

## IV. NOTAS CRITICAS

### ¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?

(Apostillas a un artículo) <sup>1</sup>

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Objeto de esta glosa. La teoría de D'Ors.—II. Antecedentes de esta teoría.—III. El significado de la ciencia jurídica.—IV. La ley y la costumbre.—V. El testimonio del Derecho romano clásico.—VI. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—VII. La naturaleza del Derecho foral.—VIII. Conclusión.

#### I. Objeto de esta glosa. La teoría de D'Ors

La doctrina jurídica es externamente conservadora, con tanto apego a las fórmulas tradicionales que sus obras, vistas a la ligera, apenas se diferencian en detalle y las más hondas discrepancias se disimulan en lo posible por un sentido peculiar de "elegantia juris"; aspecto monótono que sólo rompe, de vez en cuando, alguna nota original o estridente. Una teoría iconoclasta el subjetivismo de una actitud o unos nuevos modos de exposición pueden enrespar con aires de tempestad su serena superficie; en ocasiones, con agitación externa que apenas deja recuerdo, pero casi siempre con ciertos resultados beneficiosos, pues se ha removido la doctrina y se ha obligado a meditar sobre problemas que por conocidos y resueltos se trataban de paso y de prisa.

Al trabajo de D'ORS, ocasión de estas notas, *debemos gratitud*—entre otras razones—por llamar la atención sobre cuestiones un tanto descuidadas de puro sabidas. Ha de admirarse su viveza de tono, su ardor teórico, el dramatismo de la expresión y hasta la vis satírica con que flagela la opinión adversa; más el interés central de esta incursión del ilustre romanista por campos ajenos a su especialidad, radica en que declara falsas y merecedoras del estigma de lo anti-científico a una serie de afirmaciones tenidas hasta ahora, como indudables por la generalidad de la doctrina.

---

1. De la "*prudentia iuris*" a la "*jurisprudencia del Tribunal Supremo*", por ALVARO D'ORS, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Santiago. *Información Jurídica*, 1947, núm. 55, págs. 63-82.

Mi grande y conocida estima por la obra de D'ORS, su justificada autoridad en la doctrina, hacen—precisamente—más necesario señalar las razones por las que estimo que no es de seguir la dirección que nos marca en el estudio aquí comentado.

Su tesis básica es la del valor de la ciencia como fuente normativa y primaria del Derecho, que aplica después en especial al valor de la jurisprudencia y a la naturaleza del Derecho foral. El jurista—nos dice—debe elevarse a “categorías universales” (pág. 64); en esa altura lograr “el descubrimiento de la verdad jurídica” (pág. 65) para “descender sobre la realidad presente” (pág. 69). Con tal método llega a las siguientes conclusiones básicas:

1. “El Estado por sí es incapaz de crear el Derecho, porque el Estado no tiene sabiduría, no puede tener *prudencia iuris*” (pág. 75); esta es la doctrina “de los verdaderos científicos del Derecho” (pág. 76), de los “genuinos sabios del Derecho” (pág. 75), creadores de “la ciencia libre del Derecho”, que es “una fuente imperecedera la fuente genuina del Derecho, no siendo las otras más que formas de expresar aquélla” (pág. 77); que “se nos demuestra la fuente viva, como la fuente auténtica y decisiva del Derecho”, ya “que las normas son formuladas por los *prudentes*, que la doctrina es la fuente de donde mana sin interrupción el verdadero *ius* y que el Estado, a través de sus órganos, no hace más que administrar ese caudal” (pág. 70).

2. La concepción de la primacía de la ley se deriva del “absolutismo político”, que pretende que “funcionarios medio especializados” y “practicones” desplacen a la “aristocracia teorizante” (pág. 70); el Estado tiene sólo un poder reglamentario administrativo, y sea cualquiera el abuso que haga de su poder, a la larga se restablecerá la debida sumisión del reconocimiento estatal a los resultados de la ciencia del Derecho, la sumisión de lo reglamentario a la eterna Jurisprudencia” (pág. 75); por lo que la idea de proyectar un nuevo Código debe ser apartada de la mente “como el más perverso de los pensamientos” (pág. 76).

3. La costumbre tampoco es “propia mente una fuente del Derecho, sino más bien una simple memoria, una tradición popularizada, de ciencia jurídica” (página 80).

Como justificación de estas afirmaciones, aparte de la señalada elevación a “categorías universales”, se aporta el ejemplo de “la Roma de la época clásica, época de esplendor para la historia universal del Derecho” (pág. 86), según una muy personal visión de la organización jurídica romana (págs. 66-69) <sup>2</sup>.

## II. Antecedentes de esta teoría

La idea de que la estructura del Estado y la creación de las normas jurídicas debe ser cometido del sabio, del científico o del filósofo, no es nueva; es una noble aspiración utópica que ha tenido brotes en los más distintos tiempos, aunque con diversas formulaciones. El más ilustre y más antiguo de sus mantenedores ha sido Platón, que elevándose al “cielo de las ideas” dedujo que leyes y gobierno de la ciudad debían ser dictados de los verdaderos filósofos <sup>3</sup>.

En la doctrina jurídica católica no parece haber habido ningún representante

2. Todavía añade: “El que las potencias de la normatividad jurídica, en este estadio del Derecho clásico, coincidan claramente con las potencias del alma, no hace más que afirmarnos en el desarrollo de nuestras ideas” (pág. 67). No se sabe qué valor se da a esta “coincidencia” (¿hermético, simbólico, analógico?), por ello hay que limitarse a señalarla.

3. En “*El Político*” sostiene que el Gobierno científico (técnico) debe ser de uno solo —a lo más de muy pocos—, pues la ciencia de gobernar es la más difícil: su poder sería

de esta dirección; probablemente por el dominio de la concepción tomista acerca de la ciencia y de la organización de la comunidad<sup>4</sup>.

El desconocimiento de la subordinación del Derecho respecto a la Ley Eterna, base, en cambio, de la escuela ius-naturalista protestante, hizo que ésta, por el contrario, creyese que la ciencia tenía un valor sustantivo para el Derecho<sup>5</sup>. Pero, sobre todo la vieja idea del Derecho romano, como expresión de la razón natural y la renovada admiración por la obra de sus juristas, será la que influya en los tiempos modernos<sup>6</sup>.

SAVIGNY señala como fuente primaria del Derecho al espíritu del pueblo y la armoniza con la importancia que atribuye a la clase especial de los jurisconsultos, diciendo que éstos representan al pueblo del que forman parte; los principios fundamentales del Derecho están siempre en la conciencia del pueblo; su determinación y su aplicación es obra de los jurisconsultos. Estos ejercen sobre el Derecho una doble acción: una, creadora y directa, cuando concentrada en ellos toda la actividad intelectual del pueblo, desenvuelven el Derecho como representantes de su pueblo; otra, puramente científica, al tomar el Derecho, cualquiera que sea su origen para reconstruirlo y traducirlo en forma lógica<sup>7</sup>. Distingue entre la situación de la ciencia jurídica en Roma, en que la clase de los jurisconsultos llegó a ser única representante del Derecho del pueblo<sup>8</sup>; la de la Edad Media, en que la adopción del Derecho romano dió al Derecho un carácter científico<sup>9</sup>; la del momento en que vive, para la que admite la existencia de un Derecho consuetudinario científicamente establecido<sup>10</sup>. Las reservas y matices con que SAVIGNY expone su teoría no la hacen más admisible, y por ello será rechazada de modo general por la doctrina posterior<sup>11</sup>.

Modernamente, la idealización de la obra de los "prudentes" (considerada equivalente a "ius civile"), que cultivan algunos romanistas, produce el resultado de creer que éste "consta de pocos principios elementales, recogidos de la misma realidad de las cosas, y por eso de una verdad absoluta e intuitiva"<sup>12</sup>, cuyo fun-

---

ilimitado, sin otra ley que la ley de la ciencia (ἡ τῆν τέχνην νόμον); en "La República" confía el Poder a los filósofos o, mejor dicho, a los verdaderos filósofos; en "Las Leyes", quizás después de su desgraciada experiencia en Siracusa, propone la organización democrática de los nomophilakes.

4. Se aparta radicalmente de las ideas platónicas, poniendo las aristotélicas al servicio de la concepción cristiana.

5. Especialmente en *Jurisprudentia civilis in formam demonstrativam redigenda*, de WOLF, publicada en *Horae subsessivae Marburgenses*, 1731, págs. 84 sig.

6. Leibniz verá en la Jurisprudencia un contar con conceptos, e insiste en que no vió nada, "por la agudeza de la razón, por su nervio en el decir", que más se acerque de la Geometría y merezca el aplauso de los matemáticos; citas de RICCOBONO, *Jurisprudentia*, N. D. it. 7 (1938), pág. 499.

7. *Sistema del Derecho romano*, I n., 14 trad. española, I, pág. 47.

8. Id. n. 19, pág. 70.

9. Id. id., pág. 72.

10. Id. n. 20, pág. 75. Su doctrina fué seguida por PUCHTA, *Pandekten*, I, n. 16; THÖL, *Einleitung*, n. 55.

11. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 71, que señala el carácter anormal de la actuación de los juristas como fuente del Derecho (espejo fiel del espíritu del pueblo); WINDSCHEID, *Pandekten*, I, n. 16 N. 8, p. 45; GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (ed. 1895), I, n. 21, p. 181; EHRLICH—citando a WINDSCHEID—dice que "hay en ello una confusión entre la comadrona y la parida". *Die juristische Logik*, 1925, p. 113.

12. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, 1933, pág. 27.

damento y origen es "la *natura* y la *ratio*, o sea la realidad de las cosas y la lógica humana"<sup>13</sup>, "que da siempre el verdadero, el único sistema jurídico, como complejo de principios: perfecto en su lógica, impecable, orgánico en su evolución, geométrico en sus conceptos"<sup>14</sup>, y que es el que "ha creado las categorías jurídicas fundamentales"<sup>15</sup>.

De este modo, el neo-romanticismo romanista en torno al Derecho clásico, unido al eco de las ideas de la tecnocracia, pudiera ser quizás la raíz de estos nuevos retoños de la teoría de la ciencia como fuente del Derecho, que ahora nos ocupan.

### III. El significado de la ciencia jurídica

La cuestión básica planteada es: La ciencia libre del Derecho—única que es ciencia—. ¿puede ser la fuente formal primaria del Derecho?

Para contestarla se precisa recordar lo que es ciencia. Sin necesidad de entrar en disquisiciones filosóficas, puede admitirse a nuestro efecto que es el conocimiento sistemático, la búsqueda metódica y la exposición ordenada, la investigación y la comprobación de verdades con aspiración de certeza<sup>16</sup>. La ciencia, por tanto, no puede atribuirse científicamente el monopolio del conocimiento ni creerse sea el único camino del saber; ha de admitir otros modos de conocer, a veces más seguros que el suyo propio<sup>17</sup>.

La ciencia del Derecho, perteneciente a las ciencias morales y políticas (ámbito de la ciencia o de la razón práctica), no puede además pretender la exactitud propia de las ciencias naturales ni aspirar a una formulación geométrica o matemática, y menos cabe calificar a sus preceptos con el título de "categorías universales"<sup>18</sup>. Ha de contar con la esencial libertad de la persona, con la variabilidad de tipos de la comunidad política, con la existencia del Derecho Natural, que impone considerar la diversidad de las circunstancias, con esa tensión

13. Idem, pág. 28.

14. Idem, pág. 60.

15. Idem, pág. 68. Acepta este punto de partida INVREA, *Parte generale del Diritto*, 1934, págs. 201-202, pero considerando al *ius civile* como ejemplo de "normas no positivas". Como normas subsidiarias señala PACCHIONI a la "libre actividad científica de los juristas", *Elementi di Diritto internazionale privato*, pág. 125, repudiando la doctrina del monopolio del "Derecho legal", pág. 131, *I principi generali di diritto*. Arch. giur. 91, pág. 133. Como principios generales admiten al Derecho científico, MANRESA, *Comentario al art. 6 C. C.*, págs. 77-78; DE BLEN, *Introducción al Derecho civil*, pág. 323.

16. "La unidad sistemática convierte al conocimiento vulgar en ciencia", dice KANT, llamando "arquitectónica a la doctrina de lo científico en nuestro conocimiento", *Kritik der reinen Vernunft*, 2.ª ed., pág. 860. (Reklam). "Registro permanente de premisas, deducciones y conclusiones, comprobadas a lo largo del tiempo por su correspondencia con hechos", WITEHEAD, cita de FRANKFURTER, *The condition of Legal Research*, 1930, pág. 289. Para LEGAZ la triple función de la ciencia jurídica es "interpretar, construir y sistematizar", *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1943, pág. 49, en lo que coincide con RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1930, pág. 250. Cossío (Carlos) acepta la definición de JASPERS—menos adecuada aún que la de WITEHEAD a las ciencias morales y políticas—, "conocimiento metódico cuyo contenido es de certeza constrictiva y de validez universal", *La teoría egológica del Derecho*, pág. 270.

17. Como son, además de la fe, la evidencia y la intuición.

18. Por muy laxamente que se emplee este concepto, no se ve qué "categorías universales" pueda haber creado la vieja ciencia romana. Recuérdense las dificultades—y el poco éxito—de STAMMLER y BINDER para formular sus categorías jurídicas.

constante entre la realidad social y la aspiración hacia un Derecho más justo, que en definitiva condicionan todo Derecho positivo.

La "ratio" o "vis directiva" (su verdad o conveniencia) de una regla no le convierte, sin más, en norma con fuerza jurídica vinculante; la buena construcción científica de un precepto no le presta fuerza de obligar. La transformación del consejo o la opinión en norma precisa una nueva nota: la voluntad de ordenar ("vis imperativa"). Falta ésta en la obra científica; carece del "quiero y mando", pues no trata de imponer, sino de exponer los resultados de una investigación, que se saben provisionales y sometidos siempre a corrección<sup>19</sup>.

Carácter necesario en una fuente jurídica es la "potestas", la tenencia de un efectivo poder vinculante en la comunidad política; la fuerza de convicción, por grande que sea, no puede suplir la fuerza coactiva<sup>20</sup>. No sólo carece la ciencia de soberanía, sino que la atribución de poder político es incompatible con su naturaleza. Es cierto que una casta de científicos puede llegar a ser fuente de Derecho; pero precisamente el llegar a tener este carácter les hace perder su significado típico de hombres de ciencia y les convierte en funcionarios pues no se atiende ya a su saber, sino a su poder. No debe olvidarse que la ciencia tiene por único cometido y finalidad la búsqueda de lo verdadero y requiere la libertad del científico, y por ello estar libre de la potestad gubernamental y de la responsabilidad política.

La ciencia—según nuestro concepto—no pretende el monopolio del saber, no exige valor de dogma para sus resultados, no cree en su infalibilidad y le repugna el poder político. Por todo ello, parece contradecir a la misma naturaleza de la ciencia jurídica el atribuirle tal carácter de fuente primaria del Derecho<sup>21</sup>.

Cuestión que ha de plantarse necesariamente, también de modo previo, es la de averiguar cuál sea la materia propia de esa ciencia del Derecho. El autor señala lo que entiendo excluido de ella, al decir que la cuestión de la "conveniencia o no de respetar los Derechos forales" es "no adecuada para un tratado de Derecho civil científicamente elaborado, sino para una polémica política o, en todo caso para un tratado de Derecho político" (pág. 79)<sup>22</sup>. Frase condenatoria que supone, parece, este doble postulado: 1.º Todo estudio sobre lo preferible de una solución jurídica, con arreglo al criterio del "bonum commune", le está vedado al civilista como anticientífico. Discurrir por ejemplo, sobre lo beneficioso o lo perjudicial de la unificación civil, del vigente régimen foral o de una completa atomización localista del Derecho; sobre el matrimonio civil forzoso y el divorcio vincular; respecto a la doctrina de la voluntad y la de la declaración en el negocio jurídico, etc. 2.º Se proscribía, también por no científico, todo contacto entre el Derecho civil y el Derecho político.

El primer axioma es de suponer que no serán muchos los civilistas que lo

19. Va implícita la cláusula usual con que termina el dictamen del abogado: "salvo mejor opinión". Lo indica SAVIGNY diciendo que la autoridad científica "no funda nunca nada de una manera invariable y definitiva, pues nuevas investigaciones más profundas pueden siempre modificar la ciencia, siendo tan legítimas las nuevas como las antiguas", ídem, n. 19, pág. 74.

20. Comp. GIERKE, loc. cit. Además, la doctrina general respecto a la sanción en el Derecho. En especial, SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2.ª, q. 90, a. 3, ad 2.

21. Sobre mi opinión respecto al significado de la ciencia jurídica: *Derecho civil de España*, págs. 425-429.

22. En censura a mi *Derecho civil de España*.

acepten, pues con razón se considera el estudio científico de las cuestiones de "lege ferenda" como la función más alta—aunque más difícil y arriesgada—de la profesión. El segundo encontrará más eco, pero tampoco parece aceptable. El Derecho, sea civil o político, es regulación de la comunidad con arreglo a una idea de la vida (política)<sup>23</sup>; sería cómodo—quizás hasta utópicamente deseable—convertir al Derecho privado en un "ius arcanum", desconectado de la política y de la economía; pero es imposible cerrar los ojos al hecho del significado político de todo el quehacer jurídico<sup>24</sup>, y, por tanto, a la necesidad de considerar científicamente este aspecto, tanto en la problemática jurídica como en la aplicación de las normas civiles<sup>25</sup>.

Menos claro resulta el pensamiento del autor sobre cuál sea el contenido que estima propio de la ciencia. Es verdad que alude a la posible existencia de "un alma jurídica especial", a la "peculiaridad económica de distintos territorios" (página 82) y que requiere que la "investigación del jurista no se desarrolle en la soledad, sino al contacto de la patología vital de la sociedad" (pág. 65). Ello hace surgir una serie de dudas que el lector no tiene medios con qué resolver: ¿Cómo compaginar esas tales afirmaciones con la también predicada elevación a "categorías universales"? (pág. 64). ¿Esa "alma jurídica especial" cómo se armoniza con la primacía del Derecho científico y con la exclusión de la costumbre? ¿La estructura capitalista de la sociedad moderna de qué modo hay que conjugarla con la vaga dictadura jurídica de una "aristocracia teorizante"? (página 70).

En fin, podemos recordar, que en la República platónica Glaukon señalaba la dificultad práctica de averiguar, de entre los que se llaman filósofos, quiénes merecerían (como verdaderos filósofos) gobernar la ciudad, y Sócrates le contesta que los que aman ver la verdad<sup>26</sup>, los que saben elevarse a la genuina forma o idea en que la verdad consiste. De la ciudad de Platón serían seguramente expulsados, con los poetas y los tocadores de cítara, todos los filósofos extraños a la Academia. ¿Qué título—podemos a nuestra vez preguntarnos—confiere el derecho a considerarse miembro de la jurídica "aristocracia teorizante"? No parece que tal "carisma" lo conceda hoy el pertenecer a una casta, a una profesión o el éxito en unas oposiciones. A semejanza de Glaukon, habrá que pensar

23. En el sentido señalado en *Derecho civil de España*, pág. 12, n. 1, 28 y 355. Toda pregunta y toda respuesta sobre lo justo o lo conveniente de un precepto es política.

24. El autor discurre ampliamente sobre "agere" y "facere", considerando a la ciencia del Derecho como "prudentia iuris", obra del "prudente del Derecho" (pág. 64). Esta afirmación no se concilia con el extrañamiento de la consideración política del Derecho. Se ha dicho, con razón, que la prudencia "que se extiende al bien común para salvaguardarlo y preservarle de todo mal es la prudencia política", PALACIOS (L. E.), *La prudencia política*, 1945, pág. 30, también págs. 34 y 150. Pensamiento que ya expuso claramente SUÁREZ en el proemio a su *Tractatus de Legibus*. Sobre la diferencia entre ciencia, prudencia, razón especulativa y razón práctica, SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>e, q. 47, a. 6; sobre la relación entre "legalis justitia" y "prudentia politica", id. a. 10; define ésta como la que "ordinatur ad bonum commune civitatis, vel regni" id. id. a. 11.

25. Se ha dicho, con exactitud, que "El Derecho (privado) no es un fin en sí mismo. Es una parte en el sistema de gobierno de la nación en la que funciona y debe justificarse el mismo por su habilidad para servir los fines de gobierno, esto es, para ayudar a promover la existencia ordenada de la nación y la buena vida del pueblo", LORD WRIGHT, cita de FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1947, pág. 275, n. 82.

26. τὸν ἀγαθὸν ἀληθινὸν φιλοθεσμικόν.

que el hecho de ser extraño a la escuela definidora puede acarrear el triple estigma de anticientífico, medio-especialista y legalista.

#### IV. La ley y la costumbre

La primacía de la ciencia como fuente jurídica lleva consigo el negar que tengan carácter de verdaderas fuentes del Derecho la ley y la costumbre.

A la ley se la excluye basándose en que el Estado tiene sólo una función reglamentaria y administrativa, y además como se recordará, se condena el "legalismo" como unido al "absolutismo político". Frente a estas afirmaciones dogmáticas conviene recordar las razones por las que la doctrina reconoce el valor primario de la ley, no recogidas ni refutadas por D'ORS y que parecen tan válidas hoy como antes. Las fundamentales son éstas:

- 1.<sup>a</sup> La libertad natural del pueblo hace que sea la ley, en cuanto emanada directamente de la comunidad o de sus representantes, la fuente primaria del Derecho positivo<sup>27</sup>.
- 2.<sup>a</sup> Entre los intereses diversos, antagónicos, de clases, castas y grupos, la ley representa una instancia superior armonizadora, que atiende primordialmente al bien común<sup>28</sup> y procura la ordenación más adecuada a las circunstancias<sup>29</sup>.
- 3.<sup>a</sup> El Estado ha conseguido el monopolio de la coacción y por ello puede dar a sus preceptos la necesaria fuerza vinculante<sup>30</sup>.

La costumbre, por su parte, es considerada también como manifestación imperfecta del pensar de los científicos como "memoria" de la ciencia jurídica. Esta concepción choca con estos dos obstáculos, que no parecen fáciles de salvar:

1.º Precisaría suponer la existencia de una Edad de Oro de la ciencia jurídica, en todos los casos en que se conocen costumbres (de los salvajes, de los germanos, etc.), y respecto de los que no queda ni atisbos de que hubiese una anterior "aristocracia teorizante".

2.º Con la realidad social de que las costumbres, cuyo origen se conoce, son manifestación del poder social de una clase (costumbres feudales, comerciales, campesinas, etc.), que no es precisamente la de los juristas.

#### V. El testimonio del Derecho romano clásico

El argumento de oro de nuestro autor es el valor ejemplar del Derecho romano clásico. Es hora ya de aclarar un viejo equívoco. Estimar ese Derecho como paradigma de la ciencia actual es una petición de principio inadmisibile. Frente a ella pueden sentarse previamente estas afirmaciones:

27. "Condere legem vel pertinet ad totam multitudinem vel pertinet ad personam publicam, quae totius multitudinis curam habet: quia et in omnibus aliis ordinare in finem ejus, cujus propius ille finis", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 90, a. 4; q. 95, a. 4.

28. "Finis autem legis est bonum commune", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 96, a. 1; q. 90, a. 2.

29. "Leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere, quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 91, a. 3 ad 3 y 97, a. 2.

30. "Persona privata non potest inducere efficaciter ad virtutem: potest enim solum monere: sed si sua monitio non recipiatur, non habet vim coactivam, quam debet habere lex", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 90, a. 3 ad 2.

1. El Derecho romano clásico interesa a la historia del Derecho y sólo como parte de ella es útil al jurista actual. El Derecho moderno se deriva del justinianeo, a través de la recepción medioeval, y carece de conexión directa con el clásico.

2. El Derecho romano clásico es reflejo de una situación social y cultural distinta, y muchas veces contradictoria, de la concepción cristiana, que es la que aspira a realizar el Derecho moderno.

3. El Derecho de los pueblos modernos adquirió su propia personalidad al independizarse del Derecho justinianeo y con ello de todo el Derecho romano<sup>31</sup>.

La jerarquía que tuviesen las fuentes jurídicas en el Derecho romano no puede, por tanto, decidir nada respecto al valor que pueda tener para el Derecho actual la ciencia como fuente jurídica. Si fuera, sin embargo la que piensa el autor, valdría ya como prueba de que un Derecho positivo tuvo tal sistema, de que no es una utopía y de que habría sido viable alguna vez en la práctica. Por ello se impone recoger la tesis romanista del autor.

La imagen que nos da del Derecho clásico romano es la siguiente: "Después de todo, no hay en la Roma clásica más que dos fuentes primordiales: el saber jurídico, la Jurisprudencia, que es fuente del *ius civile*, y el querer jurídico o Edicto, que es fuente del *ius honorarium*" (pág. 67); pero, en realidad, sólo una de estas fuentes acaba por merecer el nombre de tal la de los *prudentes* o "verdades científicas", pues el Edicto expresa el poder reglamentario del pretor, que queda reducido a mero "portavoz de una opinión científica" (págs. 68-69), con lo que queda "el querer subordinado al saber" (pág. 67). Con este criterio unificador, sólo la ciencia jurídica conserva el carácter de verdadera fuente jurídica y se dejan sin valor de tal: las leyes y los plebiscitos (degradados a costumbres), las constituciones imperiales y los *senatus consultus* (convertidos en actos administrativos o reglamentarios) (pág. 66) y la costumbre (reducida a refranero, memoria o rutina) (pág. 67).

Esta construcción teórica, por su unidad, puede resultar seductora; pero como el autor no revela las razones en que la apoya, parece difícil—mientras no lo haga—el seguirle. Entretanto, habrá que atenerse a la que hasta ahora es la doctrina general.

La primacía de la ley en la organización jurídica romana no puede desconocerse. Es verdad que las leyes conservadas o conocidas son relativamente escasas aunque los romanos se refieran con especial énfasis a su crecido número<sup>32</sup>.

31. Vieja querrela entre algunos romanistas y civilistas es la cuestión metódica. Hay romanista que achaca a los civilistas el defecto de las construcciones abstractas, un legalismo servil y utilizar los textos romanos sin sentido crítico. Los civilistas piensan que el abuso de las construcciones dogmáticas procede de los pandectistas alemanes, que los modernos romanistas justifican la teoría más arbitraria con el juego de eliminar el texto molesto (interposición, glosema) y añadir las palabras convenientes (supresión hipotética), y que no comprenden el especial valor que para el civilista tiene el Derecho romano. Estas reprimendas nada producen—excepto descrédito para la ciencia jurídica—y no habría ocasión para ellas si se tuviese presente lo diferente de fines y métodos de trabajo; el romanista es un historiador, el civilista es un colaborador en la obra legislativa, al que el Derecho romano interesa sólo para explicarse mejor el sentido de la norma vigente. Lo que ha sido indicado ya por el romanista Biondi, loc. cit. págs. 12 y 13.

32. "Innumerabilis leges" (Cicerón), "inmensis cumulus" (Tito Livio), "inmensa copia" (Suetonio), "multitudo infinita" (Tácito), citas de SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, pág. 6, n. 11.



Mas lo cierto es que en los momentos cruciales de su historia y respecto a las cuestiones más arduas o graves se acude a la ley<sup>33</sup>; que el sentir popular y los textos de los jurisconsultos (la ciencia romana) coinciden en estimar a la ley como la primera y la más importante de las fuentes del Derecho. Bastan a convencernos estos hechos: el Derecho se basa en la voluntad del pueblo<sup>34</sup>; la más venerada y primera de sus normas se considera una ley<sup>35</sup>; al hacerse la enumeración de las distintas fuentes se comienza siempre por la ley<sup>36</sup>; los juristas—al tratar de la eficacia de las normas, de sus tipos e interpretación—se referían siempre a la ley<sup>37</sup>; en fin, cuando tratan de otras fuentes legales, de la costumbre<sup>38</sup>, del “ius honorarium”<sup>39</sup> y de las constituciones imperiales<sup>40</sup>, se justifica o se explica su eficacia jurídica refiriéndola a la de la ley<sup>41</sup>.

Tampoco parece posible reducir al pretor a ser un mero portavoz de los “prudentes”. El viejo “ius civile” de los “prudentes” es tan distinto del “ius honorarium” que se ha pensado que hasta constituye un sistema jurídico distinto, heterogéneo y sin nada de común con él<sup>42</sup>; naciendo precisamente el Derecho pretorio de la crisis de la “interpretatio” de su agotamiento y de su impotencia respecto a las nuevas realidades sociales<sup>43</sup>. Sea de ello lo que se quiera, lo que parece cierto es que el Derecho honorario surge con propia fuerza vinculante que no sólo no se deriva de la “interpretatio”, sino que viene a corregir al viejo “ius civile”<sup>44</sup>, rompiendo las antiguas instituciones e introduciendo una serie de figuras jurídicas contradictorias con su espíritu<sup>45</sup>.

La admiración por los “prudentes” ha sido constante y universal; pero los datos conocidos no permiten considerarlos como una “aristocracia teorizante”, formuladora de “categorías universales” del Derecho. En el Derecho primitivo los jurisconsultos eran aristócratas, pero no científicos; eran celosos guardadores de reglas y fórmulas en provecho de una casta avariciosa y dura, plena de prácticas supersticiosas y de ceremonias mágicas<sup>46</sup>. En la época de su máximo esplendor, la postura de los juristas—se ha dicho en su elogio—no es la de teorizantes. Gran valor se ha dado a la lógica de los prudentes<sup>47</sup>; pero mucho más

33. SCHULZ, loc. cit. pág. 6; BIONDI, loc. cit. pág. 58.

34. “Sacrosantum esse nihil potest, nisi quod populus plebeve sanxisset”. CICERÓN, *Pro Balbo*, 14, 15 (33, 35); MARCIANO, D., I, 3, 2.

35. Las XII Tablas: “fons omnis publici privati que iuris”. TITO LIVIO, 3, 34.

36. GAYO, I, 2; PAPINIANO, D., I, 1, 7 pr.; *Auctor ad Herennium*, 2, 13, 19; CICERÓN, *Topica*, 5, 28, *De oratore*, I, 47, 212.

37. D., I, 3, que habría que citar en la mayor parte de sus fragmentos; también ULPIANO, I, 2.

38. D., I, 3, 32.

39. GAYO, 3, 32; citas de Cicerón en BIONDI, loc. cit., pág. 36, n. 1.

40. GAYO, I, 5.

41. Tampoco parece justificada la negación total de fuerza legislativa a los senatus consultus y a las constituciones.

42. BIONDI, loc. cit., pág. 40.

43. BIONDI, *id.*, pág. 49; “el uno es la *ratio*, el otro la *oportunidad*”, pág. 40; “lógica rigurosa y acto de imposición”, pág. 49.

44. “Corrigendi iuris civilis gratia”. D., I, 1, 7 pr. Era un modo práctico de legislación experimental, dice BUCKLAND, *Roman Law and Common Law*, 1936, pág. 3.

45. P. ej.: “restitutio in integrum”, testamento militar, deuda alimenticia, fideicomiso, “pollicitatio”, posesión de la herencia, preferencia de la voluntad sobre la letra.

46. Vide CICERÓN, *Pro Murena*, 11 y 12 (25-27).

47. BIONDI, para mantener incólume su sistema, utiliza este procedimiento infalible: “un principio o una decisión que no se deduce lógicamente de un precepto del *ius civile*”

que ella resalta en sus escritos su fidelidad de escuela, su conservadurismo y la importancia que dan a las citas de autoridad<sup>48</sup>. Conforme a las referencias conocidas y a su obra misma, se nos representan como hábiles "practicones"<sup>49</sup>, como "legalistas", respetuosos en extremo con la letra de las fórmulas<sup>50</sup>, con el Edicto y con las constituciones<sup>51</sup>; hasta podríamos encontrarle una mayor semejanza con el "funcionario medio especializado" que con un "teorizante", desde que reciben el "ius respondendi", ya que el poder vinculante de sus "responsa" no surge de su ciencia, sino "ex auctoritate principis"<sup>52</sup>.

Sobre estas cuestiones hay que atenerse a los resultados de la ciencia romanista; pero sean las que fueren, podemos concluir que el saber jurídico de los juristas de una sociedad pagana, superficialmente humanizada por el estoicismo, no puede tener valor "categórico" para la sociedad ni para la ciencia jurídica moderna<sup>53</sup>.

### VII. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La aplicación lógica de la teoría de D'ORS a la jurisprudencia, parece que sería la de estimarla manifestación refleja e imperfecta de la ciencia, sin más valor jurídico vinculante que el que la misma ciencia que contuviese le prestara. No sin extrañeza, se observa que la teoría sufre aquí una importante desviación. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se califica de "regato canalizado" (página 72) y obra de "funcionarios medio especialistas" (pág. 75), se añade que "pese al legalismo" (pág. 73) "tiene, de hecho, vigencia positiva" (pág. 71) y que es "la fuente decisiva del Derecho, ya que nada valen todos los Códigos si aquel Tribunal no quiere observar sus preceptos. El valor de la ley no pasa, en este sentido, del de un solemne consejo que se da a los jueces, pero que la voluntad del Tribunal Supremo puede rectificar impunemente" (pág. 74)<sup>54</sup>.

---

se deberá ciertamente descartar del ámbito del *ius civile*, porque éste es un sistema lógico y orgánico y, por tanto, ninguna discordancia e ilogicidad es admisible", loc. cit. pág. 69; o sea, la petición de principio elevada a sistema. BUCKLAND, por el contrario, hace resaltar la falta de lógica y el carácter práctico e ingenioso de la "interpretatio", *A text-book of Roman Law*, 1932, pág. 2.

48. No sólo es visible en los textos conservados, sino que los mismos romanos señalan la superioridad que los jurisconsultos daban a la autoridad sobre la misma razón, y el uso y abuso de las citas originó bromas ridiculizándolas. Citas en SCHULZ, loc. cit., págs. 125-126.

49. El mero jurisconsulto es descrito por CICERÓN: "legulejus quidam cautum et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum", *De oratore*, I, 55, 236.

50. Dice CICERÓN: "in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae", *Pro Murcna*, II, 25.

Recuérdese la separación entre "ius civile" y "ius naturale" y "ius gentium", GAYO, I, 1; 3, 93; D., I, 1, 3 y 4.

51. "El jurista se limita a reproducir el texto del edicto y de la fórmula, haciendo seguir después el comentario de cada frase y de cada palabra. En estos comentarios *ad edictum* falta completamente todo intento de elaboración, de desarrollo y sistematización orgánica..." BIONDI, pág. 41.

52. D., I, 2, 2, 49; "quibus permissum est", GAYO, I, 7.

53. Recuérdense las figuras jurídicas desconocidas o repudiadas por el Derecho romano clásico y aceptadas por la ciencia moderna: representación, contrato a favor de tercero, transmisión de derechos y obligaciones, anulabilidad, personas jurídicas, estructura del negocio jurídico, la patria potestad como deber, etc.

54. En desobediencia, naturalmente, a lo dispuesto en el art. 6 C. c.; y ello incluso conforme a la personal interpretación que le da el autor: "En realidad—dice—, lo que en este precepto se dispone es el acatamiento a la Ley; en caso de faltar ésta, a lo que parez-

El idealismo "categorial" del autor ha degenerado aquí en un pragmatismo sociológico, al estilo de los secuaces de HOLMES. ¿Cómo armonizar tan dispares puntos de vista? Si fuesen ciertas las últimas frases citadas, el Tribunal Supremo sería soberano, y no se ve entonces cómo podría someterse a la "opinión cierta de un prudente" (pág. 74)<sup>56</sup>. No se pueden afirmar los dos extremos de un dilema; si la ciencia es la fuente primaria del Derecho, una actuación arbitraria e ilegal de los jueces no es apta para convertir el arbitrio en ciencia; si, por el contrario, se piensa que las reglas—de la ley o de la ciencia jurídica—son mero consejo y que el Derecho es obra de los jueces la fuente primaria del Derecho será la judicatura y no la ciencia del Derecho.

Aparte de esto, al aceptar sus premisas, se incurre en los mismos errores del positivismo jurídico americano. Recordaremos, al efecto, las siguientes consideraciones:

1. Que los jueces<sup>56</sup> forman parte de la organización estatal y que su mayor o menor subordinación al poder legislativo depende del tipo de Constitución política.

2. Que el juez que desobedece a la ley incurre en sanciones penales, civiles y administrativas<sup>57</sup>.

3. Que una resistencia del poder judicial desobedeciendo al legislador, infringiendo el mandato de la Constitución sobre la división de poderes, sería un acto revolucionario que si tuviese éxito significaría un cambio constitucional.

4. Que la aparente dependencia de la eficacia de la ley respecto a la conducta de los jueces es la misma que se podría ver en la sentencia respecto de los alguaciles, la policía y el verdugo.

Si se lleva a su conclusión lógica esta teoría, la única fuente de Derecho sería la fuerza del que ejecuta, "manu militari", el poder material, y no el saber ni el deber<sup>58</sup>.

ca en mayor consonancia con el medio ambiente, y, en último término, a la conciencia natural del juez" (pág. 63). Resultaría ocioso, después de lo dicho, señalar las razones por qué no puede aceptarse esta interpretación.

55. D'ORS se apoya en la autoridad de SUÁREZ (pág. 73) para demostrar la subordinación de la jurisprudencia a la ciencia; es cierto que SUÁREZ, con su certera agudeza, señala que la jurisprudencia no llega a tener consideración legal, sino la de un autor de consideración o la de varios autores (cita de *Derecho civil de España*, pág. 418, n. 3), pero debe advertirse que para SUÁREZ, como para todos los autores de la escuela española, la ciencia jurídica carece de valor vinculante, e incluso cuando es concorde supone sólo una presunción de verdad. La doctrina del ius-naturalismo católico, siguiendo a SANTO TOMÁS, estima que la Ley obliga en conciencia, incurriendo en pecado mortal el que la desobedece en materia grave, y, por ello, había de rechazar una teoría que, como la del autor, llevaría al principio de: "prudentes (sapientes) aut indices a legibus solutos".

56. Es lógicamente inexplicable el monopolio que se pretende tiene el Tribunal Supremo. En los casos en que no se entabla el recurso o en que generalmente no se pueda entablar, la norma no puede crearla el Tribunal Supremo, y habría que entender que la crearía el de instancia.

57. Se juega en esta ocasión con un equivoco. Cuando el Tribunal Supremo juzga utilizando una ley poco clara o llenando una laguna legal, su función puede llamarse creadora, por ser colaboradora. Aquí la pregunta es otra: ¿Puede el Tribunal Supremo, como tal, juzgar decididamente contra el mandato claro, expreso y terminante del legislador? La contestación nos parece indudable. El Tribunal que tuviese tal conducta perdía, por ello, su condición de Tribunal y adquiriría la de delincuente.

58. Quedan de hecho, planteadas las dos cuestiones básicas en la problemática del Derecho: ¿qué obliga al poder soberano?, ¿qué obliga al ejecutor del mandato jurídico?;

## VIII. La naturaleza del Derecho foral

Otra aplicación práctica de su teoría hace D'ORS respecto a la naturaleza de los derechos forales. No es éste el lugar oportuno para tratar con el debido espacio la "vexata quaestio" de los Derechos forales<sup>59</sup>; sólo se aludirá en cuanto directamente afecte al examen crítico de dicha teoría.

En base a lo que "todo el mundo sabe", se nos define el privilegio como "normas graciosamente introducidas para un particular", y el "ius singulare" como "el Derecho excepcional también, pero que fué introducido por alguna razón fundada" (pág. 78). Sobre este único fundamento se concluye que "el Derecho foral podrá ser un privilegio o un Derecho singular, pero no las dos cosas a la vez" (pág. 79)<sup>60</sup>.

El primer concepto se basa en el número de los agraciados (o perseguidos)<sup>61</sup>, y el segundo en el porqué de las normas<sup>62</sup>. Así concebidos, y considerados sólo desde el punto de vista racional, el dilema no existe, ya que una misma norma puede reunir ambas notas<sup>63</sup>; pero lo que aquí importa señalar es que la Historia nos enseña que ni esos conceptos ni esa contradicción tuvieron realidad jurídica<sup>64</sup>.

En los textos romanos hay diversos lugares en los que la expresión "privilegium" se emplea para situaciones que son también de "ius singulare", como las causas de excusa para la tutela y las preferencias concedidas a la mujer, al acreedor refaccionario, al pupilo y al furioso respecto a otros acreedores<sup>65</sup>; por lo que se ha dicho que "otra característica de los escritos de los juristas en

---

que sólo pueden resolverse, creemos, considerando la doble base de la norma de Derecho positivo, su validez extrapositiva y su eficacia social.

59. Espero poder hacerlo, con el debido detenimiento, en otra ocasión; con tanto más motivo, cuando es de temer que mi inhabilidad de expresión haya hecho comprender mal mi pensamiento; considero peligroso para la unidad política de España el mantenimiento del actual régimen foral, peligro no compensado por ventajas de valor equivalente, pero estimo de gran valor el contenido de muchas instituciones forales, que pienso deberían aplicarse en todo el territorio nacional, lo que sería—incluso—españolizar más nuestro Derecho civil.

El estudio psicoanalítico que de mis "ilusiones" hace D'ORS no corresponde a la realidad; el Congreso de Derecho civil de Zaragoza no ha sido para mí causa "de profunda desilusión" (pág. 78), pues espero pueda tener beneficiosos resultados para la ciencia jurídica y para la misma resolución del problema foral; en todo caso, estimo preferible sus conclusiones a una supresión inmediata y simplista de los Derechos forales.

La traducción—que dice hacer—de mi definición de Derecho foral "a una fórmula más franca" (pág. 78) no deja de tener gracia caricaturesca, pero deforma de modo sustancial mi pensamiento.

60. Criticando lo dicho en página 187 de mi *Derecho civil de España*.

61. Definición excesivamente estrecha comparada con D., 50, 17, 196 y 68; Decretales, I, 31, 9, gl. privilegia; SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I, 2, q. 96, c. 1 ad 1.

62. Se suprime "contra tenorem rationis" y no se tiene en cuenta. D., 50, 17, 141.

63. Conviene insistir en que no es lo mismo distinto que incompatible o contradictorio; sobre la diversidad de conceptos hay acuerdo en la doctrina moderna y también creíamos que lo había sobre que ambos caracteres podían coincidir en una misma norma jurídica.

64. D'ORS cita como únicos apoyos de su afirmación el estudio de ARIAS RAMOS y la obra de AMBROSINI sobre Derecho singular, "próxima a publicarse, si no se ha publicado ya a estas fechas" (pág. 79); naturalmente, no nos es posible compulsar esta última cita; el fino estudio de ARIAS RAMOS, creemos—como se indica en seguida—que no puede servir de apoyo a su tesis.

65. Sobre el "testamentum militis", HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, páginas 182-222, y bibliografía allí citada.

esta materia es la de una evidente disminución de la precisión del concepto en cuanto a su delimitación con el *ius singulare*, que doctrinalmente, acentúan los comentaristas modernos”<sup>66</sup>.

Mas para averiguar cuál sea la naturaleza del Derecho foral, no nos importa demasiado saber cómo concibieron estos términos los juristas romanos; la fuente de información decisiva será el pensamiento de la doctrina medieval, la manera como la entendieron los autores, los viejos “foristas”, al calificar y dar sentido a las reglas de su propio Derecho.

En este respecto nos será de preciosa ayuda la doctrina de los juristas catalanes clásicos. Ellos, no podemos desconocerlo, sabían el valor de su propio Derecho, se preocuparon mucho de la cuestión, y además fueron los únicos entre los juristas españoles que consiguieron que sus opiniones tuvieran fuerza vinculante<sup>67</sup>. Pueden, por tanto, contestarnos a estas preguntas: ¿Qué naturaleza tenía el Derecho catalán antes de los Decretos de Felipe V? ¿Tenían las peculiares disposiciones catalanas carácter de privilegio o de Derecho singular? ¿Consideraban posible que todas o algunas de sus reglas jurídicas tuviesen a la vez significado de privilegio y de Derecho singular? Bastará un repaso somero de algunos de los tratados clásicos para obtener—creemos—una clara y decisiva respuesta.

Son numerosos los casos de reglas de “*ius singulare*” denominadas privilegios<sup>68</sup>, como también las disposiciones del Derecho catalán que sólo por ser tales son calificadas de privilegio<sup>69</sup>, y, en fin, se encuentra más de un pasaje en que una misma regla se califica a la vez de privilegio y de Derecho singular<sup>70</sup>.

Más que esta fácil comprobación de hechos, importa señalar la razón de ellos. Las disposiciones peculiares del Derecho catalán se consideran “*statuta*”, “*leges municipales*”, respecto al “*ius commune*” (Derecho romano o Derecho canónico y romano) y aquel “*ius particulare*”—que así también se le denomina—era calificado conjuntamente, a la vez, de privilegio y de Derecho singular. Era denominado privilegio, en cuanto suponía un especial beneficio en favor de una ciudad, de un territorio o de los ciudadanos de éstos<sup>71</sup>, a la vez que, por gozar del espe-

66. ARIAS RAMOS, *Notas en torno al privilegium*. Rev. Universidad de Madrid (Derecho), 1943, pág. 192.

67. Admitida por Felipe II en las Cortes de Barcelona de 1599.

68. P. ej., la “*restitutio in integrum*” a Hospitales y menores, derechos especiales de los “*cives honorarii*”, nobles, militares y caballeros, comerciantes, de la Iglesia y del Fisco, la sucesión de monjes y monasterios, el testamento sacramental (“*magnum privilegium*”), FONTANELLA, *Sacri Regii Senatus Cataloniae Decisiones* (ed. 1645), 110, 1 y 7 (I, 287); 100, 4 sig. (I, 262 sig.); 111, 12 sig. (I, 291), 221, 1 (I, 520), 131, 1 sig. (I, 353), 236, 8 (I, 577), 296, 9 (I, 752), 350, 16 (II, 163), 576, 3 (II, 750).

69. Respecto a pragmáticas, constituciones, el *Recognoverunt proceres* y el Libro del Consulado del Mar, FONTANELLA, *id.*, 476, 7 (II, 488); CÁNCER, *Variarum Resolutionum* (edición 1683), 2, 7, 89 (II, 150); 1, 1, 52 (I, 12); FONTANELLA, 240, 15 (I, 589).

70. FONTANELLA a la Pragmática “*Intelleximus*”, tit. priv. dotalis, la considera “*privilegium*” concedido por el rey Jaime, añadiendo “*istud sit ius singulare et particulare*”, 476, 4 (II, 488); CÁNCER, respecto a una constitución “*iure speciale Cataloniae*”, señala expresamente su carácter de “*privilegium*”, 2, 7, 89 (II, 150).

71. Generalmente se admitían tres tipos de privilegio: personal, real y mixto; se discutía si los atribuidos a ciudades, reinos “*et similibus personis fictis*” eran reales o personales.

cial beneficio de un Derecho distinto del común<sup>72</sup>; mas también tenía la consideración de "ius singulare", en cuanto se apartaban del Derecho romano, único que se consideraba conforme al tenor de la razón<sup>73</sup>. De este modo, por su mera divergencia con el Derecho común el Derecho peculiar de una ciudad o territorio o reino tenía la condición doble de Derecho singular y privilegio<sup>74</sup>. A consecuencia de ello, no había duda de que sus normas merecían el correspondiente trato jurídico a esta su naturaleza: se interpretaban de modo estricto, no se podían extender por analogía ni por interpretación extensiva y habían de ser entendidas del modo más conforme al Derecho común<sup>75</sup>.

La semejanza que los autores medievales vieron entre el privilegio y el Derecho singular hizo que su distinción y sus contornos se desdibujasen en la doctrina y hasta en el lenguaje jurídico corriente<sup>76</sup>. La diferenciación entre los dos términos, no su posible coincidencia, es lo que necesita explicación; como después de haberse confundido casi por completo se llega a distinguirlos en la doctrina moderna.

La escuela de la "Jurisprudencia elegante" llamó la atención sobre las peculiaridades que califican, de modo distinto, al privilegio y al Derecho singular<sup>77</sup>. La iniciación de este movimiento se debe, probablemente, a CUJACIO, que marcó la diferencia entre estas tres clases de reglas: el privilegio en las XII Tablas, el privilegio personal en las demás leyes y el Derecho singular; y que puso de relieve que el Derecho singular es "Derecho general", que "pertenece a todos los ciudadanos", ya que no se llama singular porque se establezca para personas individuales, sino "porque se separa un poco ("paulum") de las reglas de Derecho"<sup>78</sup>. Sobre esta base se hace opinión común que los privilegios debían distinguirse de los "beneficia legis", sean generales ("restitutio in integrum" beneficio de orden de inventario y de división) o especiales (en favor de mujeres, fisco y personas

72. Etque certum, concessionem contra ius commune dici privilegium", CÁNCER, 2, 7, 89 (II, 150). Ya la glosa dijo "dicitur favor vel privilegium cum est extra ius commune", gl. quod favore, 7 a C. 1, 19, 6.

73. "Statuta iuri communi contraria: odiosa censetur", CÁNCER, 1, 1, 52 (I, 12).

74. Lo indica claramente PICHARDO: "cum in privilegiis et iuribus singularibus non soleat nec debeat etiam ex eadem ratione extensio admitti", 2, 11 princ. tit. 10 (I, 208). *Comentariolum in quatuor Institutionum Justinianearum libros* (ed. 1630).

MOLINO explica de este modo la peculiaridad del privilegio: "privilegia semper veniunt ad privationem legis, id est iuris communis: quia privilegium dicitur privato legis: unde debent stricte interpretari". *Repertorium Fororum* (ed. 1585), fol. 264.

75. "Estrictete sit interpretandum": "nec ex identitate rationis extendentur, quod quia contra ius commune conceduntur, odiosa censenda sunt"; "non extendendum sed limitandum", FONTANELLA, 476, 5 y 6, 7 (II, 488); "statutum autem non credendum in dubio voluisse... recedere a dispositione iuris communis, sed cum eo conformare quantum potest", idem 246, 15 (I, 587); "Usaticos tutores est contra ius commune et sic non recipit extensivam interpretationem". CÁNCER, 1, 7, 19 (I, 119) "statuta recipiunt suam interpretationem a iure communi", id. 1, 11, 60 (I, 227).

76. Respecto al Derecho propio de los belgas, ANTONIO PÉREZ. *Ius Publicum*, cap. 36, página 249; cap. 55, pág. 255, ed. Venecia, 1773, II; respecto al Derecho propio de los holandeses, BINKERSHOEK. *An peregrini ab administratione Reipublicae sunt arcendi? Quaestionum iuris publici*, II, 11, *Opera omnia*, ed. Colonia, 1761, II, pág. 230.

77. Todavía LORIGOT caracteriza al privilegio: "a nullo iure neque naturali neque gentium neque civile ordinario ortum habet", *De iure et eius speciebus*, Ax. 29, *De iuris Apicibus*, ed. 1945.

78. *Observationum et emendationum*, XV, 8 ed. Faber, 1758, *Operum*, III, col. 429.

jurídicas), que constituyen "iura singulares" y que "sólo impropriadamente son llamados privilegios"<sup>79</sup>.

La ciencia moderna recogerá estas ideas y fijará la distinción entre privilegio y Derecho singular; claro es que esta separación no supone nunca que una misma norma jurídica no pueda ser, a la vez, privilegio y Derecho singular, y—para evitar precisamente esta confusión—muchos autores se cuidan de hacerlo notar<sup>80</sup>.

Esta digresión puede ser ejemplo y advertencia del peligro que corremos los juristas al utilizar el método de la elevación a "categorías universales". El concepto de privilegio y el de Derecho singular existen, pero vinculados a unas determinadas reglas y a una manera especial de ser entendidos y utilizados en los diversos momentos de la Historia.

Para saber cuál sea el significado del Derecho foral, tenemos que fijarnos en los tres momentos cruciales del régimen foral: la doctrina clásica (hasta el siglo XVIII); la situación creada por los Decretos de Felipe V y el mantenimiento de esta situación por la publicación del Código Civil. No se puede afirmar que el Derecho foral haya de ser a la vez privilegio y Derecho singular, o bien que ha de ser una cosa o la otra, pero que no puede ser ambas a la vez partiendo de conceptos a priori y extraños a la realidad jurídica; pues una u otra afirmación resultaría vana ante la demostración de que, en efecto algún Derecho foral—o todos—, en uno de esos tres momentos, tuvo una u otra naturaleza. Basta por ello, a los efectos de nuestro razonamiento, señalar el hecho de que la doctrina de los juristas catalanes considera el Derecho propio de Cataluña Derecho singular y privilegio.

Merecen todavía recogerse estas frases de D'ORS: "Nuestros foralistas suelen invocar, muchas veces con grandes excesos retóricos y sentimentales, la santidad de las costumbres locales, deleitándose en lo que podíamos llamar rústico conservadurismo. Se deleitan ante el hecho diferencial, ante el mínimo residuo muchas veces inobservado por la mayoría, ante todo lo que puede revelar un sentir específico de la vida jurídica, el localismo. Desde un punto de vista objetivo, tales deleites y excesos sentimentales carecen de todo interés." "La auténtica vida del Derecho foral no puede fundarse en la existencia de una determinada costumbre, sino en la existencia de una específica ciencia del Derecho" (pág. 80). Ideas que le llevan a la ominosa conclusión: "Si no hay ciencia jurídica regional, el Derecho foral desaparecerá por sí solo; si la hay, las prohibiciones no harán más que volver la espalda a la realidad inmovible" (pág. 81).

Conforme a la teoría del autor, son lógicas estas conclusiones; la convicción de que no responde a la realidad jurídica se refuerza aquí con la evidencia de estos otros hechos: que perviven Derechos forales, mantenidos por el uso o por el

79. SCOTI, KAHL, BRISONII, HEINECCI, VICAT, *Vocabularium Privilegium*, ed. 1759, III, 172.

80. P. ej., SAVIGNY dice: "en todos estos casos, el *privilegium* tiene el sentido de *ius singulare*", I, n. 16 (ed. española, I, 57); BRINZ: "el *ius singulare* consiste no pocas veces en la designación privilegiada de ciertas personas o cosas, por lo que se llama también *beneficium y privilegium*", *Lehrbuch der Pandekten* (ed. 1873), I, n. 25, pág. 111; "la preferencia que el Derecho singular concede es beneficio jurídico, llamado "*beneficium*" y también "*privilegium*", REGELSBERGER, *Pandekten* (ed. 1893), n. 31, pág. 127. Sobre el significado del Derecho excepcional o singular y el privilegio, vide mi *Derecho civil de España*, páginas 75-80.

amparo que le otorga la Ley, a pesar de la carencia completa de "ciencia jurídica regional".

### **IX. Conclusión**

El Derecho romano es para el civilista su primer maestro y la obra de sus autores manantial inagotable de enseñanzas. Los romanistas son, entre los hombres dedicados al Derecho, paradigma de pura devoción científica, y su ejemplo generoso puede servir de aliento y modelo a todo jurista con vocación científica. En tiempos como el presente, en que el mundo sufre de un fárrago de leyes redactadas con premura y descuido y en que la masa ignara se impone, es bienvenido el toque de atención señalando el alto valor del trabajo científico y su función de vigía y dirección. Pero el exceso de celo rara vez deja de ser peligroso; una exaltación romántica del Derecho romano clásico como categoría jurídica universal, la atribución de función de fuente jurídica a una "aristocracia teorizante", no favorecerá el interés por los estudios romanistas ni hará crecer el respeto por la ciencia; podría, en cambio, ser causa de una reacción lamentable y perniciosa, a la vez que posible pretexto de desobediencia a la Ley.