

Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *Qué son las instituciones jurídicas*: 1. Sus dos diversas concepciones. 2. Configuración práctica y elaboración científica.—II. *Análisis estructural y tipificación de las instituciones*: 1. Análisis definitorio y comparativo. 2. Análisis compositivo de sus elementos. 3. Tipificación de las instituciones.—III. *Clasificación de las instituciones jurídicas*: 1. Diversas perspectivas clasificatorias: A) Instituciones, órgano, instituciones, figura o forma típica. B) Estructurales y funcionales. C) Típicas y atípicas. D) Jurídico-políticas y jurisdiccionales. E) Instituciones-cauce, instituciones-dique e instituciones formales de publicidad y procesales. 2. Instituciones-cauce. 3. Instituciones-dique o límite. 4. Instituciones formales de publicidad y procesales.—IV. *Función estructural de las instituciones*: 1. Función teórica y función práctica. 2. Su función en la práctica de legislar. 3. Su función práctica en la interpretación.

I. QUÉ SON LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

1. Sus dos diversas concepciones

Las instituciones jurídicas constituyen el segundo de los elementos estructurales que, conforme la metodología realista por la que he optado, la ciencia del derecho debe estudiar.

Según Savigny¹, «la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes cons-

¹ SAVIGNY: *Sistema del derecho romano actual*, V, cfr. 2.ª ed. en castellano, Madrid, Centro Editorial Góngora, s.f. pp. 66 ss.

titutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos». Nota también que «cada elemento de la relación de derecho [es decir, cada relación singular de derecho] se refiere a una institución que la domina y sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla». Así, «este segundo encadenamiento [relación singular-institución] ligándose con el primero [relación de derecho típica-regla de derecho expresada en una ley-institución] encuentra en ella la realidad y la vida».

Para el fundador de la escuela histórica, las instituciones mismas son «las bases del derecho general», de las cuales, «por abstracción» son separadas las reglas particulares²; y el derecho que vive en la conciencia del pueblo «no es un conjunto de reglas abstractas», sino que «es percibido en la realidad en su conjunto» —es decir, en todas y cada una de sus instituciones—, y, cuando se hace sentir la necesidad de la regla, «bajo su forma lógica», ésta «se separa entonces de [aquel] conjunto y se traduce en una forma artificial»³.

Según el mismo Savigny⁴, los jurisconsultos, a su vez —además de suministrar, «como el derecho popular primitivo, la materia de la legislación»—, en su función científica «rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real; la libertad y variedad de formas que emplean les permite mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho; identidad que da nacimiento a la ley, pero que no es visible inmediatamente».

Ese doble proceso jurídico que lleva de la institución a la norma legal y de ésta retorna a la vida real —según explica Karl Larenz⁵— «significa que el pensamiento jurídico no debe moverse únicamente en *un plano*, sino que continuamente ha de hacer de intermediario entre la contemplación —aquí la contemplación del todo— y el concepto representando, mientras que el concepto, y la regla formada mediante él, sólo puede abarcar cada vez un aspecto parcial y, justamente por ello, tiene que ser completado y rectificado constantemente por la contemplación. Se puede decir que si Savigny hubiese actuado en esto con plena seriedad y sus seguidores hubiesen seguido esta doctrina no hubieran podido echar por el camino de la jurisprudencia formal de conceptos».

A mi entender, lo que ocurre a Savigny es que no va y vuelve de la contemplación del todo a la de una realidad singular, sino que se

² *Ibid.*, § VI, p. 68.

³ *Ibid.*, § VII, p. 70.

⁴ *Ibid.*, § XIV, pp. 88, *in fine*, s.

⁵ Karl LARENZ: *Metodología de la ciencia del derecho*, edición definitiva 1979; primera parte, Introducción; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, p. 34.

mueve mentalmente entre aquella contemplación total y la regla abstracta, formada mediante un concepto, a su vez, construido por una abstracción sustractiva al modo kantiano.

De ahí que Savigny –como advierte Larenz⁶–, «no consiguió explicar –y en esto se basa, en nuestra opinión, la de hecho escasa importancia de su metodología– de qué modo puede tener lugar el paso, por él exigido, de la contemplación del instituto a «la forma abstracta de la regla» y, desde ésta, volver a la contemplación originaria».

Es un doble camino de ida y vuelta, en el cual Savigny, además de mezclar dos clases de abstracción –la integrativa y la sustractiva–, al descender de esta segunda se olvida de la advertencia de Paulo⁷: «*Non ex regula ius summatum sed ex iure quod est regula fiat*».

Sin embargo, aquí no nos ocupamos de las instituciones como elementos básicos en las metodologías de las leyes y de la determinación del derecho, sino sólo de su función de elementos estructurales de una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, que para cumplir ambas funciones necesita contemplarlos.

Bajo esta perspectiva debemos comenzar por advertir que con la misma palabra, institución, se expresan los dos significados que, en italiano, se especifican respectivamente con los términos *istituto* e *istituzione*. Este segundo corresponde al de institución que hallamos en Hauriou y en Renard.

Aquél define: «institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder, se le procura los órganos necesarios y, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de una idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos de poder y reglamentadas por procedimientos»⁸.

En ese mismo sentido, Renard⁹ entiende que el orden jurídico «reposa en un doble soporte: la *personalidad humana*, y la *institución*», que «se interpenetran» profundamente. «La personalidad humana se halla encuadrada en una serie de instituciones, y la institución enracima la personalidad humana». Por eso, aunque consi-

⁶ *Ibid.*, pp. 34, *in fine*, s.

⁷ PAULO: *Dig.* 58, 17, 1.

⁸ Maurice HAURIOU: *La théorie de l'institution et de la fondation* (1925), cfr. en castellano, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 31.

⁹ Georges RENARD: *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, 1930.

dera que la institución es un concepto flexible, prefiere reservar ese nombre a las que son de tipo corporativo.

En cambio, el significado expuesto por Savigny –que aquí seguimos– no enfoca la institución como una entidad u organismo social, sino más ampliamente, como una figura jurídica. Sentido en el cual esta palabra es empleada por Ramón María Roca Sastre¹⁰ al explicar:

«Bajo la idea básica de que el derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre eligen las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idoneas todas para dicha función protectora y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses.»

En el mismo sentido, Federico de Castro¹¹ dice que, conforme la etimología de la palabra institución –*institutus*–, significa algo que ha alcanzado la firmeza de lo fundamental; se refiere a «las formas básicas y típicas de la organización jurídica total»: «es una de las bases organizadoras de la *ordinatio* de la comunidad»; es una figura jurídica primaria de «la verdadera constitución jurídica de un pueblo».

A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹² entienden que la «tecnicidad de los principios generales» se «expresa sobre todo en la organización de la materia jurídica alrededor de centros unitarios, que son las que llamamos instituciones» [...] «Así como la materia adopta una estructura molecular, que es un pequeño sistema organizado, o la vida, se ordena sobre

¹⁰ Ramón María ROCA SASTRE: «Prólogo» a la obra de José Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 13 s.

¹¹ Federico de CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I, V, II, III, 7, Madrid, I.E.P., 1955, pp. 628 s.

¹² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de derecho administrativo*; cfr. 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, vol. I, cap. II, I, 2, F, pp. 79 ss.

células, así el derecho se presenta bajo una estructura institucional. Una institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada».

2. Configuración práctica y elaboración científica de las instituciones

Las instituciones son elaboraciones o configuraciones que son estructuradas, en primer lugar, por la práctica jurídica en su función determinadora del derecho. Sea vivida por el pueblo, guiado por sus juristas prácticos –por los *iurisconsulti* en el período romano clásico, por los *consiliatores* en la segunda fase de la Baja Edad Media, y, desde hace siglos, por notarios y abogados consultores (*solicitors*, en Inglaterra, y *attorney und conseller law*, en USA)–, o bien por la práctica política y administradora de la organización de las entidades públicas, asesorados jurídicamente por juristas especializados en las diversas ramas funcionales de esas organizaciones. Es una labor que se desarrolla en el campo fluido de la praxis en su significación aristotélica, que actúa en el ámbito que deja abierto el *dikaion phisikon*, o sea, lo naturalmente justo. Ahí es donde resulta preciso que el hombre efectúe las convenientes determinaciones del derecho, en sus relaciones sociales personales, asociativas, dominicales, contractuales, sucesorias.

Es un terreno muy bien delimitado por Aristóteles, dentro del cual es preciso efectuar una elección, en la que se aúnan razón y reflexión (*pro-airesis*), entre lo agible en un hacer práctico (praxis). Esta elección se caracteriza por tratarse de hacer algo que no está exactamente impuesto, que sólo deba ser de determinada manera, sino que cabe efectuar de un modo o de otro, aunque circunscrito siempre dentro de ciertos límites, más o menos amplios, que no han de traspasarse, prefijados por lo verdadero y lo bueno. Esta praxis debe ser guiada por la *phronesis*, o prudencia práctica, porque la elección de los medios no se refiere únicamente a instrumentos técnicos, como ocurre en la *poiesis* –que se proyecta a lo factible en las cosas materiales exteriores al hombre–, sino que atañe al obrar humano –*agere*–, tanto personal como social, es decir, tanto en lo que es acción individual como en las relaciones sociales entre los hombres¹³.

¹³ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicitiva del derecho*, II, *Parte sistemática*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, 200, pp. 1045-1049.

En el campo jurídico, en aquello que puede ser justo de uno u otro modo, la práctica prudencial debe configurar una *res iusta* concreta y determinada, es decir, ha de efectuar una determinación justa de un hecho. Esa determinación puede efectuarse por una ley, una costumbre o un negocio jurídico –asociativo, dispositivo, obligacional, testamentario, normativo, etc.

En el segundo volumen de la *Metodología de la determinación del derecho*¹⁴, me he ocupado de examinar algunas de estas configuraciones, elaboradas por la práctica jurídica, en los ámbitos de la propiedad y de los derechos en cosa ajena que la limitan, en diversas clases de contratos, en el derecho de familia y en el de sucesiones.

La función de la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho tiene por objetivo final una exposición sistemática del derecho «ya hecho», después de haberlo observado del modo que las ciencias descriptivas lo efectúan, analizando lo observado, calificándolo y clasificándolo. Recordemos que –como ha explicado Carnelutti¹⁵– «la metodología no es otra cosa que la ciencia que se estudia a sí misma» y, así, la sirve.

No siempre los científicos del derecho han seguido ese camino.

Jhering¹⁶, en el primer período de su pensamiento –al que corresponden los primeros volúmenes de *El espíritu del derecho romano* y su artículo introductorio del «Anuario Jhering»–, siguió el pandectismo de Puchta y su jurisprudencia de conceptos –de la que, después, se burlaría mordazmente–, aunque dándole una orientación más conforme al modo de pensar de las ciencias naturales, y no al de la filosofía idealista, como había hecho Puchta.

Para ese método, que Jhering denomina *histórico natural*, nos habla, él mismo, del empleo de lentes, microscopios y del telescopio jurídico para perfeccionar la «historia natural del derecho»; asimismo, distingue la «anatomía del organismo de derecho», que «tiene por objeto los elementos de este organismo y su acción recíproca», y la «fisiología del organismo jurídico» con «sus funciones en la vida»¹⁷.

A juicio de Jhering¹⁸: «Al menos hasta ahora, la experiencia ha demostrado que el derecho es un manantial inagotable, de donde la

¹⁴ *Ibid.*, 227-244, pp. 1205-1282.

¹⁵ CARNELUTTI: *Metodología del derecho* (1938), prólogo 2; cfr. ed. en castellano, México, Unición Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1940, pp. 8 s.

¹⁶ JHERING: *El espíritu del derecho romano*, Introducción, 2, ed. en castellano, Madrid, Casa Ed. Bailly Ballier, 1912, vol. I, pp. 32 ss.

¹⁷ *Ibid.*, 3, p. 37, y 4, p. 63.

¹⁸ *Ibid.*, 3, p. 45.

práctica y la teoría extraen sin cesar reglas subjetivamente nuevas, es decir, hoy desconocidas; así como las fórmulas de todos los tiempos demuestran, a su vez, que son susceptibles de desarrollos y de perfección». Esto puede hacerse «en el terreno de la doctrina pura», «en parte por medio de la interpretación que fija el sentido verdadero de la ley contra una redacción demasiado estrecha o muy amplia, y en parte por la extensión analógica, lo cual contiene un desenvolvimiento de la ley, en cuanto nos enseña que la disposición ha sido erróneamente circunscrita a una serie de hechos que no pueden apreciarse como esenciales, o limitada a una especie sólo, en lugar de aplicarse a un género entero, y que debe, por consecuencia, extenderse el precepto más allá de los angostos límites que le han marcado».

Esta intelección —dice¹⁹— debe efectuarse sistemáticamente, examinando «la estructura del organismo jurídico», mediante un procedimiento inductivo, del siguiente modo: Las reglas de derecho «se deducen por medio de la abstracción del juicio de las diferentes relaciones de la vida, con el fin de expresar y fijar su naturaleza íntima. A menudo se necesita el concurso de muchas reglas para establecer la forma jurídica de una sola relación, y entonces hallar en ella su objeto común y su punto de unión, como los músculos a los huesos. Ese carácter de la vida, así traducido en forma legal, puede a su vez depender de otro con el cual es conexo; por ejemplo, como fase o momento transitorio de este último (adquisición o pérdida de los derechos en oposición a éstos), o como consecuencia (sucesión del heredero en las deudas del testador respecto de la adición de la herencia), o como especie de un género (contrato de venta en cuanto a los contratos en general, y éstos en contraposición con las obligaciones).

»De esta manera, las diversas relaciones jurídicas de la vida, que como tales pueden ser objeto de un examen separado, se reúnen en rededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas que (empleando un lenguaje figurado) nos representan el esqueleto del derecho, al cual se adhiere su sustancia toda entera, o sean las reglas que la componen».

Es decir, «el sistema en materia de derecho, como en cualquier otro ramo científico, no debe consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que se deduce del fondo mismo del objeto»; que «facilita la inteligencia de la estructura del objeto individual. Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma».

La verdad es que Jhering toma las reglas del derecho como realidad de la cosa misma del derecho; pues, dice que, a menudo, «se

¹⁹ *Ibid.*, pp. 49 ss.

necesita el concurso de muchas reglas para establecer la forma jurídica de una sola relación», y «las diversas relaciones jurídicas de la vida»: «se reúnen en rededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas». Es decir, no parte de las instituciones elaboradas por la práctica, sino de las reglas que las traducen en forma legal, interpretándolas y fijando su «sentido verdadero», como «forma jurídica de una sola relación» que son.

Jhering sigue, pues, a Savigny en pretender pasar de la contemplación de las relaciones de la vida, cada elemento de las cuales «se refiere a una *institución que lo domina*», a las normas derecho formuladas en la ley, para tratar, a partir de éstas, de volver a la institución, en un periplo que va de la relación de derecho —que recibe su forma de la institución orgánica correspondiente— a la regla de derecho expresada, y de ésta a la institución²⁰. Por lo cual —como advierte Larenz²¹—, en el retorno de la ciencia del derecho al instituto, desde la forma abstracta de la regla, también abstracta —que lo ha disociado de la totalidad orgánica en que se halla vivo—, en ese tránsito, traduce en conceptos también alejados de la realidad, que es de donde deben apprehenderse.

El propio Jhering explica que, con el procedimiento que él propugna, «se ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al cual se aplica, operándose por su medio una transformación interna de las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se desprenden de su forma de prohibiciones y de mandatos para reconvertirse en elementos y cualidades de relaciones jurídicas. Así es como nacen, por ejemplo, las definiciones de...». Y, líneas después, explica: «El legislador ofrece, por decirlo así, cuerpos compuestos que sólo interesan por su utilidad inmediata; la ciencia por el contrario emprende su análisis y los convierte en cuerpos simples» [...] «Las definiciones así adquiridas no son únicamente simples descomposiciones de las reglas de derecho propuestas, por medio de las cuales se pueden reconstituir esas mismas reglas, sino que este análisis tiene el mérito, más precioso, de que suministra la posibilidad de acrecer el derecho por medio del derecho mismo, y de ampliarlo y engrandecerlo en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas. La combinación de los diversos elementos permite a la ciencia crear nuevas nociones, que en su fecundidad encastan y engendran otras. Las reglas del derecho, como tales, no tienen esa fuerza generatriz, permanecen inertes hasta que

²⁰ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, 93, b, p. 550.

²¹ Karl LARENZ: *Metodología*, loc. ult. cit., p. 35.

son reducidas a elementos simples y colocadas en línea ascendente o descendente, según las relaciones y el grado de parentesco que tienen con otras; o, lo que es lo mismo, hasta que pueden testimoniar su descendencia de otras nociones y crear otra vez nociones nuevas sacadas de su propio seno».

De esos conceptos jurídicos así obtenidos, el mismo Jhering más tarde en la segunda fase de su pensamiento se mofaría, en sus *Cartas confidenciales sobre la ciencia del derecho actual*²² y en el cuarto volumen del *Espíritu del derecho romano*²³, culminando esa burla en varios de los capítulos recogidos en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, especialmente *En el cielo de los conceptos*²⁴ y *De regreso a la tierra*²⁵. De ello me ocupé en el primer volumen de la *Metodología de la determinación del derecho*²⁶.

Conforme el método realista que seguimos, debemos contemplar las instituciones en la realidad viva. Carnelutti²⁷ dice cómo debe hacerse, fijando la atención en su «lado estructural», captando «su momento estructural» en una fotografía instantánea –método que hemos examinado en el primer volumen de esta *Metodología*²⁸–. Creo que, hablando con propiedad, no se trata de una instantánea, sino de una imagen mental que nos formamos, después de una experiencia dilatada, amplia y profunda de la vida. Imagen con la cual representamos la institución, en ese aspecto estructural que hemos captado.

Eso es lo que Roca Sastre²⁹, en su perspectiva del derecho institucional, muestra y explica: «Bajo la idea básica de que el derecho no se crea, sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos» [...] «El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas».

Observa Roca Sastre las instituciones con una visión realista, no sólo guiada por la experiencia, sino –de modo valorativo, concorde con el realismo metódico– como muestra al considerar que el dere-

²² Rudolf VON JHERING: «El método especulativo en la ciencia del derecho», Carta confidencial segunda, en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Civitas, 1987, pp. 49 ss.

²³ *Ibid.*, *El espíritu del derecho romano*, vol IV, pp. 437 ss.

²⁴ *Ibid.*, «En el cielo de los conceptos jurídicos», en *Bromas y veras...*, pp. 225 s.

²⁵ *Ibid.*, «De regreso a la tierra», en *Bromas y veras...*, p. 268.

²⁶ *Perspectiva histórica*, 250, pp. 884-886.

²⁷ CARNELUTTI: *Metodología*, ed. cit., pp. 63 s.

²⁸ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 191, p. 1101.

²⁹ Ramón María ROCA SASTRE: *Prólogo a la obra ult. cit.* de Puig Brutau, pp. 13 s.

cho institucional es inseparable de la justicia, es decir, descubriendo en él las «posibles fórmulas de protección de los intereses humanos» que deben ser, en palabras suyas, «justos y legítimos»³⁰. He comentado³¹ que el sentido práctico de Roca Sastre sobrepasa el mero pragmatismo a ras de tierra y obedece al significado genuino de la praxis prudencial, inseparable del sentido ético y de una capacidad de prever los resultados, con el fin de proteger los intereses humanos buenos, justos y socialmente útiles, así como las enseñanzas de la experiencia.

También he explicado³² que no son las costumbres las que hallan ese derecho institucional en la realidad, sino que en ella los pueblos lo viven en simbiosis cultural, como agentes activos, integrados en la naturaleza de las cosas, forjándolo en la propia tradición histórica adecuadamente a los principios ínsitos en ésta, y lo tejen en sus actos y negocios jurídicos, guiados por sus juristas prácticos, y en sus costumbres. El juez y el legislador velan para que esa adecuación sea moral y acorde al bien común, y aquél para que en concreto sea justa.

De ahí el carácter complejo que tienen las instituciones y el derecho institucional. En él confluyen: principios generales del derecho y de la respectiva institución, integrados en la tradición de cada país; las costumbres en que se vive; la labor de los jurisconsultos, con su *auctoritas*, y las sentencias judiciales con la suya, a la que añaden la fuerza del precedente que dejan trazado.

La función de la ciencia del derecho es: la de recopilar todas esas instituciones, observar su estructura y naturaleza, clasificarlas, y, finalmente, explicar cuál es su función.

II. ANÁLISIS ESTRUCTURAL Y TIPIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES

1. Análisis definitorio y comparativo

Los jurisprudentes romanos, ya en la época preclásica –como dice Wieacker³³–, elaboraron tempranamente las «grandes figuras

³⁰ *Ibid.*, «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio», *AAAMN*, I, 1943, p. 355.

³¹ «El que cal reviuere del pensament de Roca Sastre», *RJC*, XCIX, 3, 2000, p. 1047.

³² *Metodología de las leyes*, Madrid, EDERSA, 1991, 220, p. 609.

³³ F. WIEACKER: «Fundamentos de la formulación del sistema de la jurisprudencia romano», VI, 1, a, discurso en el solemne acto de su investidura como doctor *honoris causa* de la Universidad de Barcelona el 13 de marzo de 1991, pp. 37 ss.

jurídicas, como *obligatio, oportere ius (in re), res possessio (civilis), potestas, condicio*», definiendo el significado de estos nombres, y empleándolas como «una retícula o cañamazo del mero saber empírico de las *rationes dicidendi*». Parte este autor³⁴ de que el presupuesto para la «construcción de la ciencia del derecho romano», como sistema autónomo, lo constituyó la delimitación del propio objeto en estructuras auténticas, «primer presupuesto de trabajo de los juristas», que se remonta a «los orígenes pontificales de la jurisprudencia científica»³⁵.

Los comentaristas Bartolo y Baldo, con el empleo del realismo metódico —que prácticamente ya habían seguido los jurisconsultos romanos³⁶—, mostraron de qué modo debe proceder la ciencia del derecho. El segundo dice³⁷ que quien quiere saber conocer, comprender —«*qui vult sci*»—: «debe primero conocer los antecedentes»; y, para proceder de un modo teóricamente recto, debe discernir la procedencia de los nombres de las cosas; después, para buscar la verdad, en toda especulación teórica, ha de operarse triplemente: primero, definir las, como breve demostración de lo que es la cosa, efectuando contrastes y comprendiendo sus propiedades; segundo, proceder a la división de sus partes y al examen de su disposición; tercero, poner algunos ejemplos para mostrar y aclarar lo definido.

Eso, después de él, vendrá haciendo la ciencia jurídica, pero con diversas perspectivas. Vamos a repasar cómo desde cada una se ha seguido de diverso modo ese camino cognoscitivo.

En otra de sus obras, Wieacker³⁸ ha escrito que «los *conciliatores* investigaron científicamente, por primera vez, e instituyeron disciplinas, para cuya ordenación, acomodada a la época, faltaba todo fundamento en el derecho romano, o bien en él sólo se hallaban apreciaciones casuísticas. Para ello, se basaron preponderantemente en supuestos previos canónicos o germánicos, comunes a toda Europa». Por obra suya van surgiendo en todas partes exposiciones monográficas de diversas instituciones jurídicas, vividas en su época, que documentaban científicamente con textos apropiados: del *Corpus iuris*, del derecho longobardo, de los estatutos loca-

³⁴ *Ibid.*, IV, 2, pp. 32 y ss.

³⁵ Cfr. lo expuesto en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 4, A y B, pp. 33-35.

³⁶ Lo muestra así la misma definición que da Ulpiano (*Dig.* I, 1, 10) de jurisprudencia como «*divinarum atque humanarum rerum notitiae*».

³⁷ BALDO DEGLI UBALDIS: *In primam Digesti veteris partis commentaria. De iustitia et iuris*, lex 1, § *Iure operam*, 1 y 2.

³⁸ F. WIEACKER: *Historia del derecho privado en la Edad Moderna* (1952), 5; cfr. en castellano, Madrid, Aguilar, 1957, p. 51.

les y con anteriores comentarios, hechos por ellos mismos o por otros autores, acerca de la misma materia.

Como he expuesto en mi primer volumen de mi *Metodología*³⁹, el cultivo alternativo de todos esos derechos muy probablemente pudo ayudarles a tener en cuenta la realidad vivida además de los textos legislados, y, con esta perspectiva, pudieron entretejer los derechos peculiares con el común. No es que los glosadores no iniciaran la labor científica de conceptualización; pero lo hacían observando sólo los textos del *Corpus iuris*, mientras que los comentaristas-conciliadores extendieron su perspectiva del modo explicado por Wieacker. También para unos y otros, pero especialmente para los segundos, fue de gran importancia la labor científica que paralelamente efectuaron los canonistas.

Emilio Bussi ha efectuado un extraordinario estudio acerca de esa labor, especialmente en materia de derechos reales y de obligaciones, mostrando cómo en el derecho común se formaron los conceptos de derecho privado que el derecho moderno ha dogmatizado⁴⁰.

Es de advertir que estos autores medievales no sólo conceptualizaron y definieron las instituciones vividas, sino también las categorías generales que las comprendían, abarcando conceptos tan amplios como los de *ius in re* y *ius in personam*. Sin embargo, no fueron conceptualistas, y en esto se diferencian de los pandectistas del siglo XIX que desembocaron en la *Begrifsjurisprudenz*. Si bien se preocuparon de conceptualizar y de definir más que los jurisconsultos romanos, no elevaron a dogmas conceptos ni definiciones y, tanto menos, pensaron en emplear el método de inversión —que es característico de la jurisprudencia dogmático-conceptual, incompatible con el realismo aristotélico-tomista que constituyó el armazón filosófico de la escuela de los comentaristas—, pues contemplaban la realidad viva directamente con *sensum naturalis* y *naturalis ratio*, mediante las cuales —como hemos visto en el primer volumen de la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*⁴¹— determinaban la *aequitas* del caso.

He dedicado un capítulo entero del primer volumen de esta obra⁴² a las tareas, comenzadas por los glosadores y seguidas por canonistas, consiliadores y comentaristas, en el Bajo Medievo, de

³⁹ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 26, p. 148 en rel. 25, B, párrafo que lleva la nota 261, p. 142.

⁴⁰ Emilio BUSSI: *La formazione dei dogmi de diritto privato nel diritto commune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, Cedam, 1937.

⁴¹ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 24, pp. 136 in fine –139.

⁴² *Ibid.*, 28-37, pp. 148-192.

definir y configurar instituciones –haciéndolo principalmente de la mano de Bussi en lo referente a los derechos de cosas, de garantías reales y de obligaciones, y más por mi cuenta en derecho de familia y en el de sucesiones–, donde hemos observado la ardua labor que ellos realizaron –principalmente para elaborar los conceptos de contrato y de representación–. En esa tarea –como recordé después⁴³– las nuevas configuraciones corrían parejas con las necesidades vividas en la práctica y con lo requerido por la utilidad social. No trataban de efectuar esa labor *ex novo*, sino progresando, paso a paso, a partir de los textos jurídicos romanos por ellos manejados, hasta despegarse de su formalismo, sin hacerlo de un modo idealista o cerebrino; es decir, sin perder de vista la tierra firme de las realidades de su tiempo, a las que ellos proyectaban esos textos, que siempre releían pensando en ella. Causa asombro que tan decisivamente pudieran así progresar en esta labor configuradora, y, asimismo, admira la prudencia con que avanzaban en esta actitud metódica, que les libró de construir castillos de naipes o de arena.

Era una teoría dirigida al servicio del arte práctico del derecho, aunque –como dice Wieacker⁴⁴– «el purismo de la jurisprudencia humanística y de la escuela histórica permaneció ciego ante su grande y práctico arte jurídico».

Ciertamente las tendencias del *mos galicus*, a la búsqueda de un derecho romano filológica e históricamente depurado⁴⁵, de los humanistas, de los filósofos del *usus modernus*⁴⁶ y de los iusnaturalismos modernos, se consideraron despegados de la labor efectuada por los autores del Bajo Medievo. Aunque, de hecho, se beneficiaron de los avances por ellos dados. Así, desde su punto de partida romano, una vez depurado de interpolaciones, volaban, con menos dificultades y ahorrándose esfuerzos por un camino idealista y racionalista, al punto de llegada más simplificado y generalizado. Recordemos, una vez más, que algunos humanistas de la escuela del derecho natural y de gentes, y, a la par, algunos romanistas de la escuela culta se prestaron recíprocamente instrumentos metodológicos. Aquéllos brindaron a éstos principios y sistemas organizados con arreglo a una jerarquización lógicamente descendente de esos principios y de criterios racionales de juicio de conformidad con los mismos, y los romanistas suministraron a los humanistas un

⁴³ *Ibid.*, 69, p. 419.

⁴⁴ WIEACKER: *loc. ult. cit.*, p. 51.

⁴⁵ *Metodología de la determinación del Derecho*, I, «Perspectiva histórica», 106-108, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 289-297.

⁴⁶ *Ibid.*, 111, p. 308, p. 78, pp. 573 ss. y 165-168, pp. 523-537.

conjunto de normas elaboradas observando el derecho romano purificado de interpolaciones⁴⁷, y sin preocupación práctica alguna, sustituyéndola por un afán profesoral teórico⁴⁸.

Donde más se nota ese cambio es en el derecho de obligaciones y contratos. Donello, que define: «*Contractus est duorum pluriumve consensus*»⁴⁹, refiriéndose más adelante a los perfeccionados por nudo pacto, dice que no es preciso vestirlos —«*nullum requiritur vestimentum, ipsa enim conventio est consensus*»⁵⁰. Bussi⁵¹ dice que en ese texto Donello se mostró sarcástico con los medievales, con un sarcasmo «más bien falto de sentido».

Llegamos a principios del siglo XIX, cuando en su obra juvenil, fruto de su curso de *Metodología*, impartido en Berlín en el invierno 1802-1803, explicaba Savigny⁵² que, en el sistema que él propugnaba, «se deben desarrollar los conceptos» contenidos en un principio particular del derecho, lo cual equivale a efectuar definiciones y establecer distinciones, mediante «recorrer el mismo camino de las leyes —fidelidad genética— demostrando especialmente los contrastes». Esto implica que: 1.º En el sistema «no debe tratarse ningún concepto sin referirlo a un principio de derecho» (en el sentido normativo legislado que él atribuye a esa palabra). 2.º Los conceptos determinan el sistema, por lo cual «a conceptos falsos siguen interpretaciones falsas». Esto le hace plantear la cuestión de que material histórico es el que entra en el sistema: ¿el traído por la tradición o el resultante de una crítica que lleva «en la legislación a la fidelidad a la *genealogía de los conceptos*»? [subrayo esta expresión, que retomará Puchta y será clave en su sistema conceptual deductivo]. Así pretendía apartarse de la que él denominaba época bárbara y acudir a la raíz romana de los textos clásicos.

Ahí tenemos uno de los primeros vagidos del conceptualismo jurídico, inspirado en la doble revisión que había efectuado Kant: de una parte, acerca del modo de conceptualizar, y, de otra, conforme a la idea que del derecho se formó, identificándolo con la ley impuesta por el Estado⁵³. Después, el pensamiento de Savigny recibiría el influjo de las concepciones orgánica e histórica del derecho⁵⁴, de cuya síntesis con la racionalista kantiana daría lugar

⁴⁷ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 41, pp. 22, *in fine*, s.

⁴⁸ Cfr. KOSCHAKER: *op. cit.*, cap. IX, pp. 179, *in fine*, s.

⁴⁹ Jean DONEAU, *Donellus enucleatus*, XII, VI.

⁵⁰ *Ibid.*, VII, XI.

⁵¹ E. BUSSI: *op. cit.*, 60, nota 1, p. 271.

⁵² F. C. SAVIGNY: *Metodología*, parte primera, III, 2, pp. 38 s.

⁵³ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 91, pp. 535 s.

⁵⁴ *Ibid.*, 125-126, pp. 723-735.

a la amalgama contradictoria, tan bien estudiada por Alfred Dufour⁵⁵, en la que se introdujo el pensamiento de Savigny y la escuela histórica del derecho y que, por el camino que antes hemos observado⁵⁶, llevaría al conceptualismo de Puchta y de la primera época de Jhering⁵⁷, por el cual se definía conceptualmente.

Sintetizando lo que Ferrater Mora⁵⁸ explica del significado de la palabra definición, cabe decir que ésta puede efectuarse: por *división* –o sea, delimitando empíricamente un objeto de los demás, su *quididad*–; por *abstracción* –que puede ser *sustractiva* o *negativa*, al modo de Kant, o *integrativa*, conforme obtenían el universal Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, para situar la cosa en su correspondiente universal⁵⁹–, y *dialécticamente*, tratando de aproximarse a la cosa en un diálogo ascendente (socrático-platónico), sin caer en contradicción, o en una disputa de probabilidad (en su sentido aristotélico).

Como allí digo: división, abstracción integrativa y dialéctica pueden combinarse, y conviene que así se haga, para definir, aquí específicamente cada institución. Así se sitúa la cosa –en este caso la institución– en su género, en su especie y en su subespecie, y, dentro de ésta, en su «lugar» correspondiente por sus diferencias específicas, respecto de las demás cosas en que en ella se encuadran, y, en fin, dialécticamente, puede afinarse la definición.

También hemos visto⁶⁰ –siguiendo a Álvaro d’Ors– que se definen las palabras como signos representativos de las cosas –aquí las instituciones–, y que, como todo signo, aquéllas relativizan la realidad que pretenden captar intelectivamente. Por ello, la definición no es necesariamente «definitiva» sino «definitoria», en cuanto señala «límites» –«fines», en latín, «linderos».

Consiguientemente, toda definición de algo que es vivido socialmente, como lo son las instituciones, es «abierta» –no «cerrada», como si se hallara circunscrita definitivamente por las normas legales que en un momento dado la regulan–, así se dibuja el tipo de institución, que –como todo tipo– admite variantes, y es fluido dentro de una serie de tipos, en la cual debe diferenciar la institu-

⁵⁵ Aldred DUFOUR: *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, II, III, I, pp. 180-194, cfr. una síntesis de su exposición en *Perspectiva histórica*, 237, pp. 818-821.

⁵⁶ Cfr. *supra* 1, texto correspondiente a la nota 5.

⁵⁷ *Ibid.*, 2.

⁵⁸ José FERRATER MORA: *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1981, voz «Definición», pp. 730-734.

⁵⁹ *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, 20, d), pp. 86-89.

⁶⁰ *Ibid.*, d), pp. 102 s.

ción que es definida de los que más vecinas les resultan ⁶¹. Por tanto, cuanto menos abstracta y más descriptiva sea la definición de cada institución más adecuada se hallará a su realidad viva.

2. Análisis compositivo de sus elementos

El siguiente paso que debe darse para conocer la institución, más a fondo, es que, después de haberla definido y delimitado comparativamente, analicemos los elementos que la componen.

Ciertamente, el conocimiento de la institución procede de un análisis, que efectúa la ciencia del derecho para conocerla mejor. Así lo ha explicado Carnelutti:

«La unidad de la ciencia del derecho», por la obra colectiva de los científicos, «se resuelve en la *pluralidad de los institutos*». «Ocurre a los científicos del derecho, para poder estudiar este formidable mecanismo que han de hacerlo a trozos. No de otro modo se comportan los médicos con el cuerpo humano y los ingenieros con las máquinas» ⁶². Es cierto que «la descomposición del derecho es un procedimiento necesario de nuestra ciencia; pero puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada del conocimiento de que observamos más bien el *cadáver del derecho* que el *derecho vivo*, porque la vida, o sea la realidad del derecho, no está en ninguna parte, sino en el todo y en su unidad ⁶³».

Yo digo que la vida está inseparablemente en el todo y en cada una de sus partes con tal de que éstas no se separen del todo; pues, si bien se contemplan como partes estructurales suyas, se hallan integradas funcionalmente de modo inseparable en el todo (que es algo vivo y no un cadáver al que se le hace la autopsia y despedaza).

Ciertamente, todas las instituciones se integran en el sistema de cada derecho vivo: estructuralmente —que es del modo que aquí las examinamos— y funcionalmente, en su dinámica, y ni de un modo ni de otro pueden separarse de él, pero sí cabe considerarlas individualizadamente.

Pero, lo mismo que ocurre con el derecho, sucede con cada una de sus instituciones, que pueden ser observadas, integradas por todas las partes que constituyen su estructura, es decir, en su composición ⁶⁴.

⁶¹ Desde otra perspectiva, CARNELUTTI dedica un capítulo de su *Metodología del derecho* a la observación y comparación de los objetos de cada serie y grupo.

⁶² CARNELUTTI: *Metodología...*, 18, pp. 61 s.

⁶³ *Ibid.*, 19, pp. 64 ss.

⁶⁴ Así, y conforme su terminología, CARNELUTTI (*Teoría general del derecho*, 10.^a ed., § 75; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, de 1941, pp. 48 s.),

Todos los que en nuestra época de oposiciones estudiábamos el *Derecho civil español común y foral* de Castán Tobeñas, en cualquiera de sus ediciones, tomándolo como núcleo básico de nuestros temas o, por lo menos, como esqueleto de éstos, pudimos comprobar que, al tratar de todas y cada una de sus instituciones, analiza sus elementos. Con más complejidad cuando trata de instituciones funcionales referentes a hechos –como el negocio jurídico– y menos al tratar de instituciones estructurales referentes a situaciones –propiedad, usufructo, etc.–. Aquí me detendré principalmente en aquéllas, precisamente por su mayor complejidad y el mayor detalle con el cual las estudia, para observar cómo explica los elementos en que mentalmente las descompone.

Los elementos del negocio jurídico los clasifica Castán Tobeñas⁶⁵ en: a) *esenciales*, sin los cuales el negocio no puede darse; b) *naturales*, que cada negocio jurídico lleva normalmente consigo, a no ser que sus autores los eliminen, y c) *accidentales*, que sólo existen cuando las partes los agregan expresamente. Los primeros son *constitutivos* del negocio, necesarios para que exista; los otros dos se refieren al *contenido* y a los *efectos* del mismo.

Considera Castán elementos esenciales del negocio jurídico: la voluntad y la declaración de la persona o personas simples compuestas o complejas –que son sujetos activos de esa voluntad y de su manifestación⁶⁶–, su causa⁶⁷ y su forma⁶⁸. Elementos naturales⁶⁹ –dice– son los que «forman la estructura típica de cada negocio en particular», por lo cual sólo particularmente pueden determinarse. Como elementos accidentales, que pueden afectar a los negocios jurídicos y despojarles de su carácter puro y simple⁷⁰, enumera: la condición⁷¹, el término o plazo⁷² y el modo o carga⁷³.

Este análisis es claro y simple, teóricamente ejemplar para orientarse y para contemplar cada negocio jurídico en particular; pero, en la práctica, surgen las dificultades en cuanto se precise profundizar en el análisis de determinadas figuras concretas, y

emplea la denominación persona compuesta o colectiva cuando la voluntad y el interés son comunes a todos los componentes, y denomina persona compleja cuando, en el conjunto, el interés es de una persona (menor o incapaz) y la voluntad de otra (padre, tutor).

⁶⁵ José CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952, vol. 1-II, § XXVIII, III, 1, p. 484.

⁶⁶ *Ibid.*, IV, pp. 487 ss.

⁶⁷ *Ibid.*, § XXIX, pp. 509-539.

⁶⁸ *Ibid.*, § XXX, pp. 540-556.

⁶⁹ *Ibid.*, § XXXI, I, pp. 557 s.

⁷⁰ *Ibid.*, II, pp. 558 s.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 559-567.

⁷² *Ibid.*, IV, pp. 567-569.

⁷³ *Ibid.*, V, pp. 569-572.

entonces se acumulan e interfieren, por una parte, las dificultades clasificatorias (para distinguir una figura de otras próximas a ella) y también las dificultades del análisis de las figuras objeto de aquella comparación y de este análisis.

Hace años lo pude observar y mostrar respecto de la donación y de la donación *mortis causa*⁷⁴, tanto en relación a su respectiva ubicación como a su comparación y al análisis de los elementos de una y de otra, observadas separadamente y puestas en relación.

a) La donación, enseguida, ofrece dificultades de ubicación: ¿es un contrato o no lo es? Para ello es preciso ponerse de acuerdo, primero, en el sentido en que se emplea la palabra contrato: si en su sentido *lato* —que lo identifica con convención— o acuerdo de voluntades tanto para crear relaciones de crédito y obligación, como para modificar o extinguir las ya existentes, e, incluso, para crear personas jurídicas, para constituir relaciones reales, familiares o incluso para establecer normativas—; en sentido *estricto* —como el acuerdo concertado entre varias personas para constituir una o varias obligaciones patrimoniales—, y en un sentido *intermedio* —que incluye no sólo el acuerdo de constituir alguna obligación sino también el de modificar o extinguir un vínculo jurídico, obligatorio o real de contenido patrimonial o económico⁷⁵.

Vemos a lo largo de la historia, y considerándola en sí misma, que la donación ha sido contemplada como: una *causa*, en el sentido de *animus donandi* justificante de cualquier negocio; como un modo traslativo de una cosa o de una titularidad real o crediticia efectuados gratuitamente; como un *negocio jurídico típico*, traslativo del dominio *donandi animus*, rigurosamente formal, según dispuso el emperador Constantino; ampliamente, como negocio jurídico comprensivo de donaciones traditorias, estipulaciones donatorias constitutivas de obligaciones gratuitas, donaciones promisorias y donaciones liberatorias, o, en fin, como contrato consensual, o sea, simple título gratuito que debe ir seguido de tradición. En la mayor parte de esas concepciones, la voluntad del donante tiene una densidad muy superior a la del donatario y, en cada una, varía su contenido, e igualmente sus posibles elementos reales y sus elementos formales⁷⁶.

b) A su vez, la donación *mortis causa*, en sus orígenes griegos narrados en la *Odisea* y en el derecho romano, es concebida como

⁷⁴ «Donación, condición y conversión jurídica material», I y II, AAC, V-IV, 1952, pp. 1205-1270, recogido en mis *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo, 1978, pp. 315-408.

⁷⁵ *Ibid.*, I, 1, pp. 323-325.

⁷⁶ *Ibid.*, 2-6, pp. 325, *in fine*, 355.

una donación condicionada a la premoriencia del donante o incluso —como en la que Telémaco hizo a su amigo Pireo— a que la muerte del donante ocurra en determinado evento —en el caso de Telémaco si moría en su lucha contra los pretendientes de su madre, Penélope, que aguardaba el regreso de Ulises, tejiendo y destejiendo una túnica—, condición que podrá ser suspensiva o bien resolutoria, aunque no retroactiva en uno ni en otro supuesto —dado que esa donación era naturalmente revocable⁷⁷.

Pero, ya en la Edad Moderna se planteó si «tenía más puntos de contacto con los contratos o con las últimas voluntades». De lo expuesto por Julio Claro (*Sentencias*, libr. IV, donat., 9. 5), recoge esta cuestión Luis de Molina S. I.⁷⁸, quien indica que la opinión común, de la que él participaba, era que, «en cuanto principio y producción es más bien contrato que un acto de última voluntad; mas, por lo que toca a sus efectos y estabilidad, y en particular a su revocabilidad, es más afín a las últimas voluntades que a los contratos», citando aquí en su apoyo al mismo Claro, a Covarrubias, a Antonio Gómez y al Doctor Luis de Molina Morales⁷⁹.

Ahora bien —como he examinado detenidamente⁸⁰—, la condición es un elemento accesorio de la donación *inter vivos*, pero pasa a ser elemento natural de toda donación *mortis causa*. Caracterizado por tener lugar en la donación traditoria, *in extremum temporis... vitae*⁸¹, y, en la *mortis causa stipulatio*, «si “*in tempus quae in se moretur promississet*”, *obligaretur*»⁸², con lo cual —como explica Savigny⁸³— el donante prometía constituirse deudor *en el último momento de su vida (cum moriatur)*, obviándose así toda dificultad y explicaba la validez de la donación en caso de muerte simultánea. Por esa razón no forma parte de la herencia del donan-

⁷⁷ *Ibid.*, 7-8, pp. 356-361.

⁷⁸ LUIS DE MOLINA, S. I.: *De iustitia el iure*, CCLXXXVIII, 1.

⁷⁹ Como dije en mi trabajo últimamente citado (II, 7, párrafo que lleva la nota 182, *ADC*, V-IV, p. 1270, y *Estudios*, cits., p. 407), esa concepción de la *mortis causa donatio* coincide totalmente con la interpretación del art. 820 CC que yo he sostenido (cfr. *supra* 140, A, b, párrafo que lleva las notas 272 y ss. y el estudio citado en ella); pero el Tribunal Supremo les exige, además, que se otorguen en la forma testamentaria. Hoy día —repito— esa forma no es incompatible con la tradicional de la donación *mortis causa*. En las de bienes muebles basta la forma ológrafa, con fecha y hora, constando que se dispone *mortis causa*, añadiendo en el mismo documento, o poniéndola en otro, la aceptación del donatario; y, en las donaciones de bienes inmuebles basta que la escritura unilateralmente otorgada por el donante reúna los requisitos formales del testamento ordinario, y por diligencia, a continuación, figure la aceptación del donatario.

⁸⁰ *Donación, condición y...*, II, 1-6, pp. 363-401.

⁸¹ MARCELO: *Dig*, 40, 1, 15.

⁸² TRIFONINO: *Dig*, 23, 3, 76.

⁸³ SAVIGNY: *Sistema*, CLXX, pp. 168 ss. y nota aa.

te, aunque debe computarse, como toda donación, para calcular las legítimas y es reducible en su caso por inoficiosidad.

La condición que, en este tipo de donaciones, vale como causa de las mismas, tal como, deduciéndolo de un texto de Javoleno (*Dig.* 45, 1, 108, pr.), dijeron Bartolo, Paulo de Castro, Jasón, y Angelo Aretino, según recogen: Antonio Gómez⁸⁴ —para decir que «*contractus condicionalis non requirit causam, quia ipsa condicio est sufficiens causa*»— y Acevedo⁸⁵ —«*cum condicio illa pro causa habeatur*»—, o, como sostienen, entre los autores italianos modernos, Rubino, que confiesa la imposibilidad de distinguir, entre los diversos supuestos de hecho, cuando algunos son causa y otros condición⁸⁶, y Falzea que califica la condición de «*concausa externa futura e incierta*»⁸⁷.

Finalmente, la *marginalidad* y carácter *accidental* de la condición se refieren a los tipos negociales, determinados con su *nomen iuris* propio, considerados en abstracto. Pero es elemento *natural* de otros tipos negociales derivados de aquel en los cuales una determinada condición se integra en su supuesto de hecho típico⁸⁸; v. g., la de contraer matrimonio o la muerte del donante sin haberla revocado, respectivamente, en las donaciones matrimoniales y en las *mortis causa*. Finalmente, es elemento *esencial* de todo negocio concreto que se constituye condicionalmente⁸⁹.

Pasando a observar los que hemos denominado elementos estructurales de las instituciones, cuando éstas son enfocadas como situaciones, vemos que Castán Tobeñas⁹⁰, califica: de elementos personales, del usufructo, al nudo propietario y al usufructuario, que puede ser una persona física o varias, simultánea o sucesivamente, o bien una persona jurídica; y de elemento real al objeto del usufructo, que —dice— puede ser una cosa, un derecho o un patrimonio. Yo creo que elemento real del usufructo es el uso y disfrute —*usus et fructus*— de una cosa (en el sentido lato de la palabra), simple, compuesta o compleja (*universitas facti* o *iuris*) —recayente en ella, ya sea directamente o por intermedio de otro derecho—, con el

⁸⁴ ANTONIO GÓMEZ: *Variae resolutionis iuris civili communis et regii*, II-XII, 3, vers. *Et attende*, y 4.

⁸⁵ ALFONSO DE ACEVEDO: *Commentarii Iuris civilis in Hispaniae regias constitutionem*, V, XVI, 43.

⁸⁶ DOMINICO RUBINO: *La fattispecie e gli effetti preliminari*, Milán, Guiffre, 1939, p. 111.

⁸⁷ FALZEA: *La condizione e gli elementa dell'atto giuridico*, 2, Milán, Guiffre, 1941, p. 21.

⁸⁸ Cfr. SCIALOJA: *Negocios jurídicos*, § 12, cfr. ed. en castellano Sevilla, Gavidia, 1942, p. 83.

⁸⁹ Cfr. FALZEA, op. cit. 7, pp. 66 s.

⁹⁰ CASTÁN TOBEÑAS: *op. cit.*, ed. 90, 1957, vol. II, § LII, VI, pp. 491 s.

salva rerum substantiae de la misma. Lo cual determina las facultades y deberes del usufructuario y los límites impuestos a las facultades del propietario, así como sus dimanantes deberes, y potestades dominicales, que varían según cuál es el objeto usufructuado. Y son elementos formales del usufructo, los títulos constitutivos del mismo, ya sean *inter vivos*, por disposición, por reserva o por división, o bien *mortis causa*.

Ahora bien, esos elementos naturales, tipificadores del usufructo, pueden modificarse sea condicionando *salva rerum substantiae*, lo que puede dimanar naturalmente por razón de la naturaleza del usufructo (*cuasi usufructo*), o bien por voluntad del constituyente (usufructos con facultad de disponer en caso de necesidad), o bien sometiendo a término suspensivo o resolutorio el usufructo mismo (v. gr. el usufructo conferido por mientras se conserve viudo o hasta alcanzar determinada edad, o hasta que concluya la carrera, o a partir del fallecimiento de su cónyuge o de un anterior usufructuario). Así, la condición, que es elemento accidental de la figura del usufructo tipo en abstracto, pasa a ser elemento natural de la figura del cuasi usufructo tipo en abstracto, y tanto la condición como el plazo siempre son elementos esenciales del usufructo que en concreto así se constituye.

Creo que lo expuesto en este apartado resulta esclarecedor para lo que vamos a examinar en el siguiente.

3. Tipificación de las instituciones

Metodológicamente, esta ciencia en su andadura expositiva y explicativa del derecho tiene la función teórica –pero con evidente finalidad y fundamentales aplicaciones prácticas– de tipificar las diversas instituciones jurídicas una vez que han sido clasificadas y analizadas por ella.

La clasificación y el análisis de los elementos de las diversas instituciones jurídicas nos muestran una serie de figuras tipo, que admiten una serie de variantes, y que son fluidas. Lo son en cuanto muy fácilmente se deslizan de una a otra, al hacerse naturales algunos de los elementos que son accidentales en el tipo puro concebido en abstracto. Es decir, se deslizan cuando esos elementos accidentales pasan a ser naturales, constituyendo otro tipo, también en abstracto, de institución de la misma serie. Ocurre de la misma manera que, como hemos visto, en el tránsito de las donaciones tipo condicionadas que pasan a ser donaciones por causa de matrimonio tipo o donaciones por causa de muerte, asimismo tipo, de una nueva especie.

Por otra parte, al variarse un componente del elemento real de una institución, puede ocurrir que ésta resulte una variante atípica de la misma que, a su vez, puede llegar a erigirse en un subtipo de ella; v. gr., un reforzamiento e incremento del *salva rerum substantiae*, en el usufructo, dio lugar a que en un determinado momento histórico surgiera el tipo de usufructo de regencia, al hacerse habitual el empleo de la fórmula «señora, mayora, poderosa y usufructuaria», una vez esa fórmula se inteligió, de conformidad a la denominada *consuetudo Bulgari*⁹¹, en el sentido de que los frutos remanentes, después de cubiertas las necesidades familiares, incrementan el patrimonio usufructuado y gestionado, como regente, por la viuda así designada.

O bien, ocurre que, dada la contigüidad fluida de un tipo abstracto con otro tipo también abstracto de instituciones, resulta que su distinción teórica no es fácil proyectarla a la realidad fáctica. Pensemos en el denominado –por José González Palomino⁹²– pseudousufructo testamentario –que propiamente es una sustitución fideicomisaria, condicionadamente limitada en el aspecto dispositivo–, que excede en potencia al usufructo, aunque reciba este nombre⁹³; y, asimismo, con el usufructo de disposición ordenado en acto de última voluntad y en el fideicomiso de *eo quod supererit*, ya que el empleo de aquél o de éste puede depender de que el disponente lo configure de una u otra manera, según el consejo que, en el momento de otorgar dicho acto, le dé el notario o el abogado consultado.

En el segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho*⁹⁴, dedico casi todo un capítulo para exponer cómo la actividad negocial ha configurado nuevas instituciones. Previamente, al introducirme en el capítulo⁹⁵, advierto que, cuando no existe regulación legal adecuada, la razón práctica de los particulares –asesorados por juristas especializados de la función cautelar y

⁹¹ Cfr. Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ: «Donna et domina, potens et usufructuaria», *ADF*, II, Pamplona 1976-1977, pp. 215-220, y mis observaciones en *Parte sistemática*, 237, 2, p. 1254, y 243, párrafos que llevan las notas 243 a 246, pp. 1275, *in fine*, s.

⁹² José GONZÁLEZ PALOMINO: «Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario», *AAMN*, II, pp. 547 y ss.

⁹³ Cfr. Joan MARTÍ I MIRALLES: *Principis del dret successori*, Barcelona, Colegio Notarial, 1925, 5.º lectura, 3 y 4 fórmulas, pp. 194 y ss.; José Luis Díez PASTOR, «Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos y Apéndice pseudopolémico», *AAMN*, VI, pp. 563 y ss., y mi nota 167, en «Fideicomisos a término y condicionales, y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el derecho histórico de Castilla y en el Código civil», *ADC*, IX-XIII, pp. 831 y ss., recogido en mis *Estudios de derecho sucesorio*, vol. I; cfr. 20 ed. Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 224 s.

⁹⁴ II, *Perspectiva histórica*, IV-I, 228-244, pp. 1208-1282.

⁹⁵ *Ibid.*, 227, a), p. 1206.

configuradora de negocios jurídicos, habitualmente notarios— que negocialmente se provee, para la concreción y regulación precisas de las relaciones jurídicas, presentes o futuras, a fin de que se regule todo aquello que es necesario o puede resultar útil para vivir mejor socialmente. Cuando, para la consecución de estos fines, se repiten y generalizan esas concreciones negociales pueden llegar a convertirse en usos, e, incluso, establecerse como costumbres, que, después, resultan subsidiarias de los negocios del mismo tipo de aquellos que los engendraron, y, a la par, sirven para interpretarlos e, incluso integrarlos. Con el tiempo, a veces, esas costumbres se compilan o, incluso, se formulan como leyes.

Los resultados de esa labor práctica, la ciencia del derecho debe aquilatarlos, y, para ello, le es preciso:

a) Contemplar las instituciones elaboradas por la práctica, y observar las ratificaciones o las rectificaciones o correcciones que, de ellas, efectúan los tribunales de justicia y, en su caso, sus traducciones en leyes.

b) Definirlas del modo que antes hemos indicado, delimitándolas en forma fluida, y clasificarlas por su semejanza más o menos próxima, tanto genética como material, formal, estructural y teleológica.

c) Con esa segunda operación, la labor científica deja suficientemente preparado el camino para emprender su tercera labor: la de *tipificar* cada una de esas instituciones. Tipificar consiste en diseñarlas jurídicamente y explicar aquello que les es natural y habitualmente típico, advirtiendo que no lo es de modo cerrado, sino abierto a posibles variaciones; determinar aquello que les es esencial y lo que les es natural y distintivo, tanto respecto de los tipos más generales como de los derivados de éstos, incluso los más específicos.

Así, como en los supuestos de donación y de usufructo, que hemos contemplado tipificados en su respectiva serie —pongo por ejemplo— es preciso tipificar, v. gr.:

– Donación pura y simple tipo; donación *matrimonii causa* y cada uno de sus tipos; donaciones *mortis causa* y cada uno de sus tipos, según la donación se condicione a la muerte del donante de modo suspensivo o resolutorio, sea *mortem donantis* o *mortem alterius*, o bien de ambos; o según sean revocables o irrevocables. Diferenciando de otros tipos próximos de donación; v. gr. donación *inter vivos* con entrega *post mortem*, donación *inter vivos* con reserva por

el donante de la facultad de disponer de lo donado y con prohibición al donatario de disponer en vida del donante, etc.

– Usufructo tipo, usufructo de tenencia, cuasi usufructo, usufructo con facultad de disponer, sea en caso de necesidad o al arbitrio del propio usufructuario. Su distinción de la sustitución fideicomisaria de residuo y de todas las modalidades de ésta, etc.

La tipificación de cada una de las instituciones y de cada serie de tipos institucionales –aun reconociendo su fluidez– tiene gran importancia tanto teórica como práctica, para diferenciar debidamente las instituciones típicas y las atípicas que les son afines genética o estructural o teleológicamente y para su utilización funcional, que observaremos en el apartado IV de este estudio. •

III. CLASIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

1. Diversas perspectivas clasificatorias

Lo observado en los apartados anteriores nos ha anticipado varias perspectivas para clasificar las instituciones jurídicas. Ante todo: instituciones orgánicas o corporativas, por una parte, e instituciones de figura estructural o tipo, por otra. También hemos visto que éstas, a su vez, se subdividen en instituciones predominantemente estructurales, tipificadas como situaciones jurídicas, y en instituciones funcionales, dinámicas en cuanto referidas a hechos, actos o negocios jurídicos. Finalmente, hemos distinguido instituciones típicas y atípicas. En otros lugares, como en mi *Panorama del derecho de sucesiones*, he diferenciado instituciones-cauce, instituciones-dique e instituciones formales.

Creo que éste es el lugar adecuado para plantear con la mayor claridad posible esas clasificaciones.

A) Instituciones *órgano*, *fundación* o *corporación* e instituciones *figura típica estructural* vienen a ser –como hemos visto– células de la «materia jurídica» –según la comparación que hacen E. García de Enterría y T. R. Fernández–, «formas básicas y típicas de la organización jurídica total» –como dice F. de Castro–; o «figuras» jurídicas «típicas» –en palabras de Roca Sastre–. De ellas, recordémoslo:

a) Las primeras –*istituzioni*, en italiano– son –según Hauriou– «obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente», «órganos necesarios» para que «los miembros del grupo social interesado en la realización de una idea» produzcan «manifestaciones de comu-

nión dirigidas por órganos de poder y reglamentadas por procedimientos», que –dice Renard– son de tipo corporativo.

b) Las segundas –*istituti*, en italiano– no son de tipo corporativo ni tampoco órganos sociales de otra especie (estatal, comunitaria, regional, provincial, local, sindical), sino figuras-tipo, que son elaboradas por la práctica del derecho, y estructuran y dan forma a ciertos núcleos de relaciones jurídicas que la ciencia del derecho estudia de la manera que antes hemos examinado.

B) Las instituciones de ese segundo grupo, aunque todas ellas tienen un aspecto estructural y otro funcional, la ciencia del derecho las diferencia, al enfocarlas, estudiarlas y explicarlas, según predomine uno u otro aspecto, del siguiente modo:

a) Unas las observa, principalmente, en su *aspecto estructural*, fotográficamente, sin atender a los cambios funcionales que pueden producirse en sus elementos y, en este sentido, las mantiene fijas en el tiempo en que las observa⁹⁶. Así ocurre con la propiedad, el usufructo, las servidumbres, el matrimonio, la paternidad y la filiación, la herencia, los legados, etc.

b) Otras las considera, preferentemente, en su *aspecto dinámico, funcional* en cuanto producen el tránsito de una situación inicial a otra situación final⁹⁷. Son hechos jurídicos institucionalizados, como la sucesión y todos los hechos, actos y negocios jurídicos, que producen algún cambio en cualquiera de los elementos de la situación inicial sobre la cual operan: v. gr. el cambio de alguno o ambos sujetos (por ejemplo, el comprador ocupa el lugar del vendedor), o da entrada a otro sujeto (v. gr. un usufructuario, un arrendatario, un acreedor), o bien modifican el objeto (alubión, avulsión, incendio, ruina, p. e.), o el contenido de la relación afectada por una ampliación, una reducción, una alteración; o bien la extinguen (v. gr. pago de la deuda, cancelación de una servidumbre, de una hipoteca, etc.).

C) Una tercera clasificación distingue instituciones *típicas*, que la normativa o la ciencia del derecho ha tipificado –como hemos visto en el último epígrafe del capítulo anterior–, e instituciones *atípicas*, que ofrecen variantes características, que divergen de las que tienen las instituciones típicas.

Puede ocurrir que determinadas instituciones se hallen tipificadas conforme las normas legales. Bajo esta perspectiva, la tipicidad o la atipicidad de un supuesto concreto depende de que se estime

⁹⁶ Cfr. CARNELUTTI: *Teoría general*, 1.ª ed. § 95, pp. 195, *in fine*, s., en rel. 99, p. 204.

⁹⁷ *Ibid.*, 99, pp. 205 s.

que éste encaja o no en la *mens* y en la *ratio* de una norma –como hace años expuse al comentar las sentencias de 30 de noviembre de 1987 y de 10 de diciembre de 1987⁹⁸–. Esta atipicidad, incluso, puede dimanar de las palabras del texto legal si no se comprenden en su *esfera nuclear* –en una interpretación *estricta*–, sino sólo en su *esfera periférica* –que cabe en una interpretación *lata* de ellas.

La primera de las dos referidas sentencias examina el contrato de renta vitalicia conforme su tipo legal, diferenciándolo del convenio de prestar alimentos vitalicios.

Y la segunda sentencia enfoca el contrato de vitalicio o de pensión alimenticia o de alimentos vitalicios, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo «ya ha tenido ocasión –dice– de admitirla argumentalmente en sentencias de 14 de noviembre de 1908 y de 16 de diciembre de 1930, y de modo directo en las de 28 de mayo de 1965 y de 6 de mayo de 1980».

En ambos casos, las variantes respecto de la atipicidad legal condujeron a que las respectivas sentencias no aplicaran algunas de las consecuencias legales asignadas a la normativa de la figura legal tipo (que en el primer caso, era el contrato de renta vitalicia, y, en el segundo, la donación onerosa o la renta vitalicia) que al parecer era la más próxima a la contemplada en el supuesto de hecho enjuiciado.

Ahora bien, además de las instituciones tipificadas legalmente, otras pueden ser tipificadas por la jurisprudencia de los tribunales, o configuradas por la doctrina científica que elabora su tipo, que, sin embargo, puede seguir resultando legalmente atípico.

En la vida jurídica, con frecuencia, se configuran negocialmente instituciones que no sólo son legalmente atípicas sino que también lo son en relación a los tipos configurados judicial o doctrinalmente.

Unos ejemplos de elaboraciones tipificadas por la ciencia del derecho que muestran de qué modo se tipifica a partir de aquellos tipos más genéricos que primero fueron tipificados por la práctica negocial, las expuse en síntesis, en el segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho*⁹⁹. Aquí recordaré únicamente las tipificaciones de las diversas clases de heredamientos realizadas, sucesivamente, por P. P. Fontanella¹⁰⁰, J. Faus i Condo-

⁹⁸ *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 15, septiembre-diciembre 1987, pp. 408 s.

⁹⁹ II, *Parte sistemática*, 237, 3, pp. 1256-1258. En la p. 1257 recojo, en sendos cuadros sinópticos, las clasificaciones de los tipos explicados por Faus y Condomines y Roca Sastre.

¹⁰⁰ P. P. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, IV, IX, IV y VI.

mines¹⁰¹ y Ramón María Roca Sastre¹⁰². El primero, hacia el entrecruce de los siglos XVII y XVIII, tipificó los heredamientos a favor de los hijos y descendientes de éstos. El segundo tipificó: los heredamientos a favor de los consortes otorgados por sus ascendientes o por otras personas, los mutuales, y los a favor de los hijos nacederos. Roca Sastre, dentro de cada tipo de heredamiento, califica los otorgados a favor de los contrayentes en: simples o de herencia, cumulativos o complejos y mixtos; los a favor de los hijos nacederos de los contrayentes en puros, preventivos y prelativos; y los mutuales o recíprocos en puros y condicionales.

D) Pueden también clasificarse las instituciones según correspondan a una u otra de las diversas ramas de la ciencia jurídica.

E) En otra obra¹⁰³ también he diferenciado:

a) *Instituciones-cauce*, creadas por la práctica jurídica y, si fuere preciso, adecuadas a la justicia por las resoluciones de jueces y tribunales o por las leyes.

b) *Instituciones-dique o límite*, impuestas por las costumbres o las leyes para impedir que las instituciones-cauce se desborden, lesionando principios de justicia, en daño del bien común.

c) *Instituciones formales*, al servicio de la seguridad jurídica, estática y/o dinámica, con su respectiva e inherente *publicidad*, a las que debemos agregar las *instituciones procesales*.

En los apartados siguientes nos ocuparemos brevemente de todas estas clases.

2. Instituciones-cauce

Las instituciones-cauce son elaboradas *para y en* la práctica jurídica, o sea la del pueblo guiado por sus juristas prácticos —a saber: por los *iurisconsulti*, en el período romano clásico; por los *consiliatores*, en la Baja Edad Media, y por notarios y abogados consultores desde hace siglos—, o bien por quienes funcionalmente la ejercen: así en los derechos procesales las elaboraron los mismos curiales; y en las relaciones de derecho administrativo por quienes las practican, asesorados jurídicamente por los letrados de las diversas ramas de esa disciplina.

¹⁰¹ Josep FAUS I CONDOMINES: «Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)», I, II, *RJC*, XIII, 1907, p. 215.

¹⁰² Ramón María ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, IV-1.º, XLVIII, 6, ed. Barcelona, Bosch Casa Ed., pp. 23 ss.

¹⁰³ *Panorama de derecho de sucesiones*, 64, 59-439 y 440.

Se desarrollan, por lo tanto, en el campo fluido de la *praxis* aristotélica, que actúa en el ámbito que deja abierto el *dikaion phisikon*, o sea de lo naturalmente justo, para que se concrete de uno u otro modo. Es el campo en que resulta preciso que los hombres, en sus relaciones sociales personales, asociativas, dominicales, contractuales, sucesorias, efectúen las convenientes determinaciones del derecho.

Este terreno se halla muy bien delimitado por Aristóteles¹⁰⁴, deslindándolo como aquel dentro del cual es preciso efectuar una elección, acompañada de razón y reflexión (*pro-airesis*), entre un hacer práctico (*praxis*), caracterizado porque trata de hacer algo que no está exactamente impuesto que deba ser sólo de determinada manera, sino que cabe efectuarlo de un modo o de otro, aunque siempre circunscrito dentro de unos límites, más o menos amplios, que no han de traspasarse, fijados genéricamente por lo que resulta verdadero y naturalmente bueno.

Esta *praxis* debe ser guiada por la *phronesis*, o sea por la prudencia práctica, porque la elección de los medios no se refiere únicamente a instrumentos técnicos, como ocurre en la *poiesis* —que se proyecta a lo factible en las cosas materiales exteriores al hombre—, sino que atañe al obrar humano —*agere*— tanto personal como social y tanto en lo que es acción individual como también en las relaciones entre unos y otros hombres.

En materia jurídica, en el campo de aquello que puede ser justo de uno u otro modo, la práctica prudencial debe concretar y configurar una *res iusta* determinada; es decir ha de efectuar la justa determinación de un hecho. Ésta puede ser realizada por una ley o por un negocio jurídico, sea éste asociativo, dispositivo, obligacional, testamentario, normativo, etc.

Jean Carbonnier¹⁰⁵ ha destacado que la mayor parte de las relaciones de derecho que se viven no son creadas directamente por la ley ni acceden a la litigiosidad, sino que se convienen amigablemente. En este mismo sentido, Antonio Hernández Gil¹⁰⁶ expone con gran claridad: «He consagrado muchos años al ejercicio de la profesión de abogado. Es la enseñanza de la práctica y no sólo la

¹⁰⁴ ARISTÓTELES: *Ética*, 2, 6, 1107 a; 3, 1, 1110 b; 3, 2, 1111 b y 1112 a, y 6, 1, 1138, 1139, a y b, y 1140, a y b. Cfr. mi síntesis explicativa en *Parte sistemática*, 200, pp. 1046-1150.

¹⁰⁵ JEAN CARBONNIER: *Flexible droit*, cit., I, 2, B, 1.º, pp. 16 ss., y *Sociología jurídica*, III, II; cfr. ésta en castellano, Tecnos, Madrid, 1977 (traducida de la edición original francesa, Armand Colin, París, 1972), pp. 154 s.

¹⁰⁶ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: «Puntualizaciones y al positivismo jurídico», 14, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia (discurso inaugural), p. 93, recogido en sus *Obras completas*, vol. I, p. 218.

formación teórica, lo que me impide entregar por entero el derecho en manos de los jueces, sin desconocer, por ello, la suma importancia de su misión» [...] «lo judicialmente resuelto no agota el ser, la vida, ni el concepto del derecho. Los jueces y los tribunales no parten de la nada. Y de la nada partirían si ellos fueran los forjadores exclusivos del dato empírico que habría de tomar en consideración el conocimiento científico. Los jueces y tribunales disciernen lo justo conforme a derecho. Pero es incomparablemente superior el derecho que se realiza de un modo espontáneo o sin pronunciamientos jurisdiccionales. Hacer pasar el derecho necesariamente por una sentencia, reputándola al medio único de conocerlo y definirlo, es tanto como hacer pasar la salud por el diagnóstico del médico, sólo cuando el médico dice que estoy sano, tengo salud. Pero, en cuanto lo ha dicho se crea la incógnita para el futuro.»

En esa labor de determinar *rerum iustae*, las que de éstas se repiten frecuentemente llegan a configurar diversas instituciones jurídicas. Como en la segunda década del siglo XX había advertido en ese sentido Ehrlich¹⁰⁷: «El derecho hay que buscarlo en los vínculos matrimoniales, en el contrato de compraventa, de arrendamiento, de crédito para la construcción, de préstamo hipotecario, en los estatutos de las asociaciones y de sociedades comerciales, y no en los artículos del Código. Todos estos contratos, además del contenido individual, referente sólo a los negocios singulares, tienen también un contenido típico que se acoge por doquier. Este contenido típico es, en definitiva, lo que resulta más importante del documento.»

Después de esta labor recolectiva y clasificadora de contenidos típicos, la ciencia expositiva y explicativa del derecho diseña —como hemos visto antes— la configuración o tipo de cada una de las instituciones observadas. Ciertamente es que estas instituciones suelen ser perfiladas por los tribunales de justicia y traducidas por las leyes en las correspondientes normativas. Pero el proceso formativo no concluye ahí, sino que la práctica prosigue su labor; y se sirve de procedimientos, «a veces sencillos, frecuentemente ingeniosos y algunos de origen muy antiguo», para atenuar o circunscribir los efectos limitativos de la ley y para su «adaptación a las nuevas necesidades», y a las «nuevas tendencias». Constituyen «elementos muy valiosos para la evolución del derecho, e incluso para su evolución en un sentido sobre todo práctico y realista»¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Eugen EHRlich: *Fundamentos de sociología jurídica*, XXI, 3, pp. 592, *in fine*, ss.

¹⁰⁸ H. R. PERREAU: «Des atténuations par actes juridiques aux lois impératives ou prohibitives», *RTDC*, XXII, 1923, p. 329. En el mismo sentido, el mismo PERREAU,

a) En el derecho privado este campo de la praxis negocial coincide con el ámbito de la libertad civil¹⁰⁹, como han explicado muy bien Joaquín Costa¹¹⁰ y Juan García-Granero¹¹¹.

Esa praxis negocial opera también en torno a las instituciones-dique, haciendo pasar entre ellas, o rodeándolas, alguna institución-cauce sin que choque con ellas. El principal medio de que se ha valido esa praxis, y sigue valiéndose, lo constituyen las denominadas desde el Medievo «cautelae»¹¹², que –según escribe Brugi¹¹³– son enseñanzas de los jurisconsultos en torno al modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos, o de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de las normas de derecho, haciendo triunfar la equidad sobre su letra, salvando su espíritu. Ciertamente es que se han distinguido siempre cautelas fraudulentas y cautelas genuinas y leales.

Las cautelas enseñadas por los doctores de Bolonia y de otras escuelas eran recogidas por los prácticos –que a éstas sumaban las que, a ellos, se les ocurrían ante ciertas dudas o dificultades que se les presentaban– y se formulaban como cláusulas en las escrituras e incorporadas al *ars notariae*.

Estas cautelas trataban, a veces, de reforzar una obligación contraída, efectuándolo por medio de insertar una cláusula penal impuesta para caso de incumplimiento de aquélla; en otras ocasiones iban dirigidas a la inaplicación de determinadas normas, o prevenían que, en caso de invalidez, lo pactado pudiese valer de cualquier otra manera admitida en derecho; o bien se dirigían a ofrecer una opción para que el optante elija entre ejercitar la acción que legalmente le corresponde, o bien renunciar a ella y recibir una atribución de cuantía equivalente, o mayor aún, al de aquella a la que renunciaba.

«Deformations des lois par des actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence», *RTDC*, 1921, pp. 329-674.; Georges CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique*, cap. II, Giard, París, 1924, pp. 60 y 64 y ss., o en castellano, Ed. Reus, Madrid, 1928, pp. 91 ss. y 95 ss.

¹⁰⁹ Cfr. *Perspectiva histórica*, 207, b, pp. 1073 ss.

¹¹⁰ Joaquín COSTA: *Teoría del hecho jurídico*, 9, pp. 81 y ss., y *La libertad civil y el Congreso de jurisperitos aragoneses*, cap. IV, II, pp. 102 ss.

¹¹¹ Juan GARCÍA-GRANERO: *Comentario a las leyes 7 y 8 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 382 s.

¹¹² Según Nino TAMASSIA: *Odofredo*, Bologna, 1894, p. 54 (citado por Brugi, en *Archivio Giuridico*, LIV, 1895, p. 105) la cautela más antigua conocida se halla en una glosa del boloñés Odofredo al *Codex*, 1, 2, 11. La abundante elaboración de cautelas que la siguieron fue compilada a finales del siglo XV por el veronés Caepolla.

¹¹³ BIAGGIO BRUGI: voz «Cautelas», en *Il Digesto italiano*, vol. VIII, Turín, 1887-1896, p. 657.

Entre estas cautelas tenemos: las excluyentes de la aplicación de determinadas normativas ¹¹⁴— entre las cuales las principalmente empleadas, según Figa Faura ¹¹⁵, fueron el *pactum de non petendo*, la *renuntiatio* ¹¹⁶ y el juramento confirmatorio—; las que tratan de evitar la ineficacia de alguna disposición —en especial testamentaria—, previniendo una conversión jurídica, por la cual, de otro modo válido en derecho, se convalide la eficacia de lo prácticamente querido ¹¹⁷—, y las que ofrecen opciones compensatorias de la legítima, que estudié, analicé y clasifiqué hace muchos años ¹¹⁸.

b) En el derecho político —desde la constitución de lo que hoy denominamos Estado, hasta la del municipio— también originariamente fue la práctica —aquí una *praxis* política— la que configuró las instituciones, sin óbice de que esa práctica fuera consolidada o rectificadas por leyes que resultaron fundamentales para la constitución de los diversos reinos o repúblicas. Esto fue así —como ha explicado Sánchez Agesta ¹¹⁹— hasta que el «germen del racionalismo revolucionario o reformador sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por

¹¹⁴ Cfr. *Parte sistemática*, 246, pp. 1284-1287.

¹¹⁵ Luis FIGA FAURA: «Estatut personal i patrimonial dels conjugues», 2.ª, a y b, en *Libre del II Congrés Jurídic Català, Barcelona*, Fundació del Congrés Jurídic Català, 1972, p. 431 (recogido en *Miscel·lania Lluís Figa Faura*, Barcelona, Fundació Noguera, 2000, pp. 77-80), o en castellano, «Estatut personal y patrimonial de los cónyuges en Cataluña», *ADC*, XXVI-IV, 1973, pp. 1115 ss.

¹¹⁶ Cuando, recién ingresado en el Colegio Notarial de Barcelona, ejercí de notario en Torroella de Mongrí y en Malgrat era usual la renuncia a la *exceptio non numeratae pecuniae*. Acerca de su empleo en Cataluña ya tenemos noticia, por el historiador catalán Balari, de quien la recogió Brocá (*Historia del derecho catalán*, III, 6, 2.º, p. 201, y IV, 9, 1.º, nota 3, p. 341), de un documento de 1211 y otro de 1214, que contienen sendas *renuntiatio* a la *exceptio non numeratae pecuniae*. El propio Brocá añadió otro de reconocimiento de deuda, otorgado por Gerard, Conde de Urgell y vizconde de Cabrera y por su hijo, en el cual la esposa del segundo renunciaba al senado-consulta Veleyano y a todo derecho derivado de las leyes romanas que, además de las godas y la costumbre, le daban preferencia a todo otro acreedor por su dote y esponsalicio. También mencionó una compraventa de 1234, en la cual los vendedores renunciaban a la *exceptio non numeratae pecuniae* y a todo derecho canónico y romano.

¹¹⁷ Cfr. Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN: «Testamento, codicilos y cláusula codicilar», 19, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència de Catalunya, 1995 (discurso de ingreso); mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 247, pp. 1287-1295, y, sobre todo, el laborioso y valiosísimo libro del mismo Martínez Sarrión: *Reglamento y codicilos. La cláusula codicilar*, tomo I, *Introducción histórico-documental. Elaboración romanista de la cláusula codicilar*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002.

¹¹⁸ «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *RAJL*, Madrid, 27 de mayo de 1963 (discurso de ingreso), reproducido en *ADC*, XVI-II, 1963, pp. 282-344, y en mis *Estudios de derecho sucesorio*, vol. II, 2.ª ed., pp. 367-464. Este discurso fue síntesis del estudio más amplio «Cautelas de opción compensatoria de la legítima», publicada en *Centenario...*, III, I, pp. 397-708, reproducido en *RDN*, XLV-XLVI 1964, pp. 9-340 y en *Estudios de derecho sucesorio*, vol. III, 2.ª ed., pp. 242-581. Para una perspectiva en síntesis cfr. *Parte sistemática*, 248, pp. 1295-1300.

¹¹⁹ Luis SÁNCHEZ AGESTA: *Curso de derecho constitucional comparado*, 5.ª ed., Facultad de Derecho de la Universidad, Madrid, 1974, cap. I, p. 28.

un crecimiento y evolución de fuerzas sociales espontáneas, sino por una voluntad operante, según esquemas de organización racional». De modo tal que el «panorama constitucional desde la Revolución francesa a nuestros días es una tensión e inadecuación entre el medio social y poderes relativamente artificiosos»; y, así, «ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones».

En el Medievo español esta labor significaba siempre una tensión –producida ante la necesidad de repoblar una población o una zona abandonada o en trance de serlo o de dar mayor fuerza a algunas ya repobladas– entre el monarca o príncipe con los nuevos pobladores, o bien entre éstos y un título de la nobleza o de la iglesia, o bien entre monarca, nobleza y comunidades. Lógicamente y en su configuración intervendría el asesoramiento de juristas.

Ciertamente esas composiciones normalmente se gestaban en un órgano político, que en León eran el *aula regia*, según la denominación antigua, o *palatium*, predominante en tiempos de Alfonso VI, o *curia regis*, como se denominaría después de este rey –según explica Andrés Gamba¹²⁰–, «institución de gobierno relevante, destinada, en un sentido muy general, a asesorar y secundar al monarca en el ejercicio de sus funciones, así en las cotidianas, de carácter normal y menor trascendencia, como en las excepcionales y alcance extraordinario»; «en la que, además, por el número y calidad en sus componentes y, también, por su ulterior evolución puede reconocerse a un órgano de representación ante el soberano de los estamentos nobiliario y eclesiástico». A finales del siglo XII la curia regia se desdobra¹²¹ en: las denominadas *curias plenas* o *curias extraordinarias*, y la normal y restringida que pasa a concretarse con el carácter del órgano asesor palaciego, que no tardaría en recibir el nuevo nombre de *cort* –en singular– que sustituyó al de *curia*; al parecer definitivamente, en época de Fernando III». Los historiadores han concedido especial importancia al tipo de asambleas extensas o plenarias «por entender que de su ampliación a finales del siglo XII, con la admisión de representantes de las ciudades, habrían surgido las cortes castellano-leonesas».

Los primeros modelos constitucionales proclamados en el Bajo Medievo tienen unos por origen un pacto y otros aparecen como concesión del rey, pero siempre convenida por éste con las cortes, o bien otorgado ante ellas. De este tipo fueron: lo que constituye el núcleo constitucional de los *Usatges* de Barcelona, redactado

¹²⁰ Andrés GAMBRA: *Alfonso VI. Cancillería, Curia e Imperio*, vol. I, cap. X, 1-2, Centro de Estudios e Investigación «San Isidoro», León, 1997, pp. 499-509.

¹²¹ *Ibid.*, 2, pp. 501 y 531 s.

hacia 1150 –aun retrasando, con respecto a ese texto constitucional, la fecha expresada en el texto que, al parecer, corresponde exclusivamente al núcleo originario de los *Usualia*, de carácter procesal¹²²–; las libertades garantizadas por Alfonso IX en las primeras cortes de Castilla y León, en 1188; la *Bula Aurea*, dada por el rey de Hungría, Endre II, a los nobles en 1222; la *Carta Magna* inglesa, comprometida por Juan Sin Tierra con sus barones; la constitución pactada por Pedro el Grande, con las Cortes de Barcelona en 1283¹²³; el Privilegio general aragonés de 1283 con el mismo rey; el pacto suizo de 1291; las cartas de libertad de Festo de 1316 y de Bravante en 1356; la Carta Magna del Tirol de 1342.

Todas ellas fueron fruto de una praxis política dirigida a resolver tensiones y a prevenirlas, siendo inconcebible que en su redacción no intervinieran juristas experimentados. Respecto de los *Usatges* de Barcelona cree Abadal¹²⁴ que en su compilación fue obra de «legistas romanizantes de la curia condal». Lo que sí sabemos es que en la redacción de los *Usualia* intervinieron los juristas que figuran en el prólogo: Ponç Bonfil March, juez de palacio –bastante anterior a su promulgación e hijo de otro juez de palacio, Ervigio Bonfill–, Guillem March, también juez, y Gillem Borrell, juez y gran feudalista. Además –como ha observado Rafael Gibert¹²⁵–, entre los nobles designados en dicho prólogo, eran también juristas Gombau de Basora, Hugo de Cervello y Jofre Bastons.

Hoy, desde el giro explicado por Sánchez Agesta, las instituciones políticas son impuestas constitucionalmente como una organización racional teóricamente concebida, de conformidad a la ideología dominante o a lo pactado entre los diversos partidos que representan ideologías distintas, y a veces encontradas. Lo cual no

¹²² Esta es la opinión (que revisa las anteriores) de JOAN BASTARDAS I PARERA: «Sobre la problemática dels Usatges de Barcelona» (discurso de recepción en la Reial Acadèmia de Bones Lletres, 1973), pp. 37, 44, e *Introducció a la edició de dels Usatges de Barcelona. El codi a mitjan segle XII*, Fundació Noguera, Barcelona, 1984, II, pp. 11 y s. En mis *Reflexions sobre Catalunya*, 24, Fundación Caja de Barcelona, Barcelona, 1989, pp. 55-60, repaso las diversas hipótesis formuladas respecto de la formación de los *Usatges* y su cronología.

¹²³ Respecto las «*constitucions pactades*» o leyes paccionadas en Cataluña, cfr. mi comunicación «Valor jurídico de las leyes paccionadas en el principado de Cataluña», publicada en *El pactismo en la historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1980, pp. 75-110.

¹²⁴ Ramón de ABADAL I DE VINYALS: «Prólogo» II del vol. XIV de *Historia de España*, dirigida por Ramón Menéndez Pidal, Espasa-Calpe, Madrid, 1966, pp. XLVIII y ss. Creía Abadal que esos legistas serían de la curia de Ramón Berenguer IV, precisión que debe entenderse rectificadas por Bastardas al adelantar esa compilación al tiempo de Ramón Berenguer III.

¹²⁵ Rafael GIBERT: «Enseñanza del derecho en Hispania durante los siglos VI a XI», § 30, en *Ius romani medii-aeui*, pars. I, 5, b, ec, Mediolani, Guiffre, 1676, pp. 51 ss.

obsta para que políticos experimentados, o quienes les filtran determinadas enmiendas, actúen con perspectiva práctica.

La ciencia del derecho político, antes y ahora, se ha ocupado y ocupa, de diseñar científicamente las instituciones, siendo de notar que, con la referida positivización, se tiende a desplazar el estudio del derecho político por la del derecho constitucional.

c) Las instituciones de derecho administrativo también inicialmente se formaron en la práctica palatina, condal y municipal, y, modernamente, en Francia, por el Consejo de Estado. Si bien hubo un período que, con el predominio del positivismo legalista, aquí en España se redujo el derecho administrativo, como asignatura, a la exposición sistemática de la legislación administrativa —aunque la doctrina no dejó nunca de contemplar sus instituciones—, sin embargo ha vuelto a ser perfilado como ciencia por la práctica de grandes administrativistas ejercientes de la abogacía, encabezados por Eduardo García de Enterría, José Luis Villar Palasí, Fernando Garrido Falla, Laureano López Rodó, Manuel Ballvé, Jesús González Pérez y por la doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, acuciada por la labor científica de esta élite de administrativistas ¹²⁶.

3. Instituciones jurídicas-dique o límite

Hemos dicho que las instituciones-dique consisten en limitaciones impuestas por las costumbres y las leyes para evitar que las instituciones-cauce se desborden violando los principios de justicia —*honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*— o en daño del bien común.

Cuantos menos diques ponen las costumbres más los deben establecer las leyes; pero ocurre hoy que a medida que se debilitan los diques de las costumbres en defensa de la moral social, se van desbordando e incluso son suprimidos los diques legales. Lo vemos producirse de modo progresivo en casi toda Europa, y concretamente aquí en España desde hace cuarenta años. De modo tal, las «buenas costumbres» sólo se esgrimen en casos de explotación de las mujeres, acoso sexual, malos tratos, pornografía infantil, pederastia. A pesar de que en los demás casos también se produce un evidente daño al bien común y especialmente a los niños, los jóvenes y a la formación de las generaciones futuras ¹²⁷. Creo que la

¹²⁶ Cfr. *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II-II, 128, en curso de publicación.

¹²⁷ Cfr. «El matrimonio, núcleo del derecho de familia», *Verbo*, 393-394, pp. 317-320; y «La persona y el derecho», *Verbo*, 395-396, pp. 463-473.

causa de ese fenómeno se debe principalmente a la preocupación de los partidos mayoritarios por no perder su mayoría en la siguiente elección y a la presión de los medios de comunicación de masas.

Las instituciones-dique pueden actuar para cerrar el paso a algunas instituciones-cauce o bien para ponerles límites y conducirlos en determinada dirección que se considera favorable para la utilidad común. Pueden ser reductoras impeditivas, disuasorias o represivas o penales.

- Las instituciones penales pueden ser de derecho penal, político, administrativo, financiero, laboral, civil.

- Las disuasorias son aquellas instituciones-dique en la que éste no cierra totalmente el paso a las instituciones-cauce, sino que les ponen tales dificultades que disuaden a quienes pretenden crearlas o las practican, tal como ocurre imponiéndoles gravámenes fiscales o trabas administrativas insoportables.

- Las impeditivas cierran el paso a ciertas instituciones sociales del campo del derecho, dejándolas fuera de él en el terreno de los meros hechos, o bien, aun permitiéndolas penetrar en él, las sitúan, al considerarlas no convenientes, en un plano inferior en el que reducen sus efectos favorables (*v. gr.*, el concubinato en Roma, o la barragán en el Medioevo respecto el matrimonio) ¹²⁸.

Las reductoras son aquellas que sin cerrar totalmente el paso a ciertas instituciones-cauce, las hacen pasar entre determinados límites.

En mi *Panorama del derecho de sucesiones*, donde ¹²⁹ formulé la distinción entre instituciones-cauce e instituciones-dique o límite, situé entre éstas: las prohibiciones legales, las legítimas formales, materiales individuales y colectivas o mejoras, los derechos viduales, la reserva vidual clásica, la reserva lineal, los límites de: «no más que...», la reversión legal y las limitaciones cualitativas de la persona del sucesor en determinados bienes o patrimonios especiales (sucesión en casas baratas, patrimonios familiares de colonización y explotaciones familiares agrarias). En ellas unos límites son impeditivos, otros civilmente penalizadores y otros reductoras.

En un derecho históricamente caracterizado por la libertad, como el mercantil –por ejemplo–, existen, no obstante, instituciones-dique de diversos tipos. De tipo reductor, más o menos rígi-

¹²⁸ Cfr. *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol. II. *Elaboración sistemática*, vol. 1.º, 114, c, pp. 592-595, y «Reflexiones en torno los confines del derecho», I, *Verbo*, 385-386, pp. 367 s.

¹²⁹ *Panorama del derecho de sucesiones*, I, 159-439, pp. 361-955.

do, son las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas legalmente reguladas, que marcan límites más o menos rígidos o fluidos, dentro de los cuales y únicamente a través de ellos su cauce puede discurrir regularmente. También existen en él instituciones-límite impeditivas o penalizadoras en defensa de la competencia y de los consumidores y usuarios.

En el apartado anterior acabamos de ver que, en caso de excesiva rigidez o inadecuación de las instituciones-dique o límite, la realidad en las diversas circunstancias de la vida trae aparejado que las instituciones-cauce sorteen los diques limitativos y, dando un rodeo, se abran paso para atender a las finalidades útiles, permanentes o nuevas, a las que tratan de servir. Las leyes, a veces, llegan a incorporarlas y legalizarlas –como ha ocurrido con el legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo que se trata de convalidar por medio de una cautela testamentaria, que han asumido en cierta medida, considerándola tácitamente puesta¹³⁰, los Códigos civiles francés (en su art. 917), italiano (art. 810) y español (art. 821 núm. 3)–; otras veces se imponen en la práctica y la jurisprudencia de los tribunales admite su validez¹³¹, o incluso la reconocen algunas leyes¹³². En otras se trata de cerrarles el paso, produciéndose un forcejeo, por el cual –dice Cornil¹³³–, cuando estos «usos extralegales, e incluso ilegales, obedecen a un impulso verdaderamente imperioso se hacen costumbre», y la consecuencia de esa lucha entre el uso y la ley «no es dudosa: en lugar de lograr la ley eliminar el uso que reprueba, es el uso que apoyado en las costumbres, llega finalmente a forzar su entrada en la ley». A veces interviene la jurisprudencia judicial ya sea imponiendo el texto de la ley o bien arbitrando soluciones de equidad.

¹³⁰ Cfr. mi estudio «La llamada “cautela Socini” tácita o legal», *ADC*, XV-III, 1962, pp. 589-615, recogido en mis *Estudios de derecho sucesorio*, II, 2.ª ed, pp. 469-509, especialmente pp. 489 ss.

¹³¹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en SS de su Sala Primera de 29 de diciembre de 1939 y 12 de diciembre de 1958, admitió la validez de sendas cautelas de opción compensatoria de la legítima.

¹³² Así: el *Código de sucesiones de Cataluña*, en su art. 360, § 2.º dice: «No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta con la prevención expresa de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones o cargas su derecho se reducirá estrictamente a la legítima, facultará a éste para optar entre aceptar la citada disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya solamente la legítima, libre de éstas.» Y el art. 49 de la *Compilación de Baleares*, dice: «La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación.»

¹³³ G. CORNIL: *Op. cit.*, p. 65, ed. en francés, o p. 97, ed. en castellano.

4. Instituciones formales, de publicidad y procedimentales

Se trata de instituciones adjetivas al servicio de las relaciones e instituciones sustantivas, que tienen la finalidad de defender que se guarde el debido respeto a éstas y proteger su adecuado funcionamiento.

Casi todas esas instituciones han sido elaboradas progresivamente por la práctica o, por lo menos, reclamadas por ella dada su necesidad, de modo tal que mientras las leyes no las proveen, la práctica trata de suplirlas en lo posible. Luego la ciencia del derecho las define, analiza, explica y clasifica; las leyes las establecen, aprovechando estas enseñanzas, y la doctrina vuelve a desenvolverlas científicamente, las desentraña, define, clasifica y explica.

Trataré de exponer, en una breve perspectiva muy general, los tres tipos enunciados en el epígrafe.

A) Las *instituciones formales* tienen por objeto exteriorizar, dar seguridad y fijeza, a veces validez y otras valor, a las instituciones sustantivas que la requieren.

Rafael Núñez Lagos trató magistralmente de las diversas formas en un estudio¹³⁴ del que aprendí mucho reseñándolo¹³⁵, y que ahora utilizaré como guión.

Parte este trabajo de que el mundo jurídico «está dividido en dos campos: normas y hechos» [...] «El hecho es el reactivo de la norma. La eficacia en *potencia* de la norma se convierte *in actu* gracias al hecho [...]; «la eficacia abstracta de la norma incorporada al hecho –hecho jurídico– produce efectos jurídicos»¹³⁶.

Las normas se promulgan y publican para su conocimiento y, una vez publicadas, su ignorancia no excluye su cumplimiento¹³⁷; la existencia de los hechos en cambio es necesario conocerla.

«Hay –sigue R. Núñez Lagos¹³⁸– hechos materiales ostensibles *in rerum natura*: el nacimiento, la muerte, el incendio, la edificación, etc. Para el derecho son hechos *patentes*. No habría problema respecto de su existencia, acreditable *de visu* si al derecho no le preocuparan dos categorías lógicas fundamentales: el tiempo y el

¹³⁴ Rafael NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derecho en el documento público*, I.N.E.J. Madrid, 1940.

¹³⁵ ADC, III-IV, 1950, p. 1293-1299.

¹³⁶ R. NÚÑEZ LAGOS: *Op. ult. cit.*, 3, pp. 15 s.

¹³⁷ Art. 6, 1, § 1.º CC: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.» Sin embargo esta norma ha sido controvertido. Cfr. a este respecto el discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Joaquín Costa, «El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el *status* individual, el referéndum y la costumbre», Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (discurso de ingreso), Madrid, 1901.

¹³⁸ R. NÚÑEZ LAGOS: *Op. ult. cit.*, 4, pp. 16 s.

espacio. El derecho necesita recoger esos hechos materiales y patentes para fijar no sólo su existencia, sino las circunstancias de lugar y tiempo [...].

Hay hechos *inmateriales*, internos imperceptibles directamente por los sentidos, pertenecientes al mundo del espíritu –ideas, resoluciones, prestaciones de consentimiento, etc.– que tienen que hacerse sensibles no sólo al mundo físico exterior, sino al mundo jurídico. *De internis non iudicat.*»

Forma, dice el mismo Rafael ¹³⁹, es «esa exteriorización o expresión del hecho [...]. Es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico [...]».

»En un sentido más restringido la forma es fórmula mágica, indispensable para que un acto nazca jurídicamente.

Las formas jurídicas las clasifica, desde varias perspectivas, en:

a) *Formas obligatorias y formas libres*. Las primeras «son de ineludible cumplimiento para que el hecho tenga existencia jurídica (Formas de ser. *Forma dat esse rei*. Formas *ad solemnitatem, ad substantiam*) ¹⁴⁰.

b) *Formas de ser y formas de valer*. Acerca de las primeras recoge la explicación de José González Palomino ¹⁴¹: «Las formas del ser pueden ser exigidas por la ley o establecidas por los interesados con finalidad de que el negocio no sea, no exista sin la forma. La forma, en tales casos, no es ingrediente separado de la declaración de voluntad [...]. La forma es constitutiva.» Y sigue Núñez Lagos ¹⁴²: «Las formas de valer no pertenecen al aspecto “existencia” del hecho jurídico [...] sino al de la “valoración” del hecho jurídico.»

c) *Formas litúrgicas o ceremoniales y formas funcionaristas o de autoridad*. En las primeras la forma es el rito, la fórmula –como, en Roma, el testamento *per aes et libram*, la *mancipatio*, el matrimonio «en tres actos: *traditio, deductio in domum* y *confarreatio*, el divorcio por *desfarreatio*; la *stipulatio* ¹⁴³». En las segundas, la forma –dice– la da «el funcionario *ad hoc*» –como, en Roma, la *in iure cessio*, la *confessio in iure*, el *ius iurandum in iure delatum*, y, más tarde, la *insinuatio*, todos ante el juez ¹⁴⁴.

¹³⁹ *Ibid.*, 5, pp. 17 s.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 7, p. 20.

¹⁴¹ JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de derecho notarial*, vol. I, tema II, F, p. 105.

¹⁴² R. NÚÑEZ LAGOS: 8, pp. 21 s.

¹⁴³ *Ibid.*, 10, pp. 22-24.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 11, pp. 25 s.

Junto a la *forma* asoma la *prueba*. En ese aspecto –como dice el mismo Núñez Lagos¹⁴⁵– del hecho jurídico «interesa al derecho: 1, la existencia o forma; 2, la persistencia o prueba. Se trata del mismo hecho jurídico en distinta dimensión; ha intervenido el tiempo, dándole una dimensión más al hecho jurídico». Con la prueba preestablecida va unido el concepto de documento y la fe pública ligada a él¹⁴⁶. Antonio Rodríguez Adrados ha dado dos lecciones magistrales: *La persistencia de la oralidad en la escritura pública* y *La dogmática del instrumento público y la glosa Accursiana*, que llenan y explican luminosamente el largo período en que se forja el documento auténtico.

Ahora bien, al lado de lo que podremos denominar *forma externa del documento público* que, a la vez, le dota de autenticidad, existe la *forma interna del acto o negocio documentado*; y, es de notar, que aquella forma externa del documento se halla de tal modo entreligada con la forma interna, que la función documental pública autenticadora se impuso en el Bajo Medievo sobre los demás medios técnicos que entonces se esbozaron y ensayaron para lograr la anhelada autenticidad¹⁴⁷. La solución consistió en encomendar a unos profesionales de la redacción de documentos jurídicos, del *ars notariae*, esa función pública de dotar de forma auténtica a los documentos¹⁴⁸. Estos profesionales, o sea los notarios, en su ejercicio simultanearon ambas funciones –como reclamaba el desarrollo del comercio en la resurgente vida municipal¹⁴⁹–. Más tarde, algunos de esos prácticos, fueron los primeros expositores de la teoría del *ars notariae*, en la que sobresalieron Raniero de Perugia, Rolandino y Salatiel.

B) Las *instituciones de publicidad* son complemento de las documentales, para que su conocimiento sea asequible a todos los terceros que puedan tener interés en conocerlas.

Ahora bien, la publicidad de ciertos hechos y relaciones jurídicas –dada su visibilidad sustancial– ellos la difunden *per se*, por sí mismos. Es el caso de la situación y estado físico de los inmuebles, de las señales de tráfico, de los signos sensibles de servidumbre, de los hechos notorios, de la posesión de bienes inmuebles. Pero existen muchas cosas, relaciones jurídicas, situaciones y negocios jurídicos que de por sí no tienen publicidad y, para dotarlos de ella, el derecho

¹⁴⁵ *Ibid.*, 12, p. 26.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 13, pp. 26 ss.

¹⁴⁷ Cfr. JOSÉ BONO HUERTA: *Historia*, cit., I-2, 68-70, pp. 87 y ss. A estos textos me refiero en *Parte sistemática*, 85, C, p. 426.

¹⁴⁸ Cfr. *Parte sistemática*, 208, párrafos que llevan las notas 18, 19 y 20, pp. 1080 s.

¹⁴⁹ Cfr. *Perspectiva histórica*, 96, C, pp. 254 s.

ha provisto varios sistemas de publicidad. Hoy predomina el sistema de registros públicos, de los cuales, en mi *Metodología de la ciencia del derecho a lo largo de la historia, Elaboración sistemática*, vol. II, pendiente de publicación, he tratado ampliamente de los registros civil, de la propiedad industrial, mercantil, de buques, de aeronaves, y de la propiedad inmueble, y a lo dicho allí me remito.

C) Las *instituciones procedimentales* tienen por objeto dotar de operatividad, seguridad y certeza a los procesos de cualquier clase que sean, exigidos por todo tipo de relaciones que la requieran, bien sea para su correcto funcionamiento o para la consecución de su finalidad resolutoria, extrajudicial o judicial.

Estas instituciones también fueron inicialmente elaboradas por la práctica de quienes ejercían la correspondiente función, aunque prontamente, utilizando la experiencia de esa práctica, las regularon las leyes, y, más tarde, los científicos se han ocupado de ellas, explicándolas críticamente y, con ello, han contribuido a su perfeccionamiento.

Limitándome a lo que en este punto he estudiado, puedo poner como ejemplo de regulación por usos, que se elevarían a leyes, el núcleo inicial de los *Usatges* de Barcelona, es decir, la elaboración de los *Usualia* –promulgados por el conde Ramón Berenguer I el Viejo y su mujer Almodis, con aclamación y aquiescencia de sus más ilustres vasallos–, que consistió en una recopilación de usos procesales de aquella época feudal, labor recopiladora de la que se encargaron los jueces de palacio que aparecen citados en el prólogo, Pons Bonfill y March, Ervigio Bonfill, Guillem March y Guillem Borrell¹⁵⁰.

La labor científica acerca de estos procedimientos, en el Bajo Medievo, comenzó con glosas y comentarios, a las que siguieron exposiciones sobre temas judiciales y procesales, como son los enumerados en el primer volumen de mi tercera *Metodología*¹⁵¹. Pero ha sido desde fines del siglo XIX y durante el siglo XX cuando se ha desarrollado el estudio, la exposición y la explicación científicas del derecho procesal y de sus instituciones¹⁵².

No todas las instituciones procedimentales son de derecho procesal ni de cuestiones contenciosas. Las hay civiles –como el concurso de acreedores–, mercantiles –como la suspensión de pagos y la quiebra–, notariales –como los seguidos para la reconstrucción de protocolos, la ejecución extrajudicial, declaraciones de heredero

¹⁵⁰ Cfr. mis *Reflexiones sobre Cataluña*, 24, p. 59, en rel. con 30, A, p. 71.

¹⁵¹ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 25, A, p. 141.

¹⁵² Cfr. *Parte sistemática*, 209, p. 1092, párrafo a).

ros abintestato, etc.—, administrativos¹⁵³, tributarios, económico-administrativos, gubernativos, etc. Tampoco las instituciones procedimentales que estudia el derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, ni siquiera las que estudia el derecho procesal civil, son todas contenciosas, pues existen las de jurisdicción voluntaria.

IV. FUNCIÓN ESTRUCTURAL DE LAS INSTITUCIONES

1. Función teórica y su función práctica

Hemos visto que las instituciones son elaboradas por la práctica jurídica, y son definidas, analizadas y clasificadas por la ciencia expositiva y explicativa del derecho. La práctica nada hace sin una finalidad determinada y, dado que la ciencia del derecho no es —no debe ser— mera especulación, su finalidad también, como vengo repitiendo, se halla al servicio de la práctica —tal como la ciencia médica se pone al servicio de la práctica preventiva y curativa de las enfermedades—. Por ello es razonable que la ciencia del derecho utilice las instituciones para determinadas funciones prácticas y teóricas al servicio de la práctica. En el fondo se trata de observar con perspectiva diferente y en momentos distintos las mismas funciones. La práctica observa las instituciones a medida que las elabora y las utiliza, y la ciencia teórica las observa, contemplando, además, de qué modo esa práctica las configura y las utiliza funcionalmente.

Savigny¹⁵⁴ se ocupa de ellas al elaborar científicamente su *Sistema de derecho romano actual* [«actual» entonces], y las contempla en su doble función: de ser traducidas en normas por el legislador, y de retornar a la realidad esas normas legales, a fin de aplicarlas adecuadamente, mediante interpretarlas a través de la misma institución traducida en esa norma que se trata de aplicar. Es un proceso, primero, de ascenso a las normas legales, en el cual Savigny utiliza la institución una vez elaborado su concepto, a fin de traducirlo luego en normas legales; y, después, de descenso, en otra fase en la cual la interpretación utiliza la institución para aplicar adecuadamente la norma al caso real.

Ya hemos visto¹⁵⁵ cuáles han sido las críticas que esos rodeos han merecido.

¹⁵³ Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Manual del procedimiento administrativo*, Cívitas, Madrid, 2000, especialmente su título IV, de su parte general, pp. 203-423, y su parte especial, pp. 427-636.

¹⁵⁴ SAVIGNY: *Sistema*, V, pp. 66 s.

¹⁵⁵ *Supra*, 1, párrafos que llevan las notas 5 y 6.

También hemos observado que Ramón María Roca Sastre ¹⁵⁶ observa ambas funciones prácticas, sin dar rodeo alguno de conceptualización.

En una, el legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas) las utilizan a fin de elaborar las normas, y advierte: «En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses.» En otra, la utilización de las instituciones tiene la función práctica de juzgar –tal como hemos visto en el primer volumen de esta tercera metodología ¹⁵⁷–.

Roca Sastre ¹⁵⁸ explica que la función del derecho institucional es la de ayudar a los jueces y tribunales a fin de que hallen una solución adecuada a los casos jurídicos. Y lo hace del siguiente modo: cuando «se produce una laguna o insuficiencia legislativa», ésta «habrá de llenarse mediante la aplicación analógica o la interpretación extensiva; y, en último término, por los principios generales de derecho de que nos habla el artículo 6.º del Código civil español [se refería a su versión de 1889]; pues, según este precepto, el juez nunca puede dejar de sentenciar por tal motivo [de «oscuridad o insuficiencia de las leyes»]. Pues bien, el juez para mejor desempeñar este cometido, contará con un resorte excelente, mediante el derecho institucional, pues le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada, con lo cual no creará normas sino que, sin extravasar su función, por lógica institucional aplicará la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución escogida». El derecho institucional servirá así de «cantera abundante» para que el juez busque en él «las normas integradoras en la aplicación del derecho positivo respectivo».

Por mi parte, tomo por punto de partida la naturaleza de las cosas y de cada cosa, considerando –como he expuesto ¹⁵⁹– que comprenden: la expresión *rerum natura* todas las cosas divinas y humanas, en su conjunto; y, la expresión *natura rei*, cada cosa por separado. Ambas incluyen, al mismo tiempo, cosas y relaciones de las cosas, ser y movimiento, con sus causas, fines y valores, integrándose en ellas los hombres y las relaciones entre ellos mismos

¹⁵⁶ *Ibid.*, textos que corresponden a la nota 10.

¹⁵⁷ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 181, p. 1044, *in fine*.

¹⁵⁸ ROCA SASTRE: «Prólogo» a la cit. obra de Puig Brutau, pp. 14 ss.

¹⁵⁹ «La naturaleza de las cosas y de cada cosa, y su cognoscibilidad por los hombres, 2, b, *ADC*, LIII-IV, 2000, p. 1326.

—entramados en relaciones orgánicas, en comunidades y sociedades—, con su entorno físico, climático, biológico —o sea, todo lo que constituye su existencia—, así como los hechos que les afectan, sus actos y negocios. Es decir, comprende el orden dinámico ínsito por Dios en su obra creadora, en el cual los hombres actúan como causa segunda.

Entre las partes inseparablemente integrantes de la naturaleza de cada cosa, en algunas la actividad del hombre interviene en mayor grado y, entre ellas, en el campo jurídico la labor del hombre es muy amplia e intensa.

Así entendida, la naturaleza jurídica de las cosas forma una retícula de instituciones entramadas en un sistema, y cada institución viene a constituir una célula jurídica, con su propia naturaleza (su *natura rei*).

Los hombres, en su práctica, las elaboran funcionalmente —como las abejas sus panales—; y, a la vez que las elaboran, las utilizan: primero al configurar sus negocios; después al vivirlos en usos y costumbres; posteriormente, al conformarlos normativamente en leyes, y, finalmente, en su labor integradora e interpretativa. Esta es, en suma, la *función jurídico-práctica de las instituciones*.

A su vez, los científicos del derecho, al retornar su mirada a esa labor práctica, asumen la tarea de definir esas instituciones, y deslindarlas y clasificarlas, primero, y la de exponerlas, explicarlas y estructurarlas, después. Así se trata de explicar funcionalmente el derecho tal como es en su estructura real, en la *función teórica* que la ciencia del derecho realiza con las instituciones. Finalmente, una vez afinadas éstas, se trata de explicar su configuración en tipos y series de tipos, que sirven de ayuda a la práctica legislativa para que ésta efectúe su formulación normativa, y a la práctica de la determinación del derecho para intelegir, integrar e interrelacionar estas normas en un sistema.

Un ejemplo de cuál es el interés social práctico de la función explicativa de las instituciones como modelo para la concreción determinativa negocial y conflictual de lo que es derecho, nos la muestra Maité Lafourcade¹⁶⁰, bajo su punto de vista sociológico, «desvelando las minutas de los notarios que ejercieron en el Labourd de 1700 ó 1789», concluye¹⁶¹:

¹⁶⁰ Maité LAFOURCADE: *Mariages en Labourd sous l'Ancien régime*, Servicio editorial del País Vasco, Bilbao, s.f. Cfr. una síntesis de esta tesis en *Perspectiva histórica*, 221, A, a, pp. 752-755.

¹⁶¹ Maité LAFOURCADE: *op. cit.*, pp. 19 s.

«Las capitulaciones matrimoniales son una fuente de información particularmente preciosas en el País Vasco. En efecto, con ocasión del matrimonio del hijo mayor de la familia, varón o hembra, se transmite de generación en generación el bien familiar por donación *propter nupcias*. Ya que la casa familiar, el *etcheondo*, era la piedra angular de todo el edificio político y social vasco, y las instituciones jurídicas tenían por fundamento esencial el mantenimiento de la familia en un fundo indivisible. Este objetivo se realizaba por la transmisión del patrimonio familiar a un solo heredero con ocasión de su matrimonio, a fin de que éste, en vida de sus padres, se asociara a éstos en la gestión y la explotación de la heredad familiar sin producirse interregno. El primogénito, varón o hembra, era escogido porque era considerado el más pronto apto para regir bien el dominio familiar. Sus capitulaciones matrimoniales, órgano de la transmisión de los bienes patrimoniales, era pues el acto más importante de la vida civil vasca.»

«Las capitulaciones matrimoniales en el País Vasco –sigue la autora– no solamente regulaban las relaciones entre los esposos, sino también la suerte de todos los miembros de la familia del heredero o heredera que se casa. Los padres, que asignaron la heredad familiar a favor del matrimonio de su hijo mayor, le imponen ciertas condiciones a fin de asegurar su propio porvenir y el de sus otros hijos. Fijaban derechos legitimarios y sucesorios paternos y maternos, que serían entregados a los segundogénitos (*cadetes*) al marchar del hogar familiar, a su mayoría de edad o al casarse. Los brazos sobrantes eran así eliminados de una tierra muy pobre y exigua para permitir que en ella viviera demasiado número de familias. Dado que el país tenía una larga apertura hacia el Océano, los segundones se embarcaban, generalmente para dedicarse a la pesca, en los puertos de San Juan de la Luz o de Bayona, o para ir a buscar fortuna en las Indias, o marchaban como mozos o sirvientes a las villas, bastantes iban a incrementar el muy elevado número de sacerdotes vascos; algunos, mejor dotados, se establecían en las tierras vírgenes que compraban a la comunidad y que desforestaban. No obstante, conservaban siempre el derecho de hallar refugio en el *etcheondo* si eran maltratados por las pruebas de la vida.»

«Estos usos, destinados a establecer un equilibrio entre los recursos del país y la población que éste podía mantener, prueban el espíritu práctico y la sabiduría (*sagesse*) de quienes los elaboraron en el transcurso de siglos, y luego las fijaron al redactar su *coutume* en el siglo XVI. Los campesinos vascos la aplicaron sin derogarla

ni modificarla hasta que las leyes revolucionarias les impusieron instituciones a las que eran totalmente hostiles.»

Otra muestra de esa función práctica de las instituciones elaboradas también por la práctica, observada en su reflejo en las escrituras de capitulaciones matrimoniales autorizadas por notarios de las merindades de Durango, Uribe, Zornoza, Las Encartaciones y Arratia y en Biblas entre 1823 y 1833, nos la ofrece Itziar Monasterio¹⁶² bajo una perspectiva jurídica.

Y un ejemplo de la función de las instituciones en la elaboración científica del derecho, y de su aptitud para repercutir en la práctica nos la muestra Roca Sastre, al clasificar, definir y explicar los diversos tipos de heredamientos empleados en Cataluña¹⁶³. Seguidamente vamos a ver cómo esa labor científica, expositiva y explicativa ha repercutido en la función práctica legislativa compiladora.

2. Su función en la práctica de legislar

Hemos visto, al principio del apartado anterior, de qué diverso modo Savigny, Jhering y Roca Sastre entendieron cuál es la función práctica de las instituciones en la elaboración de las normas legales. Este último dice¹⁶⁴ que el legislador «adopta (a veces inconscientemente) una determinada figura o institución jurídica entre las varias que puede suministrarle el derecho institucional», para, con esa pauta, dictar «las normas pertinentes».

Ésta es una función que propiamente corresponde estudiar en la metodología de las leyes. En la mía, examino los diversos modos cómo la ciencia de legislar ha entendido que debe legislarse, desde sus precedentes clásicos hasta los de la Modernidad —en ésta con las excepciones de Vico y Montesquieu— y desde Bentham y Comte a la actual apertura en el ámbito de la ciencia jurídica alemana por la *Wertungsjurisprudenz*¹⁶⁵. Clasificó panorámicamente las diversas posiciones metodológicas adoptadas por la ciencia de legislar¹⁶⁶. Observo la *theoria*, la *praxis* y la *poiesis*, en su empleo por las diversas tendencias legislativas¹⁶⁷. Y concluyo pronunciándome

¹⁶² Itziar MONASTERIO AZPIRI: *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaíno*, II, *Análisis de los documentos*, caps. 6-23 y conclusiones, Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, pp. 211-639 y 641-643.

¹⁶³ Cfr. *Parte sistemática*, 236, 3, pp. 1257 s.

¹⁶⁴ ROCA SASTRE: «Prólogo» al citado libro de Puig Brutau, p. 14.

¹⁶⁵ *Metodología de las leyes*, 228-234, pp. 633-652.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 235-236, pp. 653-659.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 237-248, pp. 660-692.

por un retorno a una ciencia prudencial legislativa frente a las formulaciones ideológicas y contra el empleo de técnicas legislativas al servicio de la ideología que se sigue; y, en fin, para ese retorno propongo las bases siguientes ¹⁶⁸:

- 1.º Tomar por medida la *rectitud*.
- 2.º Orientarse al fin de lograr, en cuanto sea posible, la *justicia general o legal*, y las *particulares: distributiva y conmutativa*.
- 3.º Partir de que la ley *no es el derecho mismo sino «cierta razón del derecho»*.
- 4.º Comenzar por *el conocimiento del ser de todas las cosas*.
- 5.º Emplear la *razón práctica*.
- 6.º Abarcar el conocimiento *existencial y vivo, imprescindible para comprender íntegramente la naturaleza, que es irreductible a una generalización* que simplifica y disecciona las figuras generales representativas.
- 7.º Captar la *naturaleza de las cosas* con nuestras facultades del *sensum naturalis* y de la *naturalis ratio*, de modo tal que nos permita obtener una *ontología universal* que sea un reflejo lo más exacto posible de la realidad óptica de la *natura rerum*.
- 8.º Tener presente que es función de las leyes positivas la formulación en normas escritas, de las *conclusiones*, obtenidas prudencialmente, de la proyección de los primeros principios de la ley ética-natural, captados por *sindéresis*, adecuadamente a las circunstancias sociales de cada lugar y tiempo; y la de efectuar las *determinaciones* apropiadas en aquello que, conforme lo naturalmente justo, puede ser de un modo o de otro, cuando para el buen orden jurídico y social esta determinación resulta necesaria (*v. gr.* circular por la derecha o la izquierda, detenerse cuando el semáforo está en rojo y pasar si está en verde si la circulación lo requiere, etc.).
- 9.º Percatarse de que el campo de las leyes humanas no es el de lo absolutamente verdadero, sino de lo *probable*, de lo *más verosímil*, de lo que ocurre *en general* y, por ello, corresponde a la *prudencia política* su formulación.
10. Dejar el debido margen a la libertad operativa, dentro de las limitaciones éticas y fácticas que aquélla impone, por la misma razón indicada, al adecuar la *razón práctica* a las leyes, para que sean conformes a lo que generalmente resulta justo por naturaleza.
11. Efectuar esa adecuación prudencial de las normas legales *secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens*, conforme en palabras de San Isidoro de

¹⁶⁸ *Ibid.*, 249-250, pp. 693-703.

Sevilla ¹⁶⁹, explicó Santo Tomás de Aquino ¹⁷⁰ y desarrolló Montesquieu ¹⁷¹.

12. Tomar por pauta de esa labor prudencial la *ordenación al bien común*, materia de la *justicia general o legal* y objeto de la *prudencia*.

13. Considerar la sociedad como una comunidad de hombres concretos, que ha de articularse fundamentalmente por los principios de *participación*, de *solidaridad* y de *subsidiariedad*, en un entramado de cuerpos sociales de distinta clase, orden y grado.

14. Dar preeminencia al bien moral, para que el *homo faver* no devore al *homo sapiens*, para que la sociedad se asiente en un lecho o sedimento de *actos* de justicia —conforme expresó Marcel de Corte ¹⁷²—; ya que ese peligro se acrecienta cada día más por haberse acostumbrado el hombre a juzgar el bien y el mal de las cosas desde un punto de vista exclusivamente técnico, amoral. Esto, sin duda, es consecuencia de lo que el filósofo Sciacca denominó la *pérdida del límite* ante lo que nos trasciende ¹⁷³, que ha dado lugar a lo que él califica de *enloquecimiento de la razón*, por confundir lo útil y lo eficaz con lo bueno, y por razonar lógicamente haciendo abstracción de lo verdadero ¹⁷⁴.

Desde que se publicó, ya hace diez años, mi *Metodología de las leyes*, he profundizado mucho estas observaciones en mis dos volúmenes de *Metodología de la determinación del derecho* y en el primero y la primera parte de este segundo de la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*. Por ello, posiblemente articularía en distinto orden estas catorce bases, comenzando por las más generales, terminando por las más operativamente concretas, y partiendo de la conclusión a que hemos llegado, en los dos anteriores capítulos, de que la labor práctica del hombre articula la naturaleza de las cosas en una retícula o entramado de instituciones, que la ciencia del derecho expone y explica, y que éstas *instituciones* —como genialmente observó Savigny y, con más sencillez y realidad, ha explicado Roca Sastre— *debe traducirlas el legislador en normas adecuadas*, dando ese último paso en el camino para culminar la labor que sintéticamente acabamos de explicar.

¹⁶⁹ San ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, 2, 10, 6, y 5, 21.

¹⁷⁰ Santo TOMÁS DE AQUINO: *S. Th.* 1.^a-2.^{ae}, 95, 3, *resp.*

¹⁷¹ Cfr. mi síntesis de ese desarrollo de Montesquieu en *Metodología de las leyes*, 231, pp. 643-645.

¹⁷² Marcel de CORTE: *De la justice*, Jarzé, Dominique Martin Morin Ed., 1973, p. 19.

¹⁷³ Michele Federico SCIACCA: *L'oscuramento d'ell intelligenza*, Marzoratti, Ed., Milán, 1979, parte I, cap. I, pp. 19 ss.

¹⁷⁴ *Ibid.*, «La ragione impazita», en *Il magnifico oggi*, cap. VI.

Un claro ejemplo de esa función que cumplen las instituciones nos la ofrece la referida ¹⁷⁵ labor de Ramón María Roca Sastre de tipificar y definir las diversas figuras de heredamientos, que –como vimos en *Metodología de la determinación del derecho* ¹⁷⁶– sirvieron al compilar el derecho civil especial de Cataluña para articular toda la normativa de los heredamientos –materia de la cual, como de toda la parte dedicada al derecho de sucesiones, fue ponente el mismo Roca Sastre–, y ha pasado al *Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña*. En éste, los artículos 71 a 78, contienen las disposiciones generales de los *heredamientos a favor de los contratantes*; los artículos 70 a 83 la normativa del *heredamiento simple o de herencia*; los artículos 84 a 89 la de los *heredamientos acumulativos y mixtos*; los artículos 90 y 91 contienen las disposiciones generales de los *heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes*; y, respecto de éstos el artículo 92 regula los *heredamientos puros*, y los 93 a 98 los *heredamientos preventivos y prelativos*; finalmente los artículos 99 y 100 contienen la normativa de los *heredamientos mutuales*.

Ahí tenemos siete instituciones elaboradas por la práctica, definidas, explicadas y clasificadas doctrinalmente por Roca Sastre, y traducidas en normas legales por el legislador catalán.

3. Función práctica

Hemos visto, en la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, que interpretar es un explicar, mediando entre el derecho y el hecho ¹⁷⁷, que incluye la comprensión o intelección de las normas y la explicación de las cosas a que se refiere el texto –y la de éste, por ellas ¹⁷⁸. Acerca de la interpretación jurídica observamos, allí en concreto, que –paralelamente a esta composición dual de la interpretación entendida en general– la interpretación jurídica comprende la intelección de la ley y la explicación de los hechos constitutivos del derecho ¹⁷⁹.

Al principio de este estudio de las instituciones jurídicas, hemos visto que cada sistema jurídico contiene un entramado o retícula de instituciones, que vienen a ser las células del derecho. Por lo tanto, la explicación interpretativa debe efectuarse penetrando en el sentido y contenido de estas instituciones; y que sólo puede lograrse la

¹⁷⁵ Cfr. *supra* nota 102.

¹⁷⁶ II, *Parte sistemática*, 237, 3, p. 1258.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 91, pp. 463 s.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 97-98, pp. 498-505.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 158, pp. 827-833.

intelección de la ley mediante la comprensión de la institución a la que su texto se refiere¹⁸⁰. Pues bien, la cosa del texto de las normas legales es la institución que en cada una de ellas es regulada, como ya explicó Savigny¹⁸¹.

En efecto, el mismo fundador de la escuela histórica explica¹⁸² que los jurisconsultos «rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real». En ese camino operativo emprendido por Savigny, profundizaría más Jhering¹⁸³, para explicar cómo «se ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al que se aplica, lográndose por su medio una transformación interna de las reglas de derecho, éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se desprenden de su forma de prohibiciones y de mandatos para reconvertirse en elementos y cualidades de relaciones jurídicas». A su entender:

«Las reglas del derecho como tales no tienen esa fuerza generatriz, permanecen inertes hasta que son reducidas a elementos simples y colocadas en línea ascendente o descendente, según las relaciones y el grado de parentesco que tienen con otras; o lo que es lo mismo, hasta que pueden testimoniar su descendencia de otras nociones y crear, a su vez, otras nociones sacadas de su propio seno.»

Y, asimismo, en el primer volumen de mi tercera *Metodología*, hemos visto¹⁸⁴ que Ramón María Roca Sastre advierte que «ocurre con frecuencia, en gran parte por el criterio de que los códigos han de ser breves», que el legislador «deje de normar ciertos extremos, con lo que se produce una laguna o insuficiencia legislativa, que habrá de llenarse mediante la aplicación analógica o la interpretación extensiva». Para lo cual, al juez, para mejor desempeñar este cometido, «le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada, con lo cual no creará normas sino que, sin extraviarse de su función aplicará [yo diría «inteligirá»] por lógica institucional la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución elegida». De ese modo, el derecho institucional –termina Roca Sastre– servirá

¹⁸⁰ Dice Paul RICOEUR: «Expliquer et comprendre», I, en *Du texte à l'action*, Ed. Du Seuil, París, 1986, p. 168: «Lo que debe comprenderse de un relato, no es ante todo a quien habla en el texto, sino aquello de lo que habla, la *cosa del texto*, a saber la parte del mundo que la obra despliega de cierto modo en el texto.»

¹⁸¹ Cfr. *supra* 1, párrafo que lleva la nota 3.

¹⁸² *Ibid.*, párrafo que lleva la nota 4.

¹⁸³ *Ibid.*, 2, párrafo siguiente al que lleva las notas 20 y 21.

¹⁸⁴ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 181, párrafo que contiene la nota 417, p. 1044.

de «cantera abundante», para que en ella se busquen «las normas integradoras en la aplicación del derecho positivo respectivo».

En forma esquemática, Casals Colldecarrera¹⁸⁵ distinguió dos modos de codificar: uno el de normas legales «con su pretensión de autosuficiencia legislativa» y, otro, el de «*compilación de instituciones que conviene conservar*», que –dice– «carece de toda pretensión de autosuficiencia» y «asigna a la interpretación una función muy típica» de «integración de las instituciones compiladas», que «ha de estructurarse necesariamente según las directrices del método histórico».

Ese método interpretativo e institucional, explicativo e integrador del sentido de las leyes vigentes por el derecho histórico, aunque éste haya sido expresamente derogado –método que he utilizado para inteligir el Código civil partiendo del derecho castellano histórico¹⁸⁶– ha sido preconizado y empleado por autores tan caracterizados en el derecho común español como Federico de Castro y Rafael Núñez Lagos y asimismo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Dice Federico de Castro¹⁸⁷: «En nuestro derecho, la antigua legislación y la doctrina de nuestros juristas clásicos prestan un doble servicio: 1.º Para conocer el espíritu tradicional del derecho, lo que permitirá formular los principios tradicionales. 2.º Para interpretar el Código civil, en cuanto éste ha de contener el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio (base 1.ª, L. de B.). En la jurisprudencia se usa de ambos modos, hablándose indistintamente de elemento histórico y de tradición jurídica (así, entre otras, STS de 23 de junio de 1940, 27 de junio de 1941, 11 de noviembre de 1944, 5 de junio de 1945; STS Social de 22 de diciembre de 1946).» No ofrece duda que, a través de los principios tradicionales, el derecho anterior al Código civil, tiene valor integrativo y no sólo interpretativo.

Y según, Rafael Núñez Lagos¹⁸⁸: «El jurista español vive con la falsa impresión de que el Código le separa y aísla del viejo derecho castellano. Ha sentido el Código como muralla y frontera, y no

¹⁸⁵ Miguel CASALS COLLEDECARRERA: «La interpretación», en *Curso de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código civil*, Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona, Barcelona, 1975, p. 30.

¹⁸⁶ En *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, 77, pp. 377-383, indico varias materias en las cuales he acudido al derecho castellano histórico para inteligir el Código civil.

¹⁸⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, IV, I, IV, 2, p. 526.

¹⁸⁸ Rafael NÚÑEZ LAGOS: «Prólogo» a la obra de Mario Armero Delgado, *Testamentos y particiones*, Instit. Ed. Reus, Madrid, 1951, pp. V s.

como cauce natural, unas veces, y otras, a lo sumo como canal de desagüe o de desviación. No es lícito creer que en nuestro Código civil está todo y sólo en el Código, pues el Código queda así sin arraigo y su estudio e interpretación se convierte en un juego de conceptos lógicos, de una dialéctica eurística.»

Frente a la norma derogatoria del artículo 1976 CC, observa cuál es el valor «de los preceptos básicos informadores de nuestra dogmática tradicional, que es la doctrina subálvea de las aguas, más que vivas, vitales, que transcurren debajo de los preceptos del Código civil, y que vale siempre *secundum vel praeter codicem*. El Código civil es el resultado de una concepción hereditaria plurisecular. La significación de un artículo no viene definida únicamente por su texto, sino por sus antecedentes morfológicos y funcionales, por su contenido histórico presente y decisivo para su redactor. El legislador al referirse al heredero o a la aceptación de la herencia pensaba en las instituciones españolas, y no en las francesas. El contenido implícito del texto legal es superior al explícito. Podríamos decir que los artículos del Código civil son, como las islas, picachos visibles de montañas sumergidas, pero de indudable masa y realidad. Lo fundamental es la falda española y no el pico francés».

El mismo Código civil regula normativamente instituciones que él no ha creado, sino que se formaron —como hemos visto antes— en la vida práctica, a lo largo de la historia, que recogieron las costumbres; muchas de ellas ya las analizaron los jurisconsultos romanos en respuestas, que los compiladores bizantinos recogieron en el *Digesto* y que, en su práctica, siguieron perfilando glosadores, canonistas, y —conforme el *mos italicus*— comentaristas y conciliadores¹⁸⁹. Esa labor ha continuado después, con diversas orientaciones metodológicas ya en la Modernidad¹⁹⁰. Finalmente, en los siglos XIX y XX, las recogieron, con más o menos innovaciones, los Códigos de los diversos países; y los autores han tratado de conceptualizarlas.

Para centrar la cuestión, conviene que volvamos a recordar —como al comenzar este epígrafe hemos hecho— que la cosa del texto de las normas legales es la institución a la que cada una de ellas se refiere. Ciertamente la interpretación —como, siguiendo a Gadamer¹⁹¹, recuerdo en varios lugares— requiere, según su concepción clásica, *subtilitas intelligendi* de las normas y *subtilitas*

¹⁸⁹ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 28-37, pp. 150-192.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 69-84, pp. 419-501.

¹⁹¹ Hans Georg GADAMER: *Verdad y método*, 1, 10, 1, p. 378.

explicandi de los hechos; y, consecuentemente –como en otro lugar hemos visto¹⁹²–, en el campo del derecho, la operación interpretativa, para hallar la solución justa, requiere la comprensión de la naturaleza de la cosa –que se enmarca en tipos y en pautas– se pone en tensión con la cosa o el hecho que trata de explicarse. En esa operación las normas legales tienen función mediadora –como también allí hemos visto¹⁹³– entre la naturaleza de las cosas y el hecho del caso.

Si para inteligir un texto es preciso referir sus palabras a la «cosa del texto», esa cosa de la cual el texto habla, si se regula en una norma de derecho, se enmarca en instituciones tipificadas, que sirven para encuadrar los hechos a que la interpretación se dirige, a fin de calificarlos y estimarlos jurídicamente después.

Savigny¹⁹⁴ –recordémoslo otra vez– explica que los jurisconsultos «rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real», para así «mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho». Ciertamente es que, como hemos visto¹⁹⁵, en esa operación Savigny incurrió en el doble defecto de entender la norma legal como una regla abstracta y, además, formarla mediante un concepto construido por una abstracción sustractiva al modo kantiano, con lo cual inició el camino de la jurisprudencia formal de conceptos que, a partir de Puchta, sus seguidores elaboraron.

El modo correcto de operar debe consistir –como explica Larenz¹⁹⁶– en efectuar continuamente una intermediación mental entre la contemplación de la realidad y el concepto representado conforme el cual ha sido redactada la norma. Ésta «sólo puede abarcar cada vez un aspecto parcial y, justamente por ello, tiene que ser completado y rectificado constantemente por la contemplación». Por esa razón –advierto yo–, no puede extraerse de la norma más que lo en ella recogido de lo abstraído de la naturaleza de las cosas¹⁹⁷. Y, por eso, lo que las normas extraen de ésta expresándolo en una formulación abstracta, aunque ésta se exprese *universalmente*, ocurre que sus palabras de ese modo abstracto no pueden comprender sino lo que ocurre *generalmente*, escapándosele todas las singularidades. Aristóteles¹⁹⁸ lo había observado ya: el legisla-

¹⁹² «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», 7, B, *ADC*, LIII-IV, 2000, pp. 1359 ss.

¹⁹³ «La naturaleza de las cosas y la de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», 7, B, *ADC*, LIII-IV, 2000, pp. 1359 s.

¹⁹⁴ SAVIGNY: *Sistema*, V, pp. 66 ss.

¹⁹⁵ *Supra* 1, desde el párrafo que lleva la nota 5 hasta el que contiene la nota 7.

¹⁹⁶ LARENZ: *Metodología*, primera parte, introducción, p. 34.

¹⁹⁷ A eso responde la advertencia de Paulo (*Dig.* 58, 17, 1): «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.*»

¹⁹⁸ ARISTÓTELES: *Ética*, V, 10, 1137 b-1138 a.

dor habla de modo universal y «yerra» al simplificar, porque la naturaleza de las cosas es «indefinida»; y, por tanto, ese yerro debe corregirse no entendiendo sus palabras más allá de lo comprendido en ellas de modo general y no extendiéndolas de modo universal. Consecuentemente la ley no debe entenderse mecánicamente de manera rígida sino medirse, «como se hace con la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra».

Las instituciones –lo hemos dicho y explicado ya¹⁹⁹– son tipificadas por la ciencia del derecho, y son reguladas en las normas legales conforme alguna de estas tipificaciones.

Pero al clasificar las instituciones y al analizar sus elementos no sólo vemos, en ellas, una serie de figuras tipo, sino que hay una serie de variantes en cada una de ellas, comprobando que son fluidas y que fácilmente se deslizan de unas a otras. Esa fluidez escapa a las normas cuando como elementos naturales se consideran algunos que en otros tipos más generales son accidentales, o no existen en otros considerados también como figuras puras, concebidas abstracto. Además, existen muchos supuestos que resultan atípicos.

En general, la tipicidad o atipicidad de los supuestos concretos que se dan en la realidad vivida se juzgan con referencia a aquellos supuestos que han sido tipificados como instituciones en las normas legales. Por ello –como observé hace años²⁰⁰–, la tipicidad o la atipicidad de un supuesto concreto depende de que se estime que encaja o no en la *mens* y en la *ratio* de una norma. Éstas pueden dimanar de las mismas palabras de su texto si éstas se refieren sólo a su *esfera nuclear* –dándoles una interpretación *estricta*–, o bien al sentido lato de las mismas –dándoles una interpretación amplia, pues también se extiende a su *esfera periférica*.

La diferencia práctica de una u otra manera de inteligir puede ser enorme, o diluirse en la nada, dada la validez de cuanto disponga el otorgante o convengan las partes en tanto que con esto no contravienen ninguna ley imperativa, la moralidad, ni el orden público.

En todo caso, la cuestión queda reducida a determinar aquello que no ha sido previsto en la disposición de voluntad o en el contrato convenido. Plantéase, entonces, si se trata de un hecho o negocio típico, aunque con variantes pactadas, o bien de un hecho o negocio atípico, pero más o menos análogo a uno o varios típicos.

¹⁹⁹ *Supra*, 5.

²⁰⁰ «Comentario a la sentencia de 10 de diciembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 15, septiembre-diciembre 1987, pp. 5274 s.

En el primer supuesto, en lo no previsto por las partes, serán de aplicación las normas reguladoras del caso-tipo de que se trate. En el segundo, deberá llenarse por analogía teleológica, con la regulación de los más semejantes hechos-tipo, siempre que resulte ajustada al hecho o negocio de que se trate; o bien, con una combinación adecuada de ellas; o, en fin, acudiendo a los principios generales para extraer de ellos la conclusión más consecuente con la naturaleza de *la cosa del caso*; es decir, la del hecho o negocio concreto objeto de la *quaestio* formulada.

Podemos comprender lo expuesto mejor en la realidad práctica tomando como ejemplos los supuestos de hecho de las SSTs de 30 de noviembre y 3 de diciembre de 1987.

I. La sentencia de 30 de noviembre de 1987, enfrentándose con la intelección textual del artículo 1802 CC, tuvo que atender a alguna de sus locuciones a las cuales cabía dárseles un significado estricto –circunscribiéndolas a su círculo nuclear– o bien lato –ampliándolas hasta su círculo periférico–. Concretamente a las expresiones indicativas, una, «*de pagar una pensión o rédito anual*» y, otra, determinativa de «*cuyo dominio se transfiere desde luego*». Nótese que ambas son constitutivas de su hipótesis, de la cual depende la aplicabilidad o no de la tesis consignada en el artículo 1805: «*La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras*»²⁰¹.

Las dos sentencias utilizaron los artículos 620, 622, 647, 1124 y 1802 como elementos mediadores entre la naturaleza de la cosa tipificada, ya sea como *renta vitalicia*, *donación onerosa* o *con carga o modal*, o bien como *pensión alimenticia* o *alimentos vitalicios*, y no como *donación «mortis causa»*, en los dos supuestos de hecho enjuiciados.

Lo expliqué en el referido comentario conjunto de ambas sentencias, partiendo de los siguientes datos:

a) El contrato de *renta vitalicia* se halla tipificado en el artículo 1802 Cc. que dice: «*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.*»

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 1275-1279.

b) De las donaciones onerosas, dice el artículo 622, inciso 1: «Las donaciones con causas onerosas se regirán por las reglas de los contratos...»; y de incumplirse la carga impuesta en ellas, según el artículo 647: «La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.»

c) Los contratos denominados de «vitalicio», de «pensión alimenticia», o de «alimentos vitalicios», dice la Sentencia de 30 de diciembre de 1987, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo «ya ha tenido ocasión de admitir, argumentalmente, en sentencias de 14 de noviembre de 1908 y 16 de diciembre de 1930 y, de modo directo, en las de 28 de mayo de 1965 y 6 de mayo de 1980».

A) En el supuesto de la sentencia de 14 de noviembre de 1908, según una escritura otorgada en Mora de Ebro, se trataba de una venta de varias fincas, efectuada a bajo precio por el vendedor a una hermana suya, en la que se había estipulado, además: «que la compradora, con el usufructo de dichas fincas mantendrá en su casa y compañía al vendedor, tanto sano como enfermo, con tal de que trabaje lo que pueda a utilidad de la casa, y, para el caso inesperado de no poder congeniar o tener que separarse, se reserva para entonces el usufructo de las cosas vendidas.» Es decir, se vendió la nuda propiedad; y era sólo el usufructo lo que, para caso de no congeniar vendedor y compradora, se sustituía por alimentos y cuidados en salud o enfermedad.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Falset como la Audiencia Territorial de Barcelona dieron lugar a la demanda de la hija del vendedor, impugnatoria de la venta por lesión en más de la mitad del justo precio, declarando su rescisión. Y el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por la compradora, considerando que «aun cuando la carga que se impuso al comprador contenga algún elemento aleatorio, no basta para desvirtuar la verdadera índole y naturaleza del expresado contrato de compraventa, en el que, por lo demás, no concurren las circunstancias del de renta vitalicia, definido en el artículo 1802 del Código civil y al que han podido ser consiguientemente aplicables los preceptos rescisorios por lesión, sin que sobre esta base y supuesto sean tampoco de estimar las infracciones del motivo segundo, pues la expresada carga sólo podía haber sido computada en el precio para la determinación de la lesión si en este sentido se hubiera impugnado la demanda y la sentencia recurrida».

B) La sentencia de 16 de diciembre de 1930 contempló un contrato de cesión de bienes inmuebles que una madre otorgó, a dos hijas suyas, a cambio de una pensión que éstas se comprometieron a abonarle para atender a su manutención. Las hijas incumplieron el pago de las pensiones y la cedente y, después de su muerte, otra hija, heredera suya, pleitearon para obtener su rescisión. El juez de primera instancia de Burgos declaró no ser válido dicho contrato, que calificó de donación de bienes inmuebles con causa onerosa estipulado en documento privado; la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia revocatoria de aquélla, declarando resuelto el contrato por incumplimiento por parte de las demandadas de la obligación que en el mismo contrajeron.

La sentencia del Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por las demandadas, considerando que, en la convención o contrato en cuestión, «se dan todos los caracteres de las donaciones a que se refiere el artículo 622» del Código civil; y, «como ha de producir efecto entre vivos, se ha de regir conforme al artículo 621 de dicho Código por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título segundo del libro tercero del repetido Código civil». Por lo cual, «al aplicar la Sala sentenciadora el artículo 1124 de dicho Código para declarar resuelta la donación celebrada entre la recurrente y su madre no infringe el mismo artículo de evidente aplicación a la convención formalizada entre doña Elena Díez y sus hijos, toda vez que dicho artículo es genéricamente aplicable en donde existen obligaciones recíprocas de evidente concurrencia en el contrato tantas veces citado, ya que la obligación que contrajo doña Elena de entregar a sus hijos sus bienes rústicos y urbanos era correlativa a la que contrajeron sus hijas de entregar a aquélla la pensión anual concertada».

Nótese que la aplicación del artículo 1124, en relación con el 622 CC es incompatible con la del 1805 correspondiente al contrato de renta vitalicia.

C) En el supuesto de hecho de la sentencia de 28 de mayo de 1965, la demandante había otorgado a los demandados, en escritura pública, la venta de una casa y, en la misma fecha, habían suscrito un documento privado en el cual se expresaba que los compradores declaraban que el precio quedaba representado por un «vitalicio», consistente en la prestación de alimentos y atenciones médicas y medicinas, pudiendo la vendedora readquirir la casa devolviendo a los compradores lo que hasta entonces la hubiesen satisfecho.

La sentencia del juez de primera instancia de Lugo, que absolvió a los demandados, fue confirmada, en parte, y, en otra, revocada, por la Audiencia Territorial de La Coruña que declaró a los demandados obligados al cumplimiento del contrato privado y, en consecuencia, a otorgar a la demandante escritura pública de venta de la casa en cuestión, percibiendo a cambio los gastos previstos en dicho contrato y que fueron justificados. La sentencia del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, partiendo en sus considerandos, de las siguientes afirmaciones de gran interés con relación al contrato denominado «vitalicio» o de «prestación de alimentos vitalicios» o «manutención plena».

– Que «al amparo del principio de libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “vitalicio”, que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1802 al 1808 del Código civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público –art. 1255 del Código civil–, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones» (considerando 1.^o); y, que a dicho convenio vinculante «no le son aplicables los artículos del Código civil reguladores de la renta vitalicia, y de otra, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas pueden hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y natural consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad, que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido, pues bien claramente expresa el documento privado suscrito entre las partes que en cualquier momento en que la alimentista quisiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar los gastos de notario, derechos reales, manutención, médicos y medicinas causados hasta el momento de ejercitar dicha facultad».

D) La sentencia de 6 de mayo de 1980 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la

sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había confirmado la denegatoria del juez de primera instancia de Valmaseda «con aceptación de sus considerandos». El Tribunal Supremo, en el primero de los suyos, entendió:

– Que «declarado por la resolución recurrida “que el contrato objeto del presente procedimiento es un contrato vitalicio”, puesto que por él se entregan unos derechos con la contraprestación de alimentos, vivienda y asistencia médica y farmacéutica, de acuerdo dicha calificación con la que hace la jurisprudencia de esta Sala en sentencia de 28 de mayo de 1965, no puede prosperar el motivo primero en que, por el cauce del número 1.º del artículo 1692, se denuncia la violación de los artículos 618, 619 y 622 en relación con los 648, párrafo 3.º, y 142, todos del Código civil, referentes a la donación, argumentando en el mismo que se trata de una donación onerosa, mas ello no puede prosperar, puesto que, en primer lugar, tiene esta Sala declarado que la calificación jurídica del contrato hecha por la Sala de instancia ha de prevalecer sobre la del recurrente siempre que aquélla no sea ilógica o absurda, supuestos que no se dan en la que hizo la Sala y, además, porque de la propia literalidad del contrato aparece claramente su carácter aleatorio que lo distingue perfectamente de la donación onerosa».

E) En la de 30 de noviembre de 1987, en su fundamento de derecho 3.º, consideración tercera, califica el negocio objeto del caso, como hemos visto, de contrato vitalicio, o de pensión alimenticia o de alimentos vitalicios y repite literalmente lo que dice, en su primer considerando, la sentencia de 28 de mayo de 1965 en cuanto a su caracterización y régimen aplicable.

De todo lo expuesto, resulta que el Tribunal Supremo ha deslindado esta figura, atípica en la regulación del Código civil, tanto respecto de la donación onerosa como de la renta vitalicia. De aquélla, en cuanto sólo puede aplicársele la rescisión prevista en el artículo 1124 para caso de incumplimiento, y de la renta vitalicia por inaplicabilidad del artículo 1805, que no permite resolver la transmisión por impago de las pensiones sino sólo reclamar el cumplimiento de la renta pactada. Aparte de que –según la sentencia de 30 de noviembre de 1987– la tipicidad de ésta requiere que se transmita en pleno dominio el bien dado a cambio de la pensión, y no sólo en nuda propiedad, además de la diferencia que media entre una pensión dineraria y una prestación alimentaria. Aquella diversidad de efectividad la justificó la sentencia de 28 de mayo de 1965, por «la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia

entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas pueden hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y natural consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que la de abonar la contraprestación pactada para tal evento».

II. La sentencia de 10 de diciembre de 1987 utiliza la figura institucional de las *dotaciones del heredero único en favor de los hermanos solteros que permanecen en casa*, para intelegir los artículos 109, 119, § 1, y 121 de la Compilación aragonesa entonces vigente, de la manera que me permití comentar del siguiente modo²⁰².

Es sabido que en Aragón, conforme el referido artículo 119, § 1, la legítima colectiva *«puede distribuirla el causante igual o desigualmente entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo, con las modalidades establecidas en este capítulo»*; que el artículo 121 concede *«derecho de reclamar alimentos»* a los *«descendientes sin mediación de personas capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en posición legal de pedir alimentos»*; y que, el artículo 109, previene: *«Uno. Los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derecho a recibir asistencia y a ser dotados al haber y poder de la casa.»*

Es decir, la dotación de esos hermanos *«al haber y poder de la casa»* es un derecho suyo, que, en el supuesto de hecho de la sentencia de 10 de diciembre de 1987, los padres del heredero reiteraron en sus respectivos testamentos. Sin duda, cabe que el heredero dote por encima del *«haber y poder de la casa»*; y, en ese exceso, constituiría una liberalidad de la cual, en caso de lesionar la legítima colectiva, *«podrá pedirse su reducción»* –pero lo pretendido principalmente por los demandantes recurrentes era la nulidad de las asignaciones de dote como donaciones *mortis causa* carentes de forma testamentaria. Cuestión a la que vamos a referirnos en el apartado siguiente.

III. Las sentencias de 30 de noviembre y de 19 de diciembre de 1987, para la intelección del artículo 620 CC tenían que atender al significado de la expresión de éste: *«donaciones que hayan de producir sus efectos a la muerte del donante.»* ¿Qué efectos?, ¿todos o sólo alguno?, o bien, ¿el más esencial, sea la irrevocabilidad o la transmisión actual dominio, o cualquiera de los dos? Aparte de decidir si su *mens legis*, por su *ratio*, lo restrinje a las donacio-

²⁰² Cfr. *ibid.*, 3, p. 5279.

nes que se efectúen puramente, *animo, donandi mortis causa*, o bien si asimismo, incluye las que tengan, además, una causa *nuptiandi, remunerandi*, etc.

El concepto jurisprudencial de donaciones *mortis causa* que determina el tipo legal de donación *mortis causa* –aunque éste no corresponde a la tipología clásica²⁰³– es soslayado por las sentencias de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987, dejando el supuesto enjuiciado fuera del tipo institucional configurado restrictivamente por la propia jurisprudencia del derecho común español. Como comenté a ésta²⁰⁴, debemos recordar que el artículo 620 CC, dice:

«Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.»

Creo que también es bien sabido que, en septiembre de 1948, me adherí al criterio de quienes –como Rafael Azpitarte Sánchez y José González Palomino– habían entendido el artículo 620 del Código civil en el sentido de que se refiere a la *naturaleza* de la que «participan» las donaciones de las que habla, y no a su «forma», por la cual se diferenciaron siempre de los legados. Pero, también lo es, que la jurisprudencia reiteradísima del Tribunal Supremo, con su superior criterio, nunca lo ha entendido solamente así.

Ahora bien, cuando en 1978, en mis *Estudios sobre donaciones*, recopilé ese primer estudio con los demás que había escrito acerca de la donación *mortis causa*, observé:

1.º Que el artículo 620 CC no habla de «donaciones *mortis causa*» sino de las donaciones «que hayan de producir efectos por muerte del donante».

2.º Y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el tenor del transcrito inciso del artículo 620, define la donación *mortis causa* con un criterio más restrictivo que el derecho romano y que el derecho histórico castellano anterior y posterior al de las *Partidas* y de las *Leyes de Toro*, y así deja fuera de su texto:

– Las que produzcan transmisión inmediata de la propiedad al donatario, incluso en el caso de que su no reversión se condicione a que sobreviva el donante (hipótesis en la cual la sentencia de 29 de octubre de 1956 no les considera «propiamente» *mortis causa*).

²⁰³ Cfr. mis estudios acerca de la donación *mortis causa* en *Estudios sobre donaciones*, pp. 12-211.

²⁰⁴ *Comentarios, ult. cit.*, 4, pp. 5279-1281.

– Las dispuestas con renuncia a la facultad de revocarlas, o, en términos positivos, con carácter irrevocable *ad nutum*, que el Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente «*inter vivos* con entrega *post mortem*».

– Las superpuestas a otra donación, otorgadas con entrega inmediata de la cosa donada a tercera persona (supuestos de las sentencias de 2 de diciembre de 1912, 9 de abril de 1942, 27 de diciembre de 1945 y 23 de marzo de 1948).

– Y las reguladas específicamente en otros preceptos legales (arts. 641, 827, 1331 CC y 428 originario del C de C), sin duda porque no siendo su causa un puro *animus donandi mortis causa*, sino que en ellos se interfiere otra causa, como especialmente lo es la *causa nuptiandi*, ya se trate de las nupcias del donante o del donatario.

Este criterio del Tribunal Supremo, restrictivo del concepto de «*donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante*», fue paladinamente declarado en la sentencia de 7 de noviembre de 1979, entendiendo que la *doctrina jurisprudencial* califica como tales donaciones *mortis causa* «*las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición* [es decir, que no lo son: tanto *si el donante adquiere de inmediato el dominio de la cosa donada*, como *si puede disponer de ella*, y aunque el donatario pueda perder el dominio si el donante, *v. gr.*, revoca la donación o transmite la cosa donada a un tercero], *por lo que, además de su revocabilidad, su eficacia no se origina en vida del disponente*». Esto es, además de ser necesariamente revocable, no debe originarse su eficacia «en vida del disponente».

Esta misma línea, restrictiva del concepto de donación *mortis causa*, en el derecho vigente en el régimen del Código civil, es mantenida por las dos sentencias comentadas.

– La de 30 de noviembre de 1987 considera donación *inter vivos* la de una nuda propiedad transmitida de inmediato aunque sometida a condición resolutoria y con apoderamiento de los donatarios a los donantes para disponer de la cosa donada.

– Y la de 3 de diciembre de 1987 estima que son disposiciones *inter vivos*, y no *mortis causa*, unas dotaciones declaradas efectivas para cuando contrajeran matrimonio los asignatarios o para cuando falleciere el asignante, pero facultando a aquéllos para disponer de ellas *mortis causa*, «*significando su irrevocabilidad*» con ello, y poniendo así de manifiesto que «*lo diferido es sólo la posesión de los bienes*», y confirmandolo la expresión del asignante «de efectuarlo deseando fijar de un modo definitivo e irrevocable las dotaciones de sus citados hermanos».

