

“EN TORNO A LOS FENÓMENOS INTER-NORMATIVOS: EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO SUCESORIO”

ILMO. SR. D. JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

SUMARIO:

- PALABRAS INICIALES.
- I. APROXIMACIÓN AL TEMA DEL DISCURSO.
- II. LA TÉCNICA DEL ANÁLISIS.
- III. LA TÉCNICA DE LA COMPARACIÓN.
- IV. LA INCIDENCIA DE TALES FENÓMENOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO.
- V. PALABRAS FINALES.

• PALABRAS INICIALES.

0.1.1. Actitud del dicente.

Unas palabras previas por mi parte parecen en este momento necesarias. Palabras de agradecimiento, de sentimiento, de respeto... palabras que otros juristas ilustres pronunciaron antes que yo, palabras insuperablemente expuestas –con ocasión de un acto similar– por J. M^a CASTÁN VÁZQUEZ como sigue:

“Al ingresar don Felipe Sánchez Román en una de las Reales Academias, el 21 de mayo de 1905, afirmaba: “Creo poseer el alto concepto que merecen estos Centros de superior cultura nacional; es muy grande el respeto, rayano en la veneración, que siempre me inspiraron y la admiración que siento por sus doctos miembros”; observaba después que “hay, sin duda, en esto del ingreso en las Reales Academias de la Nación algo semejante al voto religioso”, y con humildad calificaba en su caso de “inmerecido” el honor que su recepción le otorgaba.

.-...= Pero si Sánchez Román, con ser quien era, se suponía indigno de su ingreso en una Academia, con mayor razón yo he de advertir la desproporción que en mi caso existe entre el honor recibido y los méritos que debieran justificarlo; sin insistir en ella, pues es obvia, me limito a expresar mi profundo agradecimiento a todos los miembros de la Corporación que con tanta generosidad me reciben.”¹ (Hasta aquí la cita exacta de las palabras del Sr. Castán Vázquez).

[Agradecimiento por mi parte que hago extensivo a los Sres. Académicos encargados de la lectura de mi texto y a de la CONTESTACIÓN al mismo].

Es esta actitud del dicente la que se va a intentar mantener a lo largo de este discurso, complementada con una mínima aclaración justificativa acerca del tema escogido y de la metodología utilizada.

0.1.2. Presentación del tema del discurso, en general.

Resumidamente dicho, la presentación del tema propuesto intenta dar respuesta a una serie de cuestiones o interrogantes acerca del mismo,

cuales son las referentes al nombre, a la cosa en sí, al concepto, a su aspecto estructural, a sus efectos, etc. En este sentido, me voy a tomar la licencia de presentar a ustedes una especie de balizas orientativas para que los futuros ‘operadores jurídicos’ o intérpretes puedan actuar. Es de suponer que todo ello pueda resultar a ustedes –en buena parte, juristas prácticos sometidos a la diaria y difícil tarea de adaptar las normas jurídicas al complejo caso concreto– de algún interés y utilidad.

Iniciaré ahora, resumidamente, mis alusiones a los modos del pensar científico como sigue:

- **Modo retórico:**

Descriptivamente expuesto, SEXTO EMPÍRICO² atribuye a ZENÓN la imagen según la cual, él mismo, para distinguir la DIALÉCTICA de la RETÓRICA

“cerró la mano, abriéndola después, nuevamente”

En el sentido discursivo, considerado el argumento aristotélico de la demostración o persuasión, este Discurso se va a componer de varias partes: un exordio o introducción, una exposición o narración que nos presente los distintos problemas –narración ajustada a las necesidades de los buenos juristas prácticos y a la realidad, respondiendo a la verosimilitud de los supuestos de hecho–, una argumentación [oscilante entre la mera posibilidad –el “*an faciendum*”– y los hechos reales –el “*an fecerit*”–, o, de otro modo, entre el “SI ES POSIBLE” y el “SI SE HA HECHO” o “SI HA SUCEDIDO”] y un epílogo (ideas concluyentes).

- **Modo filosófico (*stricto sensu*).**

Aquí la actitud del dicente resulta un tanto dubitativa, tratando de hallar un equilibrio entre dos ideas absolutamente contrapuestas de dos grandes maestros, a saber:

- La idea nihilista.

“De lo que no se puede hablar hay que callar”

(LUDWIG WITTGENSTEIN).³

- La idea posibilista.

“Atrévete a saber –*Sapere Aude*–“

(E. KANT)⁴.

• *Modo de las Ciencias experimentales.*

Los modernos especialistas de la FÍSICA “cuántica” sostienen la esencial *interdependencia* entre lo observado y el observador, hasta el punto que si varía la persona del observador variará también la concreta realidad observada (DAVID BÖHM, GEORGES CHARPAK, FRITJOF CAPRA, ILYA PRIGOGINE)⁵.

Mutatis mutandis este punto de vista significa que si mi observación subjetiva del tema aquí analizado refleja lo por mí observado, una vez cambiado el observador —el dicente— cambiará la perspectiva y cambiará también lo observado.

0.2. PRESENTACIÓN DEL TEMA EN ESPECIAL, CONFORME A LOS MODOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

Es fundamental, en mi opinión, tomar como *punto de partida* la observación de Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, en el sentido siguiente

“Para una determinada realidad, cada nivel responde a un tipo de averiguación acerca de esa misma realidad. Ese tipo de averiguación entraña una perspectiva que se hace responsable a cada pregunta diversa sobre lo real. **Por tanto, hay tantos métodos de investigación como preguntas de que la realidad sea susceptible de suscitar:** el ‘qué’ sea algo; el ‘cómo’ llegue a ser algo; el ‘porqué’ hay algo; el ‘quién’ está implicado en algo, etc.”⁶.

Todas estas consideraciones apuntan a la *finalidad* obvia del discurso: pretende tener un sentido práctico⁷ y elaborar una guía fiable e instrumental para la praxis en la que se ven sumergidos tantos hombres buenos que, en su condición de *juristas prácticos*, se encuentran con complejísimos problemas de difícil solución, eluden las disputas, buscan la concordia y tienden a encontrar lo que es bueno y conveniente para su cliente.

0.3. METODOLOGÍA UTILIZADA.

Una vez más, he de referirme al pensamiento *tópico (problemático)*, sugerido en su día por L. DÍEZ PICAZO como tipo de argumentación adecuado para la resolución de las vacilaciones suscitadas por las que denominó “*res dubiae*”.⁸

Ese pensamiento *problemático* era el subyacente en el planteamiento personal mío ante determinados temas o materias, planteamiento que

intentaba efectuarse desde una perspectiva *helénica* (aporética) y no *rabínica* (dogmática)⁹: todo lo cual conducía a que, ante un concreto tema o materia, el autor que suscribe dejara puertas o caminos *abiertos* a posibles investigaciones de futuros estudiosos y no pretendiera dejar el asunto concluso para siempre. Ese pensamiento *problemático* es el que, en definitiva, ha guiado al dicente en la elección del tema analizado y en la catalogación de problemas y de respuestas posibles.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA DEL DISCURSO.

• Distinciones previas.

A. ZONAS.

a. ZONAS “MOSTRENCAS”.

Es obligada la referencia a la actitud de algunos de nuestros grandes maestros cuando aluden a la ubicación de un concreto tema jurídico en una zona de doble cobertura. Se trata de la ubicación de un tema jurídico en la intersección de diferentes esferas o ámbitos normativos (sociología, filosofía, teoría general del derecho, derecho privado, derecho público...), en lo que cabría llamar zona de nadie o “mostrenca”¹⁰. De donde resulta que esa *intersección* facilita quizás el poco interés o atención de la doctrina respectiva de cada uno de los sectores o ámbitos normativos afectados.

Se había referido a dichas zonas el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, al que me remito.¹¹

Temática ésta aquí analizada que pertenece y se ubica plenamente en una zona de amplia cobertura afectada por diferentes sectores normativos. Solamente por esta *ubicación* ya estaría justificado su estudio.

b. ZONAS DE INDETERMINACIÓN.

1. Base de partida de la exposición subsiguiente es la constatación obvia de una serie de *conceptos o términos jurídicos* que *per se* no son exclusivos de una concreta rama del Derecho y que afloran en la determinación práctica del Derecho: y, muy en especial, en la referencia específica a **los supuestos de hecho o fenómenos internormativos**.

Esa proliferación de conceptos jurídicos obligan al *juez* a realizar una

específica *labor de concreción* al supuesto de hecho litigioso ante el mismo planteado. La misma labor de concreción –denominada “elaboración práctica del Derecho” por el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS¹²– es común en su raíz o esencia tanto a la sentencia como al consejo cautelar del abogado, o a su dictamen, o a la emisión de un dictamen fiscal, o a una calificación notarial o registral.¹³

2. Esa abundancia de conceptos jurídicos y la consiguiente *nota de indeterminación* obliga a una reflexión y una alusión previa acerca de la *estructura* de los conceptos jurídicos en general –y de los aquí aludidos, en especial– y acerca de la *función concreta* que cumplen en la norma aplicable al caso. De todo ello se ha ocupado con notoria solvencia y brillantez F. SAINZ MORENO y a su cuidada exposición remito, en especial a los límites de certeza positiva y de certeza negativa del concepto [el *núcleo*, *Begriffskern*, o zona de certeza, y el *halo*, *Begriffshof*, o zona de duda, distinción que toma de HECK].¹⁴

Importante es, por otra parte, ampliar la perspectiva que para la doctrina moderna ofrecen los conceptos jurídicos más arriba aludidos, tomada desde el punto de vista del *contenido* de la proposición normativa. En tal sentido, se habla por los autores franceses de “notions floues”, “règles souples”, “notions à contenu variable”¹⁵, denominaciones éstas que parecen atentan contra el principio de seguridad jurídica provocando conflictos resultantes de la ambigüedad y de la indeterminación de las normas... La regla de derecho acostumbra a ser *rígida*, por lo cual, el legislador respectivo puede introducir deliberadamente en el texto de la norma esas nociones de contenido variable o indeterminado para dejar que posteriormente el juez proceda con cuidado a su *determinación* en el caso concreto litigioso, lo que deja a los jueces una libertad mayor de apreciación y de flexibilidad.

Todo lo cual está apuntando, en mi opinión, a una reconsideración de *los juicios de valor* [en definitiva, los VALORES o criterios axiológicos] para que la motivación de las decisiones judiciales sean tomadas de forma coherente.

c. ZONAS DE INSEGURIDAD.

1. Rigurosamente expuesto, el dato fáctico de *la pluralidad* de sistemas normativos es el verdadero *leit motiv* justificativo de la elección del tema [*nomen*] de mi discurso.

2. Al fenómeno de la pluralidad de sistemas normativos como *dato fáctico* se han referido con agudeza notables juristas modernos. Así, entre otros, J. CARBONNIER¹⁶ y A.J. ARNAUD¹⁷, a cuyas cuidadas exposiciones remito aquí.

B. PASOS (ASPECTOS) EN EL ITER EXPOSITIVO.

1. *Modo simbólico.*

Al aplicar a nuestro tema el *modo simbólico* se procede por mi parte a la reducción de los símbolos a los del camino y del pescado cocinado y a la identificación de la alegoría simbólica con la masa fenomenológica internormativa de la malla o red intertextual en sus variados aspectos. A la selva simbólica y a la jungla léxica consiguiente se refirió con maestría U. ECO –tanto en sentido amplio como en sentido estricto–¹⁸.

2. *Modo escultórico.*

A la simbología escultórica cabe aludir cuando se habla de *representaciones plásticas* de sectores normativos de un sistema jurídico, diferenciando entre *bloques* compactos y concretos de sectores normativos [v. gr., las hipotecas] y la imagen de las esculturas minimalistas (los ‘*móviles*’ de A. CALDER) prototípica de los sistemas [v. gr., el Derecho Internacional Privado] cuya armonía deriva del equilibrio de formas en perpetuo movimiento.¹⁹

3. *Modo geométrico.*

El camino puede también ser recorrido a través de imágenes geométricas –unidas o no a las gráficas de las estructuras *matemáticas*, a las que aludiré–, bien en forma de círculos *concéntricos* –cada uno contiene a otro u otros en su interior, v.gr., ‘conflictos internormativos’, ‘derecho sucesorio’– o *excéntricos*, bien tangentes bien secantes o en intersección –v.gr. ‘conflictos internormativos’, ‘técnicas de interpretación’, etc.–.

4. *Modo matemático-algebraico.*

Aludo aquí a la presentación gráfica de la problemática subyacente en nuestro tema a través de la *teoría de los conjuntos* y de la moderna *matemática de las estructuras*. [Con mayor detalle, en los ANEXOS al texto amplio escrito de este discurso]

5. *Modo descriptivo tópic.*

La presentación de nuestro tema se efectúa imaginando varios *grupos* (círculos, fases, perfiles, vertientes), que cabe reconducir a tres puntos básicos: fenómenos internormativos en general, técnicas de investigación (interpretación), incidencia especial en el ámbito sucesorio.

C. RECURSOS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL DISCURSO.

1. Niveles descriptivos.

En este lugar he procedido a efectuar un desenvolvimiento del modelo *lógico-jurídico*, de entre los varios niveles descriptivos que en su día exponía el profesor J.L. VILLAR PALASÍ.

2. Función de la doctrina jurídica.

a. En sentido genérico.

Ha sido el magisterio del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS el que puso de manifiesto la importancia de **la doctrina científica**, a la que denominó jurisprudencia “teórica”.

Importantísima es toda la parte que el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS dedica a la elaboración notarial del Derecho, poniendo de relieve allí que corresponde a **la función notarial** la concreción de las reglas indeterminadas (máximas de experiencia y ‘standards’ jurídicos).

b. En sentido específico.

Tomando como base la dicción de E. BETTI considera J.B. VALLET DE GOYTISOLO que la interpretación jurídica [**Doctrina jurídica**] es la especie más importante del género denominado “interpretación en función normativa”.²⁰

Tras repasar las argumentaciones de CASALS COLLDECARRERA y de FIGA FAURA [en síntesis, las teorías acerca de: en el principio fue la norma, en el principio fue el problema, en el principio fue el caos], entiende VALLET que “en el principio es el ‘circulo hermenéutico de la *precomprensión*”.²¹

c. Modelo valorable aquí adoptado.

A la importancia e influencia de *la literatura jurídica* [DOCTRINA JURÍDICA] se ha referido con su habitual precisión y erudición J.M^a CASTÁN VÁZQUEZ al decir que:

“La importancia de la literatura jurídica es un hecho antiguo general. Aunque no se considere la doctrina como fuente del Derecho habrá que reconocerla al menos, como lo hace Reale, un papel muy relevante en el desarrollo de la experiencia jurídica. Lo admirable de la ciencia jurídica a este respecto, según ha observado Capograssi, es que ha sido ella misma la que ha elaborado la teoría de las fuentes del Derecho y ella misma la que se ha excluido voluntariamente del número de las fuentes, porque se considera la más libre de todas ellas

y podría, en consecuencia, ser la más arbitraria. Pero la doctrina sigue siendo necesaria al Derecho –que no podemos centrar sólo en la ley–, como siguen siendo necesarios los juristas y así nos lo recordaba en uno de sus últimos trabajos el maestro Garrigues.”²²

D. REDUCCIÓN DEL CAMPO DE ANÁLISIS.

1. *Extensión posible del análisis.*

Hay que partir, en mi opinión, del *presupuesto fundamental* de que entre nosotros, en nuestra comunidad insular, debido a los conocidos influjos del turismo y de la inmigración, de una parte, y de la superposición de nacionalidades y de residentes de otra regionalidad civil, de otra parte, se suelen producir una serie de problemas y de supuestos litigiosos a cuya ardua temática y difícil solución se enfrentan nuestros buenos juristas prácticos.

A esa aludida *posibilidad* de conflictos –‘status coniecturae’– me refería anteriormente [el “an faciendum”] y usualmente la posibilidad coincide con la probabilidad cierta de unos hechos concretos.

Como *ejemplos* palmarios de esa posibilidad, presento en el texto ampliado de este DISCURSO una rápida enumeración de supuestos fácticos que pueden dar lugar –que suelen dar lugar– a fenómenos internormativos. Parece posible adelantar la abundancia de ellos en todos los ámbitos normativos.

A los ejemplos referidos, tomados de la práctica real habitual entre nosotros –siempre *circumscriba al ámbito del derecho privado*, en el que el dicente se inscribe–, podrían quizá añadirse otros muchos tomados del **campo del derecho público**: v. gr., la acumulación de normativas sobre una concreta materia, a la que ha dedicado su atención el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, adonde remito²³. Ejemplos varios de nuestra actual situación social circundante, a mi parecer, pueden ser los de la confluencia de diversas normativas [supraestatales, estatales, autonómicas, insulares, municipales] en una serie de materias.

Mucho me temo, y es opinión personal, que ese “si es posible” –el “an faciendum”– no es meramente teórico o utópico, sino que muchos casos concretos, vinculados a alguno o varios de los supuestos aludidos, se han producido efectivamente –el “an fecerit”– y de alguno de ellos puedo dar fe.

Ahora bien, esa posibilidad y esa no determinada cantidad de supuestos litigiosos aludidos originarían una desmesurada extensión del *análisis* de los conflictos internormativos a ellos vinculados. Por consiguiente, en la exposición del discurso se va a prescindir prácticamente de la casi totalidad

de los ámbitos privatísticos referidos [y por supuesto, de los del Derecho Público], dejando *la incidencia del tema* reducida estrictamente al campo del Derecho Sucesorio.

[En la exposición que subsigue presento las dos técnicas aplicables a mi juicio: la del análisis y la de la comparación].

II.- LA TÉCNICA DEL ANÁLISIS.-

1. DELIMITACIÓN DE ESTOS FENÓMENOS.

Recordaba años atrás el profesor J. CARBONNIER²⁴ el dato *sociológico* de la “internormatividad”: punto de partida de este discurso.

2. CONCEPTOS PREVIOS.

Tomando una escala de referencia –escala tópica, por supuesto– de mayor a menor enjundia de contenido descriptivo, tendremos la *catalogación* de términos jurídicos que subsigue:

- Estructura normativa.
- Sistema jurídico.
- Razón jurídica.
- Principios del sistema.
- Conceptos jurídicos.
- Institución jurídica.
- Norma jurídica.
- Grupos normativos.
- Concurrencia (curso) de normas.
- Colisión de normas.
- Antinomias.
- Lagunas normativas.
- Anomias.

3. DISTINCIONES PRECISAS.

1. A la hora de afrontar este dato sociológico *genérico* de los “fenómenos internormativos” –expresión quizá derivada de lo que ha sido denominado

“inflación de las leyes” por los juristas y de efecto ‘parkinsoniano’ por los sociólogos–, hay que recordar una vez más que fue la necesidad de acabar con la abundancia de leyes diversas lo que había impulsado a JUSTINIANO a dictar su código²⁵. Quizás la moderna hipertrofia de leyes de uno y otro signo –supraestatales, estatales, infraestatales–, motivadora a su vez de tantos fenómenos y conflictos internormativos, podría ser atemperada por una senda estricta de empirismo, de vía práctica de no intervención legislativa cada vez que se presente un problema nuevo²⁶: en definitiva, dejar al sentido común, *seny natural* bien mediterráneo, de los buenos juristas prácticos, la solución en equidad de los conflictos.

2. Reflejando, sin embargo, en este lugar la traducción a nuestra realidad inmediata circundante de toda esta problemática apuntada, parece conveniente efectuar una serie de *distinciones* que nos permitan ir delimitando lo que son los denominados “fenómenos internormativos”²⁷ en sentido muy *amplio* –sociológico– y sus derivaciones específicas o en sentido *estricto* –más bien, técnico-jurídico–.

3. Ahora podemos ir descendiendo, en esa imaginaria escala de fenómenos y de términos antes apuntada, como sigue:

- F.I. *versus* CONFLICTOS INTERNORMATIVOS.

Los CONFLICTOS INTERNORMATIVOS en sentido *específico*, técnico-jurídico, se producen dentro de un sistema jurídico básicamente estructurado. A su vez, en el interior del término utilizado cabe la distinción primaria de tales conflictos en atención a su aparición, esto es:

- bien en el TIEMPO: Si es en *diacronía* (con aparición más o menos asidua o frecuente a lo largo de los años)[D° INTERTEMPORAL], o si es en *sincronía* (con aparición súbita en el tiempo presente).

- bien en el ESPACIO: si se deriva de la existencia de una pluralidad de sistemas estatales (conflictos *interestatales*)[D° INTERNACIONAL PRIVADO], o si se deriva de la coexistencia de normas dentro de un sistema estatal (conflictos *intraestatales*)[D° INTERREGIONAL].

- F.I. *versus* COLISIÓN DE NORMAS.

Considerada *en sentido amplio* la noción de COLISIÓN DE NORMAS, puede abarcar los siguientes tipos de ‘conflictos internormativos’:

- COLISIÓN DE SISTEMAS.
- COLISIÓN DE PRINCIPIOS.
- COLISIÓN DE INSTITUCIONES.

- COLISIÓN DE NORMAS, esto es, COLISIÓN DE NORMAS *stricto sensu*: o, de otra modo dicho, ANTINOMIAS.

- F.I. *versus* CONCURSO (CONCURRENCIA) DE NORMAS.

La noción *amplia* de F.I. abarca una multiplicidad de supuestos fácticos, ya apuntada, por J. CARBONNIER. Desde el punto de vista de *la realidad social* la evidencia clara es la de que nos encontramos ante una multiplicidad de sistemas normativos [POLISISTEMIA/PLURALISMO JURÍDICO].²⁸

- F.I. *versus* AUSENCIA DE NORMAS [ANOMIA].

De la noción *amplia* de F.I. hay que deslindar claramente la noción también *amplia* de AUSENCIA DE NORMAS (ANOMIA).

Dentro del concepto de ANOMIA parece habrá que diferenciar, a su vez, dos grupos de problemas:

- La ausencia absoluta de norma aplicable: ANOMIA *stricto sensu*.
- La ausencia relativa de norma aplicable: LAGUNA NORMATIVA.

Lo que procede es una labor de los operadores jurídicos consistente en esa delicada tarea de “determinación material” del derecho aplicable, esto es, una típica actividad de INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.

4. PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS POSIBLES.

1. El dato obvio, apuntado, de la multiplicidad de sistemas normativos ya implica una determinada actitud personal en el observador. O, de otro modo, habrá que remitir a las *subjetivas* evaluaciones personales del operador jurídico, en suma, a la que J. ESSER denominó la “**pre-comprensión**” (antes aludida).

2. Iniciando el análisis *en diacronía* y en retrospectiva histórica, seguirán otros aspectos de índole varia, hasta la presentación *sincrónica* estrictamente jurídica.

a. PERSPECTIVA HISTÓRICA.

La presentación, a modo de introducción general a la problemática, fue efectuada magistralmente por M.F.C. DE SAVIGNY.

b. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA.

En un paso más de la investigación desde esta perspectiva, se llega a la

constatación –antes ya anunciada– de la evidencia de *un pluralismo jurídico*, de una multiplicidad de *sistemas jurídicos*²⁹. Lo que conlleva que la doctrina proceda a explayarse acerca de las nociones consiguientes –fundamentales– en esta perspectiva: la noción de **estructura**, por un lado; y la noción de **sistema**, por otro.

Tanto una como otra noción han sido objeto de numerosos desenvolvimientos doctrinales y apasionados debates (a los que me refiero en el texto amplio escrito de este discurso).

•• NOCIÓN DE ESTRUCTURA.

A la noción de “estructura”, *entendida* como ‘el concepto de sistema estructurado en el derecho’ y *realizada* a través de cinco *elementos o notas fundamentales* –cuya presencia o ausencia hará utilizable o inapropiada toda la configuración estructural– se ha referido entre nosotros el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, diciendo que estas *cinco notas* son las siguientes:

- “1. Una totalidad de razón.”
- “2. La idea de la auto-regulación.”
- “3. La idea de transformación.”
- “4. La idea de generación de estructuras.”
- “5. La imposibilidad de explicar toda idea de estructura desde dentro.”³⁰

•• NOCIÓN DE SISTEMA.

Hay que tomar como punto de referencia primero la argumentación de J. CARBONNIER:

“La Sociología del derecho ha tomado prestada esta expresión del Derecho Comparado.”

Haciendo un desenvolvimiento de las ideas de J. CARBONNIER considera A.J. ARNAUD diversos supuestos de **polisistemia**: polisistemia disyuntiva, polisistemia sucesiva, polisistemia simultánea. En la polisistemia *disyuntiva* se trata de la hipótesis más simple: *coexistencia* de varios sistemas de derecho juxtapuestos en el espacio, esto es, el problema esencial de la coexistencia de las razones jurídicas de varios sistemas de derecho, problema que puede originar diferentes tipos de investigación (la del jurista, la del sociólogo, la del historiador del derecho, la del internacionalista, la del comparatista...).

- Como resumen final, desde esta perspectiva **sociológica** acerca del tema de nuestro discurso centrada en las ideas o nociones de *estructura* y de *sistema*, cabe decir que **los fenómenos internormativos** pueden ser reducidos a *interacciones fácticas* –‘glissement’– a resolver según el

supuesto concreto dado. De los fenómenos de pluralismo la hipótesis relevante es la de *la polisistemia disyuntiva*, lo que se traduce en nuestro tema en análisis en un supuesto claro de **concurso o concurrencia de sistemas jurídicos**.

c. PERSPECTIVA ANALÍTICO-ESTRUCTURAL.

Al análisis *estructuralista* del derecho ha dedicado A.J. ARNAUD sugestivas investigaciones, alguna de ellas por mi parte recogidas y citadas en otros lugares, a donde remito³¹. Investigaciones, por otro lado, perfectamente aplicables a nuestro tema en estudio.

d. PERSPECTIVA MATEMÁTICO-ESTRUCTURAL.

a') Aproximación genérica a la 'Matemática de los Conjuntos'.

1. Las estructuras.

Básicamente se trata en este apartado del punto de vista o perspectiva de **la estructura contemplada bajo un perfil matemático**, perspectiva en su posible aplicación a nuestro tema del discurso.

2. 'Teoría de los conjuntos' [Descrita con mayor detalle en el texto amplio de este DISCURSO].

b') Aplicabilidad al DERECHO de la 'Teoría de los conjuntos'.

1. Posición de VILLAR PALASÍ.

En orden a esa *posibilidad de aplicación* de la precitada 'Teoría de los conjuntos', hace ya algún tiempo fue adelantado entre nosotros por el profesor J.L. VILLAR PALASÍ partiendo del *presupuesto básico* del concepto de "sistema estructurado" en el Derecho.³²

Para VILLAR PALASÍ

"Un conjunto puede ser definido de dos maneras. Primera, por el conocimiento individual de cada elemento particular, sea por enumeración, si el conjunto es finito, sea por su correspondencia con conjuntos ya conocidos. Segunda, por la enunciación de propiedades restrictivas características de los elementos genéricos del conjunto, dentro de un conjunto más vasto o más amplio: un conjunto cuyos elementos pueden ser de cualquier naturaleza, pero entre las que puede definirse una o más leyes de cooperación.— De estas ideas se deduce una vez más el concepto de *isomorfía*.—...="33

Partiendo de la regla jurídica y de sus sucesivas inserciones en

conjuntos se llega a la estructura total del ordenamiento jurídico.– Este aparece fundamentalmente escindido en Derecho privado y Derecho público, dominado cada uno de estos **conjuntos** por principios generales de naturaleza diferente y de alcance también distinto. Son *conjuntos heteromorfos*...”³⁴

e. PERSPECTIVA JURÍDICA ‘STRICTO SENSU’

Reflejo de las anteriores premisas va a ser el tomar como *dato fáctico* sobreentendido las configuraciones efectuadas en los apartados precedentes.

Ahora habrá que ahondar en la visión *estrictamente jurídica* acerca de alguna de dichas nociones: en especial, sobre las nociones de *sistema*, *norma jurídica* y *colisiones de normas*.

1) POSICIONES DOCTRINALES.

•• NOCIÓN DE SISTEMA.

- *Doctrina española*.

1. Buena parte del incremento de importancia de la idea de “sistema” ha sido producto del valor otorgado al término por la doctrina *comparatista*. Y de allí, la importación producida desde el ámbito *civilista* parece indudable. Ha sido, como dije antes, la obra fundamental del maestro D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, que aquí no puedo sino exponer brevemente en forma resumida, como sigue:

“1. **Noción del sistema jurídico.**– El conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo constituye lo que se llama un sistema. Un sistema jurídico es, así, el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad.–”³⁵

2. En nuestros tiempos recientes la magistral disección –*enmarcada* dentro de una amplia perspectiva de las “experiencias jurídicas”– efectuada por el profesor L. DÍEZ-PICAZO, argumenta como sigue:

“No sé si, **en términos de una teoría matemática de los conjuntos**, éste que a nosotros nos ocupa es un conjunto finito o infinito, por ser numerables o innumerables sus elementos. Es muy probable que *desde un punto de vista estrictamente lógico* el conjunto sea finito y sus elementos numerables, pero me temo que sea como las arenas del mar.–...= Para la finalidad que ahora perseguimos nos basta constatar la *inabarcabilidad* del ordenamiento jurídico.–”

“[Análisis de las reglas o proposiciones jurídicas dentro del ordenamiento jurídico].–...= La ausencia de un sistema completo

dentro del ordenamiento jurídico se demuestra si, en vez de observar... reglas o proposiciones aisladas, trasladamos el centro de gravedad a las instituciones. Ninguna institución me parece per se deducible respecto de otra u otras. Puede presuponerlas o necesitarlas, pero no desprenderse de ellas como una consecuencia necesaria.—...= Con todo ello, me parece que hay que concluir en favor de una *asistematicidad* del ordenamiento jurídico entendido como *unidad*. Hay grupos de *sistemas* –si se quiere: constelaciones de pequeños sistemas– que unas veces se interrelacionan entre sí y otras no.—...=”³⁶

•• NOCIÓN DE NORMA JURÍDICA

- *Doctrina española.*

• L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. Una exposición impecable del tema de la norma jurídica es la que nos presenta el profesor DÍEZ-PICAZO en el Capítulo IV de su obra citada, dedicado al *análisis* de las normas jurídicas.

Propone seguidamente DÍEZ-PICAZO una *revisión* del concepto tradicional de la norma jurídica, desde un doble punto de vista: *el primero*, la norma jurídica como formulación de un ‘deber-ser’ (debe ser B); *el segundo*, respecto de la posible conexión o enlace entre las normas que formulan un ‘poder’ y las normas que hablan de un ‘deber’ o de ‘estar obligado’. Como conclusión de su análisis, entiende que el esquema de la norma jurídica no es sólo la formulación de un deber-ser, sino también y al mismo tiempo, un pronunciamiento respecto de la posibilidad y de la justificación de una pretensión. Gráficamente, la fórmula no es sólo el tradicional ‘Si es A debe ser B’, sino también ‘Si es A puede ser exigido B’ o ‘Si es A, la formulación de la pretensión de B está justificada’.

•• COLISIÓN DE NORMAS.

- *Doctrina española.*

• J.L. VILLAR PALASÍ. Además de las referencias puntuales en tema de “interpretación”³⁷, su particularísima visión del conjunto normativo ‘Derecho Administrativo’ y su impecable planteamiento metodológico y sistemático le permiten ir como desde arriba hacia abajo en un orden lógico, argumentando acerca de una serie de *puntos*, en la forma que resumo seguidamente³⁸:

- Parte del *binomio* unidad-pluralidad de ordenamientos.

- Analiza las *técnicas de conexión* entre ordenamientos en esta forma:

• Para la conexión *entre ordenamientos* utiliza las técnicas siguientes:

- *Recepción o presuposición* [con los puntos de la compatibilidad –coincidencia– o fricción, y de las remisiones (válvulas de escape, conceptos ‘en blanco’, *standards*)].

- *Reenvío, reconocimiento y equiparación*.

• Para la conexión *entre rama diferentes* de un mismo ordenamiento, utiliza idénticas técnicas precitadas. Prevalente la de *la recepción* (o *presuposición*).

- En su brillante descripción del tema de los “Grupos normativos”, tras el análisis del punto de la ‘fisión’ de las normas en Derecho Administrativo y de la consiguiente tarea de reunión de los elementos fisionados en el grupo normativo correspondiente, plantea el tema específico de las posibles *inter-relaciones* entre los componentes de un grupo normativo determinado.

2) MI POSICIÓN.

En este conjunto de entremezclados conceptos y cuestiones, que he ido exponiendo con cierta ilusión de claridad, no puedo dejar atrás algunas *ideas mías* precedentes de años pasados en ocasiones de cierto relieve³⁹ y que parece conservan cierta actualidad. Ideas que reproduzco aquí *mutatis mutandis* en el sentido que sigue.

•• CONFIGURACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA [GENÉRICAMENTE CONSIDERADA]:

La estructura lógico-jurídica de la norma, conforme a la exposición de K. LARENZ, vendría a ser “**Si es S, debe ser P**” [“Si p, entonces q, más p. Por tanto, q”, en la terminología de G. KALINOWSKI: gráficamente, “p>q”], correspondiendo **S** al supuesto de hecho y **P** a la consecuencia jurídica. Esta configuración derivada de la ‘lógica jurídica’ nos va a permitir más tarde la correcta ubicación de la norma *sistemáticamente* en un ordenamiento jurídico concreto.

Cabe la posibilidad –ciertamente frecuente– de que *en la proposición jurídica básica* –y más en concreto, *en el supuesto de hecho contemplado*– se inserten una serie de *variables* en función de las coordenadas de tiempo (le denominé ‘factor K’) y de espacio (posible ‘factor E’). Variables denominadas “functores” por los especialistas y cuyas exposición sería muy amplia. Baste considerar la incidencia habitual –máxime en el ámbito *sucesorio*– de posibles factores *subjetivos* (cónyuge, legitimarios, herederos, acreedores), *objetivos* (actos previos: donaciones, disposición o no ‘mortis causa’, régimen matrimonial, cambios de residencia...) y lógico-formales o *normativos* (normas interestatales, normas intraestatales).

Por consiguiente, muy probablemente la *alteración* de los elementos

integrantes del supuesto de hecho originariamente contemplado lo que va a conducir es a una *superposición o concurrencia de valoraciones o estimativas*. O, de otro modo, se planteará el tema primordial de *cuál sea el valor que deba considerarse preferente o prioritario*.

•• CONFIGURACIÓN LÓGICO-JURÍDICA DE LOS SUPUESTOS DE COLISIÓN/CONCURRENCIA DE NORMAS:

La estructura lógico-jurídica de la proposición jurídica básica, en uno y otro supuestos, podría ser de este modo, a mi parecer:

- COLISIÓN: “Si es $S_1 \wedge S_2$, debe ser P”, [$\neg p/q$ ’, según KALINOWSKI] [$S \wedge P$: intersección de conjuntos, o conjuntos disjuntos, según se expone en la versión amplia de este DISCURSO].

Podría diferenciarse *en el supuesto de hecho*, de modo que la enucleación del mismo comprendiera el dato fáctico de que las normas contradictorias fueren ‘**inter-estatales**’ o ‘**intra-estatales**’. La *consecuencia jurídica*, por consiguiente, variaría también.

- CONCURRENCIA: “Si es $S_1 \vee S_2$ debe ser P” [$p \bullet q$ ’, según KALINOWSKI] [$S \vee P$: unión de conjuntos, según se expone en el texto amplio del DISCURSO].

Aparentemente, en pura lógica jurídica podrían ser de aplicación idénticas consideraciones que las efectuadas en orden al punto de la COLISIÓN. Lo que ocurre, sin embargo, es que, por principio, en el tema de CONCURRENCIA lo que suele producirse es una superposición de **normas intraestatales**.

Parece, a mi juicio, de evidente aplicación el uso de los criterios en orden a las nociones de contenido indeterminado y variable anteriormente aludidas.

III.- LA TÉCNICA DE LA COMPARACIÓN.-

1. LA TÉCNICA DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA, EN ESPECIAL.

· Generalidades.

Intencionadamente propone CARBONNIER que nada mejor, ni más primitivo, que situar los objetos costado a costado para descubrir las

diferencias. Sin embargo, añade, el proceso de comparación de variabilidades requiere que el intérprete se sitúe sucesivamente en los dos planos —*el tiempo y el espacio*— en los que son concebibles las posibles variaciones. Ello le lleva a la contraposición, típicamente del análisis estructural, de las vías de la *diacronía* y de la *sincronía*.⁴⁰

Reflejó en su día Josef ESSER *la importancia* del Derecho comparado en la elaboración de los Principios Jurídicos Generales, así como la similar *importancia futura* de los Principios Jurídicos Generales como base de la comparación *funcional* de las instituciones de derecho privado⁴¹.

La *tarea de iniciación* a los estudios del Derecho Comparado en España fue debida —como en tantos otros sectores o campos de investigación en nuestro Derecho— a la labor divulgadora del magisterio del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS⁴². Entendía el ilustre maestro que

“... Razones de orden interno dan, en nuestra Patria, relevante interés a la comparación jurídica en la esfera del Derecho Civil. La circunstancia de la coexistencia en España de diversas legislaciones”⁴³...=...

[En este momento —con la licencia del Excmo. Sr. Presidente— procedo a un excursus en este discurso, excursus justificado, por lo que seguidamente se dirá.

En estos tiempos convulsos, de ideas encontradas y de extrañas actitudes, a mi parecer carentes de base, está circulando la falsa idea de que a D. José Castán Tobeñas no se le puede calificar de “maestro”.

- Anécdotas escritas: *La de mayor relieve, caracterizadora de la modestia y la bondad del maestro, la contaba en su día J.M^a CHICO ORTIZ: “... alguien preguntó a CASTÁN porqué no había sido Notario o Registrador, y él contestó ‘porque no me sé el Castán’”.*

- Anécdotas orales: *circulan muchas por mi Valencia natal, aunque irán desapareciendo a medida que fallezcan quienes las protagonizaron. En este lugar presento una **escuchada por mí** durante los ‘Cursos de Doctorado’ de principios del año 1966. Con motivo de apuntarnos a tales ‘Cursos’ unos cuantos notarios recién ingresados en la Corporación, aconteció que nuestros preparadores notarios de Valencia —todos ellos, primeras figuras en el ámbito jurídico-privado— también hicieran tales ‘Cursos’. El Profesorado, de inmejorable recuerdo [V. FAIRÉN GUILLÉN, E. BORRAJO DACRUZ, M. BROSETA PONT (†), L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, A. MIAJA DE LA MUELA, J.M^a OTS Y CAPDEQUÍ] tenía ante sí a la ‘plana mayor’ del notariado valenciano [MONET ANTÓN, SAPENA TOMÁS, AZPITARTE CAMY, FRAGUAS MASSIP, IRURZUN GOIGOA, etc. etc.] y a los despistados ‘nuevos’ Notarios. Precisamente uno de dichos célebres Catedrá -*

ticos de enorme prestigio –Don Adolfo Miaja de la Muela– estaba tremendamente feliz en su discurso inicial, por la razón fundamental de que “Todos Ustedes se saben el Castán” –sic– y ello me facilitará la Tarea Doctoral. Entonces, con un cierto apasionamiento, explicó que –con su reingreso en la Universidad, por la Cátedra en Valladolid de “Derecho Internacional Público y Privado”– tuvo la visita de un maestro suyo italiano, al que hubo que atender y corresponder. No había tenido tiempo de preparar la lección del día siguiente –correspondía al sistema del derecho internacional privado español–, de modo que –decía– “tuve que madrugar y apresuradamente tomé el volumen 1º del CASTÁN”. Después de la exposición magistral, –a la que asistió el profesor italiano invitado–, éste le abrazó con entusiasmo diciéndole era un magnífico y insuperable maestro. Resumió Don Adolfo todo ello ante todos nosotros con una modestia ejemplar: “¡yo tan sólo había explicado el Castán!”.

- Vías expositivas de la articulación comparativa.

A) EN DIACRONÍA.

- J. CASTÁN TOBEÑAS.

Acepto en este lugar como *base o punto de partida* de mi enfoque que subsigue algunas de las propuestas del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS⁴⁴.

Respecto del Derecho Comparado **como método**, y en cuanto a la *disyuntiva* entre la unificación y la armonización jurídica como *finalidad* del mismo, CASTÁN considera que la unificación legislativa es, por una parte ineficaz y víctima de su fracaso histórico [“la unificación es una tela de Penélope que los juristas tejen de día y los pueblos destejen de noche”, nos dice], y, por otra parte, entraña en sí misma una contradicción esencial. Por lo tanto, considera CASTÁN preferible pensar en fórmulas atenuadas de *aproximación* para así lograr la *armonización* [jurídica] necesaria para atender a los fines prácticos que impongan los comunes intereses de los pueblos.

El esquema práctico de *aproximación jurídica* propuesto por CASTÁN en su día comprende las *fases* siguientes⁴⁵:

- 1ª Fase preliminar o de exploración [posibilidad, forma].
- 2ª Fase de redacción [formulación de proyectos].
- 3ª Fase de la acción [redacción de normas uniformes].

• CONTINUADORES

- A. DE FUENMAYOR⁴⁶.

- J.B. VALLET DE GOYTISOLO:

- En su *Conferencia Inaugural* de las *Jornadas* dedicadas al “XXV Aniversario del Fuero Nuevo” celebradas en Pamplona (23-27 Febrero de 1998),

el querido amigo y maestro centró su intervención en una visión panorámica –comparatista, por tanto– de los Derechos Forales titulada “Principios básicos del Derecho Foral”⁴⁷.

- J.L. LACRUZ BERDEJO y F.A. SANCHO REBULLIDA:

La extraordinaria labor docente y académica de uno y otro –lamentablemente, prematuramente desaparecidos– había fructificado en su espléndida obra de conjunto sobre el *Derecho de Sucesiones*, en especial desde la edición **de 1973**, en la cual el tratamiento de las instituciones sucesorias y de los sectores normativos pertinentes se efectuaba con una presentación *sincrónica* de cada uno de los ordenamientos civiles hispánicos⁴⁸.

- J.M^a CASTÁN VÁZQUEZ:

Es proverbial la admiración filial por la obra ingente de su padre. También es proverbial su dedicación entusiasta a la aplicación práctica de las técnicas *comparativas* en todos los ámbitos, muy en especial respecto de los códigos y legislaciones hispanoamericanas. Como muestra, su espléndido *Discurso de Ingreso* en la R.A.J.L., con el modesto pero muy sugestivo título de “La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas”.

- El número de autores civilistas españoles que en algún momento han utilizado el método o las técnicas habituales de comparación jurídica va siendo ya ciertamente numeroso. Predominan más en este apartado los nombres de especialistas foralistas, lo que no puede resultar nada extraño.

B) EN SINCRONÍA.

- *Perspectiva desde el punto de vista externo.*

Tomo como referencia y punto de partida la exposición de un especialista español que ha abordado estas cuestiones con solvencia y brillantez: Sixto SÁNCHEZ LORENZO.

- S. SÁNCHEZ LORENZO.

Tema éste tratado por S. SÁNCHEZ LORENZO bajo la referencia *global* de un posible “Derecho Privado Europeo”, en la que analiza los numerosos *interrogantes* [algunos generales, otros únicos] suscitados al intérprete, tales como:

“¿Existe un Derecho privado europeo?

¿Existen unos principios jurídicos comunes o un pensamiento jurídico común?

¿Es posible y deseable semejante unificación?

¿Tiene la Comunidad Europea competencia para elaborar un sistema de Derecho Privado europeo?

¿Qué técnicas son más aconsejables para alcanzar tal objetivo?

¿Cuál debe ser su ámbito nacional?⁴⁹

Resume el profesor S. SÁNCHEZ LORENZO su exposición con algunas **ideas** en torno a los conceptos de *globalización jurídica* y *totalitarismo* cultural, y añade algunas *alternativas* basadas en el principio de la proporcionalidad [en especial, la posibilidad de otras vías colaterales más realistas sobre la base de un “*multi-track approach*”, y de técnicas de “*soft law*” que promocionan la unificación progresiva sin forzarla].

Al finalizar su reflexión el profesor aludido incide en **un tema esencial** en mi planteamiento de fondo: el de la conveniencia de la ‘desnacionalización’ de la ciencia jurídica **haciendo del Derecho comparado una disciplina central** de las enseñanzas jurídicas en las Facultades de Derecho europeas. En tal sentido, añade, sólo del estudio del Derecho comparado en las Universidades podrá nacer un Derecho común genuinamente cultural.

- *Perspectiva sincrónica desde el punto de vista interno.*

- En general.

De indispensable referencia la obra de los autores siguientes: O. HIERNEIS, X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, J.I. FERNÁNDEZ DOMINGO.

MI POSICIÓN.

Aún a riesgo de ser considerado como reiterativo, quiero dejar expresa constancia de cómo he abordado esta temática con cierto detenimiento y relieve, tanto en el plano ‘horizontal’ como en el ‘vertical’⁵⁰. Por supuesto, todo ello desde un planteamiento básico centrado en el *tema* de la codificación civil española, que es otro tema que el de este discurso, y al que parece debo remitir en este lugar.

3. LA ESTRUCTURA DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA.

3.1. Posiciones doctrinales.

- *Análisis de tipo genérico.*

- J. CASTÁN TOBEÑAS. Parte el maestro en su conocida obra –fundamental–⁵¹ de que el método comparativo siempre existirá como un matiz del método jurídico en general, pero revistiendo una especial fisonomía.

En cuanto a los *criterios* aplicables en la investigación, considera CASTÁN como convenientes los siguientes: 1º) el punto de vista sociológico-histórico; 2º) el conocimiento de las normas jurídicas; 3º) el de la crítica de la eficacia de las normas jurídicas, unida al criterio de su aplicación social; 4º) el examen de la jurisprudencia de los tribunales (como verdadero órgano de Derecho vivo); 5º) el teleológico o finalista, en orden al examen del conjunto analizado; 6º) el uso de la sistemática y los conceptos del propio Derecho nacional [cita a SARFATTI: “es una exigencia metodológica seguir el camino de lo conocido hacia lo ignorado”].

- A. DE FUENMAYOR. plantea con finura de análisis el tema que denomina “El contraste de las instituciones”, y tal sentido afirma que:

“Pero la tarea, que incluye como indispensable el examen de las normas, no puede detenerse en esta primera y primaria operación. Para que responda a las exigencias de una interpretación profunda, ha de realizar otras dos operaciones: organizar las normas de cada ordenamiento en esas series o conjuntos que los juristas denominan instituciones; y realizar la integración sistemática de estas instituciones, para mostrar su interna articulación en el respectivo ordenamiento. Se trata –por decirlo con otras palabras– de investigar las instituciones y de dibujar las estructuras peculiares de cada uno de los ordenamientos. Sólo después podrá acometerse la verdadera interpretación comparativa.”⁵²

3.2. Las técnicas posibles de articulación de la comparación jurídica.

La obvia consideración ya apuntada de T. ASCARELLI de que el presupuesto básico de toda comparación jurídica es la **interpretación** [y, dado que toda interpretación comparativa es fundamentalmente *sistemática*], lleva, a lo que parece, a la evidente conclusión de que *el objeto posible de todo análisis comparativo* viene a ser excesivamente desmesurado y amplio.

En consecuencia, parece, a mi entender, completamente lógico que deba procederse aquí –**dentro del conjunto “derecho privado”**– a la *reducción del análisis* acerca de la materia específica que es objeto del **“derecho sucesorio”**.

3.3. El análisis específico de tipo *objetivo* (adecuado a la materia).

En función de *la materia específica* a la que voluntariamente he reducido mi exposición y análisis –sobre todo, el que subsigue en orden a la **vertiente dinámica**–, parece que de la multiplicidad de técnicas posibles

y apropiadas de comparación jurídica respecto del derecho sucesorio pueden ser aquí de especial relevancia las referidas a los puntos de vista subjetivo, objetivo, formal, causal y procesal [con mayor detalle, en la versión amplia de este DISCURSO].

3.4. Diferenciaciones conceptuales.

Recogí en su día en una PONENCIA al Congreso Vasco de 1991 algunas de las relaciones entre sistemas, relaciones inter-normativas, relaciones entre elementos o principios y relaciones entre instituciones. En este lugar parece conveniente reiterar esa diferenciación *previa* a toda labor comparatista y remitir, en consecuencia, a lo entonces dicho y a las citas oportunas.⁵³

A. COMPARACIÓN ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS.

En cuanto a los *sistemas extraestatales* [o, también, *inter-estatales*], parece que las contraposiciones o temas a comparar pueden ser éstas:

- Sistemas europeos *versus* sistemas extra-europeos.
- Sistemas continentales europeos *versus* sistemas no codificados (o del “common law”).
- Sistemas de la familia del CODE Napoleón *versus* sistemas del grupo germánico (B.G.B. *et alii*).
- Sistemas de inspiración romana *versus* sistemas de origen germánico.

En cuanto a los *sistemas intraestatales*, zona de inseguridad e indeterminación, la contraposición es mucho más amplia ya que hay numerosos criterios distintivos –unos implícitos, otros explícitos–, en los que por el momento no cabe entrar.

B. COMPARACIÓN ENTRE PRINCIPIOS.

1. En el específico *ámbito sucesorio* no cabe olvidar el magisterio de R. M^a ROCA SASTRE que, en su brillante descripción “institucional” del Código Civil, había ido perfilando las contraposiciones ‘derecho romano-derecho germánico’⁵⁴.

2. J. CASTÁN TOBEÑAS. El ilustre maestro de juristas abordó de forma insuperable el tema de *la crisis conceptual del derecho de sucesiones* en un importante trabajo, que aquí solamente cabe apuntar y, en su caso, remitir a sus reflexiones⁵⁵.

3. J.L. LACRUZ BERDEJO y F.A. SANCHO REBULLIDA [de referencia obligada en su obra ya aludida].

4. J.B. VALLET DE GOYTISOLO. En este lugar, aparte de reiterar una

vez más la perfecta disección que VALLET efectúa de los *principios generales* del derecho sucesorio romano, quiero aludir a su elaboración dogmática en torno a los que denomina “**principios básicos**” del **derecho foral**, que anteriormente he referido.

C. COMPARACIÓN ENTRE INSTITUCIONES.

1. POSICIONES DOCTRINALES.

1.1. La compleja y dificultosa tarea comparativa ha sido abordada con énfasis, entusiasmo y éxito por todos los civilistas especialistas en los antiguos ‘derechos forales’ en los respectivos “comentarios” doctrinales a las instituciones peculiares de cada territorio con derecho civil propio.⁵⁶

1.2. L. DÍEZ-PICAZO. Considera que la atribución de ‘sentido’ o de ‘significado’ a los distintos *conceptos jurídicos*, a las *normas jurídicas* –y, en suma, a las *instituciones*– es una función de intermediación que aparece como obra del **intérprete del derecho**. Ha podido así resaltar que “la interpretación opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida”⁵⁷. Para DÍEZ-PICAZO, en suma, “*la interpretación, concebida como operación total de búsqueda del Derecho*, es una operación que *no se produce sólo* en el terreno de la decisión de los casos concretos, la interpretación *es una actividad de perfiles mucho más amplios*.—...= **Una actividad interpretativa se lleva a cabo, también, en la tarea de investigación teórica del Derecho...**”.⁵⁸

1.3. Mi posición.

De esta manera, dejando *aparte* el punto relativo a la “combinación” de instituciones, el punto alusivo a la *taxonomía* de instituciones no ofrece ningún problema [A su vez, relacionado con las ideas de la “matemática de los conjuntos” previamente aludidas, aparecerá este punto gráficamente consignado en los ANEXOS en la versión amplia del mismo].

2. TAXONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS.

En consecuencia, parece lógico proceder a esa específica *catalogación* de las instituciones sucesorias, al pretendido objeto de su subsiguiente comparación inter-normativa, en la forma que sigue:

- Sucesión testamentaria.
- Fiducia sucesoria.
- Pactos sucesorios.
- Atribuciones legitimarias.
- Sustituciones hereditarias.

- Sucesión intestada.

[Un tercero y último grupo de problemas, ya aludido, es el que sigue]

IV.- LA INCIDENCIA DE LOS FENÓMENOS INTERNORMATIVOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO.-

1. LA DINÁMICA DE LOS FENÓMENOS INTERNORMATIVOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO.

1.1. Reflejando todo ello en el peculiarísimo y complejo campo de nuestro DERECHO SUCESORIO, habrá que tomar como *datos previos* a considerar:

- *En orden al ANÁLISIS.*

La abundancia de *perspectivas* de examen aplicables a tales supuestos internormativos, de la que cabe resaltar *la estrictamente jurídica* y su traducción en el lenguaje deóntico en la forma ya usual desde K. LARENZ de la “proposición jurídica normativa”, con el posible añadido de las variables [‘functores’] en orden a la aplicación de la proposición básica primordial (“Si es S, debe ser P”).

- *En orden a la COMPARACIÓN.*

1) La influencia decisiva de la doctrina comparatista y, en especial, del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS.

2) La variabilidad de *perspectivas* asumibles en la aplicación al DERECHO SUCESORIO, que no agotan los posibles puntos de vista acerca de otros enfoques de nuestro tema.

3) Entre otras posibles *maneras de abordar* el análisis comparativo en la dinámica del Derecho Sucesorio, cabría apuntar las siguientes:

- *Punto de vista estructuralista puro* [A.J. ARNAUD].

- *Punto de vista sistemático* [ASCARELLI, RAVÀ].

- *Punto de vista axiológico*. Esta tarea aludida por RECASENS SICHES la describe perfectamente L. DÍEZ-PICAZO al decir que:

“... para que exista una genuina norma jurídica y para que la norma quede efectivamente implantada como tal, es menester algo más que el deseo, la voluntad o el interés de un grupo social. Es menester algo más que una prescripción o, si se quiere, que un mandato... es preciso que tras ella o bajo ella exista algo más. Y es este algo más lo que la legitima y lo que le da valor. El valor normativo de los textos legales, de las costumbres, de los edictos o de los precedentes, no se encuentra en ellos mismos, sino que es menester que exista **una instancia superior**, que, en definitiva, los legitima: es **una ‘instancia de legitimación’**”.

Por todo ello puede afirmar que “**la razón de validez** del orden jurídico se encuentra en el conjunto de creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social: las normas que responden a ellas son **legítimas**, pues su legitimidad deriva en definitiva del *consensus*...”⁵⁹

De entre todo ese conjunto de criterios, preferencias, estimativas, creencias... o como llamarse quiera por cada cual, parece –a mi juicio– que deberá primar en todo caso *el valor primordial* del respeto a la dignidad humana [constitucionalmente protegido] y de la instancia última o valor de *la justicia*.

2. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES Y CAMPO DE ANÁLISIS.

En consecuencia, la obvia aplicación de todo este conjunto de “reglas generales” (o previas) al campo de análisis –aquí reducido al DERECHO SUCESORIO– va a suponer que se tenga en cuenta el planteamiento *gené-rico* relativo a las técnicas, principios e instituciones del Derecho Sucesorio –aquí, el español– y, además, el posicionamiento *específico* de cada intérprete/jurista práctico ante el concreto tema ante el mismo debatido.

3. LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO CONFLICTUAL EN EL DERECHO SUCESORIO.-

Basado el **Derecho-Sucesorio** en una previa masa o conglomerado de relaciones intersubjetivas jurídicas de todo tipo [reales, obligacionales, familiares...] que inciden en la especificidad de la conexión causal ‘causante (*de cuius*) - heredero/herederos’, puede bien considerarse cómo *los conflictos internormativos* aparecen muy resaltados en este especialísimo ámbito sucesorio.

a) CONCEPTOS PREVIOS APLICABLES.

En páginas precedentes había presentado algunos *conceptos* o *términos* que ya pre-calificaba de contenido ‘variable’ o ‘indeterminado’, conceptos que en este lugar y ámbito sucesorio me limito a recordar por la frecuencia de su aparición, v. gr.:

- Causante extranjero:
 - ¿quid en orden a su nacionalidad?
 - ¿quid en orden a la residencia?
- Noción de domicilio:
 - ¿quid en orden a uno/varios cambios?
- Noción de vecindad civil:
 - ¿quid en orden a uno/varios cambios?
- Estatuto sucesorio:
 - ¿quid en orden a la legislación extranjera?
 - ¿quid en orden a la determinación, accesibilidad y prueba de la misma?
- Disposición ‘mortis causa’:
 - ¿quid respecto a su determinación y contenido?
 - ¿quid caso de inexistencia?
- Atribuciones ‘ex lege’ [‘legítimas’]:
 - ¿quid en orden a su existencia y prueba?
 - ¿quid caso de inexistencia?
- Derechos viduales:
 - ¿quid en orden a la coordinación con el resto de disposiciones sucesorias?
- Régimen económico-matrimonial:
 - ¿quid en orden a su determinación, subsistencia y conexión con el estatuto sucesorio?
- Sucesión intestada:
 - ¿quid en orden a la determinación, prueba y alcance?

Etc. etc.

Incidiendo sobre toda esta serie de ideas predomina la reflexión de que

la *determinación* del derecho aplicable a las relaciones privadas **internacionales** –lo que técnicamente designan los internacionalistas “conflictos de leyes”– contiene en *su núcleo esencial* [DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO] una noción de contenido variable⁶⁰.

b) TÉCNICAS DE APLICACIÓN POSIBLES.

Una vez más, habrá que proceder a la distinción en dos grupos de *técnicas*: unas, de contraposición o contradicción [*heteromorfas*]; otras, de concurrencia o coincidencia [*homomorfas, simétricas*].

A las técnicas *heteromorfas* se refieren quienes quieren establecer una diferenciación enérgica entre los llamados **conflictos externos** [materia propia del DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO] y los **conflictos internos** [materia propia del DERECHO INTERREGIONAL]. Las reglas propias de los conflictos ‘externos’ se caracterizan, dicen, por su exactitud y su concreción y conocimiento general y universal. En el fondo su contenido provendría de las viejas doctrinas medievales de los “estatuta” con la adición de los modernos sistemas de los TRATADOS entre los Estados.

Respecto de los **conflictos ‘internos’**, el contenido de sus reglas vendría configurado por una absoluta indeterminación, dado el anclaje del sistema en el criterio del estatuto *personal* (la vecindad civil o regionalidad)⁶¹. A la indeterminación del sistema se une, además, el dato fáctico evidente de los frecuentes *cambios* de vecindad, lo que contribuye a la creación de otro “conflicto móvil” más.

A las técnicas anteriores cabría contraponer las técnicas de la *simetría*, que permiten al intérprete aprovechar el conocimiento de otras técnicas y su posterior aplicación *por partes o sectores* –“dépeçage”, “morcellement”– en determinados supuestos fácticos [v. gr. uniones de hecho].

c) MULTIPLICIDAD DE SUPUESTOS PREVISIBLES.

El *dato fáctico* obvio de la variabilidad, multiplicidad y especificidad de los supuestos sucesorios que pueden presentarse en cualquiera de nuestros despachos, me exime de ulteriores precisiones.

Obviamente, a mi juicio, habrá que traer aquí aquellas consideraciones precedentes en orden a las *variables* [“functores”] que pueden incidir –modificándola, variando su resultado, etc.– sobre la “proposición jurídica principal”. De entre tales “*functores*” de aplicación, remito a los que siguen:

- Norma de colisión.⁶²
- Norma material.

- Calificación [cuestión previa].
 - Domicilio.
 - Vecindad civil.⁶³
 - Estatuto sucesorio.
 - Disposición ‘mortis causa’.
- Etc. etc.

4. TIPOLOGÍA DE SUPUESTOS FÁCTICOS.

Procedo a la distinción de los posibles **conflictos** entre los de **orden externo** y los de **orden interno**.

A. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO [Conflictos Internacionales (**conflictos externos**)].

La vigente normativa española procede de la reforma del C.c. operada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre (BOE de 18 de Octubre), en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El texto aplicable vigente es el del **Artículo 9.8**: remitiendo en este lugar a los autorizados comentarios de la doctrina especializada, en especial la de A.L. CALVO CARAVACA.⁶⁴

B. DERECHO INTER-REGIONAL [Conflictos Inter-regionales (**conflictos internos**)].

1. Es conveniente, en cuanto a la *incidencia* de la vecindad civil o regionalidad respecto del ámbito del DERECHO DE SUCESIONES, una re-lectura de lo que he desarrollado en mi obra de comentarios a la Compilación de Baleares de 1.990 y en dicho lugar las observaciones de los profesores R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y C. LASARTE ÁLVAREZ⁶⁵.

2. En el sentir de la doctrina especializada, debe aquí aludirse a las interesantes exposiciones de A.L. CALVO CARAVACA y M.E. ZABALO ESCUDERO, en sus Comentarios respectivos a los **Arts. 9.8 y 16.1 C.c.**⁶⁶.

5. POSICIÓN PERSONAL (RECAPITULATORIA).

- Un posible resumen acerca de la problemática conflictual en el ámbito sucesorio ofrece *perspectivas* de conjunto y de detalle [que he desarrollado ampliamente en el texto extenso de este discurso].

- *Recapitulando*, las posibles *combinaciones*, cabría apuntar una *distinción previa*, en función de que en el momento de fallecer el causante o bien éste tuviere su último domicilio en las **Baleares** o bien el fallecimiento

ocurriere en otro lugar, con aplicación en todo caso de la norma **material** respectiva [esto es, *su ley nacional* pertinente]:

•• **Causante con último domicilio en las Baleares.**

- *Extranjero*:

- *No residente*. Existencia de múltiples sistemas sucesorios. El problema posible es el de las legítimas [de haberlas, en su legislación nacional].

- *Residente*. Si la residencia fuere durante más de diez años, parece habría que reputarlo como “aforado” en las **Baleares**. Caso de existir legítimas en su ley nacional, parece podría darse un problema de *reenvío* [v., con todo, el Art. 12.5 C.c., y los comentarios al mismo]. Tema abierto y discutible.

- *Nacional sujeto al “Derecho Común” (C.c.)*:

- *No residente*. Aplicable el C.c., esto es, **el TÍTULO III (DE LAS SUCESIONES)** del LIBRO III: Arts.657 al 1087 C.c.

- *Residente*. Parece de aplicación lo dicho arriba respecto de los causantes extranjeros residentes, *mutantis mutandis*.

- *Nacional sujeto a una regionalidad (vecindad civil) foral*:

- *No residente*. Aplicable el sistema sucesorio respectivo, conforme a lo expuesto arriba.

[Procede, en mi opinión, la remisión al cuadro inter-normativo que incorporo como ANEXO al presente comentario en el texto amplio escrito de este discurso].

- *Residente*. Parece aplicable lo dicho más arriba respecto de los causantes extranjeros residentes. Lo que ocurre –sobre todo, en tema de *legítimas*–, es que de la aplicación combinada de los Arts. 9.8 y 16.1-regla 2ª C.c. se deduce la *exclusión* (o no procedencia) del “reenvío” en el denominado **ámbito interno**.

La cuestión es si además, en tales supuestos, cabría considerar como *norma de conexión subsidiaria* la residencia habitual [arg. art. 9.10 C.c.].

•• **Causante con último domicilio fuera de las Baleares** [con la *presuposición* de que en el patrimonio relicto figuren bienes raíces o inmuebles sitos en las Baleares].

Una normativa específica para la “condición foral” del causante, que predetermina la aplicación de la correspondiente normativa sucesoria

[foral/autonómica], solamente existe en el territorio de NAVARRA [LEY 148 Fuero Nuevo de 1973] pero no en los restantes ordenamientos sucesorios hispánicos⁶⁷.

En el *específico* supuesto de hecho aquí contemplado, de la conexión de la norma del Art. 9.8 C.c. con los posibles *momentos* del otorgamiento de un acto *mortis causa* [testamento, pacto sucesorio] por el causante o del fallecimiento de éste, resultan las siguientes *combinaciones fácticas*⁶⁸ **[en este momento, y por la dificultad de los términos técnicos que utilizo, ruego al auditorio me disculpen si hay dificultad en el seguimiento de la exposición]:**

- OTORGANTE “A”, FALLECIDO “A”.

· *Como otorgante*. Aplicable el Art. 9.8-inciso 2º C.c., esto es: la ley personal y la *lex contractus* [con la salvedad de las legítimas].

· *Como causante*. Aplicable el Art. 9.8 C.c., en conexión con el Art. 10.5 C.c.: la ley personal [con idéntica salvedad respecto de las legítimas].

- NO OTORGANTE “A”, FALLECIDO “A”.

· La norma *material* de su regionalidad corresponde a la ley personal [Art. 9.8.inciso 1º].

- OTORGANTE “A”, FALLECIDO “NO A”.

· *Como otorgante*. Dada su regionalidad en el momento del otorgamiento, aplicable su ley personal [Art. 9.8. inciso 2º C.c.].

- *Como causante*. Tiene la vecindad civil “común”: se aplica el Art. 9.8-inciso 2º C.c.

- OTORGANTE “NO A”, FALLECIDO “A”.

· *Como otorgante*. Su vecindad puede ser: o bien vecindad civil “común”, o bien de otra vecindad foral. En uno y otro caso, aplicable el Art. 9.8. inciso 2º C.c.

· *Como causante*. Su vecindad civil foral implica la aplicación de su ley personal [Art. 9.8. inciso 1º C.c.].

- OTORGANTE “NO A”, FALLECIDO “NO A”.

· *Con vecindad civil “común”*. Aplicable la norma del Art. 9.8-inciso 2º C.c., respecto de la validez, la forma y el contenido del acto *mortis causa*.

· *Con vecindad civil “foral” diferente*. Aplicable la norma del

Art. 9.8-inciso 2º *in fine* C.c., respecto de las legítimas. Plantea la doctrina si caben otras posibles *limitaciones* a la facultad de disponer *mortis causa*, existentes en varios sistemas u ordenamientos civiles “forales”/autonómicos, v. gr.: troncalidad vizcaína, viudedad aragonesa, cuarta vidual, cuartas falcidias y trebeliánica, etc.

6. INTERPRETACIÓN EN ORDEN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS.-

- MI POSICIÓN.

Intentando aquí un resumen de conjunto, quedaría:

· Para las instituciones sucesorias que implican una declaración de voluntad *mortis causa testamentaria* o *cuasi-testamentaria*: el criterio interpretativo básico es la norma contenida en el Art. 675 C.c.

· Para las instituciones sucesorias que evidencian un acuerdo de voluntades de contenido sucesorio, esto es, un contrato *inter vivos*: el criterio interpretativo básico es el conjunto de principios derivados de los Arts. 1281 a 1289 C.c. en materia de interpretación de los contratos.

[Finalizo ahora con una prometida conclusión, esto es]

V.- PALABRAS FINALES.-

1. Argumentos recapitulatorios.

1.1. Hay que recordar una vez más a CASTÁN TOBEÑAS y su observación precisa de la *comunicabilidad* del Derecho y de la “coincidencia natural” de las distintas legislaciones.

Más complicado resulta hoy en día perfilar ideas en torno a la **dicotomía** apuntada por CASTÁN TOBEÑAS [unificación/armonización], tanto en el caso de los conflictos ‘interregionales’ [inexistencia de una LEY ESTATAL sobre el particular] como en el caso de los conflictos ‘interestatales’ [como ha analizado S. SÁNCHEZ LORENZO, respecto de la UNIÓN EUROPEA].

1.2. A los argumentos precedentes finales hay que unir la referencia en tema de *interpretación jurídica*, a donde concluyen las observaciones tan

distintas de un J. ESSER, ASCARELLI, RAVÀ, FUENMAYOR, SAINZ MORENO y L. DÍEZ PICAZO. En definitiva cabría traducir la labor del interprete jurídico a **la idea simbólica aludida** de trinchar el pescado culinariamente separando las espinas, la cabeza, etc.

1.3. Intencionadamente he dejado para el final el argumento tremendamente *descriptivo* de una especialista en ‘Derecho Comparado’, que pone el acento y énfasis en la actividad renovadora de estas técnicas de la comparación jurídica en el desenvolvimiento moderno de todo Derecho, a saber: el Derecho Comparado tiene y debe tener *una función subversiva* de la realidad.⁶⁹

2. Retorno al principio.

Mas la memoria suele ser *circular*, y siempre vuelve a los principios, esto es, en nuestro discurso, a las palabras preliminares precedentes.

Una vez allí dejé dicho *cómo había pensado este tema* en función de los buenos ‘hombres prácticos’ ante los difíciles problemas de hoy en día, *cómo se intentaba por mi parte* desde mi inexperiencia en el tema y desde mi atrevida ignorancia la presentación de algunos criterios seguros o probables de cierta incidencia en cuanto a la ‘predecibilidad’ de los casos litigiosos...

Parece, por tanto, posible afirmar una doble evidencia: una, que quizás no he logrado *lo que al principio me proponía* (esto es, dejar perfectamente acabado el presente discurso)[pero ya decía el *proverbio chino* “quien lo sabe todo, es que está mal informado”]; otra, que tan sólo me he limitado –como dijera SHAKESPEARE por boca del Rey LEAR– a “mostrar las diferencias”.

Reflejaba también al principio aquella proposición famosa de L. WITTEGENSTEIN, y en este momento también finalizar mi intervención aludiendo al famoso filósofo y a su célebre “Conferencia sobre la Ética”, en la cual planteaba una extraña metáfora acerca de la historia de MOISÉS y de las TABLAS DE LA LEY⁷⁰. El sentido último del *libro imaginado* por WITTEGENSTEIN, libro que se hace polvo al entrar en contacto con la cruda realidad, es la prueba evidente de que ninguno de los millones de libros contiene la VERDAD...

Todo lo cual no va a llevar a otro punto, a otra cuestión. O, de otro modo dicho, ¿quid de toda esta *exposición previa* mía y su conexión con la VERDAD? ¿De nuevo habrá que acudir al recurso a la FÍSICA CUÁNTICA? ¿Cambiará lo observado si cambia el observador?.

3. Palabras finales.

Son muy simples, en el sentido de un recurso típicamente *mediterráneo*, al igual que lo era uno de los clásicos griegos:

“HE DICHO,
HABÉIS OÍDO,
YA SABÉIS,
JUZGAD.”

Muchas gracias.

* La exposición que subsigue corresponde a mi DISCURSO DE INGRESO en la “Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares” el 5 de Junio de 2003 y viene a ser una abreviatura o resumen del texto más amplio presentado al efecto, y al cual se refieren las citas bibliográficas y los Anexos indicados.

- 1 v. J.M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “La influencia de la literatura...”, op. cit., págs. 7-8.
- 2 v. SEXTO EMPÍRICO, “Adv. Math., II.7” [cita en Q. RACIONERO, ‘Introducción’ a la RETÓRICA de ARISTÓTELES, op. cit. pág. 132].
- 3 v. L. WITTGENSTEIN, “Tractatus Logico-philosophicus”, trad. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Ed. ALIANZA, Impr. LAVEL, Madrid, 1987; trad. introducción y notas de Luis M. Valdés Villanueva, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Sobre la obra científica de L. WITTGENSTEIN, recomendable la lectura de R. MONK “Ludwig WITTGENSTEIN”, Ed. ANAGRAMA, Barcelona, 1994: v. allí [pág. 155] el probable origen de la frase aquí reseñada.

- 4 v. E. KANT, “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”, en KANT, ‘Filosofía de la historia’, ed. del Colegio de México, 1941 [cita en T. ASCARELLI, “Studi di diritto comparato...”, op. cit. pág. 170 y nota 22]:

“La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia, sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella, sin la tutela de otro: *sapere aude!* Ten el valor de sirvete (sic) de tu propia razón: he aquí el lema de la ilustración”.

- 5 De las muchas referencias y citas de *físicos cuánticos*, por supuesto en una presentación un tanto vulgarizada, he escogido **los fragmentos que siguen**, con indicación del lugar de procedencia: el de David BÖHM, en John BRIGGS “Un sabio en busca de diálogo. Entrevista a David Böhm” [en la revista ‘INTEGRAL’, n° 122, Febrero 1990, págs. 72-75]; el de Ilya PRIGOGINE, en José-Julián MORENTE “Ilya Prigogine: una nueva ciencia de la vida” [en la revista ‘ESOTERA’, n° 2, Primavera 1992, págs. 72-77].

Para una visión más amplia y omnicomprendiva de este punto, remito a las ideas de la

polaridad de los contrarios, de los opuestos complementarios y del fenómeno ondulatorio: en Fritjof CAPRA, “Más allá del mundo de los contrarios”, en la revista ‘CIELO Y TIERRA’, [vol. I, nº 1, Primavera, 1982, págs. 56-64].

David Böhm (Entrevista, por John BRIGGS):

P. ‘Hay algo en la física cuántica que sugiere la idea de un todo fundamental en la Naturaleza?’.

R. ... “a principios de este siglo, se observó que el hecho de que un electrón actúe como una onda, o de que una onda actúe como un electrón, depende de las condiciones en las que se realiza el experimento. Es decir, depende de su entorno. Esto contradice la idea mecanicista... Pero resulta que *el electrón es más bien como una persona que se comporta de modo diferente* si se sabe observada.

En los experimentos cuánticos vemos que el observador “es” lo observado. Lo que sabemos del átomo como resultado de nuestro intento por verlo no puede separarse del contexto en el que el átomo existe, que incluye nuestra observación. Esto es, de nuevo, similar a lo que ocurre con gente que se altera cuando se siente observada. El modelo mecánico que ve el mundo como un compuesto de *partes* no funciona a nivel cuántico.-
“... ”

Ilya Prigogine:

“Cuando el observador mira el mundo microscópico de la materia y la energía, observa que en ese nivel diminuto el pasado y el futuro, es decir, el tiempo, son reversibles. Pero esta observación de un universo microscópico reversible es realizada por un ser macroscópico que es irreversible y lo sabe. El universo reversible –observado– condiciona la existencia irreversible –del observador–; a la vez, la existencia del observador irreversible condiciona el significado de la reversibilidad observada, pues sin el observador no existiría la idea de reversibilidad. Así cerramos el círculo: el observador es lo observado. Y en el fondo lo reversible y lo irreversible son niveles entrelazados.-...=... en cuanto a leyes de la naturaleza, ninguno de los dos (conceptos)(reversibilidad, irreversibilidad) es más fundamental que el otro.-“.

- 6 v. A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, “Filosofía crítica...”, op. cit., págs. 102 (subrayados míos: J.C.G.).
- 7 Muy gráficamente, en L. DÍEZ-PICAZO, “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1963, pág. 16:
“En derecho todo aquello que no es susceptible de tener una aplicación práctica carece de valor”.
- 8 v. L. DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, dos volúmenes, Ed. CIVITAS S.A., 4ª edición, Madrid, 1992-1993: en el PREFACIO a la 4ª edición, pág. 31.
Para una mayor profundización acerca del pensamiento *tópico o problemático*, inevitable la referencia a la obra de Theodor Viehweg: “Tópica y jurisprudencia” (traducción de L. DÍEZ-PICAZO), Ed. TAURUS, Madrid, 1964; y “Tópica y filosofía del derecho” (traducción de J.M. SEÑA y revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING), Ed. GEDISA, 1ª edición, Barcelona, 1991, págs. 15 y ss., 99 y ss., 114 y ss., 141 y ss., 150 y ss., 163 y ss., 176 y ss. y 196 y ss.
Últimamente, acerca de la relación entre la tónica y el pensamiento sistemático, v. la obra de Claus-Wilhelm CANARIS, “El sistema en la jurisprudencia”, op. cit., págs. 153 y ss., en especial págs. 154-159.
- 9 v. en la descripción efectuada por L. DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Ed. TECNOS, 1ª edición, Valencia, 1970, págs. 35-36.

- 10 Me he referido a ello en otros lugares: v., a tal efecto, mi Comunicación a las Jornadas de Derecho Foral en Jaca (1976) titulada “Las Comisiones Compiladoras Forales”. Ahora, en mi libro “Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales”, cit., págs. 37 y ss.
- 11 v. J.L. VILLAR PALASÍ, *Prólogo* a la obra de R. PAREJO GÁMIR “Protección registral y dominio público”, Ed. R.D.P., Madrid, 1975, pág. V.
- 12 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)”, Ed. I.E. REUS, Madrid, 1947.
[Una muy interesante aportación de los Hechos Jurídicos y de la Metodología Judicial como prototipo de investigación realista del fenómeno jurídico, recientemente, en A. SÁNCHEZ DE LA TORRE “Experiencia y valoración de los Hechos Jurídicos”, en ANALES de la R.A.J.L., n° 32, Madrid, 2002, págs. 187-213, y en especial los epígrafes III, IV, V, VII y VIII].
- 13 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., en nota 12 precedente, págs. 41 y ss. y 204 y ss.
Para un análisis del pensamiento de J. CASTÁN TOBEÑAS, v. el interesante *DISCURSO* de J.J. PINTÓ RUIZ leído el 21 de Junio de 1999 en su recepción pública como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *titulado* “El afloramiento y la determinación del Derecho según el maestro José Castán Tobeñas”, en esp. epígrafe V, págs. 119 y ss.
- 14 v. F. SAINZ MORENO, “Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”, op. cit., Cap. II (págs. 67 y ss.), Cap. IV (págs. 121 y ss.), y muy en especial el Cap. VII, págs. 191 a 221.
[Una aplicación de la terminología citada en orden al Derecho Tributario, recientemente en la interesante comunicación de J.L. PÉREZ DE AYALA al pleno de académicos de NÚMERO de la R.A.J.L. el 24 de Junio de 2002, titulada “Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Tributario. Su trascendencia”: v. en ANALES de la R.A.J.L., n° 32, Madrid, 2002, págs. 561-581].
- 15 v. el conjunto de estudios, recogido por Ch. PERELMAN y R. VANDER ELST, “Les notions à contenu variable en droit”, op. cit., Bruxelles, 1984, y allí, los estudios de S. RIALS (págs. 39 y ss.), J. GHESTIN (págs. 77 y ss.), J. CARBONNIER (págs. 99 y ss.), F. RIGAUX (págs. 237 y ss.), y la síntesis de Ch. PERELMAN (págs. 363 y ss.).
- 16 v. J. CARBONNIER: “Flexible Droit”, op. cit., págs. 24 y ss.: “Sociologie Juridique”, op. cit., págs. 119 y ss.
- 17 v. A.J. ARNAUD; “Critique de la raison...”, op. cit., págs. 23 y ss. y 279 y ss.
- 18 v. U. ECO, “Semiótica y filosofía del lenguaje”, op. cit., págs. 229 y ss. y 257 y ss.
- 19 v. el desarrollo de esta imagen plástica en F. RIGAUX: “Les notions à contenu variable en droit international privé”, op. cit., págs. 248-249.
- 20 v. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, “Panorámica general de la interpretación jurídica”, op. cit., pág. 38 (subrayados míos: J.C.G.). Las posteriores, subsiguientes, citas de J.B. VALLET DE GOYTISOLO van referidas al *DISCURSO* recogido en dicha publicación de la R.A.J.L. de Madrid de 1995.
- 21 v. J.B. VALLET, op. cit., págs. 82 y ss., *en especial pág. 84*.
Aquí, a mi parecer, habría que vincular este punto con la magistral exposición de Josef ESSER acerca de la “**precomprensión**”, a la que hace ya algún tiempo dediqué algunas consideraciones. En ese sentido, parece, a mi juicio, conveniente reiterar lo expuesto por mi parte en el CAPÍTULO titulado “Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo”, introductorio a mis comentarios sobre sentencias acerca del Derecho de Familia: v. *en mi libro* “Estudios sobre la Jurisprudencia Civil.- Volumen II (Notas a sentencias sobre Derecho de Familia. 1967-1977)”, con PRÓLOGO de D. LUIS

DÍEZ-PICAZO, págs. 17 a 49, *muy en especial* las págs. 36-37.

- 22 v. J.M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “La influencia de la literatura jurídica española...”, op. cit., págs. 32-35.
- 23 La idea de “grupos normativos”, dentro de la doctrina administrativista, ha sido expuesta por J.L. VILLAR PALASÍ: v. en “Apuntes...”, op. cit., págs. 345 y ss.; en “La interpretación...”, op. cit., págs. 56 y ss.
- 24 Dejó muy bien dicho J. CARBONNIER que “... existe un miedo del neologismo que psicológicamente es un fenómeno maltusiano”: v. en “Tendances actuelles de l’art législatif en France”, en ‘Legal Science Today. Acta Universalis Upsaliensis’, Uppsala, 1978, págs. 23 y ss., *luego en* “Essais sur les lois”, ed. Rép. Défrénois, 1980, págs. 248 y ss. En su versión española, vide “Ensayo sobre las leyes”, op. cit., págs. 240 y ss.
- 25 Así, el Preámbulo a la Novela 60 (“... multitud legum”). Remito aquí a las agudas observaciones al respecto de J. CARBONNIER, en “Essais sur les lois” [*Capítulo* “L’inflation des lois”], en la edición en francés, op. cit., págs. 274 y ss., *en esp. pág. 276 y nota 8*.
- 26 v. en tal sentido, J. CARBONNIER, “L’inflation des lois”, cit. en nota precedente, pág. 277.
- 27 A la abreviatura citada –F.I.– se añade otra: v. por *versus*, para denotar la contraposición obvia con el término con que se le confronta.
- 28 v. J. CARBONNIER, “La renovación del juego de las leyes”, en “Ensayo sobre las leyes”, trad. española, op. cit., págs. 222 y ss.
- 29 v. J. CARBONNIER, “Derecho Flexible”, op. cit., págs. 15 y 24 y ss.
- 30 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “La interpretación y...”, op. cit., págs. 42 y ss., y allí las notas 1 a 7, *muy importantes* (resumen mío: J.C.G.). Las referencias ineludibles son aquí a los análisis de la **lógica jurídica** efectuados por Ulrich KLUG, Konrad ZWEIGERT, y Heinz KÖTZ, FUNKE, J. CARCATERRA y J.R. CAPELLA [v., sobre todo, *la nota 7* en pág. 45]: alusión, por lo tanto, a las notas de la incumplitud y de la *indecibilidad del discurso jurídico*.
- De la aplicación al Derecho del Teorema de GÖDEL me ocuparé más adelante, en otro apartado de este epígrafe.
- 31 Por supuesto, fundamental su libro “Essai d’analyse structurale du Code Civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)”, op. cit.
- Además, con obvia repercusión en nuestro tema del discurso, su brillante “Critique de la raison juridique”, op. cit., más arriba, en especial págs. 279 y ss.
- 32 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “La interpretación...”, op. cit., págs. 41 y ss., en especial, págs. 51 y ss.
- 33 v. J.L. VILLAR PALASÍ, op. cit., pág. 51.
- 34 v. J.L. VILLAR PALASÍ, op. cit., pág. 53.
- 35 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Los sistemas...”, op. cit., págs. 15 a 26.
- 36 v. L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “Experiencias jurídicas y teoría del Derecho”, op. cit., Capítulo VIII, págs. 179-196 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 37 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “La interpretación...”, op. cit., págs. 56 y ss.
- 38 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “Apuntes...”, op. cit., págs. 338 y ss., 356 y ss. y 579 y ss. [el resumen y subrayados son míos: J.C.G.].
- 39 Me refiero a *mi CONFERENCIA* en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (16 Febrero 1995) y a *mi Ponencia* en el ‘Cuarto Encuentro de los Abogados de Familia’ titulado “Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad” (Madrid,

14-15 Marzo 1997).

- 40 v. J. CARBONNIER, “Les notions a contenu...”, op. cit., págs. 107-108.
- 41 v. J. ESSER, “Principio y norma...”, op. cit., págs. 37 y ss., 278 y ss. y 415 y ss., en especial 438 y ss.
- 42 Condición de iniciador en los estudios de esta temática que le fue reconocida por la inmensa mayoría de los autores españoles, v. gr.: DE CASTRO, HERNÁNDEZ GIL, FUENMAYOR, BONET RAMÓN, GARCÍA CANTERO, DE LOS MOZOS, PAU PEDRÓN, etc. etc.
- 43 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo”, op. cit., pág. 106.
- 44 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones...”, op. cit., págs. 109-110 (en resumen).
- 45 v. A. PAU PEDRÓN, “Los problemas...”, op. cit., pág. 1547. Muy a resaltar el subrayado que hace A. PAU de la sustancial *coincidencia* de las fases propuestas por J. CASTÁN TOBEÑAS en su día con las que hoy mismo la UNIÓN ECONÓMICA EUROPEA ha ido desenvolviendo a través de las instituciones comunitarias.
- 46 v. A. DE FUENMAYOR, “La interpretación comparativa...”, op. cit., págs. 380 a 387, 391 a 393 y 396 a 399.
- 47 v. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, “Principios básicos del Derecho Foral”, en el volumen *colectivo* coordinado por R. DOMINGO y M. GALÁN *titulado* “Presente y futuro del Derecho Foral”, Pamplona, 1999, op. cit., págs. 25 a 56, en especial págs. 52 y ss.
- 48 v. J.L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, Tomo II, Ed. de Librería BOSCH, Impr. de COMETA S.A. (Zaragoza), Barcelona, 1973.
- 49 v. S. SÁNCHEZ LORENZO, “¿Hacia un Derecho Privado Europeo?”, *Conferencia* pronunciada en la ‘Cátedra Fernando de los Ríos’ de la Universidad de Granada, Enero 2000, op. cit.
- Digno de resaltar es el hecho de que en este punto una importante iniciativa fue la del CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, dedicando el curso anual de 1998 en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander al tema de la “UNIFICACIÓN JURÍDICA EUROPEA”. El seminario a ello dedicado aparece en el volumen del mismo título, en coedición del Consejo General del Notariado y Editorial CIVITAS, Madrid, 1999. [Últimamente, de reciente aparición y difusión es muy conveniente la visión de la obra de la “Conferencia de los Notariados de la Unión Europea”, titulada “La Europa del Derecho”, Bruselas, 2002 (en edición española, Madrid, 2002)].
- 50 v. *mi Comunicación* a las ‘Jornadas de Tossa de Mar’ (1988), titulada “Unas reflexiones sobre la inacabada tarea codificadora civil”, y *mi Conferencia* en la ‘Academia Matritense del Notariado’ (1988) titulada “Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil”: ambas ahora formando parte de *mi libro* “Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales”, op. cit., págs. 329 a 371 y 373 a 462.
- 51 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones sobre el derecho comparado...”, op. cit., págs. 85 y ss., en especial págs. 90 y ss. (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 52 v. A. DE FUENMAYOR, “La interpretación comparativa...”, op. cit., en especial págs. 400-403.
- 53 Las remisiones, por lo tanto, son como sigue:
- Respecto de los sistemas: op. cit., págs. 149 y ss. (notas 10, 18 y 20).
 - Respecto de los principios: op. cit., págs. 149 y ss. (nota 5).
 - Respecto de las normas: op. cit., págs. 149 y ss. (notas 12 y 19).
 - Respecto de las instituciones: op. cit., págs. 149 y ss. (notas 15 y 16).

- 54 v. R.M^a ROCA SASTRE, “Crítica institucional del Código Civil”, en la R.C.D.I., Año XVI, Septiembre de 1940, n^o 148, págs. 497 a 515 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 55 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “La dogmática de la herencia y su crisis actual”, Ed. del INSTITUTO EDITORIAL REUS, Impr. de Gráficas González, Madrid, 1960 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 56 Me refiero de nuevo a los “Comentarios ALBALADEJO”, de espléndido diseño, planteamiento y dirección y no menos espléndida ejecución a cargo de los autores seleccionados por el mismo profesor M. ALBALADEJO GARCÍA. Los nombres son muchos, y quedaron reflejados en páginas anteriores.
- 57 v. L. DÍEZ-PICAZO, “Experiencias jurídicas...”, op. cit., y allí el *Capítulo XII* dedicado a la “Interpretación jurídica”, págs. 235 y ss.
Una muy reciente versión de la función *práctica* de las instituciones en orden a la **interpretación**, en J.B. VALLET DE GOYTISOLO, “Las instituciones jurídicas: definición...”, op. cit., A.D.C., en epígrafe IV, págs. 45 y ss. y en especial págs. 52 y ss.
- 58 v. L. DÍEZ-PICAZO, op. cit., págs. 244-246 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 59 v. L. DÍEZ-PICAZO, “Experiencias jurídicas...”, op. cit., págs. 197 y ss., y 205 y ss.
- 60 v. F. RIGAUX, “Les notions à contenu variable en droit international privé”, en el volumen “Les notions à contenu variable en droit”, op. cit., págs. 237 y ss.
- 61 Sigue conservando interés la PONENCIA de E. PECOURT GARCÍA a las “Primeras Jornadas del ‘Instituto Español de Derecho Foral’”, (Pamplona, 1975), titulada “El nuevo sistema de Derecho Interregional”.
- 62 v., por todos, F.J. GARCI MARTÍN, “Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial”, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1994.
- 63 Sobre el tema, *in extenso*, v. **mi comentario al TÍTULO I del Libro III**, en “Comentarios a la Compilación de Baleares”, Tomo XXXI, volumen 2^o A), Ed. Edersa, Madrid, 2002, págs. 224 y ss., y 244 y ss.
Para una excelente presentación actualizada, v. el volumen de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y N. PÉREZ DE CASTRO, “La vecindad civil”, Ed. LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., Madrid, 1996.
- 64 v. A.L. CALVO CARAVACA, “Comentario al Art. 9, apartado 8 del Código Civil”, en la obra “Comentarios...”, cit., Ed. EDERSA, Tomo I, volumen 2^o, 2^a edición, Madrid, 1995, págs. 350-387, en especial epígrafes I y III.
En relación con supuestos específicos en esta materia, pueden verse también los trabajos siguientes:
- M. SAINZ-LÓPEZ NEGRETE, “El Derecho de Sucesiones inglés. Conflicto entre la ley española y la inglesa”, en ‘Revista Jurídica del Notariado’, n^o 12, Octubre-Diciembre 1994, págs. 119-156.
- A. PÉREZ VOITURIEZ, “El reenvío en el Derecho Internacional Privado. Una interpretación actualizada”, en la ‘Revista Jurídica del Notariado’, n^o 13, Enero-Marzo 1995, págs. 257-337, en especial, 320-325.
Para el polémico inciso final del artículo comentado remito al interesante trabajo de mi compañero A. CHAVES RIVAS, titulado “El inciso final del n^o 8 del art. 9 del Código Civil”, publicado como circular de la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Baleares, n^o 28, 1999.
- 65 v. *los puntos II-A) 2.2.* [y notas 32, 33 y 34] y, **en especial**, en cuanto a la colisión de normativas estatutarias con la LEY DEL ESTADO, el *punto II-A) 2.3.* [y notas 40-41]: todo ello en el volumen segundo-A del Tomo XXXI de mis Comentarios a la Compilación de Baleares, op. cit, págs. 235 y ss.

Para la determinación de la *adquisición* de la vecindad, remito a C. LASARTE ÁLVAREZ [v. *nota 50*: loc. cit.].

- 66 Sobre el tema específico **inter-regional**, remito a la exposición de A.L. CALVO CARAVACA, “Comentarios...”, op. cit., epígrafe IV, págs. 387-391, aquí presentados en forma resumida.

Por otra parte, conveniente la consulta de M.E. ZABALO ESCUDERO, “Comentario al Art. 16 C.c.”, en la obra “Comentarios...”, cit., T. I, vol. 2º, 2ª edición, Madrid, 1995, op. cit., págs. 1259 a 1282.

De una manera especial, interesan aquí las observaciones de la autora en orden a *la determinación de la ley personal* (vecindad civil) [págs. 1270 y ss.] y a *las disposiciones expresamente excluidas* de la solución de los conflictos de leyes internas [págs. 1274 y ss.].

- Para un tema concreto específico, v. la aportación de mi compañero J.Mª ARRIOLA ARANA, “Vecindad civil y nulidad del testamento”, Conferencia el 14 de Diciembre de 1994 en el Ilustre Colegio Notarial de Bilbao, publicada en la ‘Revista Jurídica del Notariado’, nº 13, Enero-Marzo 1995, págs. 9-50.

- 67 Para las observaciones que subsiguen, he tomado como *modelo* de referencia el interes ante comentario de B. RODRÍGUEZ-ROSADO, “Comentario a la LEY 148 del Fuero Nuevo de Navarra”, en “Comentarios...”, cit., Tomo XXXVII, vol. 1º, “Comentario a las Leyes 148 a 252 Fuero Nuevo de Navarra”, Ed. EDERSA, Madrid, 1998, págs. 4-16.

- 68 Abreviadamente, *las referencias* a “aforado” o a “no aforado” las indico, respectivamente, como “A” y “NO A”. Todo ello, en conexión con los *términos* de “otorgante” y “causante”.

- 69 Así, en la profesora de la Universidad de París-I, HORATIA MUIR VAT, “La fonction subversive du droit comparé”, en la ‘Rev. Int. Dr. Comp.’, 2000, págs. 503 y ss.

- 70 v. en D.A. ATTALA, “Las Tablas de la Ley (Artículo sobre WITTGENSTEIN INÉDITO)”, en revista LATERAL, Marzo, 1999, págs. 19-20. *La metáfora* es como sigue:

“Si un día alguien escribiese en un libro las verdades éticas, expresando con palabras claras y comprobables qué es el bien y qué es el mal en un sentido absoluto, ese libro provocaría algo así como una explosión de todos los otros libros, haciéndolos estallar en mil pedazos”.

La descripción de la metáfora y su comentario son muy interesantes, y remito al autor citado.