

# VALOR ACTUAL DEL DERECHO PRIVADO

(PRELECCION)

## SUMARIO

### *Derecho y Cultura.*

El Derecho en constante formación.

*El ejemplo de Roma.* Aspectos trascendentes del Derecho romano:

- a) Perfección alcanzada por sus leyes.
- b) El sentido jurídico romano. Su ciencia jurídica, insuperada e insuperable.
- c) La supervivencia del Derecho romano.
- d) Fuente de inspiración para la Legislación eclesiástica.
- e) La justicia incarna de sus resoluciones.
- f) Campo de palingenesis crítica y de experimentación histórica.
- g) Pragmatismo del Derecho romano.
- h) Vida y subsistencia del Derecho romano en gran parte de instituciones.

### *La recepción del Derecho romano y la Escuela Salmantina del siglo de Oro.*

Valor del Derecho romano: Conjunto de fuerzas espirituales susceptibles de actualización en cualquier momento histórico.

### *El hombre como punto de partida, en toda reconstrucción científica del concepto de Derecho.*

Premisas generales para su determinación: Las ciencias de la naturaleza y sus leyes.

Ciencias del espíritu.

Libertad y necesidad.

Sociabilidad.

Normas éticas y normas jurídicas.

### *Derecho.*

Ley.

Derecho natural, Derecho positivo y Derecho histórico.

Distinción del Derecho positivo, en público y privado.

Definición del Derecho privado.

Desmembración del Derecho privado.

### *Derecho civil.*

Su fuerza expansiva y coherente.

Su objeto.

Su importancia, en relación con el Derecho foral.

Su importancia, en la interrogación europea.

Su legitimación transcendente y valor formativo: *el hombre prudente.*

## VALOR ACTUAL DEL DERECHO PRIVADO (\*)

### (PRELECCION)

EN estos momentos en que el hombre proyecta sobre el cosmos ultraterreno su genio creador, y la juventud afluye a las aulas universitarias en demanda de ciencia experimental, en ansias legítimas de enseñorearse del mundo intersidereal, en gran parte ignoto, parece obligado replantearse el problema no ya de la utilidad del estudio del Derecho, sino también de sus propios fundamentos.

Cualquiera que sea el concepto que nos merezca el Derecho, no cabe duda que la ciencia jurídica es uno de los más nítidos exponentes de la cultura de cada pueblo, porque, bien se considere bajo el marco reducido que presenta al Derecho como un producto natural y espontáneo del espíritu del pueblo, en constante dependencia y paralelismo con las exigencias de la vida (1), bien como una «realización» del valor Justicia, en cuanto ha podido ser alcanzado y «realizado»

---

(\*) Esta exposición pretende sólo servir de enlace a los estudios del primer curso de nuestras Facultades de Leyes con la Introducción al Derecho civil.

(1) Esta es la concepción del Derecho de la Escuela Histórica, y supone una reacción contra la anterior escuela del racionalismo. Sobre este punto, ALVAREZ SUAREZ: **Horizonte actual del Derecho romano**; Madrid 1944, pág. 465 y ss. Vid. infra: El hombre como punto de partida

por una determinada comunidad viviente (2), ya se advierte en el Derecho nada más que un medio de hacer posible la mayor felicidad del mayor número, o con un criterio cuantitativo se defina como «la necesidad de delimitación recíproca de las esferas de libertad en la mutua relación interpersonal» (3), o como «la forma de existencia de la comunidad concreta» (4), o se subjetivice en «la voluntad de justicia de

(2) Esta es la concepción del «neokantismo sudoccidental alemán», fundado por WINDEKBAND y RICKERT. Toma de Kant el concepto de *realidad*, como resultado de la síntesis categorial de las percepciones sensoriales. Pero esta *realidad* puede ser considerada desde dos puntos distintos: Si atiende a lo general: equivale a naturaleza; si atiende a lo especial: cultura. Cfr. RICKERT: *Kulturwissenschaft, und Naturwissenschaft*, 7 edic., página 55. El Derecho es una parte de la cultura, la cultura es una realidad referida a valores (vid. infra sobre el *valor* nota 27 y «Determinación del concepto de Derecho»). Mas esta concepción del Derecho, al hacer del valor un artículo que ha de ser profesado, lleva a la conclusión de que no es posible un conocimiento con validez universal del valor absoluto del Derecho. Cfr. LARENZ: *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. esp. 98 y ss.

(3) El Derecho como medio de hacer posible la «felicidad del mayor número» es objeto de estudio por BAUMGARTEN, defensor del eudemonismo individualista: *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, 1920, página 22. Es una concepción materialista del Derecho que concluye exigiendo, al igual que el marxismo, la sustitución de los actuales Estados por una «sociedad internacional sin clases». Vid. mi trabajo *Materialismo histórico y Derecho romano*. Rev. Facultad de Derecho de Méjico, n.º 5 (1952) págs. 97 y ss. La concepción del Derecho como «la necesidad práctica de delimitación recíproca» corresponde al iusnaturalismo individualista de la época de las lucas, que no se ha de confundir con el iusnaturalismo universalista del medio evo, que descansa en la concepción tomista de que el Derecho natural es la participación en Ley eterna de la criatura racional, mientras el iusnaturalismo individualista parte del individuo singular e intenta extraer el Derecho de sus necesidades e instintos, o de su naturaleza racional. El representante más genuino de esta escuela fué LEONARD NELSON, y su obra fundamental *System des philosophischen Rechtslehre und Politik*. 1920. Vid. su crítica por H. de Man: *Zur Psychologie des Sozialismus*. 1927, pág. 132 y ss.

(4) CATHREIN, V. contempla en Derecho desde el punto de vista tomista, con ciertos matices modernistas, con intento de superación de las concepciones racionalistas, como «un aspecto de las leyes éticas naturales», por lo que todo Derecho constituye una norma mediatamente

la comunidad, que se realiza mediante la coacción» (5), es innegable que el Derecho es cultura, mejor dicho, un fenómeno de la cultura alcanzada por un pueblo, una manifestación de su capacidad «creadora» y «organizadora», manifestación ínsita en su propia vida, consustancial al pueblo.

A quien contemple la realidad estática del fenómeno cultural en un momento dado, si esto es posible, puede no interesarle el pasado o el futuro de la realidad presente: su visión será uniforme, aunque no única, invariable, aunque no igual; pero las manifestaciones del espíritu poseen un dinamismo perenne, y sólo desnaturalizándolas podemos estatificar los momentos de su devenir. Las categorías conceptuales, pertenecientes al mundo del espíritu, adquieren forma real en las *ideas*, y éstas se hallan en continuo devenir. Por eso una investigación, en algo constructiva, no puede conformarse con una mera enumeración de puntos de vista, con una yuxtaposición cronológica de «regulaciones jurídicas», sino que exige calar en la fibra más íntima que anima el espíritu de instituciones pretéritas, obteniendo así resultados más fundados.

*El ejemplo de Roma.*—El pueblo romano tuvo un marcado y bien conocido destino histórico, que consiguió plenamente: Roma fué conquistadora y jurista. Llegó a dominar el mundo entonces conocido, del uno al otro confín. Elaboró un conjunto de normas jurídicas que habían de sobrevivir a la caída de su colosal imperio: el Derecho romano, con unos caracteres de universalidad, fundamentado en axiomas incommovibles, que bien podemos decir que es un Derecho

---

ética y que, como tal, obliga en conciencia. Sin embargo CATHREIN no considera esencial al Derecho la coacción. Vid. *Recht y Naturrecht und positives Recht*, 1909, pág. 90 y ss. *Filosofía del Derecho, El Derecho natural y el positivo*, Madrid, 1941. BINDER concibe el Derecho, lo mismo que la Moral, como forma de existencia de la comunidad concreta, es decir, del pueblo. Cfr. *Philosophie des Rechts*, 1925, pág. 277 y ss.

(5) Tal es la concepción del Derecho de SCHONFELD: *Die Logische Struktur der Rechtsordnung*, 1927, pág. 78 y ss.

perenne: *monumentum aeris perenne*. No queremos con esto afirmar que el Derecho romano, tal como nos llegó compilado, sirva a las necesidades de la vida actual. Cuestiones que en el pasado no pudieron plantearse, surgen a cada paso con los adelantos de los nuevos tiempos. Para estos nuevos problemas, --digámoslo pronto-- no podemos buscar soluciones trasnochadas, aferrándonos a formas y métodos superados, o pretender aplicarles la vieja mecánica de tópicos infructíferos.

Ahora bien, la Historia alecciona para el futuro y es pueril pretender ignorarla. El Derecho romano, empero, es algo más que historia de unas instituciones jurídicas, es algo con vida orgánica propia que resiste el embate de los tiempos, y el jurista viene obligado a conocer los antecedentes históricos de cada institución si ha de encontrar la interpretación más propia, la configuración más exacta, para hacer valer la verdad jurídica del pasado y del presente.

Se ha dicho que las leyes son los Códigos. Para nosotros toda codificación presupone un ciclo cerrado: Es un embalsamamiento de un determinado cuerpo de doctrina jurídica. Al codificarlo, lo hiere la flecha luctuosa de la muerte y se torna seguidamente rígido, inflexible, cadáver. Leyes codificadas son preparaciones de fósiles jurídicos para la posteridad. Si el Derecho debe manifestarse en fórmulas jurídicas, plasmar en normas, no debe petrificarse, o momificarse en esas formas. El Derecho es vida, y la vida no es susceptible de un enfriamiento total, hasta que no desaparece la energía que le anima. Las leyes en Códigos son como cuerpos muertos que merecen veneración, al menos mientras duran luciendo las lámparas votivas de quienes las codificaron.

El Derecho romano, el genuino Derecho clásico de Roma, se resistió a todo intento de codificación. Los edictos de los pretores estaban dotados de continua movilidad, y hasta en el año de la magistratura sufrían disminuciones y acrecentamientos, mutaciones, en tal manera que nunca podían

considerarse como conclusos (6). Ahora bien, según la posición filosófico-jurídica que adoptemos frente al Derecho positivo, será mayor o menor la importancia que reconozcamos a esta manifestación de la cultura romana. En la menos favorable de estas posiciones, se han de tener presentes las siguientes consideraciones que predicán la importancia del Derecho romano:

a) *Perfección alcanzada por sus leyes*. —En primer lugar, el hecho de haber alcanzado tanta perfección técnica en la formulación de los principios, es bastante para merecer la atención del investigador. Roma floreció en las leyes tanto como Grecia en la filosofía y en las artes. Sin embargo este primer aspecto de la importancia del Derecho romano, que tiene indudable interés para una Historia General de la Cultura, para nosotros importa menos. Lo verdaderamente interesante es cuanto el Derecho romano y la ciencia jurídica de Roma — la jurisprudencia — pueda tener de transcendente. Si afirmamos que el Derecho es un producto espontáneo del espíritu del pueblo en un momento dado y que «la transmisión mecánica de las normas jurídicas es inconcebible» (7) ¿habremos negado categóricamente la

---

(6) Según las últimas conclusiones sobre el Edicto, éste constituyó a partir de los Severos un texto de aplicación general en todas las regiones del imperio, y continuó siendo directamente usado así en la teoría como en la práctica, llegando a ser conocido por Justiniano y sus compiladores. Cfr. DE FRANCISCI: *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclásico*, en Mélanges Fernand De Visscher, III, RIDA, 1950, página 319 y siguientes.

(7) Aceptamos a este respecto la tesis que afirma la evolución orgánica del Derecho, y muy especialmente del Derecho romano guiada por la jurisprudencia clásica y las nuevas disposiciones de la época post-clásica. Esta es la que pudiéramos llamar doctrina común, enunciada en principio por el mismo RICCOBONO, que más tarde la combatió, sosteniendo que el impulso de la fuerza inicial hizo que se desarrollara después mecánicamente el Derecho romano. Sobre este problema, es exhaustiva la investigación de ALBERTARIO: *I fattori della evoluzione del*

importancia actual del Derecho romano? La Escuela Histórica no cabe duda que no pretendió asestar un golpe de muerte al Derecho romano, y sin embargo, aún admitida la tesis (8) que lo reduce a una ciencia histórica, cabe preguntar: ¿El espíritu de un pueblo puede desligarse en un momento histórico de todos los factores, religiosos, políticos, sociales que prendieron determinando aquel mismo momento? Es decir, el hoy es absolutamente independiente del ayer en el campo de la naturaleza y de la cultura? *Natura nihil fit per saltus*, y como todo en la naturaleza se halla perfectamente concatenado, es imposible romper la cadena de creencias, de tradiciones, de ideas, sin destrozar la naturaleza misma de las cosas. Piénsese en las luchas sostenidas por la implantación de una determinada norma ética o religiosa por ejemplo, y a pesar de siete largos siglos de dominación musulmana, España sigue siendo católica y Europa no se ciñe prácticamente en punto alguno el fez musulmán. Las conquistas en el mundo de las ideas son aún más lentas que en el campo de las armas, y las verdades una vez aprendidas, difícilmente podrán ser relegadas al campo del olvido. Por eso el Derecho romano tiene importancia, ante todo, como determinante del Derecho presente.

---

diritto postclásico e la formazione del diritto romano giustiniano, en *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Parte prima, Milán, 1935, y también en SDH, 1935, 9 y ss. Hoy también en *Studi di diritto romano*, V. Milán, 1937, 147 y ss. en cuyas páginas 150 n. 3 y 151 y ss. n. 1 recoge la principal bibliografía en torno al problema.

(8) Consecuencia inmediata de la afirmación básica de la Escuela Histórica, al decir que el Derecho es un producto espontáneo del espíritu de un pueblo en un momento dado, es que el Derecho romano no es más que un Derecho histórico. Por ello sagazmente advirtió Ihering la contradicción de Savigny al afirmar, de un lado, la esencia nacional de todo Derecho, y destacar de otro el valor universal del Derecho romano, que por serlo de un pueblo, había de ser también particular. Cfr. IHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 6 ed. 1907, y en la trad. Fran. de O de Meulenaere, de la 3 ed. alemana 1877-78. Hay. trad. española de Príncipe y Latorre, Madrid, 1891.

b) *El sentido práctico del pueblo romano elaboró una ciencia jurídica insuperada e insuperable.*—Jamás pretendió reducir a los estrechos moldes de la definición los conceptos claros, vivos, precisos, íntegros que manejaba con rigurosa técnica. Las normas jurídicas romanas gozaban de una plasticidad flexible, de una fluidez viva y en tal manera perfecta, que la nota más característica de su contenido era su *evolución progresiva*. El resultado de esta progresiva evolución orgánica, paralela a las conquistas de su imperio, guiada por la jurisprudencia clásica, de eminente sentido práctico y capacidad «poyética», no pudo ser otro que la creación de un conjunto de normas, de un ordenamiento, que ha merecido el más universal acatamiento.

c) *La supervivencia del Derecho romano.*—Constituye un tópico la afirmación de que no existe en la Historia Universal fenómeno más sorprendente ni admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas fuera de los límites espaciales y temporales de su vigencia (9). Esta supervivencia del Derecho romano, puesta de relieve por SAVIGNI, MAASEN, CONRAT, FITTIG, FLACH, SECKEL, CHIAPPELLI etc., (10) fué debida principalmente a la expansión del imperio romano, que supo asimilar como ningún otro pueblo la cultura de los vencidos, o transfundirles sus propios conocimientos. Corresponde a Mitteis (11) el honor de haber advertido, con la mayor claridad, el influjo de los derechos provinciales y coloniales sobre el de la metrópoli; pero sí es innegable este influjo, cuya medida no ha sido aún determinada, también lo es que Roma hizo

(9) Sobre este tópico, vid. ALVAREZ: *Horizonte actual*, cit. 5 y ss.

(10) Sus obras, en *Horizonte actual*, cit. pág. 7, n. 4. a 9.

(11) Su obra principal sobre la recíproca influencia del Derecho romano y los derechos provinciales fué publicada en Leipzig ya en 1891, bajo el título *Reichrecht und Volksrecht*, siendo notables sus estudios sobre Derecho antiguo, principalmente sobre Derecho heleno.



concesiones paulatinas de ciudadanía, que culminan en la famosa constitución antoniana del 212 (12) después de C., que, al otorgar la ciudadanía a los habitantes del imperio, declaró Derecho vigente para todos sus pueblos el mismo de Roma. A partir de aquel momento, el *ius civile romanorum*, que ya se había fusionado con el *ius honorarium*, constituye prácticamente un solo ordenamiento jurídico (13), deviene en un Derecho universal, Derecho romano universal. A su difusión contribuye no sólo la jurisprudencia, que lo transmite en su forma más genuina, sino también en forma de ordenaciones especiales, *leges datae, dictae*, encaminadas a resolver las necesidades de las provincias y de las colonias (14).

d) *Fué una fuente de inspiración para la legislación eclesiástica.*—También se ha señalado como una causa de la supervivencia del Derecho romano, y por ello de su impor-

(12) Sobre la transcendencia de la citada constitución, se viene produciendo una literatura copiosísima, vid. *Estudios sobre la constitución Antoniana, Los edictos y el edicto de Caracalla*, A. d'Ors, en el AHDE, 15 (1944) 162 y ss. 203 y ss. Recientemente IGLESIAS, J.: *Instituciones del Derecho romano*, Barcelona, 1951, ha recogido de nuevo la problemática de esta constitución en unas jugosas notas, cfr. págs. 49, n. 150, 53, n. 172 etc. Sobre la aplicación del Derecho romano después del 212, vid. SEGRE en *Chronique d'Egypte*, 25 (1950) 350 y ss. A. RUIZ: *Latomus*, 9 (1950).

(13) Cfr. ALBERTARIO: *I fattori della evoluzione del diritto*, cit. en sus *Studi*, V. 149.

(14) Ejemplos de esta clase son la: *Lex Coloniae Genitivae sive Ursonensis*, dada por M. Antonio en el año 44 d. de C. a Osuna; la *Lex Pompeii Strabonis de civitate danda* del año 80 a 90 a. de C.; la *Lex Coloniae Narbonensis*, del 12-13 d. de C. para la provincia de Narbona; la *Lex Salpensana et lex Malacitana*, dadas para Salpensana y Málaga por Domiciano en los años 81-84 d. de C. y una serie de fragmentos que se conservan como el *Tudertinum*, el de la *legis hispaniensis*, el ovetense, el de Huelva, el Lauricensis, etc., entre las *leges datae*; merece ser citada entre las *leges dictae* la *Metalli Vipascensis*, sobre la que ha escrito, perfilando conclusiones, nuevamente d'Ors en IURA, 2 (1951) 127 y ss., así como sobre un nuevo fragmento de la *Tabula Illicitana*, en IURA, 1 (1950) 280 y siguientes.

tancia, la asimilación que de sus preceptos hizo la Iglesia, al ser reconocido el Cristianismo como religión oficial (a. 313) e inspirarse en aquella legislación las normas de carácter universal dictadas por las jerarquías eclesiásticas.

e) *La justicia interna de sus relaciones.*—Pero los factores político y religioso, que pudiéramos considerar externos, no contribuyeron tanto a la permanencia del Derecho romano, como su misma virtud interna. El imperio, con ser potentísimo y vastísimo, desapareció; la Iglesia creó un cuerpo de doctrina propio, que en muchos aspectos discute el campo de influencias al Derecho romano. Es la cualidad pura y perdurable de su producción jurídica, que no reside en una mera construcción formal técnica, sino en el rigor lógico de sus construcciones para cada caso concreto, en el más ponderado y exacto sentido de la justicia, *ars boni et aequi*, que los jurisconsultos romanos poseyeron y utilizaron como verdaderos maestros; no llegando a la construcción de un sistema jurídico con pretensiones generalizadoras de aplicación universal, que hubiera caído en desuso al ser suplantado el imperio de sus magistrados por la voluntad de unos conquistadores bárbaros, sino que poco a poco fueron dando resoluciones para casos de la vida diaria, sin pretensiones generalizadoras, pero de un valor absoluto, y paradójicamente universal, en las que reside la esencia vital del espíritu del Derecho romano.

A la pregunta de si es posible obtener algún resultado positivo hoy en día del estudio del Derecho romano, podemos anticipar en parte una contestación, diciendo que de la multiplicidad de manifestaciones jurídicas romanas, es extraordinariamente útil su valor formativo, «su profundo sentido educador» (15). La historia jurídica de Roma es como

---

(15) El sentido educador del Derecho romano, es, quizá la cualidad que más ha llamado la atención en estos últimos tiempos a los no especializados en su estudio y una de sus ventajas menos discutidas, cfr. GIL ROBLES, E.: *Ensayo de metodología jurídica*, Salamanca, 1893, 193 y ss.

escuela práctica de jurisprudencia especulativa y real, donde se asiste al espectáculo admirable de unas leyes elaboradas, durante varios siglos, por todos los factores y órganos jurídicos del pueblo rey, forjadas a la luz del Derecho natural en la yunque de la experiencia, vaciadas en el molde de la vida sin prematuros idealismos, ni torpes y cobardes transacciones con la iniquidad opresora (16). Para el jurista moderno, ninguna lección más provechosa en el estudio de ordenamientos jurídicos pretéritos, como la que le brinda el Derecho romano, invitándole a asimilar aquel espíritu valorativo de sentido justo y medida exacta, de los jurisconsultos romanos.

f) *Es el mejor campo de paingenesia crítica y de experimentación histórica.*—Más para llegar a esa comunidad espiritual con el espíritu romano, tal como se encuentran hoy las fuentes de este Derecho, más que la realización de estudios expositivos, se necesita de investigaciones críticas, para deslastrar el Derecho clásico, que es al que nos venimos refiriendo, del orín y herrumbre que lo fué empañando en el tiempo, separando también los parches de oportunidad que, como remiendos para «ir tirando», le fueron colocados por manos de glosemadores, compiladores y comentaristas postelásicos, justinianeos y boloñeses.

Purificadas en el crisol de la crítica regeneradora de las fuentes, que hoy dispone de métodos perfeccionados, el interés del Derecho romano, en sus distintas etapas, anti-

---

(16) Anticipamos que no falta quien tacha al Derecho romano de haber transigido indignamente en la iniquidad para lograr los propósitos de una minoría, por ser este Derecho el más alejado en principio de la ley natural. Nos referimos a Ansoategui, en su trabajo «La familia contra la primitiva Roma», del cual publicamos ya una referencia crítica en *Información Jurídica*, 83 (1950) 573 y ss. Y si es innegable que el Derecho romano más antiguo estuvo tan alejado de la equidad natural, no lo es menos que en su admirable evolución, llegó a conquistar el dictado de **razón escrita**. Y es precisamente la enseñanza que deriva de esta evolución otro argumento sobre su importancia.

gua, clásica, postclásica y justiniana, es inmenso: constituye el mejor campo de experimentación histórica para el legislador de todos los tiempos. No sólo los derechos vigentes tienen trascendencia. La tragedia misma de las instituciones jurídicas romanas en sus diversas épocas, los defectos que presentaron, las asperezas de que hubieron de ser limadas, deben aleccionar para el futuro mostrando la manera de superar conflictos y regular las necesidades que trae las nuevas conquistas científicas.

Es cierto que el Derecho romano como sistema jurídico, sufrió una crisis profunda, al mostrarse incapaz de servir a su fin frente a los problemas de orden social y económico de nuestro siglo. Es posible hablar de «esta crisis del Derecho romano», como ordenamiento jurídico vigente, a endiando a que su ciclo de evolución y creación se cerró con la muerte de Justiniano. Mas ya sentamos al comienzo de este trabajo que nunca nos referíamos al Derecho romano, como ordenamiento vigente. **Precisamente hablamos** ahora de su valor formativo, porque **es** indudable que de los conceptos purificados que obtengamos en esa labor exegetica y crítica, algunos no tendrán ya importancia más que para la Historia del Derecho, como objetos de museo, que muestren al visitante los pasos progresivos del jurídico genio creador romano: la antigua «*manus*», poder omnímodo del «*pater familias*», las «*res mancipi*», el viejo «*dominium ius iure quiritium*», la «*hereditas civilis*» vacía a veces de todo contenido económico, las diversas etapas de la «*manu missio*», el «*libellum repudii*», las figuras del «*Flamen Dialis*», del inquisidor «*lance licioque*», del mismo «*emptor familiae*», etc., son otros tantos cuadros de ese museo histórico de la vida jurídica de Roma. En su mayor parte fueron ya «archivados» antes de la «crisis». Sin embargo, en cualquier índice analítico hallamos una mayoría absoluta de figuras y de instituciones que adquieren propia configuración en Roma y no la perderán jamás, y por eso el Derecho romano, si no vale como ciencia jurídica no puede perder importancia (17).

---

(17) Queremos abordar desde ahora el problema de Historia y Dogmática en el Derecho romano, es decir, anticipamos ya nuestra posición

g) *Pragmatismo del Derecho romano*.—La investigación en el Derecho romano, no consiste sólo en hacer descubrimientos. Verdad es que tiene mérito extraordinario revelar al mundo culturas sepultadas con el estertor de los vencidos, abriendo en los estudios romanísticos, con el material papiroológico y cuneiforme, horizontes inaccesibles hasta hoy, que muestran la mutua transvasación del Derecho de Roma y el de las provincias. Por ello, la aportación del romanista a la ciencia jurídica actual no puede ser ignorada; pero aún le está reservada una labor más difícil y más exquisita al mismo tiempo, en el campo de la aplicación de los principios ju-

---

en el mismo siguiendo la tesis de quienes sostienen que no hay oposición entre ambas, y entendiendo que la ciencia del Derecho romano, es el conocimiento histórico de esta disciplina, cuyo objeto es «la fenomenología del Derecho romano en relación con la variedad de los fenómenos que se desenvuelven dentro del pueblo romano», mientras que por Dogmática entendemos el arte de actuar, desarrollándolo y perfeccionándolo, un determinado ordenamiento jurídico. Y con referencia al Derecho romano, no puede existir el abismo infranqueable que algún sector presenta entre ambas —Historia y Dogmática— pues el Derecho romano, aún considerado como precedente inmediato de todos los derechos románicos, como sistema de Derecho vigente, ya dijimos, que no atraía poderosamente nuestra atención. Creemos, sin embargo, posible hablar de una dogmática específica y concreta para el Derecho romano, en el sentido que apunta ALVAREZ (*Horizonte*, cit. 296); pero aún en este caso que siendo útil la reconstrucción y análisis son siempre históricos y no pueden dejar de ser históricos. «De manera que, respecto al Derecho romano, el pretendido contraste no existe: los estudios exegéticos o monográficos encaminados a conocer la dogmática romana son solamente capítulos de la historia del Derecho romano». Cfr. DE FRANCISCI: *Punti di orientamento per lo studio del diritto romano*, en los *Ann. Se. giur. de Catania*. N. S. 4 (1950) 1 y ss. y en *RISG*, n. s. 3 (1949) 69 y ss. Las conferencias pronunciadas en Madrid, Barcelona y Valladolid en junio de 1949, de las que dimos un referencia en *Información Jurídica*, julio-agosto del mismo año, y hoy recientemente traducidas por J. IGLESIAS, bajo el título *Puntos de orientación para el estudio del Derecho romano*, Barcelona, 1951, págs. 51 y ss. Sobre el mismo problema, vid. BIONDI: *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv. trim. dir., e proc. civ.* 4 (1950) 342 y ss. y BOBBIO, N: *Teoría della scienza giuridica*, Turín, 1950, así como la recensión de estas obras por A. GUARINO en *IURA*, 2 (1951) 320 y ss. y SANCHEZ-PEGUERO, en *Temis*, 1 (1957) 5 y ss. APARICI-DIAZ, *La dogmática de hoy ante el Derecho de Roma*, en *Rev. Fac. Derecho. Oviedo*, 65 (1953) 18 y ss.

rídicos: nadie como el romanista, «filólogo historiador, filósofo y jurista al mismo tiempo», está llamado a lograr las últimas consecuencias del influjo que el Derecho romano ejerce sobre las instituciones jurídicas actuales, que, si bien reducidas a moldes codificados, los rebasan con frecuencia en la desbordante marcha de la evolución social... cuya meta no puede ser otra que la *justicia*, que manda dar a cada uno lo suyo. Y si es cierto que la relación laboral no encuentra los precedentes deseados en el Derecho romano (18), también es cierto que muchas conclusiones que parecen aportaciones nuevas, fueron ya perfectamente construídas por los jurisconsultos romanos (19).

Pero en los momentos en que vivimos nos preocupa tanto la satisfacción de una necesidad concreta en el ordenamiento jurídico, (lograr una solución al problema de la vivienda, o del colonato, etc.) como el hallar una base jurídica inconvencible, por cima de los vaivenes que las guerras y revoluciones traen consigo. Es necesario alcanzar la paz universal, pero no una paz ficticia, transigiendo con la misma realidad para apaciguar momentáneamente al enemigo. Es preciso alcanzar una paz duradera y estable, que requiere unos principios firmes y sólidos, de justicia universal. La idea

---

(18) Cfr. ALVAREZ: *Horizonte actual*, cit. 20 y ss. PEREZ LEÑERO: *Antecedentes de la relación laboral en el Derecho romano*, Madrid 1948, donde estudia los vestigios posibles de la misma relación laboral. Vea también DE ROBERTIS, F.: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, 342 pá. en 8. Milán Edi. Giuffré.

(19) Vid. por ejemplo, en legislación que parece tan progresiva como la vigente en España en materia de arrendamientos urbanos, el trabajo de RODRIGUEZ SOLANO: *El contrato de inquilinato en el Derecho romano*, Madrid, 1949, sep. de Información Jurídica, y se comprobará el aserto del texto; así, la tasa legal de los alquileres, la prohibición de aumento de alquiler al renovar la locación, la obligación del arrendatario de usar necesariamente la cosa, la prohibición de tener casas cerradas los propietarios, la prórroga obligatoria del contrato en determinadas circunstancias, etc., etc., tienen, al decir de Solano, su antecedente romanístico. Cfr. páginas 25, 28, n. 108 de la página 20, n. 128 de la página 28, página 32. n. 142, y n. 144.

de una Europa, como verdadera entelequia espiritual (20), cuya hegemonía puede lograrse volviendo los ojos al *Juristenrecht*, ha de ampliarse aún, en el sentido de que los principios jurídicos que han de introducirse a través del cauce del Derecho romano, han de contribuir no sólo a ensalzar una Europa dividida y partida en girones, sino a lograr la unidad básica fundamental en el mundo jurídico moderno. El pragmatismo del Derecho romano es definitivo. Pasaron ya, diríamos hoy, catorce siglos desde que subió al trono del imperio romano de oriente aquel hombre genial, que tuvo la visión ambiciosa de considerarse remoto heredero al mismo tiempo del imperio romano de occidente tan infaustamente caído, que guiado por su idea, intentó la mayor unificación bajo un solo cetro imperial: un solo imperio, una sola iglesia, y así también un solo Derecho. Fué entonces cuando confió a una comisión de juristas el grandioso encargo de una compilación legislativa, que recogiera todas las fuentes jurídicas interesantes. Su obra científica mereció contradictorias opiniones. En su aspecto político, la medida era intachable. Sin embargo la majestuosa obra apenas es recordada por los contemporáneos de Justiniano. Las deslumbrantes victorias de sus armas en los campos de Africa, Italia y España, las múltiples controversias religiosas, y sobre todo el maravilloso crecimiento urbano, constructor de monumentos arquitectónicos impercedores, atrajeron la atención de sus coetáneos, con interés superior al de sus leyes. Mas, a distancia de siglos, los acaecimientos asumen sus verdaderas proporciones: La fama militar de Justiniano, no obstante sus espléndidas hazañas, se revela efímera en sus resultados, y las conquistas de Africa, Italia y España, retardaron apenas unos decenios, la marcha fatal de la historia; mas la fama del legislador ha venido poco a poco iluminándose, de tal suerte que hoy aparece en la historia como el legislador por antonomasia. Sobre las demás glorias caducas, está cada

---

(20) Sobre esta idea de KOSCHAKER volveremos luego, a exponer nuestra concepción del Derecho, vid. infra. Necesidad social de la determinación del concepto del Derecho.

vez más nítida la gloria de haber conservado al nuevo mundo romano-germánico el más precioso tesoro del saber latino, en el más exquisito libro del arte jurídico; la de haber enlazado con un puente colosal, la civilización antigua y la moderna, con un monumento legislativo e histórico que en realidad no tiéne igual en el mundo: *El Corpus iuris civilis* (21).

Si la historia es maestra de la vida, la enseñanza tiene valor inapreciable. Sobre tanta ruina y lágrimas de vencidos, de una parte, y sobre tanto laurel y egoísmo de vencedores, de otra, no se cierne sino la quimera de una noche de verbena, con luces artificiales de colores, que se manifiestan en las convenciones y tratados del Yalta, Postdam, etc., luces de verbena incapaces de disipar las tinieblas de la noche cruenta que para la presente generación no tendrá un amanecer, si no oyen los pueblos otra vez los clarines de la paz edificada sobre principios jurídicos de valor universal.

La tarea luminosa de los juristas de hoy consiste en elaborar un cuerpo de doctrina que recoja esos principios jurídicos de valor universal. La campana retañe por doquier: esas florecientes Teorías Generales del Derecho (22), Pre-

---

(21) Sobre la labor de Justiniano, vid. el luminoso trabajo de ALBERTARIO: *Il diritto privato romano nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustiniana*, cit. en sus *Studi*, V. pág. 55 y ss.

(22) Nos referimos a este gran movimiento de concreción de principios y reducción a categorías jurídicas universales, iniciado ya en la pandectística, pero que ha tomado el mayor incremento recientemente en Italia, siendo su primera figura CARNELUTTI, con sus dos *Teorías generales*, una trad. al español en 1942; la otra publicada en Italia en 1949. Esta tendencia al campo del Derecho romano derivó principalmente por obra de BETTI que ha laborado en este sentido desde 1928. Su producción obedece a esta idea: Vid. *Educazioni giurídica odierna e ricostruzione del diritto romano*, en BIDR, fas. I-V (1931) 33 y ss. y aunque no aceptemos el método seguido por BETTI en todos sus estudios romanísticos, conviene advertir que no hay inconveniente alguno en suscribir gran parte de los resultados alcanzados por BETTI, no en cuanto signifique que un armazón moderno ha de sostener un edificio antiguo, sino en cuanto ha sabido descubrir categorías jurídicas elaboradas por la jurisprudencia romana, que se revelan con valor universal. A esa tendencia obedecen también las publicaciones de GROSSO: *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, en litografía, 1948; hoy en SDHI, 15 (1949) 280 y ss. pue-



supuestos críticos, con uno u otro título, son el exponente de una tendencia general, de una llamada común, a elaborar otro cuerpo jurídico para la hora actual que a semejanza del romano, que tuvo una vigencia supermilenaria, sirva también para cimentar una paz duradera. Pero no es sólo imitar a un hombre genial, no es sólo la forma, sino el contenido, lo que tiene importancia. Y precisamente las últimas consecuencias del influjo del Derecho romano, son esos principios de justicia, comunes a todos los hombres, que la técnica romana supo recoger y aplicar en el momento oportuno. Por eso afirmamos, que nadie como el romanista está llamado a cumplir esa tarea, realizar esa obra de valor universal. Y en este fondo imperecedero que late en el Derecho romano y palpita todavía en las legislaciones de él nacidas, se halla el supremo valor del Derecho de Roma.

h) Finalmente *el Derecho romano vive y subsiste en gran parte de instituciones*.—Su influencia es decisiva en el Derecho privado. No es sólo lo que tiene de trascendente el Derecho romano su pragmatismo, ofreciendo los fundamentos históricos para la construcción de un sistema jurídico universal y actual, mostrando varias instituciones que pueden

---

de verse la opinión sobre la misma DE FRANCISCI. También la obra de GUARINO: *L'ordinamento giuridico* romano, Nápoles, I, 1949; BETTI: *Teoría generale del negozio giuridico*, 2 ed. Turín, 1950. Cuanto queremos documentar con esta nota, se halla magistralmente explicado por el gran maestro C. DE DIEGO: *Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1900, pág. 10 y ss., cuando decía que es evidente que el Derecho romano ha proporcionado las categorías fundamentales del pensamiento jurídico a las sistemáticas de todos los pueblos, y que por ello su estudio es de gran necesidad. Y Mitteis añadió por su parte: «La función principal del Derecho romano será siempre en lo futuro la de construir un sistema de Derecho privado armónico, cerrado en sí mismo, y por así decirlo, de carácter absoluto» (Cfr. Rr. und Anl. Rechg. pág. 68, cit. por ALVAREZ ob. cit. 38). Evidentemente la visión de Mitteis refleja con suma claridad y autoridad indiscutible el punto recogido en el epígrafe del texto.

ser formuladas en idénticos términos hoy que ayer. Aparte del aspecto señalado, hay otro puramente histórico, al que quedaría relegado el estudio del Derecho romano si sucediera hoy que un ordenamiento jurídico radicalmente nuevo hubiera de sustituir al existente (23), y un aspecto de utilidad concreta e inmediata, en cuanto el pasado revive en el presente, evidenciando así la fecundidad de la ciencia del Derecho romano: Consiste en conocer la influencia del Derecho romano en las normas que hoy regulan las relaciones sociales.

*Derecho común y Derecho de Pandectas.*—La compilación justinianea, con estar muy lejos de ser una codificación, representa sin embargo el período de cristalización definitiva del Derecho romano, y es, al mismo tiempo, el punto de partida de la formación del llamado Derecho común, Derecho de Pandectas, y del Derecho privado por que hoy se rige la mayor parte de Europa, América y Oceanía, además de hallarse vigente como Derecho de primer grado, segundo o supletorio en determinados territorios (24).

(23) Tal como parece haber ocurrido en Rusia, a la implantación de su régimen actual. Sin embargo en Moscú, Praga, etc., continúan publicándose estudios sobre Derecho romano, vid.: *Materialismo*, cit., donde recogemos los puntos de orientación de estos estudios marxistas.

(24) Como Derecho vigente de primer grado en la Unión Sudafricana, y Mónaco, y supletorio en Cataluña, Navarra, etc. Vid. ALVAREZ: *Introducción al estudio del Derecho romano*, 2 ed. Madrid, 1949. Sin embargo advertimos que si en algún sentido puede hablarse de «crisis del Derecho romano», puede ser sólo considerándolo como sistema vigente. En este sentido se habla de «la actual crisis de la Ley», vid. por ejemplo D'ORS: *La crisi attuale del diritto nell'impostazione romanistica*, en *Jus*, N. S. Fas. III (1951) 341 y ss., crisis de la Ley que el autor recibe con júbilo ya que los juristas deben acogerla como síntoma de una nueva era del Derecho, y los cultivadores del Derecho romano verán en ella una victoria del *ius* sobre las *leges publicae*. En relación con la «crisis del Derecho romano» aceptamos, desde ahora, el parecer de ORESTANO, que afirma que es únicamente debida a la incertidumbre de los romanistas

Es cierto que a la recepción del Derecho romano contribuyeron cuerpos legales anteriores a la compilación, diseñados por el mundo latino, como la *Lex romana visigothorum*, el *Epitome Gai*, etc., y otras posteriores, como el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, etc. Pero fué aquella compilación, la que, pasados los efectos de la general convulsión producida por las conquistas de los bárbaros, sirvió de base, de guía para encauzar los esfuerzos renacentistas que buscaban un orden jurídico sólidamente cimentado, en medio del caos legislativo que suponía la variedad de estatutos de las ciudades, villas y pueblos. La escuela de Bolonia quiso vivificar la legislación justiniana, glosando los preceptos que no se adaptaban con la deseada perfección a las exigencias de los años finales del siglo XI, y resolviendo problemas derivados de los mismos textos, llegando a formar una serie de reglas y conceptos genéricos (25) que, si a veces salen fuera de lo histórico, contribuyeron a dar autoridad al Derecho romano como regulación completa y actual en aquellos momentos. Duplicados los esfuerzos por los comentaristas, consiguieron que la fecundidad de las esencias del Derecho romano sirviera para «proporcionar solución adecuada a cualquier problema jurídico por extraña que fuera su especie y por lejano que se mostrara en las circunstancias que rodearon su nacimiento a aquellas que motivaron el principio a aplicar».

---

respecto a su significación y al valor histórico actual de su estudio, que ha perdido, indudablemente, la función y el valor práctico que en otro tiempo tuvieron (Cfr. ORESTANO: *Il diritto romano nella scienza del diritto*, en Jus, cit. Fas. II (1951) 141 y ss.) más advirtiéndolo que tal crisis, por serlo de métodos, de falta de orientación en los estudios, no es en realidad tal crisis, y la prueba más clara es la copiosa literatura romanista que se viene produciendo en estos dos últimos decenios. Ahora bien, ha de insistirse en el carácter histórico de este Derecho y que su valor es ante todo pragmático. Vid. infra, nuestra concepción del Derecho romano, como conjunto de fuerzas espirituales. Sin embargo, no queremos omitir, que no falta quien afirma que el Derecho romano, aún como Derecho histórico, carece de importancia en la actualidad. Tal es la tesis de HEDMANN apuntada en *Die Festschrift des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, cuyas palabras recoge ALVAREZ en *Horizonte*, cit. 23 y ss.

(25) Que constituyen el método propio de esta escuela.

*La Escuela Salmantina del Siglo de Oro.*—La recepción del Derecho romano en nuestra patria, que contaba ya con el apoyo del Fuero Juzgo y de Las Partidas, toma incremento en las dos escuelas, visitadas por eminentes juristas españoles. En Cataluña la recepción es completa y cuando se crean las viejas escuelas-universidades de Palencia, Valladolid y Salamanca, la investigación sobre el Derecho romano atrae la atención de los mejores maestros. En Salamanca florece un grupo de romanistas, cuyos nombres más destacados son ALFONSO DIAZ DE MONTAVO, LORENZO GALINDEZ DE CARBAJAL, JUAN LOPEZ DE VIVERO, ANTONIO NEBRIJA, ANTONIO AGUSTIN, JUAN F. RETES, FRANCISCO RAMOS DEL MANZANO, MARTIN DE AYALA y sobre todos, DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, que elabora un cuerpo de doctrina en los siglos XV y XVI parangonable con el de las más renombradas escuelas extranjeras. Es sorprendente hallar impresiones del siglo XVI, que por ello excluyen la duda de todo plagio o imitación de doctrinas posteriores, que contienen tesis, enseñanzas y doctrinas que se recibieron como gran novedad dos siglos más tarde por boca de figuras tan prestigiadas como la de Savigny, por ejemplo, (26). Es por doble motivo interesante el Derecho romano para el jurista español. Porque llena multitud de instituciones del Derecho positivo, y por deuda de gratitud para aquellos investigadores de nuestro Siglo de Oro, que supieron hallar en el Derecho romano la fibra espiritual que nutre nuestro actual ordenamiento jurídico, siendo deber nuestro reivindicar para tan gloriosos predecesores el puesto que les corresponde en la literatura romanista universal.

Por eso, antes que otro aspecto alguno, vemos en el Derecho romano, *un conjunto de fuerzas espirituales, que pueden ser actualizadas en cualquier momento histórico pasado, presente o futuro: un Derecho imperecedero.*

El ejemplo de Roma alecciona. Y esta lección es de tal profundidad, que podemos tener la seguridad de que al

---

(26) Que puse de relieve en mi estudio: *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en la R. D. P. 388-389 (1949) 631 y ss.

dedicar nuestra vida al estudio del Derecho hacemos algo fecundo y trascendental. Si los principios jurídicos básicos que informan aquel ordenamiento jurídico son válidos fuera del espacio y del tiempo en que fueron enunciados, es posible —y he aquí el gran consuelo para el estudioso de nuestros días— hallar nuevos principios jurídicos válidos fuera de la órbita terrestre. O dicho de otro modo: Si fuera dable hablar de la tierra en el espacio como punto de partida para establecimiento de relaciones humanas intersidérales, no ofrece duda que cualquier orden a establecer entre humanos ha de tener como núcleo básico aquellos principios jurídicos fundamentales.

*El hombre como punto de partida.*—No era tan subjetivo como frecuentemente se dice el *cógito* cartesiano. Hay en esa apelación al propio sentirse una expresión de sinceridad metódica más plausible, que censurable. Independientemente de las *creencias*, de las *ideologías*, el hombre busca, en afán de sinceridad, un asidero inamovible, que refuerce a la vez con mirada retrospectiva aquellas mismas creencias, que por racionales pueden hallar y hallan una convalidación dentro de propia subjetiva vivencia.

De todas las facetas de la vida del hombre ninguna más íntima que la referente a su propia persona, hasta el punto que la categoría de los derechos de la personalidad constituye el grupo de derechos subjetivos por antonomasia. Su estudio corresponde al Derecho privado y sobre la persona, como centro fundamental de referencia de facultades jurídicas, se ha de constituir el concepto del Derecho mismo. El estudio del hombre como parte integrante del *cosmos* universal de la creación, y a su vez como *ser creador*, debe constituir el punto de partida para una determinación del concepto del Derecho, sin desdeñar por ello las aportaciones que el ordenamiento de un pueblo como Roma nos ofrece. Hay algo de efecto pragmático inmediato. Roma como imperio, pasó. No así su Derecho. Si algún día se trastocara el orden de situación espacial de las culturas, lo importante, lo universalmente válido subsistiría como producto del genio del hombre, con vigencia sin consideración de lugar y tiempo.

*Las ciencias de la naturaleza y sus leyes.*—Al espíritu observador del hombre no se le puede ocultar la existencia de un *orden universal*, al que no se substraen, ni los astros en la carrera vertiginosa por sus órbitas elípticas, ni el germinar de la más diminuta semilla, ni la vida del hombre en cuanto ser de la naturaleza, que nace, crece, envejece y muere. Ese orden de la naturaleza está regulado por *normas de valor también universal*. Se puede incluso afirmar, usando la terminología corriente en cierta escuela filosófica moderna, que

este *orden* constituye un *valor* positivo, el supremo de la vida asociada (27).

La existencia de este orden, al menos en su más inmediata contemplación externa, es evidente. Constituye un primer problema determinar si este orden es efecto de una *voluntad* trascendente, se deriva de la autoridad reconocida a un ente que la impone, o deriva de la misma naturaleza de las cosas que tienen en sí la virtualidad de ordenarse, jerarquizarse, al ponerse en contacto unas con otras, y como al espíritu humano le repugna el imperio ciego de la materia, el hombre no descansa mientras no conoce las leyes a que obedece el *cosmos* que le rodea, y su mismo *microcosmos*. Descubre así las llamadas *leyes de la naturaleza*, no sin considerables esfuerzos, v. gr.: La de la gravedad, la de los caracteres hereditarios, etc., etc. Estas leyes son halladas por el hombre siguiendo un método empírico. Existen independientemente de su formal promulgación, publicación y conocimiento del hombre, que no hace sino inventarlas, es decir, descubrirlas. Su vigencia y validez es constante, y sólo por lucha contra la naturaleza consigue el hombre desvirtuar eventualmente su eficacia. El origen de las mismas viene ligado, a mi juicio, con el de la misma naturaleza y por tanto son consustanciales a ella. Pudieran decir que constituyen la *forma* en que encarna la *materia*, de cuya conjunción nace la misma naturaleza. Mas esta manera de expresarme no es exacta. Permite presuponer la existencia de la materia antes de la forma, llevándonos hacia la teoría de

---

(27) Sobre el concepto de *valor*, desde un punto de vista filosófico, vid. JULIAN MARIAS: *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1944, páginas 335 y ss. Parece fué tomado como punto central de su filosofía en primer lugar por LOTZE, vid. MAMBERGER: *Untersuchungen zur Entstehung des Wertproblems*, en *Die Philosophie des 19 ten Jahrhunderts*, 1924, I, 1 páginas 55-56. No falta quien lo atribuye a ENFELS y MENORS, vid. ALVAREZ DE LINERA: *Introducción a la Filosofía*, Madrid, 1941, págs. Hoy parece definitiva la posición que otorga al *valor* una validez absoluta y objetiva.

Laplace, de la masa informe, y mi creencia (28) respecto al problema es menos complicada: Tales leyes tienen por legislador a Dios, que es el mismo creador del universo. El estudio y conocimiento de estas leyes corresponde a las llamadas *ciencias de la naturaleza*.

*Ciencias del espíritu.*—Mas al lado de este «cosmos» externo al hombre y del que él mismo forma parte, con una mirada introspectiva advierte otro ser íntimo que le muestra realidades que no son visibles ni palpables sensitivamente. Al mundo material, con su vida propia, se puede contraponer el mundo espiritual, donde se desarrollan las actividades del alma, la vida espiritual. Esta vida viene también regulada por normas, y ya desde ahora diré que no participo la idea de quienes les atribuyen un origen *cósmico*. Y he aquí llegado el momento de sentar ante todos los puntos de partida de mi concepción jurídica del Derecho, que no intento presentar como original — sería tanto como confesar su debilidad — sino que es el resultado alcanzado hasta hoy a costa de los trabajos, acaso no bien aprovechados, de mis maestros, y de no pocos sacrificios en aras a una vocación nunca satisfecha.

Carnelutti ha dicho que el descubrimiento de las leyes de la creación, mediante la observación de las obras del hombre, ha servido para deducir que todos los entes, comenzando por el hombre, han sido creados. Tal es la verdad cuya negación no sólo se define como escepticismo, sino como negativa a meditar. Pero también el hombre es creador: «Y como a la vez es criatura, se presenta como una supercriatura en la que se resume la doble cualidad de criatura y creador» (29). Ser creador supone la posibilidad de producir algo que trascienda de su forma, la posibilidad de ma-

---

(28) «Las creencias constituyen el extracto básico, el más profundo de la arquitectura de nuestra vida», ha dicho ORTEGA Y GASSET: *Historia como sistema, y del imperio romano*, Madrid, 1942, 2.ª ed. págs. 10 y 11.

(29) CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, trad. esp. Madrid, 1941, página 21 y 11.



nifestarse, y es precisamente la energía del espíritu el elemento esencial y generador de toda forma de civilización, y cuya existencia se debe *el mundo de la cultura* y por cuya virtud la historia se presenta a nuestros ojos como una obra de creación. En consecuencia, si anticipo mi posición frente al Derecho, debo decir que es una de tantas manifestaciones de la cultura, cuyo estudio corresponde a las ciencias del espíritu.

*Libertad y necesidad.*—Mas no conviene olvidar que el hombre no es sólo espíritu, persona en terminología carne-luttiana, sino también cuerpo. Como espíritu es creador de la historia de la cultura, como criatura **está sometido, igual** que otro ser viviente a las leyes de la naturaleza: «Es un organismo constreñido a actuar y luchar por necesidad de vida, para satisfacer las propias exigencias de alimentación, de habitación, de conservación, de reproducción: el hombre está en la naturaleza, mas para no sucumbir debe combatir contra la misma naturaleza que lo circunda» (30). La fuerza de esta necesidad le lleva a enfrentarse no sólo con las limitaciones exteriores, sino también con los intereses de otros hombres: el drama es intenso y la lucha sería trágica si el hombre no tuviera más remedio que seguir en sus actuaciones los instintos naturales de conservación y reproducción.

Pero yo creo también que la historia es al mismo tiempo obra de Dios, en cuanto, como recientemente admiten estudiosos que han parado mientes sobre este problema, «la providencia trascendente en sí actúa en la conciencia humana y en la historia con la acción immanente de la gracia sin dañar el libre arbitrio del hombre» (31). En la satisfacción de sus necesidades el hombre tiene libertad para elegir nor-

(30) DE FRANCISCI: *Arcana Imperii*; vol. I. Milán, 1947, págs. 21 y 11.

(31) PETRUZZELLIS: *Il valore della storia*. Soc. ed. Odesisi, Gubbio, 1939, apud de Francischi, ob. cit. ibi.

mas de conducta, que salvaguardando intereses iguales de otros hombres, le reporten las utilidades y beneficios que requiere el desenvolvimiento de su vida dentro de la sociedad. Dios ha impreso en el corazón del hombre ciertos principios generales, que son base a una manera de obrar inviolable, observada por todos los pueblos: normas de conducta ética, imperativos que ordenan no hacer a los demás lo que no quisiéramos que se nos hiciera a nosotros, que es justo dar a cada uno lo suyo, que los padres deben subvenir las necesidades de sus hijos menores, etc., etc. Normas que constituyen un *orden de vida*, «que responde a la voluntad de Dios, que para cumplirse y verificarse exige la contribución de la libre voluntad del hombre (uno de los principios de este orden es que el hombre lo quiera y se esfuerce por realizarlo). así, no obstante la acción de la providencia, toda la historia se presenta como un combate continuo de las energías del espíritu contra la oscura y sorda resistencia de un cúmulo de limitaciones, como una lucha de la libertad asistida de la gracia contra la necesidad, lucha de la cual nacen, al mismo tiempo que la dureza y la tragedia, la belleza y la dignidad de la condición humana». Las limitaciones que se oponen a la acción del espíritu —dice exactamente De Francisci (32)— son tanto de orden interno como externo: interiores en cuanto al espíritu está condicionado por la energía y por la medida de su misma sustancia, que es por siempre sustancia humana con sus imperfecciones, con sus debilidades, con sus miserias; exteriores, no solamente porque la vida del espíritu está fatalmente localizada espacial y temporalmente, sino porque está rodeada de barreras constituidas por la suma de elementos *naturales* y *humanos*, de condición y de posición, de que está formada la materia sobre la cual opera la energía espiritual subjetiva (33).

---

(32) Ob. cit. ibi. pág. 21.

(33) Energía espiritual subjetiva y fuerza del espíritu, son expresiones que, siguiendo al maestro italiano, refiero siempre al espíritu subjetivo, limitado, no à aquel espíritu objetivo que es uno de los fetiches de la moderna filosofía nazi.

*Sociabilidad.*—Desde otro punto, la libertad del hombre viene cualificada también por la *sociabilidad* de su naturaleza, que constituye otra de las necesidades naturales a que me vengo refiriendo, pero cuya importancia se ha de meditar por cuanto, paradójicamente, el hombre es más libre al saberse más sociable y comportarse consecuentemente.

La libertad ha sido considerada por las escuelas marxistas el módulo de la felicidad, o por mejor decir, la única felicidad del hombre. Llevada a sus últimas consecuencias esta doctrina por filósofos y políticos anarquistas, se ha producido la consiguiente negación del Derecho y del orden que el Derecho engendra. Se desconoce entonces la esencia de la libertad que no es ni significa otra cosa sino la facultad de moverse dentro de la esfera que el *orden de vida* reconoce a cada uno de los individuos que integran la sociedad.

*Normas éticas y normas jurídicas.*—Este orden de vida es creación de la energía espiritual en la forma que viene actuada por la gracia y se mantiene por la observancia de reglas de conducta que podemos clasificar sencillamente en normas que regulan nuestros actos internos y normas cuyo cumplimiento tiene trascendencia al exterior. Las primeras, que reprimen los apetitos immoderados, los deseos febriles de nuestra vida natural o sobrenatural, o de los intereses ajenos, y por ello ilícitos, tienen un juez en nosotros mismos, nuestra estimativa o nuestra propia conciencia y su estudio corresponde a la *Ética* o *Moral*.

Las segundas, en cuanto sin su observancia no es posible la existencia de la comunidad, donde el hombre, como ser social vive, constituyen el *Derecho* y tienen como nota distintiva, además de su *alteridad* ya indicada, el poder ser urgido su cumplimiento mediante la coacción *coactividad*.

*Derecho.*—Así pues, está integrado el Derecho por un conjunto de normas sin cuya observancia perecería la Sociedad. Fácilmente se desprende que no considero Derecho sólo al legislado y que para mí el concepto de Derecho es más amplio y aún distinto que el de *ley*. Esta debe ser expresión formal de las normas jurídicas y según el ámbito donde haya de tener vigencia, su formulación habrá de ser más general o más minuciosa, en proporción inversa. El Derecho internacional puede condensarse en principios más generales que el Derecho de una Nación y éste no descende a tanto detalle como un código familiar.

*Ley.*—Las leyes no son más que la expresión formal del Derecho. Surge aquí una cuestión, ya resuelta por lo demás desde hace siglos, pero que por sabida se ha pretendido olvidar. ¿Pueden existir leyes contrarias a Derecho? La solución para quien admita, y yo juzgo su existencia incuestionable, el Derecho natural, es obvia: Pueden existir leyes contrarias al Derecho natural y entonces se puede decir que son conformes a tal o cual Derecho nacional, pero en una valoración filosófico-jurídica se revelan contrarias a los sentimientos de justicia que llevamos en nuestra alma, en nuestro yo. Así por ejemplo, y sin salir del Derecho patrio, si pregunto a cualquier hombre, al menos culto de un pueblo, si los padres tienen obligación de alimentar a sus hijos menores o incapacitados, me responden afirmativamente y no hay orador, filósofo o poeta, que por bien que les diga lo contrario, le haga cambiar de parecer. Esa obligación nace del mismo Derecho natural, y por eso cuando en nuestro Código civil se afirma por una parte que «los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia», (art. 143, 4, 2) se sanciona un deber natural, pero al prohibir el art. 141 que los tribunales admitan en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la

condición de naturales, se formula una ley, que obedecerá a circunstancias más o menos apremiantes, pero una ley que es contraria al Derecho natural enunciado en el art. 143 en cuanto impide que el hijo ilegítimo de referencia pueda hacer efectivo aquel derecho natural contra el padre, que no habiéndolo reconocido, le niegue los auxilios necesarios por razón de alimentos. El art. 141 es una ley que forma parte del Derecho civil español, pero no es expresión del Derecho natural en cuanto impide al hijo menor o incapacitado exigir alimentos a su padre.

*Derecho natural. Derecho positivo y Derecho histórico.*—La escuela positivista y con ella la sociológica o política del Derecho niegan que exista más Derecho que el legislado, o sostienen que viene condicionado por las necesidades sociales, no siendo el Derecho más que un producto sociológico, una manifestación de la vida social (34). Para

---

(34) Niegan o rechazan el Derecho, como institución que produce los más perniciosos efectos, la mayoría de los anarquistas utópicos y socialistas científicos y principalmente GODURIN (1756): *An enquiry concerning political justice and its influence on general virtue and happiness* (1793); PROUDHON, que reduce la justicia a la norma jurídica *standum est chartae, o servare pacta. Systeme des contradictions économiques, ou philosophie de la misere. De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*; STIRNER (G. SCHMIDT) que en su obra «El único y su propiedad», rechaza el Derecho sin limitación alguna; BAKUNIN: Que confía en que el tránsito de la Humanidad desde su estado animal a un estado de existencia humana traerá consigo la desaparición del Derecho legislado: *Proposition motivée Alliance internationale de la démocratie socialiste*; ALEXANDRE KROPOTKIN, que considera el Derecho como un doctorado para el progreso de la Humanidad: sus artículos publicados en *La Révolté*, han sido coleccionados en los libros. *Palabras de un rebelde, La conquista del pan, Los tiempos nuevos*, etc., por excepción lo admiten, dentro de esta dirección filosófica-política, a su manera TUCKER y TOLSTOI. Para un análisis de estas doctrinas es interesante la obra de ELZBACHER (Pablo): *El anarquismo según sus más ilustres representantes*, trad. esp. Sobre las doctrinas marxistas, la bibliografía es copiosísima: L. B. BOUDIN: *The theoretical system of Karl Marx*, Chicago, 1907, SELIGMAN: *The economic*

ellas el Derecho natural no es más que un viejo fantasma del que se habla en todas partes, sin que nadie logre conocerlo porque no ha cobrado forma en ningún cuerpo legal. La posición es caprichosa. Equivale a negar la existencia de una serie de sentimientos, de maneras de ser y de pensar de que la historia nos habla y que tienen más fuerza que el brazo armado de una nación que actúa en contra de un trasgresor de las leyes comunes civiles. Es la fuerza que alza los pueblos contra el opresor, rebela a los esclavos en Roma, a los negros o cobrizos en Africa o América y mantiene el propósito de reivindicación en el corazón de generaciones de vencidos por la fuerza avasalladora de las armas. El cumplimiento del Derecho natural es generalmente espontáneo, voluntario. Su existencia no requiere su conocimiento, ni su formulación en un código determinado. Lo justo natural «donde quiera tiene la misma fuerza y es justo, no porque lo parezca así a los hombres ni deje de parecerles» (35).

El estudio del Derecho natural cae dentro de las ciencias del espíritu y en la clase de ciencias prácticas, no en las de conocimiento. Covigente con él se halla el Derecho positivo, que puede considerarse un producto del espíritu del pueblo en un momento dado, siempre que se considere también que ese espíritu del pueblo viene informado por principios de valor universal que traduce y plasma en el Derecho que produce. Cabe a la escuela histórica esa concepción del Derecho, que nos lo presenta como una manifestación de cultura en un momento dado. Sin embargo, si históricamente estudiamos cada una de las instituciones jurídicas vigentes, ob-

---

interpretación of history, Nueva York, 1907. Su obra *Das Kapital* (1867-85-94) ha sido vertida a casi todos los idiomas. Sobre su influencia, GUSTELL: *Historia de las ideas políticas*, trad. esp., Barcelona, vol. II, 1937, 217 y ss. HANS FREYER, *Introducción a la Sociología*, trad. esp., Madrid, 1919, páginas 83 y siguientes.

(35) ARISTOTELES: *Ética a Nicómano*, trad. de P. Simón Abril, Madrid, 1918, 5 y 7. págs. 2, 8 y ss.

Un estudio crítico-expositivo de estas direcciones filosóficas-jurídicas nos lo ofrece HERNANDEZ GIL: *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, págs. 101 y ss. 232 y ss. 311 y ss.

servamos que muchas han permanecido en esencia inmutables en el curso milenario de los tiempos, si bien hayan sufrido modificaciones accidentales o funcionales, porque al ser el Derecho para la vida, sus instituciones han de adaptarse teleológicamente a las necesidades de los nuevos tiempos, sin que signifique que sea eso y nada más, y aquellas cuya esencia no admita modificaciones accidentales ni funcionales, forman parte del Derecho relegado a las páginas de la historia.

*Distinción del Derecho en público y privado.*—Cuando hablamos del Derecho como conjunto de normas sin cuya observancia la sociedad perecería, sería una aglomeración caótica, nos estamos refiriendo al Derecho positivo. Cualquier concepción de este Derecho que guarde relación con su dependencia del Derecho natural, concebido como participación en la ley eterna por la criatura del Derecho natural, me parece aceptable. Así, por ejemplo, la de Castro (36), que define al Derecho positivo como «La reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural». Mas entiendo también que estas definiciones son «perifrásticas», es decir, llevan en sí una envoltura que demanda un proceso mental de subsunción conceptual en otro dado, que exige una previa adscripción escolástica.

Con todo el prejuicio de escuela que encierra la apelación a la *voluntad colectiva* o al *espíritu del pueblo* que contempla románticamente a la *volonté générale*, no es menos cierto que la posibilidad de formación de una voluntad colectiva auténtica implica ya una organización: esa organización es dialécticamente un concepto prejurídico, a menos que la identifiquemos con un Derecho rudimentario. De la experiencia histórica se deduce que cuando un pueblo me-

---

(36) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., 1949, volumen I, página 29.

rece realmente esta denominación *jurídico-política*, es cuando goza ya de una más o menos perfecta *organización interna*. Organización que no es sólo un aspecto de su existencia, sino el motivo fundamental de su vida.

Es precisamente mérito de una nueva concepción metodológica de la ciencia jurídica (Santi Romano, Orlando Calasso, (37) resaltar que cuando hablamos de *organización interna* nos referimos al fenómeno, no elemental, de la vida asociada — que es el presupuesto del fenómeno jurídico «*Ibi societas, ibi ius*» — en cuya virtud cada agregado humano, que, como tal, pretenda afrontar los problemas de la propia existencia, reúne las propias fuerzas, las endereza hacia determinados fines, las disciplina con reglas: se da a sí mismo un *ordo*, instituye un *ordenamiento*. Como tal, a su vez este agregado humano aparece ante el observador bajo diversos aspectos: como formación étnica, como agrupamiento social, como estructuración económica (38), como organización política y así sucesivamente. *Sub specie iuris*, aparece como *ordenamiento* regido por normas jurídicas y caracterizado por ellas. En último análisis lógico *ordenamiento* se identifica con *norma*.

Mas superado también el concepto normativista o kel-seniano del Derecho, la nueva orientación *histórico-realista*

(37) ORLANDO: *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e stato*, en Riv. di D. Pub. 1926 y en *Diritto pubblico generale*, Milán, 1940; 223 y ss. También: *La rivoluzione mondiale e il diritto*, en Riv. ital. per le scien. giur. III, ser. I (1947) part. I. 31 y ss.

CALASSO, F.: *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2 ed. Milán, 1949, 19 y ss. Vid. mi referencia en *Información jurídica*, 79 (1949).

(38) Ya dije en otra ocasión que el punto de vista puramente económico «al encerrarse en una concepción monista y fatalista de la vida y del mundo, no puede servir en manera alguna para explicar entidades de forma y contenido espiritual, porque, en primer lugar, consecuente con sus principios, ha de negar su existencia, o desnaturalizarlas, es decir, se halla obnubilado para todos los valores no económicos o cambiarios. No permite tampoco descubrir ninguna corriente, principio o ideología nuevas». Vid. *Materialismo histórico*, cit. pág. 132.



indica que no se ha de construir *a priori*, utilizando esquemas de la llamada *ciencia jurídica pura*. Estos esquemas no deben ser considerados como punto de partida, sino únicamente como instrumento para la investigación.

En todo ordenamiento cabe indagar dos elementos implícitos: la organización, que en términos más estrictamente jurídicos, podemos llamar *insituciones*, siguiendo a Calasso, y las *normas*. No es exacto ver simplemente un agregado de éstas, de reglas que se suman, en un ordenamiento: en el ordenamiento se comprende la estructura externa y el alma interna, se asemeja a un *organismo*, que tiene vida propia.

Esta vida discurre, pues, por dos campos perfectamente deslindables: el de la mecánica externa, reglada, solemne: es el campo en el que la persona se mueve como elemento integrante de la *polis*, como ciudadano, que está regulado por el Derecho público. Este *ordenamiento jurídico público*, será tanto más perfecto, cuanto menos deje al juego de la improvisación, donde ha de presidir la *sindéresis del hombre político*: la política tiene sólo adecuado campo en lo que es marginal al Derecho público.

Mas la persona tiene otras muchas actividades, conductas, que en gran parte no hacen relación a los demás (ideas, sentimientos, apetencias, que caen dentro del campo de la Religión, la Etica, o las Buenas Costumbres) y otras que gozando de la nota de alteridad, sólo se interfieren con las esferas *jurídicas* de otras personas, desde un punto de vista privado, más íntimo, menos público, siendo todas ellas externas y ostensibles.

Estas conductas privadas externas y ostensibles con transcendencia a otras esferas personales interesa estén reguladas para el bien de la comunidad. Pues bien, el Derecho privado no es sino el *ordenamiento de conductas privadas transcendentales al bien de la comunidad*.

Una consideración superficial de lo subrayado pudiera revelar como incompleto el concepto dado. Mas debo puntualizar lo siguiente:

Tomando como punto de partida al hombre, no quiero decir que pueda el concepto de Derecho *ser sorprendido* «ic-

tu», como una conquista de laboratorio jurídico, en un momento existencial: el hombre actúa en la historia y con su historia y el Derecho privado es un conquista científica del humano ser y pensar a través de la historia. Por eso desecho como inexacto cualquier concepto *apriorístico* del Derecho y no acepto el que pueda obtenerse deductivamente partiendo sólo de una determinada consideración de escuela: Ha de entrar en juego toda la historia en cuanto muestra la realidad jurídica (39).

Por ello creo que la voz *ordenamiento*, ha de ser entendida al menos en la triple dimensión que comprende:

a) La organización que las instituciones jurídicas — o si se quiere hablar con mayor tecnicismo histórico — *prejurídicas* o *nomogénéticas* implican, en todo agregado humano, que pueda ser llamado «pueblo». Tales *instituciones* prejurídicas, que luego el Derecho recoge y termina de configurar sobre su propia substancia natural, son consustanciales al hombre: v. gr.: la familia, la propiedad, etc.

b) *Ordenamiento* significa también conjunto de *normas*, que limitan o dan cauce propio a las actividades humanas, señalando el bien y el mal, lo que se aprueba y lo que se sanciona o castiga, lo que se hace lícitamente y lo que es nocivo a la comunidad y por ello resulta execrable, prohibido, castigado.

c) Por ello precisamente la voz *ordenamiento* significa también *mandato imperativo*, de signo positivo (lo que se ha de hacer) o negativo, (lo que se ha de evitar), cuyo cumpli-

---

(39) La necesidad de esta orientación metódica y de la vuelta al hombre, la proclama magistralmente J. IGLESIAS, cuando dice: «Hacen falta libros a lo Ihering. Libros que nos digan, por ejemplo, que el romano siente horror hacia todo aquello que le aleja de la realidad, de lo concreto, entendiendo que realidad palmaria es, para él, el hombre mismo. Bueno será afirmar que el mayor mérito del método con que trabajan los juristas romanos descansa en el sentimiento de la realidad humana, en el conocimiento mejor del hombre». R. Derecho Privado, mayo, 1955, y ahora en *Derecho romano y esencia del Derecho*, pág. 32.

miento puede ser urgido en última instancia *manu militari, potestate gladii*, por la coacción (40).

Este ordenamiento tiene por objeto las *conductas*: Voz con la que nos referimos, no ya a los actos todos del hombre, sino a una clase de estos actos. Los actos humanos, pueden ser internos y externos, desde el punto de vista de su noscividad inmediata para otro hombre. Aquéllos, no cognoscibles inmediatamente, según la naturaleza del acto, son irrelevantes para el Derecho. En su motivación interna pueden hacer referencia al mismo sujeto, a otros, o a Dios: Actos de arrepentimiento, de concupiscencia o deleite con lo ajeno, de amor a Dios. Mas en todos estos ejemplos el acto no es necesariamente por su naturaleza cognoscible externamente. Los externamente cognoscibles, son valuales, apreciables por otro y en este sentido son *conductas*: es decir, llevan a otro, o con otro, a un fin. Gozan de la nota de *alteridad*, que no significa sino que *otro* resulta directamente afectado, en el mundo externo al propio yo, con el acto (41).

Este concepto de *conducta* deja delimitado el campo de aplicación del Derecho, en gran parte. Pero si toda conducta, por serlo, en nuestra determinación del concepto, hace referencia a otro, de manera ostensible, cabe sin embargo clasificar esas *conductas*, en *intranscendentes* para el bien común y *transcendentes* para el bien común. Las primeras pueden tener para una determinada subjetividad un valor incalculable (v. gr. que uno se peine con raya al lado, o al centro,

---

(40) Las más de las veces el hombre cumple espontáneamente las obligaciones que dimanar del **mandato**, y ello constituye la **eficacia normal u ordinaria** del Derecho, v. gr.: paga la renta como inquilino; tolerar el uso de una servidumbre, etc. Mas si no se cumple voluntariamente, es posible urgir judicialmente, mediante el ejercicio de una **acción**, aquel cumplimiento. Son los menos de los casos, cuantitativamente hablando; pero ellos revelan esa cualidad del **Derecho**, que llamamos coactividad.

(41) No es necesario hablar de **alienabilidad**, como nota distintiva de la **alteridad**, si ésta es entendida en el sentido más propio referida a la inmediata manifestación del acto. Lo interno, si siempre permanece interno, es irrelevante para el Derecho.

vista traje a cuadros o de líneas, etc., etc.) mas tales apreciaciones suelen ser igualmente irrelevantes para la comunidad (42).

Al lado de éstas, existe una gama inagotable de conductas, de innegable repercusión en la vida de la comunidad. Estas provienen de la persona —no ya ni sólo como ser protegido— sino como miembro de esa comunidad y en principio son siempre *conductas públicas*, en cuanto son *exteriores* u ostensibles. Mas el calificativo *público* tiene para el jurista un significado técnico concreto, que nos apresuramos a fijar.

El Derecho, en cuanto ordena conductas humanas es *único*, (goza de *unidad* interna), pero no es *uniforme*. Unas veces el hombre actúa en la sociedad como militar, hace la guerra; otras, como elector, elegible, contribuyente, etc. Tenemos, pues, al militar, al magistrado, al ciudadano votante, al exactor o fiscal de impuestos y contribuciones, etc., etc. En todas estas conductas prevalece una *faceta pública*, o si se quiere, *política*, organizadora de la *polis*, ciudad, municipio, pueblo, en que el ciudadano actúa.

El ordenamiento de conductas organizadoras de la vida ciudadana, municipal, popular, pública en general, es el Derecho público.

De lo dicho se desprende que no se diferencia sustantivamente del Derecho privado, pues ambos *cooperan* al bien de la comunidad. Pero en el Derecho público, el hombre no es considerado simplemente como tal persona en su máxima intensidad y mínima proyección a la *polis*, sino como hombre - militar, hombre - magistrado, hombre - contribuyente, hombre - elector, hombre - autoridad, etc. En cambio, existe otra faceta de la persona, que considera a ésta en su más ín-

---

(42) Digo suelen ser, porque puede haber casos en que esas aparentes nimiedades encierren una manifestación de la personalidad tan acusada, en razón de la persona o de sus cualidades, que adquirirán un valor considerable: piénsese, por ejemplo, en una determinada «pose», o vesfido, que se cotice como anuncio o como moda. Mas entonces estamos ya en presencia de una actividad creadora o creada, proyección de una determinada personalidad, que constituye un típico derecho subjetivo.

tima proyección humana: el hombre que nace, crece, envejece y muere, y que es sujeto de derechos y de obligaciones; si cabe la expresión, abstracción, hecha de su vinculación ciudadana, de la circunstancia política que le rodea (43).

En esas relaciones el hombre se comporta como un *privatus*, como persona que se mueve cooperando al bien común, pero ejercitando las facultades más naturales: el hombre en la vida social, como hijo de familia, esposo, padre, transmisor de bienes, adquirente de ellos, etc., etc. Esas conductas, son las reguladas por el Derecho privado.

Se nota, sin embargo, que cuanto más se significan esas conductas y se concretan en una determinada gama del humano quehacer más se despersionalizan y van a «standardizarse» adquiriendo así un «marchamo» de clasificación, y al mismo tiempo pierden aquella íntima espontaneidad natural de conductas «no estandarizadas».

Surge así el *hombre-comerciante*, el *hombre-productor*, el *hombre-inquilino*, el *hombre-industrial*, etc., etc. Y poco a poco se van desgajando también del *ordenamiento de conductas privadas*, las que hacen referencia a esa determinada faceta de la humana existencia y aparece así el *Derecho mercantil*, *Derecho laboral*, *Derecho de inquilinato*, *Derecho industrial*, *Derecho minero*, etc., etc.

¿Quiere esto decir que el Derecho privado pierde contenido? Sí; pero no importancia. El Derecho deja de ser uniforme, es vario en su manifestación y *único* en cuanto lleva al bien de la comunidad.

*Derecho civil*.---Siempre, sin embargo, quedará dentro del Derecho privado, como más consustancial, lo que al hombre es *más común* y a la vez más propio. Lo que interesa

---

(43) Ya sabemos que esta abstracción es puramente dialéctica y a efectos de exposición del concepto, porque en la realidad, el hombre no puede desligarse de la organización que es un presupuesto esencial de la vida asociada.

al simple *homo*, sin adjetivo calificativo: Lo referente a su propia persona (nacimiento, filiación, personalidad), y a la proyección suya para el futuro, en orden a la perpetuación de la especie (matrimonio, familia, sucesión), y asimismo las relaciones más elementales con los demás: derechos sobre cosas, obligaciones, tráfico elemental de bienes, etc.

El ordenamiento de estas conductas privadas más íntimas corresponde al genuino Derecho civil. Este se nutre, en el pasado histórico, de aquellas fuentes que son más espontáneas, más conformes con el sentido jurídico popular: la costumbre, las respuestas de los prudentes —*iurisprudencia*— las resoluciones de los jueces, los rescriptos, laudos y decisiones de los magistrados, príncipes, reyes, etc., etc. El conjunto de normas específicas de cada pueblo se va perfilando en el tiempo, y puliéndose por obra de las demás fuerzas, que actúan en la comunidad, en la misma manera que los cantos rodados en la vertiginosa corriente de un río. Se van desgajando del centro elementos o partes que lleguen a adquirir individualidad propia. Pero así como en un análisis específico, sería posible identificar el patrón origen, en los distintos Derechos singulares que se han formado por separación del Derecho privado, es posible indagar principios generales comunes. Es más, la fuerza expansiva del propio Derecho civil radica en ese núcleo de instituciones y normas que subsisten como centro de referencia para todo el Derecho y que gozan de una fuerza elástica coherente que en nuestro Código civil sanciona de manera expresa el artículo 16, de aplicación general.

La importancia del Derecho privado, y en concreto del Derecho civil, en que radica el núcleo vital de aquél en cada pueblo o nación, se revela, pues, en que es el Derecho civil lo más auténtico, corazón y fuente de todo el ordenamiento jurídico. Podríamos decir que en el Derecho civil radica la *salus reipublicae*, o el bien de la comunidad, como que por él es conformada la vida misma **del pueblo**, puesto que en el Derecho civil se conservan las esencias mismas que dan naturaleza a la vida asociativa de cada pueblo: su idiosincrasia. Ese *ius proprium*, no significa ni más ni menos que eso: lo más peculiar, característico e íntimo

de la vida asociada de una comunidad, pues dijimos que la organización no es sólo un aspecto de la existencia del pueblo, sino *el motivo fundamental de su vida*.

De aquí que Derecho civil y bien de la comunidad son polos que en último análisis, se tocan. La legitimación del mandato normativo no radica en la *vis coactiva*, que es una nota determinante de su eficacia; ello sería proclamar como Derecho a la *Ley de una banda*—, sino en su armonía con una razón última. No se me oculta una **grave objeción**: se me dirá que esta concepción del Derecho, lo lleva a identificar con el pueblo (44).

No es exacto. El Derecho aparece como causa y a la vez efecto de la vida del pueblo. Como causa, en cuanto la moldea; como efecto, en cuanto es preciso partir del concepto prejurídico de «comunidad» para llegar a indagar la esencia del Derecho mismo. Pero debe advertirse que en esta concepción del Derecho privado radica su mayor timbre de gloria, su mayor importancia actual. Se nos dirá paradójicamente que ella abona la existencia del Derecho foral; cuando lo que sucede es, que la existencia de **Derechos** forales revela la preexistencia de pueblos con idiosincrasia, es decir, con auténtica y propia manera de ser, suficiente por sí para haber resistido la incardinación, conservando aquella nota de distinción, en una comunidad superior: nación o territorio nacional español, por ejemplo.

Pero he aquí el gran consuelo para el iusprivatista de nuestros días. Si la civilización presente relega a la historia los «nacionalismos», por tender a superestructuras internacionales, o si se quiere, a una superestructura única, es incuestionable que el Derecho público ha de experimentar en cada momento notables mutaciones en su formulación progresiva. Más en consonancia y a merced por ello de las fuerzas políticas en pugna, su campo de aplicación será mayor cuan-

---

(44) Siempre recuerdo con juvenil ilusión las brillantes páginas que el Prof. RUIZ DEL CASTILLO dedica al concepto de **nación**, en su **Manual de Derecho político** (1939), para reconstruir el mismo, superando las distintas tesis románticas del concepto de nación.

to menos margen quede al que hoy llamamos «Ejecutivo», y a la vez las crisis del Ejecutivo, o del Gobierno que lo encarna, con toda su importancia afectarán, sin embargo, mucho menos a la vida de la comunidad que podrá seguir discutiendo normalmente por el cauce del Derecho, que preserva a la comunidad de todo caos político. Sólo así puede tener explicación que Francia, por ejemplo, resista cuarenta días de crisis, en paz y en orden. Pero el Derecho privado puede subsistir, en cada pueblo, a semejanza de Derecho foral, aunque se llegue a la integración europea, panamericana o asiática. Y ello por dos considerables razones: 1.<sup>a</sup> Porque con la subsistencia de estos Derechos privados o civiles, propios de cada Estado miembro, no se lesionan los sentimientos de originalidad, personalidad e intimidad familiar, tan celosamente guardados por el hombre. 2.<sup>a</sup> Porque en el fondo de todo el Derecho privado o Derecho civil —aún hechas las reservas más cualificadas— corre una savia común, que lo vivifica plenamente: El Derecho romano (45).

En una integración europea, si algún día llegara a producirse, respetando los distintos Derechos civiles o propios de cada Estado miembro, en nada perdería eficacia la unión surgida; pero es más: entonces sería llegado el momento de iniciar la nueva etapa del Derecho romano. Toda nueva tendencia legislativa miraría siempre al *Iuristenrecht* como norte de orientación en la tarea unificadora que perseguiría el legislador. Mas seamos lógicos en nuestra propia contrucción. Si el Derecho, como ordenamiento, es organización y a la vez motivo fundamental de la vida de un pueblo, hemos de afirmar que la idea de una integración europea, no puede realizarse, por solas asociaciones económicas, confederaciones o pactos del Mediterráneo, de la OTAN o por la moneda o el mercado común. La «idea ha de lograrse volviendo los ojos al *Iuristenrecht*», como proclamaba KOSCHARER, porque cabe aún perfeccionar el Derecho privado sobre la base

---

(45) Del Derecho romano, como base para la formación de la ciencia jurídica europea, se ocupó magistralmente SANTA CRUZ TEJEIRO: *Valoración del Derecho romano como factor cultural de Europa*, Valencia, 1951.



del denominador común a todos los Derechos civiles de los pueblos de Europa: El Derecho romano. La armonía del mismo con la *ratio naturalis*, es tal, que viene constantemente proclamada. Queda así, a la vez, resuelto el más arduo problema para un jurista: la legitimación de su ordenamiento.

\* \* \*

El día que nosotros, juristas, estemos convencidos de que nos hallamos en posesión de «unas verdades que desafían las inconstancias de una filosofía que proceda por vía de abstracción», convencimiento que en tan alto grado tenían los romanos respecto a su Derecho (46), podremos proclamar ante las generaciones venideras la posibilidad de una paz duradera. —sin fronteras— paz que ha de asentarse en aquellos postulados de justicia que encerraban los tres famosos preceptos de Ulpiano, que también hoy «dan arma de fuerza moral al Derecho positivo para la lucha por el imperio de lo justo» (47), invitando a la juventud estudiosa a adquirir en la Universidad, una actitud de aplomo, de serenidad, de gravedad, que debe incorporar para siempre a su vida; tendremos así formados los juristas del mañana que serán los hombres *prudentes*, capaces de regir los negocios públicos con la misma discreción con que mantendrán firme la seguridad de las relaciones privadas, dando tranquilidad a los demás hombres con el logro de una paz duradera, cuyo misterio nos reveló con palabras de metal el viejo texto del Rey visigodo: «*La salud del pueblo es tener Derecho y mantenerlo*».

MANUEL IGLESIAS CUBRÍA  
CATEDRÁTICO  
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

(46) Cfr.: J. IGLESIAS: *Derecho romano y esencia del Derecho*, en *Revista Derecho Privado*, 1956, y hoy en separata página 17 y ss.

(47) Cfr.: J. IGLESIAS: loc. cit. 19 y ss.