

El pasado inmediato del Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad y Letrado del Ministerio de Justicia

Considerando Alvaro D'Ors la presunta crisis actual de los estudios romanísticos, consigna algunas frases dignas de especial atención. En efecto, hay que inducir que entiende confirmado el fracaso actual de nuestra disciplina, cuando niega: "No hay que pensar que el Derecho romano haya de hundirse arrastrado por el naufrago lastre del Derecho privado moderno, al que se halla unido..." (1). Y más adelante, sobre la presunta crisis de éste, se pregunta: "¿Se trata de que el Estado invade la zona de lo individual? No. Eso es una mera apariencia. Lo que pasa en realidad es que la construcción del Derecho civil, excesivamente estabilizada, se ha roto por aquellos frentes que, por sufrir un roce más directo con la marcha de los acontecimientos históricos, ofrecían menos resistencia. La esfera perfecta del Derecho civil se ha roto en los puntos más sensibles: un día es el contrato de trabajo, otro día el matrimonio. ¿Y qué quedará del Derecho civil? ¿Qué quedará de aquella armónica estructura tan admirada, pulida y defendida por los civilistas? No quedará nada" (2).

Es cierto que luego descubrirá la finalidad casi exclusivamente dialéctica de tan duro pesimismo para revelar su confianza en la restauración de su disciplina al debido esplendor. "Esta confianza nos la da la Historia del Derecho romano, porque éste, en su largo curso de evolución, pasó dos veces por crisis análogas..." "El fenómeno no ocurre por primera vez y sus consecuencias no son catastróficas" (3).

Pero si como "civilista-romanista" esta confianza le acompaña, como "civilista" admite la tristeza y el temor ante la crisis del Derecho privado (4).

(1) D'Ors: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano", Salamanca, 1943, página 17.

(2) y (3) Op. cit., páginas 18 y 19.

(4) Es natural esa confianza de los romanistas si, como parece, entendiendo fracasado y en trance de desaparición el Derecho civil, elaborado a partir del siglo XVIII, propugnan la elaboración de otro "nuevo", cuyas bases, en los países latinos, no pueden ser sino predominantemente romanas. Piensan casi en

No es nuestro propósito ni nuestra misión pronunciarnos sobre lo fundado o infundado de tales esperanzas. Resulta evidente que, a título de ciencia histórica, el Derecho romano tiene asegurada una pervivencia general y distinta de la que específicamente pueda corresponderle para la elaboración del pretendido Derecho civil futuro.

Nuestro cometido, en este punto, habría de centrarse en contrastar la pretendida realidad de la crisis del Derecho civil y su posible causalidad trascendente e inmanente. Sin embargo, ello excedería de los límites de este trabajo, puramente informativo y referido a lo inmediato en el tiempo.

Desde 1917 y 1919 pudieron registrarse en el campo del Derecho civil transformaciones que, reflejo de las operadas en el Derecho público, han intentado—y en ocasiones obtenido—carta de naturaleza dentro de la órbita tradicional de sus instituciones. Ciertamente que la trascendencia de tales movimientos no parece excesiva. El profesor Pérez Serrano, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, observaba cómo las Constituciones, que nacieron con pretensión de perennidad, han ido pasando, mientras encanecen vigentes los Códigos civiles y mercantiles en la mayor parte de los países.

Vale, pues, la pena aquilatar con cierto detalle lo ocurrido en el Derecho civil de los últimos años.

Tomemos como ejemplo la Rusia soviética y veamos los resultados obtenidos en su lucha contra el Derecho civil tradicional.

En principio, la *propiedad del Estado* (5), la *propiedad de las cooperativas* (6) y la *de los "kolkhos"* (7) vinieron a sustituir como fórmulas de propiedad socialista a la antes típicamente privada. Sólo los bienes destinados a la satisfacción de necesidades cotidianas de lecho y vestido subsistieron como tal propiedad privada con el nombre de "personal" (8).

En pleno desorden revolucionario el tráfico prácticamente desapareció y la producción vino a quedar anulada. Tan grave fué el fracaso

eleva su histórica disciplina a la condición de futuro Derecho "universal" (D'Ors emplea decididamente esta terminología, op. cit., pág. 25). Por su parte, URSICINO ALVAREZ recoge las posiciones doctrinales que lo conciben como "guía segura de la razón humana" (*Partsch, Windscheid y Petraszycky*), aunque inclinándose a la posición más moderada de *Mitteis*: "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" (ALVAREZ: *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, 1944, páginas 37-38).

(5) Suelo, subsuelo, aguas, bosques, explotación de las minas del transporte fluvial, marítimo, terrestre y aéreo, los bancos, los seguros, la totalidad del comercio exterior y buena parte del interior, servicios de información, inmuebles urbanos de las grandes zonas y las grandes fincas rústicas explotadas en régimen de los "sovkhosy"; todo pertenece al dominio del Estado.

(6) Ramas no estatizadas de la industria.

(7) Explotaciones agropecuarias colectivas.

(8) HEINRICH FREUD: "L'Avenir du Droit civil dans l'Union Sovietique", París, 1932, pág. 363, trad. de PAUL ROUBIER y H. MANKIEWICZ.

del "sistema" que el propio Lenin hubo de reconocerlo y, apelando a la iniciativa privada, paliar un poco aquella concepción comunista militante del Derecho civil de propiedad, a través de dos instrumentos: la N. E. P. y el Código civil de 31 de octubre de 1922. Ambos respondían al mismo lema de crear garantías jurídicas a la propiedad privada para estimular la libre concurrencia en la producción. Especialmente el Código, preparado en los primeros meses de la N. E. P. por Hoichbarg, era ecléctico, hasta el extremo de proclamar la libertad de la industria y la propiedad privada de las empresas comerciales y de los instrumentos de producción.

Cierto que sólo se volvió al Derecho civil pseudotradicional en tanto se procedía al reajuste de la economía soviética. El XV Congreso del Partido Comunista ruso marca la decadencia de aquel período, que pareció de aburguesamiento de las concepciones soviéticas, para iniciar otro específico y propio, el de los planes quinquenales. En efecto, y a partir del discurso de Stalin en diciembre de 1927, desaparecen de nuevo las garantías jurídicas de la propiedad y de la iniciativa privada, es anulado el comercio particular, decae la N. E. P. y, de hecho y sin una derogación expresa, pierde vigor el Código civil de 1922 (9), hasta el extremo de plantear el problema de si subsistía realmente.

Para la ejecución de los planes quinquenales se dictan disposiciones ordenando a las empresas y organizaciones estatales y cooperativas que intervendrán en el ciclo de producción y de realización, a celebrar unos "contratos económicos" generales y locales, comprometiéndose a su respectiva aportación, en el plazo y circunstancias que las propias instrucciones administrativas determinan. Tales contratos generales son concluidos, en primer término, por los distintos Comisariados para la producción en sus diferentes ramas: los locales se celebran entre organismos y entidades subordinados. Cada año se reproduce esta "campaña de contratos", tendiendo a interesar a los diversos sectores de la economía en favor de las realizaciones propuestas.

No es profundizar demasiado en la cuestión afirmar que los referidos contratos contrastan fuertemente con los clásicos civiles; que su naturaleza rebasa incluso—en cuanto a ausencia del factor autónomo voluntario—a los llamados por nuestra técnica "contratos de adhesión". Son realmente, como entiende Freundt, contratos "dictados", en los que la ausencia de consentimiento libre por parte de los contratantes es tan completa que no es infrecuente que determinado organismo, obligado a realizar una prestación que juzga excesiva a sus medios, haya de provocar alguno de los llamados "conflictos relativos a los contratos preliminares", especie de litigios de contenido económico (en el sentido propio de este término), que también son yugulados más

(9) He aquí una aplicación de la que los juristas soviéticos llaman "concepción dialéctica" de las normas jurídicas y que entiende que nunca en la historia de la Humanidad las garantías jurídicas han gozado de una completa vigencia.

que resueltos por otros organismos estatales, a título de “árbitros” de la capacidad productora o transformadora del reclamante.

En torno a estos “contratos económicos” y al régimen de créditos para la financiación de los planes se ha pretendido hacer nacer un nuevo Derecho civil de ámbito extensivo, con la denominación, tal vez germánica, de “Derecho económico” (10), pero acerca de cuyo concepto y contenido no están de acuerdo los propios juristas soviéticos.

ANFITEATROV parece distinguir, en efecto, dentro del Derecho económico, uno “administrativo” (“sistema de derechos y obligaciones de orden patrimonial, que caracterizan las relaciones jurídicas entre empresas y organizaciones socialistas, dentro del cuadro de la producción y el comercio soviéticos”) y otro “civil”, que define como “regulador de los créditos y obligaciones de los trabajadores, las relaciones jurídicas basadas en la propiedad personal, los bienes de consumo y las economías privadas” (11). En vista de esta división, opina FREUNDT, anteriormente citado, que debe considerarse arbitraria dentro de la concepción soviética del Derecho económico, puesto que el llamado administrativo necesariamente participa de buena parte de los principios inspiradores del denominado civil, en cuanto a las líneas generales de los contratos en él contenidos, al menos.

Es notable, por otra parte, la exclusión, en la definición del último, de todo lo que hace relación a la propiedad y derechos reales de las cooperativas, del Estado y de las entidades públicas, así como del régimen personal y patrimonial nacido del matrimonio y de las relaciones familiares y la consecuencia tradicional de ambos, el Derecho sucesorio.

En una línea más aproximada a la concepción occidental y clásica del Derecho privado, STUTSCHKA (12) intentaba llegar a una diferenciación absoluta entre el Derecho económico, al que calificaba de administrativo, y el civil, que debía ser el patrimonial de los trabajadores simplemente. De aquí su idea defensora de un “pequeño Código civil”, frente a quienes propugnaban un Código económico general, comprensivo también de las pocas relaciones estrictamente privadas subsistentes después de la derrota de la N. E. P.

Buena prueba de que los problemas del Derecho civil típico llegaron a preocupar seriamente a los soviets la constituye el hecho de que, en torno a su derecho a subsistir, surgieron tres direcciones entre sus

(10) Sobre el concepto del Derecho económico entre los distintos autores germánicos, puede consultarse E. R. HUBER: “Wirtschaftsverwaltungsrecht”, 1932, página 2.

(11) ANFITEATROV en el artículo que dedica en la Enciclopedia del Derecho económico soviético a los contratos nacidos del Plan (“Course sovietskavo khosiaistvennovo prava”, 1935, tomo II, pág. 32 y sig.) y en el publicado en la revista *Sevetskoie Gosoudarstvo*, 1936, núm. 4, página 86.

(12) Presidente del Tribunal Supremo de la República Soviética Federada Rusa, Vicecomisario del pueblo para la Justicia y Director del Instituto de Derecho soviético de la Academia comunista, fallecido en 25 de enero de 1932. Autor del proyecto del Código civil de 1931.

juristas: La defensora de la “línea general”, representante de la ortodoxia comunista; la de los llamados “oportunistas del Derecho”, de orientación conservadora, y la oposición izquierdista (calificada más tarde de trotskistas, con todo lo que este apelativo implica entre los stalinistas...), y con las agrias discusiones que oficialmente acabaron en el llamado Congreso de Profesores de Derecho público marxistas, que condenó, por igual, a los “desviados” de la derecha y de la izquierda, sin otras excepciones que las del citado Stutschka y la de PASCHUKANIS, en razón, al parecer, de haberse estimado debidamente los esfuerzos de ambos para construir un Derecho soviético general.

Desaparecido Stutschka, renace la fórmula unitaria, integradora del Derecho civil en el económico general, con un proyecto de Código defendido por GINZBURG, el hombre nuevo entre los juristas rusos, cuyo esquema es el siguiente:

Primera parte.—“Disposiciones generales”, comprendiendo:

- I. La propiedad.
- II. La planificación y el cálculo económico socialistas.

Segunda parte.—“Organización de la economía”, conteniendo:

- I. Disposiciones generales sobre las personas.
- II. Organizaciones económicas estatales.
- III. Cooperativas.
- IV. Personas privadas, con las siguientes secciones:
 - 1) Capacidad jurídica.
 - 2) Derecho de sucesiones.
 - 3) Defensa de la salud y la vida; y
 - 4) Alimentos (literalmente “Rentas alimenticias”).

Tercera parte.—“Organización de las relaciones económicas” (Derecho de la contratación).

Sin embargo, el plan de Ginzburg no parece tampoco haber triunfado completamente. El Derecho civil quedaría en el Código económico repartido y desdibujado hasta crear verdaderos problemas técnicos de aplicación. Y tal vez por eso toma otra vez cuerpo—a partir de la Constitución soviética de 1936—la dualidad de Stutschka, si bien que situando el Derecho de la economía en el plano predominante y el civil en otro secundario.

Partiendo de una frase de Stalin, pronunciada hace relativamente poco tiempo (“El Estado no se interesa por lo que el particular hace de su propiedad personal”), parece afianzarse la idea de un Derecho civil, de ámbito modesto, pero de líneas que recuerdan la tradición continental europea en la materia. BORISOV propugnaba en 1936: “El Código civil de la U. R. S. S. deberá ser el de la época socialista y regular, además de las relaciones jurídicas relevantes del sector socialista resultante de los fundamentos económicos de la Unión—es decir,

la propiedad socialista de los medios e instrumentos de producción—, las relaciones jurídicas que descansan en la propiedad personal de los trabajadores” (13).

Con mayor claridad, ANTONOV-SARATOVSKI confesaba un año después: “Nosotros no nos negamos a recurrir a las formas jurídicas que se han desarrollado a lo largo de la Historia, sino que, utilizando los resultados de su evolución, los dotaremos de una forma y un contenido socialistas” (14).

Parece que la explicación de estas últimas actitudes—últimas hasta donde se extienden cronológicamente nuestros materiales de trabajo, debe buscarse en el terreno político, porque si, como piensan algunos juristas soviéticos, la lucha de clases puede considerarse prácticamente terminada en la U. R. S. S., no debe haber grandes inconvenientes para ampliar el ámbito y el contenido económico de la “propiedad personal”, puesto que los perfiles de la “socialista” están tan claramente delimitados (?) que no cabe el peligro, temido durante el período de vigencia de la N. E. P., de que surja un nuevo capitalismo... distinto del capitalismo del Estado y las organizaciones cooperativas.

Los acontecimientos, pues, han venido a confirmar la opinión que expusiera en 1934 el profesor de la Universidad de Cracovia, GOLAB, cuando escribía a propósito del tema “La familia y la propiedad”, que en Rusia se ha intentado, ante todo, aplastar el Derecho privado capitalista, descartar el individualismo en lo jurídico y sustituir el concepto “derechos” por el de “funciones sociales”. Sabemos que, al regreso de ciertas reformas, ha debido volverse al capitalismo, aunque sea en la forma estatal, y que, al amparo de éste, han debido hacerse concesiones a los interesados individuales y a los derechos privados (15).

Cuando el Código civil decreta que los derechos civiles sólo son protegidos en cuanto se ejercitan de conformidad con el fin social y económico, reconoce, continúa el autor citado, la existencia de sujetos de derecho, su capacidad jurídica, su posibilidad de adquirir y enajenar, de fundar empresas y de realizar actos jurídicos, todo, naturalmente, dentro de las limitaciones y reglamentaciones administrativas en vigor, pero dentro de esos límites el propietario de un objeto puede poseerlo, utilizarlo y transmitirlo.

La pretendida destrucción, o al menos “desindividualización”, del Derecho civil en Rusia no se estima, pues, como lograda. Aún podríamos aportar en este sentido el testimonio de DNIESTRZANSKI, en cuyo sentir la promulgación del Código civil soviético tuvo como finalidad primordial la de suscitar la iniciativa privada y proceder a la reconstrucción de la esfera jurídica individual (16). Pero tememos que tanto el testimonio de Golab como el del autor últimamente recordado hagan más relación al período económico político que presidió el signo de la

(13) BORISOV: “Isvjestia”, de Moscú, del 17 de julio de 1936.

(14) ANTONOV-SARATOVSKI, en “Isvjestia”, el 8 de mayo de 1937.

(15) STANISLAW GOLAB: “La familia y la propiedad”, en *Notre Avenir*, Varsovia, 1934.

(16) En el *Journal juridique et économique*, 1932, pág. 7 y sig. (extracto).

N. E. P. que a las tendencias posteriores, francamente inspiradas en el "comunismo militante" de los primeros años de la Revolución. En materia de propiedad no parece haberse ido muy lejos en la ampliación del ámbito de la "personal", y aun ello a título de "simple vestigio, sin importancia, de la economía privada" (17). Y, en general, es posible que, si bien subsista un cierto Derecho civil regulador de lo que al Estado soviético resulte adiafórico en la esfera privada de los individuos, sus directrices inspiradoras, tan alejadas de las tradicionales nuestras, haga que bajo las mismas o parecidas denominaciones se hallen instituciones y contenidos en poco parecidos a los que nos son familiares. La concepción del hombre en función absoluta de la comunidad socialista explicará, en tanto se mantega, la absorción del Derecho civil en el Derecho de la economía, tal vez como reflejo positivo del materialismo histórico marxista. Pensar que puede renacer en la Rusia soviética un Derecho civil individualista al modo clásico es, sin duda, esperar rectificaciones filosóficopolíticas en los rectores de la Federación, y que no son de previsibles observando el tono orgulloso y satisfecho de la actual literatura oficial. Sirva de ejemplo en este punto el llamado "Manifiesto electoral del Comité Central del Partido Comunista de la U. R. S. S.", publicado a propósito de los últimos acontecimientos políticos internos de la Unión (18).

* * *

En el Derecho civil de la Alemania anterior a 1945 aparece un elemento caracterizador, que quedará como distintivo del sistema jurídico nacionalsocialista. Recordándolo de nuevo, aparte repetir ideas ya muy conocidas, corremos el riesgo de transformar estas notas en la crónica jurídica retrospectiva de los últimos años, pero creemos que algunos de sus datos tienen el interés suficiente para merecer la exhumación.

Aquel elemento caracterizador—el espíritu de la comunidad como fuente del Derecho—tiñe por igual no sólo al civil, sino a todo el sistema especulativo y positivo alemán, pero la adscripción tradicional y pedagógica de la teoría de las fuentes al civil autoriza en cierto modo a tratarlo en este artículo.

Para seguir un orden lógico conviene precisar el concepto espíritu de la comunidad alemana. A este propósito parece interesante citar la construcción que Franzen exponía hace unos años: "La idea material del Derecho, que el triunfo de la Revolución alemana le ha permitido recobrar, parte del principio de que el más alto valor terreno es el pueblo. El pueblo no es una suma de hombres que habitan en el mismo territorio, sino una unidad independiente que constituye un todo orgánico, que debe su formación a la comunidad de sangre, a la comunidad de tierra natal y a la comunidad de destino. En la vida jurídica esa comunidad se manifiesta en el hecho de que el pueblo dicta las líneas directrices de lo que debe llegar a ser Derecho, e igualmente

(17) ROBERT-EDOUARD CHARLIER: "La nouvelle Constitution stanlinienne de l'Union Sovietique". París 1938, página 342.

(18) Marzo de 1950, trad. francesa: "Notes et études documentaires", Paris.

por el hecho de tomar posición en los conflictos de orden jurídico. Su voz es la conciencia popular del Derecho. Esta conciencia no es la que tiene de lo jurídico un miembro particular de la comunidad, ni siquiera la del Juez... La conciencia popular es, en verdad, irracional. Sirviéndose de una imagen, podría definirse como el modo de sentir el Derecho el tipo ideal del hombre alemán. Y el Derecho de la conciencia jurídica es el que corresponde a la esencia del ser alemán. Es esta conciencia y no la resolución accidental de una mayoría parlamentaria la que, en definitiva, dota a la norma jurídica de justificación. A la legalización por el Parlamento, en los Estados donde las leyes se elaboran con un espíritu de neutralidad hacia los valores, se sustituye en el Estado nacionalsocialista por su legitimación en la conciencia del pueblo. Nuestro orden jurídico surge de un punto de partida superior a toda legislación positiva y se basa en una determinada concepción del mundo (19).

Tal concepción podría sintetizarse, como lo hace Duquesne, pensando en un espíritu objetivo y propio del pueblo alemán, del cual derivaría, como de una fuente profunda y originaria, la idea de un Derecho alemán, anterior y superior a sus expresiones positivas.

Ya es sabido que ni los propios nacionalsocialistas pretendieron haber sido originales. Tal concepción había sido expresada a principios del siglo XIX por los fundadores de la Escuela Histórica, Savigny y Puchta, influidos, en mayor escala el último, por el idealismo trascendentalista de Schelling y de Hegel. Una idea absoluta presidiendo el origen y desenvolvimiento de los derechos positivos. Los teóricos nacionalsocialistas no hicieron sino recoger aquella idea reforzándola como una concepción racista ("völkisch") de la comunidad popular y encuadrándola en su sistema políticofilosófico general (20).

Ciertamente el dato fundente de la comunidad alemana no es ya, en las nuevas doctrinas, el cultural o el geográfico, ni siquiera el geopolítico. Es el de la sangre. Un testimonio como el de Steinacher, Director de la Liga Popular para el Germanismo en el extranjero, es irrecusable por su evidente autenticidad: "Alemania y el Estado alemán no son la misma cosa. El pueblo alemán es mucho más que la suma de ciudadanos del Imperio. Como súbditos de éste, somos ciudadanos del Estado; como pertenecientes a nuestro pueblo, somos miembros de la comunidad popular. Nuestros enemigos han podido privar a millones de alemanes que habitan fuera de nuestras fronteras de la calidad de ciudadanos del Estado; pero como miembros de la comunidad popular, esos alemanes continúan perteneciéndonos de manera indisoluble, lo mismo que nosotros, los alemanes del Reich, continuamos perteneciéndoles. La Alemania eterna reposa sobre el fundamento de nuestra comunidad popular" (21).

(19) HANS FRANZEN: "Gesetz und Richter", 1935, páginas 13-14.

(20) KARL LARENZ: "Rechts u. Staatsphilosophie der Gegenwart", 1935, página 130.

(21) HANS STEINACHER: "Das Buch vom deutschen Volkstum", 1935, página 415.

Pero, tal vez, el problema más grave con que tuvieron que enfrentarse los mismos teóricos alemanes no fué el de la objetivación del espíritu de la comunidad racial, sino el de las formas externas de su manifestación. Excluída, desde luego, la fórmula mayoritaria de voluntades individuales manifestadas, podía parecer admisible atribuir a determinados grupos—la Judicatura, especialmente—la función de expresarlo y realizarlo. Sin embargo, no fué así, y, por razones políticas fácilmente comprensibles, prefirióse atribuir tal función, de modo excluyente, a la suprema jerarquía. Según Larenz, el acto “rector” del Führer era individual, pero expresivo de una idea supraindividual, que no era otra que el espíritu del pueblo, “fundamento y fin” de la actividad intelectual de aquél (22).

No intentamos en esta ocasión recoger las críticas formuladas desde todos los ángulos clásicos de visión contra la concepción expuesta. Pensamos en las que anteriormente se hicieron a Savigny y a Puchta, y particularmente, en las meditadas páginas de Bergbohm, de vigencia tal vez y todavía para la tesis nacionalsocialista (23).

Como reflejos específicos y menos conocidos de aquella doctrina general, en el campo del Derecho civil, podrían citarse los relativos a la teoría de los derechos subjetivos privados, reconocidos sólo en cuanto cumplan la función de alejarnos de la “vida gregaria de las edades primitivas” que el colectivismo brutal de las prácticas bolcheviques intenta resucitar (24), o, tal vez, como elemento que enlaza la comunidad alemana en el tiempo. En este sentido se dijo que “el derecho hereditario es una expresión de la naturaleza histórica del hombre, del lazo espiritual y moral entre generaciones sucesivas” y que permite a los vivos “continuar la obra civilizadora de las precedentes y tener confianza en la prolongación de esa obra por las generaciones venideras” (25).

El nacionalsocialismo ha desaparecido y con él las desorbitaciones que creó en torno a la dirección historicista. Es, pues, político abominar de tales exageraciones, pero sin que el afán negador nos lleve a desconocer también que la Escuela Histórica tuvo y conserva vigencia suficiente como para constituir por sí sola una dirección trascendental en la ciencia jurídica. Algo de romántico hay en ella que nos atrae por su oposición a la fosilización de las normas y por su tendencia hacia lo nacional popular. Por otra parte, todos los sociólogos y filósofos del Derecho reconocen que éste es en cada momento el resultado del fondo cultural presente y pasado de un pueblo. Pues bien, ¿qué diferencia hay entre esta concepción y la del espíritu del pueblo como fuente del

(22) Op. cit., págs. 163 y 164.

(23) BERGBOHM: “Jurisprudenz und Rechtsphilosophie”. t. I, 1892, páginas 487 y siguiente.

(24) Especialmente interesante sobre el tema: WALTER SCHOENFELD, “Der Kampf wider das subjektive Recht”. en Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, páginas 107 y siguiente.

(25) ERICH JUNG: “Deutsche Rechtsphilosophie”. 1935. págs. 41 y siguiente.

Derecho? Tan pronto como se relegue el factor raza al lugar que le corresponde en ese nexo nacional, nada o muy poco.

El Derecho es, por su misma naturaleza, de base popular, aunque no sea más que porque para ser vivo ha de responder a necesidades generalmente sentidas, y porque se elabora en su parte más viva a través de la costumbre.

* * *

Por su parte, Francia acusa una carencia de orientaciones definidas en cuanto al Derecho civil actual. Sin duda será preciso esperar a que den fruto los trabajos de Jolliot de la Morandière, Mazeaud y Niboyet en la reforma del viejo Código para saber a qué atenerse. Las disposiciones aplicables de la Constitución de 1946 más semejan principios dogmáticos sin adecuado desarrollo que auténticas normas jurídicas. Y, entre tanto, se desenvuelve una floreciente legislación civil provisional que no siempre responde a un propósito meditado.

Recientemente se refería Gisborne a este tema centrándolo en las nuevas orientaciones sobre familia y propiedad "a la vez favorecidas y combatidas" por la nueva legislación (26). Mientras que por un lado se intenta fortalecer la base económica familiar, por otro se debilitan los lazos que en lo jurídico y en lo moral aglutinaron siempre a sus miembros.

La actual Constitución francesa protege por igual a la familia legítima que a la ilegítima, lo que determina un menor número de uniones a fin de eludir cargas civiles y fiscales y prohibiciones que el matrimonio comporta para determinados trabajos o para la percepción de ciertas pensiones. El principio de unidad de dirección está hoy centrado por igual en ambos esposos; la mujer puede solicitar de los Tribunales la designación de un domicilio propio e independiente del de su marido sin previa declaración de nulidad, separación, divorcio o ausencia: los actos de la esposa obligan al esposo para con los terceros por regla general, y a menos que aquél hubiese hecho saber a éstos la revocación del poder que tácitamente se presume concedido para contratar: los principios clásicos de nacionalidad han sido conculcados, rompiendo la unidad familiar también en este punto.

Para ejercer su autoridad correctora sobre los hijos el padre ha de acudir a los Tribunales especiales, sin cuyo requisito carece prácticamente de ella.

Por el contrario, se intenta fortalecer la institución con medidas como el certificado prenupcial, si bien es requisito que no se sanciona con nulidad vincular, sino con simple multa; con una interpretación legislativa y restrictiva del concepto "injurias graves", como causa del divorcio; negando a la concubina derecho a la percepción de ciertas indemnizaciones laborales; con la llamada "adopción legítima", cono-

(26) JEAN GISBORNE: "La evolución del Derecho civil francés en los últimos años", conf. en el Colegio de Abogados de la Habana, publicada en la revista del mismo y en *La Justicia*, de Méjico, enero 1950.

cida ya en la legislación uruguaya; con la posibilidad de detraer determinados bienes de la herencia paterna para constituir, a solicitud del cónyuge o de los hijos, un patrimonio familiar sustraído a las responsabilidades del causante, y con otras disposiciones semejantes.

En cuanto a la propiedad, atacada con expropiaciones prácticamente gratuitas en virtud de las fluctuaciones de la moneda en los últimos años, e incluso a través de confiscaciones pseudojurídicas, se ve profundamente limitada con la legislación protectora del inquilino de viviendas y, sobre todo, con la del patrimonio mercantil, no tan necesitado de esa protección como los especuladores intentan hacer creer.

En contra, y a fin de favorecer la permanencia de los campesinos en el agro, se han promulgado normas de verdadero interés, como la contenida en el Decreto de 29 de junio de 1939, que autoriza a los hijos mayores de dieciocho años, que trabajaron en la explotación rural paterna sin participar en sus beneficios, para percibir, antes de la partición hereditaria, el valor equivalente a medio salario de diez años, sin que ello sea imputable a su participación como heredero.

Volvemos con estas consideraciones a nuestro punto de partida, para negar la crisis del Derecho civil tradicional. Varía lo accesorio—tal vez con censurable precipitación—de sus instituciones y conceptos, pero se mantienen sus principios y su estructura en lo fundamental. Y es que resulta mucho más difícil cambiar los auténticos modos de vida de los hombres y de los pueblos que las formas políticas en que se encuadran. Lo histórico y lo nacional son factores decisivos en el Derecho civil.