

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO CIVIL

(LA PROBLEMATICA DE LA LIBERTAD JURIDICA)

SUMARIO :

1. Sentido humano del Derecho civil.—2. Tendencia hacia la economía de grupo : El Derecho de clase.—3. Concepción estática y dinámica del ordenamiento jurídico : valor preeminente de los bienes de «empresa» y de las «profesiones».—4. Inmutabilidad de la contextura institucional del Derecho.—5. La socialización del Derecho civil; intervencionismo estatal.—6. Coexistencia de los principios de «libertad» y «subordinación».

1) El Derecho civil es por excelencia el Derecho de la Comunidad (1), por cuanto regula la vida del hombre como ser sociable; es el que sienta las normas que hacen factible la convivencia de éste con los demás miembros del grupo, cuidando de que se respete la integridad de su personalidad (derecho al nombre, a la propia imagen, etc.); marcando las directrices protectoras de los frutos de su inteligencia o de sus otras actividades laborales (derecho sobre bienes intelectuales, arrendamientos de obra y de servicios, contrato de trabajo); garantizando la conservación de su patrimonio y transmisión *mortis causa*. Y, sobre todo, concreta estatutariamente los derechos y deberes que atañen al hombre como miembro de la comunidad primaria, cual es la familia: sociedad en que nace y para la que nace (fines del matrimonio).

Es decir, que ese hombre al que los antiguos concibieron como animal social; en el medievo, como ente teológico; la filosofía post-renacentista, como cosa pensante, y en la época pasada, como animal histórico (2), es del que se ocupa el Derecho civil, amparándole

(1) Cfr. nuestro estudio, en colaboración con Ismael PEIDRÓ, «Hacia una concepción comunitaria del Derecho», *Rev. Fac. de Derecho*, Madrid, 1943, página 130.

(2) COSSIO (A. de), «El moderno concepto de la personalidad», *Rev. de Derecho Privado*, 1943, pág. 1.

en lo más íntimo de su vida y de sus intereses privados (3). Porque antes que industrial, artista, comerciante, es hombre, sujeto de derecho —persona— (y de un patrimonio) y miembro de una familia.

2) A pesar de las modernas tentativas de romanización del Derecho civil (Chiazzese, Betti, Alvaro d'Ors), parece ser que nos alejamos de un nuevo renacimiento del mismo.

Biondo Biondi dice que, sin necesidad de repetir el consejo de Ihering: «a través del Derecho romano más allá del Derecho romano», cualquier atleta sabe que si quiere dar un buen salto hacia adelante debe tomar carrera, es decir, andar un poco hacia atrás; no debe hacer de otro modo el jurista, esto es, habrá de remontarse en la historia si quiere hacer avanzar el derecho sin proceder a ciegas. Ni siquiera repetiré la conclusión de un reciente libro de H. Mitteis sobre la función de la historia del Derecho, que nos libera de la creencia en los dogmas jurídicos, dándonos, en cambio, la sensación precisa de la perenne imitación del Derecho. Por eso, lo aconsejable es volver al Derecho romano, sobre todo a su jurisprudencia, buscando penetrar en lo íntimo de sus métodos y de sus directrices, y, si tenemos fe en seguirles, nuestro espíritu de juristas se sentirá elevado, porque tendremos conciencia de la grandeza y de la nobleza de nuestra misión (3 bis).

Pero ha sido el profesor Alvaro d'Ors quien con más énfasis desarrolla esta tesis, entre otros libros, en su opúsculo *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, estimando preciso la recepción del Derecho romano puro —o clásico— con el reconocimiento dogmático del *ius naturale catholicum*.

Es cierto que el Derecho civil se ha visto desbordado por la victoria del Estado sobre el individuo, invadiendo aquél la zona privatista acotada antes para exclusivo medro de los particulares. También se puede compartir su opinión de que han surgido una serie de derechos independientes que ostentan un papel jurídico similar al que jugaron el *ius praetorium* y el *ius civile*, cuyo dualismo se hizo desaparecer por el Derecho civil justinianeo.

Ahora bien, ¿qué se salvaría del sistema individualista romano fundido en el troquel del Derecho natural católico? Esta es la interrogante que nos agobia cuando pensamos sobre la solución que

(3) DE DIEGO, *Derecho civil*, 1923, pág. 59.

(3 bis) Op. cit., 1953, págs. 197 y 211.

D'Ors nos ofrece. Porque desde el ángulo de sus instituciones el Derecho romano es útil, pero falla irremisiblemente la orientación ideológica que inspiró sus institutos. De donde que, al estudiar con nuestra mentalidad moderna los elementos romanos, no podemos prescindir de su ambiente histórico, y, por tanto, resulta imposible realizar un trasplante conceptual sin prestar atención a la época jurídica en que surgieron y se desarrollaron (3 tris).

Además, «muy justa es la observación de Swoboda de que el Derecho romano, modelo primordial de la codificación europea de hoy, no representa un fundamento seguro para la construcción del futuro Derecho civil, en consideración de la estructura económica enteramente distinta de la Sociedad contemporánea» (4).

Ya don José Castán, hablando de las tendencias que impulsan el Derecho civil, dijo en cierta ocasión: «Son, desde un punto de vista interno, la democrática, la socializadora, la espiritualista y la dinamicista, y desde un punto de vista externo, la triple tendencia a la plasticidad, a la especialización y a la universalización de las normas» (5). O sea que desde hace tiempo se viene operando insensiblemente una transformación en los ordenamientos jurídicos que los aleja más y más de su punto de partida —el Derecho romano—, por influencia, principalmente, de la nueva ordenación económica de los pueblos civilizados, muy dispar de la concepción individualista sobre que se asentó el Imperio romano, y que después fué remozada por el Código napoleónico (6).

Hoy, por el contrario, se tiende hacia la economía de grupo, cuya ordenación social ha de repercutir sin duda en el ámbito de lo político y lo jurídico; pues al futuro Derecho civil le incumbe dar satisfacción a estas nuevas necesidades, creando formas jurídicas adecuadas a esta finalidad (7).

(3 tris) Cfr. nuestro libro *La obligación natural*, págs. 7 y 8.

(4) DIKOFF, «Il diritto civile dell'avvenire», *Riv. Int. di Filos. del Dir.*, 1931, página 153.

(5) *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, pág. 27.

(6) A pesar de lo anterior, el profesor Alvaro d'Ors, volviendo sobre el tema, ha insistido de nuevo que enseñando al jurista a contemplar las instituciones jurídicas a través de su proceso en el Derecho romano clásico, se les dotará de un elevado espíritu de independencia frente a la ley estatal, suponiendo su estudio, al mismo tiempo, el mejor instrumento para el nuevo Derecho comparado y la noble lucha por la unificación jurídica. (*Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, Madrid, 1952, págs. 29 y 31.)

(7) V. nuestro estudio *En torno al negocio indirecto*, separata, págs. 5 y 19, entre otras.

Sin embargo, no llegamos a creer que esta nueva estructuración social implique la desaparición de los Códigos civiles para ser sustituidos por los Estatutos profesionales. Más bien hemos de asistir a una transformación ideológica de los cuerpos legales, a la luz de nuevos principios, que vendrán a reformar, sobre todo, el Derecho patrimonial. Pues, como ha dicho don José Castán, este Derecho requerirá una reelaboración que adapte las viejas estructuras a las imperativas del momento económico, de la función social que los derechos subjetivos han de llenar, de las limitaciones que se han de imponer a la autonomía de la voluntad, de los principios de moralidad y de buena fe que han de presidir las relaciones civiles, de la considerable extensión y aplicaciones tan variadas que alcanza el principio de responsabilidad, etc. (7 bis).

El postulado de igualdad de la Revolución francesa vino a desterrar los antiguos privilegios. No obstante, actualmente asistimos a que si al particular que solicita del poder estatal un trato de favor le es denegado en virtud del principio de igualdad civil ante la ley, si este mismo individuo lo hace en nombre de un «grupo» (profesión, corporación, clase), le es admitida su petición sin considerarla contradictoria a dicho principio, tendiéndose a crear de este modo un derecho de clases.

Precisamente la profesión de esta corriente doctrinal ha llevado a suponer a algunos que el Derecho vigente habrá de ser reemplazado por el Derecho corporativo o sindical que, inspirado en las necesidades sociales del momento, tenderá a satisfacerlas conforme a un ideal de equidad, abandonando los cauces de la tradición jurídica y despojándose de su carácter permanente (8).

Luego a tal propósito creemos no sea bastante aspirar tan sólo a reconducir el Derecho civil a los principios romanistas, conforme defendió Savigny, pues no se trata ahora exclusivamente de devolver al hombre su libertad individual usurpada por el poder omnímodo del Estado moderno, sino que el problema más grave radica —a nuestro corto entender— en hallar una fórmula jurídica que alcance y consolide el reajuste social en el afán de conseguir una armoniosa convivencia humana, debiendo tenerse muy en cuenta que cada uno de

(7 bis) *La ordenación sistemática del Derecho civil*, Madrid, Ed. Reus, 1954, página 122.

(8) RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París, 1936, páginas 435 y 436.

los miembros de la comunidad nacional determinamos con nuestra conducta la de nuestros conciudadanos y, por ende, participamos activamente en la creación del Bien común.

El ostracismo del Derecho romano se va manifestando paulatinamente en todas las legislaciones positivas, como reacción a la corriente individualista consagrada por el Código napoleónico. En Alemania, por ejemplo, a partir del proyecto de Código civil, nacido de la pandectística, se le censura la inspiración romanista en perjuicio de la tradición germánica. Tampoco el nazismo fué favorable al Derecho de Roma, considerado como judaico-oriental, hasta tal punto que el programa del Partido estableció en su parágrafo 19: «nosotros nos proponemos la sustitución del ordenamiento universal materialístico romano por el estudio del Derecho común alemán».

No hay que decir que la revolución comunista rusa considera al Derecho romano con horror, como peligroso incluso, ya que en él se ha querido ver la más enérgica expresión del individualismo, el instrumento del capitalismo para la explotación del proletariado. En efecto, en el Congreso Internacional de Derecho romano e Historia del Derecho, celebrado en Verona en septiembre de 1948, algún estudioso, venido del Oriente bolchevique, nos censuró —dice Biondi— el que no aplicásemos como método de investigación el criterio del materialismo histórico, para justificar y describir la evolución secular del Derecho en Roma (8 bis).

3) He aquí por qué interesa examinar las concepciones que han venido informando, a través del tiempo, al ordenamiento jurídico. Así, pues, si éste es construido conforme a un sentido *estático* del Derecho, advertimos que sólo se ocupa del estado de los cuerpos en el espacio. Dentro de este ámbito puede enmarcarse al Derecho romano —y al napoleónico—, pues sus principios fundamentales —la personalidad y el objeto— son pensados como cuerpos, y así se representan también las relaciones entre ellos. Al contrario, según el orden jurídico construido *dinámicamente*, el objeto sobre el cual se cumple la acción no es el objeto mismo, sino un derecho subjetivo que recae sobre él. A tal fin, cesa toda corporeidad en el sistema jurídico, permaneciendo únicamente una concepción abstracta y dinámica (9).

(8 bis) Op. cit., 1953, pág. 191.

(9) DIKOFF, op. cit., pág. 172.

El mundo actual es dinámico. Por eso se dice que la falta de adecuación entre el Derecho y la sociedad será superada, inculcando este dinamismo en los principios jurídicos del ordenamiento. Pero se olvida que éste no puede perder su contacto con el pasado, en cuanto al Derecho civil le es esencial su carácter de duración, siendo, por ende, inconcebible un Derecho civil puramente dinámico (10).

Es justa dicha observación, porque un orden jurídico construido exclusivamente desde el punto de vista dinámico es imposible de concebir, ya que el eterno movimiento excluiría cualquier seguridad y estabilidad. Luego, es suficiente en esta tendencia la creación de una seguridad dinámica jurídica que establezca las condiciones adecuadas para un extensivo movimiento de los bienes. Puesto que asistimos a una depreciación de los bienes en sí, esto es, independientes del trabajo y de la actividad de sus propietarios, esta concepción de seguridad dinámica jurídica facilitará la valoración de bienes —no sólo desconocidos en el Código civil, sino en las legislaciones precedentes—, como los fondos de comercio y artesanos, las explotaciones rurales, los despachos de las profesiones liberales, es decir, todos los que provienen de las «empresas» y las «profesiones» (11). No cabe duda que aquí juegan un papel importantísimo los llamados derechos intelectuales (12).

4) Pensando en estas transformaciones que viene experimentando el Derecho civil, se ha dicho: «Las instituciones civiles son menos durables de lo que parece: si ellas se transmiten de edad en edad, ellas de edad en edad se transforman renovándose; su perpetuidad no es más que aparente; y las que nos vienen de los romanos no son la mayoría romanas más que de nombre; ellas son, en el fondo, todas modernas y todas francesas» (13).

No obstante, nuestro maestro Hernández-Gil, en una conferencia

(10) ERNST SWOBODA, «Il diritto civile dell'avvenire», *Riv. Int. di Filos. del Dr.*, 1930, págs. 333 341-5.

(11) SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1948, pág. 228.

(12) V. nuestro libro y trabajo en colaboración con don Juan JIMÉNEZ BAYO, *La propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Reus, 1949, y «La doctrina española es materia de propiedad intelectual», en *Boletín de la Propiedad Intelectual*, 1949, primer trim., págs. 2 y sig.; y nuestro trabajo sobre «La naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», *Rev. Der. Privado*, sept. y oct. 1949.

(13) GIDE (Paul), *Etudes sur la novatio et le transport des créances en droit romain*, París, 1879, pág. 1.

pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid (Curso académico 1948-49) otorgó al Derecho civil un indiscutible valor de permanencia, por no estar al servicio de ninguna determinada y concreta ideología política, sino más bien ésta ha de encontrarse en función del Derecho; pues éste no puede depender del poder político de un día, ya que al referirnos a él nos inmiscuimos en la vida privada de los hombres, en la misma civilización existente, porque sus raíces —que no se destierran al socaire de la más leve revolución— calan hasta en la naturaleza humana (13 bis).

Precisamente, al regular el Código civil la vida íntima del hombre, se asegura una inmutabilidad en la contextura de sus instituciones, que, a pesar del transcurrir de los lustros, permanecen incólumes, no dándose en la realidad esa mutabilidad —al margen de la tradición jurídica— de que nos hablara el jurista francés. Ello asegura también la persistencia de un Derecho puramente nacional, creado para satisfacer los intereses e ideales de los hombres pertenecientes a ciertos grupos, que responde a las convicciones políticas, económicas y sociales tradicionales.

Por tanto, el Código civil se presenta en su mayor parte como el conjunto de reglas que una larga tradición ha elaborado y que son las reglas constitutivas de las sociedades civiles del Occidente cristiano. Las disposiciones relativas a la propiedad privada, a la fuerza contractual, a la responsabilidad civil, al régimen matrimonial, a las sucesiones... tienen un pasado. «No se puede de ningún modo introducir en la nueva legislación novedades peligrosas —decía Portalis al Cuerpo legislativo—, se han conservado las leyes antiguas en todo lo que podía conciliarse con el orden presente de cosas». (Exposición de motivos del proyecto relativo a la reunión de las leyes civiles en un solo cuerpo de leyes convertido en ley 30 del sexto mes del año XII) (14).

Con todo, este nacionalismo jurídico no debe ser retrógrado y aislacionista, sino servir de cauce a las aspiraciones sociales de todos los tiempos, facilitando, por esta vía, la universalización de ciertas normas del Derecho civil; al menos la de aquellas materias conexas con la industria, el comercio y las demás relaciones de negocios, procu-

(13 bis) RODRÍGUEZ-ARIAS B. (Lino), «El valor permanente del Derecho civil (Conferencia del Dr. HERNÁNDEZ-GIL)». *Rev. General de Legisl. y Jurisp.*, 1949, páginas 488 y sigs.

(14) RIPERT, op. cit., págs. 448 y 449.

rándose vincular a aquellos pueblos que presentan una misma tradición jurídica. Dicha aproximación legislativa podría lograrse entre España y las Repúblicas de su estirpe en el terreno del Derecho civil (15).

5) Pues bien: cada día se le impone al hombre una mayor convivencia con los demás miembros de la comunidad, sin que por ello se despoje de su individualidad propia (16). Porque la socialidad presupone la personalidad. Una sociedad sin personalidad no sería tal sociedad, ya que en ésta los singulares elementos constitutivos experimentan una cierta individualidad; sería simplemente una masa, en el sentido abstracto propio de la ciencia física.

La afirmación absoluta de la personalidad niega la socialidad; la afirmación absoluta de la socialidad niega la personalidad; su afirmación absoluta significa violencia, anarquía, el llamado estado de naturaleza, esto es, una pura abstracción.

En la realidad histórica, la una no vive y no puede entenderse sin la otra. El Derecho, en sentido pleno, no puede darse si niega el principio de personalidad. Un ordenamiento jurídico que no tenga en cuenta los derechos de la personalidad, es un orden mecánico que opera con la idea de masa en sentido físico (16 bis).

Es que en una ordenación jurídica orientada en el sentido comunitario se ha avanzado mucho, aunque no dentro del Derecho civil, en sectores confines y colaterales a éste. La concepción propia de los Códigos del siglo XIX, con sus postulados abstractos de libertad e igualdad jurídicas, está hoy superada por el nuevo principio de solidaridad, que implica una mayor limitación del dogma de la voluntad y más acusado intervencionismo estatal o corporativo. Dicha intervención del Estado en la estructura y marcha de la sociedad conduce siempre a un totalitarismo, mientras la intervención corporativa se resuelve en una ordenación social jerárquica, con predominio de las comunidades, a ejemplo de la sociedad de la Edad Media, pero sin llegar a constituir estados de privilegio.

Sustituye, pues, el concepto orgánico social al contractual por no tener su basamento las diversas comunidades en la voluntad de los

(15) Cfr., en este sentido, José CASTÁN, *Hacia un nuevo Derecho civil*, 1933, páginas 41 y 42, nota.

(16) V. nuestro trabajo, en colaboración con Ismael PEIBRÓ, *Teoría del Derecho jurídico...*, págs. 12 a 16.

(16 bis) GORLA, *Commento a Tocqueville*, Milano, 1948, págs. 11 y 14.

individuos, ni en la de los Estados, sino en la naturaleza social del hombre, que exige una comunidad conyugal uniendo a los esposos, una comunidad familiar uniendo —si el matrimonio ha sido fecundo— a padres e hijos, una comunidad política cuyo fundamento está en las necesidades de la vida social. Comunidades que tienen por razón de ser la satisfacción de las exigencias de la naturaleza humana, procurando un bien social determinado; bien social que es la idea directriz o causa final generadora de estos grupos. Por lo que los hombres, miembros de estas comunidades, no ostentan el título de soberanos, sino de servidores del bien común (17).

Incluso para el mismo ejercicio de los derechos subjetivos que encarnan en el hombre-voluntad, a veces es menester la existencia de una comunidad sociológica familiar o cuasi familiar—, cuando no coinciden el poder de disposición y el de disfrute en la misma unidad biológica (18), como tendremos ocasión de advertir cuando nos refiramos a la «capacidad representativa».

Empero, ¿qué es la socialización del Derecho? El insigne maestro don José Castán hace tiempo que nos contestó esta pregunta: «Es la protesta contra una concepción que ha tenido la exclusiva del pensamiento jurídico durante muchos siglos, y según la cual el Derecho se daba para el *Estado* (Derecho público) o para el *individuo* (Derecho privado), nunca para la *sociedad*». En su consecuencia, «socializar el Derecho será, pues, reformar el Derecho público, fundándolo no sobre una abstracción, el Estado, sino sobre una realidad viva, y, sobre todo, reformar el Derecho privado basándolo no en la acción del individuo aislado sino en la del individuo unido a los demás por lazos de solidaridad familiar, corporativa y humana» (19).

Luego, esta nueva concepción del Derecho civil viene a situarle alrededor del principio de relación (cooperación), desplazándole del eje en torno al cual antes giraba: la «idea de exclusión» (propiedad), fundamentada en la voluntad individual, que ora se relacionaba con la naturaleza (propiedad), ora con las demás voluntades (contrato) (20). O como nosotros hemos dicho en otra parte: «Al apartarnos de las anteriores polémicas, entre sí el mayor poder corresponde

(17) MORIN (Gastón), *La loi et le contrat*, 1927, pág. 81.

(18) CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, Padova, 1926, v. I, páginas 53 y 54, y nuestro trabajo *Teoría del deber jurídico...*, págs. 38 y sigs.

(19) «La socialización del Derecho», *Rev. Legisl. y Jurisp.*, 1915, págs. 279 y 280.

(20) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 286.

al Derecho subjetivo o al Derecho objetivo, nos hemos preocupado de estructurar y enmarcar en el lugar preeminente del Ordenamiento positivo al concepto del *Deber jurídico*, en torno al cual levantamos nuestra concepción metodológica». «El hombre viene al mundo en el seno de un «grupo» al que se vincula espiritualmente y al que se obliga; sólo después él se proyecta sobre los bienes de la naturaleza y de los otros hombres, apoyado en la fuerza que cuenta el «poder» de su grupo, y es cuando empieza a gravarlos con acciones reales: el hombre es, ante y sobre todo, «un ser comunitario» (21).

O como nos dice don José Castán: «lo que hay que hacer es fundar el Derecho no sobre la voluntad del hombre, sino sobre la idea de un orden ético y objetivo, que permita subordinar a un principio superior, de significado a la vez moral y social, las instituciones del Derecho privado, las relaciones privadas han de ser entendidas como relaciones que, aun partiendo del individuo, tienen su justificación en las exigencias de la vida en común, a la que deben considerarse ligadas y subordinadas. La idea, fundamentalísima, del origen y de la naturaleza social del Derecho puede así ser base de un nuevo ordenamiento de las instituciones de Derecho privado, en cuanto cooperan al resultado de conservar y desarrollar, en los medios sociales, la personalidad individual» (21 bis).

Es decir, esta dirección social del Derecho civil impide el anquilosamiento de sus normas, que cada día encontraban un campo más restringido para su acción, porque las necesidades modernas imponen la creación de nuevos Derechos, que alardean de independientes. De esta forma, la socialización lleva al Derecho a invadir todos los ámbitos de la sociedad, extendiendo su protección a todos los miembros de ella, y, especialmente, a aquellos que más lo necesitan: trabajador, obrero, colono, etc. Porque —como hizo notar Lassalle— a medida que los hombres se solidarizan más, devienen más libres (22). Sólo que en una sociedad comunitaria la extensión e intensidad del vínculo que obliga al hombre-miembro guarda relación con la distancia que lo separa de la idea-directriz a que sirve; esto es, antes que miembro del Estado se ha de sentir de la familia, de la corporación profesional, de la política, que existen para condicionar el poder de aquél ya que ha de aspirarse a que las instituciones

(21) De nuestro estudio con Ismael PEÑERO, *Teoría del deber jurídico*, páginas 58 y 59.

(21 bis) *La ordenación sistemática del Derecho civil*, Madrid, 1954, pág. 121.

(22) CASTÁN, *Hacia un nuevo Derecho civil*, pág. 289.

broten del seno de la sociedad y no ser impuestas desde el Estado (23). Es por lo que la concepción comunitaria del Derecho es un punto de llegada en el camino de la socialización del mismo. Porque lo comunal —como ha intuído José Larraz—, no se agota, pues, en la mera observación, experimental y fenoménica. Hace continua apelación a un orden de finalidad captado y enunciado por la razón y superior al ser histórico sobre el que ostenta primacía.

La crítica fundamental del materialismo marxista no consiste tanto en demostrar históricamente que tal o cual parte del proceso comunal es inexplicable por factores económicos, cuanto en que cualquiera que haya sido la influencia efectiva de la economía sobre la Historia, debemos ordenar en lo futuro la vida colectiva con arreglo a una finalidad que excede de la economía y de la Historia.

Comte vió la sugerencia de compatibilizar teología, metafísica y estudio experimentalista de la comunidad. Pero Comte, con afanes de innovador, dogmáticamente, la rechazó. Más aún, es la única actitud verdaderamente científica. Pomposa vanidad la de la *ciencia de la sociedad final*, cuando proclamó la carencia de un fundado criterio comunitario hasta entrado el siglo XIX (23 bis).

Ahora bien, dada la función primordial que se asigna al Derecho en una concepción socializadora, éste ya no deviene un instrumento técnico sino que es la real forma de vida de la comunidad, contemplándosele, al mismo tiempo, como idea y como realidad. La idea es el fecundo espíritu jurídico del pueblo, y la realidad la encarnación y concreción de este espíritu; pues la vida de la comunidad cristaliza —a su través— como unidad de vida, proporcionándole su forma exterior (24).

Lo rechazable de esta doctrina nacionalsocialista alemana es su enfoque positivista, al negar para el Derecho toda base que tome como idea una norma trascendente, en cuanto equipara el concepto de justicia con el de Derecho positivo, pues califica a una ley de justa cuando realiza el concepto del Derecho y a una conducta que esté en armonía con el Derecho positivo (25).

Hay que reconocer que esta concepción hegeliana del Derecho ha

(23) Nuestro estudio *El negocio indirecto*, págs. 6 y 7.

(23 bis) *La meta de dos Revoluciones*, Madrid, 1946, págs. 135 y 136.

(24) Dikow, *Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlín, 1937, págs. 23 y 28, y cfr. también SWOBODA, *Die Neugestaltung des Bürgerlichen Rechts*, Prag, 1935.

(25) Dikow, *Op. cit.*, págs. 28 y 29.

penetrado modernamente en la vida jurídica de muchos pueblos. En ellos el Estado ha tendido a eliminar las autoridades intermedias entre él y el hombre, no admitiendo la constitución de las corporaciones con poder legislativo. De este modo, ha matado toda iniciativa vital, invistiendo a sus leyes de un carácter tiránico al verse obligado a imponer su obediencia coactivamente, mediante el exclusivo poder de legalidad, con lo que ha provocado la violación de las mismas, creando un espíritu de desobediencia que es un peligro mortal para el Derecho (26).

Este fetichismo estatal, que llega a considerar como jurídico sólo el ordenamiento impuesto por el Estado, va a la par de la inercia e incapacidad de la jurisprudencia, como demuestra la plétora legislativa del Bajo Imperio, a la que nada tiene que envidiar la contemporánea. Cuando la jurisprudencia no quiere o no puede desarrollar el derecho con arreglo a las nuevas exigencias, es bien natural la hipertrofia legislativa.

Así, puede advertirse la escasa eficacia de la ciencia del Derecho. La iniciativa no es del jurista, sino del político. El legislador ha arrinconado al jurisconsulto, cuyo genio es ya estéril ante la inflación legislativa en que ha degenerado el derecho escrito. Con ello, la fuerza ha terminado ahogando a la razón. Es significativo que esta sensación de angustia que lleva a hablar de un existencialismo jurídico surja cuando la ciencia del derecho presenta un desarrollo prodigioso, lo que acaece porque el jurista, tras de haber construído una ciencia sobre las ruinas del antiguo empirismo, después de haber presentado sistemas perfectos, se pregunta: ¿Para qué sirve todo esto? Y se hace esta pregunta porque siente instintivamente que, a diferencia del filósofo y del historiador, tratados y doctrinas no desembocan en una investigación que sea fin en sí misma (26 bis).

He aquí cómo el desmesurado intervencionismo estatal, al sobrepasar en su constitución y funcionamiento las exigencias de la economía del grupo, haciendo caso omiso de los principios metafísicos que deben inspirar toda estructuración social, incurre en un positivismo legal que, en cierto sentido, peca de antijurídico, al tratar de desconocer los órdenes que informan cualquier norma de Derecho.

6) El peligro de que la socialización del Derecho degenera —por expresarlo gráficamente— en un intervencionismo estatal, tiene su

(26) RIPERT, *Le déclin du droit*, págs. 68, 95 y 97.

(26 bis) BIONDO BIONDI, op. cit., 1953, págs. 173, 161 a 163.

raíz en el desconocimiento de lo que constituye el presupuesto básico para el normal desarrollo de toda vida social: la libertad (27).

En el actual confusionismo de ideas que desorienta a los hombres, se advierte con frecuencia que aquellos mismos que pomposamente alardean de paladines de tan gran ideal son los que tratan de desconocer los derechos subjetivos que corresponden a la persona humana, negando con insistencia el más representativo de ellos, cual es el derecho de propiedad, lo que supone socavar —incluso inconscientemente— las instituciones básicas del ordenamiento jurídico, vaciando de su auténtico contenido nuestra concepción jurídica tradicional (28); pues, por ejemplo, las disposiciones legales protegiendo al que disfruta de un inmueble por un título contractual de arrendamiento, en menoscabo del poder pleno que acompaña al arrendador fundamentado en el título de propiedad, constituyen una profunda renovación de la estructura jurídica de nuestro ordenamiento positivo, ocasionándose una verdadera subversión en los principios que lo informan, al relegar al propietario a simple administrador de sus fundos (29).

Otra cosa es que el Derecho nuevo tienda a contrarrestar los excesos de la libertad individual; pero no podrá nunca abandonar un principio, sin el cual no se concebiría el Derecho, ni menos el Derecho civil. La libertad es consustancial con la vida del Derecho y con su concepto mismo. En último término, los daños que pudieran derivarse de la libertad han de ser neutralizados, en el Derecho civil del porvenir, por la fuerza contrapesante de los principios de asociación y responsabilidad. Esta hará la voluntad más consciente; y aquélla reforzará la posición recíproca de los contratantes y asegurará su verdadera libertad (30).

Qué duda cabe que la propiedad fundiaria experimenta limitaciones derivadas de la función normativa que se le asigna, sin perjuicio de su reconocimiento como derecho subjetivo; pero ¿es que dicha función no se predica, no ya de la propiedad en general, sino de

(27) Cfr. nuestro estudio *Concepto comunitario de la libertad jurídica* (en prensa).

(28) V. nuestro trabajo en colaboración con Ismael PEDRÓ «Hacia una concepción comunitaria del Derecho», *Rev. de la Fac. de Derecho*, Madrid, 1948, página 130.

(29) V. nuestro estudio «Directrices generales de la novísima ley de Arrendamientos urbanos», *Rev. Derecho Privado*, abril 1948, págs. 355 y 356.

(30) CASTÁN, *Hacia un nuevo Derecho civil*, pág. 47.

todos los derechos subjetivos, como correctivo a su ejercicio positivo o negativamente abusivo, si bien haya de realizarse de formas distintas, según cuál sea el contenido del Derecho de que se trate? (31).

Luego esta relación de solidaridad que preside en el seno de las instituciones lleva a hacer factible la coexistencia de la libertad individual con la idea de subordinación que ya últimamente parece ser informa el sistema de contratación, habiendo producido una renovación en el Derecho de obligaciones. Porque el Derecho es el producto natural de las relaciones de los hombres y de su continuidad pacífica en la vida de los grupos sociales (32).

Es por lo que frente al sistema monista inspirado en una sola idea-directriz, Hauriou, observando que las nociones de las ciencias sociales son complejas y, por ello, consisten en los conflictos de numerosas fuerzas antagónicas, construye un sistema pluralista en que el Derecho positivo es la consagración de estos equilibrios. Mas éstos no son logrados para la perpetuidad, por estar las fuerzas sociales en constantes conflictos, que exigen de vez en cuando una renovación de las ideas directrices que mantienen la vida de las instituciones. Por eso el Derecho no es satisfacer el espíritu con un bello sistema armonioso si no tiene la inmensa ventaja de realizar, por un tiempo, la paz y el equilibrio, por ser el resultado de un juego de fuerzas, de una dinámica social: sistema de fuerzas materiales, ideales y morales (33).

De este modo no se debe dudar en admitir la posibilidad de órdenes jurídicos diferentes de aquel del Estado, ya se trate de órdenes jurídicos infra-estatales (derechos regional o provincial o municipal), de órdenes jurídicos supra-estatales (derecho de las Uniones Internacionales), o de órdenes jurídicos extraestatales (Derecho canónico, Derecho corporativo). Hay toda una floración de sistemas jurídicos emanando de autoridades diferentes, y que, cada uno en su objeto especial, quieren aplicarse paralelamente (34). Porque concebir el Derecho independientemente del Estado no significa destruir la construcción jurídica que sobre el hecho y el concepto estatal se eri-

(31) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, *El concepto del Derecho civil*, págs. 151 y 152, y el nuestro *El abuso del Derecho (Teoría de los actos antinormativos)*, Universidad de México, 1955 (en prensa).

(32) BONNECASE, «Une nouvelle mystique: la notion d'Institution», *Revue Générale du Droit*, 1932, pág. 252.

(33) BONNECASE, *op. cit.*, pág. 260.

(34) ROUBIER, *Théorie générale du Droit*, París, 1951, pág. 256.

gen, sino ampliar su ámbito a una más vasta realidad del Derecho. El reconocer, según la concepción subjetiva, que el Derecho vive también en relaciones que no traen su existencia jurídica de la voluntad del Estado, equivale a admitir que hay una misma sustancia espiritual, tanto en el ordenamiento jurídico, cuyo supremo principio se identifica con la voluntad normativa estatal, cuanto en aquellos otros ordenamientos que se conectan a voluntades normativas no estatales (35).

Así, se ha cesado de ver en el Estado el único organismo capaz de representar los intereses generales, y se ha desarrollado la idea de que otros grupos pueden también participar en esta función, para mayor ventaja de los hombres. Tal fué el sistema de la Edad Media, donde los hombres no tenían la impresión de vivir en el caos porque desarrollasen su actividad en organismos diferentes. A esto se tiende modernamente también, sustituyendo la soberanía del Derecho a la del pueblo; pues al participar el individuo en varios grupos asegura más su libertad. De donde el ideal de «socializar sin estatizar» (36). Esto ha traído también, como consecuencia, dejar de creer que la democracia estaba ligada indisolublemente al individualismo, y que, por tanto, éste era condición necesaria para el reconocimiento de la libertad política, surgiendo, por el contrario, el concepto de la democracia social, de contenido de mayor amplitud, que limita el poder estatal por la autoridad de los otros grupos comunales a través de los cuales participan los individuos, asegurando así su libertad (37).

O sea que Thon sostiene contra Ihering que el Estado no es la única fuente del Derecho, sino éste se encuentra también en toda norma obligatoria de la sociedad humana. Incluso Windscheid, que en un primer momento había tratado de fundar el deber del deudor sobre el derecho o poder del acreedor (en sentido lato), concluye por afirmar después en su *Pandette*; la voluntad imperante en el Derecho subjetivo es sólo la voluntad del ordenamiento jurídico, no la voluntad del titular (38).

Por este motivo, el hombre ve acrecer su libertad enmarcado en el ámbito de los grupos sociales que le dan arraigo, al venir a satisfacer las necesidades propias a su naturaleza humana y superar el an-

(35) Cfr. Lino RODRÍGUEZ-ARIAS, *La obligación natural*, Madrid, 1953, páginas 132-133.

(36) ROUBIER, op. cit., pág. 282.

(37) ROUBIER, op. cit., pág. 282.

(38) *Pandette*, 337, nota 3, cit. por GORLA, op. cit., pág. 59.

tagonismo de intereses, mediante una ordenación de las instituciones en relación con el orden general de las cosas, asegurando la permanencia individual por el equilibrio interno de una separación de poderes, que realiza en el seno institucional, una pluralidad jerárquica de *status* jurídicos.

Por consiguiente, como observó Harold J. Laski, los compromisos de los individuos se dividen: en deberes de fidelidad al Estado, a la Iglesia, a los grupos profesionales, etc. Todo grupo posee la soberanía por relación a las formas de sociabilidad que lo constituyen. En efecto, el conjunto del grupo no puede existir sin afirmarse como un todo irreductible en sus elementos constituyentes, haciendo prevalecer una unidad y cohesión que le son propias. Lo mismo se debería reconocer que los grupos globales son soberanos con relación a los grupos parciales que integran. Todo ordenamiento jurídico es soberano respecto a las especies de derecho que él sintetiza. Vemos que la soberanía de los grupos posee grados diferentes; únicamente la de las sociedades globales puede ser absoluta (39).

Además, conforme indicó M. de Fur, «el pluralismo de los órdenes sociales es la mejor garantía contra los abusos de cada uno de ellos» (40).

Entonces el equilibrio de la autoridad y de la libertad se establecen de una manera muy simple. Teniéndose en cuenta que el Derecho, según Kohler, es una manifestación de la civilización, los fines últimos de la sociedad se concretarán en asegurar la conservación de las relaciones sociales y desarrollar el progreso civilizador. El progreso se encuentra normalmente condicionado por posibilidades de iniciativa, o lo que es lo mismo, por el reconocimiento de la libertad; pues sólo ella puede ser fecunda al respecto, mostrando toda una serie de orientaciones nuevas; pero dentro de un régimen de subordinación, porque la libertad se convierte en un bien engañoso, cuando está amenazada la seguridad social. En principio el orden jurídico es el primero de los bienes; sólo dentro de éste puede realizarse el progreso.

Por eso, en definitiva, podemos decir que el fin del Derecho es contribuir al desarrollo de la civilización. A este respecto, el derecho se presenta ora como *derecho de cooperación* entre las personas ju-

(39) GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, 1940, págs. 202-204.

(40) «Du Droit individuel au Droit social», *Arch. de Phil. du Dr. et de Soc. Jur.*, 1931, 3-4, pág. 307.

rídicamente iguales, siendo su mecanismo el de la *justicia conmutativa*; ora como un *derecho de subordinación*, regulando relaciones jerárquicas en el interior de los grupos sociales, siendo entonces su mecanismo la *justicia distributiva*.

El régimen jurídico de *cooperación* no puede limitarse a la afirmación de que los hombres son libres e iguales, sino que debe, además, tomar disposiciones efectivas para que la personalidad de cada uno pueda afirmarse y desarrollarse.

El régimen jurídico de *subordinación* no puede limitarse a la afirmación de que existe una comunidad humana, estando investido el Estado de derechos soberanos; incluso sosteniendo la idea de que el Estado debe constituir el grupo principal, es necesario organizar una serie de otros grupos, provistos de poderes sociales. Pero —conforme indicábamos— el progreso de la civilización está condicionado, en principio, a las posibilidades de iniciativa, y, por ende, al ejercicio de la libertad humana. Por consiguiente, el Derecho se nos presenta, fundamentalmente, como un régimen de libertad y cooperación, provisto del principio de subordinación, como medio de evitar posibles excesos de la libertad que pusieran en peligro —o destruyesen— el orden y la seguridad, pilares de toda organización social (41).

Luego, el Derecho tiende al establecimiento de un orden social orientado hacia la justicia. En este orden se conjugan los dos principios de «cooperación» y «subordinación», siendo entrambos necesarios, porque la sociedad, en defecto del primero, sería abocada a la tiranía, y, en defecto del segundo, a la anarquía (42).

De esta forma descartamos el concepto originario de libertad, como algo que sólo puede encontrarse en ese «estado de naturaleza» que la teoría del Derecho natural racionalista oponía al «estado social», implicando la libertad anárquica; pero la libertad sólo resulta posible dentro del orden social, cuando se pone en relación con una especie particular de vínculos (43).

Por eso pensamos en la superación del viejo principio del Derecho civil romano de la libertad de la voluntad individual, en el sentido del señorío absoluto sobre la propiedad; se considera que cada regla nueva de Derecho es un tajo que cercena esa libertad, un vínculo,

(41) ROUBIER, op. cit., págs. 288-290.

(42) ROUBIER, op. cit., pág. 271.

(43) Kelsen, *Teoría General del Derecho y el Estado*, México, 1950, trad. C. MAYNEZ, pág. 299.

una obligación que limita ese Derecho universal que, sin embargo, sigue rigiendo como valor más o menos realizado. Es decir, que frente al proceso histórico del Derecho romano como poder de voluntad, como libertad, como autonomía, se opone hoy el espíritu del Derecho actual como vinculación de la voluntad individual. Así, se entrecruzaron las categorías del «derecho» y el «deber» u «obligación», los principios de «libertad» y «subordinación», en tales términos que algunas materias han perdido ya toda referencia a la voluntad individual como principio de gravitación de lo privado y puede decirse que están enteramente separadas de esta ciencia (ciertas formas de propiedad, los contratos de arrendamiento y trabajo, casi todas las relaciones familiares y gran parte de las sucesorias). Tales ramas de la ciencia civil han sufrido una metamorfosis en su naturaleza jurídica apareciendo como la propiedad y las sucesiones con el carácter de funciones sociales, la familia como un sistema de deberes y las obligaciones que, conforme dijimos, escapan cada día más al libre juego de la voluntad individual (44).

O sea actúa el principio de solidaridad funcional determinando un sistema de integraciones y de recíprocos potenciamientos sobre la base del humanismo social, que implica el reconocimiento, en todo caso, de la libertad individual (45). Pero una libertad que nace ya con el freno, dependiendo la afirmación de la personalidad humana, el radio de acción de su libertad, el ejercicio de sus derechos subjetivos, de la conciencia que los hombres tengan de su «destino de libertad» (46).

No obstante, como se advierte que este destino de libertad ha sido falseado a veces por el hombre, se trata de imponerle cortapisas, limitaciones, sometiéndoselo a directrices y cauces. Para justificar esta posición ideológica, se habla de un absurdo liberal y de un absurdo marxista. El primero consiste en que se ha actuado la libertad con criterios egoístas, ignorando un orden vital y una jerarquía de valores sociales que, en el fondo, ha ignorado prácticamente derechos esenciales del hombre; y el absurdo marxista pretende que el hombre actúe en función de la sociedad ignorando las leyes vita-

(44) SÁNCHEZ ACESTA, «La teoría del sistema: Historia del sistema de la ciencia del Derecho privado», separata del *Bol. de la Univ. de Granada*, 1941, páginas 49 a 52.

(45) GUIDO MENEGAZZI, *L'Ordine fondamentale delle scienze sociali*, Bari, 1953, página 31.

(46) GORLA, *Commento a Tocqueville*, Milano, 1948, págs. 12 y 18.

les y no teniendo como meta más que la satisfacción de necesidades materiales, con exclusión de los fines ético-religiosos humanos (47).

Por esta razón se establecen como limitaciones de la personalidad humana las siguientes:

a) El hombre siente ante todo su limitación personal en la *vida religiosa*. La fe religiosa desarrolla su esperanza desde la limitación presente hasta la plenitud eterna, y da a su entendimiento limitado la plena verdad de la revelación.

b) El hombre siente su limitación personal en la misma *vida privada* y satisface su afán de perfección y de perpetuidad en la *familia*. El hombre es miembro y continuador de una familia, a la que da también lo mejor de su personalidad, porque está tan ligado a su posteridad como a su ascendencia. Por la forma que le da y la proyección que le presta, la familia perfecciona, en el espacio y en el tiempo, la limitación de su ser.

c) El hombre siente, por último, su limitación en la *vida social* y en ella encuentra de nuevo su plenitud temporal al integrarse en una *comunidad de vida y de trabajo*, que produce y le proporciona valores materiales y valores de cultura, y que le integra en una comunidad superior, donde desarrolla todo su destino humano temporal y lo proyecta al futuro.

Sólo de este modo, limitando la libertad individual, la familia, la corporación y la clase, protegen también su libertad (48). Porque ésta, entendida institucionalmente, es una garantía de la expansión de la personalidad humana, que amenazaría perderse si la libertad se abandonara a sí misma, o si todo el Derecho institucional se convirtiera en público (el hombre en todos los instantes de su vida es un funcionario) y el hogar en una oficina, un cuartel o un falansterio (49). La desaparición de las distintas organizaciones corporativas, apoyo y defensa del individuo, enfrenta a cada hombre, solo y desamparado, al moderno leviathán del Estado (50).

Esto ha llevado al profesor Francisco Elías de Tejada a rechazar la libertad abstracta de la revolución, prefiriendo los sistemas de libertades concretas que corresponden al hombre concreto que se halla

(47) MENEGAZZI, op. cit., pág. 25.

(48) LÓPEZ AMO (Ángel), *El poder político y la libertad*, Madrid, 1952, páginas 295, 296 y 304.

(49) DE BUEN (Demófilo), «Obligaciones especiales y obligaciones institucionales», *Rev. Cubana de Derecho*, 1943, pág. 277.

(50) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 1952, II, 1, pág. 11.

formando parte de un orden y como elemento componente de una jerarquía. Esto es, no se proclama la libertad, sino se reconocen libertades, procurando la instauración de fueros como barreras protectoras de la acción libre de cada hombre (51).

Dentro de esta posición ideológica se considera un «error funesto creer que se fomentan las libertades desviándolas por el sendero de los derechos individuales, únicos que todavía tiene en la cabeza el hombre moderno cuando piensa en la libertad: libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de sufragio, libertad de cultos. Estas libertades son la libertad de la destrucción y del relajamiento» (52).

Hemos de llamar la atención cerca de estas posiciones pseudotalitarias, que a trueque de clamar contra los abusos y errores de la libertad abstracta del liberalismo y del socialismo, intentan montar un sistema jurídico negativo de la libertad individual; puesto que se deja a merced del Poder político la fijación de la órbita de las libertades individuales. Es decir, que la conjugación de los principios de «libertad» y «subordinación» por nosotros defendida la resuelven en una subordinación de la persona humana a los mandatos legales arbitrarios, desconociendo que la libertad nos corresponde por Derecho natural. Tratan de configurar la libertad, no como un derecho ni como un deber, sino como una mera concesión graciosa del Estado a través de una concepción cerradamente orgánica de la sociedad.

Mucho más consecuente es la posición de don José Larraz, para quien es de justicia secundaria propia de la actual fase de nuestra cultura, que un *mínimo* de participación debe ser reconocido a todos los miembros de la colectividad. Ahora lo que niega es que todos los individuos tengan los mismos derechos, considerando que éstos han de graduarse por el rango social que ocupen en la comunidad política. Rechaza, pues, el camino exclusivista, de simple representación individual, porque desconoce el carácter cuasi orgánico de la vida comunitaria; y rechaza también el camino exclusivista, de simple representación corporativa, en cuanto desconoce al individuo humano como un todo entero, y, en el fondo, implica, más que una visión orgánica de la vida comunal, una visión *absolutamente* orgánica, y, por tal, inadmisibile. Pues la salvaguardia de la libertad no radica

(51) *La monarquía tradicional*, Madrid, 1954, pág. 128 y sigs.

(52) LÓPEZ AMO, *op. cit.*, pág. 312.

en las soluciones extremistas, sino en la prudente moderación que reconoce aquella libertad compatible con el bien común (53), en razón de que es erróneo plantear el problema de la persona y el bien común, en términos de oposición, sino su auténtico enfoque consiste en estudiarlos en mutua relación y subordinación (54).

De esta guisa, la coexistencia de los términos de «libertad» y «subordinación» no es una falacia que implique siempre la restricción o anulación de la primera, sino el reconocimiento de auténticos derechos subjetivos a favor del individuo. Pues siempre quedan a salvo los derechos inalienables que corresponden al hombre por Derecho natural.

Así, pues, nos encontramos ya ante un concepto positivo de la libertad jurídica. Hasta aquí los autores nos han delimitado la libertad, por lo general, como un principio negativo, cuyo ámbito de acción es fijado *a posteriori* por los poderes orgánicos.

Dentro de una definición positiva de la libertad jurídica, tenemos la de García Máynez, como «facultad que todo sujeto tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio» (55).

En su consecuencia, vincula el término de libertad jurídica a un derecho subjetivo, que consiste en la facultad de optar entre su ejercicio o no ejercicio. Para mayor claridad, convendría darle el nombre de *derecho de segundo grado*. Como tal se funda indefectiblemente en el de *primer grado*, y carece, por ende, de existencia autónoma. El de primer grado puede ser absoluto o relativo; el de segundo es absoluto y tiene como correlato la obligación impuesta a todo el mundo de no impedir al titular que opte entre ejercitar o no ejercitar los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga.

Lato sensu, la expresión derecho subjetivo refiérese a los dos sectores de lo lícito obligatorio y lo lícito potestativo; *stricto sensu*, únicamente se refiere al segundo (56).

Oscar Morineau ha reconocido el mérito de García Máynez al haber definido el derecho de libertad en sentido positivo; pero estima innecesaria la última parte de su definición, cuando se refiere «a la posibilidad normativa de cumplir un deber propio», porque en los supuestos en que el titular de un derecho de ejercicio obligatorio

(53) *La meta de dos revoluciones*, Madrid, 1946, págs. 317, 325, 326 y 331.

(54) MARITAIN, *La persona y el bien común*, Buenos Aires, 1948, pág. 71.

(55) *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1944, pág. 215.

(56) GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, pág. 214.

hace lo que está autorizado a hacer, la acción es contenido de su derecho, y el hacer es ejercicio de su derecho, lo cual no es obstáculo para afirmar que el ejercicio del *derecho* en estos casos implica el *cumplimiento* del deber. Para él la libertad «es la *facultad de optar* por el ejercicio o no ejercicio de una conducta determinada». Por tanto, si queremos saber cuándo un determinado derecho está fundido con el de libertad, no podemos apelar a la acción ni a la omisión, sino a la norma; pues si ésta otorga un derecho de ejercicio potestativo, entonces sabemos que el derecho en cuestión está fundido con el de libertad, ya que hablar de libertad de ejercicio obligatorio es un contrasentido. Todo derecho subjetivo existe conexionado con la libertad jurídica o con un deber.

La conducta humana es objeto de un derecho cuando está facultada y lo es de un deber cuando está prohibida. La autorización de conducta es un derecho subjetivo. De donde resulta que lo que ha sido llamado deber positivo es, por lo pronto, la facultad de hacer, y lo que ha sido llamado deber negativo es el derecho de omitir. Pero la existencia del deber supone la restricción de la posibilidad de optar, de la libertad jurídica. Luego ésta no puede consistir en una facultad de hacer u omitir, sino de optar, implícitamente autorizada por la norma que autoriza, simultáneamente, la acción y la omisión.

El derecho de libertad es un derecho absoluto. Por tanto, si el derecho relativo es el derecho de la conducta ajena, es indudable que su titular no puede ejercitar tal conducta, sino solamente gozarla cuando se le presta y exigirla cuando no se le presta. De donde que el derecho relativo no puede ser respetado por todo el mundo; únicamente puede ser cumplido o violado por el deudor, al prestar su conducta o al negarse a ello. Incluso en el caso de la obligación alternativa se tiene el deber de escoger; pero el deber no es fundamento del derecho de libertad.

Por este motivo rechaza la posición de García Máynez, cuando sostiene que el derecho de libertad puede fundarse en un derecho absoluto o en un derecho relativo. Así, por ejemplo, el propietario de un edificio no sólo tiene el derecho de venderlo, sino el de optar entre hacer y no hacer tal cosa. El comprador de un reloj tiene el derecho de exigir que se le entregue, y, además, el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de su facultad. En el primer caso, el derecho independiente es absoluto; en el segundo, relativo. La facultad fundada es absoluta en ambos. Pero en esta aparente diferenciación, el hecho de optar es manifestación de la propia conducta, y.

por tanto, su autorización es un derecho absoluto. De aquí que el derecho de libertad no puede derivarse del derecho de crédito, sino hallarse fundido con él cuando la *facultas exigendi* es ejercicio potestativo.

Por último, García Máynez califica al derecho de libertad como derecho de segundo grado, por fundarse en los derechos por cuyo ejercicio o no ejercicio se opta. Mas lo cierto es que ningún derecho de los llamados de primer grado puede subsistir por sí solo, pues el modo de su ejercicio está determinado siempre por su fusión con un deber o con la libertad jurídica; o sea con una facultad potestativa no obligatoria, tratándose de una fusión recíproca y no unilateral (57).

Nosotros, finalmente, estimamos que el concepto de persona humana se halla integrada en un orden moral, histórico y económico. El sujeto de Derecho es un «ser comunitario» que se integra como hombre-miembro en los distintos grupos sociales que le dan arraigo para el desarrollo de su personalidad. Pero, al mismo tiempo, consideramos que el principio de subordinación sólo tiene por objeto limitar los excesos del ejercicio abusivo de la libertad individual encauzándola al servicio del bien común.

Por ende, consagramos la libertad como concepto positivo, por hallarse fundamentada en los derechos inalienables que corresponden a la persona humana como tal. Luego la sociedad política no puede desconocerlos a su arbitrio, ni tampoco tiene atribuciones para otorgarlos graciosamente. Está en el deber de respetar su ejercicio. Sólo la vulneración del bien común sería justa causa para restringir o privar el uso de la libertad, que es presupuesto ineludible para la existencia del Derecho.

El sujeto de Derecho como hombre-voluntad ha de contar siempre con un margen en el que poder actuar libremente. Pero su concepto de libertad no es absoluto; se halla previamente determinado por el concepto del deber. Así, está siempre obligado al cumplimiento de su deber de libertad, dentro de la convivencia social.

De otra parte, la esfera de ejercicio de la libertad es correlato de la conciencia social del individuo, que se determina por sus aptitudes y por su conducta. Todo hombre es necesariamente libre; pero se encuentra vinculado en su actuación a los diferentes órdenes sociales en que está inmerso. Sólo, pues, éstos podrán determinar los

(57) *El estudio del Derecho*, México, 1953, págs. 255 y sigs.

límites de ejercicio de su libertad, o sea su concepto negativo, respetando siempre los principios del Derecho natural.

La libertad es, pues, el poder de opción que tiene el sujeto jurídico para el ejercicio de sus derechos, dentro del ámbito permitido por el deber jurídico —abstracto o específico— que le imponga la convivencia social.

Por consiguiente, la libertad es correlato inmediato del derecho subjetivo, y mediato de deber jurídico abstracto o específico. Este depende de la *densidad moral* que inspire los postulados del ordenamiento jurídico.

LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE