

NUEVA SERIE

VOLUMEN IV

REVISTA DE LA
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
DE OVIEDO

JUNIO 1956

AÑO XVII - N.º 77



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

EXCMO. Y MAGNO. RECTOR

D. VALENTÍN SILVA MELERO

CATEDRÁTICO D. PENAL

D. LUIS SELA SAMPIL

CATEDRÁTICO D. INTERNACIONAL

DIRECTOR

D. RAMÓN PRIETO BANCES

CATEDRÁTICO

HISTORIA DEL DERECHO

D. JOSÉ APARICI DÍAZ

CATEDRÁTICO

DERECHO ROMANO

D. JOSÉ M. SERRANO SUÁREZ

CATEDRÁTICO

DERECHO PROCESAL

D. JULIÁN APARICIO RAMOS

CATEDRÁTICO

DERECHO MERCANTIL

D. SABINO ALVAREZ GENDÍN

CATEDRÁTICO

DERECHO ADMINISTRATIVO

D. MANUEL IGLESIAS CUBRÍA

CATEDRÁTICO

DERECHO CIVIL

D. TORCUATO FDEZ. MIRANDA

CATEDRÁTICO

DERECHO POLÍTICO

D. MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO

DERECHO CIVIL

SECRETARIO

D. TEODORO L.-CUESTA DE EGOICHEAGA

PROFESOR DE LA FACULTAD

La Dirección de la Revista no se hace solidaria de las tesis sostenidas por los autores en sus trabajos de colaboración.

SUMARIO

PÁGINA

SECCION DOCTRINAL

- La técnica del riesgo calculado en el mundo internacional posbélico, por C. Barcia Trelles 153
- El problema de la adhesión de España a la cláusula facultativa del Tribunal Internacional de Justicia, por A. Mijang de la Muela 177
- La guerra preventiva y su licitud, por L. García Arias 219

VIDA DE LA FACULTAD

- «El fuero civil y criminal de los eclesiásticos». (Resumen de la primera tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho), por el Dr. Crisanto R. Arango Díaz 245

BIBLIOGRAFIA

NOTICIAS DE LIBROS Y RECENSIONES

- The American Way, (nota in extenso) de Shepard B. Clough 263

D. Administrativo

- Régimen de impugnación de los actos administrativos, de Fernando Garrido Falla 269

D. Mercantil

- Fusión de Sociedades Mercantiles, de M. Motos Guirao 272

Economía Política

- Estructura de la Industria Americana, de E. S. Mason 276
- Curso de Economía Moderna, de Paul A. Samuelson 278

SECCION DOCTRINAL

LA TÉCNICA DEL RIESGO CALCULADO EN EL MUNDO INTERNACIONAL POSBÉLICO

SUMARIO

I. Planteamiento del problema.

II. Foster Dulles y la Brink of War Policy.

Un artículo de LIFE y sus precedentes aclaratorios.—Cómo los Estados Unidos se vieron, en tres ocasiones, al borde de la guerra (Corea-Indochina-Formosa).—El riesgo de la guerra y el contrapunto del sistema de la paz a cualquier precio.—El riesgo de guerra, el *statu quo* posbélico y la liberación de los pueblos satelitizados.—Diferir no es eliminar.

III. «Tests» aplicables a la experiencia del riesgo calculado.

Detractores y panegiristas de la integración europea.—Vencedores, vencidos, continentalistas e insularistas (Francia e Inglaterra).—El metropolitanismo como obstáculo a la integración de Europa y en cuanto factor indirecto de la guerra fría. El llamado monolito ruso y su consistencia.

IV. La técnica compleja del riesgo a largo plazo.

Tesis staliniana sobre el proceso de descomposición del mundo capitalista.—Aceleración del proceso, a medio de la refracción del mercado mundial (el sedicente monolito ruso).—El plan quinquenal 1956-1960 y sus posibles consecuencias.—La penetración económica rusa, en el Oriente Medio, en el Sudeste asiático y en Hispanoamérica.—Dos tácticas frente a frente: la rusa y la norteamericana.—Apreciación objetiva de sus posibilidades de éxito.—Neutralismo y merma especial del mundo libre.—Norteamérica, Rusia e Hispanoamérica.—La sinuosidad rusa y los métodos de la Wall Street. Deducciones a consignar.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Qué está sucediendo en el mundo, a partir de la primavera de 1945? Suponemos que tal interrogante merecerá algo más que la indiferencia por parte de aquellos a quienes pueda ser formulada, ya que el problema implicado en esa pregunta, nos afecta a todos, sin excepción. Pero al mismo tiempo sospechamos, que, conocido ese planteamiento, se nos replique así: ¿por qué no reemplazar tal demanda, por otra, portadora de más acusada relevancia? y se agregará: he aquí lo que a todos inquieta, inquirir respecto a lo que pueda acontecer en este mundo posbélico, en estos años, próximos o lejanos. La verdad es que ya no tiene aplicación posible, aquella apreciación que antes se formulaba con reiteración manifiesta, sosteniendo como tesis que la guerra podría evitarse, sobre todo si se impedía la acción corrosiva y disociadora de los que preparaban la guerra en épocas de paz y vivían en paz en el curso de las guerras, generalmente incrementando sus fortunas. Hablar hoy de beligerantes y neutrales, de poblaciones pacíficas y de combatientes dando a entender con ello la existencia de una

línea divisoria, que señalase la posible reducción y localización de la guerra, vale tanto como referirse a un criterio, tan acentadamente anacrónico, que tiene su lugar señalado en un museo de reliquias.

Desgraciadamente, si un día estallase la tercer guerra mundial, ésta no tan sólo tendría el carácter de total, abarcando en sus efectos destructores a todo el mundo, sin excepción, sino que se habría realizado la siniestra predicción de Wells (la guerra mataría a la guerra), ya que no restaría posibilidad de convalecencia, ni sobrevivirían fuerzas o núcleos, capaces de reintegrar al mundo, a una relativa y terriblemente agónica estabilidad. Al formular este juicio, nos atenemos a consideraciones realistas, sin que el alarmismo entre para nada en esta interpretación, que algunos acaso motejaron de exageradamente siniestra.

No pudiendo registrarse disentiimiento, en lo que atañe a los efectos atomizantes de una tercer guerra mundial, es perfectamente explicable, que todos, sin excepción, prendamos nuestra esperanza en la no realización de tan ingente choque. Ello a su vez, nos lleva a insistir en la pregunta antes formulada, ¿existe posibilidad de evitar tan cruel epílogo?, ¿hacia dónde vamos? Preguntas, angustiosas y explicables a la vez, que hoy andan en boca de este mundo posbélico y alucinado. No es nuestro propósito (que consideramos por encima de nuestras posibilidades) aludir a esta cuestión angustiosa y encararnos con ella; por lo cual, más que inquirir respecto de aquello que pueda suceder, estimamos más discreto e incluso más realizable, el interrogar así: ¿qué está sucediendo en el mundo?, ¿cuál ha sido la trayectoria del mismo, desde 1945? y la respuesta viene a los labios: la humanidad desde que emudeció el cañón, pronto hará once años, vive en situación de peligrosa inestabilidad, sin que perciba progreso, en el sentido de la posible reinstalación de una mínima estabilidad. ¿Qué causas generan esa situación de angustiosa emergencia? ¿Existe medio para torcer el rumbo del mundo posbélico? Sobre las precedentes interrogantes nos proponemos discurrir seguidamente, con el propósito, acaso excesivamente ambicioso, de brindar algunas apreciaciones que puedan aclarar, de un la-

do, cómo se ha generado este riesgo y, de otro, si éste es susceptible de domeñación o si, por el contrario, está semejante intento por encima de nuestros deseos encaminados a convertirlo, sino en inocuo, por lo menos en tolerable. A tal fin repartiré mi atención sucesivamente en tres direcciones: 1.^a—Analizar la doctrina del riesgo, según la versión de Foster Dulles; 2.^a—Ofrecer una interpretación de la tesis denominada del riesgo calculado; 3.^a—Penetrar en el contenido, complejo, del riesgo a largo plazo.

II.—FOSTER DULLES Y LA «BRINK OF WAR POLICY»

Un artículo de LIFE y sus precedentes aclaratorios.—Cómo los Estados Unidos se vieron, en tres ocasiones, al borde de la guerra (Corea-Indochina-Formosa).—El riesgo de la guerra y el contrapunto del sistema de la paz a cualquier precio.—El riesgo de la guerra, el *estatu quo* posbélico y la liberación de los pueblos satelitizados.—Diferir no es eliminar.

En el volumen 40, número 3 de la difundida Revista LIFE, edición norteamericana, correspondiente al 16 de enero de 1956, se inserta un extenso artículo, firmado por James Shepley. De la importancia que los editores de LIFE asignan a ese trabajo, da idea el hecho de que en la cubierta de la revista y con caracteres destacados, se insertan estos titulares «Tres veces al borde de la guerra. Cómo Dulles jugó y ganó». En cuanto rótulo específico del citado trabajo, se nos da el siguiente: «Cómo Dulles previno la guerra». Dicho artículo pretende ser una especie de justificación, del sistema ideado y practicado por Foster Dulles y al cual se le denomina Brink of war policy (política de al borde de la guerra). El autor del artículo no oculta su reacción admirativa respecto de la política internacional practicada por Foster Dulles, a la cual atribuye notoria eficiencia.

Las afirmaciones de James Shepley tienen un marcado carácter apologético, ya que no otra cosa significa el afirmar que los Estados Unidos, desde los lejanos tiempos de aquel gran triunvirato, que actuara a fines del siglo XVIII (Franklin-Adams-Jefferson) no habían contado con un diplomático tan competente como Foster Dulles.

Para situar adecuadamente lo que significa ese artículo, que tantas y tan apasionadas polémicas ha despertado, nutridas por los detractores y apologistas de la política internacional patrocinada por Foster Dulles y con el propósito de lograr la eliminación de cuanto pudiera implicar versiones erróneas, hagamos constar que nos han ofrecido una versión recusable del citado artículo, quienes atribuyen la paternidad o la inspiración del mismo a Foster Dulles. La verdad es que, ni el Secretario de Estado norteamericano redactó dicho artículo, ni conoció de antemano el original del mismo y menos aún revisó las pruebas de imprenta. Es decir, que así como Foster Dulles fué autor de otro artículo publicado en LIFE (19 mayo 1952), con el título: «Por una política de audacia» (A Policy of Boldness), cuando no era Secretario de Estado, ahora no se ha reiterado la experiencia de su colaboración directa. El contenido de ese artículo, aparecido en 1952, fué por nosotros oportunamente valorado (1) y nos sorprende que no haya sido exhumado en la presente ocasión, ya que la tesis, entonces avalada por Foster Dulles, puede considerarse, substancialmente, como un lejano anticipo o precedente de la doctrina de «Brink of War». La tesis, entonces construída por Foster Dulles, esencialmente se integraba por las siguientes afirmaciones básicas: en política internacional, la acción prima siempre respecto de la reacción, lo dinámico se antepone a lo estático, la iniciativa condiciona la réplica. Añadía Foster Dulles: la actual política internacional norteamericana, es dispendiosa por su costo y porque puede poner en peligro la amistad y la libertad de las naciones que se alinean en el mismo frente

(1) Camilo Barcia Trelles "El Problema de la alteración del equilibrio político en el mundo posbélico". San Paulo, 1955. Páginas 22 y siguientes.

dialéctico que los Estados Unidos. Malgastamos nuestro prestigio y malbaratamos nuestras amistades en el área del mundo no satelitizado. En los últimos seis años, nuestra política ha sido la llamada de «contención»; tal política no parece adecuada para eliminar el peligro ruso, sino más bien resulta un sistema de resignación, ante lo que se estima perennidad de amenaza soviética.

En la actualidad, el pensamiento de Foster Dulles, se ha reflejado esquemática y fielmente, del siguiente modo: «Desde luego, a nosotros nos han arrastrado al borde de la guerra. La habilidad de llegar al borde de la lucha, sin entrar en la misma, es el arte que debemos desplegar. Si uno trata de escapar de la guerra, si nos asusta llegar al borde de la contienda, entonces todo está perdido. Hemos llegado al borde y hemos mirado la guerra, cara a cara, adoptando una actitud enérgica».

¿Cuándo y cómo han estado los Estados Unidos al borde de la guerra? Es lo que James Shepley intenta explicar en su artículo y que substancialmente puede reflejarse del modo siguiente:

1.º -Son las dos de la mañana del 18 de junio de 1953; suena el teléfono instalado en la cabecera del lecho de Foster Dulles; la noticia que se comunica al Secretario de Estado, es grave: Syngman Rhee, ha libertado a los miles de prisioneros nordcoreanos y comunistas chinos, que se negaban a tornar a su punto de origen. Acaso el anciano Presidente coreano, creía que ese golpe de teatro, truncaría las negociaciones de paz, entonces en curso, se reanudarían las hostilidades y ello posibilitaría la puesta en práctica de un designio de Ree (alcanzar, por las armas, la reunificación de Corea). Foster Dulles, cuando las negociaciones de paz en Corea estaban en curso y ante la posibilidad de llegar a un punto muerto y que éste constituyese antecedente de una reapertura de hostilidades, había sugerido la puesta en práctica de un sistema reactivo: era preciso que Rusia no incurriese nuevamente en errores de cálculo, como había sucedido en 1950, cuando la U.R.S.S. organizó e instigó el acto de agresión al Norte del Paralelo 38, creyendo que los Estados Unidos, no harían frente a tal agresión. A tal efecto, en diá-

logos mantenidos con Jawahrlal Nehru, Foster Dulles había hecho presente que, caso de reanudarse las hostilidades en Corea, los Estados Unidos emprenderían la guerra con todas las consecuencias, sin detenerse ante el famoso santuario manchuriano, que sería igualmente bombardeado. La doctrina, lamentable y absurda, del santuario manchuriano, la construyera Rusia al amparo de una desdichada apreciación de Dean Acheson, cuando el entonces Secretario de Estado, el 12 de enero de 1950 (seis meses antes de producirse la agresión nordcoreana) hacía saber que Corea no estaba incluida en el perímetro defensivo de Norteamérica, que comprendía las Aleutianas, Japón y Filipinas. Rusia torpemente aleccionada por la imprudente declaración de Acheson, creyó firmemente que ni Norteamérica, ni la O.N.U. se decidirían a hacer frente a la agresión desencadenada al norte del paralelo 38. Una razón que parece concurrir en apoyo de la tesis precedente, es que Rusia se retiró del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y por ese motivo no pudo con su veto impedir que la O.N.U. aprobase la acción colectiva, como única réplica adecuada a la agresión consumada.

A mayor abundamiento, este problema había sido tratado a bordo del crucero «Helena», cuando Eisenhower, a la sazón Presidente electo, regresaba de Corea, después de realizar su prometida visita. Entonces se decidió, que, caso de reanudarse las hostilidades, los Estados Unidos, lucharían, dispuestos a vencer, sin tener para nada en cuenta la tesis de la invulnerabilidad de los sedicentes santuarios manchurianos.

Por consiguiente, la reacción de los Estados Unidos, ante el hecho consumado por el Presidente Syngman Rhee, estaba predeterminada: si se rompían las negociaciones, sería llegada la coyuntura de poner en acción la fuerza de los Estados Unidos, decisión que Rusia y China conocían de modo inequívoco. El resultado es bien conocido: prosiguieron las negociaciones de paz, que terminaron 39 días después; la técnica norteamericana de llegar al borde de la guerra, había sido puesta a prueba por vez primera, saliendo fortalecido el criterio de lo que pudiéramos denominar, aceptación consciente del riesgo calculado.

2.º—Abril de 1954; Francia requiere de los Estados Unidos una ayuda encaminada a liberar los efectivos franceses, sitiados en Dien Bien Phu. Foster Dulles estimó que el objetivo era demasiado reducido y pensó si la amenaza china en dirección del Sudeste Asiático, no justificaba precisamente una acción conjunta de Francia, Inglaterra, Norteamérica y los países del sudeste asiático, reiterando en Indochina el sistema reactivo puesto en práctica en Corea en 1950. Foster Dulles inició negociaciones con Francia e Inglaterra, pero previamente se había enviado a los portaviones *Boxer* y *Philippine Sea*, con misión de patrullar en aguas del sudeste asiático, provistos de armas atómicas. La sugerencia norteamericana de acción conjunta, tropezó, en definitiva, con la negativa británica y lo que podía haber sido acción coercitiva de tipo colectivo, derivó hacia las negociaciones de Ginebra, poniéndose en ellas fin al problema indochino. Parece fuera de toda duda que la acción simbólica de los Estados Unidos, enviando los citados portaviones, condicionó la actitud china en Ginebra, actuando como elemento de presión, para que China, en definitiva, se inclinara por la avenencia. Tal fué la segunda experiencia, del sistema de la «Brink of War Policy», una vez más satisfactoria, al menos aparentemente.

3.º Entre el período final del año de 1954 y el inicial de 1955, se incrementaban las maniobras amenazantes para las islas de Matsu y Quesnoy. Ante esa situación, Foster Dulles redactó un proyecto de Resolución, que, aprobado por el Presidente Eisenhower, fué respaldado en el Congreso de Washington, por abultada mayoría; por esa Resolución se autorizaba al Presidente al empleo de fuerzas militares, para el caso de que los comunistas chinos atacasen Formosa. Tal Resolución, por su carácter de público acuerdo, fué conocida por los comunistas chinos. A mayor abundamiento, Foster Dulles, en una entrevista con el Primer Ministro birmano NU, reiteró cuál era el designio de los Estados Unidos. Como antes Nehru, ahora NU, hizo saber a Pekín cuáles eran los propósitos que abrigaba Norteamérica.

En las tres experiencias citadas, se puso en juego el propósito de replicar a una posible agresión, en Corea, Indo-

china y Formosa, con el sistema de las represalias masivas (massive retaliation), que Foster Dulles caracterizaba del siguiente modo: existen específicos objetivos, conectados con esas áreas. No se trata de proceder a la destrucción masiva de grandes poblaciones, como Shanghai, Pekín o Cantón. Las represalias deben organizarse con arreglo a normas selectivas. Lo importante es que el agresor sepa de antemano, que va a perder más de lo que pudiera ganar. No hace falta que sea mucho más; basta con que sea algo más. Si la coacción es de tal naturaleza, que el resultado le sea claramente desfavorable, el agresor no actuará.

En un artículo publicado en la Revista «Foreign Affairs» (abril 1954), Foster Dulles hacía saber que por «represalias masivas» no debía entenderse el propósito de un ataque a Moscú, sino su empleo en la medida necesaria para que la agresión no resultase rentable. Así la amenaza de punición evitaría el crimen.

El sistema del riesgo de la guerra, encuentra su contrapartida, en otra tesis que resulta ser fruto, no por indirecto menos innegable, del aislacionismo norteamericano. Su época de vigencia, podemos referirla al período que coincide con los años iniciales de la guerra europea número uno, cuando ocupaba la Secretaría de Estado William Jennings Bryan. Entonces imperaba en Norteamérica un extraño pacifismo, expresado en el slogan: *paz a toda costa* (peace at any price) o sistema de la neutralidad apatriótica e inalterable. ¿Cuáles fueron las consecuencias de esa posición dialéctica? Sencillamente que el I Reich alemán creyó que nada ni nadie alteraría la decidida voluntad neutralista de los Estados Unidos, ni siquiera el desencadenamiento de una guerra submarina sin restricciones. Todo esto en lo que atañe a la posición alemana, cuando iban ya transcurridos tres años de guerra, sin contar con lo que había influido en la decisión alemana de desencadenar la guerra, el especular con la inhibición norteamericana.

La experiencia se reitera en 1939, ya que entonces, una vez más (en esta ocasión acaso aún más acentuadamente), los Estados Unidos, mediante sus leyes de 1935 y 1937 y a través de la Declaración de Panamá (septiembre de 1939),

proclaman su voluntad de neutralidad *a priori*, que se propusieron extender a la integridad del Hemisferio Occidental, con la sola excepción del Canadá, que, por su Calidad de Dominio británico, figuraba como beligerante desde el comienzo de las hostilidades. Se dirá, ¿es que la inclinación norteamericana hacia el neutralismo sistemático, constituía garantía absoluta de que los Estados Unidos renunciaban a toda posibilidad de alinearse en el mundo beligerante? Ciertamente no, pero no olvidemos cómo la Alemania de 1939, había prendido sus esperanzas de pronta y aplastante victoria, en los efectos de la guerra relámpago (Blitz Krieg) y si a la contienda se le asignaba una corta duración, no podía incluirse entre lo verosímil el que los Estados Unidos abandonasen su neutralidad antes de que la guerra relámpago rindiese sus frutos.

De ahí que ante la triple experiencia registrada en Asia, al poner a prueba, satisfactoriamente, la eficiencia de la «Brink of War Policy», se pensase que si los Estados Unidos, en los días cruciales de 1914 y 1939, mostrasen igual resolución, acaso se hubiese alterado el curso de la historia. Otra consecuencia: no hay mejor antidoto frente a la agresión que el hacer saber con tiempo, al que todavía no rebasó la condición de agresor potencial, que una aventura bélica implicaría la reacción de los Estados Unidos, con todo el poder a su alcance, que estaban dispuestos a desplegar.

Si lo que antecede es evidente (y a primera vista así nos lo parece) resultará que la «Brink of War Policy», es un poderoso agente de paz y el único procedimiento para paralizar una posible acción bélica del potencial agresor. Ahora bien, cabe preguntarse ¿evitar el estallido de guerras, verosíblemente limitadas, al menos en su etapa inicial, significa que con esas paralizaciones avanzamos en el camino conducente a una posible instauración de la paz? O, simplemente ¿es que los problemas no quedan así en estado letárgico, sin perjuicio de una posible reactivación de los mismos, en un próximo o alejado futuro? La pregunta no carece de relevancia y por considerarlo así, queremos hacernos eco de la misma.

Ante todo, digamos que no fueron los Estados Unidos,

los que colocaron al mundo al borde de la guerra, en Corea, Indochina y Formosa, sino que se debió a la acción de los agresores, actuales o potenciales, el que Norteamérica se encontrase situada ante el claro dilema de optar por una inalterable pasividad o de hacer manifestación clara e inequívoca de sus propósitos. ¿Fue la acción singular de los Estados Unidos la que impidió la renovación o iniciación de la guerra en Corea, Indochina y Formosa? Walter Lippmann, el conocido columnista norteamericano (*New York Herald Tribune*), 20 enero 1956, cree que la disuasión alcanzada en Corea, Indochina y Formosa, no se generó por la acción singular de los Estados Unidos, sino por motivaciones bilaterales, ya que si bien es cierto que los comunistas fueron disuadidos por la actitud de Norteamérica, también lo es, que el retroceso de Rhee, Chiang y del Almirante Radoford, se debió al temor de una réplica rusa. Los Estados Unidos, no sólo anunciaron que lucharían si fuese cruzado nuevamente el Paralelo 38, sino que a su vez se comprometían a no rebasarlo. No se lanzó una ofensiva aérea sobre Dien Bien Fu, ante el temor de que los chinos desencadenasen una ofensiva sobre Corea. De modo que actuó, bilateralmente, un sentido prudencial. Se firmó un tratado de alianza con Chiang que comprometía a los Estados Unidos a defender Formosa, caso de ser atacada, pero al propio tiempo se hizo saber a Pekín que Norteamérica no consentiría a Chiang atacar la tierra firme china. En suma, que la política internacional de Norteamérica en Extremo Oriente, ha quedado en tablas, empleando un término de ajedrez.

Si los reparos de Walter Lippmann, encierran consistencia, la deducción a establecer, sería la siguiente: substancialmente la «Brink of War Policy», no alteró substancialmente el más grave de los problemas planteados en esta década posbélica: la prolongación del *statu quo*, cuyo alargamiento en el orden del tiempo, constituye un triunfo a inscribir en el haber de Rusia y en tanto ese *statu quo* posbélico siga constituyendo una realidad, la gran interrogante de la postguerra permanecerá suspendida, de modo amenazante, sobre nuestras cabezas y si, como hemos sostenido reiteradamente una de las máculas achacables a la denomi-

nada política de contención, es que constituye un medio indirecto de garantizar a Rusia la intangibilidad de *statu quo*, lo propio puede decirse de la «Brink of War Policy».

Sin embargo, no olvidemos que tanto Foster Dulles como Eisenhower, han elevado a la condición de uno de los puntos básicos de su política internacional, el principio de la liberación de los pueblos esclavizados. Respecto de tal extremo, la «Brink of War Policy», es inoperante. A este propósito escribía Foster Dulles en LIFE (mayo de 1952): «No descamos una serie de levantamientos sangrientos y represalias. Puede lograrse una separación pacífica de Moscú, como lo evidencia la experiencia de Tito y la esclavitud puede resultar tan onerosa para el sojuzgador que éste abandone su presa. Lo importante es que los Estados Unidos, como defensores de la libertad del mundo, hagan saber públicamente que desean y esperan que la liberación llegue a consumarse».

Es la que antecede una interpretación, increíblemente idílica, del problema dramático, planteado a los pueblos privados de libertad. En ningún caso Rusia renunciará voluntariamente a la satelización por ella impuesta. Lo que sí puede suceder es que esos pueblos sometidos, estimulados por las manifestaciones liberadoras de los Estados Unidos, se levanten un día en armas frente a Rusia; llegado dicho instante, los Estados Unidos no podrán desentenderse del problema, ya que en otro caso podrían reprochar esos pueblos satelizados a Norteamérica, que, incitados por sus prédicas y animados por su estímulo, se habían sublevado y al llegar a ese instante crucial de su tragedia, los Estados Unidos los dejaban entregados a una lucha desigual en la cual necesariamente habían de sucumbir. ¿Osaría Foster Dulles advertir a Rusia, que, en caso de una sublevación en masa de los pueblos esclavizados, Norteamérica, ante esa lucha desigual prestaría su colaboración a los oprimidos? No creemos que hasta tal extremo pueda extenderse la técnica del riesgo calculado, lo cual significa que su eficiencia es a la vez limitada y condicionada.

III.—«TESTS» APLICABLES A LA EXPERIENCIA DEL RIESGO CALCULADO

Defractores y panegiristas de la integración europea.—Vencedores, vencidos, continentalistas e insularistas (Francia e Inglaterra).—El metropolitanismo, como obstáculo a la integración de Europa y en cuanto factor indirecto de la guerra fría. El llamado monolito ruso y su consistencia.

Cuando se alude al sistema del riesgo calculado, generalmente se adscribe a Rusia la puesta en práctica de dicha técnica, **especialmente en lo que** atañe a la instalación de abcesos de fijación o sistema de las guerras, circunscriptas y limitadas en el orden del espacio. El riesgo no debe inscribirse en el haber del sistema, específicamente considerado sino en la consideración de **que no hay** garantía plena de que un riesgo, inicialmente **circunscripto**, no pueda transformarse en contienda generalizada. Consideramos que la tesis expuesta refleja una gran parte de la verdad, pero no toda la verdad. De ahí la necesidad de ampliar el concepto del riesgo calculado, refiriéndose a otras normas de acción, que **no entran en la categoría de** guerras limitadas. Esas coyunturas que se brindan a Rusia, para especular con el riesgo, coinciden prácticamente con todos los problemas planteados, a lo largo de esta década posbélica. En lo que a tales coyunturas atañe, estimamos necesario consignar, que no siempre constituyen fruto de la discutible habilidad diplomática de la U.R.S.S., ya que frecuentemente se brindan a Rusia posibilidades de incrustación, en las fisuras, que son realidad en el frente dialéctico del mundo occidental.

Entre otros ejemplos que pudieran ser aducidos, quisiéramos referirnos a los dos siguientes: el problema de la integración europea y la cuestión relativa al colonialismo, el segundo, no sólo conectado al primero, sino constituyendo su lógico complemento.

En alguno de nuestros libros, hemos pasado revista, sino a todos, por lo menos a los más relevantes argumentos, in-

vocados por los que concentraron sus disparos dialécticos, hasta lograr el irremediable hundimiento del Tratado de 27 de mayo de 1952, instituyendo la Comunidad Europea de Defensa. Sería aventurado tomar posición en lo que concierne a la fortaleza de los argumentos esgrimidos, por detractores y defensores del Tratado de 1952; sobre si eran portadores de cargas dialécticas y desemejantes y tal desigualdad se traduce en beneficio de la habilidad argumental de los impugnadores o si éstos tenían a su alcance apoyaturas de que no disponían, en parecido volumen, los europeístas. Ahora bien, por encima del problema citado, debemos referirnos a otro que formularíamos así: ¿es cierto que de los signatarios del Tratado de 1952, se exigían sacrificios de su soberanía, en medida que no podía ser compensada por los hipotéticos beneficios de la propugnada integración europea? Desde luego, juzgamos que ninguno de los bandos discrepantes estaban capacitados para calibrar el valor de sus argumentos y de las alegaciones de sus oponentes. Con toda clase de reservas y creyéndonos situados en una zona serena, a donde no alcanza el eco directo del apasionamiento de europeístas y antieuropeístas, nos parece tolerable consignar que la polémica citada giraba en torno de un problema básico: una Europa integrada, sólo puede alcanzar la condición de tal, utilizando como elemento nutricio la suma total de aquella porción de soberanía que se aviniesen a enajenar, los componentes de un viejo mundo remozado. Ahora bien, todos los llamados a proporcionar el alimento de esa Europa integrada, ¿estaban en las mismas condiciones? En modo alguno. Existía, cuando menos, desigualdad de hecho, que podemos referir a los siguientes extremos: de un lado los vencedores, de otro, naciones, unas vencidas y otras rendidas incondicionalmente; brindar a unas y a otras la coyuntura de integrar la nueva Europa, hacía presumir, que, las más o menos satisfechas con el *statu quo*, harían suya la tesis de los intereses creados, a los cuales siempre resulta explicablemente doloroso renunciar, oponiendo a tal fin toda suerte de objeciones (caso de Francia), en réplica a otros Estados que se produjeron como portadores de una evidente in-

clinación europeísta (ejemplo ofrecido por Italia y por la Alemania Federal).

Otra nota diferencial: unos Estados, por el hecho de verse incluidos en el número de los vencedores, consideraban que se les brindaba coyuntura para no truncar un protagonismo, que consideraban incluso como una especie de derecho natural y como la continuidad de tal posición, hipotéticamente relevante, podía ser afectada por la readmisión de los Estados relegados, que dieron muestras de no haber perdido su tradicional dinamismo, ello explica la tendencia a diferir el epílogo aunitivo, aduciendo como motivos del aplazamiento, en ocasiones un extraño neutralismo y a veces la posibilidad de instaurar una tercera fuerza, sin percibir que tal instalación debía considerarse en razón directa del grado de integración que Europa lograra alcanzar.

Como complemento de las alegaciones que anteceden, podemos referirnos a otra causa de disparidad: dos países europeos, Francia e Inglaterra, ostentan pluralmente la condición de ser titulares de los dos más grandes imperios coloniales en el momento actual; el uno —el británico— en proceso de ocaso, registrado dentro de ciertas características biológicas; el otro —el francés— en fase epilodal, de índole patológica y salpicado de esa marcha descendencial, de episodios dramáticos, que son realidad, acaso porque Francia no supo o no quiso percibir, que el metropolitanismo, mantenido con rigidez y hasta con intransigencia, sólo puede implicar el acortamiento **de un proceso de descomposición imperial**. Ambos imperios coloniales, en cuanto prolongaciones extracuropeas, planteaban un problema de acentuada apariencia dilemática. Si las dos metrópolis se obstinaban en desdoblar su plural condición de naciones colonialistas y de Estados Europeos, irremediablemente, al hacer frente a esa crisis colonial, reacción específica de quien retiene para sí el cetro ultramarino, en la misma proporción se menguaría la eficiencia de la participación de esos Estados colonialistas en el dispositivo de defensa europeo. Al propio tiempo, la relación exclusiva de la metrópoli con las colonias, al margen de toda participación de los otros Estados, llamados a integrar la futura Europa, despojaría a la potencia colonialista

de aquella aconsejable comprensión, requerida para hacer frente a una crisis colonial de indudable gravedad.

La segunda posibilidad, aún hoy afejada de toda inmediata realización, consistiría en no apartar el pensamiento del viejo mundo, de una evidencia: que Europa, si está lejos de bastarse a sí misma, en tanto siga sometida al actual prejuicio de su dispersión, ese déficit vital no se desvanecería con su integración, ya que entonces aparecería con perfiles destacados, la evidencia de que sólo en la constitución de Euráfrica, podría encontrar el viejo mundo, si no solución, por lo menos atenuación a su actual situación aflictiva. Creemos que ninguna de las principales cuatro naciones, usufructuarias de amplios imperios coloniales en Africa (Inglaterra, Francia, Bélgica y Portugal) han pensado, ni remotamente, en que pueda ser nunca realidad Euráfrica, por atenerse a la idea de la perennidad de su metropolitanismo.

Si es evidente lo que dejamos consignado, las consideraciones que podemos extraer de ese balance de la situación posbélica europea, desearíamos consignarlas seguidamente, centrándonos nuestra atención en un extremo que estimamos relevante, esto es, si la guerra fría carece de coyuntura de instalación, allí donde no se ofrecen fisuras en el bloque de los oponentes y la vigencia innegable de tal fenómeno posbélico, ahorra todo esfuerzo encaminado a evidenciar su vitalidad. Otra deducción, no menos digna de ser consignada: el mundo posbélico, tanto a un lado como al otro del telón de acero, vive en situación de perceptible perplejidad y la inestabilidad puede considerarse como la antesala del riesgo. Acaso se nos oponga un reparo, objetando que no puede hablarse de inestabilidad y de riesgo, referida genéricamente a los dos mundos, separados entre sí por la cortina de la impermeabilidad soviética, habida cuenta de que no asoman al exterior (aún cuando subterráneamente existan) discrepancias en el seno del inmenso monolito soviético, en tanto las fisuras en el mundo libre se exteriorizan en la misma medida en que son realidad; de ahí una consecuencia, no desprovista de relevancia: desequilibrio polémico entre ambos campos, con notorio beneficio en favor del todo monolítico. Tal objeción, merece, por nuestra parte, el siguiente

reparo: si el sedicente monolítico soviético, constituye auténtica unidad coherente y orgánica, no resultaría fácil explicar cómo Rusia, en su actuación internacional, manipula artilugios, tan dispares entre sí, como lo son incuestionablemente las técnicas de la guerra fría, de la paz fría y de las ofensivas de paz, unas y otras puestas en acción, a tenor de la evolución registrada en el seno de la U.R.S.S. a lo largo de un visible proceso de crisis política, siempre latente, pero acentuado de modo visible, después de la desaparición de Stalin. Precisamente el empleo ocasional y sucesivo de esas normas de acción, adaptadas a lo que toleran las coyunturas de cada momento histórico, evidencia que Rusia se aventura en la técnica del riesgo calculado, acentuando sus exigencias o incrementando su aparente avenencia, según las circunstancias. Pese al sistema precautorio ruso, de hacer uso de una u otra de tales tácticas, no puede garantizarse que la U.R.S.S. navegue sin riesgo, que sería realidad el día en que Rusia midiese erróneamente el grado de tolerancia o de complacencia de sus oponentes occidentales.

IV.—LA TÉCNICA COMPLEJA DEL RIESGO CALCULADO

Tesis staliniana sobre el proceso de descomposición del mundo capitalista.—Aceleración del proceso, a medio de la retracción del mercado mundial (el sedicente monolito ruso).—El problema quinquenal de 1956-1960 y sus posibles consecuencias.—La penetración económica rusa en el Oriente Medio, en el Sudeste asiático y en Hispanoamérica.—Dos tácticas frente a frente: la rusa y la norteamericana.—Apreciación objetiva de sus posibilidades de éxito.—Neutralismo y merma espacial del mundo libre.—Norteamérica, Rusia e Hispanoamérica.—La sinuosidad rusa y los métodos de la Wall Street. Deducciones a consignar.

Hasta el presente, hemos intentado reflejar lo que encierra el sistema del riesgo calculado referido a problemas que se presentan, en grado, más o menos acentuado, de emer-

gencia. Ese análisis pecaría de incompleto, si no agregásemos algunas consideraciones, en torno a otra cuestión: ofensivas a largo plazo y sin riesgo próximo, pero que plantean al mundo libre problemas acaso más graves y complejos, que los generados por la guerra fría.

La tesis de que nos proponemos hacer mención fué expuesta por nosotros en pasada ocasión (1). Substancialmente expuesta, puede perfilarse así: Pese a cuanto se ha dicho en torno al problema de si es posible instaurar una pacífica y no episódica coexistencia, entre el mundo comunizado y el mundo libre, nos parece evidente, que, no obstante tales escarceos dialécticos, la propia lógica comunista, parece conducirnos a sentar la siguiente conclusión: si, como aseveran los doctrinarios soviéticos, es inevitable la acentuación del proceso de descomposición del mundo capitalista, cuando éste llegue a su ocaso habrá sonado la hora anunciando la ecumenización del comunismo rusificado. De ser cierta esta versión, que, por más de un motivo, estimamos claramente recusable, podría sentarse una relevante conclusión, a saber, que el tiempo, al sucederse, trabaja en favor del comunismo y a éste no le resta otra misión, que el de sentarse al borde del camino de la historia, en espera de ver desfilar ante su puerta el féretro conduciendo el cadáver del capitalismo.

A esa construcción aparentemente lógica le han opuesto reparos sus propios valedores, alegando, que aún siendo inevitable el proceso de descomposición del mundo capitalista: es deber de los comunistas, trabajar en el sentido de lograr, abreviándolo, la aceleración de tal proceso. A tal preocupación responde la tesis sostenida por Stalin en la Revista «Bolchevik» (octubre 1952), que resultó ser el testamento político del fallecido autócrata ruso, muerto el 5 de marzo de 1955. Stalin sostiene como tesis básica: 1.º—que estamos avanzando en un camino que conduce a la desarticulación del mercado mundial; 2.º—que dicha retracción agudizará de tal modo la hostilidad entre las potencias colonialistas, que, en

(1) Camilo Barcía Trelles "El problema de alteración del equilibrio en el mundo posbélico". San Paulo, 1955. Páginas 52-63.

definitiva, estallará una guerra en el seno del mundo capitalista. De cómo el mercado mundial ha perdido la condición de tal, nos da una versión Stalin en su citado artículo. Se había lanzado la idea del Plan Marshall, con el diseño original, de que podrían disfrutar de sus beneficios, cuantos Estados acudiesen a la conferencia convocada en París, para convertir en realidad actuante los propósitos de ayuda norteamericana. Ni Rusia ni los Estados satélites, concurren a dicha reunión, quedando implícita y voluntariamente, segregados de la organización de ayuda planeada. Así, por repercusión, nació un bloque o monolito económico-comercial, integrado por 300 millones de consumidores (Rusia y los Estados satélites). A esa masa de consumidores había de agregarse después la representada por 500 millones de chinos. en suma, una masa de 800 millones de consumidores-productores, se veía segregada de lo que había sido hasta entonces mercado mundial. Así, al retraerse tan acentuadamente el área del mercado mundial, las potenciales disidencias, existentes en el seno del mundo capitalista, se verían agudizadas, hasta el extremo de no ser verosímil asignarles otro epílogo que el de una guerra intercapitalista.

Cuatro años se han sucedido, desde que fueran exteriorizadas las predicciones de Stalin, sin que hasta el presente hayan sido éstas realizadas. Es cierto que en Rusia viene prediciéndose que los Estados Unidos lograrán aplazar el epílogo a largo plazo, una crisis tan impresionante como la registrada en el año de 1929, pero tal especulación de tipo catastrófico, al no ser confirmada por los hechos, indujo a los profetas de la catástrofe a buscar una explicación al hecho, alegando que si los Estados Unidos lograrán aplazar el epílogo de lo que en Rusia se consideraba como declinante prosperidad norteamericana, ello se debía a la política de rearme norteamericano, que ha prolongado esa engañosa prosperidad. El hecho de que se esgrimieran tales intentos explicativos, parece evidenciar que no hay fortaleza dialéctica en las lúgubres profecías de los doctrinarios moscovitas. Pero son los propios teorizantes rusos, los que parecen reconocer (a caso sin percibir la existencia de ese asentimiento implícito) que algo ha fallado en ese anticipado balance de lo que porta

en sus entrañas el mundo posbélico. Pensamos así, atentos a lo que consideramos seguidamente.

En Rusia va a ponerse en acción un nuevo plan quinquenal (el de 1956-1960) siendo objetivo del mismo alcanzar y rebasar lo que pueda ser logrado por la más poderosa nación capitalista. Dicho plan quinquenal fué aprobado por el 20.º Congreso del Partido comunista, reunido en Moscú en el mes de febrero de 1956; se prevé el incremento de la producción industrial en un cincuenta por ciento; la población en 1960, será de 227 millones de habitantes; se producirán 68 millones de toneladas de acero; 53 millones de toneladas de hierro fundido; 593 millones de toneladas de carbón; 135 millones de toneladas de petróleo y 320.000 millones de quilowatios - hora; se estima que la capacidad de impuesto, subirá en un sesenta por ciento y el capital que el Estado invertirá en ese plan quinquenal, ascenderá a 990.000 millones de rublos; se incrementará en un cincuenta por ciento el número de especialistas. ¿Cuál es el destino que se asigna a esa hipotética y mastodóntica organización de producción?

Nos lo revelan las declaraciones de Bulganin a la Revista Hispanoamericana «Visión». Rusia aspira a establecer relaciones comerciales y diplomáticas con las Repúblicas Hispanoamericanas, basadas en la coexistencia pacífica y en la cooperación amistosa entre Estados, abstracción hecha de su respectiva estructura social y política. En la actualidad, Rusia, ya bien sea a través de relaciones diplomáticas directas (con Méjico, Argentina y Uruguay), ya por el intermedio de los países satélites, ha logrado que el bloque soviético concertara 20 convenios comerciales, con el bloque hispanoamericano. La U.R.S.S., pretende, sencillamente, reiterar en Hemisferio Occidental, lo que iniciara en el Oriente Medio y en el Sudeste asiático; en estos dos sectores del mundo, se presenta la U.R.S.S. como liberadora, haciendo saber a los pueblos requeridos que se había terminado el virtual monopolio en materia de empréstitos, que sólo beneficiaba a los prestamistas del mundo capitalista. Los propios críticos norteamericanos han destacado lo que hay de peligrosidad y de coyuntura en este ademán soviético, brindando cooperación a las Repúblicas hispanoamericanas. Así lo da a entender

Walter Lippman («The Soviet formula and ours». «New York Herald Tribune», 23 enero 1956), cuando destaca lo que considera técnica discrepante de cooperación de Rusia y de los Estados Unidos en Hispanoamérica; los rusos no practican el sistema norteamericano (giving anything for Nothing), sino que proponen el intercambio (productos manufacturados, por primeras materias y productos agrícolas). El sistema del intercambio encierra un alto valor político, en contraste con la ayuda unilateral (frecuentemente prestada con la contrapartida de conclusión de alianzas militares) que en el fondo molesta a los beneficiarios; el sistema de intercambio ruso es más sutil y despierta menos suspicacias por parte de las Repúblicas Hispanoamericanas. La fórmula soviética — siempre según Lippmann — se nutre de tres elementos: 1.º posibilidad de que la órbita soviética absorba el excedente de alimentos y primeras materias de que pueda disponer Hispanoamérica; 2.º—exportación, por parte de Rusia a Hispanoamérica, de productos fabriles y armas; 3.º—Rusia no busca aliados en el Oriente Medio, en Hispanoamérica y en el Sudeste asiático, como es el caso de Norteamérica; aspira simplemente a fortalecer las inclinaciones neutralistas, alejando a esas Naciones, hasta donde ello sea factible, de la órbita norteamericana. Rusia ofrece además técnicos, acaso pensando que, aceptados, pueden constituir la antesala de la penetración política. ¿Tiene nada de sorprendente que Rusia intente extraer provecho de la coyuntura que se pone a su alcance? He aquí una técnica, sin grave riesgo, posiblemente de acentuada eficiencia a largo plazo y que constituye un nuevo artilugio al servicio de la guerra fría.

Se nos dirá (así lo hacía presente el «New York Herald Tribune») que no debe causar alarma el que Rusia pretenda elevar su actual intercambio con Hispanoamérica, de 200 a 600 millones de dólares, ya que ello bien poco significa, parangonado con los siete mil millones de dólares a que asciende el intercambio comercial, entre las Américas del Norte y del Sur, pero es el propio «New York Herald Tribune» (editorial de 21 enero 1956), quien da la voz de alarma al decir: nuestra política con esas naciones hispa-

noamericanas, ha sido buena, pero cabe preguntarse si ha sido lo suficientemente buena. No debe revestir la forma de ayuda emergente, sino la de cooperación brindada a largo plazo, ya que de otro modo, al sur del Río Bravo, se nos dirá que nos acordamos de esas Repúblicas, cuando estimamos necesaria y urgente su cooperación, para olvidarla, una vez pasada la crisis. Como ejemplo se cita el de la Conferencia económica interamericana, reunida en Brasil en 1954, donde se estudió la posibilidad de instaurar un Banco Hemisférico. sugerencia que mereció por parte de los Estados Unidos la indiferencia, ya que no el desdén. Rusia quiere extraer provecho de las posibilidades que le depara la situación, sino de crisis, cuando menos de reajuste en las relaciones de los Estados Unidos, con las otras Repúblicas americanas. Hispanoamérica resultaba indirectamente favorecida por la política norteamericana de aislacionismo, habida cuenta de que cuanto más se alejaba Norteamérica de las complicaciones del viejo mundo, tanto más se acentuaba su conexión con las Repúblicas hispanoamericanas. Pero al ser desplazado el aislacionismo norteamericano (acaso resultaría imprudente hablar de su definitivo e irremediable ocaso) y proyectadas las preocupaciones internacionales hacia los cinco mundos y los siete mares, irremediablemente se produjo la relegación del factor hispanoamericano, cuyo marginalismo posbélico, perceptible a los ojos de cualquier imparcial observador, tenía necesariamente que impresionar a los que contrastaban la realidad de su alejamiento y como Hispanoamérica no puede desentenderse de los problemas internacionales, explicablemente tenía que pensar en un reajuste de sus relaciones económicas y comerciales, animada por la secreta y explicable esperanza, de que se le ofrecía coyuntura de manumitirse, de lo que se consideraba como poco grato monopolio norteamericano. La Wall Street proyectó acaso excesiva y reiterativamente su influencia sobre el resto del Nuevo Mundo y esa política, más de prestamista que de filantropía, creó un excusable resentimiento.

Los Estados Unidos no lograron percibir lo que se arrastraba a medio de esta corriente subterránea y en más de una ocasión prefirieron hacer frente a las apariencias, ig-

norando o desdeñando las realidades. Así actuó en la Conferencia Interamericana de Caracas, como vocero de la lucha anticomunista en el Hemisferio Occidental, no prestando debida atención a la circunstancia de que la crisis económica, afectando más o menos intensamente a las Repúblicas hispanoamericanas y creando una situación de malestar, antesala del confusionismo político generaba un clima propicio para que prendiesen toda suerte de propagandas, incluso las más indeseables. Ahora Rusia, con su propuesto sistema de intercambios, tratará de explotar lo que éste puede significar como contraste respecto de la Wall Street. En este sentido, lo difuso del riesgo, exigía de Norteamérica el captar toda la complejidad del problema, frente al cual resultará inadecuado e ineficiente el sistema del «Brink of War», ideado para hacer frente a problemas que se dan en el continente asiático, pero que no tienen realidad en el Hemisferio occidental. Aquí existe riesgo a largo plazo y precisamente el aspecto dimencional y temporal del mismo, requiere la adopción de medidas reactivas, no episódicas, sino concebidas como parte integrante de un plan orgánico, global y perdurable.

CAMILO BARCIA TRELLES
CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

EL PROBLEMA DE LA ADHESION DE ESPAÑA A LA CLAUSULA FACULTATIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

I.—PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Solicitado y concedido el ingreso de España en la Organización de las Naciones Unidas, nuestra patria es parte en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, aprobado en 1945 por la Conferencia de San Francisco como elemento integrante de la Carta de la Organización.

En virtud de esta participación, España deberá someter a la jurisdicción de aquel Tribunal las diferencias con otros países, que los tratados de arbitraje vigente celebrados con estas potencias deferían al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, y podrá también someter al nuevo los conflictos sobre los que firme un compromiso con el otro o los otros Estados partes en el mismo otorgándole jurisdicción para resolverlos.

Sin embargo, por la simple adhesión al Estatuto del Tribunal que implica el ingreso en la O.N.U., no queda vinculado ningún país a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia.

La sumisión a esta jurisdicción obligatoria tiene que resultar de una declaración expresa de cada Estado, con-

sistente en la adhesión a la llamada *cláusula facultativa* del Estatuto del Tribunal, contenida en el artículo 36, párrafo 2.º de éste, reproducción con leves retoques de disposición análoga que ocupaba el mismo lugar en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

La cláusula facultativa supuso la adopción de un criterio transaccional entre la resistencia al arbitraje obligatoria existente en la época de las Conferencias de la Paz de La Haya, de 1899 y 1907 y el intento de establecer la referida obligatoriedad de una solución jurisdiccional para las diferencias internacionales más caracterizadamente jurídicas por parte del Comité de diez juristas que redactó en 1920 el Estatuto del Tribunal Permanente.

El Comité de los diez, por iniciativa del norteamericano Elihu Root, seleccionó como materias susceptibles de jurisdicción internacional obligatoria aquellas con las que entendía el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuya competencia se extiende a los asuntos jurídicos, con exclusión de los políticos.

La enumeración de materias citadas pasó al artículo 13 del Pacto de la Sociedad de las Naciones como «generalmente susceptibles de solución arbitral». Sobre ellas pretendió el Comité de los diez establecer la jurisdicción obligatoria del Tribunal en el Estatuto de éste, pero la tentativa pareció demasiado audaz al Consejo y a la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, que condicionaron la obligatoriedad de la sumisión al Tribunal de las diferencias internacionales comprendidas en las aludidas categorías a una declaración especial de cada Estado. En realidad, pues, lo que conoce con el nombre de cláusula facultativa es una adhesión facultativa a una cláusula de sumisión obligatoria al Tribunal.

El sistema pasó del régimen de la Sociedad de las Naciones al de la Organización de las Naciones Unidas, a pesar de que la gran preocupación del Comité de juristas que preparó el proyecto de Estatuto del nuevo Tribunal fué el dotar a éste de una jurisdicción obligatoria. La mayoría del Comité era partidaria de esta obligatoriedad en las materias comprendidas en la cláusula facultativa del antiguo Tribunal,

pero, en previsión de que la Conferencia de San Francisco no aceptase esta solución, el Comité propuso una redacción alternativa del artículo 36 del proyecto: una de las redacciones establecía que los Estados partes en la Carta de las Naciones Unidas aceptaban la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia en las materias citadas, mientras en la otra se preveía que los Estados miembros de la O.N.U. podían declarar en cualquier momento su aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal sobre las mismas materias (1).

Ante esta dualidad de redacciones, el Comité IV de la Conferencia de San Francisco no pudo llegar a un acuerdo unánime sobre ninguna de ellas. Varias enmiendas presentadas por las delegaciones china, egipcia, hondureña y turca al artículo 36 (2) del proyecto establecían la obligatoriedad en la jurisdicción del Tribunal, que los delegados de otros Estados estimaban que sus gobiernos no estarían dispuestos a aceptar, defendiendo la subsistencia del sistema seguido en el Tribunal Permanente.

Una tesis intermedia, consistente en admitir la jurisdicción obligatoria con las reservas que cada Estado quisiese formular a la misma tampoco prevaleció, si bien sirvió de ocasión para que el subcomité que entendía del asunto declarase que «es sabido que el artículo 36 ha sido constantemente interpretado en el pasado como permitiendo a los Estados que aceptan la jurisdicción del Tribunal acompañar a esta aceptación de reservas» (3). En consecuencia, el Comité juzgó superfluo modificar el citado artículo, mencionando expresamente la facultad para los Estados de formular reservas a su aceptación del segundo párrafo del mismo.

Ante la imposibilidad de que prevaleciese una solución diferente, la Conferencia acordó la continuación del sistema

(1). Documents of the United Nations Conference of International Organisation. San Francisco, 1945. Vol. XCV. Págs. 634 a 636.

(2). Documents. Vol. XIV. Págs. 300, 303, 305 y 311.

(3). Documents. Vol. XIII. Pág. 416.

seguido en el antiguo Tribunal Permanente, quedando así redactado el artículo 36 del nuevo Estatuto:

1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los litigios que las partes le someten y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes.

2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria **ipso facto** y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción del Tribunal en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

a). La interpretación de un tratado.

b). Cualquier cuestión de Derecho internacional.

c). La existencia de todo hecho que, si fuera establecido, constituiría violación de una obligación internacional.

d). La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

3. La declaración a que se refiere este artículo podrá hacerse incondicionalmente, bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por cierto tiempo.

4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario general de las Naciones Unidas, quien transmitirá copia de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario del Tribunal.

5. Las declaraciones hechas de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia por el período que aún les quede de vigencia, y conforme a los términos de dichas declaraciones.

6. En caso de disputa en cuanto a si el Tribunal tiene o no jurisdicción, el Tribunal decide (4).

La lectura de este artículo aclara perfectamente la cuestión que va a ser examinada por nosotros. España puede

(4). Transcribimos el artículo 36 según la redacción española —una de las cinco oficiales— del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, con la salvedad de sustituir la palabra «Corte», muy usada en Hispanoamérica, por la más castellana de «Tribunal».

no adherirse a la cláusula facultativa, hacerlo de una manera incondicional, o realizar una adhesión sujeta a reservas. La opción por cualquiera de estas tres alternativas merece ser meditada, cuidadosamente, y si, imitando el ejemplo de las principales potencias —con exclusión de Rusia—, optamos por la tercera de ellas, tendría que ser también objeto de escrupuloso estudio cuáles habían de ser las reservas que acompañasen nuestra adhesión.

II.—LAS RESERVAS A LA JURISDICCION OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Una interpretación literal del tercer párrafo del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, reproducido casi textualmente en el mismo lugar del Estatuto del actual Tribunal Internacional de Justicia, conduciría a la conclusión de que los Estados aceptantes de su jurisdicción obligatoria podían realizar esta aceptación pura y simplemente, o sujeta a las siguientes modalidades:

1.^a Con la condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados. Técnicamente se podría observar la impropiedad del término condición, con respecto a los Estados que hubiesen aceptado previamente la jurisdicción del Tribunal. La condición es un acontecimiento futuro e incierto, o a lo sumo, un acontecimiento pasado que los interesados ignoran, supuesto que se presenta con respecto a los países que acepten con posterioridad la jurisdicción obligatoria del Tribunal, pero no a los que lo hayan realizado antes.

Con esta salvedad, la limitación que se quiere establecer es clara: «ciertos Estados» significa un número de éstos, independientemente de quienes sean; «determinados Estados» son los nominalmente especificados en la declaración que condiciona a su aceptación la del declarante de la sumisión al Tribunal.

2.^a Por un plazo determinado: tampoco esta modalidad ofrece ninguna dificultad en su precisión, puesto que la declaración ha de indicar cuál es el día inicial del cómputo de este plazo. Se concibe, sin embargo, que surja la duda de si, iniciada la tramitación de un proceso internacional, transcurre sin renovación el citado plazo, en tal supuesto, se extingue la jurisdicción o se opera una *perpetuatio jurisdictionis*, fenómeno normal en Derecho procesal interno, cuando por cambiar, por ejemplo, la escala de cuantía determinante de la competencia objetiva de los tribunales de distinto grado, el que está entendiendo en un asunto, no lo es, conforme a la nueva regulación, para asuntos de aquel volumen económico. El problema se ha planteado recientemente ante el Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto *Nottebohm*, al expirar el término por el que una de las partes estaba sujeta a la jurisdicción obligatoria, resolviéndose la cuestión en favor de la *perpetuatio jurisdictionis* (5).

No obstante la limitación de declaraciones accesorias a la sumisión de los Estados a la cláusula facultativa que se deduce del artículo 36, la práctica impuso una amplitud a las reservas de los Estados adheridos que pudiera sin exageración calificarse de ilimitada. Con ocasión de la elaboración del Protocolo de Ginebra, aprobado por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en 1924, y que llegó a estar vigente por la abstención de un gran número de Estados en ratificarlo, una de cuyas innovaciones más revolucionarias era la aceptación por los Estados signatarios de la jurisdicción obligatoria del Tribunal de La Haya en las materias mencionadas por el artículo 36 de su Estatuto, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones aprobó simultáneamente con el Protocolo el 2 de octubre de 1924, una Resolución recomendando a los Estados la adhesión a la cláusula facultativa, habida cuenta de que los términos del artículo 36 son lo suficientemente amplios para que cada Estado pueda su-

(5). Morellé. «*Perpetuatio jurisdictionis*» nel processo internazionale. (Rivista di Diritto internazionale, 1955, Págs. 177 a 181).

jetarse a él con las reservas que tenga por conveniente. Más explícitamente aún, un informe de la primera Comisión de aquella Asamblea decía: «El examen profundizado de este texto permite declarar que su flexibilidad consiente todas las reservas. Teniendo en cuenta la facultad de aceptar la competencia del Tribunal para alguna de las categorías no mencionadas de diferencias, y de no aceptarla, los Estados, con mayor razón, son libres de no aceptarla más que para una fracción de estas categorías: el que puede lo más, puede lo menos. Les está, pues, permitido, al aceptar el compromiso previsto, declarar que lo excluyen en las hipótesis en que no les parece posible admitirlo» (6).

Aunque el Protocolo de Ginebra no llegase a entrar en vigor, ante la negativa a su ratificación del gobierno conservador inglés que sucedió al laborista que lo había firmado, la declaración de la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones vino a dar carácter de licitud a reservas muy diferentes de las expresamente mencionadas en el artículo 36 del Estatuto.

La experiencia adquirida por el uso —y seguramente también por el abuso— de estas reservas motivó que, cuando en 1928 la Asamblea de la Sociedad de las Naciones aprueba otro instrumento, el Acta general para la solución pacífica de los conflictos internacionales, establezca una limitación a la facultad de formular reservas a la misma.

El Acta de 26 de septiembre de 1928 seguía un sistema algo diferente del artículo 36 del Estatuto. En vez de delimitar como éste los conflictos internacionales jurisdiccionales por vía de enumeración, lo hacía mediante una definición, al considerar como diferencias internacionales de carácter jurídico «aquellas en que las partes se disputasen recíprocamente un derecho», en fórmula tomada de los Tratados de Locarno de 16 de octubre de 1925. Las diferencias

(6). Schindler. Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations. Recueil des Cours, 1928. V. Tomo 25. Págs. 299 y 300.

de este tipo eran sometidas al Tribunal Permanente de Justicia Internacional para su decisión conforme al Derecho internacional. Cualesquiera otras diferencias —es decir, las calificadas ordinariamente de políticas— eran deferidas a un procedimiento conciliatorio, y, si éste no las resolvía, a un tribunal arbitral, con la facultad de resolverlas, a falta de norma jurídica aplicable, *ex aequo et bono*.

El Acta de 1928 es un documento que se ha caracterizado, en opinión de todos sus comentaristas, por su inmensa flexibilidad. En primer lugar, en cuanto permite a los Estados que la acepten hacerlo en su integridad o parcialmente. En segundo término, el Acta es flexible porque prevé la posibilidad de su aceptación con reservas, pero no de una manera ilimitada. Así lo establece el artículo 39:

1. Independientemente de la facultad mencionada en el artículo anterior, una Parte podrá, al adherirse a la presente Acta general, subordinar su aceptación a las reservas taxativamente delimitadas en el párrafo siguiente. Estas reservas deberán ser indicadas en el momento de la adhesión.

2. Estas reservas podrán ser formuladas de manera que excluyan de los procedimientos previstos en la presente Acta:

a). Las diferencias nacidas de hechos anteriores, incluso a la adhesión de la Parte con la que la primera venga a tener una diferencia.

b). Las diferencias que versan sobre asuntos determinados, o materias netamente definidas, (tales como el estatuto territorial, o que entren en categorías bien precisadas.

3. Si una de las partes en litigio ha formulado una reserva, las otras Partes podrán prevalecerse frente a ella de la misma reserva.

4. Para los Estados que han adherido a las disposiciones de la presente Acta referentes al Arreglo judicial o al arreglo arbitral, las reservas que hayan formulado, salvo su mención expresa, serán comprendidos como no extendiéndose al procedimiento de conciliación.

No obstante el reconocimiento que el artículo 39 del Acta de Ginebra hace de la facultad de emitir reservas a la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales con mayor latitud que el artículo 36 del Estatuto, supone una

evidente mejora sobre la práctica anterior. En primer lugar, excluye las reservas de contenido impreciso, tales como resultaban las contenidas en los tratados de arbitraje anteriores a la primera guerra mundial, que solían excluir de la jurisdicción arbitral las diferencias referentes al honor, independencia e intereses vitales de los Estados. Por otra parte, no queda al arbitrio de los Estados reservantes la calificación de su una concreta diferencia internacional está o no comprendida dentro de las reservas que formularon. Según el artículo 41 del Acta:

Las diferencias relativas a la interpretación o a la aplicación de la presente Acta, incluidas las referentes a la calificación de los litigios y al alcance de las eventuales reservas, serán sometidas al Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

Sin necesidad de un análisis detallado de las reservas permitidas por el artículo 39, el simple hecho de su limitación supone un sensible progreso respecto a la práctica seguida en las adhesiones a la cláusula facultativa. El punto más endeble es que las reservas al Acta son susceptibles de sustraer a la jurisdicción internacional determinados tipos de diferencias que, mediante una declaración expresa, pueden también evadirse del procedimiento conciliatorio, pero el inconveniente no era demasiado grave en un momento en que todos, o la inmensa mayoría, de los Estados signatarios eran miembros de la Sociedad de las Naciones, cuyo Pacto establecía procedimientos de solución pacífica susceptibles de dar un cauce de arreglo a las diferencias internacionales.

Otro tanto puede decirse hoy: la Asamblea de la O.N.U. aprobó una nueva versión del Acta general de arbitraje en 1949, que contadísimos Estados han aceptado, pero que entró en vigor al año siguiente en el momento de contar con la adhesión de dos Estados. Con un sistema de gran analogía con la cláusula facultativa del Tribunal Internacional de Justicia, el sistema del acta ofrece la gran ventaja sobre ésta de la limitación de las reservas que restringen su eficacia.

Constituiría un estudio demasiado prolijo el intentar una clasificación de las reservas que, durante la vigencia del régimen ginebrino, fueron formuladas en las adhesiones tanto a la cláusula facultativa del Tribunal Permanente como al Acta general de arbitraje. Alguna de estas reservas se contienen en la adhesión a alguno de estos instrumentos de un solo Estado, y se refieren a problemas concretísimos. Otras, en cambio, no sólo se repiten en las declaraciones de varios Estados, sino que han vuelto a aparecer en las adhesiones a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. Por esta razón, merecen ser citadas las más importantes.

En una excelente monografía, escrita en la plenitud de la época ginebrina (7), encontramos seleccionadas, como las de uso más frecuente, las que siguen:

1.^o *Intereses vitales, honor nacional, independencia, soberanía, doctrina de Monroe, intereses de terceras potencias.* Tienen de común todas estas reservas el venir, en la mayor parte de los casos, acompañadas de la declaración del Estado reservante de retener la facultad de calificar en cada diferencia en la que sea parte si esta diferencia está comprendida dentro de sus reservas. Frecuentísimo este tipo de reservas en los tratados de arbitraje anteriores a 1914, su aparición fué excepcional en los convenios posteriores a esta fecha. La reserva, muchas veces formulada por los Estados Unidos, de la Doctrina de Monroe entra plenamente en este grupo, puesto que los Estados Unidos se han reservado constantemente la facultad de delimitar unilateralmente los supuestos comprendidos dentro de la excepción. Al parecer generalmente unida a las referentes al honor y a los intereses vitales, la reserva atinente a los intereses de terceras potencias se presentaba también como objeto de delimitación unilateral por el Estado reservante.

2.^o *Hechos anteriores.* Es una de las reservas más lógicas y explicables: las cláusulas compromisorias se es-

(7). Baandron. Le système juridique de la Société des Nations pour la prévention de la guerre. Paris, 1933. Págs. 221 a 233.

tablecen para el futuro, para diferencias que surjan como consecuencia de hechos nuevos, no para que al amparo de ellas puedan manejarse viejas reivindicaciones de otros Estados, no discutidas en el momento de firmarse aquella cláusula.

3.º *Competencia nacional exclusiva.* Era en el régimen de la Sociedad de las Naciones, y continúa siendo hoy en el de la O.N.U., la reserva más delicada, por su imprecisión, y la susceptible de efectos más restrictivos a la competencia de los tribunales internacionales. Por su relevante importancia la dedicaremos un estudio especial.

Dentro de esta reserva se comprende lógicamente la que algunos Estados hispanoamericanos han formulado, tanto en sus adhesiones a la cláusula facultativa del Tribunal de La Haya como en tratados bilaterales de arbitraje, por la que se sustraen a éste los asuntos regulados por preceptos constitucionales de su país.

4.º *Estatuto territorial.* Es frecuente también la reserva que exceptúa de la sumisión a un procedimiento jurídico de solución las cuestiones referentes al estatuto territorial del país que las suscribe. En el régimen ginebrino era especialmente explicable esta reserva, puesto que el artículo 10 del Pacto de la Sociedad de las Naciones imponía a cada uno de los Estados miembros la obligación de respetar y garantizar la integridad territorial de los demás.

5.º *Procedimiento especial.* El Derecho internacional posee un amplio repertorio de medios pacíficos para el arreglo de las diferencias internacionales, la elección entre los cuales, en presencia de un determinado conflicto, puede depender de una serie de circunstancias imprevisibles. Es cierto que, en líneas generales, los conflictos se distribuyen en dos grandes categorías, jurídicos y no jurídicos o políticos, y que a cada una de estas categorías corresponden determinados procedimientos de solución, reservándose el jurisdiccional para las diferencias de tipo jurídico. Sin embargo, la línea divisoria no es lo suficientemente clara entre estas dos clases de diferencias, lo que implica que en conflictos de señalado matiz jurídico puedan existir aspectos políticos que recomienden, si es viable, un medio no jurisdiccional de solución. Por otra parte, en las relaciones entre los Estados, al igual

que ocurre en las mantenidas por los particulares, el recurso ante un tribunal es la última *ratio*, o, a lo sumo, la penúltima, si se admite como lícito el recurso a la fuerza. De ahí que la vía jurisdiccional sea siempre supletoria de los otros medios pacíficos de arreglo, lo que explica perfectamente la reserva aludida.

En los casos de sumisión obligatoria al antiguo Tribunal Permanente, o al actual Tribunal Internacional de Justicia, esta sumisión es también subsidiaria de la que los Estados interesados hayan pactado a otros órganos jurisdiccionales, por ejemplo, al tribunal arbitral previsto en un tratado bilateral de arbitraje.

Con referencia concreta a la cláusula facultativa del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, dejando para un examen posterior más detenido lo que se refiere a las adhesiones a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia, encontramos algunas reservas especiales, unas previstas y otras no, en el artículo 36 de su Estatuto.

En primer término, de acuerdo con lo permitido en éste, existen numerosas adhesiones sujetas a un límite temporal. En el Tribunal Permanente los plazos de sumisión más frecuente eran los de 5 y 10 años, aunque hubo algunas adhesiones por 15 (Bélgica) y por 20 años (Irlanda).

Aparte de esta limitación temporal, las reservas más frecuentes a la primitiva cláusula facultativa fueron las referentes a los hechos anteriores, al procedimiento especial, a la competencia exclusiva y al *statu quo* territorial, que acabamos de estudiar.

Conexa con la reserva del procedimiento especial es la contenida en las adhesiones a la cláusula facultativa del Tribunal Permanente de Italia, Francia, Perú, Rumania y Checoslovaquia acerca del derecho de recurrir al Consejo de la Sociedad de las Naciones antes de llevar un asunto ante el Tribunal. En las declaraciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de sus Dominios y de la India la reserva adopta la forma de pedir la suspensión del procedimiento judicial mientras la diferencia está sometida al Consejo de la Sociedad de las Naciones.

Finalmente, existió una reserva típica de los países in-

tegrantes de la Comunidad británica de Naciones, por la que éstos sustraían a la jurisdicción del Tribunal las diferencias que cada uno de estos países mantuviese con otros miembros del Commonwealth británico, diferencias cuya resolución se anunciaba por un procedimiento especial.

Sin necesidad de reserva expresa, el artículo 36 del Estatuto imponía la de reciprocidad, ya que la vinculación a la jurisdicción obligatoria no se imponía a los Estados que se habían sometido a ella más que en las diferencias con los que también la habían aceptado para el mismo género de conflictos, sin reserva aplicable al caso.

En el Acta general de arbitraje el problema de las reservas tenía una especial transcendencia en cuanto al uso que los Estados hiciesen de la facultad de emitir las dentro de los asuntos determinados, materialmente definidas o categorías bien precisadas a que aludía el apartado c) del número 2 del artículo 39. Aparte las expresamente permitidas en los apartados a) y b), de reservas referentes a hechos anteriores y a materias que el Derecho internacional deja a la competencia exclusiva de cada Estado, se formularon las reservas relativas a las diferencias interbritánicas, las sometidas o susceptibles de someterse al Consejo de la Sociedad de las Naciones, y, por parte de Italia, la de que las disposiciones del Acta general no sean aplicables a las relaciones de Italia con terceras potencias.

Podrían continuarse estos apuntes con la mención de las disposiciones contenidas en tratados de conciliación y arbitraje de la época ginebrina, en las que se contienen determinadas reservas a la jurisdicción de los tribunales internacionales, pero nada nuevo añadirían estos datos a lo ya expuesto. Únicamente hemos de referirnos más tarde a los convenios bilaterales suscritos por España durante este período.

Es de advertir, finalmente, que los antecedentes expuestos no poseen tan sólo un valor histórico. Algunas de las adhesiones que ciertos Estados presentaron a la cláusula facultativa del Tribunal Permanente conservan su vigencia para el actual Tribunal Internacional de Justicia, del mismo modo que están vigentes numerosos tratados de conciliación

y arbitraje de la etapa ginebrina que sometían al Tribunal Permanente las diferencias de tipo jurídico, caracterizadas bien en la forma enumerativa del artículo 36 del Estado, bien con la definición locarniana, con reservas de alguna de las especies estudiadas.

* * *

Con estos antecedentes, estamos ya en condiciones de proceder al examen del contenido de las adhesiones que hasta ahora ha recibido la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia.

Según datos recogidos del último Anuario del Tribunal, cerrado en julio de 1955 (8), **habían** suscrito la cláusula facultativa los **treinta** y dos **Estados** siguientes: Australia, Canadá, China, Colombia, Dinamarca, República Dominicana, Estados Unidos, Francia, Haití, Honduras, India, Israel, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, México, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Paquistán, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Filipinas, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Salvador, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Unión Sudafricana y Uruguay. De los sesenta países que en la citada fecha eran miembros de la Organización de las Naciones Unidas — número elevado al de 76 en diciembre de 1955 —, la mitad justamente eran firmantes y ratificantes de la cláusula facultativa, ya que en la lista mencionada figuran dos Estados que no son miembros de la O.N.U., Suiza y Liechtenstein.

A la lista citada habría que añadir otros Estados partícipes en Organizaciones regionales que han firmado tratados como el de la Unión europea occidental de 17 de marzo de 1948, modificado en París en 23 de octubre de 1954, y el de

(8). Cour International de Justice. Annuaire, 1954-1955. Págs. 183 a 196.

Bogotá de 30 de abril de 1948 entre los países americanos, convenios que establecen la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia, aunque solamente para las diferencias comprendidas en el artículo 36 de su Estatuto que surjan entre los Estados partes en cada uno de los referidos convenios.

Entre los Estados sujetos a la actual cláusula facultativa se observa la significativa ausencia de la Unión Soviética y de los países europeos y asiáticos que giran dentro de su órbita. En cambio, las otras cuatro potencias con representación permanente en el Consejo de Seguridad han suscrito su sujeción a la obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal con más o menos reservas.

Los Estados Unidos depositaron en 26 de agosto de 1946 su adhesión a la cláusula facultativa, por cinco años, renovable tácitamente salvo denuncia notificada con previo aviso de seis meses. La adhesión comprende los cuatro puntos del artículo 36 con las siguientes reservas: a) Diferencias cuya solución confíen las partes a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que se concluyan en lo porvenir; b). Diferencias concernientes a cuestiones que dependen esencialmente de la competencia de los Estados Unidos, tal como es definida por los Estados Unidos mismos; c). Diferencias que surjan en relación a un tratado colectivo, a menos que: 1). Todas las partes en el convenio de que se trate sean a la vez partes en el asunto llevado al Tribunal, o que 2). Los Estados Unidos acepten su jurisdicción para aquel caso.

Francia suscribió la cláusula facultativa por cinco años, a partir de 1 de marzo de 1949, con posibilidad de prórroga indefinida hasta su denuncia, respecto a las diferencias que surjan de hechos o situaciones posteriores a la ratificación de su declaración. Exceptúa los supuestos en que las partes hayan acordado recurrir a otros procedimientos pacíficos, y hace constar que la declaración no se aplica a las diferencias que se refieran a asuntos esencialmente pertenecientes a la competencia nacional francesa, tal como es entendida por el Gobierno de la República francesa.

El Reino Unido, que al nacer el Tribunal estaba vincu-

lado a él por la vigencia de su adhesión a la cláusula facultativa del Tribunal Permanente de 28 de febrero de 1940, denunció esta adhesión en 1 de junio de 1955, sustituyéndola por otra comprensiva de todas las diferencias nacidas después del 5 de febrero de 1930 concernientes a hechos o situaciones posteriores a dicha fecha, excepto las siguientes: a). Diferencias en las que las partes hayan aceptado la sumisión a otros procedimientos pacíficos; b). Diferencias con otro país miembro del Commonwealth británico de Naciones, que serán reguladas por un método convenido entre las partes; c). Diferencias relativas a cuestiones que, según el Derecho internacional, pertenecen exclusivamente a la jurisdicción de la Gran Bretaña; d). Diferencias resultantes de acontecimientos sobrevenidos entre el 3 de septiembre de 1939 y el 2 de septiembre de 1945; e). Sin perjuicio de las mencionadas en el apartado anterior, diferencias resultantes o en conexión con hostilidades, una guerra, un estado de guerra u una ocupación militar en la que haya intervenido la Gran Bretaña; f). Diferencias que versen sobre asuntos sustraídos al arreglo judicial o al arbitraje obligatorio, en virtud de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que es parte el Reino Unido.

Con esta adhesión de la Gran Bretaña concuerdan sustancialmente las prestadas al Tribunal Internacional de Justicia por otros países del antiguo Imperio británico. La más reciente es la australiana de 6 de febrero de 1954 que reserva también las diferencias que tengan su causa o que se refieran a la jurisdicción o a los derechos reivindicados por Australia en lo concerniente a su plataforma continental o de los territorios colocados bajo la autoridad de Australia, a los recursos naturales del suelo del mar y del subsuelo de la citada plataforma, con inclusión de los productos de las pesquerías sedentarias, y a las aguas australianas, salvo los casos en que los países interesados hayan concertado un *modus vivendi* en espera de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia.

Carecen de reservas, o contienen solamente las de reciprocidad o exclusión de los hechos anteriores, las adhesiones a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Permanente

prestadas por China, Colombia, República Dominicana, Dinamarca, Haití, Honduras, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, Nicaragua, Noruega, Panamá, Países Bajos, Filipinas, Paraguay, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía y Uruguay. El Salvador conserva aún vigente su adhesión al Tribunal Permanente de 28 de enero de 1921, en la que se reservaban las diferencias sobre las cuestiones que según la Constitución salvadoreña no pueden ser sometidas a arbitraje.

Por otra parte, la conducta de los Estados Unidos y de Francia ha sido imitada por Méjico, al adherirse a la cláusula facultativa con exclusión de las cuestiones que, en opinión de su Gobierno, derivan de la competencia exclusiva de los Estados Unidos de Méjico, y Paquistán y Liberia con la reserva respecto a las diferencias que, según su propia opinión, correspondan esencialmente a sus respectivas jurisdicciones internas.

Al firmarse el Tratado de Bruselas, creador de la Unión occidental europea, en 17 de marzo de 1948, los cinco Estados signatarios —Gran Bretaña, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Francia— eran ya de los que habían aceptado la cláusula facultativa del Tribunal Internacional de Justicia. El artículo 8.º del Tratado de Bruselas —hoy el décimo, después de su reforma en 1954— les imponía la obligación de someter las diferencias existentes entre ellos, comprendidas en los cuatro supuestos del artículo 36, a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, sin otras reservas que las que hubiesen formulado al aceptar la cláusula facultativa, en tanto que estas reservas sean mantenidas. Salvo la facultad de retirar en cualquier momento alguna de estas reservas, facultad que también existe respecto a la cláusula facultativa, pudiera pensarse que ninguna obligación habían adquirido los cinco Estados signatarios a la que no estuviesen previamente vinculados. Sin embargo, existe una diferencia de ambos compromisos en cuanto a su dimensión temporal: las adhesiones a la cláusula facultativa estaban hechas por un período corto, mientras que el Tratado de Bruselas tiene señalada una duración de cincuenta años. La diferencia ha tenido una trascendencia práctica, al no renovar Bélgica su compromiso con el Tribunal Internacional de Justicia en 25

de junio de 1953, fecha en que expiró el plazo de cinco años por el que lo había contraído: a partir del citado día, Bélgica está sujeta al Tribunal obligatoriamente respecto a sus diferencias con los otros países de la Unión Occidental, y no con relación a las que mantenga con los restantes Estados sujetos a la cláusula facultativa. Lo que la obligación pierde en extensión lo gana en intensidad, puesto que, desaparecidas las reservas juntamente con la adhesión a la cláusula del Tribunal, cesa de surtir sus efectos la remisión que a estas reservas hacía el artículo 8.º del Tratado de Bruselas para las diferencias de Bélgica con los otros países firmantes de este convenio.

Como es sabido, el Pacto de Bruselas fué ampliado por la Declaración de 23 de octubre de 1954, invitando a adherirse a Italia y a la República Federal alemana. En cierto modo, estos Estados se encontraban en una situación privilegiada en cuanto a la posibilidad de emitir reservas al nuevo artículo 10 del Tratado. Alemania e Italia no estaban sujetas a la cláusula facultativa, ni siquiera eran miembros del Tribunal Internacional de Justicia, de tal manera que carecían de la limitación, que los firmantes originarios del Tratado se habían impuesto, de no formular al Tratado de Bruselas reservas distintas de aquellas a las que habían condicionado su aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal (9).

La declaración italiana a este respecto es la de 18 de abril de 1955 por la que Italia acepta la competencia del Tribunal para sus diferencias con los restantes Estados de la Unión Occidental dentro de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 36 de su Estatuto, exceptuando: a). Las diferencias para las que las partes hayan convenido o convengan recurrir a otro procedimiento de arreglo; b). Las diferencias referentes a hechos y situaciones anteriores a la fecha en que esta declaración produzca efecto; y c). Las

(9). Pennasi. La giurisdizione obbligatoria della Corte Internazionale di Giustizia nei rapporti fra gli Stati dell'Unione dell'Europa Occidentale. (Rivista di Diritto internazionale, 1955. Págs. 163 y 164).

diferencias relativas a cuestiones que, según el Derecho internacional, dependen exclusivamente de la competencia nacional.

Con distinto orden de exposición, las mismas reservas contiene la declaración de 4 de mayo de 1955, por la que la República Federal alemana se adhirió a la obligación impuesta por el artículo 10 del Tratado de Bruselas, modificado en París.

Otro tratado regional que recoge la obligación de someter las mismas diferencias enumeradas por el artículo del Estatuto al Tribunal Internacional de Justicia es el «Pacto de Bogotá» o Tratado interamericano de soluciones pacíficas, aprobado por la IX Conferencia Interamericana en 30 de abril de 1948. Tampoco es equivalente la obligación adquirida por los Estados partes en este tratado a las asumidas por los firmantes de la cláusula facultativa, ya que sólo afecta a las diferencias entre los Estados firmantes del Pacto y que lo hayan ratificado, en cuyos dos momentos tienen la facultad de formular reservas.

La formulada por la República Argentina es la más radical, al rechazar en bloque todos los artículos del Pacto de Bogotá referentes al arbitraje y al arreglo judicial, por diferir la regulación dada en Bogotá a estas instituciones de la concepción argentina sobre las citadas materias. Los Estados Unidos reiteraron las mismas reservas expuestas al suscribir la cláusula facultativa, extendiendo a la obligación asumida en Bogotá las que puedan emitir en lo futuro al renovar su vinculación por aquélla. Otras reservas de Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Nicaragua no afectan al artículo 31 del Tratado, que es el que establece la sumisión al Tribunal (10).

La aceptación, aunque sólo sea para las relaciones entre ellos, de la jurisdiccionalidad de ciertas diferencias por los países americanos, supone un considerable progreso en

(10). Anales de la Organización de los Estados americanos, 1949. Páginas 96 y 97.

relación con la desconfianza que, en un pasado no muy lejano, existió en el Nuevo Mundo hacia un Tribunal con sede en Europa. Sin embargo, como suele acontecer con los convenios firmados en las Conferencias americanas, el de Bogotá ha recibido un número bastante corto de ratificaciones: en 1953 había sido ratificado por los ocho Estados siguientes: Costa Rica, Salvador, Haití, Honduras, Méjico, Guatemala, Panamá y República Dominicana (11).

No resulta aventurado suponer que la lentitud con que los Estados americanos proceden a la ratificación de la Carta de Bogotá se debe, por lo menos en parte, a que se ha enfriado su entusiasmo por la jurisdiccionalidad de las diferencias internacionales, después de la experiencia que supuso la decisión por el Tribunal Internacional de Justicia de la diferencia entre Colombia y Perú motivada por el asilo concedido en la Embajada colombiana en Lima a Víctor Raúl Haya de la Torre, primer litigio específicamente interamericano en que ha entendido el Tribunal de La Haya, cuyos fallos han dado lugar a comentarios muy encontrados, y no siempre favorables para aquella alta jurisdicción.

Con los datos expuestos es suficiente para comprobar que son pocas las variaciones que ha sufrido la jurisdicción obligatoria del Tribunal internacional de Justicia en relación a lo que fué aquella en el antiguo Tribunal Permanente. Ni por el número de adhesiones ni por la clase y número de las reservas formuladas existen grandes diferencias entre la situación de ambos Tribunales, aunque la jurisdicción del nuevo sea más amplia que la de su antecesor por los numerosos convenios en que se declara al Tribunal Internacional de Justicia competente para entender en lo referente a su interpretación y ejecución.

Pero este progreso se encuentra contrapesado por la frecuencia de una reserva, la de los asuntos sometidos a la jurisdicción interna del Estado reservante, en sí de cierta imprecisión, y que hasta ahora cinco veces ha sido emitida

(11). Anuario Jurídico *Interamericano*, 1950-1951. Pág. 162.

con una formulación alarmante para la causa de la justicia internacional. Aludimos a las adhesiones a la cláusula facultativa de los Estados Unidos, Francia, Liberia, Méjico y Paquistán, en las que los citados Estados se reservan también la facultad de delimitar en cada caso cuando, ante una diferencia en la que sean partes, es procedente la exclusión del asunto de la jurisdicción internacional por el juego de la citada reserva. Esta consideración justifica el que, a renglón seguido, procedamos a un estudio especial de la misma.

III.—ESTUDIO ESPECIAL DE LA RESERVA A LOS ASUNTOS COMPRENDIDOS EN LA JURISDICCION INTERNA DEL ESTADO RESERVANTE

Como es bien conocido de todos los estudiosos del Derecho internacional, esta reserva se ha presentado en dos fases diferentes, que respectivamente se conectan con sendos textos del Pacto de la Sociedad de las Naciones y de la Carta de las Naciones Unidas.

Según el párrafo 8.º del artículo 15 del Pacto, cuando el Consejo de la Sociedad actuaba en su labor mediadora o conciliadora en una diferencia entre dos o más Estados,

Si una de las partes pretende, y el Consejo reconoce, que la diferencia versa sobre una cuestión que el Derecho internacional deja a la competencia exclusiva de esta parte, el Consejo lo hará constar así en un informe, sin recomendar ninguna solución.

En la Carta de las Naciones Unidas figura, como uno de los *Principios*, por los que se rige la actividad de la Organización, el expuesto en el parágrafo 7.º del artículo 2.º:

Ninguna disposición de la presente Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esen-

cialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimiento de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas expuestas en el Capítulo VII.

Sin intentar profundizar en el tema de *domaine réservé* o jurisdicción interna del Estado, uno de los más fundamentales y complicados del orden jurídico internacional, se pueden señalar ciertas diferencias entre la manera de expresar y concebir esta noción en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y en la Carta de las Naciones Unidas.

En primer lugar, el *domaine réservé* constituía en el Pacto una excepción impuesta a la actividad de uno de los órganos de la Sociedad de las Naciones, el Consejo, mientras en la Carta la jurisdicción interna del Estado es un coto cerrado en el que no puede penetrar ninguno de los órganos, puesto que se vea la actuación de la Organización. Así se deduce también del lugar que en la Carta ocupa al frente de la Carta, como uno de sus principios fundamentales, en contraste con lo que ocurría en el Pacto, en el que la mención de la competencia exclusiva figuraba como un inciso del artículo dedicado a las funciones del Consejo de la Sociedad de las Naciones.

Segunda diferencia entre ambos textos es que el del Covenant hablaba de los asuntos que el Derecho internacional dejaba a la competencia exclusiva de los Estados, mientras que en la Carta se alude a una jurisdicción interna de los Estados, sin precisar que al Derecho internacional corresponda la delimitación entre esta jurisdicción y la ejercida por la Organización de las Naciones Unidas, emisión que no puede por menos de ser relacionada con la cometida al no reproducir el texto del Pacto, según el que la estimación de la excepción requería que hubiese sido alegada por el Estado interesado y reconocida por el Consejo.

En tercer término existe otro matiz diferencial entre el Pacto y la Carta, en la manera de caracterizar los asuntos comprendidos dentro de la excepción. En el texto ginebrino eran los correspondientes a la *Compétence exclusive* en el

texto francés, y en la redacción inglesa *a matter which by international Law is solely within the domestic jurisdiction*, mientras que en la Carta se caracterizan los asuntos reservados como los que *esencialmente* pertenecen a la jurisdicción interna.

Desde luego, en el pensamiento de los autores de la Carta estaba presente el propósito de ensanchar el ámbito de la excepción: en la Conferencia de San Francisco fué sustituido el concepto de pertenencia exclusiva a la competencia nacional por el adverbio «esencialmente», por desear que los asuntos que se encuentran en el límite entre la competencia nacional y la de la Organización puedan sustraerse a ésta (12), ya que, de no operarse esta sustitución, escaparían a la competencia nacional muchas decisiones internas de una nación susceptibles de producir consecuencias internacionales. «Esta observación — comenta Ross (13)— parece indicar que la interpretación debe referirse a la categoría, y no al caso concreto, pero semejante deducción es innecesaria, porque la renuncia que esto significa priva de todo fundamento al cambio de expresión», por lo que «las consecuencias del cambio son tan absurdas que es necesario hacer caso omiso de la exigencia de esencialidad, y leer en el número 7.º del artículo 2.º, en vez de «esencialmente», «exclusivamente», aplicando esta interpretación al caso concreto y no a la categoría».

Kelsen sostiene, con referencia a la fórmula del artículo 15 del Pacto, que no existe ninguna materia que el Derecho internacional deje a la competencia exclusiva de cada Estado, lo que supondría la imposibilidad de regulación internacional de tales materias, consecuencia insostenible, puesto que, si el Derecho internacional tiene en cada momento histórico un contenido limitado, potencialmente es-

(12). Goodrich y Hambro. *Commentaires de la Charte des Nations Unies*. Neuchâtel, 1946. Pág. 138.

(13). Ross. *Constitución de las Naciones Unidas*. (Traducción del F. Arias Parga). Madrid, 1954. Págs. 135 y 136.

te contenido no está sujeto a límite alguno (14). En cuanto a la sustitución del requisito de exclusividad por el de esencialidad, puede dar lugar, en opinión del antiguo profesor de Viena, a consecuencias indeseables: el párrafo 7.º del artículo 2.º de la Carta puede ser interpretado en el sentido de excluir la obligación de los Estados de someter una diferencia a los medios de arreglo dispuestos por la Carta, aunque la materia esté regulada por el Derecho internacional, si pertenece, aunque no de una manera exclusiva, si esencialmente, a la competencia interna de los Estados (15).

Prácticamente, el aspecto de mayor interés en la puesta en juego de la excepción contenida en el párrafo 7.º del artículo 2.º de la Carta es el referente a quien ha de decidir acerca de la inclusión de cada caso dentro de la zona exceptuada. Un principio general de Derecho internacional es que —salvo norma expresa en contrario— todo órgano dotado de una competencia posee también la facultad de delimitar la extensión a cada caso concreto de esta competencia. Como consecuencia de este principio, siempre que algún Estado ha alegado ante él la excepción de su jurisdicción interna, el Consejo de Seguridad ha decidido sobre su propia competencia, y las más de las veces en el sentido de considerar inaplicable la excepción del artículo 2.º, párrafo 7.º.

Otra alternativa sería posible, cuando ante uno de los órganos políticos de las Naciones Unidas o de otra Organización internacional se alega su carencia de competencia con fundamento en la excepción de jurisdicción interna: habida cuenta de que el problema planteado es una cuestión jurídica, acudir en consulta al Tribunal Internacional de Justicia. De ello existe un precedente en la diferencia francoinglesa sobre los Decretos de Marruecos y Túnez, en la que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional fué consultado, acerca de si los actos legislativos mencionados habían sido dictados por Francia dentro de su *domaine réservé*,

(14). Kelsen. *The Law of the United Nations*. Londres, 1950 Pág. 777.

(15). Kelsen. *Ob cit.* Pág. 778.

por el Consejo de la Sociedad de las Naciones, pero el caso no se ha repetido en el régimen de la O.N.U. (16).

La exclusión del ámbito de competencia de cualquier tribunal internacional de los asuntos incluidos en la jurisdicción interior de un Estado aparece como consecuencia de la naturaleza misma de las diferencias que caen dentro de la acción de los tribunales internacionales: sean políticas o jurídicas, estas diferencias son las de carácter internacional, supuesto que no se da cuando la diferencia es motivada por una actividad realizada por uno de los Estados partes en la diferencia dentro de su competencia interna.

Sin embargo, en la realidad no se presentan las cosas de una manera tan sencilla. Cuando un Estado acude a un tribunal internacional en reclamación contra la conducta de otro Estado, es claro que el primero no admitirá que el primero haya obrado dentro de su jurisdicción interna, pues, si así lo reconociese, el tribunal no podría estimar su pretensión. El Estado demandante habrá de alegar y esforzarse en demostrar que la conducta del Estado demandado estaba reglada por el Derecho internacional y que no se ha acomodado a las normas de éste, mientras que el Estado demandado será el que, previamente a la alegación y prueba de que su conducta se ha ajustado al Derecho internacional, opondrá la incompetencia del tribunal, en razón a la inclusión del asunto sobre el que aquella conducta recayó dentro de su jurisdicción interna.

Cuando un tribunal internacional llega a la conclusión de que el Estado demandado ha obrado dentro de esta jurisdicción interna, es, en principio, incompetente para pronunciar una sentencia de fondo, debiendo limitarse a declarar su incompetencia. Se concibe, sin embargo, que pueda estimarse competente en el supuesto de que el litigio le haya sido llevada por vía de compromiso entre las partes: el compromiso constituye en este caso título suficiente para conferirle competencia para entrar en el fondo del asunto,

(16). Boes. Ob cit. Págs. 142 a 145.

y entonces la conclusión de que el Estado a quien se supuso infractor del Derecho internacional ha obrado dentro de la zona de su competencia exclusiva llevará al Tribunal a absolverle de la pretensión formulada contra él.

Con esta salvedad, es tan íntima la conexión que existe entre la competencia de los tribunales internacionales y el hecho de que la materia debatida no entre en la jurisdicción interna de una de las partes que el comentarista del artículo 2.º, párrafo 7.º de la Carta de las Naciones Unidas que ha profundizado tanto en su glosa como Preuss (17) afirma que el origen remoto de la excepción de *domaine réservé* ante las Organizaciones internacionales hay que buscarle en las excepciones de los intereses vitales y el honor a la independencia nacionales que se encontraban en los más antiguos tratados de arbitraje.

* * *

Respecto a la eficacia que, en orden a la paralización de la competencia del Tribunal Internacional de Justicia, pueda tener la excepción de pertenencia de la materia debatida en un litigio a la jurisdicción interna de una de las partes, se hace necesaria la distinción entre estos tres supuestos: a). Diferencias entre Estados que han aceptado la cláusula facultativa, sin hacer ninguna reserva en cuanto a sus respectivas jurisdicciones interiores; b) Diferencias en las que cualquiera de las partes ha aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal con la reserva citada, pero aludiendo a la jurisdicción interna de los Estados tal como se encuentra delimitada por el Derecho internacional, o sin referirse a ningún criterio delimitativo; y c). Diferencias en las que

(17). Preuss. Article 2, Paragraph 7 of the Charter of the United Nations. (Recueil des Cours, 1949- I Vol. 74. Págs. 557 a 560).

cualquiera de las partes ha aceptado la cláusula facultativa con la reserva citada, acompañada de que su opinión delimitará los asuntos comprendidos en la zona exceptuada.

En cualquiera de las dos últimas hipótesis, es indiferente que el Estado que ha formulado la reserva sea el demandante o el demandado, puesto que aparte los condicionamientos que cada parte oponga unilateralmente a su sujeción al Tribunal, existe una limitación genérica, reconocida por el artículo 36 del Estatuto, constituida por la reciprocidad, de tal suerte que ningún Estado puede pretender que la obligación de otro a aceptar la jurisdicción obligatoria del Tribunal tenga más extensión y alcance que la que él mismo ha asumido.

a). Si el Estado demandado ha reconocido, sin reserva respecto a su propia jurisdicción, la obligatoria del Tribunal, ello no es obstáculo para que pueda ejercitar una excepción de incompetencia jurisdiccional en los casos que entienda que la contienda *sub iudice* se encuentra dentro de una categoría de cuestiones diferentes a aquéllas para las que se sometió al Tribunal, y, especialmente, si versa sobre un asunto comprendido en su jurisdicción interna.

En esta primera hipótesis, el Tribunal Internacional de Justicia posee la facultad de decidir acerca de su propia competencia, reconocida por el párrafo final del artículo 36 de su Estatuto de una manera ilimitada, como es regla general para todos los tribunales internacionales. En esta tarea, el Tribunal no puede tener otro criterio para fijar la línea divisoria entre los asuntos que el Derecho internacional regula, y los que quedan abandonados a la competencia discrecional de cada Estado que el establecido por el Derecho internacional vigente en el momento de la decisión, en el que está incluido el tratado o declaración unilateral en virtud de los cuales el Estado demandado admitió la jurisdicción del Tribunal. Un ejemplo clarísimo encontramos en la declaración de su incompetencia por el Tribunal Internacional de Justicia en el litigio angloiranes. El antiguo reino de Persia se había sometido a la cláusula facultativa para las diferencias acerca de la interpretación de un tratado o de cualquier punto de Derecho internacional, pero no para la

declaración de existencia de un acto ilícito internacional ni para la reparación debida en este caso. Rescindido unilateralmente por el gobierno del Irán el convenio con la Anglo-Iranian Oil Company, la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 22 de julio de 1952 declaró fundada la excepción de incompetencia jurisdiccional alegada por el Irán, entre otros fundamentos, por el esencial de que la adhesión iraníana a la cláusula facultativa en 2 de octubre de 1920 se había limitado a los dos puntos a) y b) del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Permanente, y no se podía entender dentro del primero de ellos, interpretación de tratados internacionales, cuanto se refiere al contrato incumplido, conceptuado, no entre dos Estados, sino entre el Irán y una persona jurídica de Derecho privado (18).

b). Si la reserva del Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria del Tribunal se remite al criterio delimitador trazado por el Derecho internacional, o se limita a excluir de la competencia del Tribunal los asuntos correspondientes a su competencia interna sin señalar criterio alguno delimitativo, en nada queda afectada la facultad del Tribunal de decidir sobre su propia competencia ni su obligación de basar esta decisión en el Derecho internacional. Tal acontece con las reservas a la jurisdicción obligatoria formuladas por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por otras naciones británicas.

En realidad, una reserva emitida en términos tales no modifica en nada la posición jurídica del Tribunal: ser juez de su propia competencia y aplicar a su decisión el Derecho internacional. Una reserva del tipo de las británicas ante un Tribunal obligado a actuar dentro del Derecho de Gentes es ociosa, puesto que consistiría una infracción de éste fallar acerca de un asunto perteneciente a la jurisdicción interior

(18). Cour. International de Justice. Arrêt du 22 juillet, 1952. Págs. 93 a 115. En este caso, la adhesión del Irán a la cláusula facultativa contenía la reserva de la competencia exclusiva del Estado, pero el Tribunal no necesitó entrar a fondo en ella, pues, para su incompetencia era suficiente el motivo señalado.

de una de las partes. Sin embargo, como observa Schindler (19), en los tratados arbitrales que aceptan la jurisdiccionalidad de toda clase de diferencias internacionales, en los que se admite como posible la solución *ex aequo et bono*, la reserva de los asuntos internos crea un límite a la acción del tribunal, de la que éste carecería al no estar obligado a resolver el conflicto conforme a Derecho.

c). En el supuesto de que uno de los Estados partes en una diferencia internacional haya excluido, al adherirse a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia, de la competencia de éste los asuntos que, en su propia opinión, pertenecen a su jurisdicción interna, se plantea un grave problema jurídico, el de la validez e invalidez de este tipo de reserva. Ya hemos visto que es la que han formulado los Estados Unidos, Méjico, Francia, Liberia y Paquistán, al aceptar la cláusula facultativa.

Aunque esta forma de proceder pueda tener explicaciones diferentes para cada uno de los mencionados países, por ejemplo, en cuanto a Francia en el deseo de que no pueda ser **calificada como** cuestión excluida de su *domaine réservé* cualquiera que afecte a las relaciones con sus colonias, en las que es tan perceptible desde 1945 la aceleración de su proceso de emancipación, en lo que se refiere a los Estados Unidos, la declaración de que su propia opinión sea la que determine en cada caso cuáles son los asuntos comprendidos en su jurisdicción esencialmente interna se conecta con la tendencia aislacionista norteamericana que no puede considerarse como definitivamente extinguida por el hecho de que los Estados Unidos formen parte de las Naciones Unidas.

Esta participación fué conseguida gracias a que los escrúpulos de los aislacionistas norteamericanos fueron acallados por la seguridad de que ningún interés esencial de los Estados Unidos sería puesto en peligro. Reiteradamente ha sido subrayada la coincidencia de los políticos norteamericanos con los soviéticos en considerar como una pieza esen-

(19). Schindler. Ob cit. Págs. 303 y 304.

cial a la organización el derecho de veto que el artículo 27 de la Carta concede a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. No es aventurado añadir que la manera que los Estados Unidos tuvieron, un año después de firmada la Carta, de adherirse a la cláusula facultativa del Tribunal Internacional de Justicia responde a la misma preocupación.

Hasta tal punto es perceptible el abolengo aislacionista de las reservas formuladas a esta adhesión que un jurista norteamericano, Gross (20), ha podido trazar un paralelo entre las reservas formuladas en esta ocasión y aquellas con las que en 1920 el Senador Lodge sometió a la consideración del Senado norteamericano respecto al Pacto de la Sociedad de las Naciones. Una de las reservas de Lodge se refería también a la jurisdicción doméstica de los Estados Unidos, con mención expresa de la facultad de éstos para determinar en cada caso la inclusión de éste en la zona reservada.

Fracasada la ratificación, tanto incondicional como sujeta a reservas, del Pacto de la Sociedad de las Naciones por los Estados Unidos (21), existió un intento por parte de aquella República de adhesión al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, también fracasado al no alcanzar en el Senado la mayoría de dos tercios necesaria para la ratificación de tratados. Pero en el Protocolo de adhesión de los Estados Unidos al Tribunal Permanente no se pactaba la sumisión a su jurisdicción obligatoria, lo que explica que entre las reservas entonces formuladas no figurase la de competencia exclusiva.

Hecha esta digresión indispensable, podemos preguntarnos ahora por la validez de este tipo de reservas. El problema es susceptible de recibir cuatro soluciones distintas:

- 1.º Plena validez de la reserva de jurisdicción interna, aun-

(20). Gross. *The Charter of the United Nations and the Lodge reservations*, (*American Journal of International Law*, 1947. Págs. 538 a 544).

(21). Barcia Trelles. *Doctrina de Monroe y Cooperación internacional*. Madrid, 1931. Págs. 213 a 365.

que vaya acompañada de la facultad de calificar unilateralmente los supuestos comprendidos en esta excepción; 2.º Nulidad de la declaración formulada por su contrariedad con el Derecho internacional, en cuyo supuesto caben estas dos modalidades de solución: a). Que la declaración de adhesión al Tribunal Internacional de Justicia se considere como válida, y la nulidad se restringe a la facultad unilateral citada, y b). Que la nulidad de la pretensión de calificación unilateral por parte del Estado reservante lleve consigo la invalidez de su adhesión a la cláusula facultativa; 3.º Validez, en principio, de la adhesión, así como de la reserva de jurisdicción interna y de la facultad de calificación unilateral, pero restricción al ejercicio de esta facultad basada en la prohibición por el Derecho internacional de los actos de abuso de derecho.

En favor de la plena validez de la adhesión así formulada, existen los siguientes argumentos:

1.º Del principio jurídico «el que puede lo más, puede lo menos», y habida cuenta de que los Estados miembros de la Comunidad judicial de las Naciones Unidas, es decir, de los sujetos al Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, son libres de aceptar o no la cláusula facultativa, se deduce la validez de una actitud intermedia, como es la aceptación con cualesquiera reservas de esta cláusula.

2.º Aunque el artículo 36 del Estatuto prevé, con una redacción que gramaticalmente pudiera considerarse como limitativa, las reservas con que puede ser aceptada la cláusula facultativa, la práctica, tanto en la época del Tribunal Permanente como en la actual, ha venido a sancionar la admisión de reservas de tipo muy diferente a las enunciadas en el artículo 36, sin limitación alguna.

3.º Una consideración realista nos lleva a la misma conclusión: si el Tribunal Internacional de Justicia se declarase competente en una diferencia respecto a la cual una de las partes hubiese hecho uso de la facultad de calificación unilateral, reservada en el momento de su adhesión a la cláusula facultativa, juntamente con la de la exclusión de los asuntos pertenecientes a su jurisdicción interna, este Estado, en el supuesto que le fuese desfavorable la sentencia

del Tribunal, encontraría un fácil pretexto para eludir su cumplimiento en la alegación de que el Tribunal sentenciador había rebasado los límites de su competencia. Es cierto que en esta hipótesis de rehusar un Estado el cumplimiento de sentencia dictada por el Tribunal Internacional de Justicia, entraría en juego el artículo 94, párrafo 2.º de la Carta de las Naciones Unidas que confiere al Consejo de Seguridad la facultad de hacer recomendaciones o decidir sobre las medidas que procedan para la ejecución del fallo, pero lo más probable es que ninguna de estas medidas o recomendaciones fuesen posibles de aplicar, ante el veto a su adopción por alguno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en el supuesto de que ya reuniesen en éste siete votos favorables.

Frente a estas consideraciones, es sostenible la tesis contraria de la nulidad de la pretensión de calificar unilateralmente un Estado los casos comprendidos en la esfera de su jurisdicción interna.

En primer término, el párrafo 6.º del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia atribuye a éste la facultad de decidir las disputas sobre su propia competencia, facultad que resultaría negada, caso de considerarse válidas las reservas del tipo de la formulada por los Estados Unidos.

Si esta reserva, así como las de los gobiernos que imitaron la conducta del norteamericano, se hubieran producido en el momento de ratificar la Carta de las Naciones Unidas, de la que es parte integrante el Estatuto del Tribunal, nos encontraríamos en presencia de un supuesto normal en la vida internacional, la aceptación por un Estado de su vinculación por un determinado tratado internacional, con una reserva que excluye la sumisión respecto a cierta cláusula del tratado. Es de observar, no obstante, que, en lo que afecta a los convenios multilaterales, este tipo de reservas no es siempre susceptible de producir el efecto jurídico deseado por el Estado reservante, como ha declarado, y veremos inmediateamente, el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen de 28 de mayo de 1951.

Pero los hechos han sucedido de otra manera. Esta-

dos Unidos, Francia, Méjico y Liberia son miembros originarios de la O.N.U., ligados por el Estatuto del Tribunal desde el momento en que éste entró en vigor, asumiendo así una vinculación que les obliga a respetar el párrafo final del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que concede a éste la prerrogativa de delimitar su propia competencia. En esta situación, la declaración posterior de estos Estados de aceptar la cláusula facultativa, reservándose la facultad de excluir de sus efectos los asuntos que, en su propia opinión, pertenezcan a su jurisdicción interna viene a restringir, cuando no a negar, una facultad del Tribunal que previamente habían aceptado, y cuyo fundamento se encuentra en una norma general de Derecho consuetudinario internacional, según la cual todo órgano internacional, a falta de regla particular en contrario, está dotado de esta facultad.

El mismo razonamiento es aplicable al caso del Paquistán, miembro de la O.N.U. desde 1947, y que se adhirió, con la reserva que estudiamos, a la cláusula facultativa un año más tarde.

Podría agregarse en defensa de la nulidad de este tipo de reserva la consideración de que el problema de su eficacia no es otra cosa que un aspecto particular de otra cuestión más amplia, la referente a la validez de las reservas a un tratado multilateral que resulten incompatibles con la naturaleza y finalidad de este convenio, cuestión que ha sido tratada, si bien con referencia a un determinado tratado, el que tiene por objeto la prevención y represión del genocidio, por el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen de 28 de mayo de 1951.

Al primer punto consultado en aquella ocasión por la Asamblea de las Naciones Unidas, el Tribunal respondió así:

El Estado que ha formulado y mantenido una reserva, a la cual una o varias partes en la convención han hecho una objeción, pero sin presentarla las otras partes, puede ser considerado como parte en la convención, si dicha reserva es

compatible con el objeto y fin de ésta, y no puede ser considerado como parte en el caso contrario (22).

El dictamen del Tribunal en cuanto a este primer punto se limita a responder a la consulta en los mismos términos en que ésta había sido formulada, es decir, a un supuesto en que se dé la triple condición de un Estado parte en un convenio internacional que hace alguna reserva al mismo, que esta reserva sea objeto de protesta por uno o más de los otros Estados partes, quienes la tienen por inadmisible, pero no por el resto de los Estados ligados por el convenio.

Si existen estos tres requisitos, la respuesta del Tribunal es clara: el Estado reservante es parte en el convenio, a pesar de su reserva, si ésta es compatible el objeto y finalidad de aquél, cualquiera que sea la posición jurídica de los Estados objetantes, pero no en el supuesto contrario. Pero el Tribunal no establece como un requisito para la ineficacia de la adhesión al tratado del Estado reservante la objeción por parte de otro o de varios de los restantes signatarios, sino que contesta a la consulta partiendo del supuesto mismo consultado, en el que figuraba el dato de que uno o más de los Estados signatarios habían formulado objeciones a la reserva cuya validez de consulta.

Pero el Tribunal no resolvió —ni podía resolver, pues sobre ello no había sido consultado— punto tan esencial como el del órgano poseedor de la facultad de calificar cada una de las reservas a los convenios multilaterales como compatibles o no con el objeto y finalidad de los mismos (23), omisión creadora de un problema de mayor dificultad seguramente que el resultado por el dictamen de 28 de mayo de 1951.

Este dictamen no es, por consiguiente, plenamente apli-

(22). *Cour International de Justice. Avis consultatif du 28 mai, 1951. Pág. 29.*

(23). Díez de Velasco. El sexto dictamen del Tribunal Internacional de Justicia. (*Revista española de Derecho Internacional, 1951. Págs. 1.087 y 1.088*)

cable al caso de las reservas formuladas en las adhesiones a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia por los Estados que se atribuyen la facultad de calificación unilateral de los asuntos comprendidos en su jurisdicción interna: ni la cláusula facultativa es exactamente un tratado internacional, ni se da la circunstancia de que ningún Estado haya impugnado la eficacia de las reservas a las que se dedica este estudio.

Esto no obstante, subsiste el problema de la compatibilidad con el objeto y finalidad de la adhesión a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia de las reservas en las que se contiene la pretensión de calificar unilateralmente el Estado reservante los asuntos comprendidos esencialmente en su jurisdicción nacional. No es demasiado aventurado pronunciarse por la tesis de la incompatibilidad entre una obligación libremente asumida y la facultad de calificar el obligado cuando se produce el supuesto al que queda ligada su obligación. En este sentido puede sostenerse la existencia de un vicio en este tipo de reservas suficiente a privarlas de eficacia jurídica.

Pero con esta afirmación no queda resuelto el problema que las citadas reservas plantean. La reserva, como la condición, el modo o el término, son elementos accidentales del negocio jurídico internacional, en este caso de los actos unilaterales de adhesión a la cláusula facultativa; un vicio en cualquiera de estos elementos accidentales del negocio puede producir alternativamente una de estas dos consecuencias: la nulidad del elemento accidental, sin llevar consigo la ineficacia de la declaración a la que va unido, o la de ambas a la vez. Recuérdese cómo en un gran número de legislaciones, entre ellas el Código civil español, la condición ilícita e imposible anula la obligación a la que va unida, mientras que la condición imposible o ilícita puesta a una disposición testamentaria se tiene por no escrita, y la institución de heredero o el legado son válidos.

La aplicación de cada una de estas soluciones a las reservas del tipo de las formuladas por los Estados Unidos a la cláusula facultativa del Tribunal Internacional de Justicia lleva consigo consecuencias muy diferentes. Si enten-

diéramos que la nulidad era solamente de la reserva, y que la obligación contraída de sumisión al Tribunal era válida, el resultado sería que, caso de ser demandado el Estado reservante ante el Tribunal de La Haya, y de alegar como excepción que, en su opinión, el litigio versa sobre un asunto correspondiente a su competencia interna, el Tribunal tendría que hacer caso omiso de la citada opinión, y decidir, como siempre, respecto a su competencia con arreglo al Derecho internacional.

Si, por el contrario, la solución aceptada es que la nulidad de la reserva lleva consigo la invalidez de la declaración a la que va unida, resultaría que el Tribunal se hallaba ante una demanda presentada contra un Estado que no había aceptado válidamente su jurisdicción obligatoria, y habría de basar la declaración de su incompetencia para entender del asunto, no en la reserva, sino en la nulidad de la adhesión del Estado demandado a la cláusula facultativa.

Pudiera pensarse que la adopción de esta última solución, a pesar de basarse en una premisa diametralmente opuesta, conducía en la práctica a los mismos resultados que la aceptación de la validez de la reserva. Es exacto, pero **tan sólo** en la hipótesis de que el Estado reservante haya sido el demandado y haya opuesto a la otra parte una excepción de incompetencia en la jurisdicción del Tribunal, basada en su calificación unilateral de la diferencia como comprendida en su jurisdicción doméstica. Pero cabe pensar en el supuesto contrario: que el Estado reservante sea quien presente una demanda ante el Tribunal contra otro Estado que no haya formulado a su adhesión a la cláusula facultativa la misma reserva, y que se encuentra sujeto a la jurisdicción obligatoria del Tribunal en el tipo de diferencias internacionales de que se trate. En este caso, la validez de una reserva de la especie de la formulada por los Estados Unidos implica que no existiría ningún obstáculo para que el Tribunal declarase su competencia sobre el asunto, mientras que si la reserva en cuestión lleva consigo la invalidez de la declaración de adhesión al Tribunal por el Estado reservante, faltaría la condición de reciprocidad impuesta por el artículo 36, párrafo 2.º del Estatuto, y el

Tribunal, en virtud de esta carencia debería declararse incompetente.

Esta solución, propugnada por Waldoek (24), si bien es restrictiva de la acción del Tribunal Internacional de Justicia, es innegable que resulta la más equitativa, al suprimir la desigualdad de condiciones entre los Estados que se han sometido sin reservas mentales a la jurisdicción obligatoria del Tribunal y los que han realizado esta sumisión con una válvula de escape para los casos en que la obligación contraída les resulte demasiado onerosa.

Por otra parte, la restricción a la competencia del Tribunal no es absoluta: en virtud del principio del *Forum prorogatum*, si el Estado que reservó la facultad de delimitar unilateralmente las diferencias exceptuadas es demandado ante el Tribunal, y no opone la excepción de jurisdicción interna, el Tribunal es competente, y otro tanto acontece si aquel Estado actúa como demandante y la otra parte no alega la invalidez de su adhesión a la cláusula facultativa (25).

Cabe pensar en otra posición, que insinúa Hambre (26), al sostener que la facultad de delimitar unilateralmente cada Estado los casos comprendidos en su jurisdicción nacional es, en principio válida, salvo que no sea ejercida de buena fe. Compara Hambre acertadamente a la alegación de incompetencia que un Estado hace ante el Tribunal Internacional de Justicia, en uso de la facultad que previamente se reservó de delimitar unilateralmente los casos incluidos en su jurisdicción interna, con el ejercicio del derecho de veto por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. En ambos supuestos es posible el uso normal y el abusivo: mientras el primero no es más que el ejercicio lícito de una facultad conferida por el orden jurídico internacional, el abuso del derecho debe ser impedido. Y, a este efecto recuerda

(24). Waldoek. The Plea of domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals. (The British Year Book of International Law. 1954. Páginas 129 a 137).

(25). Waldoek. Artículo cit. Págs. 134 y 142.

(26). Hambre. Ob cit. Págs. 187 a 189.

Hambre la tesis de Spiropoulos (27), condenatoria del abuso del derecho de veto en el Consejo de Seguridad.

Por muy bien intencionada que sea esta doctrina, se encuentra bastante alejada de la realidad. Lo mismo que el ejercicio del derecho de veto, la alegación de la propia opinión de un Estado para sustraerse a la solución jurisdiccional de una diferencia internacional es una decisión política, en la que es prácticamente imposible para un órgano internacional trazar la línea divisoria entre el uso normal y el abusivo. La misma calificación de un acto estatal como abuso de derecho — caso de ser posible — constituiría una decisión de tipo político mucho más grave que la declaración por el Tribunal Internacional de Justicia de la nulidad de una sumisión a su jurisdicción obligatoria, acompañada de una reserva como es la de que la opinión del propio Estado reservante delimita en cada caso los asuntos exceptuados de la jurisdicción del Tribunal, como incompatible con el artículo 36, párrafo 2.º de su Estatuto y con la finalidad de las adhesiones a la cláusula facultativa.

Resulta siempre preferible esta postura a la aplicación al caso de noción tan elástica como la del abuso de derecho, que si ha tenido ya algunas aplicaciones en Derecho internacional (28), ninguna tiene relación con la cuestión que nos ocupa.

En conclusión, la solución más aceptable respecto a los efectos de la reserva de las materias de jurisdicción interna, unida a la pretensión de calificar la opinión del Estado reservante la inclusión de cada caso que se presente en la zona exceptuada, es la de la invalidez de la reserva incompatible con el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia debe ser de aquellas que el Derecho considera con un defecto que *viciat et viciatur*, solución que concuerda con la establecida por muchos códigos civiles, no sólo con respecto a las condiciones ilícitas e imposibles añadidas a una

(27). Spiropoulos L'abus du droit de vote par un membre du Conseil de Sécurité (Revue Hellénique de Droit International, 1948. Págs. 1 a 14).

(28). Klis. L'abus de droit en Droit international. París, 1953.

obligación, sino también con respecto a las condiciones potestativas, que defieren la obligatoriedad de la prestación convenida a la voluntad del deudor.

Esta solución —contenida, por ejemplo, en el artículo 1.115 del Código civil español— podría ser considerada como un principio general del Derecho, en virtud del cual el Tribunal Internacional de Justicia declarase la nulidad de las adhesiones a su jurisdicción obligatoria del tipo de la que estudiamos.

En todo caso, existe una corriente muy fuerte de opinión contra esta especie de reservas: baste anotar que el Instituto de Derecho Internacional al aprobar sus Resoluciones en materia de «La determinación del *domaine réservé* y sus efectos» en la reunión de Aix-en-Provence de 1954, expresó el Voto de que, cuando enuncie la reserva de las cuestiones de competencia nacional, con ocasión de la declaración por un Estado de la aceptación de la jurisdicción obligatoria, del Tribunal Internacional de Justicia, el Estado deje al Tribunal la misión de apreciar, en cada caso particular, si la reserva es aplicable» (29).

IV.- CONCLUSION

Ha llegado el momento más difícil en la redacción de este trabajo, el de expresar los resultados a que conduce el estudio realizado.

Para quien se encuentra en el caso del autor de estas líneas, desligado de toda función política, y sin otra responsabilidad que la que signifique el comprometer su escaso, regular o nulo prestigio científico, no ofrece duda la deducción final de desear que su patria, que es también la de los grandes creadores del Derecho internacional, se someta rápidamente

(29). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 45. II. Pág. 293.

y sin ninguna reserva a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, en toda la extensión prevista por la cláusula facultativa.

Si esta posición es la única lógica en un estudio, es posible que quienes poseen la facultad de realizar esta sumisión de España a la jurisdicción obligatoria del Tribunal, dotados de mayores elementos de juicio y portadores de mayores responsabilidades, no estén en condiciones de compartirla y de obrar en consecuencia. Indicio de que así ocurre es que, a diferencia con tratados de fecha anterior, en los más recientes convenios de conciliación y arbitraje entre España y otros Estados se inserta, como excepción a la sumisión de diferencias internacionales a un tribunal arbitral, la de aquellos litigios que las partes consideren como perteneciendo esencialmente a su competencia nacional (30).

Creemos haber demostrado que si esta reserva puede tener algún sentido en convenios bilaterales, en lo que se refiere a la aceptación de la cláusula facultativa es totalmente ociosa, puesto que el Tribunal Internacional de Justicia no puede entender, frente a la voluntad del Estado demandado, en otras diferencias que en las comprendidas en los cuatro supuestos mencionados en el artículo 36 de su Estatuto, todos los cuales son, por definición, materias diferentes de las correspondientes a la jurisdicción interna de los Estados partes. En este sentido, la reserva de los asuntos esencialmente comprendidos en la jurisdicción interior es superflua.

Por otra parte, aunque el problema básico de su validez está todavía sin resolver por el Tribunal Internacional de Justicia, la reserva de la facultad unilateral de delimitar los casos exceptuados, puede ser contraproducente, en el sentido de que, cuando el Estado reservante demande a otro

(30). Tratados de Conciliación o arbitraje de Asunción, con el Paraguay, de 12 de octubre de 1949, de Madrid, con El Líbano, de 6 de mayo de 1950, de San Salvador, con El Salvador, de 19 de febrero de 1952, de San José, con Costa Rica, de 9 de enero de 1953, de Panamá de 12 de marzo de 1954, de Ciudad Trujillo, con la República Dominicana, de 10 de noviembre de 1952, y de Monrovia, con Liberia, de 2 de abril de 1953.

Estado ante el Tribunal Internacional de Justicia, se oponga por el segundo la nulidad de la aceptación por el reservante de la jurisdicción del Tribunal, o la facultad para el Estado demandado de condicionar a su propia opinión la competencia del Tribunal en aquel caso, en virtud del requisito de reciprocidad a que están sometidas todas las adhesiones a la cláusula facultativa.

Acaso, la solución más prudente fuera la que sigue: sin perjuicio de otras reservas, tales como lo de las diferencias nacidas antes de la adhesión a la jurisdicción obligatoria del Tribunal o las sometidas por tratados bilaterales a otros procedimientos de arreglo, la adhesión de España a la cláusula facultativa podría ir acompañada de la reserva de los asuntos que esencialmente pertenecen a la jurisdicción interior de España, tal como ésta se encuentra delimitada por el Derecho internacional, excepto en las diferencias con los países que se atribuyeron, o que se atribuyan en lo sucesivo, la facultad de decidir en cada caso si la diferencia versa sobre un asunto perteneciente a su propia jurisdicción interior, frente a los cuales España debe retener idéntica facultad.

ADOLFO MIAJA DE LA MUELA

CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

LA GUERRA PREVENTIVA Y SU LICITUD

EL 21 de octubre de 1954, el Mariscal Vizconde MONTGOMERY del Alamein pronunció en Londres una conferencia intitulada *Mirada a través de una ventana sobre la tercera guerra mundial*, en la que expuso resonantemente las bases esenciales de una alta estrategia occidental en la eventualidad de que estallara la primera guerra global, bien por error de cálculo, bien deliberadamente planeada por la Unión Soviética. Singularmente sostuvo que Occidente ha de encontrarse preparado para pasar a la «represalia instantánea», «mediante un tremendo bombardeo nuclear sobre el Este en el momento en que seamos atacados», dado que «de hecho, hemos llegado al punto de imposible retroceso respecto al empleo de las armas atómicas y termonucleares en la guerra caliente».

En el coloquio que siguió a esta conferencia, el Capitán de Aviación M. G. Dyer le preguntó al Mariscal: «En una guerra futura, si es que hubiéramos de utilizar armas atómicas y nucleares, la responsabilidad política de nuestros dirigentes en orden a decidir el empleo de tales armas, constituirá una responsabilidad de enorme importancia y tremendas repercusiones. Por esta razón, ¿no sería posible que nuestro *Intelligence Service* pudiera indicarnos en determinada ocasión la necesidad de atacar y no esperar a desencadenar nuestras represalias instantáneas cuando esta ciudad en que nos encontramos (Londres) pueda encontrarse ya en ruinas y con el Gobierno posiblemente desorganizado o, tal vez, no solamente esta capital, sino otras muchas capitales de las

naciones occidentales? ». MONTGOMERY, ante esta pregunta tan directa, primeramente contestó con otra aclaratoria: «Creo entender que el interpelante se inclinaría a favor de desencadenar una guerra preventiva; o dicho de otra manera, que si creemos que el bando adversario está dispuesto a atacarnos, deberíamos atacar nosotros primero. ¿no es así? ». Y ante la afirmativa del Capitán de Aviación, el Mariscal dijo: «Se trata de una cuestión política..... pero no creo que las naciones democráticas de Occidente se lancen nunca a una guerra preventiva. Podemos tener nuestra propia opinión particular sobre la cuestión, pero la mía sería esa» (1).

Efectivamente, la cuestión de la guerra preventiva es fundamentalmente una cuestión política y, por tanto, moral, sin que deje de estar afectada por grandes consideraciones de alta estrategia o política de guerra. Por ello ahora vamos a permitirnos tratar en esta nuestra conferencia (*) de *La guerra preventiva y su licitud*, haciendo algunas consideraciones desde el punto de vista de lo que tradicionalmente viene llamándose ciencias políticas y morales.

I

Guerra preventiva es aquella lucha armada que un Estado realiza para prevenir un ataque, para adelantarse al enemigo tomando la iniciativa de desencadenar las hostilidades bélicas.

Pero la guerra preventiva puede ser una guerra agresiva, o simplemente ofensiva. Veamos esta distinción, que no suele tenerse en cuenta.

(1).—*Revista de Aeronáutica*, Año XV, núm. 178. Págs. 746-47. Madrid, septiembre de 1955.

(*).—*Pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, el 25 de abril de 1956.*

Tres elementos pueden caracterizar a la agresión: 1.º El hecho de atacar a otro; 2.º La circunstancia de ser el primero en atacar; 3.º El no haber precedido provocación grave por parte del atacado. Examinémoslos con algo de detalle.

1.º *El hecho de atacar a otro.* Mas, ¿qué clase de ataque?; ¿qué debe entenderse por ataque?

Puede tratarse de un ataque material o de un ataque jurídico. JOSEF L. KUNZ señala (2) que puede haber agresión sin que haya guerra en el sentido jurídico, sin que exista acto militar: puede ser agresor el Estado que franquee una «frontera jurídica», que practique una «agresión normativa» es decir, viole un tratado. Mas no compartimos totalmente esta opinión del ilustre Profesor norteamericano, por entender que la «agresión jurídica» engendra la responsabilidad internacional del Estado que transgrierte un Tratado, pero nada más, salvo cuando signifique una «amenaza de agresión».

Creemos que la agresión es, por excelencia, un ataque material, el violar materialmente el territorio de otro Estado con propósito deliberado. En este sentido, la propuesta soviética sometida a la Comisión del Desarme en 1933, y que luego se recogería en lo esencial en los Convenios de Londres del mismo año (3), y reiterada luego en las actuales

(2).—*Article 2º du Pacte de la Société des Nations.* «Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye». 1932-4. Tomo 39 páginas 705 y ss.

(3).—El Fiscal norteamericano del Tribunal de Nuremberg, JACKSON, recogió la rígida concepción enumerativa de la agresión formulada en los Convenios de Londres de julio de 1933. Pero esta admisión por el Tribunal de Nuremberg de la definición del agresor aceptada por los convenios londinenses, no quiere decir —afirma WACLAW KOMARNICKI: *La définition de l'agresseur dans le Droit International Moderne.* «Recueil des Cours». La Haya, 1949. II. Tomo 75. Página 66 —que se haya reconocido *expost* la fuerza obligatoria de esta definición entre los Estados no signatarios de dichos Convenios, sino que sirvió únicamente para orientación de los miembros del Tribunal—. En la Conferencia de San Francisco para la formulación de la Carta de las Naciones Unidas, una propuesta filipina recogió los cuatro primeros actos especificados en el artículo 2 de los Convenios de Londres, desarrollando más detalladamente el último.

actividades de las Naciones Unidas (4), consideraba actos de agresión: 1.º El declarar la guerra a otro Estado; 2.º El invadir con fuerzas armadas, incluso sin declaración de guerra, el territorio de otro Estado; 3.º El bombardeo por fuerzas terrestres, navales o aéreas del territorio de otro Estado; 4.º El desembarco de fuerzas armadas en el territorio de otro Estado sin la autorización del Gobierno de éste, o violando las condiciones concedidas, y 5.º El bloqueo naval de las costas o de los puertos de otro Estado.

Pero con la alegación de esta rígida definición enumeratoria no queremos excluir la posibilidad de admitir que merezcan el calificativo de agresión algunas formas modernas de presión hostil ejercidas por un Estado contra otro, que no implican necesariamente el empleo de fuerza armada. Entendemos que la agresión es fundamentalmente un acto hostil

(4).—Considerando que la existencia del delito de agresión, si bien puede deducirse de las circunstancias de cada caso en particular, es posible y conveniente para asegurar la paz y la seguridad internacionales y para el desarrollo del Derecho internacional que se defina por medio de referencias a los elementos que la constituyen, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió el 31 de enero de 1952 incluir la cuestión de la definición de la agresión en el temario de su VII reunión.

El 20 de diciembre de 1952, la Asamblea resolvió se nombrara una Comisión especial de quince miembros, para que redactara un proyecto de declaración sobre la noción de agresión. Esta Comisión especial estudió varios proyectos durante sus reuniones del 24 de agosto al 21 de septiembre de 1953, terminando por decidir remitirlos todos a la Asamblea General y a los Estados Miembros, no pudiendo llegar a un acuerdo.

En cuanto a su formulación, tres tesis fueron expuestas en esta Comisión especial: 1.ª Hacer una definición general que en vez de enumerar los actos de agresión, contuviera fórmulas de aplicación general a todos los casos previstos, dejando la responsabilidad de determinar la existencia concreta de una agresión a un órgano internacional. Este tipo de definición no fue aceptado, por estimarse que su vaguedad daría lugar a peligrosas polémicas sobre la naturaleza de determinado acto, obstruyendo la acción del órgano competente para decidir en forma rápida si se había violado o no la paz internacional. 2.ª Hacer una definición enumerativa que expresara claramente los elementos que constituirían la agresión, indicando el tipo de actos que debían ser condenados y haciendo al agresor responsable de la presentación de pruebas. Esta definición también se estimó peligrosa, y, además, necesariamente incompleta.

dirigido contra un Estado con intención de materializarse y desencadenar una guerra, diferenciándose así de los simples medios coactivos usados en los conflictos internacionales no bélicos.

2.º *El ser el primero en atacar.* Decía NICOLAS POLITIS en la Conferencia del Desarme de 1933, que será agresor el Estado que haya cometido primero el acto de agresión invadiendo el territorio de otro. Mas esta opinión no nos parece enteramente mantenible, pues puede un Estado maniobrar de modo que haga que otro sea el primero en atacarle ante necesidades estratégicas de legítima defensa, como único medio de defenderse, y en este caso el agredido materialmente sería el verdadero agresor.

3.º *El no haber precedido provocación grave.* Se ha dicho (5) que es «una verdadera herejía el hablar de agresión no provocada en las relaciones de los Estados». Mas creemos que lo mismo que en el orden interno, en el inter-

3.º Hacer una definición mixta, comenzando con un texto de carácter muy general sobre las características de la agresión, seguida de una enumeración, no limitativa, de actos concretos.

Pero en la Comisión no hubo acuerdo tampoco sobre qué actos constituirían el delito de agresión. Unos querían limitarla exclusivamente a la agresión armada, y otros pretendieron que se extendiera a formas de agresión que no implicasen necesariamente el uso de fuerza armada, y así se hizo alusión a la «agresión indirecta», considerando como tal a la amenaza a la paz o quebrantamiento de la paz; unos señalaron que debería también quedar incluida la «agresión económica», y otros quisieron incluir la «agresión ideológica».

En la sesión de 1954, la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas debatió el informe y los proyectos que le había presentado la Comisión especial sobre la agresión, y después de casi un mes de debate, en noviembre de 1954 aprobó una resolución proponiendo el establecimiento de un nuevo Comité, encargado de redactar durante 1956 un proyecto de definición de la agresión, que con su informe correspondiente sería presentado al estudio de la XI reunión de la Asamblea General. Finalmente, el 10 de diciembre de 1954 la Asamblea General aprobó el informe de su Sexta Comisión especial de 19 miembros que habrá de reunirse en 1956 para elaborar un proyecto de definición de la agresión.

(5) —JEAN DIAMANDESCO: *Le probleme de l'agression*, Paris, 1936.

nacional ha de estar presente el concepto de provocación (6), si bien no puede entenderse por tal la violación de un simple interés, ni tampoco el simple desarrollo de una situación política, militar o económica inamistosa, porque, si no, cabría siempre una interpretación subjetiva y libre de cada Estado, con buena o mala fe. Admitimos, sí, un hecho evidente, reconocido en el orden interno como elemento de exención integrante de la eximente de legítima defensa, cual es la actitud provocadora encaminada a realizar un acto de agresión, siempre que esta conclusión se desprenda clara e indubitadamente, y siempre que tal provocación sea suficientemente grave y tendente a una hostilidad general, y sea inmediata la contestación que se le dé.

En suma, creo puede llegarse a algunas conclusiones sobre la agresión: 1.^a Que generalmente se trata de un hecho material; 2.^a Que generalmente es agresor el primero que ataca, y 3.^a que no debe haber provocación grave para que se produzca.

Mas también podemos llegar a establecer dos excepciones: 1.^a Que la agresión puede ser un acto no materializado todavía, pero que amenace serlo, y en este caso debe hablarse más bien de «amenaza de agresión», que es el peligro inminente, mientras que la agresión *stricto sensu* es el peligro realizado; 2.^a Que el realmente agredido puede ser el que visible y aparentemente emprende la ofensiva atacando. En cambio, mantenemos con toda su fuerza el

(6).—No obstante que DIAMANDESCO (*Op. cit.* Pág. 23) le denomine «teoría vetusta de la provocación en Derecho internacional», y el Artículo 3 de los Convenios de Londres de julio de 1933 indique que «ninguna consideración de orden político, militar, económico u otra, podrá servir de excusa o de justificación a la agresión». Pero creemos que precisamente las características de la guerra moderna, atómica, han vuelto a poner en vigor la clásica doctrina de la provocación.

tercer elemento: la provocación grave, capaz, por sí sola, de desvirtuar los dos primeros, en el sentido de que habiendo provocación grave tendente a una hostilidad general, se puede realizar el hecho de atacar a otro actuando primero.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no es lo mismo el concepto de «agresión» que el de «guerra de agresión». La primera noción es más amplia que la segunda, pues si bien toda guerra implica una agresión, no toda agresión supone necesariamente una guerra. Históricamente es fácil de comprobar la existencia de agresiones que no han conducido a la guerra, bien porque la víctima fuera demasiado débil o pusilánime y se sometiera sin ofrecer resistencia, bien porque negociaciones o mediación de terceros haya permitido arreglar las cosas antes de que se desencadenara la guerra. Mientras que la agresión es un acto unilateral, la guerra es un acto bilateral.

* * *

Aplicando lo antes indicado sobre la agresión a la guerra de agresión, tenemos que cuando un Estado ataque a otro el primero y sin preceder provocación grave tendente a una hostilidad general, y de ello resulte un estado de guerra entre ambos, estamos en presencia de una guerra de agresión. Mas tenemos también que cuando un Estado ataque a otro el primero ante una clara y rotunda amenaza de agresión del Estado atacado, tal primer Estado, obligado por una provocación grave tendente a una hostilidad general a actuar, no realiza una guerra de agresión, sino una guerra ofensiva.

Creemos resulta capital esta distinción entre guerra de agresión y guerra ofensiva, que lleva consigo el que toda guerra ofensiva no es necesariamente guerra de agresión.

Esta distinción figura ya implícita en la Relección *De Iure Belli* de FRANCISCO DE VITORIA (7), y menos claramente en el *De Bello* de FRANCISCO SUAREZ (8). Y aunque

(7).—I.—Ed. Getino. Pág. 391. Madrid, 1934.

(8).—I, 5.—Ed. Pereña. Pág. 87. Madrid, 1954.

en ninguno de los dos se diferencian expresamente con nitidez ambos conceptos, con todo creemos que cabe construirlos teniendo en cuenta sus pensamientos.

VITORIA afirma que no sólo la guerra defensiva es lícita sino que puede ser también lícita la guerra ofensiva, entendiendo por ésta aquella en la cual no solo se defienden o reclaman las cosas, sino que además se pide satisfacción por una injuria recibida. Y todavía el dominico burgalés —que ha sido de los primeros, si no el primero, en distinguir con claridad el *bellum defensivum* del *bellum offensivum*— insiste en que la guerra ofensiva para ser justa ha de tener incontestablemente el carácter de una guerra vindicativa o de sanción frente a una injuria culpable.

SUAREZ no utiliza, en cambio, la terminología diferenciadora entre guerras defensivas y ofensivas, sino que se refiere a *bellum defensivum* y *bellum aggressivum*. ¿Hay por eso, en SUAREZ, una identificación entre guerra agresiva y ofensiva? Tal parece a primera vista, una vez que el jesuita granadino parece también que sólo tiene en cuenta los signos exteriores para calificar una guerra de defensiva o de agresiva. Mas hay que observar que para SUAREZ: 1.º La guerra agresiva puede ser honesta y necesaria; 2.º Que a veces tiene apariencias de agresión la guerra que simplemente es un acto de defensa; 3.º Que aún afirmando que la guerra que se emprende contra una injusticia que prácticamente es acción, *iniuria in fieri*, es guerra defensiva, y la que se emprende contra una acción ya terminada (*an facta iam sit*) es *iniuria illata*, es guerra agresiva, puede la violencia física estar finalizada y no obstante considerarse como moralmente actual y por ello puede el ofendido después de un corto intervalo de tiempo tomar las armas, una vez terminado el acto de ocupación, y rescatar sus bienes, con tal que no haya *notabili mora*. Por esto, de la doctrina suareciana cabe afirmar (9) que, según ella, un Estado puede físicamente aparecer como agresor sin que ello implique necesariamente que comete una

(9).—LUCIANO PEREÑA VICENTE: *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*. Vol. I. Pág. 167. Madrid, 1954.

ofensa contra el orden jurídico internacional, y que el que emprende una guerra para defender un derecho violado podrá ser jurídicamente condenado como agresor. Y advertiremos, finalmente, que ya en obra posterior al *De Bello*, en su *Defensio Fidei* (10), SUAREZ contraponen los dos términos: *defensio* y *offensio*.

De todas formas, nos parece mejor la fórmula vitoriana de tener en cuenta la finalidad de una guerra para calificarla que la suareciana de tener más en cuenta los signos exteriores (11).

Y si ahora utilizamos los conceptos expuestos por nuestros iurisinternacionalistas clásicos, adaptándolos, sin violentarlos ni tergiversarlos, a nuestra construcción, encontramos que es posible distinguir las siguientes clases de guerras: 1.^a Guerra defensiva justa; 2.^a Guerra defensiva injusta; 3.^a Guerra ofensiva justa, y 4.^a Guerra ofensiva injusta. Prescindiendo ahora de las dos primeras (que evidentemente pueden darse, pues cabe resistir dolosamente a una acción justa, y en este caso, aunque materialmente tal guerra sea defensiva, es injusta e incluso, en cierta manera, agresiva), tenemos dos tipos de guerras ofensivas: la justa y la injusta. La guerra ofensiva justa es la que debe denominarse propiamente y *strictu sensu* «guerra ofensiva»; la guerra ofensiva injusta es la que debe llamarse «guerra agresiva».

O sea que esa distinción que propugnamos, sirve para diferenciar dos tipos de guerra que materialmente son iguales, es decir, ofensivas, pero cuya calificación moral y jurídica, teniendo en cuenta su finalidad, debe ser distinta.

Un Estado, aún siendo el primero en atacar a otro, si bien es indudable que realiza una guerra ofensiva ésta puede ser lícita si tiene como finalidad el ejercitar una acción vindicativa o sancionadora frente a una injuria culpable, si es la contestación inmediata a una provocación grave que constituya una clara amenaza de agresión. Poco importan las

(10).—Lib. IV. Cap. VI. núm. 18.

(11).—ROBERT REGOUT: *Le doctrine de la guerre juste*. París, 1935. Página 198.

dos primeras notas calificadoras que integran la agresión, si falta por completo la tercera. No podemos aceptar que, sin más, el mero hecho de comenzar una acción bélica sea por si mismo, sin otras circunstancias calificadoras, la que pueda volver injusta una acción cuyo motivo es justo. Esta guerra ofensiva puede ser, como reconocía SUAREZ, honesta y necesaria.

En cambio, la que denominamos guerra de agresión no puede ser nunca lícita y justa, porque lo que le despróvece de tal carácter no es un mero hecho, sino una concepción moral y jurídica.

Y claro está que en todo lo dicho debe entenderse implícito que para que una guerra ofensiva sea justa, han de cumplirse además todos los requisitos que se señalan (12) para que la guerra sea justa.

I I

Mas una vez establecido lo anterior, volvamos a considerar el tema de la guerra preventiva y estudiar su licitud.

¿Puede ser lícita la guerra preventiva?

Si aplicamos lo ya indicado sobre la guerra ofensiva, parece que pudiendo ser la guerra preventiva una guerra ofensiva emprendida por justa causa, y ante no ya una provocación grave meramente, sino ante una seguridad de que el enemigo va a proceder a desencadenar las hostilidades, la conclusión es que la guerra preventiva puede ser lícita. Ya ALBERICO GENTILIS consideraba justa la guerra emprendida para anticiparse a un peligro posible, entendiendo (13)

(12).—Vid. LUIS GARCIA ARIAS: *Sobre la licitud de la guerra moderna*. En el Volumen I de «La guerra moderna». Págs. 89-122. Universidad de Zaragoza, 1955.

(13).—*De Iure Belli libri tres*, Lib. I. Cap. XIV. Ed. de Hanover, 1612
Página 96.

que la *utilem defensionem* existe cuando se hace la guerra por recelar que seamos atacados.

Mas frente a esta conclusión encontramos otra contraria, sostenida por el Obispo de Myrena, auxiliar del Primado de las Galias, Monseñor ANCEL, quien, en unos resonantes artículos publicados en una revista de Lyon, *L'Essor*, en diciembre de 1951, afirmó tajantemente: «El que desencadene una guerra preventiva es siempre un criminal de guerra» (14).

Escribe Monseñor ANCEL: «¿Tienes derecho a matar a un hombre antes de que te ataque, bajo el pretexto de que se le suponen malas intenciones? ¿Qué pensarías de uno que dijera a su adversario: estoy seguro de que me quieres matar, por tanto, yo te mato?». Para el Obispo auxiliar de Lyon, no hay duda de que «si un hombre tiene razones para creer que otro le quiere mal, tiene el derecho y el deber de ser prudente. Debe tener cuidado. Debe estar presto para defenderse en caso de ataque. Pero si mata a su adversario antes de ser atacado, es un criminal». *C'est la même chose sur le plan international*, sienta analógicamente Monseñor ANCEL.

Efectivamente, en el orden privado cuando se teme, o incluso cuando se está seguro de una agresión, si es posible lo primero que debe hacerse, sin dejar de adoptar las medidas de defensa pertinentes, es dar cuenta a la autoridad para que ejerza su protección y evite el hecho. Pero, además, hay que tener en cuenta que en lo interno no hay completa seguridad de que vaya a producirse una agresión hasta que ésta se inicia, y entonces la actuación reviste el carácter de legítima defensa, ya que mientras tanto la voluntad humana está sujeta a mil impensadas e indescifrables evoluciones (15).

Pero no es la misma cosa en el plano internacional.

(14).—Citamos por el texto reproducido, entrecomillado, por *Le Monde*, del 13 de diciembre de 1951. Página 4.

(15).—J. M. GRANERO, S. J.: *Sobre la moralidad de las guerras modernas*. «Razón y Fe». Tomo 146, núm. 651. Página 355. Madrid, abril de 1952.

En primer lugar, no existe todavía en el orden internacional una instancia superior a los Estados capaz de obrar efectivamente protegiendo al que teme un ataque, capaz de mantener el orden y evitar que se produzca la agresión.

Ciertamente que en el sistema de las Naciones Unidas, el párrafo 4.º del artículo 2 de la Carta prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, y el artículo 39 señala que corresponde al Consejo de Seguridad el determinar la existencia de toda amenaza a la paz o quebrantamiento de la paz. Pero debido a que el artículo 27 permite a cualquier Miembro permanente del Consejo de Seguridad vetar en él la adopción de medidas para mantener la paz, el principio del artículo 39, como afirma HANS WEHBERG (16), pierde todo su valor práctico si la amenaza o el uso de la fuerza es hecho por una Gran Potencia, y la denominada Resolución «Unión para la Paz» que permite a la Asamblea General el subrogarse, sólo le autoriza a adoptar recomendaciones. Por tanto, hay que convenir en que aún cuando en el sistema de las Naciones Unidas debe considerarse ilegal toda guerra que no sea de legítima defensa, individual o colectiva, o la acción común emprendida por la Organización Internacional (17), existe, como ha resaltado GEORGES SCELLE (18), un *décalage* profundo entre la realidad de los hechos y el contenido del Derecho positivo, y el considerar la revolución jurídica implicada por la abolición de la competencia de guerra como susceptible de traducirse en los hechos por el establecimiento de la seguridad y como suficiente para yugular la agresión, es abrir ante la opinión pública perspectivas actualmente ilusorias. La realidad es que si bien la Organización de las Naciones Unidas puede tener fuerza y medios para

(16).— *L'interdiction du recours à la force*. «Recueil des Cours». La Haya, 1951-I, Tomo 78. Página 65.

(17).— *Vid.* LUIS GARCIA ARTAS: *Sobre la legalidad de la guerra moderna*. En el Vol. II de «La guerra moderna». Pág. 76. Zaragoza, 1956.

(18).— *Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre*. «Revue Générale de Droit International Public». Año 58. Tomo XXV. núm. 1. Pág. 21. París, enero-marzo 1951.

impedir una agresión o para repelerla mediante una acción colectiva cuando se trate de Estados pequeños, difícilmente podría intervenir cuando se tratase de Grandes Potencias, y absolutamente irreal sería que incluso hiciera un ademán de intervenir si el conflicto fuera entre las dos Superpotencias.

Vivimos hoy entre la realidad mundial de un sistema de equilibrio político simple (19), distribuido el poder entre dos Superpotencias, y aún cuando existan influencias moderadoras dentro de cada parte, en modo alguno pueden equilibrar a su vez a cada uno de los mundos en conflicto. Por ello no cabe que ante el temor de una agresión de una Superpotencia contra la otra, ésta puede considerar que la actual Organización internacional es una instancia superior capaz de obrar efectivamente, y pueda protegerla contra un ataque de aquélla, o evitar se produzca la agresión.

Por tanto es la Superpotencia que teme la agresión la que debe actuar o prepararse para actuar incluso antes de que sea agredida.

Y en segundo lugar tenemos que en el orden internacional es posible exista una cierta seguridad de que va a producirse una agresión, ya que un ataque bélico de un Estado moderno no se improvisa, sino que exige una larga preparación y una acumulación de medios cuya finalidad no deja lugar a dudas, y no es fácil que el Estado que prepara la agresión cambie de intención —aún cuando sí puede cambiar de hora para proceder al ataque, según las circunstancias lo aconsejen—, pues la misma dinámica de los preparativos bélicos y la **carga económica** que suponen para un país, terminan siempre por precipitar la acción. Incluso, como escribe el P. GRANERO (20), podría establecerse que la misma gigantesca pre-

(19).—En el sentido señalado por CHARLES P. SCHLECHTER: *Introduction to International Relations*, Nueva York, 1951, Pág. 109.

(20).—*Op. cit.* Pág. 355.

paración para la guerra moderna es ya el comienzo del ataque, porque perturba toda la economía y la organización de la vida e inyecta en las venas de la futura víctima el veneno de la inseguridad y del temor.

Y cuando se tema fundadamente, podemos decir se tema con seguridad, una agresión en el orden internacional, ¿qué es lo que puede hacer un Estado? Ciertamente hay que exigirle que agote primero todos los procedimientos pacíficos para calmar la tensión, negociando y aún cediendo algo por amor de la paz, pero nunca en lo fundamental, puesto que el «apaciguamiento» es siempre inútil cuando se trata Estados que, como hoy las Superpotencias, tienen un radical y substancial diferencia, de modo que la solución de un problema singular no termina esa diferencia, puesto que existe entre ellas una condición básica de hostilidad y tensión irreductibles (21), una «tensión de hegemonía» (22), que representa el más alto grado de antagonismo político, y que no depende del orden de las «competiciones», sino que tiene por fin la dominación total.

En estas condiciones no puede pedirse a un tal Estado que para mantener la paz a toda costa, se someta y se allane a la voluntad del futuro agresor, que, de todas formas, acabará por someterle si continuare por el plano inclinado del apaciguamiento. Cuando unos esfuerzos de paz reales y sinceros resultaren inútiles, ¿es qué acaso no ha comenzado ya la agresión por la otra parte, y no hay motivos justos de guerra? Y si es así, poco importa el ser el primero en usar de las armas, preventivamente, pues se trata sólo de una guerra ofensiva, **no** agresiva, y ya hemos indicado que no todas las guerras ofensivas son, por este mero hecho, agresivas y, por tanto, injustas.

Y si incluso en el orden interno podría sostenerse que es necesario dejar que sea el contrario el que tome la iniciati-

(21).—Vid. LUIS GARCIA ARIAS: *El concepto de guerra y la denominada «guerra fría»*. En el Vol. III de «La guerra moderna». Universidad de Zaragoza, 1956.

(22).—CHARLES DE VISSCHER: *Théories et réalités en Droit International Public*. Paris, 1953. Pág. 108.

va para estar seguro de que se produce una agresión, no cabe decir lo mismo en el orden internacional, por las características de las armas modernas, que priman extraordinariamente la acción del primero que las emplea. «El bando que, de manera eficaz, pueda realizar sus planes desde el verdadero primer momento tendrá la superioridad», ha afirmado recientemente el Mariscal MONTGOMERY (23).

Así, pues, parece que podemos llegar a una conclusión distinta a la enunciada por Monseñor ANCEL. Una guerra preventiva no es *siempre* una guerra criminal.

Ahora bien, ¿cuándo puede ser lícita una guerra preventiva? Tal es la difícil cuestión que nos corresponde intentar determinar ahora.

Mas antes, volvamos atrás un momento para recoger el mismo ejemplo que había puesto el Obispo auxiliar de Lyon en relación con el orden interno y que provisionalmente no habíamos criticado sino que, dialécticamente tan sólo, dimos por exacto.

¿Puede una persona actuar para prevenir un ataque futuro por parte de otra, llegando incluso a matarla anticipándose a que éste le dé la muerte?

Aquí debe recordarse toda la teoría de la legítima defensa del orden penal interno y las circunstancias eximentes que reconocen los Códigos penales, especialmente la racionalidad del medio empleado por el que se defiende para impedir o repeler una agresión ilegítima. Mas mientras no hay duda alguna sobre la defensa *post facto*, cuando la agresión ha comenzado ya, si cabe tenerla cuando se trate realmente de prevenir un ataque que se teme va a producirse, pero que

(23).—En su segunda conferencia: *Organización de guerra en los tiempos modernos*, pronunciada en la «Royal United Service Institution», de Londres el 12 de octubre de 1955.

todavía no ha comenzado. Sin entrar en un completo examen de esta cuestión penalística, limitémonos ahora a presentar una autorizada opinión: la del Cardenal y jesuita español JUAN DE LUGO (1583-1660), quien en su obra *Disputatio-num de Iustitiae et Iure*, examinando la cuestión de «si es lícito anticiparse al que determinó matarte», responde (24): «Parece cierto que no es necesario que el otro haya comenzado ya a atacar. Porque el derecho de defensa no se refiere a la ofensa ya hecha, sino a impedir que se haga. Por tanto, si ya preparó las armas o hizo cosa semejante para cumplir su propósito de matarte, ya empezó a atacar y puedes defender-te». Y es interesante que después de exponer esta doctrina referente al orden interno, el Cardenal LUGO la aplica a un ejemplo de orden internacional, diciendo: «Y así, un Rey que supiese con certeza que otro dispone una escuadra o prepara un ejército para invadir su reino, puede adelantarse con objeto de impedir su conato, porque el adversario ya empezó a ofender por el mero hecho de preparar lo necesario para el ataque».

Mas después de esto, que nos conduce nuevamente a la guerra y su problemática, volvamos a la cuestión que provisionalmente habíamos abandonado: ¿cuándo puede ser lícita una guerra preventiva?

La respuesta puede ser: Cuando tras repetidos y constantes incidentes graves promovidos por un Estado, que se niega a dar una reparación que se le pide por medios pacíficos, y al contrario consta que prepara una agresión bélica, el Estado ofendido injustamente y en peligro inminente, puede precipitar la acción emprendiendo una guerra ofensiva lícita de carácter preventivo.

Es decir, se precisa la reunión de las siguientes circunstancias, referidas al Estado contra el cual se emprenda una guerra preventiva: 1.^a Demostrar una situación clara de hostilidad activa por medio de actos repetidos; 2.^a Que los actos hostiles que realice sean graves y tendentes a una hostilidad general bélica; 3.^a Que no acepte resolver las re-

clamaciones que se le dirijan, por cualquiera de los medios pacíficos de solución de los conflictos internacionales, y 4.ª Que inicie una preparación desproporcionada con la paz de sus recursos militares, con carácter ofensivo que represente un peligro inminente.

Tales son las circunstancias con las que, a nuestro parecer podría justificarse el que un Estado emprendiera una guerra preventiva con el fin de inutilizar al contrario para la agresión, y en este sentido no estamos conformes con la afirmación de Monseñor ANCEL de que «el que desencadena una guerra preventiva es *siempre* un criminal de guerra».

Y hagamos notar, finalmente, que el propio Tribunal Internacional de Nuremberg, examinando la agresión de Alemania contra Noruega, reconoció que una acción preventiva en territorio extranjero no se justifica sino en el caso de «una necesidad presente y urgente de defensa, que no permita ni escoger los medios ni deliberar» (25).

III

Más cosa distinta es la aplicación de los principios señalados al caso determinado que señaló el Obispo auxiliar de Lyon, al escribir tajantemente: «Quien quiera o desee realmente que los norteamericanos desencadenen una guerra preventiva contra la Rusia comunista, se halla en estado de pecado. Ha pecado mortalmente contra el quinto mandamiento: No matar».

Aparte de otra cuestión moral que queda aquí envuelta, sobre la interpretación exacta del mandamiento divino con respecto a la acción de matar, que no creemos debe entenderse en el sentido absoluto que invoca Monseñor ANCEL.

(25).—*Jugement*, París, Pág. 15.

—pues en todo caso no comete pecado mortal quien por mandato legítimo de la sociedad da muerte a un reo condenado a la última pena, o el soldado que mata en guerra justa—, es cuestionable su afirmación, puesto que depende de circunstancias determinadas.

Efectivamente, en varios círculos norteamericanos se ha hablado repetidamente en la última década, de que los Estados Unidos, antes de que fuera tarde, deberían emprender una guerra preventiva contra la Unión Soviética.

Así, el 25 de agosto de 1950, el Secretario de Marina estadounidense, FRANCIS MATTHEWS, hablando en Boston, dijo que Norteamérica debía hacer una guerra preventiva. EL PRESIDENTE TRUMAN explica en sus *Memorias* (26), que llamó la atención a MATTHEWS sobre este punto, y le expresó su opinión contraria a esta clase de guerra, por estimar que «no hay nada más disparatado que creer que la guerra puede ser impedida por la guerra», y que su Secretario de Marina se disculpó con el hecho de que, «rodeado de Almirantes», «había oído hablar a tantos de ellos de la guerra preventiva, que él había repetido la frase sin comprender exactamente hasta qué punto aquello le separaba de la política» del Presidente.

Incluso en 1954 altos jefes militares de los Estados Unidos propusieron se hiciera una confrontación directa de la Unión Soviética —por la *preventive war* o por la amenaza de una acción directa contra las reconstruidas fuentes de producción soviéticas—, que llegaron a preocupar a los *American leaders* (27). Estas sugerencias fueron hechas públicamente, como un ensayo y no como una política del Gobierno, siendo su reaparición un síntoma de la ansiedad que se observó con el aumento del potencial de guerra soviético después de la guerra de Indochina. El Almirante ROBERT B. CARNEY, Jefe de Operaciones navales, en un discurso pronunciado en Nueva York ante la «Asociación Nacional

(26).—II: «Años de prueba y esperanza». 2. Barcelona, 1956. Pág. 140

(27).—WILLIAM H. STRINGER: «*Preventive War urged again*». «The Christian Science Monitor». Atlantic Edition. Boston, 28 mayo 1954. Pág. 1

de Seguridad Industrial», incitó a que los Estados Unidos detuvieran a los rusos en todas partes no con una *minor strategy* sino con la amenaza de encender una guerra, señalando que Norteamérica estaba rápidamente aproximándose a una bifurcación de caminos: uno, conduce a efímeras negociaciones y, finalmente, al desastre; el otro, «nos ofrece un buen final si tenemos el valor de seguirlo».

Fue ésta la última reacción norteamericana frente a la Unión Soviética antes de que ésta llegara a tener una flota aérea de bombarderos de largo alcance, bombas termonucleares e ingenios teledirigidos que dieran al traste con la superioridad de armamento de los Estados Unidos. Expertos militares norteamericanos consideraron así, si los Estados Unidos debían o no aprovechar el tiempo y su ventaja para emprender una guerra preventiva contra la Unión Soviética.

No obstante, hay que reconocer que la política oficial norteamericana ha sido siempre contraria a la guerra preventiva. El Embajador y Profesor PHILIP C. JESSUP afirmó (28) en febrero de 1951, que la idea de que «los Estados Unidos pueden salvarse a sí mismos sólo recurriendo a la guerra preventiva», era un resultado lógico de la posición de quienes consideraban la tercera guerra mundial como inevitable, con una «*cowardly and defeatist attitude* que piensa que los Estados Unidos y los otros países del mundo libre no tienen otra salida que la bomba atómica». Por el contrario, para JESSUP el pueblo americano no quería que sus gobernantes hicieran tal guerra.

Pero otros juristas internacionales norteamericanos no han mantenido una igual postura absoluta de rechazo de la guerra preventiva. Así PITMAN B. POTTER (29), ante el hecho de que «un cierto número de personas sugieren que los Estados Unidos deben anticiparse creyendo cierta la agresión por la Unión Soviética», si bien sostuvo que «la

(28).—*The Fallacy of a «Preventive War»*. «The Department of State Bulletin». Vol. XXIV, núm. 609. Pág. 361. Washington, 5 marzo 1951.

(29).—*Preventive War critically considered*. «The American Journal of International Law». Vol. 45, núm. 1. Págs. 113-15. Washington, enero 1951.

acción militar preventiva por un Estado, un grupo de Estados o por la Organización internacional parece no tener fundamento jurídico», tuvo cuidado en advertir seguidamente de de tal conclusión: 1.º Que ella no excluye la acción de un Estado contra el que haya sido ya iniciada una agresión en algún sentido propio del término, especialmente en una situación internacional altamente competitiva cuando la acción de la comunidad para preservar la paz y la seguridad sea virtualmente inexistente; 2.º Que tal conclusión no pretende pasar sobre los aspectos éticos de la materia, y «puede ser ético el violar el Derecho»; 3.º Que puede haber un desarrollo bajo el cual puede proveerse la necesaria autorización para una acción preventiva e incluso preverse la maquinaria para controlarla y conducirla.

A nuestro parecer, la guerra preventiva contra la Unión Soviética *hubiera sido* lícita si, en vez de una política de apaciguamiento y luego una de pasiva contención, los Estados Unidos hubieran mantenido una posición firme frente al expansionismo imperialista ruso y la infección comunista, y esta defensa activa hubiera llevado a un estado de tensión que fundadamente hiciera preveer que la Unión Soviética no sólo no renunciaba a la revolución mundial del comunismo, sino que se decidía por la fuerza para lograrlo. Entonces, sí: antes que la U. R. S. S. pudiera continuar con la iniciativa, llevándola a desencadenar una guerra, hubieran podido los Estados Unidos lícitamente haber emprendido una guerra preventiva.

Si debemos «rechazar el comunismo como sistema social, en virtud de la doctrina cristiana» (30), no hay duda de que es lícito impedir que tal sistema pueda conseguir su objetivo de sovietizar a todas las naciones mediante una constante política agresiva. Y la guerra que se emprendiera para impedirlo sería una guerra defensiva, o una guerra ofensiva justa.

Mas todo tiene un límite, y este límite le ha llegado al

(30).—PIO XII: *Nuntius Radiophonicus...* in *pervigilia Nativitatis D. N. Iesu Christi A. MCMLV.* «Acta Apostolicae Sedis». Vol. XXXVIII, núm. 1. Pág. 33. Vaticano, 28 enero de 1956.

Mundo en agosto de 1953. Hasta entonces, los Estados Unidos tuvieron el monopolio de las armas termonucleares (como desde julio de 1945 a agosto de 1949 los norteamericanos tuvieron el monopolio de las armas atómicas). Pero al hacer estallar los soviéticos su primera bomba de hidrógeno, las perspectivas de una guerra que sería total por su intensidad, global por su extensión y acaso final por sus consecuencias, han hecho cambiar fundamentalmente la cuestión.

Antes de agosto de 1953, la guerra ofensiva contra la Unión Soviética podía ser lícita; después, ya no, porque, como ha dicho Pío XII (31), cuando la guerra «entrañe una extensión tal del mal, que escape enteramente al control del hombre, su utilización debe ser rechazada como inmoral. Aquí no se trataría ya de «defensa» contra la injusticia y de la «salvaguardia» necesaria de posiciones legítimas, sino de la aniquilación pura y simple de toda vida humana».

En estas condiciones, la guerra global se ha vuelto impensable. Y por ello, lo que teóricamente seguiría siendo cierto para una guerra limitada entre dos Estados menores, no puede ya serlo para el enfrentamiento de las dos Superpotencias, que poseen las armas termonucleares que todos los días nos advierten científicos renombrados que, sin hipérbole, su empleo puede representar sencillamente el fin de la vida humana social y políticamente organizada sobre la Tierra.

Por eso como indicamos en otro lugar (32), tanto los

(31).—*Allocutionis. His qui interfuerunt Concilio VIII Sodalitatis Medicorum universalis*. Roma, 30 septiembre 1951. «Acta Apostolicae Sedis», XXXXVI, núm. 14-15. Págs. 589-90.

(32).—Vid. LUIS GARCIA ARIAS: *El concepto de guerra y la denominada «guerra fría»*. En Vol. III de «La guerra moderna». Universidad de Zaragoza, 1956.

Ya en pruebas, encontramos un texto muy interesante de JULES ROMAIGNE: «Ja guerra preventiva, y cuanto se le asemeja, parece ser ahora impensable.... Los sacrificios que supondría de la noche a la mañana no tendrían proporción con las ventajas imaginables como posibles.... que en modo alguno parecen garantizadas». Y añadió todavía el interlocutor (ADOLF A. BERLE) del académico francés: «Sólo China podría considerar, sin excesiva emoción el sacrificio de ciento cincuenta o doscientos millones de hombres». (*¿A dónde vamos, pasajeros de la Tierra?* Ed. española. Madrid, 1956. Pág. 43).

Estados Unidos como la Unión Soviética han tenido que renunciar no sólo a toda confrontación directa por medio de la guerra caliente, sino incluso enterrar la «guerra fría», pues, como señaló el Mariscal MONTGOMERY en su conferencia del 21 de octubre de 1954, «la guerra fría (de la que forman parte guerras calientes locales), puede, por error de cálculo de cualquiera de sus actores, degenerar en la tercera guerra mundial», y ésta «significaría el mutuo suicidio de los contendientes».

Toda guerra entre las dos Superpotencias se ha vuelto pues, impensable. Pero como la básica situación de hostilidad entre ellas continúa, y la radical y substancial diferencia entre Occidente y Oriente comunista no ha podido ser resuelta, se ha producido una nueva situación intermedia, que se denomina de «coexistencia».

Mas esta coexistencia no es una acción recíproca de «acomodación», a base del compromiso, ni menos de «cooperación», mediante la superación de los intereses y puntos de vista contrapuestos, sino que reviste el carácter de «competición», esto es, la forma de acción recíproca en la cual una parte intenta sobrepujar a la otra en la consecución de una meta (33).

La Unión Soviética ha impuesto hoy al Mundo una «coexistencia competitiva», de la cual la *détente*, la «batalla de las sonrisas» y los nuevos «viajes de buena voluntad» no han sido sino la atmósfera pacificadora inicial, para luego desarrollar una nueva forma de lucha: la ofensiva comercial y financiera en todo el Mundo. El 17 de febrero de 1956, el que pronto habría de ser nuevo Ministro de Asuntos Exteriores de la U.R.S.S., CHEPILOV, escribía revejadoramente en la *Pravda*: «Las concepciones ideológicas socialista y capitalista no podrán nunca concordarse; pero una colaboración pacífica en el terreno económico le dará a la vanguardia comunista la ocasión de atraerse muchas fuerzas que le serán útiles para derribar de una vez la construcción capitalista».

Piensen así los soviéticos que la destrucción del sistema occidental no sólo ha de obtenerse necesariamente sirviéndose de la guerra - instrumento ya inutilizado - sino por medio de otros métodos políticos y económicos.

IV

En conclusión, pues, creemos que cualquiera que sea la justificación moral de la guerra preventiva, en cuanto que se trate de una guerra global entre las dos Superpotencias toda forma de guerra ofensiva se ha vuelto ilícita, por las consecuencias desastrosas que indudablemente acarrearía no para una u otra nación, sino para la Humanidad entera.

Sólo si Occidente lograra inventar una super-arma cuyos efectos fueran de parálisis total de las fuerzas del Oriente soviético, la guerra preventiva no sólo sería lícita, sino obligada.

Mientras tanto será preciso desarrollar una política de «pacificación preventiva», con actitud vigilante y resuelta.

LUIS GARCÍA ARIAS

*CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL Y
DIRECTOR DE LA CATEDRA "GENERAL PALAFOX",
DE CULTURA MILITAR DE LA UNIVERSIDAD EE
ZARAGOZA*

VIDA DE LA FACULTAD

“EL FUERO CIVIL Y CRIMINAL DE LOS ECLESIASTICOS”

Resumen de la primera tesis
doctoral leída en esta Facultad
de Derecho.

I. La firma y conclusión del acuerdo concordatorio del año 53 celebrado entre la Santa Sede y el Gobierno Español y, más concretamente, la redacción de su artículo 16, poniendo en vigor el Fuero Eclesiástico en favor de los clérigos a que hace mención el parágrafo primero del canon 120, ha hecho pensar en el llamado «Privilegio del Fuero de los Clérigos» a un nutrido sector de la doctrina canónica española.

Aparecen entonces una serie de monografías y trabajos científicos que estudian aspectos parciales que a la institución se refieren y que no son más que la consecuencia lógica de un fenómeno jurídico universal: el de explicar la ley nueva en sus nuevas dimensiones.

En este plano cabría situar nuestra presente tesis. Sin embargo, nuestros impulsos nos han guiado a metas más ambiciosas: no hemos prejuzgado nada, ni nada hemos dado por bueno de una forma apriorística, sino que, de acuerdo con los principios que deben regir toda auténtica labor de

La lectura tuvo lugar el 4 de abril del presente año en el Aula Máxima de esta Universidad ante Tribunal presidido por el Excmo. y Rvdmo. Sr. Obispo de Tuy y siendo vocales el Ilustrísimo Sr. D. Luis Sela, D. Lamberto Echevarría y D. Ignacio de la Concha, y actuando de ponente y director de Tesis el Excmo. Sr. D. Ramón Prieto Bances.

investigación hemos intentado desentrañar, con el dato histórico en la mano y con la prueba documental ante la vista, todos los aspectos y circunstancias íntimas y externas que dan a un determinado instituto jurídico la fisonomía propia que le caracteriza, explicándole en su vida o en su inexistencia futuras.

II.—Por tanto, la necesidad de acudir al método histórico expositivo se nos hizo imprescindible, tanto más al tener en cuenta el interés de la Iglesia, manifestado a través de la Constitución «*Deus Scntiarum Dominus*» (1931), de que las instituciones canónicas sean estudiadas en trabazón directa con su evolución y desarrollo histórico.

De acuerdo con esto, hemos dividido el cuerpo total de la tesis en dos partes principales. Una dedicada a su historia interna y otra a su evolución externa.

Tal interioridad histórica viene determinada por la actividad llevada a cabo unilateralmente por la Iglesia en razón de su potestad legislativa. Pueden ser encuadrados dentro de ella todos aquellos problemas relativos al fundamento jurídico y naturaleza jurídica del Privilegio, lo mismo que su regulación canónica actual.

La historia externa del fuero ocupa la segunda parte de la tesis. En ella tienen mayor importancia las normas que le reglamentan procedentes de una determinada legislación estatal y que puede no tener en consideración la norma canónica. Los derechos francés, italiano y español nos han servido para, utilizando un método comparativo, llegar al conocimiento del estado histórico y actual de la institución en las tres naciones católicas europeas más importantes.

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES OBTENIDAS

1.º) Una visión conjunta de la evolución y desarrollo canónico del llamado «Privilegio del Fuero de los Clérigos», puede ir sistematizada en conformidad con la división clásica de las épocas históricas del Derecho Canónico. El De-

recho Antiguo, Medio, Nuevo y Novísimo pueden servirnos de base para fijar dicha evolución.

Cada uno de estos períodos se caracteriza por dar al fuero de las personas eclesiásticas en materia civil y criminal, un matiz individualizador. Sin embargo, la primera época es, indudablemente, la que mayor interés ofrece: su implantación, el reconocimiento del fuero por los Emperadores Romanos, y su constante exigencia por las asambleas conciliares, son, «grosso modo», los elementos que van a jugar constantemente sobre este aspecto parcial de la jurisdicción eclesiástica.

San Pablo aconseja a los Corintios que no sometan sus litigios al arbitraje de los jueces seculares y ordena que pongan en su lugar a los más despreciables de la Iglesia. He aquí el germen y origen de dos instituciones: la «Audiencia Episcopal» y el «Fuero de los Clérigos». Este queda confirmado con el mandato del Apóstol a Timoteo. Tertuliano testifica sobre este especial modo de proceder judicialmente en las primitivas comunidades cristianas y la Didascalia, estatuye, ya de una manera definitiva, sobre la actividad procesal de los órganos judiciales episcopales. A partir de entonces la Iglesia ha reclamado constantemente, no sólo el ejercicio de la jurisdicción en las causas contenciosas y penales que afectasen a personas de Iglesia, sino también, aquellas otras en que un cristiano, un fiel cualquiera, solicitase la administración de su justicia.

Con la conversión al catolicismo de los Emperadores se plantea el primer problema sobre este fuero y, con ello, se marca un importantísimo jalón en su historia. Su aparición en el Derecho del Imperio no responde, a nuestro juicio, a la concesión de un «privilegio» graciosamente otorgado por el Principio, sino que éste reconoce en toda su longitud una jurisdicción ya existente y sobre la que confiesa su imposibilidad de intervención. De ahí, que en un período en que se conceden amplias ventajas a los ministros de la nueva religión oficial, se estatuya con poca frecuencia sobre la materia. Solamente, cuando empieza a ser desconocida y violada interviene la ley imperial fijando y, sobre todo recordando, que existe un fuero especial que rige las relaciones

procesales de las personas tonsuradas. Tal sentido han de tener las disposiciones que aparecen en el Código Teodosiano y en la legislación justiniana.

Hemos de registrar el hecho de la total anulación del fuero eclesiástico durante el reinado de Juan (423-425), emperador arriano, como aspecto sintomático de una actitud negativa que se va a reproducir con bastante frecuencia en tiempos posteriores.

El último elemento que interviene activamente en la fijación del instituto en la época de su implantación es el constituido por la promulgación de los cánones conciliares, que exigen resueltamente el respeto al fuero. Queda establecido en la siguiente forma: 1.º) El obispo es el único juez competente para entender en las causas civiles y criminales de los clérigos, promovidas, bien por clérigos entre sí, bien por un laico en contra de un clérigo. Contra su dictamen se admite apelación. 2.º) El tribunal episcopal puede tener una composición diferente; a veces es órgano unipersonal, pero generalmente, se admite la existencia de varios jueces, llegándose, incluso, a la **composición de los tribunales mixtos**. 3.º) Se propone una sanción penal para todos aquellos que violasen la jurisdicción eclesiástica, pudiendo llegar a la excomunión. Con ello se tipifica el delito de violación del fuero.

El Derecho Medio se caracteriza por afirmar tajantemente la jurisdicción eclesiástica en toda su amplitud. Su competencia, «ratione personae», se extiende de forma ilimitada comprendiendo, tanto a los clérigos, **como a sus parientes**, como a los siervos de Iglesia, **como a las «miserabiles personae»**, etc.

En la Sesión XXIII del Concilio de Trento se limita dicha competencia, estableciéndose como requisitos indispensables para poder gozar de los beneficios inherentes al fuero, el haber alcanzado la edad de 14 años y el recibir la calificación canónica de clérigo. Es de señalar en este período la acción investigadora de la Jurisprudencia Canónica: Schmalzgrueber y Reiffenstuel pueden ser dos nombres paradigmáticos.

Antes de llegar a la promulgación del Codex, conviene tener presentes la serie de disposiciones pontificias que es-

tablecen la existencia del fuero exento de los clérigos, amenazando con excomunión a sus quebrantadores. La proposición 31 del «Syllabus», la Constitución «Apostolicae Sedis» de 1869 y el Motu propio de Pío X «Quientavis diligentia», son los precedentes inmediatos al Código en materia foral relativa a las personas eclesiásticas responsables por la comisión de un delito o demandados en un pleito contencioso.

2.º) Los capítulos III, IV y V, los dedicamos íntegramente a estudiar su fundamentación jurídica, analizando la serie de opiniones y teorías que a partir del siglo XVI se formulan por los teólogos y canonistas católicos y en contra de las adversas tesis regalistas y protestantes de las que, de igual modo, hacemos mención.

Unas veces es el derecho Divino quien basa la existencia del Privilegio del Fuero y, entonces, se arranca de diversos argumentos contruídos o bien de acuerdo con los textos favorables de las Sagradas Escrituras, o bien teniendo delante un medio racionador que conduce a la admisión de su carácter divino, o bien, por último, buscando el apoyo en la autoridad de la tradición.

Suárez y Belarmino pertenecen a este sector.

La génesis de la tesis suareciana, las dificultades porque hubo de pasar antes de su aprobación, su ofrecimiento al Papa y su consiguiente admisión, consagran una doctrina en la que se sostiene que «*proxime ac proprie*» el fuero se basa en el mismo Derecho Divino, siendo Cristo su promulgador aunque más tarde concluye con la afirmación de que «*partim esse de iure canonicum institutum*». Todo el meollo de la opinión del Doctor Eximio radica en la definición que hace de Derecho Divino en contraposición del Humano, distinguiendo en éste, de forma preferente el Derecho Canónico. Su teleología se explica en función de las opiniones manifestadas por un fraile de la República de Venecia que afirmaba que el fuero de los clérigos en materia civil y criminal era un producto de la voluntad graciosa del Rey; también es un dato imprescindible para aquélla el hecho de que, el primitivo opúsculo en contra del veneciano,

se incorporara poco después a la «*Defensio Fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae errores*».

La tesis del Cardenal Belarmino puede resumirse de la siguiente forma: Hay tres clases de preceptos que integran el Derecho Divino-Natural: unos de carácter primario, «impresos en los corazones de todos los hombres», otros que, racionalmente pueden deducirse de éstos y son los de grado secundario, de los cuales, a su vez, se derivan otras normas que constituyen el «*ius gentium*», cuya vigencia es universalmente admitida. Si se logra demostrar que el Privilegio del Fuero puede incorporarse a esta categoría de normas, se habrá logrado un triunfo absoluto sobre quienes le nieguen su carácter divino-natural.

Otras veces es el Derecho Humano, Canónico o Civil, la fuente inmediata de donde aquél brota.

La opinión del P. Vitoria enlaza íntimamente con sus otras teorías democráticas sobre el poder y su justificación. Los clérigos gozan de un fuero exento en las causas civiles y criminales porque el pueblo, aún reconociendo que el ser ministro de la Religión no es incompatible con los deberes del ciudadano, quiere que se les otorgue un trato de deferencia. Entonces, el Príncipe, al no ser titular de un poder absoluto y sí un representante de la voluntad común de la comunidad política, debe interpretar el deseo de ésta, cuando la mayoría de sus miembros son católicos, concediendo este trato de favor a los clérigos. He aquí un fundamento de la existencia del fuero que, basándolo en el Derecho Humano, se aparta notoriamente de las tesis contrarias, aunque en cierto modo paralelas, mantenidas por los regalistas, principalmente por Marsilio de Padua, y por los protestantes.

De todas las opiniones expuestas deducimos su insuficiencia para aplicarlas a una visión moderna de este fundamento jurídico. Hoy no puede acudirse a argumentos de una interpretación más o menos caprichosa de los textos escriturísticos, ni se puede hablar de unas normas de Derecho de Gentes, anticuadas y sometidas constantemente a revisión, ni hablar de una voluntad popular que recibe el poder po-

lítico directamente de Dios para basar jurídicamente el régimen foral de los eclesiásticos.

Para obviar estas dificultades hemos construído nuestra tesis. Abarca varios puntos y es ineludible acudir, no sólo a las normas de Derecho Divino, en todo momento válidas, sino también a aquellas que se desprenden de las relaciones internacionales, por llamarlas de algún modo, en las que la Iglesia llega a un acuerdo con un determinado Estado.

Así, nos ha parecido imprescindible separar, aunque sea abstractamente, el carácter sagrado del sacerdote, de su consideración como ciudadano y, de la misma manera que se habla, en concepción insospechada para los antiguos regalistas, de una separación entre Iglesia y Estado, así también, y sin que se nos oculten los graves peligros que esto encierra, podemos expresarnos al hablar del sacerdote diciendo que es a la vez una persona sagrada y un ciudadano. En el primer aspecto interesa de forma exclusiva a la Iglesia, en el segundo lo es de igual modo para la Iglesia y el Estado.

Teniendo presente esta preliminar advertencia y, refiriéndonos al sacerdote como sujeto de las relaciones jurídico-canónicas, no nos es difícil observar que la exención de que sus causas civiles y criminales no sean tratadas por los tribunales ordinarios, proviene «fundamentalmente» el Derecho Divino y Natural y «formalmente» del derecho Canónico.

Después de examinar detenidamente los cánones que regulan la materia referente al fuero, hemos llegado a la conclusión de que su fundamentación jurídica hay que encajarla, de lleno, en el «*ius ad reverentiam fidelium*» que prescribe el c. 119, como un derecho subjetivo de los clérigos impuesto por Dios a los hombres. Pero su simple enunciado impulsa a la pregunta de ¿qué es y en qué consiste este derecho a la reverencia? Y, entonces, podemos contestar como la generalidad de los comentaristas, que afirman que tal reverencia es un dejar a los clérigos el puesto principal, es la concesión de un determinado tratamiento honorífico, etc. Firmemente creemos que con ello se cierran posibilidades grandes a la gran fecundidad de este precepto. Nuestra respuesta es radicalmente diversa: la reverencia se traduce en cuatro nor-

mas canónicas que le dan plenitud de vida jurídica, dotándola de una exigibilidad judicial y de unos contornos preciosos: el privilegio del canon, el del fuero, la exención del servicio militar y el beneficio de competencia, son la sustentación jurídica de este derecho abstractamente enunciado.

Por tanto, el llamado «Privilegio del Fuero» es fundamentalmente de derecho Divino, en tanto en cuanto que su existencia se explica en función de la reverencia debida al estado sacerdotal y únicamente en función suya adquiere plenitud de vida jurídica.

Pero aún hay más. El Derecho Natural, como algo común a todos los hombres, hace pensar que una situación preferente del sacerdote es admisible desde el momento en que una práctica constante de los pueblos consagró el principio sagrado de la reverencia otorgando a la casta sacerdotal todo género de prerrogativas. Sería entonces oportuno aducir el parangón que se establece entre el clérigo y las «*res sacrae*» o «*res divini iuris*», de arraigada tradición romanista.

El segundo aspecto, en que nos referíamos a una consideración del sacerdote como ciudadano, nos lleva a formular una observación en la cual la Iglesia renuncia a un derecho propio y exclusivo para cederlo al Estado. Tal cesión nunca implica el desconocimiento de la obligación a proteger el principio de la reverencia.

Hemos buscado una explicación conveniente a esta pretensión del Estado de intervenir en los juicios de los clérigos en materia civil y criminal y, sin negar la importancia que tiene para éste el principio liberal de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y al que se ciñen unánimemente los eclesiasticistas italianos cuando explican la postura estatal de desconocimiento, hemos llegado a la conclusión de que la razón, al mismo tiempo que es más honda, justifica su postura. Hay que buscar, pues, la causa negativa en un principio de economía procesal que favorezca la unicidad de la Jurisprudencia: si se concede a los tribunales de la Iglesia el juzgar las causas civiles y criminales de las personas tonsuradas, se correría el grave peligro de que al aplicar unas mismas leyes por órganos jurisdiccionales totalmente

independientes, la Jurisprudencia variaría de forma tan considerable que para una misma hipótesis jurídica habría soluciones de variedad absoluta.

Por ello, aparece plenamente certera la solución dada por los modernos concordatos a la cuestión de la irrenunciabilidad del fuero. Se cede en favor de los tribunales ordinarios la competencia sobre las personas aforadas, exigiéndose, siempre, determinadas condiciones y requisitos que garantizan la pervivencia del precepto divino de la reverencia.

3.º) Al abordar el tema de la naturaleza jurídica de la institución que estudiamos hemos chocado con un sinnúmero de dificultades cuya procedencia radica, de principal manera, en su evolución histórica, o mejor, en los factores que cooperan en ella.

En primer término, el encuadrar la exención foral dentro de las inmunidades personales, no sólo por autores del siglo XVI, sino también por algunos canonistas contemporáneos, nos ha hecho pensar en si nuestra exención participa de las notas características de las inmunidades o, si por el contrario, las repele.

Es fundamental tener en cuenta el desarrollo de una «*immunitas*» que, partiendo del Derecho Romano, va a cuajar como elemento cualificador del Estado Feudal. La «*immunitas*» abandona entonces su carácter meramente negativo para convertirse en un hacer, en un actuar autónomo, aunque en su origen dependiente de una concesión real pedida y otorgada en virtud del precedente. El ejercicio de la Jurisdicción entra de lleno en la integración de las atribuciones del Feudo, produciéndose el fenómeno de que en los Señoríos Eclesiásticos se van a reunir dos jurisdicciones de muy diverso matiz: una, que pertenece por derecho propio a la Iglesia, encarnada en las personas de los obispos y, en la que cabe situar el enjuiciamiento de las causas civiles y criminales de los clérigos; otra, en la que se actúa en virtud de una concesión expresa del Príncipe y que es atribuible a los Obispos y Abades, en tanto en cuanto son Señores temporales en un determinado territorio, sobre el que ejercen una soberanía a la que están sujetos todos los individuos que en él habitan.

Ocurre, pues, una peligrosa conjunción que amenaza con

hacer desaparecer el fuero exento de los clérigos bajo el empuje del feudalismo; sin embargo, se garantiza su existencia en los señoríos nobiliarios donde el titular del poder no es un eclesiástico.

¿Puede calificarse, por tanto, a la exención formal de inmunidad? Resueltamente afirmamos que no, ya que, además de constituir un verdadero arcaísmo jurídico, la idea de inmunidad implicaría la de otorgamiento real y, esto, sería un claro atentado contra los principios fundamentales que integran los rasgos esenciales de su naturaleza jurídica.

Mayores dificultades ofrece la aplicación de las notas características de los privilegios a la exención foral.

Dejando a un lado los privilegios «*strictu sensu*» considerados, hemos de referirnos de forma exclusiva a los que legal y doctrinalmente se les denomina privilegios en sentido lazo o «*in Codice contenta*», como posibles elementos cualificadores de la exención.

Pero si tenemos en cuenta que dichos privilegios son otorgados «*per modum legis*», omitiéndose la posibilidad de que en el supuesto de aplicación judicial puedan ser desconocidos por el juez, llegaríamos a la conclusión de que tanto la ley como los privilegios considerados en sentido amplio participan de una idéntica naturaleza. Ley del Fuero de los Clérigos y Privilegio del Fuero de los Clérigos serían, de este modo, términos sinónimos.

Es más, aún cuando determinados tratadistas buscan un criterio eficaz para llegar a una distinción entre «*iura*» y «*privilegia*» de los clérigos sosteniendo que, mientras sin los primeros no podría explicarse el estado sacerdotal, sin los segundos podría éste subsistir perfectamente. Ante este aparente inconveniente hay que acudir a la opinión que antes formulábamos. ¿Puede explicarse el «*ius ad reverentiam*» íntegramente desgajado de los «*privilegia*»? Ante la radical intimidad existente, no cabe más posibilidad que la de admitir el ente jurídico resultante de la conjugación de dos derechos de procedencia diversa, pero en los que existe un complemento necesario exigible para la eficacia de los mismos. Y ello, porque sin tal complemento, al hablar del derecho a la reverencia de los fieles, nos enfrentaríamos con una norma cuyo contenido sería de carácter ético o religioso,

pero jamás jurídico, en el sentido de que carecería de un pronunciamiento judicial en la hipótesis de su violación.

Tampoco es un «*ius singulare*», sino que forma parte de él. Integra la serie de derechos que se conceden en forma exclusiva a un grupo relevante de personas canónicas a quienes por la especial función a que están destinadas les corresponde un puesto destacado dentro de la comunidad cristiana.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que el nombre de «Privilegio del Fuero de los Clérigos» debe ser substituído por el de «Fuero de los Clérigos».

A ello podría oponerse la objeción de que el fuero de los clérigos viene integrado por otras relaciones jurídico-procesales que desbordan la antigua denominación de Privilegio. Ello es cierto, pero si se tiene en cuenta que el de 1.553 implanta la existencia del Fuero Eclesiástico, al enunciar el derecho propio y exclusivo que pertenece a la Iglesia, en el que encuadra las causas civiles y criminales de los clérigos, llegaríamos a la conclusión de que éstas integran un aspecto parcial de dicho Fuero. Con añadir, en tal supuesto, a la locución Fuero de los Eclesiásticos, la frase aclaratoria «en materia civil y criminal» quedarían desvanecidas tales dificultades.

Además, ofrece las siguientes ventajas: Para el Derecho Canónico se llegaría a una unificación en la terminología, haciendo desaparecer unos «privilegios» cuya razón de existir no tiene un claro fundamento. Al mismo tiempo se eliminaría la posibilidad de que tal derecho, al ponerse en contacto con un ordenamiento jurídico estatal, fuese considerado por éste como un privilegio dimanante de la soberanía temporal, cuya génesis, vida y extinción, solamente a ella se debería.

Desde el punto de vista del Derecho Estatal, el Fuero de las Personas Eclesiásticas, implica una inhibición de sus órganos judiciales, por constituir una Jurisdicción especial, análoga, en todos los sentidos, a la concedida, por ejemplo, a los Militares. Del mismo modo que no se habla de un Privilegio del Fuero de Guerra, no hay porqué hablar de un Privilegio del Fuero de los clérigos. Se trataría, en última instancia, de una Jurisdicción exenta reconocida por el Estado.

4.º) El examen de la evolución del llamado Privilegio del Fuero de los Clérigos, al ponerse en contacto con una determinada legislación histórica, nos ha conducido a dar las siguientes visiones globales de un Instituto que, siendo en sus orígenes idéntico en diversos países, llega a diferenciarse de forma tan asombrosa que, aún conteniendo en sí mismo los elementos imprescindibles para que exista como tal Instituto, carece, en definitiva, de circunstancias externas semejantes.

Comenzamos por la exposición de la Historia Externa del Fuero en el Derecho Francés.

Hay un período, el de las dinastías Merovingia y Carolingia, en el que la colaboración entre Iglesia y Estado es tan íntima que van a influirse recíprocamente y a hacerse inseparables. El Fuero, es reconocido, entonces, en toda su amplia totalidad.

Pero, cuando el principio germánico de justificación del poder por la sangre, deja paso al principio de justificación por la consagración episcopal ocurre un fenómeno curioso (siglo XV). El Rey, ya no tendrá una consideración de un simple laico, sino que por la ceremonia litúrgica de la consagración con el Santo Oleo, va a tener la consideración de Prelado, de «*Praelatus Ecclesiae*» y, en un cierto sentido, representará la suprema autoridad religiosa dentro de la Iglesia francesa.

Si esto es así, ya no hay razón alguna para que exista una Jurisdicción Eclesiástica independiente de la Civil: ambas pueden fundirse, por existir en el titular que las ejerce un eminente carácter sagrado. Pero, aún hay más, tal derecho se extiende al Parlamento, ya que éste es como parte corporal del Monarca, «*ex corpore Regis*», se dice, para resumir toda una retorcida construcción político-religiosa, por la cual se hace partícipe de las funciones jurisdiccionales reales.

El Fuero de los Clérigos sufre con ello un golpe definitivo en la historia del derecho francés del que difícilmente va a recuperarse. La aparición de remedios procesales contra los «abusos de los clérigos» son consecuencia lógica de tal concepción. Tal sentido tienen: la «*saisie*» en lo temporal, el ejercicio de acciones posesorias contra los jueces

eclesiásticos y el «appel comme d'abus». Con ello queda definitivamente establecido el Galicanismo.

La culminación de todo ello llega con la promulgación de la «Constitución Civil del Clero», de 24 de agosto de 1790, en la que el Estado Revolucionario reglamenta unilateralmente el régimen orgánico de la Iglesia francesa. La Jurisdicción Canónica sobre los pleitos entablados por personas eclesiásticas desaparece como efecto de una excesiva preponderancia del Clero, apoyada en multitud de privilegios y exenciones, y ante el empuje de las ideas revolucionarias.

El Concordato de 1801 nada dispone acerca del Fuero y, en los famosos «Artículos Orgánicos», debidos a la sutil diplomacia de **Talleyrand**, se deroga todo privilegio portador de exención o atribución de jurisdicción episcopal.

Actualmente, la separación absoluta entre la Iglesia y el Estado, conduce a que en las causas civiles y criminales de los clérigos solamente intervengan los órganos de la Jurisdicción ordinaria.

5.º) Por lo que respecta al Derecho Italiano, la evolución histórica de la institución foral, no ofrece un gran interés en sus dos primeras épocas: con la conversión de los Emperadores Romanos al cristianismo se implanta, fijándose en épocas posteriores y, muy principalmente, cuando la unidad política se desmembra en pequeños Estados que llenan todo el territorio de la Península Apenina.

El siglo XIX brinda la oportunidad de contemplar cómo, al mismo tiempo que se va creando la Unidad Italiana y va desapareciendo el poder temporal de los Papas, el ejercicio de una jurisdicción civil y criminal sobre personas eclesiásticas es arrebatada a los tribunales diocesanos para pasar a la competencia de los seculares. Tal significado tienen la Ley Siccardi, de 9 de abril de 1850, y la aún más radical Ley de Garantías, de 13 de marzo de 1871. Con ellas parecía evidente que el principio promulgado por Cavour, «Libera Chiesa in libero Stato», llegaba a su plena culminación.

La política eclesiástico-religiosa del Gobierno Fascista fué radicalmente diversa. La unidad nacional debía mantenerse a toda costa para lo cual era necesario reconocer la

existencia de una mayoría absoluta de católicos, descontentos de un régimen que ignoraba los principios más sagrados de su religión. De aquí el gran acierto de la firma de los Acuerdos de Letrán.

Un breve examen del artículo 8 de su Concordato, nos ha hecho pensar en un nuevo paralelismo entre el reconocimiento del poder temporal y la implantación de unas garantías forales en lo concerniente a las causas civiles y criminales de las personas eclesiásticas. La admisión de la soberanía de la Santa Sede en el minúsculo espacio territorial de la Ciudad del Vaticano, es el símbolo de unas concesiones hechas en favor de los Clérigos acusados ante los tribunales del Estado por la comisión de un delito.

Pero, aparte de esto, es necesario tener presente que la redacción de este artículo, va a ser el molde y la norma a la que se han de ajustar futuras convenciones con la Santa Sede.

6.º) En último lugar nos referimos a la génesis de la exención foral dentro del Derecho Histórico Español.

Sus etapas son fácilmente delimitables: una amplia implantación de la institución en los Concilios de Toledo que es continuada durante el largo período de la Reconquista por los Concilios y Cortes medievales. Una incorporación a las leyes del Estado de las normas canónicas bajo el reinado del Rey Sabio y un total agnosticismo del régimen foral en el siglo XIX que es vencido, de una manera tajante, con la firma y entrada en vigor del Concordato de 1953.

Es de destacar la importancia y la serie de problemas que se originan cuando el Tribunal del Santo Oficio deja de ser un tribunal eclesiástico para convertirse en un órgano judicial que obra y actúa por delegación real.

Así como en Francia tiene un innegable interés, para su derecho interno, la Jurisdicción Eclesiástica, en España, podemos decir que carece de tal relieve. Las pretensiones regalistas de nuestros monarcas no fueron dirigidas a la consecución de un intervencionismo decisivo en los asuntos y causas de los clérigos, que afectaban a la organización de la Iglesia, sino que aquéllas se volcaban de lleno en el llamado Derecho de Patronato. Una excepción a esta trayectoria fué el Decreto de Unificación de Fueros, en cuya teleología no

pueden hallarse pretensiones regalistas, sino, más bien, motivos que se basaban en la consecución de una unidad legislativa; fué discutida su vigencia. La República del 31, con la implantación del principio de separación de Iglesia y Estado, ignoró en su totalidad la exención foral de las personas eclesiásticas.

El artículo 16 del Concordato del 53, al admitir el «Privilegio del Fuero» para las causas de las personas comprendidas en el primer apartado del c. 120, introduce una notable novedad frente a todos los documentos de índole similar firmados en todo lo que va de siglo.

Con ello queda implantada una gradación, un escalonamiento del Fuero de los Clérigos en materia civil y criminal en los ordenamientos jurídicos de los Estados contemporáneos:

1.º) Una radical indiferencia ante la «función» que debe cumplir el sacerdote que lleva al agnosticismo más agudo. No se reconoce la existencia de un Fuero exento.

2.º) Una postura de comprensión ante dicha «función» que lleva al Estado a conceder unas mínimas garantías en beneficio del Fuero, cuya existencia canónica puede ser objeto de discusión.

3.º) Un amplio reconocimiento del Fuero en favor de los clérigos mayores a que hace referencia el apartado primero del c. 120.

CRISANTO RODRÍGUEZ-ARANGO DÍAZ

DOCTOR EN DERECHO
POR LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

BIBLIOGRAFIA

NOTICIAS DE LIBROS Y RECENSIONES

NOTA IN EXTENSO

«THE AMERICAN WAY». (*The Economic Basis of Our Civilization*), por Shepard B. Clough. Profesor de la Universidad de Columbia.-E. Thomas Y. Cowell Company New York 1953.

El Profesor Clough, actualmente detenta la cátedra de Historia de la Universidad de Colombia, ha tenido una amplia formación Universitaria, ya que desde su Licenciatura en Colgate, ha cursado estudios en la Sorbona, en Heidelberg y en Columbia, y sus inquietudes por la ciencia económica le hicieron seguir cursos en la misma Columbia, en el Instituto de Estudios Políticos de París, en Grenoble, y las Universidades de Berlín, Turín y Roma conocen, asimismo, lo profundo de su formación. De sus trabajos encaminados a preparar desde los campos de vista de su doble especialidad de historiador y de economista, un tratado que comprenda la Historia Económica de América (es autor de una *Economic History of Europe*), ha obtenido los datos sobre los que ha constituido las bases de este THE AMERICAN WAY, que hoy comentamos, y en el que nos muestra los factores materiales y humanos que han contribuido a dar a su patria el mayor exponente industrial y convertirla en la nación más poderosa de la tierra. Por ello con comprensible orgullo. Clough, comienza diciendo, y lamentando a la vez la ausencia, la voz de un poeta, que al igual que en la antigua Roma y Grecia existieron para cantar las excelencias de sus patrias, surja ahora para gloriar un tema que no tiene parangón en toda la historia «the achievement of surpassed economic well-being». Este bienestar, no superado, lo concibe Clough como un factor de civilización y estima, haciendo una breve referencia histórica, que al igual que hubo desplazamientos en la cultura europea, cambiando el centro de influencia de acuerdo con las fluctuaciones de la vida económica, así pueda estimarse hoy que Europa pierda al mismo tiempo que su protagonismo político y económico su calidad de centro cultural del mundo, para cedérselo a los Estados Unidos de América. Para realizarlo será ne-

cesario; afirma el autor, el lograr un adecuado equilibrio entre sus factores humanos y recursos.

Antes de entrar en el detalle de estudio, señala los factores estratégicos a los que se debe el éxito económico norteamericano. Indica por ejemplo, cómo mientras algunos factores de producción fueron fundamentales en la iniciación de la historia, han cedido su predominio con el correr de los años, y cómo un equilibrio saludable se ha conseguido entre los grupos consagrados a la producción de bienes y los que están consagrados a cambio y ocupaciones concurrentes. Refiriéndonos a lo expuesto antes, señala cómo en los años 1869 a 1879 el veinte por ciento de la renta nacional se obtenía de la agricultura, contribuyendo la industria manufacturadora con el 13,9 por ciento, cifras que en 1950 se convierten respectivamente en el 7,2 y el 30,7 por ciento. Aquel equilibrio que señalábamos, contribuyó, afirma Clough, a una excelente división del trabajo, con toda la secuela de venturosas realidades que el mismo implica.

Existe también en este logro evidente del pueblo americano por el bienestar, un factor psicológico que ha cumplido un extraordinario rol en este sentido, los ejemplos de un Ford o de un Rockefeller, estimulan más a la Juventud que ninguna clase de propaganda o de slogan. La ventaja además es que el americano sabía, (al igual que el soldado de Napoleón sabía que llevaba en su mochila su posibilidad de gloria), que era posible el triunfo por el camino del trabajo, del talento y de la rectitud, ilusión que casi se ha perdido en nuestro viejo... y pobre continente.

El esfuerzo nacido bajo aquella espléndida división del trabajo, permitía, al mismo tiempo que era posible una política real de pleno empleo, la efectividad de un ahorro, en cantidad que no admite comparación posible. Y por si esto fuera poco, las leyes de inmigración de los Estados Unidos podían permitirse el lujo de escoger lo mejor de la juventud europea que veía en estas nuevas tierras una promisión. Se eliminaba a los niños y a los viejos, que consumen y no producen y se admitía a los que estaban en situación de trabajo inmediato; Norteamérica, después de realizado su «esfuerzo», dispone de un kilómetro cuadrado para cada 21 de sus habitantes, mientras Europa tiene que cobijar cinco veces este número en dicho espacio, lógico es que Clough comente irónicamente que las leyes de Malthus no han tenido confirmación en el Continente Americano.

Pero junto con sus cantos a esta magnífica realidad, hay una seria advertencia del autor hacia sus compatriotas que han sido despilfarradores, ciertamente, de riqueza, y señala la penuria de muchos de sus bosques esquilmados, de minas (la de hierro de Mesabi concretamente) casi agotadas, e incluso su temor acerca de la duración de sus explotaciones petrolíferas (lo que explica, aparte de otras naturales razones, la denominada Declaración de Truman sobre la «plataforma continental» con vistas a la explotación, exclusiva, de pozos de petróleo en la costa sur estadounidense), lo que ha hecho que aumentara la inversión encaminada a la consecución de recursos o fórmulas que sustituyan a los bienes naturales.

En el Capítulo II estudia el Profesor Clough «La industria americana

y los recursos naturales», de los que reproducimos algunas cifras altamente significativas. De carbón, solamente Norteamérica tiene el cuarenta por ciento de las reservas mundiales, contra el 35 por ciento de Europa y el 20 por ciento de Asia. Lo que sí efectivamente está ocurriendo es que las explotaciones fáciles y mejores estadounidenses se están agotando y el carbón americano será más caro cuando la explotación tenga que consagrarse a yacimientos más pobres o más difíciles.

Respecto al petróleo cita Clough las siguientes cifras interesantísimas. En 1948, Norteamérica, con el 6 por ciento de la población mundial, consumió el 60 por ciento de la producción del mundo de petróleo. Las reservas «probadas» de los Estados Unidos se cifran en veintitrés mil millones de barriles y las «posibles» en ochenta y siete mil millones de barriles.

Respecto a la energía eléctrica, Norteamérica, en 1947, utilizando muy por bajo del 50 por ciento potencial de sus posibilidades hidroeléctricas, consumía más del 26 por ciento de la energía hidroeléctrica producida en el mundo.

Respecto de minerales de construcción, el predominio americano es extraordinario.

Pasa a estudiar el Profesor Clough seguidamente la contribución del arte Industrial al progreso de la Industria americana. Da índices de cómo el progreso de producción de hombre-hora, ha ido evolucionando según los distintos factores preponderantes en el desarrollo económico, y sobre todo señalando cómo el trabajo supone una especialización, un arte, que hace superior el rendimiento y mínimo el esfuerzo (recordemos la Ley del americano Taylor), prescindiendo de todo el desarrollo del maquinismo.

El Capítulo 4 está consagrado a la «Agricultura extensiva», sus beneficios y sus problemas. En líneas precedentes dábamos una referencia de índices de renta agrícola, nos interesa señalar ahora que mientras hace 96 años el 59 por ciento de la población trabajadora lo eran del campo, este índice ha bajado al 14,5 por ciento. La agricultura, conviene recordarlo, ha constituido un elemento casi decisivo en el progreso económico de los Estados Unidos.

El espacio cultivable se triplicó entre 1869 y 1949, el valor de las tierras se hizo ocho veces superior y el rendimiento del «paisano» estadounidense que era dos veces superior al del francés o alemán y cuatro veces al del italiano, en 1947 era siete veces superior al rendimiento medio del europeo occidental. Los medios de explotación consiguieron que la tierra necesaria para alimentar a un habitante disminuyese veintitrés veces de 1889 a 1949, al mismo tiempo que aumentaba en un 69 por ciento la cantidad de tierra que podía cultivar un solo trabajador.

Uno de los triunfos de la agricultura americana consistió en reconocer las excelencias de la división del trabajo, lo que hizo posible la creación de una agricultura extensiva y de una especialización por zonas, que en 1914 era ya una realidad, al que contribuyó a darle todo el magnífico esplendor, que hicieron posibles las cifras prenotadas, el progreso tecnológico en la agricultura, la mecanización y como conse-

cuencia el mejoramiento en los productos y cría de animales. Citemos algunos datos. El Tractor; en 1910 sólo se utilizaban unos mil en todo el campo americano, en 1949 su número era de 3.500.000: como consecuencia el animal de trabajo disminuía de 1915 al 1945 de 26.500.000 cabezas, a 11.630.000.

En 1945 se alcanzaba la cifra de un camión cada cuatro granjas y un automóvil para cada una.

Respecto de la producción de la tierra, tomando como índice 100 para 1940, nos daba 76 para 1909 y 108 en 1944.

En 1860 una vaca que alcanzase las 4.500 libras de leche era un extraordinario animal, sin embargo la que en 1890 no llegaba a esa cifra la enviaban al matadero, en 1950 la que no duplicaba dicha cifra era apartada.

El capítulo siguiente lo consagra al estudio del Transporte y Comercio, dedicando sucesivamente apartados a las rutas acuáticas internas, a los ferrocarriles, a los camiones ómnibus, para inmediatamente detenerse en lo relativo al Comercio, con un brevísimo comentario sobre la Ayuda Exterior Norteamericana y terminar el capítulo después de una referencia a la Marina Mercante, con unas líneas consagradas a la Balanza de Comercio y pagos en las que examina algunas cifras de inversiones en el exterior y nuevamente se refiere, concretado a este aspecto, a préstamos y ayudas.

Tiene singular interés, el Capítulo 6, que el Profesor Clough dedica el examen de la Banca y del Dinero en la Economía Americana. Comienza por estudiar la función del Dinero y Banca en el progreso económico, y sienta como primera premisa que Norteamérica pudo ayudar a Europa a acelerar su reconstrucción, y fueron posibles las grandes inversiones en el exterior gracias al ahorro del pueblo americano sobre la producción normal. Es necesario, llegados aquí discriminar entre los dos factores que dentro del humano integran el de la producción, el capitalista y el laboral. Los americanos han hecho escuela de aquel principio de Ford que para aumentar su capacidad de mercado concibió la idea de bajar el precio de sus vehículos y aumentar los salarios, pretendía como fin no el disminuir sus posibles utilidades, sino el ampliar el campo dentro del que podía considerarse el automóvil como una necesidad. El famoso modelo T, fué el camino, el aumento enorme de producción era la forma en que se compensaba el primer ciclo de su revolución social e industrial: se había iniciado la gran producción en masa del automóvil. El capitalista americano, ha sabido por tanto, elevar el nivel del trabajo, bajar los tipos de sus intereses y comprender que también dentro de un nivel de riqueza pueden conseguir riqueza, con más estabilidad, con más firmeza, con más confianza dentro del elemento laboral colaborador imprescindible en toda marcha económica. Por eso el nivel alto de vida americano, consecuencia de salarios altos y de bienes de consumo a precios bajos (en relación con el valor adquisitivo de su labor-hora), permitió el ahorro, este ahorro que tanto ensalza Clough,

y que hizo posible la enorme expansión de la economía americana, porque como dice el autor, en la totalidad de los sistemas económicos, ya capitalistas, comunistas o socialistas, es necesario ahorrar e invertir si ha de haber progreso económico.

Expone la razón de existencia del dinero, la aparición del interés para colacionarlo con la creación de los Bancos que es donde se posibilita al dinero la manifestación de todo su poderío. Por ello, estima, no pueden ir separados en el Estudio el dinero y la Banca.

Es sumamente interesante la consideración histórica que nos muestra del Dinero y la Banca hasta 1913, la oposición entre los deseos y pretensiones de los agricultores y población fronteriza, que pretendía «dinero barato» y una inflación moderada, que les permitiera negociar con sus productos con margen que les facilitara el pago de sus deudas y la posición de los círculos bancarios de las ciudades que querían «dinero duro», que no perdiera valor. De este sentido del crédito nacieron las dos corrientes políticas, los demócratas, propugnadores del primero, los republicanos, defensores a ultranza del dinero «duro». La legislación oscila según los tiempos en que cada uno de ellos estuvo en el poder. Estudia el trascendental sistema de la Reserva Federal, para continuar con la evolución de la banca y distintos sistemas del país, y terminar el capítulo con un estudio de los precios.

No debemos despreciar la enseñanza de los EE. UU. en materia de precios. Tomando como índice indicador el año 1926 (igual a 100), vemos que desde 1865, 132 por ciento, a 1951, 177,6 por ciento, los precios han fluctuado muy poco, se movieron en una zona de cambio de 400 por ciento, contra el 2.000 por ciento alcanzado en algunos países europeos.

El Capítulo siguiente lo consagra a la Población, Trabajo y Movimiento Obrero. Dentro del concepto clásico de los factores de producción estudia Clough la importancia del factor humano dentro del Trabajo y los problemas demográficos como íntimamente concatenados con la producción. A igualdad de recursos naturales, viene a decirnos, será más rica la nación con menor porcentaje humano, siempre que éste sea lo suficientemente numeroso para una adecuada explotación de sus posibilidades. Al margen de consideraciones de otra índole, consideraciones que se mantienen con más fuerza en nuestro continente, podemos afirmar que la población americana tiene un porcentaje excelente, una distribución óptima, y los inconvenientes humanos de su forma laboral, son disimulados por su espléndida realidad. Evidentemente el concepto de la vida tiene todavía fundamentales divergencias entre ambos continentes.

Para conseguir estas colosales realizaciones industriales, los Estados Unidos contaron con unas posibilidades de desplazamiento de la masa obrera que en Europa resultan prácticamente imposibles, donde cualquier traslado, por minoritario que sea (recordemos los forzosos por creación de pantanos, aún cuando resulte mejorada la condición del paisano) tiene caracteres de verdadera explotación. El campesino europeo, el trabajador europeo, se siente unido con la tierra en que vive con una fuerza atávica, tan

grande, tan poderosa como real por muy ridícula que pueda parecer a los ojos de los americanos para quienes todo el territorio tiene una misma condición de «medio». Quizás la razón estribé en que para nosotros tenga la tierra la condición de refugio, de algo vinculado con nuestra propia razón de ser. Es la historia, la familia, la tradición, todo con lo que rompió el emigrante que fué formando en América la Unión.

Es altamente interesante la brevísima referencia del movimiento obrero, a sus reivindicaciones y a sus conquistas, en las que el New Deal, marca un mojón trascendente.

El Capítulo 8 estudia la Organización de las Empresas, la Revolución Directorial (the Managerial Revolution) y Concentración de riqueza. Señala el autor la importancia que tuvo en el desarrollo económico de los Estados Unidos, la capacidad, el dinamismo del Hombre de Empresa americano, y su capacitación para una magnífica organización de sus Empresas. Va señalándonos las causas de la aparición de la Sociedad Anónima, su auge y su lado nefasto, la aparición de los monopolios, la reacción contra los mismos que dió lugar a un auténtico movimiento cuya primera Ley importante es la Anti-Trusts Sherman de 1890.

El Capítulo 9 está consagrado a los Ciclos Económicos y Previsión Social.

Nos habla el Profesor Clough de las fluctuaciones que perturbaron la vida económica norteamericana, generalmente conocidas con el nombre de ciclos económicos, y que él considera que no son ni regulares ni inevitables. Estos ciclos estima que tienen fases perceptibles, que estudia, aún reconociendo que en cada caso concreto pueden tener características propias. Estas son: la expansión, la depresión, la contracción y la revivación (revival).

Resulta altamente aleccionador cómo va señalando el Profesor Clough los medios con los que el americano intentó prever y al mismo tiempo precaverse de estas calamidades mediante el seguro, consciente de la eficiencia de esta institución a cuyo cometido se unió la Previsión Social.

El último Capítulo, «el pasado, el presente y el futuro», es el resumen de esperanza, de fe, de advertencia, sobre este monstruo, este estado monolítico del que tanto tenemos que aprender; porque, efectivamente, si algo ha existido realmente revolucionario en el mundo ha sido el de modificar, a través de la era industrial, el tradicional concepto de la vida, su nivel medio, que tiene hoy unas exigencias, tan radicalmente nuevas, que asombrarían, ya que no a nuestros padres, sí a nuestros abuelos. Esto es lo que ha logrado sobre todas las cosas Norteamérica, nos ha enseñado a vivir y a trabajar, a obtener de la vida todo lo bello, todo lo cómodo que pueda encontrarse en este valle de lágrimas, y sin olvidar este derecho y esta obligación del hombre de ganarse el pan con el sudor de su frente. Que no lamente Clough que por ahora les falte el remate del arte, como suprema sublimación del hombre, para conseguir la cúspide de su pirámide cultural. Hoy su poderío, su riqueza, también les permite llevarse bajo sus barras y estrellas a los artistas (como

llevaron a los sabios) europeos, aún cuando nos cueste trabajo considerar a un Toscanini muerto lejos de su Italia, de su Scala de Milán, enterrado bajo la sombra de un rascacielos o de un ingente montón de chatarra.

Si así fuera, seriamente pensaríamos que había comenzado la deshumanización del arte. Los hombres, como las ideas, deben permanecer fieles a sus símbolos.

López-Cuesta

D. ADMINISTRATIVO

FERNANDO GARRIDO FALLA: «Régimen de impugnación de los actos administrativos», Instituto de Estudios de Administración local, Madrid 1956.

La compleja materia de la llamada Justicia administrativa, perteneciente a dos ramas jurídicas distintas —el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal—, plantea serios problemas y graves discusiones en orden a determinar la línea divisoria entre ambas. Con frecuencia se habla de usurpaciones y reivindicaciones entre los tratadistas de ambas disciplinas. Las discusiones en nuestra patria arrancan de un trabajo del profesor Guasp, publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid el año 1940, titulado «El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso».

Si la mayoría de los autores están conformes en que el Derecho procesal administrativo, en cuanto que pretende estudiar un proceso espe-

cial, forma parte del Derecho procesal, las cosas se han desorbitado y se han llevado a esta disciplina materias cuyo contenido natural es el Derecho Administrativo. Ello debido, por una parte, a que el estudio del proceso administrativo se hace corrientemente, partiendo de los denominados por Guasp «Presupuestos procesales», dentro de los cuales se incluyen materias netamente administrativas, como por ejemplo, dentro de los presupuestos objetivos todo lo relativo al acto administrativo, con la secuela de consecuencias totalmente nocivas para los estudios administrativos. La tesis defendida por el citado autor, que resulta sumamente peligrosa por las razones que quedan dichas, ha sido seguida o por lo menos no combatida por los especialistas del Derecho Administra-

tivo que con posterioridad se han ocupado de temas referentes a la Justicia administrativa, e incluso el propio Guasp en escritos recientes, —concretamente en el prólogo de la obra de González Pérez: «Derecho Procesal Administrativo», vuelve con más fuerza a sostener dicha postura.

Por otra parte, la cuestión se complica aún más, debido a un erróneo concepto de la actividad administrativa (1). Sabido es que ésta, puede ser entendida fundamentalmente, desde dos puntos de vista: el material u objetivo, es decir, intentar si es que se puede, puesto que hay autores que lo niegan como son Waline y en España, Jordana, caracterizar la actividad administrativa por su contenido; y el punto de vista orgánico o subjetivo, según el cual será función administrativa aquella que sea realizada por la Administración pública en cuanto institución. Entendida la actividad administrativa en este último sentido es indiscutible que forman parte de ella actividades que desde un punto de vista material no son administrativas (2), sino en algunos casos netamente jurisprudenciales, pero que sin embargo por ser de la Administración deben ser estudiadas dentro del Derecho administrativo y no del Derecho procesal; pues es indiscutible que el Derecho administrativo estudia la Administración subjetivamente considerada, antes que objetivamente, es decir, los sujetos que son Administración y toda la actividad que realizan, independientemente de su naturaleza intrínseca legislativa, administrativa, política o judicial, antes que la actividad ad-

ministrativa materialmente considerada, allí donde quiera que se encuentre, independientemente del sujeto que la realice. Por ello materias como la denominada vía gubernativa, tienen su lugar natural de estudio dentro del Derecho Administrativo, siendo absurda la pretendida reivindicación de que la misma se pretende hacer por los procesalistas, lo mismo que ciertas materias que atendiendo a su contenido son netamente administrativas, como por ejemplo la Organización de los Tribunales, son propias del Derecho procesal.

A aclarar estas cuestiones, a poner las cosas en su sitio, a fijar con precisión la línea divisoria entre el Derecho procesal y el Derecho administrativo, en las materias propias de la Justicia administrativa, es a lo que se encamina y realmente consigue la obra recién

(1). Como sucede en la obra de Villar Romero «Derecho procesal administrativo», en la cual se considera el proceso administrativo como **el que se dirige a obtener una decisión concreta de la Administración**, que individualice una norma jurídica o declare, reconozca o proteja un derecho (o al menos un interés jurídicamente protegible) cuya afirmación se pide, bien por persona interesada, bien por la propia Administración (p. 16, 1.ª ed.); es decir, se está confundiendo el proceso administrativo con el procedimiento administrativo o vía gubernativa, esto es con las funciones jurisdiccionales que la Administración ejerce, que como tales deben ser estudiadas por el D. Administrativo y no por el Procesal.

(2). Como dice Gascón la división orgánica de los Poderes no coincide con la material de las funciones.

femente publicada por el Instituto de Estudios políticos, debida a la pluma del ilustre Catedrático de Derecho administrativo, señor Garrido Falla.

Frente al intento de cercenar el contenido del Derecho administrativo a favor del Derecho procesal, se levanta Garrido con su obra «Régimen de impugnación de los actos administrativos», en la cual se estudia únicamente aquella parte de la Justicia administrativa que pertenece al Derecho administrativo y no la perteneciente al Derecho procesal.

En lo que se refiere a su estructura la obra se divide en 6 capítulos a través de los cuales se tratan los cuatro problemas fundamentales de la materia que pertenecen al Derecho administrativo: 1.º El recurrente, es decir «el sujeto habilitado por el Derecho para reaccionar contra la actividad ilegal de la Administración pública» (Cap. I); 2.º La Administración recurrida, es decir «el sujeto pasivo de la impugnación» (Cap. II); 3.º El objeto de la impugnación, es decir «el acto administrativo ilegal» (Capítulos III, IV y V); y 4.º Los recursos, esto es, «las formas de impugnación o remedios jurídicos utilizables contra el acto administrativo ilegal» (Cap. VI), si bien es necesario tener presente, en lo que se refiere al contenido de este capítulo, que solamente se tratan los recursos interpuestos ante la propia Administración, no de los que se sustancian y resuelven ante los Tribunales contencioso-administrativos; cuyo lugar de estudio debe ser el Derecho procesal.

Estos seis capítulos van procedi-

dos de una introducción, en la que se tratan conceptos previos tan interesantes como los de derecho público subjetivo e interés legítimo.

En el contenido del capítulo I es de destacar, aunque sea muy discutible, la crítica que el autor hace a la posición que identifica los conceptos de jurisdicción subjetiva y recurso de plena jurisdicción y jurisdicción objetiva y recurso de nulidad, cuando como ya había defendido Garrido en un trabajo publicado en el número 8 de la *Revista de Administración pública*, puede perfectamente existir un recurso subjetivo de anulación, como lo demuestra el hecho de que en España existe recurso de nulidad y no existe jurisdicción objetiva alguna, en el sentir del autor.

También resulta sumamente interesante el concepto que se da de acto administrativo (Cap. IV), comprendiendo dentro de él no solamente el acto concreto, sino también el general, esto es los reglamentos, en cuya posición estamos plenamente identificados.

Igualmente es de destacar, aunque también sea muy discutible, la crítica que hace (Cap. V) a la doctrina, admitida generalmente, de considerar como causas de invalidez de los actos jurídicos la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad; para Garrido Falla sólo cabe hablar de las dos últimas, ya que la inexistencia, supone, dice, una «contradictio in terminis» y no da lugar a un tratamiento jurídico distinto de la nulidad.

En este capítulo V al estudiar las irregularidades de los actos administrativos, se pasa revista a los distintos elementos de tales actos,

en forma tan precisa, elegante y completa, como pocas veces, hasta ahora, se había hecho en nuestra patria con los estudios administrativos.

El último capítulo está dedicado, como ya dijimos, al estudio de las facultades jurisdiccionales de la Administración, es decir a las funciones que aún cuando materialmente sean jurisdiccionales son ejercidas por la Administración y por lo tanto deben ser estudiadas por el Derecho administrativo, ya que esta disciplina jurídica debe tener por contenido el estudio de los

órganos que son Administración pública y el de toda clase de actividad que por dichos órganos se realicen, según ya se indicó.

Como se puede comprender de esta rápida noticia que damos, nos encontramos en presencia de una obra francamente meritoria, que viene a justificar la bien merecida fama de su autor, que tanto está contribuyendo con sus publicaciones a dar altura y rigor científico a los estudios de Derecho administrativo.

Juan Luis de la Vallina
Velarde

D. MERCANTIL

Motos Guirao, Miguel, «FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES». Prólogo de Antonio Polo Díez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1953. - XXIV - 470 págs

La sociedad mercantil en cuanto que es institución viviente tiene en su existencia unas etapas claramente diferenciadas y, en ocasiones, su muerte no es estéril, sino, por el contrario, sirve de asiento a otra sociedad que recogiendo los restos de aquélla, hace nacer a la vida mercantil una nueva construcción jurídico-económica. Tal es el problema que el profesor Motos estudia en su obra que brevemente

trataremos de reseñar para nuestros lectores.

Diremos con palabras del profesor Polo en el Prólogo, que el autor divide su trabajo en una introducción, dedicada a la contemplación del fundamento económico de la fusión, y tres grandes partes, consagradas, respectivamente, la primera, al estudio teórico de la fusión en sentido jurídico, con especial consideración de la doctrina

nacional y extranjera y de las soluciones del Derecho comparado; la segunda, al examen del Derecho español anterior a la Ley de Sociedades Anónimas; y la tercera, al estudio de la regulación que el fenómeno de la fusión recibe en esta Ley». Pasaremos revista a cada una de ellas a fin de dar una idea de su contenido.

Para Motos, la fusión podría describirse como «un acto de naturaleza corporativa o social, que tiene como vehículo de ejecución un acuerdo de carácter contractual, por virtud del cual se opera la transmisión del total patrimonio de una o varias sociedades en favor de una tercera, que, como contrapartida, entrega acciones propias a los accionistas de la sociedad o sociedades transmitentes, que se disuelven sin liquidación». Partiendo de ésta a manera de definición, se configura todo el campo jurídico de la fusión de sociedades en el aspecto teórico.

La fusión tiene dos posibilidades; una, fusión por creación de nueva sociedad; otra, fusión por absorción. Ambas tienen unas características comunes que se estudian detalladamente. Así la necesidad de que tal fusión sea acordada por todas y cada una de las sociedades que tratan de fusionarse; la disolución o extensión de la sociedad anterior; la transmisión del patrimonio de cada una de aquéllas a la sociedad absorbente o bien a la nueva que surja sin que nadie, previamente a la transmisión, una liquidación. Por último como nota común a ambas formas de fusión destaca el que la contraprestación debida a las sociedades que se ex-

tinguen consista precisamente, en acciones o títulos vinculativos a la sociedad absorbente o, en su caso, a la nueva sociedad.

Como características específicas de cada una de estas formas de fusión, señala dentro de la fusión por creación de una nueva sociedad, en primer lugar, el hecho de que la disolución afecta a todas las sociedades que en ella intervienen, y en segundo, la consiguiente creación de una nueva sociedad heredera de las fusionadas. En la fusión por absorción se pueden igualmente distinguir dos notas características; por un lado la subsistencia de la sociedad absorbente; por otro, el consecuente aumento de capital de dicha sociedad.

El propio vocablo «fusión» lleva en sí una obscuridad terminológica que a la hora de valorar su contenido jurídico en el supuesto concreto de las sociedades mercantiles, no resulta fácil aclarar sus distintos significados. Por ello, Motos en su estudio trata de diferenciar tal supuesto de otros que, estando en una íntima relación con el analizado, se han identificado por algunos autores. Entre estos supuestos análogos en alguna manera a la fusión, se encuentran las uniones de empresas, la cesión de todos los negocios de una sociedad a otra subsistiendo aquélla para responder de sus obligaciones, la unión de patrimonios y contabilidades bajo una única dirección, la transmisión global de uno de los establecimientos entre varios pertenecientes a una sociedad. La razón en la cual fundamenta Motos la diferencia entre estos supuestos y la fusión está precisamente en que no cumplen

el requisito esencial de la previa disolución de la sociedad o sociedades informadoras de la futura.

Por contradecir el principio de la transmisión universal de patrimonios en la fusión de sociedades, es necesario descartar de esta forma, todos los supuestos en los cuales la transmisión del patrimonio se realiza de una manera parcial y todos aquellos en los que el patrimonio se transmite a título singular. De igual modo, por contradecir el principio antes señalado de la ausencia de liquidación, es necesario separar del supuesto general de fusión, el caso de la sociedad absorbida que se obliga a liquidar su patrimonio para convertirlo en efectivo y entregarlo en la caja de la sociedad absorbente, así como el de fusión de «sociedades en liquidación».

En ocasiones sucede que una sociedad adquiere en bloque todo el patrimonio de otra. Se produce entonces una unificación de patrimonios que claramente se diferencia de la fusión, toda vez que ésta no es una simple unión de patrimonios, sino que además implica la «integración de distintas personas jurídicas en una sola personalidad. Pero este problema se complica cuando «la compra en bloque del patrimonio de una sociedad se lleva a cabo contra entrega de acciones por parte de la sociedad adquirente, seguida de la disolución de la sociedad titular del patrimonio adquirido, pues en este caso se da también la unificación de personalidades jurídicas, propia de la fusión». Tampoco en este supuesto se da, a juicio del autor, una «fusión», ya que en esta

«fusión-venta» las acciones que reciben los accionistas de la sociedad absorbida las reciben como precio de venta y con carácter de cuota de liquidación.

Son todas estas cuestiones del máximo interés y que encuentran en Motos una solución jurídica totalmente limpia producto de una indudable elaboración detenida.

Al proceso de fusión se dedica un capítulo aparte en el que se analizan primeramente los llamados «pactos de fusión» y la ejecución de la misma. Varios son los problemas que nacen de este proceso. Se contemplan con detenimiento las cuestiones en torno a la forma social de las empresas fusionadas; aquellos que se derivan de la «exigencia o no de una identidad de objeto social entre las empresas fusionadas»; el de si los capitales o patrimonios en la fusión componen, con su suma, el capital de la sociedad absorbente o dicho con palabras del autor, «el capital de la nueva sociedad creadora, ¿tendrá o no que ser igual a la suma aritmética de los capitales de las sociedades que intervinieron en la fusión?». Cuestiones de interés en este aspecto son las medidas que se hace necesario crear a fin de proteger a los acreedores de la sociedad absorbida; la responsabilidad de la sociedad resultante de la fusión, la cual asume los derechos y obligaciones que tenían las sociedades fusionadas; la ejecución de las obligaciones pendientes al tiempo de la fusión.

El estudio de cada uno de estos puntos —densos por naturaleza— va acompañado de la exposición de las soluciones que las distintas

legislaciones han dado a los mismos.

Como ya se indicó, la segunda parte de la obra de Mofos se refiere al análisis de la regulación que la fusión de sociedades merecía en la época precedente a la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

Puede decirse que anteriormente a la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas vigente, la regulación de la fusión de sociedades se fundamentaba sobre tres pilares. En primer lugar las normas del Código de Comercio auxiliado a efectos de investigación con la muleta del Proyecto de Reforma de 1926-1927. En segundo término estaba el antiguo Reglamento del Registro Mercantil de 1919 (artículos 138 y 139). Por último, la legislación especial de la postguerra.

Esta regulación positiva viene completada, o mejor dirigida, por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y el Notariado, así como por la doctrina patria. En este último aspecto se hace forzoso desfiar al profesor Garrigues, el cual «encuadrando la fusión entre los supuestos de disolución de las sociedades sin liquidación tiene el mérito de haber expuesto las notas esenciales de la fusión, tratando de proyectarlas sobre nuestro Derecho positivo».

El indudable confusionismo legislativo que en esta etapa impregnaba la regulación de la fusión de sociedades, sobre todo si se tiene en cuenta la complejidad de cada situación que sobre este tema pudiera plantearse, es desbrozado por

el autor tratando de sistematizar las soluciones a los supuestos concretos.

La última parte comprende el estudio de la fusión en la vigente Ley de Sociedades Anónimas. Está dividida en dos capítulos, el primero de los cuales tiene por contenido la exposición del sistema de la Ley, de Sociedades Anónimas. Está dividida en dos capítulos, el primero de los cuales tiene por contenido la exposición del sistema de la Ley, y el segundo el «examen detenido de los problemas clásicos de la fusión y de aquellos otros que pueden resultar de la forma como los primeros son regulados por la Ley».

Al referirse al sistema de fusión en la Ley, se hace una exposición minuciosa de las cuestiones jurídicas que de aquella se derivan, tales como las formas admitidas de fusión y su naturaleza jurídica, los derechos concedidos a los socios, las garantías otorgadas a los acreedores sociales y el régimen formal de la fusión.

Es natural que la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas plantee en el campo concreto de la fusión, problemas de transcendencia. Estos se estudian en el último capítulo y entre ellos vale destacar el problema de la forma de las compañías fusionadas, el objeto social de las sociedades fusionadas, los acuerdos sociales de fusión y la protección de minorías, el momento de extinción de las sociedades que desaparecen por fusión, el hecho de la sucesión universal como factor de la fusión, la protección de acreedores, los

balances de fusión y las consecuencias de la infracción de las normas legales.

Es en definitiva a nuestro juicio, una obra de sumo interés, tanto por el carácter especializado de

su contenido; como por la utilidad que encierra, ya que comprende el estudio de uno de los problemas que en nuestros días alcanza un crecido número de litigios.

A. NIETO

E. POLITICA

ESTRUCTURA DE LA INDUSTRIA AMERICANA, de Walter Adams. Introducción de Edward S. Mason. E. Ariel, Barcelona 1956.

Esta obra constituye la recapitulación de una serie de trabajos examinados al estudio de la Industria Americana, pero estudios hechos bajo un puro aspecto económico y eliminando toda una serie de datos, fácilmente obtenibles pero que no tienen sino un carácter puramente histórico o técnico, y resaltando los que determinan los precios y producciones.

Ha siempre preocupado a la literatura económica americana el estudio estructural y funcional de su industria, determinante juntamente con los mercados y la Empresa, del carácter dinámico y creciente de su economía industrial, como nos dice S. Mason en la introducción.

La obra que comentamos se divide en quince capítulos que estudian respectivamente los siguientes extremos:

1. La agricultura, por W. R. Knight.

2. La industria textil algodonera, por A. McIsaac.

3. La industria de la hulla, por J. Schmookler.

4. La industria de la construcción residencial, por C. Abrams.

5. La industria del acero, por W. Adams.

6. La industria química, por A. E. Kahn.

7. La industria petrolífera, por J. B. Dirlam.

8. La industria automovilística, por D. A. Moore.

9. La industria de los cigarrillos, por R. B. Tennant.

10. La industria cinematográfica, por W. F. Hellmuht.

11. La industria del envase de hojadelata, por C. H. Hessión.

12. El transporte aéreo, por H. M. Gray.

13. La industria del periódico, por T. J. Krepis.

14. La política pública en una economía de empresa libre, por W. Adams.

15. Epílogo: La organización laboral en una economía de empresa libre, por C. C. Killingsworth.

Como queda señalada en la distinta enumeración de los capítulos, se debe a distintos profesores y economistas americanos, el desarrollo de los mismos, cuyo interés es tan grande, como fácil, comprensiva y sugerente, resulta la exposición, con esta preocupación de los autores científicos norteamericanos de exponer los problemas con una claridad que permita la comprensión total del lector y de hacerla asequible, incluso y en la medida de su posibilidad, al no iniciado.

Todos son interesantes, repetimos, pero nosotros trasladaremos únicamente a estas líneas el último capítulo, de Charles C. Killingsworth, consagrado a la organización laboral en una economía de libre empresa, y que tiene especiales sugerencias para el autor de estas líneas, porque estimamos que en un porvenir inmediato Europa debe convertirse en un gran mercado de libre Empresa y la organización laboral continental debe sufrir una derivación hacia otras características, ya que la forzada unificación de legislaciones sociales derivadas de una política económica de integración, supondrá indudablemente unas nuevas orientaciones, que en ningún caso pueden ser indiferentes para el economista.

La organización laboral afecta a un aspecto de la economía, «el trabajo de los seres humanos», cuya importancia sobrepasa al de cual-

quier producto de cualquier industria. La mano de obra es «nuestro recurso básico», dice Killingsworth.

La Tesis que propugna este ilustre Catedrático americano «es que la competencia perfecta (o al menos razonablemente efectiva) no puede obtenerse en un mercado laboral aunque no existieran los Sindicatos, que la acción colectiva de los obreros es esencial para compensar algunas de las imperfecciones de los mercados laborales, que los Sindicatos llevan a cabo vitales funciones de tipo no económico, y que, en resumen, la contratación colectiva debería fomentarse».

La competencia perfecta en el mercado se define por la lucha, por la controversia entre la pretensión «jornal» del obrero y el ofrecimiento del patrono. En esta relación es indudable la desventaja del obrero, prescindiendo del nexo sindical, desventaja que nace de factores psicológicos y de factores materiales. El no cumplimiento del salario justo, factor siempre posible, trae indudablemente a la larga más inconvenientes a la clase Empresaria que a la clase trabajadora. En esta última, sobre todo en nuestro continente, se mantiene por esta «injusticia del salario», una nota de resquemor de vindicación que hace difícil la «colaboración» entre empresario y productor, lo que afecta tanto el aspecto social, como aspecto económico se siente desligado, enemigo casi, de la marcha de la Empresa y porque dentro del ciclo económico general del país, queda fuera como posible «consumidor», de una serie de probables adquisiciones por no permitirle su jornal defraer lo necesario ni

para tal clase de inversiones ni para el ahorro, indispensable para que un país alcance un nivel de prosperidad económica. Resultará demasiado sacrificio exigir de las masas empobrecidas que realicen ahorro, imprescindible para vitalizar su país, sobre todo cuando en éstos es donde quedan más de manifiesto las desigualdades sociales.

Estudia el autor de este interesante artículo las críticas que el sistema sindical norteamericano ha padecido y padece, analiza detenidamente las más importantes para llegar a la conclusión de que salvando posibles y eventuales perjuicios, la «contratación colectiva» es ventajosa y entre otras razones considera que la participación del obrero en la Empresa transforma al mismo en ciudadano de la industria antes que en súbdito de ella.

Consagra los últimos párrafos de su estudio a examinar las disposiciones legales americanas en materia laboral, deteniéndose claro está en la fundamental Ley Wagner, en la que por primera vez se declara la protección oficial, franca y decidida, a la contratación colec-

tiva, a la que se trató de unilateral, y se acusó de que concedía tantas prerrogativas a los obreros como abandonaba los derechos de los Empresarios. Estas acusaciones motivaron reacciones en diversos Estados de la Unión, hasta que de modo general, en 1947, se da una nueva ley, que pretendía ser más equilibrada: es la conocida con el nombre de Taft-Hartley que modifica en algunos puntos, substanciales, los principios de la Ley Wagner. Como son por ejemplo la disposición que prohíbe la coacción sobre los empleados para afiliarse a un Sindicato, y las que disponen la necesidad de votación para la continuidad de huelga, que con el arma de los empresarios (suprimido el boicot) de sustituir permanentemente a los huelguistas, que por esta circunstancia pierden el derecho de votar, surte efectos extraordinarios en la evitación de paros y conflictos laborales.

Termina su trabajo el Profesor Killingsworth, estudiando las tendencias hacia una nueva política laboral.

L. C.

CURSO DE ECONOMIA MODERNA, Paul A. Samuelson.-Traductor, Doctor J. L. Sampedro.-E. Aguilar. Madrid, 1956.

Nos bastaría plagiar la magnífica nota preliminar del traductor de este libro, doctor José Luis Sampedro, Catedrático de la Facultad de Cien-

cias Políticas y Económicas de Madrid, para dar idea a nuestro lector no sólo el valor de la obra, sino la finalidad intrínseca perse-

guida por ella. «Quizá —nota que inicia con estas palabras de Samuelson— los norteamericanos de nuestros días no tengan otro deber cívico más importante que el de poder leer, con cierta capacidad de crítica, los informes económicos que el Presidente de los Estados Unidos eleva al Congreso». Este reconocimiento por tan elevada autoridad en problemas económicos, de la importancia de nuestros estudios, dice el señor Sampedro, «resulta grato y hasta conveniente». Y continúa, «porque es el caso que, en nuestro país y en otros, el bachiller o alumno de enseñanza media y preuniversitaria sale de las aulas conociendo por ejemplo lo que es la calcopirita, pero sin haber recibido la menor información sobre lo que es un Banco. A pesar de que indudablemente (sin la menor intención por mi parte de menospreciar a la calcopirita) es casi seguro que el flamante bachiller habrá de recurrir a algún Banco durante su vida, siendo, en cambio, poco probable que le afecte algo relacionado con la calcopirita. Y hasta me atrevo a añadir que, de afectarle, puede que sea únicamente por motivos económicos en la mayoría de los casos».

Es evidente que en nuestra Patria (pese a la creación reciente de las Facultades de Ciencias Políticas y Económicas, muy a la larga fiamos la finalidad práctica de esta Licenciatura), no existe interés por la economía, como no existe, evidentemente, la menor coordinación económica en la Administración Central, suponiendo graciosamente la existencia de una problemática preocupación económica.

En el primer capítulo de su obra traza el Profesor Samuelson la finalidad de la ciencia económica, cuya primer tarea, dice, es la de describir, analizar, explicar y relacionar las fluctuaciones de la renta nacional, de las que nos interesa la prosperidad, como la depresión, la inflación como la deflación de los precios. Por ello, como fundamento de aquélla, consagra la mitad de su obra a estudiar los problemas de producción nacional.

Seguidamente estudia la Renta Nacional, su determinación y sus fluctuaciones.

La tercera parte la consagra a la Composición y la determinación de los precios de la producción nacional, la cuarta a la distribución de la renta, la quinta al Comercio y Finanzas Internacionales, y la sexta y última, como epílogo, al estudio de los distintos sistemas económicos.

De la amenidad de su lectura, de la facilidad de su comprensión, de lo perfecto de su sistema pedagógico, basta el nombre del autor para avalarlo.

Pero estimo necesario recalcar nuevamente palabras del citado traductor, Prof. Dr. Sampedro, cuando dice de su traducción que consagrada a la economía norteamericana, considera necesario para el estudiante español el conocer el sistema del país más próspero y poderoso. Así es, efectivamente, pero estamos muy necesitados en España de quien nos diga la situación real de nuestra economía con valentía y patriotismo, que no es amar a su patria el querer desconocer nuestras propias necesidades y nuestro atraso evidente en el avance industrial.

El libro es sugerente; su claridad de exposición extraordinaria y lo suficientemente amplio de su contenido permiten que sea bastante para una iniciación en la ciencia económica. La traducción espléndida, quizás porque ha querido

desmentir el Profesor Sampedro; la vieja máxima de Traduttore, traditore, que él mismo cita con ejemplar modestia, pero consciente de lo eficaz y serio de su labor.

L.-C.