

La voluntad privada y la génesis de los derechos subjetivos

I.—Introducción.—Romanticismo y clasicismo en el Derecho.—La limitación de nuestro objetivo.—El sistema general de las doctrinas.—La escuela del individualismo francés.—Su corrección en la “ética de la solidaridad”.—Las consecuencias.

Persiguiendo un tema distinto, el del “romanticismo en el Derecho”, hemos venido a enfrentarnos, por una simple superación de planos, con ciertas ideas permanentes siempre en la investigación doctrinal de nuestras disciplinas. Un salto ascendente en la escala de las ideas, nos arrastra de lo adjetivo a lo substantivo; de lo que se proponía ser una exposición de doctrinas ya casi históricas—en la denominación y en la cronología—a la meditación de las ideas fundamentales que determinaron el nacimiento de las Escuelas. Y así, la lectura de una polémica sobre cuestiones históricojurídicas nos ha tentado a nosotros, no a terciar en ella, que sería inoportuna inmodestia, pero sí a ordenar unas notas de fin más informativo que investigador.

En 1928, el profesor Bonnecase daba a la imprenta un estudio cuyo título (“*Science du Droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 a l'heure actuelle*”) (1) significaba bien a las claras su contenido históricojurídico. Creyendo descubrir ciertos caracteres comunes en diversos autores enfrentados con los problemas de la elaboración del Derecho, los agrupaba bajo esa denominación también común de románticos. Y he aquí que otro profesor francés, Paul Cuche, en un estudio crítico de la obra de Bonnecase, publicado un año más tarde, imputaba a éste nada menos

(1) París, Sirey, 1928.

que "haber inventado el romanticismo jurídico, probablemente para darse la satisfacción de combatirlo" (1).

La respuesta del aludido no podía hacerse esperar, y pocas fechas más tarde sale por los fueros de su obra, comenzando por la afirmación de no corresponderle la paternidad "ni de la palabra ni de la cosa" (2), y que testimonio de ello dan las numerosas publicaciones anteriores a 1928 que, en distintos idiomas, dan fe de la preexistencia de ambas (3).

A parte la resonancia ulterior de la cuestión en sí misma (4)—que nosotros sólo a título de inciso justificativo inicial hemos utilizado—, queda nuestro interés por ella limitado en un cierto sentido, el del romanticismo jurídico como posición doctrinal—superada o no—en la cuestión final del valor de la personalidad y la voluntad privadas en la jerarquía de las fuentes de originación de los derechos subjetivos.

De siempre las posiciones clásicas son o subjetivismo o estatismo. Personalidad y voluntad privadas con poder propio e inmanente de creación, o preexistencia de la norma objetiva, voluntad del Estado, fuente mediata y última de esa creación.

Fácil es, pues, observar cómo la cuestión, remontándose, excede del campo propio del derecho privado para acceder al del público o al más amplio de la filosofía jurídica. No es nuestro propósito, sin

(1) Paul Cuche, "A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romanticisme juridique?", en *Rev. Trim. Droit civil*. Sirey. París, 1929; páginas 56-72 y especialmente 68.

(2) Julien Bonnecase: El mismo título entrecomillado que el trabajo de Cuche; también en *Rev. T. D. C.*, t. 28, pág. 359 y siguientes.

(3) Tal vez sea el propio Cuche quien tenga razón al repudiar el exceso de citas, en cuanto revelan, en su opinión, la defectuosa asimilación de la materia sobre que se escribe; pero el carácter puramente informativo de nuestras cuartillas creemos nos obliga a hacer una referencia bibliográfica del tema, por si interese a algún lector. Por lo que se refiere al vocablo, vid. el artículo de Seillière: "Le romanticisme juridique", en *Journal des Débats*, de 28-III-1928; y sobre el tema Bourgès: *Le romanticisme juridique. Synthèse traditionnelle du Droit. Critique des idées modernes*, 1922; Carl Schmitt. *Romantisme politique y Théorie politique du romantisme*, 1919 y 1920; Joussain: *Romantisme et politique*, 1924; Ernest Seillière: *Pour le centenaire du romantisme. Un examen de conscience*, 1927; G. Ripert: *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de Josserand: De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1929.

(4) Entre otros, Felipe Battaglia: "Romanticismo giurídico", *Riv. Int. di fil. del dir.*, enero-febrero 1929, F. I., págs. 119 a 126; F. P. W.: "The science of law and romanticism". *The Journal of comparative legislation and international law*, vol. XI, 1.^a parte, febrero 1929, págs. 172-73; Simonius: "Neuere Methodenlehre und Rechtsphilosophie in Frankreich". *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band XLVIII, Basel 1929, págs. 1 a 30.

embargo, entrar en ellos. Pero no podemos soslayar una rápida exposición de sistema, indispensable a toda ulterior consideración

La escuela clásica del Derecho natural sabido es que vincula la existencia y creación de los derechos subjetivos privados a la norma última tope en sí misma que es la voluntad de Dios. El margen de actuación de la voluntad y la personalidad humanas quedan así limitados por el Derecho natural divino. Nada puede existir fuera de él, y lo que existe, en él se fundamenta.

El nacimiento del iusnaturalismo laico hace tambalearse ese fundamento último y se inicia el período doctrinal del individualismo fin en sí mismo. Es la época de las Declaraciones americanas y francesa de derechos que desemboca, para el Derecho privado, en la conocida doctrina "de las esferas de actuación tangente" a que alude Ihering, y que hace aún pocos años impulsaba la preocupación del profesor yugoslavo Péritch (1).

Pero esta metafísica, que debía alimentar toda la filosofía política del siglo XVIII, defensora a ultranza del hombre, principio y fin del Derecho, del hombre investido por la Naturaleza de unos derechos absolutos inherentes a su propia personalidad, anteriores y superiores al Estado mismo, pierde, luego de algunos años, toda su fortaleza que sólo era explicable en función de sus estrechas afinidades con el individualismo político triunfante. Y es que, en efecto, si el hombre se desvincula—para la construcción doctrinal siquiera—de su último origen, Dios; si no es un producto de creación divina que le inviste de esos derechos *inherentes a la existencia de un alma de fin trascendente*, el hombre carece de ellos porque de nada puede derivarlos.

Ello explica cómo, al compás decadente de ese individualismo político, se va agostando también la exuberancia de ese individualismo jurídico privado. Porque, aun prescindiendo de esa concatenación históricopolítica; operando con razones exclusivamente jurídicas, conduce también al absurdo. Hemos aludido a la doctrina de los círculos tangentes de actuación. ¿Cómo han de funcionar, si no es aislados,

(1) Jivojn Péritch: "La volonté des particuliers comme créatrice de Droits privés", *R. T. D. C.*, t. 28, pág. 5 y siguientes. Especialmente: "Se compara la vida privada de los particulares a círculos en los cuales éstos pueden moverse libremente, yendo del centro a la periferia y de ella al centro. Estos círculos se tocan solamente, sin cortarse, porque, de otro modo, el particular estaría más o menos limitado en su libertad de movimiento; es decir, no sería dueño de su propio círculo. He aquí lo que se llama la autonomía de los particulares en materia de derechos privados."

en el orden jurídico general? Ello es monstruoso. El Derecho es por esencia regla de conducta social, y ese no relacionarse las esferas jurídico-individuales, acabaría por hacer su existencia inútil. Y si, por otra parte, se admite por necesaria la coexistencia de esas esferas individuales protectoras de intereses privados, ¿cómo mantener una interdependencia entre ellas que no se funde en lo injusto? ¿Cómo evitar que el interés más poderoso destruya al menos dotado? Tal vez la respuesta se encuentre para algunos en razones simplemente morales; pero aparte ser la Moral un elemento extraño a una pura técnica jurídica, es que su inclusión en la categoría de norma objetiva última encierra el evidente peligro que por una hipertrofia de su ámbito anule, al absorberlo, al Derecho.

Es el problema mismo de la obligatoriedad de la norma que, si no procede de Dios, y coerciona al individuo, ha de tener necesariamente un fundamento de su fortaleza distinto de Aquél y de éste. Y poco a poco va tomando cuerpo entre los juristas alemanes la doctrina de una "fuente misteriosa de energía jurídica", origen de ese sistema de imperativos que es el Derecho, y a la cual el sujeto jurídico no pueda negar el poder. Es el "Volksgeist", cuyo nacimiento político sitúa Cuche en el desastre de Iéna (1) y que transporta Savigny a la ciencia jurídica. La norma objetiva obligatoria y fuente—por lo menos mediata—del poder creador de la voluntad va a fundamentarse en la conciencia popular, en el espíritu de la comunidad que la crea por el esfuerzo impalpable de estímulos internos: sentimientos, necesidades y aspiraciones. Y la consecuencia inmediata: el legislador, el magistrado y el jurista son sólo intérpretes de ellas (2). Nace así la Escuela histórica del Derecho, rediviva recientemente en las orientaciones del nuevo Derecho alemán.

Estamos ya en presencia del grupo de doctrinas que volviendo a situar el fundamento último del poder de la voluntad fuera de ella, se apartan del iusnaturalismo divino y han sido denominadas de orientación "social". Es en Francia el "realismo jurídico", que representa Duguit con la idea de la solidaridad, que le ha valido ser incluido por Bonnecase (3) entre los juristas románticos con verdadero y pro-

(1) P. Cuche: *Op. cit.*, pág. 64.

(2) *Ibid: Ils son aux écoutes du Droit qui se crée; tout au plus peuvent-ils prétendre qu'à la place qu'ils occupent et grâce à leur culture, ils en ont une perception plus nette que le commun des mortels.*

(3) "Y a-t-il, etc.", *Rev. T. D. C.*, t. 28, pág. 370.

fundo estupor de Cuche. La colaboración social impone a la actividad privada límites que no pueden ser ya, en la inquietud de los teóricos, los brotes fragmentarios del llamado orden público tal como se concebe en los Códigos de modelo postrevolucionario.

Y ciertamente que la significación de Duguit en el conjunto de las doctrinas es compleja. Aun recientemente se hacía eco el profesor Castro de cierta interpretación política que fuera a aquél atribuida a la vista de su posición estrictamente jurídica y que carece de visos de verosimilitud (1). Tal vez la causa de ello se encuentre en que el profesor francés, sin llegar a profesar en el campo monista, en relación con el problema *ius publicum, ius privatum*, aunaba ambos derechos en la común fase de transformación actual, caracterizada, en su sentir, por esa fórmula igual, "un sistema realista reemplaza a otro anterior metafísico e individualista" (2). Para justificar su posición, trata Duguit de sintetizar, no sin, intención crítica, la doctrina individualista en general, aunque sin desconocer su desdoblamiento en las dos direcciones tradicionales: la francesa clásica (3) y la subjetivista alemana (4). En ambas constata cómo el poder de las convenciones voluntarias nace de sí mismas y ni siquiera se piensa en justificarlas en un precepto superior a no ser el de la ley que garantiza su ejecución. "Reconocida como autónoma la persona humana, todo acto de poder que de ella emane y que no se traduzca en un acto material contrario al Derecho, debe ser protegido. La voluntad es protegida en sí y por sí, sólo porque es una voluntad" (5).

Y en su construcción esto es insostenible, porque la idea de la solidaridad necesaria se impone con fuerza "real" a toda otra construcción metafísica. "Es decir, que la noción de deber reemplaza a la de derecho", dice apostillando a Comte. "El yo pienso, luego existo", es falso; el hombre no puede vivir solo, sino estando en comunicación con los demás. Así, aquel célebre entinema se convierte en éste: "Yo pienso como unidad del conglomerado social, luego el grupo social existe." El hombre no vive si no es respetada la solidaridad social;

(1) F. de Castro: *Derecho civil de España*, parte general, t. I, pág. 66.

(2) L. Duguit: *Les transformations du Droit Public*, introd., pág. 40.

(3) Duguit: "La doctrina individualista francesa". Conferencia en la Universidad de Madrid, en el ciclo de noviembre 1923, edit. con el título común de *Pragmatismo jurídico*, por Beltrán; Madrid; pág. 71 y siguientes.

(4) Ibid.: *La doctrina subjetivista alemana*, pág. 88 y siguientes.

(5) Idem: *Traité de D. Constit.*, 3 ed., t. I, pág. 366.

luego hay que obrar conforme al mantenimiento de la solidaridad del grupo en que se está colocado." He aquí la dura explicación del profesor de Burdeos al lamento jeremíaco de Rousseau, sobre la esclavitud del hombre. Que, desde luego, existe. Pero por razones de necesidad "El fundamento de la solidaridad es una obligación de conformarse a la necesidad de esa misma solidaridad. *Ya no hay poder de voluntad, sino sumisión a las necesidades solidarias* del grupo en que el hombre vive" (1).

Así parece entroncarse la posición de Duguit con las doctrinas que sitúan el origen del poder de la voluntad en la ordinación de los derechos subjetivos, fuera de ella misma. Pero nada puede afirmarse definitivo en torno a este autor, porque más tarde, al explicar la génesis social de la regla jurídica superior, adivínase, a través de la ardorosa vinculación de ésta, a una "disciplina social espontánea", que por razones tal vez excedentes del campo de lo puramente jurídico no llega a abandonar radicalmente ese individualismo que combate. En el fondo, él ataca a un individualismo físico de trascendencia jurídica, no al voluntarismo jurídico de origen individual (2).

Pero no cabe duda que en un punto coincide con el llamado romanticismo jurídico: en la asimilación de la regla de derecho a la costumbre, fundamentadas ambas, no en principios, sino en hechos aceptados y sancionados por la colectividad.

Alguna fórmula transaccional puede hallarse en la propia Francia, a través del intento de Saleilles de coordinar la doctrina de la autonomía voluntaria con la del principio superior objetivo. En su sentir, no puede hablarse de un poder de voluntad individual de contenido indeterminado, sino de "un poder de querer el contenido del Derecho" (3), y en este sentido habla él de una autonomía de la voluntad "puesta al servicio del Derecho" (4). Y ciertamente que la posición es original. Pero será, si se quiere, eso, una posición nueva, transaccional desde nuestro punto de vista; pero no una dirección más en la doctrina clásica del individualismo francés. Y ello sin tener en cuenta la contradicción que representa, aun dentro del discurso del propio Saleilles, referirse a una autonomía voluntaria al servicio de normas

(1) Duguit: Op. cit., pág. 102.

(2) Vid. como explicación a esta confusa terminología. Op. cit., página 206.

(3) Saleilles: *De la personalité juridique*. París. 1910. pág. 482.

(4) Idem, pág. 543.

superiores inderogables, cuando poco antes se ha aludido "al poder de voluntades que funcionan por ellas mismas" (1).

Y transaccional también, aunque rebasando en altura y en espacio la posición de Duguit, es la doctrina de la "concepción orgánica del individuo", que "organizado en la corporación (dato social) supera su carácter atómico privado", sin que por ello quede vinculado a la voluntad autocrática del Estado, porque el antagonismo reciproco entre ambos queda suprimido y resuelto en una unidad e identidad *institucional absoluta* (2). Y así Volpicelli, integrando una y otra concepciones en la figura de la institución, viene a parar a la misma posición "social" que sostiene el realismo de Duguit.

Damos por esto terminada la exposición de las doctrinas francesas—la tradicional y su moderna corrección social—, sin pretender por ello haber agotado el tema. Muy al contrario, prometimos ocuparnos sólo de uno de sus aspectos (3), el que interesaba a nuestro objetivo actual y a él nos hemos limitado. Pero antes de pasar adelante no queremos soslayar una conclusión provisional extraída de la simple meditación del conjunto. Y es lo antinómico que resulta que habiendo sido Francia la creadora del absolutismo político moderno no llegase éste a trascender al campo jurídico privado en cuanto a nosotros nos ocupa, al menos, y que, por el contrario, de la reacción política individualista contra aquél sólo va restando ya su consecuencia jurídica probada.

En sucesivos artículos trataremos de exponer la posición tradicional alemana—tradicional y "nueva"—en torno a nuestro problema y terminaremos con la de nuestros propios maestros clásicos.

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad
y del Instituto «Francisco de Vitoria».

(1) Soleilles: *Op. cit.*, pág. 618.

(2) Volpicelli: *La teoría dell'identità*, págs. 16 y 24.

(3) Sobre los problemas de la voluntad y el derecho subjetivo, ver la amplia exposición (doctrina y bibliografía) en Démogue: *Tratado de la parte general de las Obligaciones*, t. I, pág. 80 y siguientes; Pezziol: *T. élémentaire*, 10.^a edición, 1925, t. I, pág. 105 y siguientes; Colin y Capitant: *Cours élémentaire*, 1923, t. I, págs. 62-64 y siguientes.