

Ramón María Roca Sastre

El jueves 27 de diciembre de 1979 falleció en Barcelona uno de los más grandes juristas de este siglo, Ramón María Roca Sastre (d.e.p.).

Escribo estas líneas con profunda emoción, Roca Sastre ha sido uno de los tres maestros que en el trato y magisterio directo más han influido en mi vocación jurídica. El primero cronológicamente, en la Universidad Autónoma de Barcelona, en el curso 1935-1936, fue el, joven entonces, Catedrático de Derecho civil José Alguer Micó, prematuramente fallecido. Luego, en mi preparación de las oposiciones a Notarías y durante muchos años, lo ha sido Roca Sastre. Y, finalmente, desde mi llegada a Madrid, en 1949, el Profesor Federico de Castro Bravo, con quien colaboro, con gran provecho para mí, en las gratas reuniones de su Seminario del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, donde sigo gozando de su magisterio.

Cuando el año 1955 se publicaron, en edición separada, mis «Apuntes de Derecho Sucesorio», hice constar esta dedicatoria cargada de sinceridad: *«A Ramón M.^a Roca Sastre, que en los primeros años de nuestra postguerra volvió a despertar en mí la afición al Derecho, que se me había adormecido con el olor de la pólvora y el ruido de las explosiones».*

Le conocí el año 1940 en Barcelona, en su despacho de Abogado en la calle de Mallorca chaflán Bruch, al unirme al pequeño grupo de sus discípulos, Jorge Roura, Luis de Molina, Lorenzo García Tornel (con quien formaría pareja para la preparación de las oposiciones a Notarías, y a quien, joven aún, Dios se llevó consigo hace unos años), José María del Pozo, Luis Alós. Durante bastantes semanas gocé de sus enseñanzas, que luego continuaron espontáneamente cada vez que iba a visitarle, ya notario, cuando regresaba a Barcelona, pues siempre gocé de su orientación y consejos que me prodigó como notario y como maestro.

Por todo esto, antes de hablar de él como jurista insigne, he querido recordar al maestro generoso y cordial. Y quiero destacar que su trayectoria jurídica y su magisterio constante, ha ido siempre unida, en perfecta armonía, a una trayectoria humana, rectilínea y bondadosa a la vez. No sólo ha sido un extraordinario jurista, sino maestro unánimemente respetado, admirado y querido, y un modelo como profesional y como caballero.

Nació Ramón M.^a Roca Sastre en Tárrega (Lérida) el primero de enero de 1899. Se graduó en Derecho en 1921 en la Universidad de Barcelona.

En 1923 ingresa por oposición en el Cuerpo de Registradores y desempeña los Registros de Belchite, Sort, Fraga y Gandesa. En 1932 gana plaza por oposición en Notarías. En 1933, en Judicatura, y en 1936 es designado, también por oposición, Magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña, siendo sus sentencias como juez y sus ponencias como magistrado calificadas de modélicas por su calidad, maestría y equidad. Ejerció de abogado en Barcelona de 1939 a 1944, año en que por oposición directa obtiene una notaría de Barcelona que desempeñó hasta su jubilación.

Ha sido Censor, Vicepresidente y Presidente Honorario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona; Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación, Vocal de la Comisión Compiladora que elaboró el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. Formó parte de un Tribunal de Oposiciones para una cátedra de Derecho Romano. En 1972 se le investió Doctor «Honoris causa» por la Universidad de Barcelona; fue nombrado Decano Honorario del Colegio Notarial de Barcelona y, asimismo, fue Presidente Honorario del II Congreso Jurídico Catalán.

Es muy difícil hallar que una sola persona abarque tan amplio abanico profesional que se extiende por casi todo el ámbito jurídico. Las funciones que ha realizado, en su fructífera vida, igualmente abarcan casi toda la vida del Derecho. En mi colaboración a su libro-homenaje, destacué cómo Roca Sastre ha compendiado la labor de nuestros insignes predecesores juristas catalanes: había seguido el rastro de aquellos notarios compiladores, como los tortosinos, Pere Thamarit y Pere Gil; había formulado como ponente sentencias llenas de doctrina, de equidad y *seny*; seguía comentando y glosando nuestras leyes con profundo conocimiento de ellas, con saber jurídico y claro sentido de la realidad, y siempre dictaminó con pericia, difícil de superar, en las más complicadas y controvertidas cuestiones de Derecho catalán, sin perjuicio de ser indiscutible maestro en Derecho registral y de enseñar incluso en materia de Derecho fiscal, porque sus conocimientos de Derecho romano y de Derecho común le dotaron de esa *bona rahó* que debe presidir siempre la formulación, la interpretación y la aplicación del Derecho.

Su bibliografía es amplísima.

Sus obras generales incluyen: las seis ediciones de su grandioso *Derecho Hipotecario*, la última con cuatro tomos en cinco volúmenes; las dos ediciones de su *Tratado de la Contribución de Utilidades*, en colaboración con José Muncunill Palet; sus *Estudios de Derecho Privado*, en dos volúmenes, comprendiendo I *Obligaciones y contratos* y II *Sucesiones*, con la colaboración en algunos temas de José Puig Brutau; sus notas de comparación y adaptación a la

legislación y jurisprudencia española de los dos volúmenes del *Derecho de Sucesiones*, de Th. Kipp, que forman el tomo V del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, y, en colaboración con J. de Molina Juyol, la compilación en diez volúmenes, de la *Jurisprudencia registral*.

Se hallan inéditos sus inacabados *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, que esperemos complete su hijo Luis Roca Sastre y Moncunill y no tarden en publicarse.

Sus 46 estudios monográficos, algunos escritos en catalán, y publicados en distintas revistas, anales o anuarios, libros-homenaje o cursos de conferencias, podrían clasificarse por materias abarcando el Derecho fiscal, el Derecho Registral, el Derecho civil, y, dentro de éste, subdividir los referentes a temas generales, a derechos reales, a obligaciones y contratos y a sucesiones, los referentes al Derecho común español o al Derecho especial de Cataluña, los de crítica legislativa, los de construcción conceptual y los referentes a la problemática de cuestiones prácticas.

De Derecho fiscal tenemos sus artículos *La concepción del usufructo como «pars domini» y sus reflejos en la legislación del Impuesto de Derechos reales* y *La unidad de la empresa en el Impuesto de Derechos reales*, en los cuales iluminó los problemas fiscales con su profundo conocimiento del Derecho civil y de la realidad que subyace en sus conceptos.

De Derecho Hipotecario o Registral, podemos citar, trabajos de índole general: como el titulado *Imperfecciones hipotecarias*; el publicado en 1932, *Dret Hipotecari i l'Estatut de Catalunya*, y, al año siguiente, *La materia hipotecaria en la futura legislación civil de Catalunya*, o el referido, en 1945, a *la nueva ley de reforma hipotecaria*, y otros relativos a cuestiones concretas, tales: *La acción Pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria*, *La inscripción de los excesos de cabida*, *Hipoteca en garantía de rentas y percepciones periódicas*, *El derecho de opción y el Registro de la Propiedad*. *La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas, urbanísticas*. *El Registro y el Derecho de sucesiones*.

En cuanto al Derecho civil hallamos estudios institucionales o conceptuales, aunque no pierdan nunca de vista la problemática viva, como son su *Crítica institucional del Código civil* y los relativos a *El patrimonio*, *La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?*, *L'herencia yacent*. *Construccions jurídiques sobre la seva titularitat*, *Naturaleza jurídica de la legítima*, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, *La donación remuneratoria*, *La subrogación real*, *Ensayo sobre el derecho de superficie*, *La designación, la vocación y la delación sucesorias*.

Y orientados a la problemática, aunque sin perder nunca de vista los conceptos, podemos citar *La comunidad de gananciales; destino de éstos en caso de renuncia*, *Observaciones críticas sobre*

la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria, Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri», Eficacia de la cláusula valor oro, Heredero vitalicio sin deposición de la herencia para después de su muerte, Elogio del criterio electivo de la Ley «Feminae» y otras cosas acerca de la reserva binupcial, La adquisición hereditaria de la posesión, Problemas de la venta de herencia, Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios, El «beneficium separationis» y los actuales sistema de separación sucesoria, Acrecimiento propio e impropio, Derecho de representación en fideicomiso, Interpretación de conjeturas, El término incierto implica en los testamentos, condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador.

En los títulos de sus estudios que hemos recorrido vemos que, entre los de Derecho civil, predominan los de Derecho sucesorio. Sobre esta materia destacan especialmente *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, publicado en el tomo I de los Anales de la Academia Matritense del Notariado y que recoge su conferencia del anterior año 1943 en la tribuna de esa Academia; *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil*, que constituyó su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 30 de abril de 1956 al que contestó otro ilustre Notario, Rafael Núñez Lagos; y *La conmutación modal (Precedida de una síntesis de la figura jurídica del modo)*, que desarrolló en su discurso de recepción en su solemne investidura de Doctor «*honoris causa*» de la Universidad de Barcelona.

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña fue contemplada de modo general en su trabajo *Los elementos componentes de la Compilación*. Naturalmente el derecho catalán, antes y después de promulgada la Compilación, fue objeto muy especial de su atención. Citemos *L'heratament fiduciari al Pallars Sobirà, El dret de firma enfiteutic, El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición, La acción revocatoria de donaciones en la Compilación, La supressió de la regulació romana del prellegat, La sucesión abintestato de los impúberes y la reserva lineal del art. 811 del Código civil antes de entrar en vigor la Compilación catalana*.

Riquísimo elenco que merece ser recogido, en varios volúmenes, en unos «Estudios Jurídicos Varios» de Roca Sastre.

* * *

No hace mucho que, en Revista Jurídica de Cataluña, afirmó que Ramón María Roca Sastre había sucedido a Juan Martí Miralles como príncipe de los juristas catalanes y que, en su tarea, había compendiado prácticamente las diversas labores de los más insignes juristas catalanes. Su integración en la escuela jurídica catalana, no obedece únicamente a razones geográficas ni sólo a

su indiscutible dominio del derecho del Principado. La impronta realista de los juristas catalanes es patente en la mayor parte de sus trabajos, como luego trataremos de mostrar.

No obstante, es también evidente que recibió el influjo del conceptualismo pandectista y del romanismo bonfantiano que, en sus tiempos de estudiante y de opositor, dominaban en la Universidad y en la bibliografía española y extranjera más prestigiada.

No creemos que pueda afirmarse que Roca Sastre recibiera directamente la influencia de Savigny. Sin embargo, existe un cierto paralelismo, aunque con evidentes diferencias, entre el jurista alemán y el catalán. Ambos se preocupan, de una parte, por la elaboración del sistema, por las instituciones y la correcta formulación de las ideas; y, de otra parte, uno y otro se interesan muy especialmente por la problemática concreta. El Profesor Peter Nörr, titular de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Munich, nos ha explicado recientemente, en su conferencia *La intuición en el método de Savigny*, que Savigny contrastaba sus conceptos en la problemática viva a la que los proyectaba. Y esto mismo ha venido haciendo reiteradamente nuestro maestro y Notario catalán.

El malogrado, Joaquín Viola Sauret, con ocasión del homenaje prodigado al maestro, con motivo de su jubilación como notario, nos recordaba «la integración social de Roca Sastre como jurista de completa vocación, en la vida de una comarca donde muchos años ejerció el cargo de Registrador de la Propiedad», demostrada en su estudio *L'heratament fiduciari al Pallars Sobirà*, que recopilaba y ordenaba los usos capitulares que, en esa materia, se vivían en dicha comarca del Pirineo leridano. Ese conocimiento y comprensión de las peculiares instituciones vividas en diversas comarcas catalanas lo hizo valer en las Sentencias de las que fue ponente, dictadas por el Tribunal de Casación de Cataluña, tratándolas exhaustivamente y con modélica maestría, como en el citado homenaje, destacó el Magistrado Carlos Obiols Taberner, entonces Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El mismo Obiols subrayaba que, Ramón Roca estaba dotado de «una entrega total y un espíritu jurídico afirmado por el sentido exacto de las realidades y mudanzas de la vida, inasequibles a conceptos rígidos e inexorables, ilustrado en el origen y evolución de las instituciones jurídicas, que siente con calor de humanidad y una preocupación por los problemas jurídicos palpitantes, unida a una visión de perspectiva para enfocarlos y resolverlos».

Luis Figa Faura, el 31 de enero de 1974, en la Academia Matritense del Notariado, al concluir su conferencia «*Mos italicus*» y los *juristas catalanes*, aseguraba: «Hoy el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana Federico de Castro, al continuar la obra de su vida, escribe un tratado de Derecho civil, edifica una catedral. Hoy el más grande entre los muchos y grandes juristas catalanes, Ramón María Roca Sastre, al dar los últimos

toques a la obra más esperada entre nosotros [esperada aún] escribire unos Comentarios al Derecho Civil Especial de Cataluña, pinta un retablo. Podemos preguntarnos si Roca Sastre, atento a la aplicación práctica del derecho, hubiera podido ser lo que es sin la sistematización y conceptualización teórica del Derecho civil; podemos preguntar, si Federico de Castro hubiera podido siquiera iniciar su obra, sin tener el pensamiento fijo en las necesidades reales de la sociedad que le rodea. La respuesta en ambos casos es *no*.

No es fácil de abarcar en una sola perspectiva el método jurídico de Roca Sastre, como difícil es definir el de Savigny. En éste se han querido distinguir tres Savignys distintos: el de sus primeros escritos, el de la *Vocación* y el del *Sistema*; y, aún, el Profesor Pieter Nörr nos ha mostrado otra perspectiva de él en la que la intuición juega un papel fundamental. En Roca Sastre, evidentemente, no cabe distinguir diversos períodos, pues en lo fundamental su posición ha sido siempre la misma. Pero, por otra parte, contrasta en algunos aspectos el Roca Sastre que estudia experimental y realísticamente la problemática capitular de los heredamientos y la sucesoria ahondando en el problema fideicomisario de los hijos puestos en condición, y el que conceptualiza sea en materia hipotecaria, o en el tema del negocio jurídico abstracto o en la categoría de los derechos reales sobre el *ius disponendi*. Sin embargo, las obras de Roca Sastre forman una sola pieza sin contradicciones, como trataremos de explicar.

Para ello, creo que no basta conocer la superficie de su obra, sino que es preciso profundizarla para percatarse de que cuando escribe estudios dogmáticos tiene siempre en su mente problemas concretos a los que con la resolución de la cuestión dogmática tratará de dar la justa solución, así como de que cuando estudia problemas prácticos concretos, como cuestiones principales, procura esclarecerlos proyectando su perspectiva conceptual acerca de la institución en la que subsume la realidad jurídica en torno a la que gira el problema discutido. Para mejor percatarnos de ello, creemos conveniente pedir ayuda al mismo Roca Sastre que, en varios de sus estudios, de sus prólogos y en alguna nota necrológica, nos expone su pensamiento jurídico y metodológico.

Durán y Bas, al tratar de la *escuela jurídica catalana* moderna, el 31 de enero de 1883 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, señalaba como *caracteres* de aquélla los de ser: «Espiritualista sin abandonarse al idealismo; práctica sin ser empírica; con el principio ético y el elemento histórico por base, sin inmovilizarse; más inclinada al derecho privado que al público, sin tener por éste injustos desdenes; esencialmente analítica, sin dejar de elevarse a la síntesis cuando puede y debe generalizar; armónica con la filosofía del sentido común, la más adecuada a un pueblo de gran sentido práctico como Cataluña; modesta en sus pretensiones porque funda sus doctrinas en la observación de los hechos; y propone sus aplicaciones con sujeción a las condiciones

del país». Y aún añadía, más adelante, que ese movimiento, «sin comunicarle dirección e impulso, viene a ayudar la de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar el Derecho sobre la base ética; que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos; y que hacen aplicarlo de conformidad a las realidades de la vida».

Y como *tendencias en materia de Derecho privado*, indicaba Durán y Bas, que la escuela jurídica catalana tiene «en alta estima al Derecho civil, porque hay en él, más aún que en otras ramas del derecho positivo, un elemento natural y un elemento histórico, íntimamente coordinados en la organización de la familia y de la propiedad». Estimando «inadmisible que pueda ser dependiente la la organización de la familia de la mera voluntad del legislador».

Ramón M.^a Roca Sastre reúne indudablemente estos caracteres y recoge esas tendencias. Pero, muestra unas peculiares características en las que influyeron algunas corrientes del conceptualismo dogmático dominante en la época de su formación jurídica, aunque a su vez este método es utilizado por él con ciertas peculiaridades resultantes de su contraste con las tendencias fundamentales de la escuela jurídica catalana.

La base ética no sólo la recibió Roca Sastre en su hogar y de los hombres de la escuela jurídica catalana, sino que le ayudarían a formarla los Hermanos de las Escuelas Cristianas que, recién llegados de Francia, abrieron colegio en Guisona, en el que coincidió como alumno con Ramón Faus Esteve, y de cuya formación me habló largamente en cierta ocasión, con gratitud y veneración para sus antiguos maestros.

Esta base ética está implícita en toda su obra, pero la vemos explícita en su prólogo escrito en 1951 de la obra de José Puig Brutau, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*. De él transcribimos esta primordial observación: «El Derecho implica un condicionamiento de la conducta humana, dirigido a proteger intereses legítimos en pro de la coexistencia social. Su fin u objetivo inmediato será esta misión protectora de los intereses humanos, pero, como su fin u objetivo remoto es la coexistencia social, no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos. Solamente en este sentido de interés respaldado por la justicia puede entenderse aquel verso de Horacio: *utilitas iusti prope mater et aequi*». Y en el prólogo del libro de Camps i Arboix, *La propiedad de la tierra y su función social*, al definir la propiedad «como derecho a gozar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza, al servicio de la comunidad y para provecho del propietario», concluye: «En definitiva, es el criterio que responde al *bonum commune* del pensamiento aquinatense».

El *realismo*, referido a la adecuación del derecho a las *necesidades de la vida*, resulta vivo en Roca Sastre en cuanto toca a las instituciones familiares y las sucesorias, aunque presente la referida impronta conceptualista que en otras materias llega a resultar

más fuerte. El mismo ha subrayado reiteradamente la necesidad de adecuar el derecho a la realidad viva, en especial en su memorable conferencia, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio* que desarrolló el 6 de abril en 1943 en la Academia Matritense del Notariado. En ella, ya de entrada, lo expuso vigorosamente:

«No entramos en el estudio y construcción jurídica de las instituciones sucesorias con la frialdad propia de la investigación técnica, antes bien las observaremos en conjunto en su realidad viva, biológica, de encaje o adaptación a la vida jurídica y destacando su carácter de solución histórica en determinado momento, ambiente, signo o circunstancias.»

En el transcurso de la conferencia insistió en esa perspectiva realista, en diversos párrafos, entre los que destacamos los siguientes:

— «... es preciso que las leyes no desconozcan tal realidad social, pues de lo contrario ésta, más fuerte que la norma tenderá a desbordarla. Por ello deben evitarse las consecuencias perturbadoras de la posible pugna entre la realidad jurídica vivida y el rígido pragmatismo de los textos legales positivos.»

— «Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas.»

— «Repetimos lo dicho antes: no hay fórmula jurídica mala *per se*; lo que se requiere es que cada una se aplique a cada caso adecuado. De aquí la conveniencia de adoptar soluciones históricas basadas en la experiencia.»

Esa orientación realista, atendidas la naturaleza de las cosas y las necesidades de la vida, la mostró ya en el volumen III de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, en su primera edición de 1941, al ocuparse de la pretensión de movilizar la propiedad inmueble. Así leemos al respecto:

«Querer asimilar la propiedad inmueble a la mueble, es contra naturaleza, pues ambas son completamente distintas, y siempre se habrán de regir por normas diferenciadas»... «La propiedad inmueble siempre constituirá una parte del suelo nacional; siempre será asiento territorial de la *familia*, considerada ésta como un ente semipúblico interferido entre el Estado y el individuo: siempre en ella habrá de apreciarse un *valor de afección*, de *historia familiar* y de *linaje*, o abolengo imposible de adscribir, en general, a los bienes muebles, siempre habrá en ella un elemento de *estabilidad*, de *tradición* y de *conservadurismo* bien entendido; siempre en ella habrá de procurarse cierta permanencia, pues el cambio incesante de dueños perturba las condiciones de producción; siempre habrá de procurarse que ella vaya a parar a *manos aptas*, siempre, en una palabra, habrá que ver en ella, especilmente tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de *propiedad-institución* más que el de propiedad-simple elemento económico.»

La expresión *propiedad-institución* nos lleva a contemplar la peculiaridad característica de Roca Sastre, en su observación jurídica de la realidad viva, consistente en que su perspectiva la subsume en unos moldes conceptuales que trata, a su vez, de que sean adecuados a ella a fin de colmar las necesidades observadas. Y aquí vemos qué encaje efectúa entre la realidad viva y la dogmática conceptual. Pero, lo mejor es leer como él mismo lo explica.

En septiembre de 1940 apareció en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario un primero y único artículo del estudio que debió constituir, según su título, una *Crítica institucional del Código civil*, que se inicia en el siguiente párrafo:

«Indudablemente existe un Derecho que podría denominarse institucional, estructural o de otra forma. Es el Derecho que fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas, con las cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que más se adapte a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo».

Poco después añade:

«Esta justificación empírica del Derecho institucional es preferible, al menos de momento, a su demostración filosófica. En este último aspecto, baste decir que dicha visión institucional del Derecho se halla fuera de la órbita del llamado Derecho natural (...). Pero, con todo funciona en él cierto logicismo iusnaturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencia, la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que al apartarse del Derecho natural caiga el Derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el Derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la Historia y de la positividad del Derecho.»

En su referido prólogo al citado libro de Puig Brutau, creemos que ahonda en esta conjugación de lo institucional en la realidad viva, juzgada a través de la experiencia de lo históricamente vivido. Así leemos:

«Ante un interés el Derecho puede ofrecer para su amparo o protección diversas fórmulas, figuras e instituciones jurídicas de las que será elegida la que mejor de todas ellas se adapte al modo de ser, precedentes históricos y demás circunstancias del país respectivo. Esta protección de un mismo interés con dispositivos diversos, según sean los distintos grupos de ordenamientos positivos, viene a demostrar una vez más la existencia de lo que, sin pretensiones de acertada nomenclatura, venimos denominando *Derecho institucional*».

De éste, dice que «constituye una fuente fecunda en concepciones jurídicas y un instrumento eficientísimo en el campo del De-

recho privado. Bajo la idea básica de que el Derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al Derecho positivo de cada pueblo, como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre los que el legislador o la costumbre elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El Derecho histórico (o experiencia vertical) y el Derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idéneas todas para dicha función protectora, y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación) o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente según las épocas a distintos intereses...».

Estos párrafos nos muestran también la perspectiva histórica con que Roca Sastre contempla el Derecho, perspectiva que podemos ampliar con otros párrafos de su conferencia del año 1943, antes citada, en la Academia Matritense del Notariado:

«... las obras de los tratadistas de la Historia del Derecho estudian éste en la estática rigidez de los documentos o fuentes de conocimiento, sin pararse a examinar el Derecho en su aspecto más interesante, que es el evolutivo, el del desenvolvimiento y transformación de las instituciones».

— «... en el fondo no hay fórmula jurídica mala; todas las que reúnan la condición de jurídicas son fórmulas aceptables; el problema consiste en que encajen, que se adapten a las necesidades y circunstancias del caso, o sea que respondan a una necesidad sentida en cada situación específica. De ahí que propugnamos por *soluciones históricas*, o sea las que se apoyan en la experiencia, sin perjuicio de que de la realidad vivida ascendamos después de la construcción institucional de la figura jurídica especialmente contemplada. Es indispensable tener una concepción historicista del Derecho, pues sin ella se corre el peligro de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un evidente fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes».

El contraste de esta perspectiva institucional, forjada en un conceptualismo entreligado a la realidad viva y a la experiencia histórica, con la obra legislativa y la tarea judicial también la hallamos explicada por el propio Roca Sastre. Así, ya en su *Crítica institucional del Código civil*, después de referir los dos tipos institucionales en materia hereditaria (el romano de la *successio* y el germánico de la *adquisitio per universitatem*) y examinar su reflejo en el Código civil, concluye que éste «demuestra la deficiencia institucional del Código civil» y «cierto confusiónismo en materias tan fundamentales», y, por ello propone:

— que «en una nueva revisión codificadora, será conveniente pronunciarse más claramente acerca de dichos sistemas hereditarios, y así, una vez escogido el que más satisfaga las exigencias de la tradición, las necesidades nacionales y la convicción jurídica, será preciso que en su ordenamiento legislativo se guarde la lógica institucional del correspondiente sistema hereditario adoptado».

— que «el llamado Derecho institucional aparecerá con todo su vigor», cuando, aclarado el sistema institucional del Código, «los principios generales del Derecho, de que habla el artículo 6.º del Código civil vigente, serán los principios institucionales del sistema elegido, pues hay que tener en cuenta que el articulado de un Código, por completo que sea, no llega a agotar toda la materia a normas», y así, para llenar las lagunas inevitables en los Códigos, «los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera de donde el juzgador sacará los materiales necesarios para integrar la norma legal insuficiente».

— y que, «mientras tanto la reforma del Código arriba, dicho Derecho, y por ende la lógica institucional, podrá servir de valioso auxilio».

Y, en el citado prólogo al indicado libro de Puig Brutau, añade, aún, que el juez al sentenciar, «para mejor desempeñar este cometido, contará con un resorte excelente mediante el Derecho institucional, pues le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada con lo cual no creará normas, sino que, sin extravasar su función, aplicará por lógica institucional la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución escogida. En esta cantera abundante del Derecho institucional ha de buscar el juez las normas integradoras en la aplicación del Derecho positivo respectivo, más bien que en aquellos altos principios que, como el de que «nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno» y tantos otros más, pertenecen a la Moral»:

Roca Sastre rechaza la idea de que con el Derecho legislado se pretenda agotar toda la regulación de lo jurídico. Así lo dice claramente en su conferencia, repetidamente citada de 1943, en la Academia Matritense del Notariado.

— «... debe pedirse al legislador civil que no estorbe con sus normas, pues con la acertada tónica de la escuela histórica del Derecho, que da prevalencia al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales del régimen jurídico sucesorio [al que en la conferencia se refería] y los preceptos necesarios para evitar abusos. Lo demás ya lo regularán las partes dirigidas por el Notario o Letrado».

— «... con ello sería posible llegar a la unificación del Derecho privado; unidad que, en rigor, antes existía a la sombra de la vigencia del *Corpus*, corregido por el Derecho canónico y por las variantes del derecho indígena o estatutario, y que la legislación

de factura napoleónica o de revolución francesa, en mala hora rompió».

«Pero, además, todo esto requiere la actuación de un elemento básico en la vida de nuestro Derecho privado; *el Notario*. Donde no llegue, o no debe llegar la presión del legislador, debe llegar el Notario, o sea, ese consejero nato de los otorgantes»... «pues, el Notario en España, no es un mero redactor de instrumentos públicos, sino, sobre todo, es un jurista en pleno contacto con la realidad de la vida del Derecho. De la vocación y hondo sentido que de las instituciones jurídicas vividas tenga el Notario dependen muchas cosas».

En el volumen LX de Revista Jurídica de Cataluña, correspondiente a 1949, aparece la nota necrológica que dedicó a Juan Martí Miralles, en la que recordó la tesis de este eximio jurista de que, antes de la codificación de tipo napoleónico, existía una verdadera unidad del Derecho civil, pues regía como elemento básico el Derecho común, formado fundamentalmente por el Derecho romano; que, para España, proponía la sustitución del texto del artículo 176 del Código civil a fin de que dispusiese la vigencia supletoria de las *Partidas*, y que por vía jurisprudencial el Tribunal Supremo declarase que por principios generales del Derecho debían entenderse las normas y reglas contenidas en el *Corpus*. Roca Sastre apostilló su opinión de que «el buen camino de la unidad jurídica en España indudablemente se halla en un gran Código civil de imperio general con el *Corpus iuris civilis* como supletorio y con varios subcódigos, anexos o apéndices comprensivos de las instituciones y fórmulas jurídicas especiales o diferenciadas de todos y cada uno de los diversos territorios en que, según este diferente régimen jurídico civil, se distribuye España».

Por lo que se refiere a las tendencias de la escuela jurídica catalana, en materia de Derecho privado, enunciadas por Durán y Bas, relativas a la organización de la familia, que no puede ser dependiente «de la mera voluntad del legislador», y consecuentemente a la de la propiedad, recordemos que Roca Sastre, en el texto que antes hemos citado del III tomo de la edición de 1941 de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, consideró la familia como «un ente semipúblico interferido entre el Estado y el individuo», y a la propiedad inmueble como «asiento territorial de la familia».

Estas concepciones determinan lo que, a continuación, expuso en contra de la movilización de la propiedad inmueble.

«El afán de movilizar al máximo la propiedad territorial desconoce este carácter institucional y sólo atiende unilateralmente a su valor de elemento negociable, como si se tratara de una vulgar mercadería. Esta noción, tan sólo excepcionalmente, o sea tratándose de solares, puede ser tomada en cuenta».

En «la actualidad», «aquel ambiente de liberalismo ultraeconómico, de fiebre desvinculadora y desamortizadora y de reinte-

gración y recomposición del dominio dividido o desmembrado, ha sido superado por otro ambiente y clima de signo contrario, que mida aquéllas medidas con recelo».

«A base de la función social de la propiedad, de la necesidad de arraigar en el suelo a la familia rural y asentar al proletariado agrícola en su terruño, de combatir el absentismo y el éxodo a la ciudad de los trabajadores de la tierra, de descongestionar los grandes centros urbanos, de propulsar una repoblación y colonización interior, de proceder a una ponderada reforma agraria liquidadora del latifundismo, de intensificar la producción agrícola como base de una racional autarquía económica, etc., etc., por todos estos grandes fines u objetivos, actualmente se vuelve a mirar con cariño la vinculación, así como la descomposición del dominio mediante el gravamen censal o la división enfiteútica...».

«Por otro lado, aquel tópico de descomponer el dominio, integrándolo en toda su plenitud, de poner en una sola mano, libre y autónoma, se ha visto que no da todos los beneficios apetecibles, porque aquéllas cargas, aquéllos dominios directos, aquéllos retratos, etc., más que cadenas eran frenos y vínculos que ligaban y jerarquizaban a la sociedad, impidiendo su estructuración atómica y estableciendo una trabazón que ordenaba orgánicamente al país. Por esto, se ve ahora en los censos y hasta en la enfiteusis redimible, instrumentos poderosos de parcelación automática que no exigen la intervención burocrática estatal ni el recurso doloroso de la expropiación; cada día surgen tipos y configuraciones más curiosas de comunidad de bienes no regidos por la nota individualista de la comunidad romana...».

Todas estas tendencias «ponen a prueba el Derecho hipotecario, nacido en un mundo de contratación libre; pero en él existen recursos que permitirán su adaptación...». Y estimó que debían distinguirse la *movilización de la propiedad* y la *movilización del valor de la propiedad*. Esta última la analiza detenidamente en el último tomo de su 6.^a edición, examinando ponderadamente sus ventajas y sus inconvenientes.

Los mismos principios le sirven para enfocar la llamada función social de la propiedad en su prólogo al citado libro de Joaquín de Camps y Arboix, en el cual recuerda Roca Sastre que el autor coincide en sus conclusiones, con conceptos por él ya expuestos, en el tomo III de las *Instituciones de Derecho Hipotecario*, y que hemos transcrito tres párrafos más arriba.

«Se habla —prosigue— de la *propiedad-función*, pero conviene reducir el alcance de este concepto a sus relaciones límites, eliminando todo significado funcionarista en el propietario, pues del contrario entraríamos en el campo socialista...».

«Debe descartarse toda idea que pretenda ver en el propietario un funcionario social y, por ello, quizá sería preferible substituir el concepto de *propiedad-función* por el de *propiedad-servicio*».

En consecuencia, prosigue:

«Hay que huir del socialismo, pues su corta experiencia ha demostrado que es una fórmula inservible para curar con menos estragos los males de la humanidad...».

«... La noción de *utilidad pública* ha sido utilizada ampliamente por las leyes, más nada es tan vago como esta noción, de suerte que es suficiente para poner la propiedad privada a la disposición del Estado. Pero apoderarse de la propiedad es cosa relativamente fácil mediante leyes; explotarla es más difícil. La explotación de monopolios acaban por ser ruinosos para las finanzas públicas. De ahí la idea de una cooperación entre el Estado y los particulares para explotar ciertos servicios. Esta forma de explotación ha sido denominada *economía mixta*... «En el fondo es una socialización disfrazada, una forma bastarda que se detiene a mitad del camino de la obra socializadora».

«... La socialización del hombre es una faena pavorosa, porque no se contenta con exigir que lo mío sea para los demás, sino que me obliga a que lo de los demás sea mío, incluso a que adopte las ideas y gustos de los demás, de todos». Y cita que para Röpke la solución está en un tercer camino, «consistente en una economía más humana, o sea: una distribución más equitativa de la riqueza, el acceso a la propiedad del mayor número de hombres posible, una limitación de la importancia relativa del maquinismo, un renacimiento de la producción artesana y una clase campesina acomodada y estable».

* * *

Con lo expuesto, creo posible afirmar que el mismo Roca Sastre nos ofrece bastantes datos para tratar de completar, con perspectiva, los matices que su posición, acerca del Derecho y del método más adecuado para determinarlo y aplicarlo, presenta con respecto de los criterios considerados como característicos de la escuela jurídica catalana, antigua y moderna, y, de pasada, para cotejarlos con los más salientes de la escuela histórica de Savigny.

He transcrito, antes, la síntesis formulada por Durán y Bas de los caracteres de la escuela jurídica catalana del siglo XIX. Por mi parte, de mi estudio acerca del *Apparatus* de Tomás Mieres y de los trabajos efectuados por otros autores, en especial Torras y Bages y Elías de Tejada respecto de los juristas catalanes, induje las siguientes características de la concepción jurídica catalana en la Baja edad media, no muy alejadas de las de la nueva escuela: *Convicción de la trascendencia del derecho*, respecto del príncipe y de los organismos humanos que lo formulan; *sentido racional no voluntarista*, aunque *sin caer en el racionalismo*; *realismo* en su concepción y *practicismo* en su formulación, realizada en *continuidad histórica*, adaptándola a las circunstancias morales de los habitantes, a las geográficas del país e históricas del momento vivido; *razonable sentido de la equidad (equitat i bona rahó)* y *seny (sensum naturale)*, con sentido de la proporción y la pruden-

cia, es decir, juicio sagaz y equilibrado que pondera todas las circunstancias y todas las posibles consecuencias.

Me atrevo a aventurar, después de releídos los textos de Roca Sastre que acabo de transcribir, que en él se han repetido estos firmes caracteres, aunque algo afectados por el hecho real del positivismo legalista imperante en nuestro ordenamiento jurídico vigente (queramos o no y aunque luchemos cuanto podamos frente a él) y, sin duda, por el predominio efectivo en la doctrina, en especial en su época de formación jurídica, de la dogmática conceptual como superación de la exégesis del positivismo legalista.

Trataré de comprobarlo; pero, para ello, conviene precisar que tanto el realismo y el conceptualismo como la interpretación superadora del literalismo de la exégesis más rigurosa, ofrecen diversas perspectivas y matices.

El realismo puede referirse:

— al orden de la naturaleza, sin duda dinámico y en el que incide la actuación humana, que se discierne por los efectos de ésta actuación en el bien común, tanto desde un punto de vista ético, en primer lugar, como utilitario; o,

— a lo sociológicamente impuesto, es decir, a lo que se vive como derecho en la práctica, ya sea por el aparato coercitivo que acompaña a la ley, ya por los fallos de los tribunales de justicia, o bien por las fuerzas sociales que, a su modo, imponen sus propias reglas, a veces con el fin de destruir el orden establecido para abrir paso a otro nuevo, en ocasiones utópico.

La primera perspectiva fue la de los juristas catalanes. Por eso Ferrer y Subirana proclamaba que la legislación de Cataluña «no anda errante y perdida», «por la región de las teorías y los delirios humanos; no, tiene su trono, y un trono de diamantes acá en esta tierra en que vivimos»; advertía Torras y Bages: «Leyes de la tierra las llamaban, tanto en catalán como en latín, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas; producto e imagen de su sustancia nacidas de la misma entraña de la sociedad, no del cerebro de un príncipe o de una cámara legislativa»; y decía Faus y Condomines: «El fundamento del Derecho consuetudinario catalán es granítico, como obra que es de la naturaleza y de la Historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible».

Por eso, *equidad* (o *convenientia rerum, quod naturalis ratio suadet*) y *bona rahó*, eran algo más que las fuentes supletorias de último grado. Si bien el *dret comú* se les anteponía, eran excluidas por ellas, como decía Mieres, aquellas normas romanas que carecieran de equidad o de buena razón. Y de ser ínicuas e irracionales: ni las leyes eran leyes más que de nombre, ni las costumbres eran sino abusos. Incluso fue así tratándose de las constituciones generales, pese a ser aprobadas por el rey con los tres brazos de la Cortes. Como decía Mieres: «*quando intellectus legis repugnat rationi naturale, repellendus est*»; «*ubi ratio vincit legem possumus facere*

contra legem rationi adherendo», «*ubi deficit interesse, ubi lex deficit*», y «*cessante causa legis, cessat lex*».

Generalmente los juristas catalanes operaban realistamente, acudiendo a la inducción de las causas partiendo de los efectos y mediante juicios prudenciales. No fue una excepción al realismo pero sí en cuanto el camino seguido para captar la realidad, el genial Raimundo Lulio, dotado de poderosísimos *intellectus principiorum* y *synderesis*, fruto de su capacidad de contemplación, su experiencia, y su intuición con los que captaba los principios de la razón teórica y de la razón práctica, para proyectar su luz a los más recónditos y singulares detalles de la realidad concreta.

Mas no olvidemos que para juzgar por la equidad, como siguiendo al jurisconsulto romano Trifonino, aseveró Mieres «*debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi*». Tal vez, por esto, al fin de una centuria en la que el regalismo se imponía, Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, se debatía moviéndose entre las leyes que arrancaban del Decreto de Nueva Planta y que lo desarrollaban e interpretaban, para tratar de conseguir de ellas el sentido más adecuado posible a la realidad. Su realismo no podía olvidar el peso en la realidad de los mandatos de las nuevas leyes, aunque sin perder de vista la realidad genuina, tratando de alcanzarla en lo posible aun a pesar y a través de aquéllas. La mentalidad jurídica de la primera mitad del siglo xv y la dominante en el tránsito del siglo xviii al xix eran muy diversas.

Roca Sastre se forma jurídicamente en un momento en que la ley positiva se autoproclama, en el Código civil, primera fuente del derecho; relega a supletorios en último lugar a los principios generales del derecho, y rechaza todo valor al desuso y a la práctica en contrario. Por otra parte, el iusnaturalismo, vivo en Durán y Bas, en Torras y Bages y en Prat de la Riba, resultaba décadas después, en los años veinte y treinta de este siglo, mal comprendido y era dejado de lado por las corrientes jurídicas predominantes. Los más prestigiosos juristas que habían superado la escuela exegética lo habían logrado acudiendo a la dogmática conceptualista. Ahora bien, el uso que de ésta puede hacerse, y que se ha hecho, es ciertamente muy diverso, como trataremos de precisar.

La escuela dogmática propiamente dicha construye los conceptos partiendo de la regulación del derecho positivo. Constituye así un positivismo que se autocalifica de científico y hace uso del método denominado de inversión (calificada tal relación dentro de una categoría dada, habrá que aplicarle en lo no previsto las normas correspondientes a tal categoría) y de la analogía. Frente a ella, otros autores rechazan el método de inversión y la analogía no basada en identidad de *ratio* (atendiendo para ello la finalidad de la norma).

Tampoco han faltado autores que han elaborado conceptos y sistemas no apoyándose en el Derecho positivo vigente, sino en el Derecho romano clásico o, contrapuestamente, en el viejo Dere-

cho germánico. La escuela Histórica del Derecho nos ofrece ejemplos de una y otra de estas tendencias. Otros, aún han tratado de elaborarlos mediante la captación de la realidad. Así González Palomino ha calificado de «conceptualismo realista» el de Carnelutti.

El mismo José González Palomino, en su salutación a Carnelutti, advertía: «Sin los conceptos no podríamos captar la realidad. Sin el sistema no podríamos entenderla. Pero conceptos y sistema tienen sólo un valor instrumental, y hemos de estar siempre dispuestos a mejorarlos y aún a desecharlos cuando no funcionen bien, porque estamos al servicio de la vida jurídica y no de los conceptos ni del sistema».

Creo que algún tiempo antes, en su estudio de la calle Héroes del 10 de agosto, le decía yo a González Palomino —como recientemente he recordado en un trabajo destinado al libro-homenaje de un profesor argentino amigo, *Los juristas ante las fuentes y los fines del derecho*— que otros dos compañeros y maestros —refiriéndome a Ramón María Roca Sastre y a José Luis Díez Pastor—, grandes conceptualistas y pandectistas, guiaban el método dogmático con su buen sentido jurídico, su experiencia de la realidad, su concepción objetiva de la justicia y su sensibilidad para lo equitativo, señalándole metafóricamente que «hacían conceptualismo con trampa». Frase que mi interlocutor aceptó como expresiva de lo que, a él, le parecía óptimo para buscar la justicia, valiéndose de los conceptos para el buen orden mental, pero sin supeditarse a ellos.

Que Roca Sastre no buscó el sistema ni los conceptos en el Derecho positivo, como la dogmática propiamente dicha, sino en la realidad histórica es evidente. El mismo lo dice en su repetido prólogo al citado libro de Puig Brutau: «Bajo la idea básica de que el Derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que el mundo jurídico al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al Derecho positivo de cada pueblo, como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos». Y, como dice en su *Crítica institucional del Derecho civil*, observó las instituciones sucesorias «en conjunto su realidad viva, biológica de encaje o adaptación a la vida jurídica y destacando su carácter de solución histórica en determinado momento».

En ese mismo trabajo, advertía que le preocupaba más la justificación empírica de ese Derecho institucional que su demostración filosófica; añadiendo que éste se halla «fuera de la órbita del llamado Derecho natural» (¿De cuál? Creemos que propiamente se refería al racionalista de Grocio, Puffendorff, Heinecio, etc., o al pseudotomista de los manuales más en curso). Pero sin que «tampoco al apartarse del Derecho natural, caiga el Derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico».

Lo que observa en el Derecho institucional es «una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de

fórmulas e instituciones vividas a través de la historia o de la positividad del Derecho». Constituyen una *cantera*, como dice en su últimamente citado prólogo, de la cual no sólo el legislador ha de buscar el sistema, las instituciones y las formas, sino donde —dice Roca— el juez ha de extraer las normas integradoras, «más que en aquellos altos principios que como el de que "nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno" y tantos otros más pertenecen a la Moral».

¿Es que para Roca Sastre el Derecho institucional es neutro o indiferente a la moral? Creo que de ningún modo lo estima así. El mismo, al comienzo de su prólogo al libro de Puig Brutau, que seguimos teniendo a la vista, nos dice que el Derecho se dirige a «proteger intereses legítimos» y que «no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos».

¿Cómo entiende, pues, Roca Sastre que puede lograrse dicha finalidad con el Derecho institucional?

Parece que de dos maneras. Una, operante en la misma entraña del sistema, institución o figura, es decir captando su justa configuración. Y otra, en la elección del sistema, institución o figura, entre las diversas que la Historia del Derecho y el Derecho comparado nos muestran.

La primera manera la observamos en su definición de la propiedad, que, en su prólogo al libro de Camps y Arboix, delimita, en cuanto estima que debe ser «con arreglo a la naturaleza, al servicio de la comunidad y para provecho del propietario», y aclara que el criterio «responde al *bonum commune* del pensamiento aquinatese». Y, en el mismo sentido, escribe en su *Crítica institucional*: No entramos en la construcción jurídica de las instituciones sucesorias con la frialdad propia de las investigaciones técnicas».

Pero, la principal manera de lograrlo parece ser la segunda, la de la elección «por el legislador o la costumbre», entre las figuras o instituciones jurídicas, de «las más aptas para incorporarlas al ordenamiento positivo». Tomándolas ya sea de la experiencia vertical del Derecho histórico o bien de la experiencia horizontal del Derecho comparado, de modo que «serán objeto de elección, según las particularidades de dicho país, por parte del legislador (en sus diversos órganos de manifestación) a la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas)». A juicio del propio Roca, «en el fondo, no hay fórmula jurídica mala; todas las que reúnan la condición de jurídicas [entendamos, «justas y legítimas»] son fórmulas aceptables; el problema consiste en que encajen, que se adapten a las necesidades y a las circunstancias del caso».

Con el fin de que la elegida sea la más adecuada, aconseja Roca Sastre —tanto en su conferencia de 1943 como en su prólogo al libro de Puig Brutau— «la conveniencia de adoptar soluciones históricas basadas en la experiencia», que la fórmula «se adapte al modo de ser, precedentes históricos y demás circunstancias del país respectivo». A su juicio, hay que examinar el aspecto más interesante de

la historia del Derecho, «el evolutivo, el del desenvolvimiento y transformación de las instituciones»; y cree «indispensable tener una concepción historicista [en el sentido de *histórica*; no en el del determinismo histórico, ni en el que estima que nada trasciende a la historia; pues resultan rechazados por el mismo Roca en los primeros párrafos de su *Critica institucional del Código civil*], pues sin ella se corre el peligro de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un verdadero fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes».

Sin duda en esto recuerda a Savigny, pero con evidentes salvedades.

El profesor alemán, pese a su ponderación del Derecho consuetudinario y del valor prevalente que le concede, no se ocupó de su búsqueda sino que investigó las fórmulas, figuras, instituciones y sistema en el Derecho romano, y no en el aportado a la práctica por el Derecho común, sino en el Derecho clásico, depurado de interpolaciones postclásicas; efectuando, según expresión de Tell y Lafont, una labor de arqueología jurídica.

Es cierto que Roca Sastre, a veces, traza las grandes líneas institucionales —como en las distinciones de perfil bonfantiano de la *successio* y la *adquisitio per universitatem* o de la legítima romana y la reserva germánica— con una pureza que, tal vez, casi nunca tuvieron dadas las grandes variantes que muestran el Derecho civil y el pretorio, el clásico, el postclásico y el justiniano, el Derecho romano vulgar y el germánico romanizado, y el juego corrector del Derecho común amparado en el uso extensivo de las cláusulas codicilar y *omni meliori modo quod valere possit*, estimadas a veces como tácitas o sobreentendidas. O como en la concepción del enriquecimiento sin causa y del negocio abstracto, con igual influencia bonfantiana, soslayando para que no empañaran la pureza de sus líneas, las tesis de Savigny-Pferche y de Pernice-Girard evocadas por Arias Ramos.

Pero, esa postura, que parece esquemáticamente rígida en los grandes andamios conceptuales —como creo que son las de su categoría de los derechos reales sobre el *ius disponendi*, y de ahí que él se escandalizase de que yo no los considerase sino meras garantías reales—, en cambio se flexibiliza tan pronto como enfoca cuestiones concretas que trata siempre de resolver con realismo, adecuadamente a las circunstancias, y con equidad.

Especialmente es de observar que, para resolver las cuestiones de Derecho catalán que se le plantean, busca, recopila y ordena las costumbres vividas y sigue la tradición de los juristas catalanes o recurre a los autores de Derecho común, aunque sea con algo menos de aparato bibliográfico del que empleara años antes, Martí Miralles. Recurre Roca Sastre no sólo a Cancr y Fontanella, sino también a Mantica, Menochio, Peregrino, Surdo, Fusario, Chiffletius (o sea, Claude Chifflet), Gregorio López, Antonio Gómez, el

Doctor Luis de Molina, Barbosa, Castillo Sotomayor, Merlino, Fabro, Bonfinio, Voet. No obsta que, además invoque a autores de los que, en el siglo pasado, se tomara la que Luis Figa ha calificado de tercera recepción del Derecho romano, como Vinnio, Maynz v Windscheid, y aún haya añadido otros de este siglo, como Bonfante, en especial, y Sohm, Jörs-Kunkel, etc.

En ese terreno práctico, Roca sigue siempre decididamente el camino más realista, conforme su propia consigna, formulada en su conferencia de 1943: «Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas».

Es conocida la anécdota de aquel paisajista famoso a quien una encumbrada dama le reconoció que desde que había contemplado su exposición de pinturas tomadas del Parque de Londres, éste le gustaba más. El pintor le contestó, con fino humor, que el Parque había mejorado mucho desde que él lo pintaba. Lo cierto era que su pintura captaba unos matices de la realidad que generalmente escapaban a los ojos de los meros paseantes, que no poseían la sensibilidad del artista, hasta que éste, en sus cuadros, destacara aquellas perspectivas y tonalidades que, a partir de entonces, todos sabían ya apreciar.

Pues bien, Roca Sastre ha sabido mostrar muchos matices de la realidad jurídica catalana con un relieve antes no advertido, estableciendo clasificaciones y dotando de un nombre adecuado a cada una de las figuras clasificadas. Pongo como ejemplo, el caso de los heredamientos: a favor de los contrayentes, simples o de herencia, cumulativos o complejos y mixtos; a favor de los hijos nacederos, puros, preventivos y prelativos, y mutales o recíprocos entre los cónyuges.

No hay duda de que esta conceptualización ayuda a captar mejor los matices jurídicos de la realidad, para valorarla debidamente, y orientar mejor las soluciones, para hallar las más adecuadas. Y de que, al favorecer la ordenación de las experiencias, facilita la aplicación de las normas.

La subsunción y analogía conceptual se efectúan así más rápidamente, con todas sus ventajas, aunque no sin riesgos. Y voy a poner un ejemplo para mostrar éstos. Gracias a esa fina cualidad de Roca Sastre para captar conceptos, diferenciarlos y darles un nombre adecuado, la Compilación catalana distingue de los fideicomisos de residuo la categoría que denomina sustitución preventiva de residuo, que deslinda el artículo 216. Ahora bien, el artículo 210, que en su § 1 define el fideicomiso de residuo, advierte en el § 2.º: «No habrá fideicomiso de residuo, aunque se emplee esta denominación, si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte, designando para después de fallecer aquéllos un sustituto o susti-

tutos. En este caso se considerará ordenada una sustitución preventiva de residuo». No hay duda que la analogía existe, pero ¿es total?; y, de no serlo plenamente, ¿hasta dónde llega? En la sustitución preventiva de residuo basta que el sustituido, teste en general para que la sustitución no tenga lugar. En cambio, en el fideicomiso de residuo, si el heredero o el legatario (a quien aquél fideicomiso se le impone aún autorizándole para disponer *mortis causa* de los bienes en cuestión) testa de modo general sin referirse en forma alguna, expresa ni tácitamente, a los bienes que les fueron relictos con dicha particularidad, ¿es realmente conjeturable que en su llamamiento hereditario quiso comprenderlos? Estoy seguro que de plantearseles el problema, Roca Sastre hubiese vuelto a subdistinguir. Pero, ¿cuántos, ante el texto del art. 210 § 2.º, se detendrán en sus palabras y aplicarán la analogía sin más subdistinciones ni límite alguno?

Joan Martí Miralles, en la primera de las conferencias que pronunció en el curso 1909-1910 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, advertía que, al jurista «la realidad nos enseña que en la mayoría de los casos, ni aún ante las primeras excepciones de la regla, le es dado detenerse ante el espíritu investigador, que cree encontrar la verdad completa armonizando en estrecha y anhelada síntesis el principio y la excepción; ¡ilusión vana!, ésta, que constituye también a su vez una norma o regla, se halla a su vez sujeta a otras divergencias, a otras excepciones que convierten en interminable la tarea de un jurista, y en indescriptiblemente compleja la labor del práctico cuando pretende alcanzar, fatigado, jadeante, las últimas particularidades de una verdad jurídica».

Roca Sastre, sin duda, al tratar de los más complejos problemas de Derecho catalán siempre hacía esto, aunque dejara planteados como mejores unos conceptos jurídicos que bautizaba adecuadamente. El riesgo está en que sus lectores se detengan en esos conceptos, sin seguir subdistinguiendo, lo que equivaldría a no comprender al maestro.

Esa posibilidad muestra un riesgo, que aún se agranda tratándose de los conceptos más generales y por lo tanto más alejados de la problemática concreta. Y es que Roca Sastre no sólo ha elaborado ese retablo inacabado, que sólo él podía dirigir, que constituyen sus comentarios a la *Compilación catalana*, en una buena parte obra casi suya, sino que también ha edificado una catedral, la del Derecho Hipotecario, eso sí, llena de maravillosos retablos de cuestiones prácticas de Derecho civil que la hacen mucho más monumental. Pues bien, en las líneas de esa catedral abundan los perfiles dogmáticos de los conceptos más generales y, por ello, más alejados de la realidad concreta prácticamente experimentada.

Ante estos conceptos, aunque sean panorámicamente abstraídos de la realidad a través de lo que Roca denomina Derecho

institucional y no meramente del Derecho positivo, cabe distinguir varias posibles actitudes:

— la rigurosamente dogmática que impone el andamio conceptual como un corsé a la realidad, sometiendo al andamio toda posible realización de la arquitectura jurídica; y que, para resolver y juzgar, aplica inexorablemente el método de inversión y la analogía meramente conceptual;

— la flexiblemente conceptual, que continuamente, adiciona nuevas piezas en el andamio y al lado de él, de tal modo que lo salva sin impedir las construcciones adecuadas fuera de sus grandes líneas, y buscar la solución justa con nuevos subconceptos y variantes;

— y la que acepta la dogmática tan sólo a beneficio de inventario, como un medio auxiliar para la realización de la justicia, y sin sentir inconveniente en modificar el andamio conceptual, o en derribarlo, o incluso en prescindir de él, si resulta más aconsejable para lograr una solución más justas.

La primera actitud es la mecánicamente conceptual. La segunda ha sido la de Roca Sastre. La tercera es la de González Palomino, que antes hemos referido con sus propias palabras. La mía actual es otra, de vuelta ya del conceptualismo. Entiendo los conceptos que construimos sólo son medios, siempre insuficientes de ordenar las realidades jurídicas, pero que del mismo modo que las clasificaciones por materias y submaterias de los ficheros de las bibliotecas jurídicas, no nos deben hacer perder de vista la variedad infinita de las posibles variantes atípicas existentes entre unos y otros conceptos, que por lo demás son siempre aproximativos, razón por la cual si bien aquéllos pueden servirnos de orientación, nunca podrán utilizarse como apoyo de razonamientos decisivos.

En cambio, es de destacar que Roca Sastre, con su concepción del Derecho institucional, como con conceptualismo realista y lleno de matices, que él desarrolla con su excepcional genio jurídico en todas las cuestiones vivas de Derecho catalán, aun en los supuestos más arriesgados por su mayor lejanía a la problemática concreta, realiza insuperablemente una función magisterial de gran valor plástico, para dar una perspectiva más clara del complejo mundo jurídico. Esto precisamente hace de Roca Sastre uno de los más grandes maestros del Derecho.

Y aun es de destacar otra perspectiva del conceptualismo realista de Roca Sastre, situándolo en su momento histórico. La escuela jurídica catalana, antigua y moderna, se ha caracterizado siempre porque, sin perder nunca su identidad en las líneas maestras, ha tenido siempre una gran receptibilidad de las nuevas corrientes, por las que nunca hasta ahora se ha dejado arrastrar, sino que las ha asimilado una vez las ha adaptado a las características fundamentales de la escuela.

Así lo hizo notar Torras y Bages de Jaume Callis, respecto la recepción del derecho común y a la influencia de la escolástica tomista, con palabras que creemos cabe hacer extensivas a Tomás

Mieres y a Jaume Marquilles, destacando su notable potencia intelectual, armonizadora y asimilativa, y «la admirable alianza que supo lograr entre el elemento indígena, la institución nacida en Cataluña, con el derecho general y la ciencia especulativa de las leyes», actuando como «un verdadero escolástico, no sólo por su sistema de aliar el presente con el pasado», «sino por el desarrollo lógico de la materia, por la manera natural con que la divide y explica, deshaciendo los *dubbia* que se le proponen y reflejando en la exposición una luz de verdadera evidencia» y con «la maña de saber acomodar las instituciones viejas a las necesidades nuevas, de iluminar y vivificar el organismo jurídico que se forma en un determinado país con las doctrinas, instituciones y precedentes del derecho general, o que han merecido alta categoría dentro de la estimación de los hombres ilustrados».

Del mismo modo, en el siglo pasado, los juristas catalanes asimilaron la escuela *experimental* escocesa y la *ecléctica* de Coussin, y, finalmente, la escuela *histórica* de Savigny, pero adaptándolas a la propia mentalidad. La adaptación de esta última queda muy clara en la polémica en que se entrecruzaron las opiniones de Durán y Bas, Reynals y Rabasa y Pou y Ordinas, de una parte, y de Planas y Espalter, Pla y Deniel y Tell y Lafont, de otra, en pro y en contra de la escuela histórica, y en las mediaciones y puntualizaciones de Prat de la Riba, Borrell i Soler y Victorino Santamaría, entre otros. Resulta de ella, con claridad, que los hombres más calificados de la escuela jurídica catalana asimilaron de la escuela histórica lo que de ella resultaba concorde con la propia tradición jurídica, sin abdicar de los fundamentos iusnaturalistas, ni abandonar la trayectoria peculiar entroncada en el Derecho común, ni sustituirla por la búsqueda de las soluciones del Derecho romano clásico, ni en un momento dado dar el paso de traspasar el carisma de detentadores del espíritu del pueblo a los catedráticos, como estructuradores de un futuro Código en el que formular conceptualizado el propio Derecho, hasta entonces popular y guiado por sus juristas prácticos.

Roca Sastre ha efectuado en este siglo algo semejante, a lo expuesto, con respecto a la dogmática, conceptualista que nos llegaba en su época de estudiante. Supo despojarla de su positivismo genuino y de la rigidez de su método de inversión, para transformarla en lo que él denomina derecho institucional, caracterizándolo porque sus figuras son forjadas en la realidad, y requiriendo la adopción de las más convenientes, según criterios de adecuación histórica y local, para el bien común y, en definitiva a la justicia.

Queda, aún, una importante cuestión por analizar: relativa, primero a la posición de Roca Sastre ante la tarea legislativa y a la compilación del Derecho catalán, y, después a la que tuvo ante el Derecho legislado.

Hemos visto ya que, en su prólogo al referido libro de Puig Bru-

tau, Roca opina que los órganos que conforman el Derecho positivo deben circunscribirse a tomar del Derecho institucional existente en el mundo real —en el que existe un orden jurídico como hay un orden físico, químico, etc.— las figuras e instituciones, «más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo», atendiendo para esa elección a la tradición histórica y a las particularidades de cada país. Y que los órganos que deben captar esas instituciones, dándoles el rango de Derecho positivo, no se circunscriben a los legislativos, sino que los extiende a la sociedad (en la elaboración de costumbres), a los órganos judiciales y a los juristas. Pero, como veremos, al hablar de los juristas, Roca no se refiere a los profesores de Derecho, como Savigny, sino a los juristas elaboradores de fórmulas en la vida jurídica práctica.

A su juicio, expresado en su conferencia dada en 1943 en la Academia Matritense del Notariado, el legislador debe dar «prevalencia al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales» y «los preceptos necesarios para evitar abusos. Lo demás ya lo regularán las partes dirigidas por el Notario o Letrado». E insiste: «Donde no llegue, o no debe llegar la presión del legislador, debe llegar el Notario, o sea el consejero nato de los otorgantes».

En esto, también, sigue la línea tradicional más pura de la escuela jurídica catalana.

En cuanto a la codificación, hemos visto que en sus palabras en memoria de Martí Miralles, en la misma directriz de éste, propugró por «un gran Código de imperio general con el *Corpus iuris civilis* como supletorio y con varios subcódigos anexos o apéndices comprensivos de las instituciones y fórmulas jurídicas especiales o diferenciadas de todos y cada uno de los diversos territorios...».

En la práctica, mientras la dogmática de los pandectistas alemanes construye el B. G. B., como una catedral del sistema con sus conceptos técnicamente elaborados con gran perfección por los catedráticos más ilustres, la Compilación catalana, en la que tanto pesó Roca Sastre, trató de elaborar una serie de retablos que recogieran fielmente las instituciones vividas en el país. Así sus redactores procuran recoger el Derecho peculiar lo más minuciosamente posible, sin abstracciones ni cientifismos, pretendiendo incluso que los preceptos de la Compilación se integraran con los textos originarios y remitiéndose para aclaración o complemento a la costumbre local o territorial. Estas pretensiones sólo se aceptaron en parte por las Cortes, que únicamente admitieron en el artículo 1, § 2, que para interpretar los preceptos de la Compilación se tome en consideración «la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan», y, en el artículo 2.º, que el Derecho local escrito o consuetudinario, peculiar de algunas poblaciones o comarcas, se observe

«en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él».

¿Cuál fue, en fin, la postura de Roca Sastre ante el Derecho ya legislado o codificado?

El profesor de Historia de la Filosofía del Derecho de la Sorbona de París, Michel Villey, en el volumen correspondiente al año 1972 de los *Archives de Philosophie du Droit*, distinguía cuidadosamente tres criterios interpretativos, que van desde el positivismo más extremo al criterio propugnado por el sistema iusnaturalista clásico:

a) El de la escuela de la exégesis, que circunscribe la búsqueda de la solución en el análisis del *texto literal* de la norma, efectuándolo por procedimientos silogísticos, «casi mecánicos».

b) El menos positivista y más abierto, que reconoce la imposibilidad de deducir literalmente todo el Derecho de las normas escritas, y entiende que toda norma positiva no hace sino sugerir, de modo más o menos claro o confuso, una *orientación*, una pista del orden de preferencia que el ordenamiento positivo establece entre diversos intereses o valores, de cuya prelación han de extraerse los criterios para interpretar las normas.

c) Y el que concibe la regla del Derecho, no tanto como el medio de dirigir una conducta, sino más bien como un intento de *buscar el Derecho natural*: esto es, lo naturalmente justo; por lo cual las normas no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que, entre otras, deberán ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural, que, por esencia, es inexpresable en su plenitud.

Este último criterio es el que propugna el profesor de la Sorbona y el que yo trato de seguir. También es el que claramente siguieron los viejos juristas catalanes a través de la *equitat* y la *bona rahó*, en sus funciones no sólo supletorias sino determinantes de la aplicación del Derecho romano e interpretativas, incluso correctoras, de las *constitucions generals*. Recordemos las expresiones de Mieres que antes hemos reproducido. Incluso, después de la Constitución de Felipe IV (III en el Condado de Barcelona) que acoó el juego de la equidad, vemos cómo Luis de Peguera, con palabras que recuerdan las de Aristóteles, escribió que las leyes suelen dictarse en términos de generalidad, y como la vida se traduce en hechos completamente distintos entre sí, puede ocurrir que estos conceptos generales, al ser aplicados a casos concretos, produzcan una solución injusta, en cuyo caso «sería una iniquidad —*esset iniquum*, dice literalmente— aplicar el Derecho constituido», por lo cual es preciso rectificar la conclusión.

Roca Sastre, lo repetimos, vive en un momento en que la ley positiva proclama su propia prevalencia y en que no están de moda Aristóteles y Santo Tomás sino Windscheid y Bonfante, y se trata de superar el literalismo de la exégesis por la dogmática conceptualista. Sin embargo, como el Presidente Carlos Obiols, en la Aca-

demia de Jurisprudencia de Barcelona el 8 de marzo de 1974, en su discurso en homenaje a Roca Sastre, dijo: en el ideario y directrices de éste, la finalidad práctica del Derecho «es la realización de la justicia, cuyo sujeto es el hombre, no el hombre abstracto sino el hombre social determinado por los grupos donde el mismo se organiza y se completa».

Esto nos recuerda cómo Mieres, en el capítulo III de la collatio XI de su *Apparatus*, al tratar del pretendido *ius maltractandi* de los señores sobre sus payeses, advertía que si las sevicias no eran lícitas contra los siervos, en cuanto eran hombre, mucho menos cabían contra los rústicos, que no eran siervos; y que los payeses podían trasladarse a poblar los lugares reales a pesar del pretendido mal uso de la remensa personal, salvo en el caso de que en su juramento de fidelidad hubiesen prometido residir en el manso sin abandonarlo para habitar en lugares reales ni en otros. Y como, contra el mal uso de no poder acudir los payeses a los tribunales reales por los malos tratos recibidos de su señor y la confirmación del *ius maltractandi* por la constitución de paz y tregua de Cervera de 1202, proclama, con énfasis, «*Rex etiam cum tota Curia non potuit, neque posset facere legem iniquam contra legem Dei, quae si facta foret, non valeret; nec esset lex, quia oportet, quod lex sit iusta et rationabilis*».

La finalidad de realizar la justicia, ante las mayores dificultades actuales, antes indicadas, pretende lograrla Roca Sastre recurriendo a lo que él denomina Derecho institucional, en cuyos conceptos introduce juicios éticos y de utilidad común y entre cuyas figuras trata de que se elijan las más adecuadas, como antes hemos visto.

Por otra parte, con su realismo, en su tan citada conferencia de 1943, advierte «que deben evitarse las consecuencia perturbadoras de la posible pugna entre la realidad jurídica vivida y el rígido pragmatismo de los textos legales positivos», y contra el peligro «de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un evidente fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes».

* * *

No quiero concluir este apresurado comentario sin expresar mi deseo de que la gigantesca dimensión jurídica de Roca Sastre, como maestro y como jurista práctico, y de su obra jurídica, como científico y como artífice del Derecho, sean objeto de los estudios que se merecen en extensión y en profundidad. Yo me he limitado a apuntar los aspectos que me parecen más destacables y más significativos de su personalidad, en los campos de la ciencia y el arte del Derecho, pero bien sé que no he podido abarcarlos ni profundizarlos suficientemente. Para que las figuras gigantes puedan ser comprendidas adecuadamente es necesari-

ria la contribución de muchos lectores y relectores, más el esfuerzo de muchas mentes reflexivas y esclarecidas.

A este deseo agrego la reiteración de los que ya antes he expresado. De que se publiquen, en unos Estudios Jurídicos Varios de Roca Sastre, sus trabajos hoy dispersos en revistas, anales, anuarios, libros-homenajes o fascículos, o inéditos aún; y de que su hijo Luis complete y ordene los Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña que su padre, pacientemente, durante varios años, fue elaborando, es decir, su gran retablo, como lo calificó Luis Figa.

Yo, en mi memoria y en mi corazón conservaré, mientras viva, el recuerdo entrañable, no sólo del gran jurista, sino del querido maestro y amigo, sencillo, cordial, generoso y humano, que me hizo revivir mi afición por el Derecho y con el que, incluso en aquellos en que pensábamos diferentemente, siempre sintonicé en su amor al Derecho, en su sentido de su realidad, en su dedicación al logro de su finalidad de la consecución de la justicia concreta, equitativamente. Maestro al que sigo admirando por su sabiduría, su ecuanimidad, su prudencia, por su *seny* y su *bona rahó*.

¡Descanse en paz, y que su memoria nos sirva de ejemplo y de guía!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

