

La organización del derecho privado

1. Pese a lo que afirma un concepto del Derecho muy extendido últimamente entre nosotros (1), la idea de la organización no forma parte constante e indefectible de la noción de Derecho, entendida esta noción en el sentido más amplio y comprensivo. En el mundo general de lo jurídico hay ciertamente entes organizados, pero hay también figuras que no lo están, de donde se deduce que la nota de la organización no es idónea para definir o contribuir a la definición de todo el Derecho, pues insistir en la equivalencia sería, desde un primer momento, faltar a la regla lógica elemental que exige que cada concepto recoja sólo, pero recoja toda, la materia que se quiere conceptuar. En realidad, el Derecho puede describirse perfectamente sin acudir a ese elemento organizador supuestamente constante: y así la tesis, defendida por nosotros, de que Derecho es el conjunto de las relaciones entre hombres socialmente necesarias, permite pasarse sin ningún ingrediente imprescindible de organización, porque es po-

(1) La definición a la que el texto se refiere es la de FEDERICO DE CASTRO, quien, en su *Derecho Civil de España*, tomo I, 1949, página 29, define al derecho positivo como «la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el derecho natural». En el desarrollo ulterior del concepto el autor parece equiparar la idea de organización a la de creación y eficacia de una realidad social. Pero ni siquiera con este añadido el concepto es satisfactorio. El Derecho no crea, sino que toma de la realidad social, entidades ya creadas; lo que hace es dotar de una forma especial a dichas entidades, convirtiéndolas de socialmente contingentes en socialmente necesarias. La realidad social es creada por múltiples factores, entre ellos el del mando o político, pero Derecho y Política no se pueden o no se deben identificar.

sible imaginar necesidades sociales que de suyo pueden tener tanto una consistencia orgánica como inorgánica, y el hecho de que la sociedad las «fatalice», por así decirlo, no supone, ni mucho menos, que queden virtual, ni prácticamente, organizadas.

Más bien, la nota de la organización debe recogerse en un momento avanzado de la investigación lógica del Derecho para separar, dentro del mismo, las dos ramas básicas que le integran y que suelen conocerse con los nombres de derecho público y de derecho privado. El Derecho, en general, no apunta a una realidad organizada, pero el derecho público en particular sí puede definirse como el conjunto de relaciones entre hombres que tienen carácter orgánico, a diferencia del derecho privado, que comprende al otro conjunto de relaciones, asimismo interhumanas, pero desorganizadas o inorgánicas. Esta fórmula permite reducir a una idea sencilla y fácilmente comprensible el viejo y atormentado problema de la distinción entre derecho público y privado: sin embargo, antes de considerarla como definitivamente adquirida, y de seguir adelante, es precisa una aclaración de su alcance y de sus fundamentos.

2. Todo depende, naturalmente, en este punto, del significado que se quiera atribuir al concepto de la organización. Por nuestra parte, creemos que el término *organización* designa sustancialmente a una cierta realidad a la que se concibe o considera como instrumentalizada, es decir, como dotada de la misión fundamental e insustituible de servir de medio o vehículo a otra entidad distinta de categoría superior o más alta que la anterior. Una organización describe siempre, si es que el nombre se aplica con propiedad, un reparto desigual de calificaciones entre entes diversos, de los cuales unos se conciben como finales y otros como no finales, es decir, como explicados precisamente por su condición de realizadores de los anteriores. Este instrumentalismo de lo organizado, consecuente además con el significado etimológico del término, es el único que describe satisfactoriamente lo que es un órgano y lo que es una organización; siempre, por supuesto, que se tenga presente que la diferencia entre entidad final y entidad instrumental, que califica a lo orgánico, es una diferencia de esencia y no una simple diferencia de existencia: por eso es orgánica la relación

que existe entre la función pública y el servidor de la misma, y no lo es la que corre entre un mandante y su mandatario (mejor, entre representado y representante), ya que, en este último caso, aunque el mandatario actúa por otro, el otro no es nada distinto sustancialmente, sino un *quid* análogo en calidad y jerarquía al que actúa.

Ahora bien, cuando se coloca la nota diferenciadora de lo público y de lo privado en la presencia o ausencia del ingrediente de la organización, hay que imaginarse a tal característica como proyectada sobre la relación jurídica correspondiente en su totalidad y no sobre alguno o algunos de los elementos particulares que la componen. Que el sujeto de un derecho o de un deber sea un ente organizado, no quiere decir que las relaciones de las que él es titular pertenezcan automáticamente al derecho público y no al privado: así, el que una empresa sea una organización auténtica, nadie lo podrá dudar, por cuanto que en su seno aparece esa típica distribución en capas o estratos distintos, de fines y medios, pese a lo cual sería inexacto afirmar que las relaciones jurídicas en que interviene una empresa son siempre de índole pública. De la misma manera, el objeto de una relación jurídica puede ser una cosa organizada y la relación seguir adscrita al ámbito del derecho privado: las masas patrimoniales adscritas a un cierto fin, que tiene relevancia para su consideración jurídica, se presentan, en primer término, dentro del derecho público, donde la afectación patrimonial es característica del dominio que en ella se regula, pero existe también en el derecho privado, como se ve, entre otras, en la figura del llamado fondo de comercio o, en general, en los denominados patrimonios separados o autónomos. Igualmente, por último, una actividad jurídica puede estar combinada, según una ordenación de medios a fines y no por ello quedar sustraída al puro derecho privado: pensemos, verbigracia, en el desarrollo de un procedimiento, el cual, aunque típica pluralidad de actos organizados, tiene, en la órbita jurídica privada, papel que desempeñar, aunque no sea ciertamente de tanto relieve como en la esfera del derecho público, donde existen las importantes manifestaciones del procedimiento legislativo, ejecutivo y judicial. En consecuencia, como antes se decía, no es la organización de unos o de varios elementos de la relación jurídica lo que

hace de ésta una relación orgánica, sino que la concepción de la relación jurídica en su totalidad es la que debe decidir sobre la exacta aplicación de tal naturaleza.

¿Cuándo una relación jurídica es, a estos efectos, orgánica en su totalidad? Cuando ella misma, y en los dos fragmentos en que se descompone, de poder y de deber, está instituida (2) fundamentalmente con el significado instrumental de que antes se hablaba. Toda relación jurídica auténticamente orgánica lo es porque y en tanto que fuera de ella, y más allá de ella, se da una realidad de orden superior, a la que ella se enlaza vicariamente, si cabe emplear esta expresión. Cuando una Delegación de Hacienda nos ordena pagar un cierto impuesto, esta orden sería inconcebible en su eficacia jurídica si no pensáramos que, más allá de la persona de que emana y más allá incluso de nuestra individualidad, que la recibe, hay una instancia sustancialmente diferente a la que trata de servir. La relación jurídica orgánica es instrumental, porque se pone al servicio de otra finalidad distinta de ella: esa otra realidad, de naturaleza final y no instrumental ya no tiene, en cambio, que acudir a ninguna otra para justificarse jurídicamente; se explica a sí misma y se agota en sí misma; extrae de su propia consistencia su virtud operativa, la que efectúa precisamente a través de sus órganos. Tal realidad es precisamente la autoridad, pues ser autoridad no quiere decir, estrictamente hablando, más que encontrar en sí mismo los títulos de actuación, no tener que ir a buscarlos a un dispositivo ajeno. Lo esencial de la autoridad estriba en esa autocausación de un comportamiento jurídico, no, como erróneamente se afirma, en una superioridad jerárquica frente al súbdito, porque, en aquellas materias en que el súbdito no recibe poderes jurídicos del imperante, sino que los toma de su propia naturaleza, como ocurre con buena parte de los llama-

(2) Al decir que la relación jurídica orgánica está *instituida*, no quiere sostenerse, sin embargo, que toda relación jurídica orgánica desemboque en una situación institucional. En el mundo de lo orgánico hay estipulaciones, esto es, complejos relativos presididos por la idea de la autonomía de lo subjetivo, como hay instituciones, esto es, conjuntos de relaciones dominados, en esa misma agregación, por un factor heterónomo y objetivo; de la misma manera que hay también ambos tipos de pluralidad de relaciones jurídicas en el mundo de lo desorganizado. Podría concederse un mayor predominio de cada uno de estos modelos en cada uno de aquellos sectores, pero la razón cuantitativa no sería decisiva para justificar la exclusividad del lenguaje. Por ello no debe tomarse al pie de la letra la denominación que en el texto se emplea.

dos derechos públicos subjetivos, él es la autoridad y no el Estado, porque él es, en su persona, la última fuente dispensadora de los poderes que tales derechos conceden.

Esta caracterización de la división del derecho en público y privado como una división de las relaciones jurídicas correspondientes en orgánicas y no orgánicas no contradice sino que corrobora la tesis de que el derecho público es el que se refiere a entidades distintas del individuo, mientras que el derecho privado tiene por cometido esencial la regulación jurídica de lo neta y estrictamente individual. Precisamente al hacer de lo orgánico un concepto definidor de medios al servicio de fines esencialmente distintos, se comprende que lo inorgánico, en que esa idea de organización, o sea de objetivos e instrumentos, queda ausente, garantiza la arbitrariedad inevitable de todo lo auténticamente individual. Por lo mismo que más allá del individuo no hay ni puede haber nada, el individuo, en cuanto tal, no puede ser concebido como instrumento de nada, sino a lo sumo de sí mismo, y, por consiguiente, al margen de toda posible ordenación instrumental. El derecho público es el reino de la autoridad, porque a los sujetos que en él intervienen se les superpone una idea trascendental a cuya realización quedan teleológicamente sujetos, mientras que en el reino del derecho privado, la noción de la autoridad no puede desempeñar ningún papel directo, ya que entonces, configurado como un medio al servicio de otra cosa, el individuo dejaría de ser lo último, tal como su concepto reclama, dejaría de ser elemental e indivisible, para convertirse en un miembro, fragmento o sector, que es lo que son, en suma, todos los órganos de un ente organizado. Naturalmente, la colectividad está presente, tanto en el derecho público como en el derecho privado, e impone sus soluciones lo mismo a las colectividades que a los particulares, pero su intervención encuadra una materia netamente distinta en uno y otro caso: en el primero subordina una realidad a otra, y en el segundo coordina simplemente realidades, de suyo autónomas, para garantizar, en lo que cabe, el recinto que debe respetarse de esa postrera e inevitable anarquía.

3. Ahora bien, de la tesis de que el derecho privado es, frente al derecho público, un derecho constituido por relaciones jurídicas

no organizadas, se desprende una primera consecuencia, sin duda paradójica, pero que no deja de tener un importante significado: a saber, la consecuencia de que, precisamente por ser un derecho no organizado, el derecho privado es el único que admite realmente que sobre él recaiga una tarea de organización. El derecho público es, a este respecto, enormemente inelástico y rígido: supuesta la disposición finalística de ciertos medios a ciertos objetivos, no se sabe bien cómo cabría reorganizar esta disposición sin alterar todo su íntimo significado: y aunque sin duda cabe pensar en que una misma materia esté organizada desde diferentes perspectivas esenciales, lo que se piensa de este modo es que una misma materia pertenece, en realidad, a órdenes de derecho público distinto, como puede ocurrir con el derecho internacional que enjuicia al derecho interno, o con el derecho procesal que enjuicia al derecho administrativo. En cambio, con el derecho privado ocurre exactamente lo contrario: en principio, no cabe hablar en él de órbitas diferentes sobre la misma materia, ya que hay en cada marco espacio-temporal, varios derechos públicos, pero un solo derecho privado (3); pero en cambio, por la libertad característica del substrato social, a que el derecho privado se refiere siempre, es imaginable la proyección sobre el mismo de mecanismos más o menos completos de sujeción.

Esto explica el curiosísimo fenómeno de la existencia, no en el derecho público, pero sí en el derecho privado, de órbitas formales jurídicas absolutamente peculiares. No hay en el derecho público, y sí en el derecho privado, un derecho notarial, un derecho registral o un derecho de jurisdicción voluntaria. ¿Por qué? Pues sencillamente, como vamos a ver a continuación, porque estos aparatos de formalización jurídica suponen una tentativa de organización extrínseca de las relaciones jurídicas, y a tal organización escapan las figuras de derecho público, ya organizadas de

(3) Parece paradójico que, siendo el derecho privado el reino de la libertad, haya, fenomenológicamente, muchos menos derechos privados que derechos públicos. Pero la razón de esta aparente antinomia es bien sencilla. Por lo mismo que el derecho privado respeta la arbitrariedad individual, no hay en él más que una solución posible, a diferencia de lo que ocurre con el derecho público que puede modelar positivamente, desde perspectivas diferentes, la sujeción de los individuos. Hay muchas maneras de imponer trabajos coercitivos o muchos trabajos a los que sujeta a quien se halla encadenado: pero sólo hay una manera auténtica de conceder descanso y libertad.

suyo y con mucha mayor fuerza. Nótese que esto no quiere decir que no haya en el derecho público figuras parecidas a los protocolos, registros o archivos: pero en el derecho público la significación y, por ende, la importancia real de las mismas no guarda paralelo ninguno con la del ordenamiento jurídico de los particulares.

Tiene interés, por tanto, lanzar una ojeada, siquiera sea apresurada y sucinta, a un concepto que permite explicar la naturaleza de varias ramas del derecho no siempre bien comprendidas (4).

4. Naturalmente, cuando se habla de organización del derecho privado no se quiere o no se debe decir nunca que el derecho privado sea susceptible de una ordenación de tal calidad que convierta sus relaciones jurídicas en piezas esencialmente instrumentales. Esto sería posible, pero con una consecuencia evidente: la de que el derecho privado dejaría de serlo para convertirse en derecho público, por lo mismo que todo derecho esencialmente organizado es derecho público y no derecho privado. Antes se habló de la organización del derecho privado como de una manipulación extrínseca del mismo. Y es que, en efecto, si la idea de organizar el derecho privado se traduce en la idea de subordinar los poderes y deberes del individuo a otro concepto ajeno, superior y más alto, entonces el derecho privado automáticamente deja de existir (5).

Esto quiere decir que no puede haber, en el derecho privado, una organización que responda al encuadramiento de un sistema.

(4) Podría caber la duda de cuál es a su vez la naturaleza interna, pública o privada, de las ramas del Derecho a que, a continuación, se va a atender. ¿Derecho público o derecho privado? La contestación no es fácil de establecer y depende, por supuesto, aunque se admita que el derecho público es, por esencia, un derecho organizador, de la mayor o menor amplitud con que se construya la idea de la organización. Por nuestra parte, creemos preferible no incluir a estas ramas del Derecho, que historifican el derecho privado, como tipos del derecho público, semejantes a los normales de esta clase; y, por el contrario, estudiarlos independientemente, como una introducción, una incidencia o un complemento del estricto derecho privado.

(5) Todas las llamadas transformaciones del derecho privado, todas sus crisis actuales, toda su constante pérdida de terreno frente al derecho público, se deben precisamente a las tentativas de organización de las materias a que él se refiere. Lo cual es de especial importancia, una vez que proporciona la diagnosis del mal, para proponer y aplicar el remedio correspondiente: si se quiere que el derecho privado siga viviendo, no más organizaciones del derecho privado.

Por sistema entendemos aquí la reducción a una unidad, la idea que permite alojar, en dispositivos, abstracta y temporalmente concebidas, a los núcleos de realidad que el derecho privado maneja, verbigracia, las conductas de los hombres, en cuanto hombres y no en cuanto ciudadanos. La sistematización del derecho privado, que sería, por ello, una verdadera organización del mismo, queda excluida, por la misma fuerza de las cosas: por supuesto, la sistematización de la realidad jurídico-privada, no del pensamiento en torno a la misma, porque los pensamientos que recaen sobre el derecho privado pueden obedecer a pautas sistemáticas, gnosológicas y no ontológicas, que proporcionen una visión unitaria de aquello que se quiere contemplar (6). Si, más allá de esta preocupación especulativa, la ambición sistematizadora aspira a moldear la realidad, entonces la esencial impredecibilidad de la acción del individuo desaparece y la sistematización se logra, como antes hemos visto, a costa de la muerte del propio derecho privado: el organizador del derecho privado no puede hacerse la ilusión de que ordena almas, sino sólo de que colecciona cadáveres. Y da lo mismo, a estos efectos, que la sistematización se verifique tomando por pauta determinante de la unidad un criterio de racionalización o un criterio de moralización de la realidad jurídica, por no hablar de los determinantes estéticos, ya que, en todo caso, enfrentarse con la realidad del derecho privado para actuar sobre ella con la pretensión de sujetarla a un orden lógico o ético es siempre y en todo caso una pretensión de poner al individuo al servicio de finalidades objetivas ajenas que, por eso mismo, le desindividualizan y, en consecuencia, lo trasplantan fuera del derecho privado auténtico.

Sin embargo, la negativa a organizar el derecho privado desde

(6) Quienes sostienen que cualquier juicio sobre un comportamiento humano constituye una realidad jurídica, negando su exterioridad al sujeto, tal como PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, 1943, y ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, 1955, podrán creerse obligados a negar la distinción que existe entre pensamiento jurídico y realidad del Derecho. Pero se trata, sin duda, de una visión unitaria del Derecho excesivamente radicalizado. Ahora bien: a esta consecuencia tan forzada parecen tener que llegar todos los autores que, erróneamente, toman como punto de partida de la definición del Derecho las normas y no las relaciones: sistematizar las normas de derecho privado parece tarea fácil; pero sistematizar las relaciones es, si se quiere respetar al propio derecho privado, tarea absolutamente impracticable.

un punto de vista intrínseco o esencial, o sea sistemático, puede no eliminar, de suyo, cualquier tentativa de trabajar sobre él con un mismo propósito de aseguramiento o fijación, si es que ese propósito respeta la inevitable arbitrariedad actual y fluyente de las relaciones jurídicas privadas. Actuar sobre el derecho privado para que éste, en lo sucesivo, se acomode a ciertos supuestos de objetividad es, como acaba de verse, empresa a todas luces incompatible con la naturaleza de tal ordenamiento jurídico. Pero con esto no está dicho que, respetando la indeterminación dinámica de tal derecho, no quepa enfrentarse con él desde una perspectiva diferente, aunque siempre dirigida a racionalizar, en lo posible, la característica impredecibilidad de una materia regida, sobre todo, por libérrimas voluntades individuales. Y, efectivamente, ese intento se ha realizado y está realizándose continuamente de hecho, y sus resultados son precisamente los aparatos jurídicos que constituyen el contenido de aquellas instituciones formales que, como antes se dijo, no encuentran paralelo, sino que son peculiares de la ordenación del derecho privado, aunque acaso, por su misma significación, ya no puedan encuadrarse estrictamente dentro de él.

En efecto, rechazada la organización sistemática de la materia jurídico-privada, queda aún la posibilidad de una organización histórica de la misma, es decir, que, aun prescindiendo de encuadrar al derecho privado hacia el futuro, es viable todavía la pretensión de enmarcarlo hacia el pasado, con lo cual no se le sistematiza, sino que se le historifica; y de ese modo viene, aunque externamente, adscrito a un molde objetivo que permite contar con él en mucha mayor medida de lo que su libre desenvolvimiento último permitiría.

¿Hasta qué punto es la historia, o la conversión en historia, una verdadera organización? Podría resolverse este interrogante recordando el postulado de la filosofía idealista, que ve en lo real, por el hecho de serlo, la verdadera manifestación de lo racional y, por ende, en las concreciones de lo real, que la historia va dejando atrás como productos elaborados, condensaciones totalmente racionales, fruto, no ya de un orden, sino del único orden que la realidad admitiría; con lo que el viejo lema filosófico de que la historia del mundo es el tribunal del mundo, asumiría, para

el jurista, la importante traducción formal de que la historia es la pieza decisiva en la construcción de un orden jurídico verdadero. No obstante, tal planteamiento no serviría para nuestro propósito actual. Porque, según dicha concepción, lo real alcanza racionalidad por el hecho de serlo y no simplemente por el hecho de convertirse en pasado, con lo cual sería preciso ver el orden jurídico y su organización no sólo en la historia, sino también en el presente, y aun en el futuro, concibiendo a este futuro como un momento hecho inteligible, precisamente por su incorporación dialéctica al flujo del acontecer. Llegaríamos así, por un camino indirecto, pero no menos peligroso que el del racionalismo apriorístico, a una destrucción de la auténtica naturaleza del derecho privado, el cual vendría a calificarse o descalificarse según el significado que cada uno quisiera atribuir a ese proceso dialéctico de la corriente histórica; y así, tendría razón el comunismo en sistematizar el derecho privado como lo exigiera el supuesto devenir material de la humanidad o tendría razón, en general, cualquier tentativa de publización del derecho, sin más limitación que tomarse el ligero trabajo de idear el *slogan* de desarrollo que pareciera más adecuado a cada interpretación personal de la historia: Orden Nuevo, Bien Común, exigencias de la Persona (7), etc., etc.

Negado esto, queda siempre el papel de la historia como proveedora de una organización jurídica, esto es de una catalogación jerárquica de la realidad del derecho, por el hecho mismo de que, montada sobre el pasado, la arbitrariedad, por fuerza, ha tenido que dejar de serlo. El respeto a la actuación individual es característica, como antes se vió, del derecho privado, pero ese mismo respeto no lleva, desde luego, ni puede llevar al absurdo metafísico de que una actuación individual, ya verificada, es decir, convertida en historia, pueda seguir siendo tratada como una constante de indeterminación. La libertad es algo esencial al derecho privado, pero la libertad, por esencia, es algo que, en cuanto posibilidad y no actualidad, mira hacia el futuro y no hacia el pasado: porque, tan pronto como se actualiza una libertad, op-

(7) Sobre estos conceptos de letra mayúscula, como reacios e inadecuados para la definición del derecho privado, cualquiera que sea su particular buena o mala intención, hablamos ya, en términos críticos, en nuestro artículo *El individuo y la persona*, publicado en la «Revista de Derecho Privado», enero 1960

tando por cualquiera de los términos cuya alternativa la define, esa misma libertad queda irremisiblemente agotada. Esto quiere decir, que el pasado permite prescindir de lo arbitrario, y que una acción individual, que ha sido individual, pero que ya se ha consumado, puede, sin menoscabo de la naturaleza que tuvo, someterse a una elaboración meditada y concienzuda, a una relación de servicio, a una organización definitiva. Probablemente, esta es la excelsitud del papel de la historia: hacer necesario lo contingente, congelar lo que fluye, ordenar lo imprevisible; y todo ello lo hace, si el historiador verdaderamente responde a su condición de tal, respetando lo que de caracteres opuestos existía en la realidad recogida por él.

¿Para qué serviría esto? Quienes no se resignan a no moldear a su antojo el alma de los hombres pueden examinar, con continente desdeñoso, esa precaria posibilidad de sujetar a los individuos desde la perspectiva de lo que hicieron libremente, y porque precisamente lo hicieron. Pero si se contempla más de cerca dicha posibilidad, se ve bien claro que, aunque no permita un dirigismo inconveniente que, volvamos a decirlo, sería la verdadera muerte del derecho privado, si proporciona seguridades altamente estimables para el jurista y, en definitiva, le dota de instrumentos que en otro caso no tendría.

Pensemos, verbigracia, en las repercusiones que la historificación de una conducta individual lleva consigo, no como mero dato de erudición, sino como regla que modula la propia actuación individual de la realidad ya historificada. Quien estipuló un contrato con otro particular pudo, en el momento de contratar, acogéndose al principio de la autonomía individual de la voluntad, recabar para sus intenciones el puesto tan amplio que se quiera en la esfera protegida por el concepto de negocio jurídico realizado por él. Pero, tan pronto como lo hizo, su arbitrariedad inicial, condensada en el pretérito, le liga fortísimamente, y desde la compulsión a la prestación específica de lo prometido hasta la exigencia, mucho más amplia e indirecta, de una consecuencia en la conducta, por respeto a la doctrina de los actos propios, la historia gravita sobre él y condiciona su futuro, no porque él deje de ser individuo, sino por respeto a lo hecho por su propia individualidad. No hay en este peso de la historia sobre el futuro

ninguna concesión a la objetividad inhumana y trascendente que desfiguraría el derecho privado, pero sí hay un enmarcamiento de lo individual, un contar con él, por lo mismo que existe, que selecciona, de las contingencias futuras posibles, unas que valen y otras que no valen para el propio derecho privado. Y de entender que toda necesidad expulsa del hombre su humanidad verdadera, sólo se salvaría de este reproche radical frente a todo el Derecho, el ligamen tolerado por el derecho privado y provocado por la misma actuación pretérita de aquel a quien se entiende vinculado.

La historia vendría a ser así una auténtica instancia constituyente del derecho privado. Podría discutirse si, en realidad, esa consideración histórica modelaría la realidad o simplemente revelaría su existencia, dando pruebas de ella. Pero, sin duda, no se debe llevar demasiado lejos esa antigua y poco convincente diferencia entre eficacia constitutiva y eficacia probatoria. ¿Podemos hablar nosotros, científicamente, de una realidad, como existente, distinta de la realidad que puede ser probada? La meditación de los resultados a que en este punto ha tenido que llegar la ciencia de la naturaleza es altamente aleccionadora para el jurista (8) y le invita, por lo menos, a ser muy cauteloso en la pretendida diferencia entre la realidad que es y la realidad que se prueba.

5. No quedaría completa, sin embargo, la llamada de atención a esta posibilidad de organización del derecho privado, si no se hiciera ahora un recuento, también muy ligero, por supuesto, de las posibilidades de manifestación de las tentativas de tal clase. El derecho privado puede ser organizado desde la historia, ¿pero cómo? Abandonado a sus propias fuerzas, el devenir jurídico privado desaparece, como todo lo real, como el tiempo mismo, sin dejar rastro. Las huellas meramente accidentales y fortuitas que la vida jurídica privada vaya dejando en el pasado, evidentemente, por leves y eventuales, no constituirían una verdadera organización. Dar la respuesta a este problema es precisamente el cometido de

(8) Nos referimos a la identificación que en la física moderna se hace entre la realidad natural y lo observable: también el jurista podría pretender que él, en cuanto tal, no se ocupa de realidades humanas que no pueden ser probadas.

los juristas una vez que reconocen, intuitiva y reflexivamente, la viabilidad de una extrinsecación orgánica del derecho privado.

Pero la respuesta no es única en este caso, sino que es múltiple. No hay, afortunadamente, una sola manera de organizar el derecho privado como historia, sino que hay varias, cuya existencia y distinción se puede demostrar tanto *a priori* como empíricamente. Conviene, por tanto, referirse ahora a ese repertorio de posibilidades, sistematizándolas a su vez, si bien, como antes se decía, desde el plano metodológico de su conocimiento, y no desde el plano ontológico de su esencia, porque el derecho privado tampoco admite una organización de segundo grado, es decir, ni siquiera, la organización de la constancia de su arbitrariedad.

En este punto, como en cualquier otro de la teoría general del derecho, y quizá de la misma teoría de la realidad, es útil y hasta forzoso partir de la contemplación de los tres puntos de vista absolutos y postreros en que el pensamiento se refugia siempre cuando quiere inventariar lo que se halla ante sí. Tales puntos de vista consisten en imaginarse a la realidad elementalizada desde la proyección de una perspectiva única, en cada caso, pero diversa entre sí, que se idea primeramente como un sujeto, después como un objeto, por último como una actividad. Analizando, en efecto, la cuestión presente a la luz de las posibilidades subjetivas, objetivas y activas de organizar históricamente el derecho privado, se llega a un resultado ordenado y completo, que no sólo da cuenta de instituciones jurídicas de naturaleza borrosa, sino que, además, permite adivinar la verdadera diferenciación que probablemente corre entre ellas.

6. En efecto, una primera posibilidad de organizar históricamente el derecho privado se tiene cuando se piensa, que la presencia de un sujeto, investido de poderes al efecto dentro del mismo, dota de una calidad existencial indiscutible a lo que ese sujeto refiere como proyectado a sí: tal es el papel del Notariado, y, por ende, del *derecho notarial*.

Una realidad jurídico privada, impronosticable antes de producirse y discutible después de producida, sigue siendo lo primero (*asistemática*), pero deja de ser lo segundo (*ahistórica*) cuando ese sujeto que se denomina Notario toma parte en ella y, desde

el estrado insustituible de su propia individualidad refiere a la misma los sectores del devenir jurídico privado que de esta manera quedan convertidos en historia. La confrontación entre la realidad futura y la pasada y entre la realidad extranotarial y la notarial es perfectamente convincente, a este respecto, en cuanto a la posibilidad de que la primera sea, pero no la segunda, una incógnita en la existencia; por lo cual no parece discutible que verdaderamente el derecho notarial se propone historificar el derecho privado en la forma que aquí se viene esclareciendo.

Ahora bien, lo característico de esa intervención jurídica del Notario es la maravillosa y casi increíble atribución que supone al papel historificante de un simple sujeto aislado, en cuanto tal. En las intervenciones notariales no hay aparato objetivo de ninguna clase, ni, en medida significativa, aparato procedimental (9). A lo que el derecho notarial se confía y se remite es al sujeto mismo, al hombre mismo, y al hombre en cuanto ente natural y físico, a lo que él ve y oye, no a lo que quiere ni a lo que siente; de donde la estupenda y eficacísima sensualidad del verdadero derecho notarial. La realidad documentada por un Notario tiene valor histórico, porque ese sujeto, el Notario, estaba allí: y si en el derecho privado fuera lícito hablar y calcular con la enigmática noción del carisma de que los cultivadores del derecho público tanto usan y abusan, no sería exagerado referirse a un carisma notarial como determinante de la gracia especial de sus intervenciones. Lo vio el Notario, luego es cierto; lo oyó un Notario, luego es cierto. No hay complementos objetivos de esa pura explicación de una personalidad; no hay tampoco regulación especial de actividad, porque la misma forma de los actos notariales no es más que un modo de convencerse de que la presencia subjetiva del Notario está verdaderamente garantizada.

Se comprende bien que de este modo, ingenuo y al mismo tiempo sutil, la historificación del derecho privado ha podido lograrse, casi desde los primeros tiempos de su evolución. La solución sub-

(9) Naturalmente, aquí, como en los casos ulteriores, se está reduciendo a una máxima simplicidad la estructura característica de los derechos formales que se analizan: la realidad es bastante más compleja que todos los esquemas y, por ello, los aparatos positivos de organización del derecho privado, contemplados empíricamente, podrían suscitar objeciones que, sin embargo, hay que dejar a un lado ahora.

jetiva es, al mismo tiempo, la más elemental y la más elegante de todas las soluciones, y la solera de un Derecho puede interpretarse en grado muy exacto sin más que atender al papel que en él juega la intervención notarial. Notarios buenos y prestigiosos; derecho bueno y prestigioso; notarios trivializados, derecho frágil e infantil. Desde este punto de vista, una vez tomada constancia de la existencia y alcance de esta posibilidad, a uno no le queda sino enorgullecerse del Notariado de su país y pedir a Dios que los rasgos que eventualmente podrían venir a desvirtuarlo: lejanía entre el Notario y el individuo, aparato técnico hipertrofiado, procedimentalización de la intervención, queden, cada vez en mayor medida, rechazados.

7. La segunda de las tres posibilidades a que antes se hizo referencia es, como se recordará, la posibilidad objetiva, caracterizada por la indole no personal ni activa del instrumento organizador del derecho privado que aquí se investiga.

Esa indole objetiva es la que explica la naturaleza auténtica del Registro y del *derecho registral*. En efecto, lo esencial en un Registro está en la ordenación y encadenamiento a que somete a un mundo objetivo, plural y complejo, de cuya misma pluralidad y complejidad extrae la institución registral la impecable seguridad de sus resultados. Lo importante, evidentemente, en el Registro no es el tránsito ante un funcionario público de ciertas actuaciones, previamente documentadas o no, ni lo importante tampoco es que, ante ese funcionario, se desarrollen, aisladamente y en cada caso, determinadas intervenciones. Por el contrario, es definidor el hecho de que el Registro instituye una trabazón transpersonal entre los elementos que comprende, trabazón de tal modo encadenada y permanente que la existencia de cada elemento garantiza la existencia de los demás, ya que precisamente, por tener que contar con los otros, ninguno de los datos registrales tiene vida propia y todos están sostenidos por la malla impersonal del conjunto. No sería concebible un verdadero Registro con una sola realidad documentada o con varias realidades documentadas distintas entre sí: ello daría lugar a un Archivo protocolario o judicial, pero no a un Registro verdadero. El Registro es lo que es y tiene la fuerza que tiene porque sobre cada uno de sus asientos

irradia la luz de todos los restantes; y los principios de tracto coordinado (implícito en nuestro Derecho) y de tracto sucesivo (explícito y legalmente desarrollado) no hacen sino poner legalmente de relieve que no hay en el derecho registral elementos monovalentes, sino polivalentes, porque la capacidad y la necesidad de coordinar cada uno de sus datos con los restantes da, a la combinación registral, la eficacia que le es propia.

Esto explica el característico tecnicismo de toda institución registral verdadera. Mientras que un Notario puede concebirse como un gigantesco y solemne hombre bueno, por mucho sentido de la equidad y de la justicia natural que se atribuya a un Registrador, siempre le faltará algo si no se le supone poseído, en grado sumo, de la difícil y exquisita técnica que su aparato peculiar le exige. El dominio de la objetividad registral es la primera preocupación de este sistema de organización del derecho privado, y ello es lo que justifica, y no a la inversa, las dificultades de la labor del Registrador como calificador de actuaciones o como dirimente, aunque sea en primera instancia, de las dudas que el propio funcionamiento de su aparato sitúa ante él. Esa técnica registral es, por supuesto, auténtica y rigurosamente formal: lo de menos en un Registro es que verse sobre el estado civil de las personas, o sobre la propiedad de las cosas, o sobre la constitución o disolución de sociedades. En todo caso, ésta es la materia, intrascendente, sobre la que la verdadera acción registral recae. Lo importante en el Registro es saber cuáles son las exigencias y las consecuencias de someter al puro derecho privado, y a no importa qué rama del derecho privado, a la conexión objetiva que todo Registro supone; determinar los requisitos de la inserción de un nuevo elemento en ese conjunto objetivo, establecer lo que cada uno toma y recibe de los demás, precisar las consecuencias de su presencia o de su ausencia. Hoy no existe entre nosotros, ni quizá entre extraños, un verdadero derecho registral a secas; pero lo que ya se ha conseguido en la impresionante evolución de la hermana mayor de la familia, es decir, en el derecho inmobiliario registral, permite lanzar la profecía, no sólo de la viabilidad de tal derecho, sino de su venturoso nacimiento en un día, probablemente, no muy lejano.

Registro y mundo objetivo, tales son los dos términos de la ecuación. Por eso en el derecho registral tiene tanta importancia

la concordia entre él y la realidad. Cuando se historifica al derecho privado con elementos subjetivos o activos, el problema o no puede presentarse o no se presenta de hecho; cuando se abarca la inmensidad de un orden objetivo, el pavoroso problema de su fidelidad real se coloca, automáticamente, en primer plano. Tal es, por consiguiente, la consigna inmediata de política jurídica que se deduce de esa caracterización del derecho registral, consigna que entre nosotros se halla en la mente de todos y, por supuesto, en la de los auténticos guardianes del mundo histórico de lo jurídico privado, precisamente en cuanto mundo objetivo, que son nuestros beneméritos Registradores de la Propiedad.

8. Queda, por supuesto, el tercer término de la diferenciación antes desarrollada, es decir, queda por determinar la posibilidad de organizar el derecho privado, en cuanto historia, sobre la base de un elemento de estricta actividad.

La figura que responde a esta última caracterización es esa institución borrosa y discutida que se conoce con el nombre de *jurisdicción voluntaria*. Que la jurisdicción voluntaria, pese a su nombre, no es jurisdicción verdadera, es algo que se ha puesto de relieve con argumentos irrefutables, hace ya mucho tiempo; que es una figura que tampoco se puede identificar, sin más, con la órbita del derecho administrativo, por lo menos, por la peculiaridad de la materia sobre que recae (puro derecho privado y no derecho público) es cosa que también merece ser concedida sin reservas. Ahora bien, es posible tener presente ambas proposiciones y caracterizar, en vista de ellas, a la jurisdicción voluntaria como un método de organización del derecho privado especificado por la sumisión de las realidades de esta clase a un procedimiento, es decir, a una característica coordinación de actividades cuya existencia entrelazada dota precisamente de un significado organizador a la materia que en ella se recoge.

La jurisdicción voluntaria no es, en efecto, una figura de derecho en la que el elemento subjetivo goce de una relevancia especialmente digna de mención. La jurisdicción voluntaria se halla atribuida, en nuestro Derecho, como en muchos otros, a una cierta autoridad jurídica, como lo es el Juez, pero la inmensa mayoría de los analistas de la institución reconocen que se trata de un

cometido extrínseco al verdaderamente judicial, que la atribución de los negocios de jurisdicción voluntaria al Juez se funda, sobre todo, en razones contingentes, derivadas de una interpretación defectuosa del principio de la división del trabajo, y que lo mismo que el Juez, cualquier otro sujeto, el Notario, el Registrador, o un elemento subjetivo especial, podrían perfectamente desempeñar esta clase de funciones. Por nuestra parte, creemos que aún cabe dar un paso más, haciendo notar que no sólo es indiferente la índole particular de la autoridad que interviene en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que también lo de menos en ella es que sea precisamente una autoridad, pues la fuerza de la jurisdicción voluntaria no está como en el derecho público, o como en el derecho privado organizado notarialmente, en las calidades subjetivas otorgadas, mediante investidura oficial, a un cierto sujeto.

Pero la jurisdicción voluntaria tampoco tiene un enmarcamiento objetivo que aclare decisivamente su fisonomía esencial. Desde luego, la jurisdicción voluntaria se refiere a materias típicas de derecho privado, y no de otra clase, precisamente porque se intenta organizar al derecho privado, que es el único susceptible de admitir una organización. Pero, dentro del derecho privado, todos sus sectores son idóneos para constituir la materia propia de un expediente de esta clase; y, como saben muy bien los estudiosos de la jurisdicción voluntaria en nuestro Derecho, la clasificación de los actos de tal jurisdicción nunca queda completa si no se pasa revista a la clasificación de los temas del derecho privado material. Por otra parte, desde un punto de vista de objetivación formal, la jurisdicción voluntaria es absolutamente anodina e inco-nexa; ningún expediente de jurisdicción voluntaria se preocupa, por lo menos técnicamente, de lo que se haya dicho o pueda decirse en otro; la influencia de los actos de jurisdicción voluntaria entre sí opera externamente, por fuera de ellos mismos, en virtud de los efectos trascendentales que cada uno determina sobre la realidad jurídica; lo que aleja, sin duda, a las actuaciones de esta clase del mundo internamente organizado desde un punto de vista objetivo, tal como lo es el cosmos registral.

En cambio, en la jurisdicción voluntaria aparece, en primer plano, una dimensión que en las otras dos maneras de organizar el derecho privado carecía de relevancia: la dimensión del procedi-

miento. Podría concebirse acaso un expediente de jurisdicción voluntaria llevado por un particular y absolutamente aislado de cualquier otro semejante, pero nunca sería acto de jurisdicción voluntaria si no comprendiese el desarrollo de un conjunto de actividades recíprocamente entrelazadas, ligadas unas a otras, funcionando las primeras como elementos de admisión de las segundas, y las segundas como elementos de eficacia de las primeras, es decir, en definitiva, actuando como un procedimiento verdadero.

El legislador historifica el derecho privado, a través de la jurisdicción voluntaria, precisamente porque somete los problemas de ese derecho privado a una elaboración procedimental. En la jurisdicción voluntaria se deslindan con todo cuidado los momentos iniciales, los intermedios y los finales y cada uno de ellos vale en cuanto existen los otros y no por sí mismos. Esto es lo que explica precisamente la confusión entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa o, puesto que sólo la contenciosa es procesal, la equiparación errónea de la jurisdicción voluntaria a un proceso verdadero. En efecto, cuando el procedimiento era identificado con el proceso, la llamada jurisdicción voluntaria, en la que el desarrollo procedimental es de esencia, aparecía ser una manifestación procesal auténtica. Hoy sabemos ya que procedimiento no es lo mismo que proceso, y por ello podemos afirmar que la jurisdicción voluntaria no es una especie procesal; pero podemos darnos cuenta, por la persistencia del viejo error denunciado, de la razón real a que se debe el que la organización del derecho privado mediante un procedimiento lleve el nombre, ciertamente impropio, de actividad jurisdiccional.

La sumisión a un procedimiento garantiza históricamente la fijeza de los temas de derecho privado afectados por el mismo. Basta tener presente la intervención de sujetos distintos y hasta antagónicos que todo procedimiento postula, para darse cuenta de las seguridades que ello introduce en una mecánica regida por un principio procedimental. El hecho de que los interesados puedan promover esta dinámica de actuación y puedan oponerse a ella, modificando sus resultados o incluso eliminándolos, por transformar el acto de jurisdicción voluntaria en contencioso, engendra resultados que, cuando se dan, pueden compararse, en su presunción de autenticidad, a los obtenidos por el método notarial o el

método registral. En este sentido, la jurisdicción voluntaria ocupa un puesto relevante e imprescindible dentro de la serie de instrumentos de organización formal del derecho privado, si bien postula naturalmente que, a la atención que se preste a los sujetos que en ella figuran y al objeto sobre que recae, se superponga, acaso en mayor medida, el cuidado por las preocupaciones de su desenvolvimiento en el tiempo, lo cual, pensando para nosotros, equivale a insinuar si no será llegada ya la hora de descargar el abrumador trabajo que este cometido viene a sobreponer sobre las fatigadas espaldas de nuestros esforzados Jueces, y si no será ya llegada la hora de estudiar una manera peculiar y distinta de abordar la institución.

9. En todo caso, queda hecha la filiación de las tres instituciones que se proponen, desde puntos de vista diferentes, un mismo cometido: el de organizar el derecho privado en cuanto historia y no en cuanto sistema. Entendidos de esta forma, la importancia de los tres aparatos jurídicos es inmensa. Quien lucha por ellos, lucha por el derecho privado; en definitiva, por el hombre mismo. Quien los comprende y defiende se aleja de la monstruosa tentativa de transformar el derecho privado en derecho público y, al mismo tiempo, no renuncia al perfeccionamiento posible del segundo, a su fijeza y estabilidad. Quien los sirve, en una palabra, sirve a la Humanidad entera y no, con el pretexto de servirla, la pone inhumanamente a disposición de su propia arbitrariedad personal.

JAIME GUASP,

Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Madrid.