues en la diversidad de edades y longevidades de los individuos no existen entregas repentinas y completas del objeto de la tradición, sino que la transferencia se produce de manera insensible, como si fuera un caudal constante enriquecedor e ininterrumpido, solapándose las vivencias, puliéndose y abillantándose los conceptos mediante la fricción de movimientos, no sincrónicos ni solidarios que producen y a la vez sufren, personas sitas en posiciones generacionales y edades diferentes. Y el tránsito es de caudal tan lento y profundo como heterogéneo, constante e ininterrumpido, de forma que los cesionarios son a la vez cedentes a otros, nunca de forma absoluta, y donde el cedente, cede y alecciona básicamente con hechos, sin desprenderse del objeto de su cesión, a pesar de que su vivencia experimental sea más o menos diferente de la del cesionario.

Este conjunto, pues, provoca un efecto esencialmente aleccionador, enriquecedor del conocimiento, lo cual constituye una aportación de *sabiduría* en el más amplio sentido, sabiduría que se acrecenta sucesiva, constante e ininterrumpidamente a todos, es decir, al grupo cultural de que se trate: *es una aportación de todos y a todos, donde de manera parcialmente sucesiva los aportantes continúan todavía siendo protagonistas.*

Y esta aportación, útil a todos, provoca en el conjunto de conocimientos, una más destacada precisión en la percepción de su significado, sirviendo para indagarlo aún más (función *propriamente hermenéutica*) y al mismo tiempo proporciona amplio y abundante contenido de conocimientos, completándolos e incluso ampliándolos, modificándolos y hasta sustituyéndolos (*función integrativa*).

3. *Tradición jurídica.* Proyectado todo esto al campo del Derecho, está claro que la tradición jurídica ha desplegado y despliega esta doble función, *hermenéutica e integrativa*. La mención de la interpretación integrativa a que se refiere el actual Art. 1.º de la Compilación Catalana, es significativa al respecto. La *tradición* no sólo ha servido y está sirviendo para interpretar la norma, sino también para integrarla, llenando lagunas, nutrir la y devolver a la fuente formal aquel contenido originario y real que la Ley, pobre expresión escrita, no siempre consigue proporcionar. El mismo ARISTOTELES (citado por VALLET, «Estudios sobre las Fuentes» pág. 912), ya decía que: «Cuando la Ley se expresa universalmente, algo queda *fuera* de la formulación universal». Y más sencillamente nuestro GARCIA GOYENA² afirmó que: «Las leyes no pueden prever todos los casos ni conviene hacer nuevas leyes para todos ellos y menos con precipitación».

4. *Tradición jurídica catalana.* Una observación: La tradición jurídica catalana (cualquiera que sea la forma o manera de publicidad) trasciende primordialmente mediante *hechos*. Nuestro *Usatge 139* «Unaquamque gens propiam sibi ex consuetudine legit legem. Longa enim consuetudo pro lege suscipitur» patenti-

za el tono profundamente consuetudinario, y por tanto fáctico, de nuestra vivencia jurídica; nuestras costumbres se compilan y recogen como tales costumbres vividas, y por esto –entiéndase bien– no puede decirse que sólo tenga valor la costumbre que se ha escrito o se ha compilado. Ya el Rey Alfonso «El Casto», en la confirmación otorgada a Lérida en el año 1173, ratificó la vigencia de la costumbre «*in carta et extra carta*». DURAN Y BAS (mencionado por VALLET en «La influencia de SAVIGNY en la escuela jurídica catalana del Siglo XIX») dijo de la escuela jurídica catalana, que era modesta en sus pretensiones porque «funda sus doctrinas en *la observación de los hechos*», y el Sr. FIGA Y FAURA, (citado por CASALS COLLDECARRERA, en el discurso de ingreso de este último en la Real Academia de Jurisprudencia) en su famosísima conferencia «mos italicus y los juristas catalanes» dijo: «La literatura jurídica catalana está compuesta casi exclusivamente por comentarios a la Jurisprudencia del más Alto Tribunal de Cataluña»; Luis de PEGUERA, José RAMON, Miguel FERRER, Juan-Pedro FONTANELLA, Juan Pablo XAMAR, Miguel de CORTIADA, Buenaventura TRISTANY, Pedro de AMIGANT, Miguel CALDERO, no hacen otra cosa; incluso Jaime CANCER con absoluta maestría, presenta como tratado de Derecho Civil lo que no es más que una colección de Sentencias ordenadas y comentadas». Y en el tratado de pactos nupciales de FONTANELLA, la Jurisprudencia ocupa un lugar absolutamente dominante.

Así, la *doctrina de los autores*, que descansa en la Jurisprudencia (y esta patentiza el tratamiento judicial de un hecho, de un drama humano) la *Jurisprudencia* misma, las *colecciones de costumbres y las costumbres*, las *leyes expresivas de la costumbre*, muestran el aspecto profundamente fáctico de la tradición catalana. Se puede decir, que ésta está forjada, configurada, generada, por hechos (adornados de ciertos requisitos) y transmitida no sólo por las vivencias expuestas y captadas por las sucesivas generaciones en la forma expuesta en el texto, sino también por decisiones *jurisdiccionales*, por *fuentes formales (leyes)*, y por *estudios doctrinales* que como se ha dicho, descansan en la jurisprudencia. La sociedad debe a la Ciencia y a la Cátedra la sistemati-

zación y síntesis de principios extraídos de los hechos, haciéndolos cognoscibles y más incidentes en la vida.

Son los hechos, pues, los que en su constante reiteración y en la ejecución con conciencia de obligatoriedad, dejan signos indelebles, no solamente visibles en el acto, sino también vislumbrables mediante colecciones de costumbres, doctrina de los autores de antaño y de ahora, decisiones jurisprudenciales (tanto jurisdiccionales como cautelares: consejos de profesionales) incluso leyes pactadas u otras también expresivas del ordenamiento jurídico espontáneo, elementos que reflejan fielmente este caudal profundo, lento, pero constante, expresivo de nuestra tradición jurídica. Tradición jurídica de un pueblo que gesta sus leyes, que son leyes de la tierra, como decía TORRES I BAGES³: «porque lo son, como son de la tierra las montañas, los ríos y la costa, producto de su sustancia nacida de las mismas entrañas de la sociedad».

Esta tradición mediatamente derivada de la reiteración de hechos, que se manifiesta con un «facere» puede adolecer, como toda obra humana, de multitud de defectos; pero siempre estará ornada por dos virtudes: *La autenticidad y la sinceridad*. Es *auténtica* porque su autor es el *pueblo*, porque es el pueblo el que la siente y practica, formando lo que FIGA llama el ordenamiento espontáneo. Es *sincera*, porque la ejecución misma, reiterada y sentida como obligatoria, requiere el esfuerzo repetido de realización de los actos de que se trate, el esfuerzo propio del comportamiento consiguiente, esfuerzo que siempre es superior al que comporta la mera proclamación de palabras. Aquella repetición de hechos, difícilmente aflora con la generalidad, reiteración y conciencia de obligatoriedad precisas, si no existe una convicción *común, profunda y verdadera* que la informe.

Y como realidad *auténtica y sincera*, provoca (al pulimentar, interpretar, completar, corregir o suplir la norma) a la larga *acierto*. *Acierto* manifestado por ejemplo, por la incidencia del Derecho Catalán en nuestro llamado Derecho Común Sic, en *la aplicación del Derecho*, donde el Artículo 3.º reformado del Cód-

go Civil impone un sistema de interpretación con específica llamada a la consciencia social, finalidad perseguida, antecedentes históricos, más próxima al «mos italicus» propio de los juristas catalanes que al sistema anquilosado de la ley sacralizada propia de la codificación napoleónica. Lo mismo ocurre con la mención de la equidad (Art. 3 del C. Civil), la remodelación del sistema de fuentes (Art. 1) que vigoriza la incidencia de los principios generales del Derecho, gracias a la oportuna proclamación de su carácter informador, atribuyendo al mismo tiempo a la Jurisprudencia su función consecucional completadora del ordenamiento. Lo mismo ocurre con el tratamiento de la costumbre, prevalencia del principio de la buena fe, y proscripción del abuso de Derecho y del fraude de ley. Acierto manifestado también, con la tradicional ausencia en Catalunya del instituto de la venia marital (ello es una manifestación más de libertad civil), en tanto que en el Derecho Común no se suprimía la venia hasta el 2 de mayo de 1975; manifestado así mismo en la Ley de 13 de mayo de 1981 que al reformar el Art. 814 del Código Civil, adopta la distinción entre preterición intencional y errónea o no intencional, que por su oportunidad y justicia y por ser más preservadora del principio de conservación de la manifestación de voluntad del causante, era tradicional en Catalunya, habiéndose ya recogido con claridad en el Art. 141 de la Compilación Catalana y después en el Código de Sucesiones; manifestado también cuando la misma ley de 13 de mayo de 1981, reformando el art. 841 del Código Civil, permite al testador o al contador-partidor autorizado expresamente por aquél, adjudicar todos los bienes a un descendiente del primero y ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás *legitimarios*, regulación que despierta resonancias con la tradición jurídica catalana, como si todavía se reprodujera aquella vieja cadencia de la célebre Constitución: «Celando por la conservación de las casas principales», dada en Monzón en 1545. Y no es necesario decir, lo que representa de acierto y anticipación, el hecho de que mientras el Derecho común esperará hasta la promulgación de la Constitución y subsiguiente reforma de la filiación de 13 de mayo de 1981, para suprimir la prohibición de investigación de la paternidad, en Cataluña, en

cambio, ya hacía siglos que pervivía el sistema de libre investigación de la paternidad y prevalencia de la verdad biológica tradicionales en el Principado y proclamados, naturalmente, en los Arts. 4.º y 5.º de la antigua Compilación, hoy en la Ley de Filiación, de 27 de abril de 1991⁴.

Y este acierto no ha de extrañar. Y no ha de extrañar porque este Derecho es ciertamente, una emanación (aflorada en los hechos) libre y espontánea del pueblo, de los hombres. Porque se diga lo que se diga, la humanidad en su conjunto, busca y camina hacia el bien (del que es una manifestación de Justicia) y en su sentir y en sus vivencias espontáneas aflora la exteriorización de un orden natural, que ella misma aprecia y quiere, y que en función de elementos singulares, se peculiariza en ordenamientos diferentes.

Una cosa es, que por razones de oportunidad y realidad el Derecho no sea el orden mismo, sino una búsqueda posibilista de aquél; pero el hombre quiere este Orden, aspira a este orden supremo, cualquiera que sea el nombre que le dé, tanto si se refiere a su individualización o encarnación, como si se refiere simplemente a sus atributos.

Y si Cataluña ha encontrado, en su sistema de creación jurídica, los resortes para obtener una feliz correspondencia entre la conducta, naturalmente procedente y querida de una parte, y la formulación jurídica de otra, no es sólo esto lo que ha contribuido a la bondad y acierto de su cuerpo tradicional, sino que también ha contribuido a ello la incorporación del *sentido común catalán*, que es una *especie sutil de principio directivo del comportamiento humano, muy enraizado en el Principado, no fácilmente definible, flexible, hábil, sin limitación en su ámbito de aplicación, cuyos efectos se muestran como resultado de una singular prudencia*—que no se puede confundir con la actuación de una conciencia pusilánime o timorata—*que huyendo de toda actuación temeraria, y excluyendo siempre lo injusto en lo concreto, persigue la obtención de un resultado práctico tangible, que sea posible conseguir, de facto, dada la realidad del entorno en un momento y lugar determinados.*

Principio, en fin, ni escrito, ni proclamado pero que se siente, y cuya efectividad no resulta de una prudencia intuitiva, sino de la *laboriosidad*, de la *constante y atenta observación del entorno* y del estudio mismo, de manera que se toma conciencia de la *incidencia de todos los factores* que intervienen en un determinado supuesto a contemplar, sin hacer exclusiones apriorísticas ni guardar comportamientos uniformes. Y este sentido común, se integra en la misma tradición, y contribuye a proporcionar al Derecho Catalán un estilo singular que lo peculiariza benéfica-mente en el orden práctico, es decir, lo enriquece.

5. *La tradición jurídica catalana en el Art. 1.º-2 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.*

VALLET⁵ aludía a la redacción originaria del art. 1.º de la Compilación y comentaba que a pesar de la referencia a la tradición, no aparecía, contrariamente a lo previsto en el proyecto, la contemplación de la función integrativa del texto mismo de la Compilación.

La Ley de 20 de marzo de 1984 de la Generalidad de Cataluña proporcionó al Art. 1.º una nueva dimensión. El texto refundido, aprobado por el Decreto de 19 de julio de 1984, dispone en el párrafo 2.º que: «Para *INTERPRETAR* e *INTEGRAR* esta Compilación y las restantes normas, se tomarán en consideración las *LEYES*, las *COSTUMBRES*, la *JURISPRUDENCIA* y la *DOCTRINA* que constituyen *LA TRADICION JURIDICA CATALANA* de acuerdo con los principios generales que inspiran *el ordenamiento jurídico de Cataluña*».

Hay que notar, pues, que el texto muestra una relación de los elementos que constituyen la *tradición* (*leyes, costumbres, Jurisprudencia* y *Doctrina*); admite claramente la integración, a veces denominada púdicamente interpretación integrativa, y reconociendo la función informativa de los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña, proclama la existencia de un ordenamiento jurídico, huyendo para siempre de la idea de un conjunto inorgánico de excepciones al Código

Civil; de un conjunto arcaico, apendicular, y de interpretación restrictiva.

Como dice el profesor BADOSA⁶, dos son las ideas básicas que la presente Ley de Reforma crea para construir el concepto de ordenamiento jurídico catalán: LA TRADICION JURIDICA CATALANA a la que se incorpora la Jurisprudencia y específicamente la del Tribunal de Casación de la primitiva Generalidad (disposición final 2.^a), y los principios generales reconocidos explícitamente (Art. 1-2 y disposición final 4.^a).

A). En cuanto a los elementos mencionados que constituyen, según el texto legal, la tradición jurídica catalana, hay que advertir, que moviéndonos como nos movemos dentro del ordenamiento espontáneo⁷ está claro que las leyes capaces de trascender a constituir tradición jurídica catalana, serán aquellas que puedan etiquetarse propiamente como tales, en oposición a aquellas otras que tenemos que excluir y que fueran simples *ordenanzas* que NO surgen de la consciencia social del pueblo, y que por su carácter meramente coyuntural o tinte gubernativo, impuestas, y precisamente por esto no espontáneas, no deben entenderse incorporadas.

Es ésta la distinción, la que de «facto» opera para integrarlas o no en la tradición; ésta opera y no aquella otra que diferenciaba entre las leyes antiguas (antiguo Art. 1.^o) y leyes vigentes. La tradición no opera mediante transiciones abruptas, sino suave y continuamente en dinámica influyente e influenciada, ni comporta tampoco la recepción aislada y desconexa del todo, de determinada costumbre o práctica folklórica antigua (esto serían en cualquier caso tradiciones) sino de un conjunto aglutinado en constante evolución, móvil, en suave mutación por la acción social permanente de la que se nutre mediatamente.

Así la Ley, aunque como fuente formal rige por sí misma, si no es una simple ordenanza y es la expresión del ordenamiento espontáneo, consigue vivencia natural y se incorpora a la tradición, nutriéndola de nuevo.

Por esto la tradición nunca podrá asimilarse o identificarse con el inmovilismo ni podrá atribuírsele efecto bloqueante y antievolutivo; al contrario, forma parte de la tradición jurídica catalana, como elemento esencial una *fina sensibilidad a la realidad social* –y por esto al *cambio*, siempre que sea verdaderamente real– y consiguiente *sintonía con la vida misma*.

No es necesario acudir al expediente, que según VALLET, defendió MARTI MIRALLES de considerar a las leyes ya derogadas como supletorias, pues incorporadas aquéllas dentro del todo tradicional, se integran en el conjunto y en él y por él, congruentemente con el todo, y con los principios generales del Derecho Catalán, tienen su parte de incidencia en el conjunto tradicional. En suma, que toda ley de las mencionadas características se integra en la tradición, en base a aquella realidad social de la que la ley es todavía pobre expresión, punta de un iceberg emergente, que denuncia la existencia de un contenido jurídico sumergido más amplio, rico y voluminoso como diría FIGA FAURA.

Lo mismo ocurre con la costumbre –está claro que se incorpora a la tradición– con la jurisprudencia nacida de hechos reales patológicos y dramáticos, y con la doctrina de los autores que muy señaladamente parte también de la consideración de hechos, como ya hemos visto.

B). Estos diversos elementos que integran la tradición jurídica catalana, actúan equilibradamente entre sí, no en función de su respectivo carácter formal, ni de acuerdo con una jerarquía pre-establecida, sino que operan en cada caso en función de aquello que es más adecuado al orden natural y que se deduce de las vivencias significativas del pueblo. Se trata –en frase VALLET⁸– de una sensibilidad táctil que conduce a reaflorescer de nuevo todo aquel sector sumergido de la riqueza vital que es necesario ponderar –y sentir– para resolver el caso y que a lo mejor las fuentes formales, mediante su sobria formulación escrita, no pueden por falta de explicitación, resolver.

C). Al estar destinada la Compilación a hacer más fácil la invocación del Derecho Civil de Cataluña por los juristas prácticos y ser una expresión (por vía de ley), sólo parcial, simplificada y esquematizada del contenido del todo más amplio constituido por el ordenamiento jurídico espontáneo catalán, al no modificarlo esencialmente ni alterarlo (ciertas modificaciones –pocas– trascendentes ya eran sentidas por el pueblo como anticipó el último Congreso Jurídico Catalán), es patente *la vocación de los preceptos de la Compilación* y también de otros que no están en ella, *a expresar el sentido que resulta del todo*, y por esto era absolutamente necesario que se iluminara la interpretación y que, a veces integrando, se restituyera al texto escrito aquello que *para el caso* le hacía falta contener. El Artículo 1.º, párrafo 2.º, era necesario.

D). Como sea que la tradición no es expresión de un pasado inmovilizado, sino de un todo vivo, evolucionante y en movimiento, es necesario su concurso para realizar el correspondiente sucesivo y progresivo desarrollo del Derecho, de manera que, distinguiendo aquello que es esencial y ya enraizado, de lo pasajero, coyuntural o reflejo de una moda vanal y transitoria, el Derecho aflora como fuente formal lo que la conciencia social proclama, conducido así el legislador por aquel «legere» que decía VALLET o aquel descubrir (el Derecho sólo se descubre) que decía ROCA SASTRE.

Sería ciertamente alarmante que se pretendiera construir el ordenamiento jurídico, mediante leyes asépticas, simple consecuencia de preceptos constitucionales, mediante normas gestadas sólo deductivamente, o expresiones de idealismos purísimos e impolutamente cartesianos, o que una filia o éxtasis constitucional llevara «per saltum» a deducir racionalmente de aquélla todas las soluciones del caso concreto. En realidad ha de ser al revés, el Derecho es vivo y se construye espontáneamente por una sociedad determinada, dentro de los amplios márgenes que la Constitución permite.

Afortunadamente en Cataluña, el apartado f) de la exposición de motivos de la Ley de 20 de marzo de 1984 de la Genera-

lidad de Cataluña, mostró a las claras que se respeta este estilo tradicional del Derecho Catalán en cuanto a la afloración y alumbramiento del Derecho, bebiendo en la fuente misma de la vida, al afirmar que es imprescindible que el Derecho Civil de Cataluña, *se acomode a la realidad catalana de hoy*; y esto tiene su confirmación dispositiva en el propio Art. 1.º de la Compilación que se remite a la *tradición*.

Con ello, se dispone para el Derecho la asunción de la realidad social no sólo del pasado sino también del presente al suprimir el cualificativo de «antiguas» que precedía a la palabra «leyes». Así, dicho artículo 1.º⁹ respetaba el sentido de modernidad que proclamaba VALLET y que se predicó, predicaba y predica de la tradición jurídica catalana.

6. *Tradición y tradiciones en Cataluña.*

A). Sin menospreciar, antes al contrario, el valor inmanente de las tradiciones específicas que reflejan instituciones en plena vigencia (sea al servicio de la finalidad originaria que presidió su creación, sea al servicio de otras finalidades actuales diferentes de la originaria, como ocurre hoy en día con la presunción Muciana que bilateralizada actúa de instrumento de protección al acreedor) sin olvidar por ejemplo, el tradicional respeto a la búsqueda de la concordia por la vía del pactismo, y la consecuencial tendencia a la transacción y al compromiso, el tradicional respeto a la libertad civil como elemento fundamental para hacer aflorar (de la mano del principio de autonomía de la voluntad bien conducida por los Notarios y otros juristas), el derecho atemperado a las necesidades de cada caso y de cada momento, la concepción funcional del patrimonio rural y del derecho de dominio al servicio de la casa, con la consecuente creación, usando de la misma libertad civil, de un florilegio de instituciones encaminadas a proteger la familia y para ella, la indivisión y permanencia práctica del patrimonio, sin olvidar todo esto, lo que sí hemos de destacar es que la tradición jurídica catalana en sus diversas manifestaciones, *imprime un singular estilo* a nuestro Derecho en todo el *complejo arco* de su desarrollo,

que va desde la afloración o alumbramiento, tratamiento, conservación, adaptación, hasta el fenómeno de la aplicación, o determinación (específica para el caso) del DERECHO. Si en el fragmento de ascenso del arco, podemos ver la singularidad de la actuación de las diversas fuentes formales y la matización profunda de la jerarquización napoleónica; la capacidad de reacción frente al inmovilismo legal (utilizando el juramento, la renuncia, la ficción, el «pactum de non petendo»; por ejemplo, la reserva para testar en los heredamientos, el juramento capitular en la renuncia anticipada que después hizo aparecer la constitución de «De dote contenta» de Bonifacio VIII, las capitulaciones matrimoniales para separar, para sustituir la inalcanzable separación del hecho, la adopción de hijos adulterinos para escamotear la antigua –hoy derogada– prohibición de reconocimiento y de atribución de «status familiae»), en la parte descendiente podemos ver un rico desarrollo del fenómeno de la aplicación del Derecho, interpretando «more italico» y no «more galico», asumiendo los principios de la escuela histórica muy peculiarizados por la escuela jurídica catalana, que nunca se alejó de los juristas prácticos como explican tanto VALLET como FIGA, ni incidió en dogmatismos puros, al contrario hipertrofiando la práctica de la justicia del caso, mostró la utilización de la equidad y del Derecho romano (no a la cerverina como instrumento de uniformización) como instrumento de prudencia y de buena razón para percibir el sentido natural de las cosas, teniendo en cuenta todas las circunstancias incidentes.

Es esta manera de hacer sentir y vivir el Derecho destacada característica de un pueblo que en una situación de equilibrio entre lo natural (que comporta lo ético y lo racional) ha sabido y ha podido, *con o sin el legislador*, mantener vivo y *al día* su derecho. Y con acierto.

En cada situación conflictiva, influirá la tradición imponiendo la búsqueda de la Justicia del caso concreto consecuentemente a la búsqueda de un resultado congruente, no por vía racionalista pura, no sacrificando nunca la equidad a la gra-

mática, al contrario, captando la vitalidad de lo natural, el sentido común y el contenido real de las instituciones.

Este estilo o manera de aplicar y de iluminar el Derecho (al aplicarse también aflora, y el arco es el círculo) es tradición en Cataluña, y constituye un valioso tesoro que conduce hacia el acierto y ha de ser defendido. Es tradición.

B). La tradición jurídica catalana, provoca como efecto material la transmisión con vocación de eficacia en el presente del Derecho Civil de Cataluña como un todo armónico, en situación dinámica de ininterrumpida transformación y continuo alumbramiento, y así recibiendo o nutriéndose de la vida misma completando y enriqueciendo al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico vigila la aplicación e interpreta, e integra las fuentes formales del Derecho.

Es pues instrumento válido de iluminación, en el momento de la aplicación del Derecho, en la dramática búsqueda diaria de la *justicia* del caso, la perfección de la cual, como el Orden mismo no podemos ver en plenitud y claridad, sin trascender ya del mundo contingente.

NOTAS

1) Como ya decíamos en otro lugar («VALLET DE GOYTISOLO y LA TRADICION JURIDICA CATALANA» Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló, Volumen VI, Madrid 1988, pág. 559, nota 1) la voz «tradición» no se emplea en el sentido de los Arts. 609, 1.095, 1.462, 1.463, ni 1.464 del C.C. Sí que, en cambio, se emplea en el sentido que expresa el Art. 1.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, tanto en su versión original, como después de la reforma por Ley del Parlamento de Cataluña de 20 de marzo de 1984, en cuanto se dice que tanto para interpretar como para integrar (este último verbo no logró subsistir en la primera versión) la propia Compilación y las demás normas (se entiende, del D. Civil de Cataluña) deberá tomarse en consideración las leyes, las costumbres, la Jurisprudencia y la doctrina (de los autores) que constituyen la *tradición jurídica catalana*. Semejante expresión aparece también en las Compilaciones de *Baleres*, (Art. 2.º, pfo. 2.º), *Aragón* (Art. 1.1), *Navarra* (leyes 1 y 6), *Galicia* (art. 2.2.º). Igualmente se emplea, en el sentido expresado, la voz «tradición jurídica catalana», en la disposición final 2.ª de la Compilación, en su redacción por Ley de 20 de marzo de 1984, cuando dispone que la Jurisprudencia pronunciada por el Antiguo Tribunal de Casación de Cataluña (se refiere al actuante en la precedente autonomía de Cataluña bajo el régimen republicano) forma parte de la «tradición jurídica catalana» y podrá ser invocada en casación.

Referencias a la voz o a esta acepción pueden verse en abundancia en la obra de VALLET: *Sic*, pone en boca de Juan J. Permanyer y Ayats refiriéndose a las «Consuetudines Dertosaee» de Pere TAMARIT y Pedro GIL que los citados Notarios «no venían llamados a reformar ni a completar la legislación, ni tampoco a restaurarla» sino a «dar forma escrita a los principios jurídicos de carácter consuetudinario que integran su legislación tal como entonces existían, esto es, respetando las *metamorfosis* que la acción de los tiempos con la repetición de los *actos* de los particulares, los fallos de los Tribunales y todas las demás concausas que, como complementos eficientes entran en la formación de las costumbres, las habían trazado». (*Vide*. VALLET: *RJC*, 1980, págs. 575, «Cotejo con la escuela histórica»); más adelante en la *op. cit.*, pág. 580, con cita de Romaní y Puigdengolas dice: «La tradición es verdad que *por sí sola basta para desarrollar la vida social de un pueblo*, aunque con cierto vigor irregular y nada sistemático en sus formas, la filosofía, empero sacrificando el fondo a la forma acaba pronto emancipada del elemento antiguo con la espontánea iniciativa de la vida íntima social. Si se llega a hermanar la *tradición* con la filosofía, los frutos de este enlace proporcionarán lozanía, flexibilidad, robustez y virilidad a la estructura formal del Derecho, y esta función es la propia y peculiar de la Jurisprudencia. Por esto el sistema de gobierno que permite entre-

sacar con espontaneidad de la conciencia común, precipitar o adelantar la aparición de una fórmula que satisfaga cualquier necesidad social, será tenida en gran estima como un mecanismo maravilloso y adecuado».

El propio VALLET en su «Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho Foral en Anuario de Derecho Aragonés 1968-1969», en *ADC*, 1970, pág. 470, decía: «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 y 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» ... «Los usos y costumbres también se viven y, además, se enseñan oralmente, transmitiéndose de ese modo de generación en generación. Se conserva, a través de la tradición, el sentido de la finalidad, verbalmente explicada de padres a hijos. Y la ley escrita impone los límites, fija mojonos, 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».

También, el propio VALLET, hace referencia al concepto en «La percepción sensorial y las fuentes del derecho», núm. 7, pág. 69, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1977, al decir en pág. 70: «Los usos y costumbres no sólo se viven con todos los sentidos, sino que además, se aprehenden y transmiten oralmente, de generación en generación. Se conserva, a través de la tradición, el sentido de su finalidad, verbalmente explicada de padres a hijos».

Vallet –ello será una constante en su obra– arguye la necesidad de la luz de la naturaleza, *del orden natural (quod natura animalia docuit)* para iluminar *la tradición*, y terciar en la antítesis racionalismo jurídico e historicismo-tradición, máxime cuando ahora, la antigua percepción sensorial, puede sustituirse por una imaginación en donde se confunde lo imaginario con lo real y en donde el espectador (cine, TV) no contempla la imagen fuera anecdóticamente, sino que la vive como propia, se la incorpora, participa y adopta una actitud muchísimas veces mimética. Vallet, resume así: «Para ello se cuenta con los medios audiovisuales, en los cuales –explican Cohen-Seat y Fougeyrollas– la actitud del espectador de cine o del televidente, bajo los efectos de su información fílmica «es una actitud de participación», es decir, «que las representaciones no son simplemente recibidas, sino que son, hablando con exactitud, vividas por aquellos a quienes llegan. La información visual (fílmica) desencadena inmediatamente no conductas de respuestas, sino comportamientos de empatía». «Este tipo de comuni-

cación afectiva que los psicólogos llaman empatía, para traducir el término alemán *Einführung* –añaden en nota–, se extiende en el cine hasta un mimetismo concreto que no por situarse, suscite reacciones difusas, pero de una importancia que no puede ser ignorada». Participar –prosigue– es vivir según el registro de lo imaginario o, más exactamente, según un registro en el cual lo imaginario y lo real no llegan a distinguirse. En presencia de realidades que desbordan por todas partes las significaciones racionales que contienen, la participación es un modo de comprensión en el cual lo afectivo se impone de un modo decisivo sobre lo intelectual. Los caracteres del pensamiento mágico se imponen tanto en los procesos de identificación como en las actitudes de proyección».

Santo Tomás de Aquino menciona, que «en un pueblo sometido prevalecería, sobre la costumbre la ley, excepto si ésta no estuviera en armonía con las *tradiciones* de la patria» (*Summa Theologiae* I, II, q. 97 a.3) según explica VALLET en *Incidencia práctica del pactismo en la teoría de las fuentes del Derecho*.

Plá y Daniel (citado por VALLET en *La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del Siglo XIX*, pág. 87 –ponencia desarrollada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación–), dice: «¿Qué ha hecho la escuela histórica? Ha excitado a los pueblos a estudiar y *recordar sus tradiciones* y a respetar sus costumbres. En esto es digna de toda loa. Pero ha concedido demasiada independencia a la costumbre respecto de la autoridad social...» (*Vide RJC 1900*, pág. 225).

Borrell y Soler (también citado por VALLET, en su ponencia académica antes citada) decía (*vide RJC 1927 Miscelánea*, pág. 289 y ss.) refiriéndose a la escuela histórica, propiamente catalana: «... *la defensa del derecho consuetudinario, la protesta contra las legislaciones abstractas nacidas de los principios de la Revolución francesa*, y se proclamaba la *conciencia del pueblo como la legítima fuente del derecho positivo*, ya no debían temer que alguno siguiera motejando de arcaico y anticientífico *el derecho que tenía sus raíces seculares en recopilaciones de costumbres elaboradas pacientemente y practicadas constantemente sin protesta, y lo suficientemente vivas, para que el mismo pueblo se sintiera dolorido cuando se las arrancaban con la violencia, mediante la promulgación de leyes inspiradas en criterios opuestos, o cuanto menos, discordantes con nuestro derecho. La doctrina de la nueva escuela era una barrera que oponer a todo intento de unificación de las leyes civiles de la Monarquía*».

Al final (termina el mismo Borrell, citado por VALLET en lug. cit.) concluye: «... porque el respeto y el amor al derecho *tradicional* perduran entre los hombres de ley en Cataluña, aunque no siempre lo hayan manifestado con el mismo tono de voz».

Pérez Luño (citado por VALLET en lug. cit.), en *RJC 1971*, págs. 832 y ss., dice: «El hecho de que Vico, la escuela histórica y la escuela escocesa “constituyan las principales fuentes doctrinales de Durán y Bas”

no lo considera Pérez Luño como un hecho casual, ni cree que su pensamiento sea la resultante yuxtaposición de las tres corrientes, sino “la síntesis engendrada en el esfuerzo por alcanzar una concepción realista del derecho”; esto es, una concepción del derecho como experiencia jurídica. En esta búsqueda, *la tradición cristiana* reinterpretada por Vico, la nueva visión de la historicidad del derecho aportada por la escuela histórica y la exigencia del sentido común postulada por la escuela escocesa no son sino factores que, interpretados al margen de la totalidad del pensamiento de Durán, de su concepción de la experiencia jurídica, pierden su verdadera significación.»

Torras y Bages (citado por VALLET en *op. cit.*, pág. 104) en su obra *La tradició catalana* decía, pág. 150: «...una generación enseña a otra generación, la experiencia de los pasados instruye a los presentes, pues la experiencia es madre de la ciencia y no hay caudal de ideas más exactas, puras y fecundas que aquellas que perseveran un largo transcurso de siglos».

También cita VALLET (*op. cit.*, pág. 107) a CATÁ DE LA TORRE (vid. *RJC* 1914, pág. 479, y 1915, págs. 67 y ss.), según el cual: «... la libertad política consiste en que un pueblo haga su voluntad, y ésta se halla en su *tradición*; expresada, compendiada y manifestada por las instituciones civiles que rigen la familia y la propiedad y a las cuales es fuerza respete el derecho político».

Igualmente luminosa es la cita de VALLET de aquel gran abogado barcelonés que fue don Raimundo de Abadal y Calderó (*RJC* 1963, pág. 641): «Los pueblos que creen en la omnisciencia y la omnipotencia del Estado son los que no ven el derecho sino en la ley positiva dictada por el propio Estado, y son siempre *esclavos* suyos, *ya esté su soberanía en manos de un rey, en manos de una oligarquía o de una democracia*. Los pueblos que creen en las fuerzas sociales como determinantes del Estado de derecho en que se constituyen, como todo lo ponen en estas fuerzas sociales, no les espanta la ley que a sí mismo se dicta el pueblo por medio de la costumbre, y son los pueblos verdaderamente libres.»

Una referencia de VALLET al Art. 1.º y a la «tradición» puede verse también *op. cit.*, pág. 131.

Sobre la tradición propiamente romanística, además de *Panorama del Derecho Civil*, Barcelona, 1973, *vide* el interviu de Juan VALLET en el *Boletín del Il·tre. Colegio de Abogados de Madrid*, 1987, pág. 23.

También es imprescindible la lectura de *Estudios sobre las Fuentes del Derecho y Método jurídico*, de VALLET, Madrid, 1982. En la pág. 1035 de esta obra refiriéndose a Durán y Bas, dice: «Durán y Bas⁸³ distingue en el derecho: “un elemento racional, el principio filosófico”, de carácter general y un elemento histórico, popular, nacional, de carácter particular; dualidad de elementos que, a su juicio, corresponde al pensamiento de Savigny, y que, respectivamente, constituyen los principios fundamentales y los secundarios que deben distinguirse: “Los que son

emanación directa e inmediata del principio de justicia, los que son expresión de las leyes eternas del orden moral y de los principios esenciales de toda organización social; los que forman los elementos constitutivos de la nacionalidad de un pueblo, no pierden su legitimidad porque aparezcan en discordancia, más superficial que interna, con lo que se llama la corriente de las ideas de un siglo o de los intereses de una generación; superiores a estas ideas y a estos intereses deben resistir tal corriente con la resistencia que a los extravíos del error o a las seducciones del mal oponen la Verdad y el Bien; los principios que suelen llamarse derivados, los que refieren a las necesidades externas, a los intereses secundarios de un pueblo, éstos son los que pueden recibir la influencia del espíritu de la época, y legitiman el cambio de las instituciones. También padecen aberraciones los pueblos, también se extravían a veces las grandes creencias en ciertos períodos de la historia, y si no todo lo antiguo es legítimo tampoco es progreso todo lo nuevo”».

Y concluye que, según este pensamiento, se reconoce, «primero, que hay en el derecho positivo un *elemento de carácter absoluto*, un principio de naturaleza ética y, por lo mismo, independiente de los tiempos y lugares, que es el vínculo común a todas las legislaciones civiles, porque es el fin general que todas deben realizar; y, segundo, que en las legislaciones de los pueblos modernos este elemento es el *principio cristiano*, la ley moral del hombre como el cristiano enseña y lo ha infiltrado en toda la civilización moderna».

Sin embargo –continúa VALLET– esta dualidad metódica no es necesaria, e incluso resulta inconveniente, si nos percatamos de que el método clásico del derecho natural es omnicompreensivo.

Así, entre los autores catalanes del pasado siglo, vemos que no tuvieron que recurrir a la referida dualidad Falguera ni mucho menos Torras y Bages, en quien se observa la más plena perspectiva tomista en el hallazgo y aplicación del derecho; ni tampoco en sus últimos escritos del mismo Durán y Bas cuando formuló su conclusión acerca del método de la escuela jurídica catalana.

El mismo VALLET, en su reciente y monumental obra, ahora aún en prensa e inédita titulada *Religación, Tradición y Dialéctica en la Historia y en el Derecho de Cataluña (módulo de expansión civilizadora)*, dice: «Luis Vives, en su tratado *De anima*, escribió: “*Doctrina est traditio eorum, quae quis novit ei qui non novit; disciplina est illius traditionis acceptio... communicatio augetur eruditio, sicut ignis motu atque agitatione.*”» Esta obra, aquí citada como «inédita» ha sido ya publicada bajo el título de «Reflexiones sobre Cataluña», Barcelona, 1989.

La tradición, nos dice Torras y Bages, de quien hemos tomado la cita anterior, es «una nota característica dels animals racionals, que no es troba fora d’ells en cap altra categoria de ens, ni en la terra ni en lo cel» ... «Vol dir ensenyança dels pares, ó passats. La una generació en-

senya a la altra generació, la experiència dels passats instrueix als presents, perquè la experiència es la mare de la ciència» ... «Tradició i estancament són dos termes antitètics fins en la seva significació gramatical; perquè el mot tradició, i de consegüent el concepte que expressa, encloï l'idea de moviment, de curs, de transmissió, oposat, com se veu, a la significació de quietut del segon terme; perquè en el cabal de la tradició hi treballen totes les generacions, fins tots els homes, modificant-se continuament i essent sempre lo mateix.»

En este devenir, conservando, desechando o perdiendo algo, y recogiendo y aportando otro algo, el curso de la tradición a veces sufre estancamientos, otras veces incluso cortes catastróficos o revolucionarios que la vacían de buena parte de su contenido. Entonces conviene que las mentes rectoras las contemplen desde sus orígenes, en toda su trayectoria, para –parándose a ver– señalar a sus coetáneos y sus hijos, la dirección sana y fecunda. Este esfuerzo por pararse y mirar, primero hacia atrás y luego hacia adelante, lo han venido efectuando desde hace un siglo preclaros historiadores y juristas catalanes, y, con ellos, también Francisco Elías de Tejada, ese enciclopédico polígrafo de raíz extremeña, nacido en la Puerta del Sol y que se confiesa enamorado de Cataluña.

Más adelante, en la propia obra, dice VALLET: «A finales del siglo pasado y a comienzos del actual, varios juristas catalanes, siguieron la línea tradicional de modo ya evidentemente contrapuesto a la actitud de la escuela histórica alemana. Así Puig Samper recordó, en la tribuna de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona el 28 de febrero de 1894, que por la senda de sus *libres tradiciones*, amparadas por su *libertad civil*, los catalanes fueron y, seguían estando, “naturalmente inclinados a prescindir del Estado para hallar moldes y formas que sirvan de cánones a los medios empleados para la satisfacción de sus necesidades jurídico-sociales, buscándoles en cambio en la potencia legislativa del pueblo, que entra en acción a medida que evolucionan las convenciones jurídicas y nuevas corrientes de la vida, despiertan nuevas necesidades, y que así se formó el derecho consuetudinario, origen de las más importantes compilaciones catalanas”. Por eso propugnó que, para conocer el derecho catalán, era necesario estudiar “la manera semi-inconsciente como el pueblo elabora sus costumbres; y que, analizándolas una a una y relacionándolas todas entre sí, deduzcamos no sólo el estado a que ha venido a parar nuestro régimen jurídico después de cerca de dos siglos de luchas y contradicciones, sino los principios sustantivos que las forman y que les sirven de espíritu vivificador”». También Faus y Condomines insistiría en la importancia científica de la recopilación, investigación y estudio del derecho consuetudinario catalán, a la vez que contribuyó respecto al vivido en las comarcas donde ejerció su profesión de notario.

Y Victorino Santamaría llegaría a afirmar que, en España, donde

debía haberse proseguido la empresa, iniciado por Joaquín Costa, de coleccionar y publicar el derecho consuetudinario vivido, tal como el mismo Santamaría había hecho repetidamente; y concluiría que, «como la costumbre es la manifestación de la vida, habrá costumbres mientras haya mundo, y las leyes, para responder a su fin, se han de amoldar a las manifestaciones de aquéllas, y, en su consecuencia, han de estar fundamentadas en las costumbres, conservando en éste la costumbre y la ley su terreno propio».

Vide también a VALLET, en dicha obra inédita el número 96-III *La tradición catalana*.

Finalmente VALLET en sus *Estudios sobre Fuentes del Derecho y Método Jurídico*, op. cit., pág. 918, dice: «La tradición consiste en *conservar lo valioso del depósito constituido por las experiencias de anteriores generaciones, continuando su desenvolvimiento, depuración y acrecentamiento, para transmitirlo enriquecido a las sucesivas*». Y en la misma op. cit., pág. 917, dice: «Fritz Schulz ha destacado en qué medida la tradición fue una *gran potencia* en la vida romana; *gravitas* y *constantia* eran las virtudes cardinales de la nación para los romanos. Así: “los romanos nunca trataron de interrumpir con intervenciones radicales el curso tranquilo de la evolución jurídica. La inquietud por experimentar el recomenzar desde el principio no iba ciertamente con su manera de ser. Los inconvenientes del pasado llegaban en definitiva a ser eliminados, pero lentamente y con prudencia, porque los romanos difícilmente, y nunca por su gusto, abandonaban los ordenamientos que, por buenas o malas razones habían llegado a constituir instituciones jurídicas. Las instituciones jurídicas extranjeras no les impresionaban fácilmente. El romano gustaba recorrer el mundo y discurrir con quienquiera, pero al regreso a su hogar era un romano y no un *globe trotter*. La recepción del derecho extranjero se producía con una gran parsimonia –continúa–, y no sin haber dado antes una impronta romana, para siempre inconfundible, a tal aportación. Raramente era abrogado el derecho vigente, más bien se le dejaba caer en desuso con su inaplicación. A tal fin se situaba una norma nueva para que se pudiera optar entre ella y la norma anticuada o agotada, facilitando así el progresivo desuso del derecho viejo. Lentamente, por etapas, en estrecha conexión con las instituciones vigentes, era como voluntariamente se desarrollaba el progreso jurídico.”»

Vide también la contestación de VALLET al discurso de ingreso en la Real Academia, de Casals Colldecarrera, año 1983.

Como dice Salvador CODERCH (*RJC 1984*, pág. 807, Comentario al Art. 1.º de la Compilación) «... el criterio histórico reaparece al iniciarse la política compiladora con el artículo 3 del Decreto 23.5.1947 (los anteproyectos de Compilación debían “...llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas...”). La propia idea de compilación –la doctrina de la *iuris continuatio* presupuso explícitamente el criterio

histórico pero además ello tuvo una traducción normativa en el artículo 1.2 (“*tradición jurídica catalana*”) y en la D.F. 1.^a (que no deroga el derecho histórico limitándose a sustituirlo) de la Compilación aprobada por la Ley 40/1960, de 21 de julio».

«Y ésta ha sido –continúa diciendo Salvador Coderch; *lug. cit.*, pág. 807, nota 14– el entendimiento mayoritario de la doctrina contemporánea. V., por ej., las aportaciones de Ramón M.^a ROCA SASTRE, Luis FIGA FAURA y Francisco FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO: “Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona”, e *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1961.»

Vide Luis PUIG FERRIOL y Encarna ROCA Y TRÍAS: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, tomo I, Barcelona, 1984, págs. 213 a 218 (Los elementos de la tradición jurídica catalana), y, en especial, pág. 212. Vide también PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS: *Elementos del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1987, pág. 30. Sic. vide 3.^a edición de esta última obra.

2) Vide GARCÍA GOYENA («Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil», T.I., pág. 25.

3) VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios sobre las fuentes”, pág. 1.047.

4) Como decíamos en el lugar indicado en nota (1), pág. 570:

Quizá por este *descubrir y respetar* el ordenamiento espontáneo, el derecho civil de Cataluña ha mostrado una *anticipación de siglos* en relación a lo que hoy se llaman conquistas de la modernidad, lo que es, en el fondo, expresión de *acierto*, a mi juicio tributario de esta gestación espontánea del derecho, venida del *facere (facta non verba)* del pueblo, recogido de la tradición jurídica catalana, mediante colecciones de costumbres, leyes, jurisprudencia y doctrina de los autores. Este derecho así gestado «alumbrado por juristas» como diría VALLET (*Consideraciones en torno a las fuentes del Derecho*, op. cit., pág. 23), consecuencia pues del *facere* del pueblo y no del «*velle*» del príncipe, estimulado en su cultivo y generación por la temporal inexistencia de órganos legislativos autónomos, ha mostrado su eficacia y *modernidad* (vide CAMPS I ARBOIX: *Modernitat del Dret Català*) de manera trascendente e importante:

a) *En la aplicación del Derecho. La actual interpretación de la norma* (Art. 2 C.C.) «*more italico*» y no «*more galico*», la *desacralización* de la Ley (sacralización antes nacida de las tendencias de la codificación napoleónica y que cedió a la transformación de la Jurisprudencia que de desconfiada centinela de la firmeza inmutabilidad y respeto a la Ley, pasó a ser capaz de matizarla y de complementar el ordenamiento jurídico –Art. 1.^o C.C.–) la llamada a la *equidad* –Art. 2 CC.– que significa especial atención a la justicia misma del caso concreto (vide PINTÓ RUIZ: *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo título preliminar del C.C.*, Barcelona, 1976, pág. 153), la interpretación en función de la *conciencia social* pro-

pia del momento de la aplicación de la Ley (*vide* CASALS COLLDECARRERA, en el mismo *Ciclo*, pág. 21), la anátesis de los *principios generales del Derecho* del oscuro último lugar, al de informadores del ordenamiento jurídico, y la moderna perfilación del *concepto de aplicabilidad de la norma*, que deja de serlo, cuando produce iniquidad (*vide sic*. Sentencia del T.S. de 31 de mayo de 1949 que admite la accesión invertida), acogida en la reforma (Ley de 17 de marzo de 1973) del título preliminar del Código Civil, no son más, que un marchar desde los antiguos principios agarrotadores de la codificación, hacia principios más flexibles propios de la escuela histórica, singularmente *catalogana*, más sensibilizados a la justicia del caso concreto, a la conciencia social del tiempo del enjuiciamiento (VALLET: *La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del Siglo XIX*, pág. 78) y a la percepción «percepción sensorial» que diría VALLET (*opus cit.* en nota 1) de las fuentes formales como expresiones del sentir, querer y practicar con conciencia de obligatoriedad del mismo pueblo. En materia pues de aplicación del Derecho, el *nuevo y moderno* título preliminar del C.C. está más cerca de la sensibilidad estructural y comportamiento de los derechos llamados forales, que de la concepción normativa y napoleónica del Código Civil de 1889. (*Vide* PINTÓ RUIZ: «Incidencia de las autonomías en el Derecho Privado», en *Foro Gallego*, núm. 182, año 1986, época VI).

b) *La capacidad de ejercicio de la mujer casada*. Llámense limitaciones, llámense prohibiciones, que pesaban sobre la mujer casada antes de la Ley de 2 de mayo de 1975 (*sic*. antiguos arts 60, 51 y 1.263 CC) no existían ya, en el Derecho Civil de Cataluña. En la Compilación y ya antes de las Conmemoraciones de Pere Albert no se exigía la venia de su marido para la perfección de negocios jurídicos que tuvieran por objeto sus bienes parafernales (en realidad para ningún caso) ni se permitía (*vide* «Commemoracions de Pere Albert». PINTÓ RUIZ: «Autorización marital», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*) que el marido se inmiscuyera sin consentimiento de su mujer en la administración de los bienes propios de aquélla. La anticipación fue evidente.

c) *Los Arts. 814 y 841 CC*.

La Ley de 13 de mayo de 1981 reformó los arts. 814 y 841 del Código Civil. Por lo que aquí interesa cabe destacar, que la reforma del primero de los citados artículos significa establecer en el Derecho común la distinción entre preterición intencional –que no *anula* la institución de heredero, sino que sólo da derecho a exigir la legítima– y preterición errónea o no intencional que en los casos que cita produce el *derrumbamiento* de la institución de heredero. La introducción de este distinguo (que significa que la preterición no siempre anula la institución de heredero) comporta una mayor prevalencia del principio de conservación del testamento y de la libertad de testar y sintoniza con la Constitución del Rey Pedro III de 1339 y la exégesis que la tradición jurídica catalana realizara, como puede verse, con sólo comparar el ac-

tual citado art. 814 del Código Civil y el art. 141 de la Compilación de Cataluña, (hoy 367 del Código de Sucesiones), salvando una más perfecta redacción de aquél.

Y el art. 841 del Código Civil, al introducir la posibilidad de disponerse por el testador la facultad de su heredero de pagar la legítima en dinero, tiende a evitar la división de los bienes relictos, se acerca a la concepción de la legítima como *pars valoris bonorum*, se aleja de la estricta estimación de *pars bonorum* y sincroniza con la constitución catalana «Zelant per la conservació de les cases principals», dada en Monzón en 1545 con la Compilación de Cataluña, y, en definitiva, con la antigua *tradición jurídica catalana*.

d) *Reforma de la filiación.*

La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo por lo que a la filiación se refiere, reformas importantísimas. Coexistían antes en el mundo jurídico español, dos sistemas fundamentales, en realidad opuestos. Un sistema de prohibición de la libre investigación de la paternidad, que sólo autorizaba el ejercicio de la acción de reconocimiento forzoso de la paternidad (fuera del matrimonio) cuando se mostraba expresa o tácitamente la voluntad de reconocer, y por ello se le conocía con el nombre de sistema voluntarista (sistema éste afrancesado y propio del Código Civil), y otro (propio de Cataluña y también Navarra), que, en cambio, admitía francamente la libre investigación de la paternidad, y la conectaba a la verdad biológica, y por ello –al efectuarse tal atribución con independencia de la voluntad– se le nominaba principio de la verdad biológica. Pues bien, en virtud de la reforma, el Derecho común, obediente a principios constitucionales concordantes con los dictados de la modernidad, se pasa del principio voluntarista, al principio de la verdad biológica que, siglos antes de la actual constitución ya se había vivido en Cataluña. Insistiendo en las diferencias de los dos sistemas, notemos que la tradición francesa partía de que la paternidad, salvo las presunciones matrimoniales, era indemostrable y por ello se exigía para atribuirle o la posesión de estado o el escrito indubitado de reconocimiento o afirmación de algún modo, de la propia paternidad. Y como decía Albaladejo, una cosa era la paternidad física o biológica y otra la jurídica. En definitiva, en aquel sistema era padre el que expresa o tácitamente lo mostraba.

En cambio, la tradición jurídica catalana, siguiendo la tradición romano-canónica (D. Libro XXII, tít. III, frag. 29, dice: «*Deberá prevalecer la verdad*»; y el Cap. III, tít. 17, Libro IV de las Decretales, dice que: «*Se crean las palabras si por demostraciones certeras no resulta otra cosa*»), sienta el principio de que *es padre*, lo quiera o no, lo diga o lo calle, el que *biológicamente* lo es».

Pues bien, esta tradición catalana (art. 4.º Compilación, hoy ley 27 de abril de 1991) es adoptada por los arts. 127 y concordantes del Código Civil. Y bien feliz es el acogimiento actual de aquella anticipación

que comporta la admisión de pruebas biológicas, tanto más, cuando ahora ni siquiera es válido el axioma «*Mater semper certa est*», pues hoy el parto ya no es *identificador*, puesto que, de hecho, en el mundo y en España, pueden nacer hijos sin que la *madre* sea a la vez, aportadora del óvulo y *parturienta*.

e) El sistema de respeto a la verdad biológica fue también sentido y adoptado por los catalanes, con anticipación evidente, lo que ratifica la modernidad de sus antiguos preceptos y la útil modernidad del respeto a la *tradición jurídica catalana*.

5) VALLET DE GOYTISOLO: «Estudios sobre fondo», pág. 934.

6) Notas a la Compilación, edición dirigida por el Profesor MALUQUER, Barcelona 1985, pág. 8.

7) FIGA FAURA, RGLJ 1982, pág. 33.

8) ADC, 1970 «La percepción sensorial y las fuentes del Derecho».

9) Una disección perfecta del citado art. 1.º, puede leerse en el magistral trabajo de Salvador CORDERCH en la Revista jurídica de Cataluña, año 1984, pág. 793.

REIAL ACADEMIA DE DOCTORS
———— PUBLICATIONS ————