

NUEVA SERIE

VOLUMEN IV

REVISTA DE LA  
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD  
DE OVIEDO

DICIEMBRE 1956

AÑO XVII - N.º 79

# 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 guerra civil y el Derecho Internacional, por M. Aguilar Navarro 429
- Criterio sobre las incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, según el decreto-ley de 13 de mayo de 1955, por Sabino Alvarez Gendín ..... 463
- Problemática del poder (Especial referencia a la doctrina de H. Laski), por Bernardo Zulaica ..... 473
- Valor actual del Derecho Privado, por Manuel Iglesias Cubría 499
- Para una determinación del concepto de Derecho Real, por Alfonso Gómez-Morán Etchart ..... 541

## VIDA DE LA FACULTAD

- La misión de la Universidad, por Fernando Inclán Suárez ..... 563

## SECCION DOCTRINAL

# “LA GUERRA CIVIL Y EL DERECHO INTERNACIONAL”

## I.—INTRODUCCION

EL enunciado del tema resulta un tanto ambicioso, acaso desorbitado. Hablar de la Guerra Civil y el Derecho internacional equivale, de hecho, a plantearse todo el problema del actual Orden internacional, y no sólo en su plano normativo, sino más decisivamente en el institucional y político. Mi propósito es mucho más modesto. Aspiro tan sólo a llamar la atención sobre la actualidad e importancia de la cuestión. Trato de destacar algunas de las dimensiones que el problema presenta y mostrar la inadecuación de las fórmulas legales y constitucionales imperantes. Quiero, ante todo, denunciar la relativa poca atención que se concede en las obras usuales a este capítulo importantísimo de la vida pública. Mi última meta será el poder dejar firmemente establecido el vínculo que liga la empresa de renovación del Orden internacional con el éxito o fracaso que corone el esfuerzo por lograr una reforma sustancial del régimen clásico de la guerra civil.

Todo lo anteriormente expuesto supone por mi parte una global repulsa de las concepciones, según las cuales la Guerra Civil es un fenómeno marginal al Derecho internacional, en el cual sólo indirectamente repercute para conseguir dos propósitos: 1) que la guerra civil subsista y evolucione como tal sin afectar para nada a la paz internacional; 2) que

las relaciones internacionales se vean perturbadas en la menor medida posible por los acontecimientos estrictamente domésticos. Se trata de una marginalidad sumamente relativa, en cuanto que el Derecho internacional penetra, un tanto furtiva e inconfesablemente, en el ámbito de la Guerra civil, guiado por la necesidad de sustentar unos criterios jurídicos de los que depende el que la guerra civil no se transforme en una guerra internacional. Ahora bien, desde el instante en que el Derecho internacional procede a esa regulación periférica, indirecta, se ve obligado, al querer que sus normas tengan eficiencia, a una progresiva penetración en el campo mismo de la guerra civil. Hoy sabemos perfectamente que los conceptos clásicos de la guerra civil; me refiero al problema del reconocimiento, no intervención, responsabilidad, etc., sólo son operantes apoyándose en unas decisiones que afectan a la sustancia misma de la guerra civil.

Los propósitos que orientaban la acción del Derecho internacional clásico estaban condenados a la esterilidad ya desde su misma pronunciación. En efecto, para que la guerra civil quedara reducida a un fenómeno estrictamente doméstico, sin afectar para nada a la vida internacional como tal, resultaba indispensable que se impusieran estos principios: 1) un Orden internacional en posesión de una superioridad política que le permitiera proceder a la delimitación exacta de lo que pretende ser la frontera que separa lo político interno de lo político internacional; 2) una supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, el cual vendría a ser un Derecho subordinado, un régimen particular y especial; 3) unos principios políticos y constitucionales que configurasen debidamente el catálogo de los derechos políticos de los hombres y de las comunidades sociales. El primer y más ostensible fallo de la teoría clásica sobre la guerra civil consiste en su absoluta incapacidad para precisar cuando estamos en presencia de una auténtica y exclusiva guerra civil. Ni el criterio objetivo, ni el intencional y subjetivo son adecuados. Pretender valorar la guerra civil en función de la actividad física desplegada es a todas luces insuficiente. Buscar un criterio selectivo en los motivos que inducen a la guerra civil es algo complejo y viscoso. La realidad es que

la guerra civil viene calificada no sólo por la voluntad de los que intervienen, sino fundamentalmente por la actitud de los terceros. Los fenómenos de Corea, China, Indochina, Argelia, etc., son claras muestras de cómo ante un mismo hecho unos Estados afirman su naturaleza de conflicto civil, en tanto que otros declaran que se trata de una verdadera guerra internacional. Hay una cierta afinidad con el problema espinoso de la distinción entre conflictos políticos y jurídicos. Una guerra civil pretende pasar como un fenómeno perfectamente ubicado en la normalidad jurídica internacional, a la que no afectaría. Mas esa afectación o indiferencia es en último término algo subjetivo, que dependerá no sólo de la misma dialéctica de la guerra civil, sino de la actitud que los Estados decidan con relación al resultado de la contienda. Así vistas las cosas, la calificación civil de una guerra puede ser el resultado de diversas actitudes políticas de matiz estrictamente internacional. La calificación de la contienda se convierte en la primera línea de lo que está destinado a ser la plataforma internacional de una Potencia con pretensiones hegemónicas.

Hace unos años que me he impuesto la misión de analizar los factores que explican la crisis del Orden internacional clásico. En esta empresa, modestamente acometida, resulta de significación esencial el ir consiguiendo una mayor riqueza de planos, de medios en los cuales puede localizarse mi diagnóstico. Para mí el Orden internacional está en crisis por su ineptitud funcional: su incapacidad para cumplir la misión de todo Orden jurídico y político, o séase el convertirse en un cauce y sistema que haga posible una justa y humana convivencia, una limitación y sumisión del pánico, desconfianza y fuerza. Y el Orden internacional fracasa por no suponer ninguna aportación positiva en esa tarea: no posibilita esa convivencia en cuanto no tiene soluciones que hagan realizable una dinámica plenamente lograda. Para mí la guerra civil no puede ser un capítulo perdido de alguna institución más o menos lograda del Orden internacional. La guerra civil es una faceta del gran problema del llamado proceso de integración o dispersión del Poder y hay que entenderla en función del mismo.

## II.—ACTUALIDAD DEL PROBLEMA

Los internacionalistas no conceden la importancia debida al hecho de que nuestra crisis internacional coincide con una crisis política, social, técnica y económica universal. Es el orden internacional, pero también el interno lo que está en crisis, y esto es lo que configura de una manera radicalmente dramática nuestra situación. En el campo teórico, y sólo a título de simple especulación, cabe pensar en estas situaciones: 1) crisis internacional sobre una base de normalidad doméstica; 2) crisis doméstica sobre una normalidad internacional; 3) crisis internacional concurrendo con la doméstica. Las guerras de la época monárquica, de la Sociedad internacional dinástica correspondían al primer tipo. La mayoría de las revoluciones del siglo XIX eran, especialmente en sus inicios, ejemplos del segundo tipo. Las guerras finales de la Francia revolucionaria, las guerras napoleónicas, las guerras modernas de los totalitarismos son típicas manifestaciones de la última especie.

La dialéctica de la lucha política, la ley fatal que guía incluso mecánicamente su proceso, hace que siempre se camine hacia la última fórmula. Cuando las guerras internacionales se estabilizan, se hacen sustanciales, entonces fatalmente el sistema doméstico se va configurando en función de esas exigencias de lucha internacional y termina por transformarse revolucionaria y bélicamente. Para RANKE y otros sagaces historiadores, la Revolución francesa vino a ser el resultado de una necesidad sentida por Francia para poder sostener su rango de potencia bélica. Cuando la crisis doméstica es profunda, entonces fatalmente tiene la tendencia a transfigurarse en una actitud radical ante lo internacional, y así surge la crisis internacional traída de la mano y como consecuencia de una revolución doméstica. Y no es el tono ideológico el que impone esa transformación; es la necesidad nacida de la misma crisis doméstica. Girondino y jacobino, stalinista o trotskista son actitudes distintas en los que lo esencial es la preocupación por lograr en la acción internacional la garantía y consolidación de la empresa revolucio-



naria doméstica. En conclusión: imperativamente llega un momento en que crisis doméstica e internacional concurren. Es nuestra época. También lo fué la del final de Roma, del feudalismo...

Si es cierto lo que acabo de decir; no puede tampoco dejar de serlo el principio que manifiesta la ecuación que para mí existe entre guerra civil y guerra internacional. Hoy apenas es necesario insistir en el hecho de que guerra y revolución son fenómenos parejos, y que, por lo mismo, dentro del proceso revolucionario es pueril separar sus dos aspectos: el civil y el internacional. Precisamente siendo el factor civil intenso, es cuando, y sólo cuando cabe decir que estamos en presencia de una verdadera crisis internacional. De igual modo que sólo puede hablarse de auténtica crisis del Estado cuando éste es incapaz de resolver por el cauce legal la rivalidad social y económica; de igual forma la crisis internacional se caracteriza por su incapacidad para dominar la guerra civil, para encauzarla y aislarla del ámbito internacional.

Mas no tengamos una propensión tan radical en favor de las afirmaciones dogmáticas, de las estimaciones de principio, y sea más prudente el atenernos a los hechos.

Muchos de mis lectores repudiarán sin grandes vacilaciones mis afirmaciones de principio. Pienso que será más difícil negar los acontecimientos actuales. Me limitaré a recordar los siguientes sucesos históricos de cuya importancia nadie creo se atreverá a dudar. Guerra civil española. Guerra civil china. Guerra de Indochina. Campañas bélicas de emancipación colonial después de 1945. Sublevación checoslovaca. Guerra de Corea. Rebelión húngara.

La desintegración del sistema ginebrino, la caída vertical del orden capitalista y burgués está jalonado de estas guerras civiles. Con papeles distintamente repartidos, cambiando la escenografía; la realidad es que en todos esos conflictos hemos asistido a la misma tragedia: liquidación de un sistema sin saber cuál le sucederá.

La guerra civil española —lo reconocieron ambos beligerantes— era una gran batalla internacional que se libró en un espacio nacional. De su proceso de internacionaliza-

ción son buena prueba: 1) la persuasión de los beligerantes de que representaban y luchaban por actitudes que estaban llamadas a informar todo el Mundo: era una concepción mesiánica, ecuménica del combate; 2) por la intervención de fuerzas internacionales que lo hacían: a) por la irradiación universal y humana de la batalla (los nacionales hablaron de Cruzada; los republicanos de liberación, y tanto unos como otros galvanizaron las grandes fuerzas mundiales); b) por la decidida participación de fuerzas colectivas: sindicales, sociales y políticas que actuaban persuadidas de que el combate les afectaba existencialmente; c) por imperativos nacionales, estatales, lo que explica la acción alemana, italiana y la especial forma de presentarse Portugal, Rusia y grandes democracias. De hecho todos intervinieron: que intervenir era no sólo el actuar directamente, sino también el tratar de que no se actuase; 3) por la misma actitud de los organismos ginebrinos y por la política del famoso «Comité de no Intervención». La realidad fué: 1) que se trataba de una guerra internacionalizada; 2) que el Orden internacional para hacer frente a sus peligros tenía que eludir el cumplimiento de las normas clásicas sobre la guerra civil y crear procedimientos y situaciones fácticas revolucionarias. En suma: se violó el Derecho internacional clásico por su inidoneidad para resolver nuestra guerra.

Al concluirse la guerra mundial, cuando después de 1945 se hizo manifiesto el grado de desintegración del viejo Orden político internacional, comenzaron a surgir escenarios bélicos en los que el motivo de la lucha era la emancipación de las colonias, la disolución de los pasados imperios de Ultramar. Si en las guerras civiles usuales es la oposición de formas de vida, la distinta interpretación de los fines a los que debe servir el Poder el hecho que justifica la suspensión de la convivencia y produce la escisión del Estado en dos comunidades, cada una de las cuales se dispone a «controlar» el Poder; tratándose de las guerras de emancipación colonial el motivo no es otro que la incapacidad de la Metrópoli para cumplir cualquiera de estas dos misiones: 1) facilitar el proceso de madurez del pueblo sometido, con el cual se le capacita para conseguir su independencia, y todo

esto siguiendo una vía pacífica y legalizada; 2) crear una solidaridad de intereses, suscitar una comunidad de aspiraciones que tenga la virtud de fundir a los dos pueblos en una gran unidad de acción histórica. El rasgo internacional de este tipo de guerra civil es aún más acusado en el supuesto anterior. Pues si siempre afecta al juego político internacional, a la especial configuración en el complejo mosaico de las relaciones entre Poderes, cualquier gran cambio en la titularidad del Poder dentro de un Estado, en tanto que es el equipo gobernante el que fija la política de la propia Comunidad; cuando se trata de una escisión de un grupo político, con el consiguiente nacimiento de otra unidad de acción, la alteración en los supuestos políticos, geográficos, etc., del Orden internacional es más intensa, puesto que con tal hecho asistimos a la irrupción de un nuevo posible protagonista de la vida internacional. Con esta suerte de guerra civil se modifican los supuestos constitucionales del Orden internacional, los cuales reposan ante todo en la acción de las unidades estatales, que son el factor primario de la estructura internacional. Esta indiscutible internacionalidad que ofrece el fenómeno ha terminado por barrer las reservas que se hacían a una acción de los principios internacionales basada en la alegación de la cláusula de competencia doméstica.

La guerra civil china implica un paso más en la dirección trazada por la española. Las características íntimas de la citada contienda tienen marcada semejanza con las que perfilaron la lucha iniciada entre nosotros en 1936. Guerra más bien social que estrictamente política, en la cual se disputaba por la conservación, débilmente retocada, de unas estructuras sociales, frente a los que, acaso sin grandes precisiones, se sentían apasionadamente movidos por un cambio radical que pusiera fin a vestigios feudales y estamentales aún muy poderosos. Tienen las dos guerras civiles un acento agrario, rústico, campesino indiscutible. La acción de las Grandes Potencias también fué un tanto semejante: pretensiones democráticas de llegar a una solución mediante la prioridad de los factores puramente políticos, culturales, mediante fórmulas de síntesis y concordia; actuación totalitaria, dicta-

torial con las dos versiones conocidas de comunismo y nacionalismo. Hay unas diferencias que no es lícito silenciar; me refiero a la distinta importancia y significación del factor confesional, como también al tono político diferente que presentaba la actuación del Kuomintang y de su Caudillo. Hay un hecho de especial alcance y es la subordinación provisional de la guerra china a la entablada con el Japón. Esta cooperación de los dos antagonistas chinos en el combate hacía posible una afinidad de base: al menos existía un mínimo colectivo representado por la hostilidad frente al invasor. El coeficiente de internacionalismo de la Guerra china es mayor que en la española, y lo es no sólo por el distinto rango de los Poderes afectados, por el desigual impacto que el protagonismo chino ejerce sobre los acontecimientos mundiales, sino muy fundamentalmente porque con la guerra china surge: 1) un nuevo gran poder mundial; 2) una nueva fórmula revolucionaria; 3) una acción de poderes no europeos ni occidentales. Por otra parte la polémica internacional producida al terminarse la contienda continental china es extraordinaria y se manifiesta: 1) en la discrepancia de actitudes entre los dos grandes bloques; 2) en la escisión producida dentro del bloque occidental respecto de la política a adoptar ante el gobierno de Pekín y de Formosa; 3) por la anormalidad que supone la situación de Formosa y la acción americana de apoyo a su gobierno; 4) en virtud de la obligada conexión que se estableció entre la guerra civil y la aventura coreana.

La dosis de internacionalismo es tan fuerte en el caso de Corea que muy difícilmente puede seguirse reflexionando de acuerdo a las categorías de la guerra civil clásica. En Corea concurre la lucha doméstica, la liquidación de un período colonial, la disputa de los Grandes sobre una zona divisoria y esencial en la llamada frontera mundial. Factores políticos, geopolíticos, etc., son los dominantes en la configuración del episodio coreano. La disputa es tan radical que es en Corea donde se demuestra cómo la calificación de civil dada a una contienda es un acto de decisionalidad política extrema. Para Rusia la intervención de la ONU era condenable puesto que sólo se trataba de una guerra civil. Para el Occi-

dente fué una guerra de agresión, pues con medios bélicos orientados por una potencia internacional se alteraba la situación política en Corea. Esta disputa arrojaba luz sobre posibles novedosos aspectos de la guerra civil. La noción misma de la agresión, el principio de la integridad territorial e independencia política, de cuya garantía cualquier sistema de seguridad colectiva hace uno de sus postulados básicos, tenía que ser modificada para poder comprender situaciones como la de Corea. Y nó cabía ya en ese proceso desembocar en una interpretación conforme a la cual una determinada acción rebelde contra el Poder constituido fuera calificada de acto de agresión.

El levantamiento de Hungría es un dato más que viene a ilustrar el proceso histórico y político que vengo torpemente perfilando en una exposición simplemente fenomenológica. Pero para mejor entender el caso húngaro es necesario no perder de consideración lo acontecido en Polonia. Hay muchos matices y circunstancias que indudablemente particularizan a cada uno de los fenómenos a los que aludo, pero frente a esas disparidades hay una reacción soviética que ha sido radicalmente diferente en función del alcance internacional que tuvieron los actos del Gobierno orientado por el equipo de Gomulka y el presidido por Naggy. En un caso la revuelta trata de no perturbar una alianza internacional, una alineación política; en tanto que en Budapest se anuncia la revisión de la alianza oriental y se solicita una neutralidad bajo la garantía de la ONU (de una ONU de hecho manipulada por los EE. UU.). En el caso húngaro la revolución doméstica está ambientada en una acción internacional de gran alcance: nada menos que la desintegración del bloque oriental. El carácter civil de la contienda queda al servicio de una competencia destinada a dar una nueva configuración al mundo. Por eso las actitudes de los campos adversos han sido radicales: Rusia no sólo ha proclamado el carácter doméstico de la contienda, sino que ha «intervenido» con todos sus recursos. El Occidente se ha quedado a medio camino: ha apuntado el carácter internacional de la lucha, mas, llegado el momento de actuar en consecuencia, ha retrocedido. La acción occidental ha motivado una polémica doctrinal, legal y po-

lítica de grandes vuelos. Se condena a los occidentales por su política torpe; se procede a una revisión del concepto de la intervención, empresa un tanto difícil, pues impone un deslinde no sólo formal: no hay que olvidar que se defiende la intervención occidental y se condena la rusa, la cual sólo tiene sentido procediendo sobre la base de unos previos criterios de legitimidad, que ciertamente no pueden reducirse al mero dato cronológico de la sucesión temporal de las acciones. Y como remate de todo esto se plantea de nuevo el problema de la licitud y necesidad de la guerra.

A la luz de los datos apuntados resulta una conclusión evidente: la guerra civil es uno de los fenómenos que mejor caracterizan la crisis de nuestra época.

### III.—LA GUERRA CIVIL Y SU TRATAMIENTO CLASICO

Muy raramente encontramos en un Manual, o en un Tratado, un estudio autónomo y especial de la guerra civil. Por lo general los internacionalistas se limitan a separadas alusiones, las más de ellas incidentales, al tema. Ensamblando los planos que resultan de esa contemplación fragmentaria, puedo apuntar el esquema siguiente, el cual, después, deberá ser interpretado: intencionalmente presentado.

Me limitaré, al menos de momento, a trazar cinco rasgos con los que situar la cuestión. Estos son: 1) la guerra civil y la autonomía constitucional del Estado; 2) la guerra civil y el problema del reconocimiento; 3) la guerra civil y el tema de la responsabilidad internacional; 4) la guerra civil y el régimen de neutralidad; 5) la guerra civil y el derecho de comercio y tránsito.

La guerra civil pretende pasar como hecho extraño al orden internacional, aunque tal marginalidad no sea producto propio, sino una calificación obtenida por la acción de una norma internacional. Lo que sucede es que la Constitución internacional otorga en principio a toda comunidad nacional

la facultad de determinar autónomamente su régimen constitucional, su estructura social y disposición administrativa. Y el Derecho internacional no sólo confiere al Estado esa capacidad, que históricamente le es originaria, sino que trata de no discriminar sobre cuáles deben de ser los medios y formas utilizados por el grupo para canalizar su decisionalidad constitucional. Para que el Derecho internacional limitara la forma de actualizarse esa autonomía constitucional, sería indispensable que él mismo se definiera ideológicamente, políticamente. No bastaría, por otra parte, que el Orden internacional definiera los modos con los cuales un pueblo se determina constitucionalmente, si al mismo tiempo no se concretan las medidas a tomar cuando se imposibilita el ejercicio eficiente del Poder constituyente por una parte de una Comunidad. Todos estos hechos han provocado una muy característica posición por parte de los autores latinoamericanos. Es de observar que son esos medios, antes aludidos, los que más se han preocupado por garantizar la marginalidad de la guerra civil: su carácter absolutamente doméstico. Lo han hecho en virtud de lo que ellos consideraban necesaria defensa de unas posibilidades democráticas, sólo por ese medio realizables. Y en tal régimen de guerra civil, los latinoamericanos son los que más se destacan por ligar el fenómeno apuntado con el proceso histórico destinado a crear nuevos sujetos internacionales. En la actitud latinoamericana hay unos factores y una psicología que resulta determinante. Son pueblos que tienen una **doble experiencia** de la guerra civil: la colonial y la propiamente interna o cívica. Y están tan mezcladas ambas posturas que toda guerra civil tiene en ellos **facetas** de colonización muy claras.

La justificación de la marginalidad de la guerra civil está en función del Derecho que tiene un Pueblo para darse su propio régimen constitucional. Mas aquí se opera con nociones y realidades distintas y que demagógicamente se confunden. Se trata de un Derecho que tiene el Pueblo, o sease la ciudadanía. Derecho que en ocasiones habrá que imponer a los Poderes constituidos, al mismo Estado como cristalización de un grupo de privilegiados. Mas el Derecho internacional se desentiende del protagonismo del cuerpo ciu-

dadano y pasa a configurar tal autonomía constitucional como el poder que tiene el «titular» [del poder, o séase el mismo gobierno a determinar el régimen político. De este modo el Derecho internacional capitula ante los hechos consumados, ante la situación de fuerza, y sólo mediante la fuerza, cuando ésta se impone y consolida, el Orden internacional se pone en contacto con las realidades. Este fenómeno político, esta decisividad de la fuerza, que se traduce jurídicamente por medio de la noción de la efectividad, se registra tanto cuando se habla de la autodeterminación de una comunidad humana para afirmar su independencia, como del poder de la misma —ya independiente— para otorgarse el régimen constitucional deseado. Mas en ambas situaciones el Derecho internacional carece de categorías y cauces legales para concretar y posibilitar la realización de tales potestades. De este modo es la fuerza la que produce la emancipación colonial, tras larga lucha; es la revolución la que configura el régimen constitucional en frecuentes ocasiones.

La confusión entre el Pueblo, la Nación y el Estado y su Gobierno desemboca en la bizarra situación, por la cual, pretextando la defensa de la libertad de la Nación, de su independencia y señorío político se llega a situaciones políticas en las que se utilizan tales prerrogativas precisamente para imposibilitar, o despojar, a la Nación de esos derechos y someterla a un régimen de fuerza que vivamente la repugna. Así, de nuevo, el viejo Derecho internacional concluye en el triste papel de cómplice de los poderosos. Mas al mismo tiempo que fenomenológicamente se produce esta disonancia de pretensiones y realizaciones, la vida social y política no se congela sino que se desplaza, se altera en sus manifestaciones, y planteada la realidad en función de la fuerza, todo lo que se consigue es imponer la prueba radical de la contienda civil, ya en forma de auténtica guerra internacional, para permitir la realización de la autonomía constitucional de la Nación. Lo que sucede —y en esto admito muy gustosamente la reflexión que me ha hecho el Profesor Kunz— es que no siempre la prueba de la fuerza es iniciada por los auténticos portadores de la comunidad, ni tampoco resulta infrecuente que la apelación a la violencia no



se ultime con una victoria más escandalosa aún de los negadores de esa independencia y poderío de la Comunidad. Es, sencillamente, una faceta más del carácter precario, funcionalmente imperfectísimo, que tiene actualmente todo recurso a la fuerza como instancia normalizadora y creadora de situaciones políticas.

Lo más frecuente es que los internacionalistas estudien la guerra civil como una sección del gran capítulo del Reconocimiento. Reconocimiento de Gobierno cuando asistimos a la implantación del mismo por la acción revolucionaria, o reaccionaria. Reconocimiento de nuevo Estado cuando éste surge en virtud de una victoriosa guerra emancipadora, secesión triunfante. Las citadas especies de Reconocimiento vienen a liquidar la guerra civil y a legalizar —más o menos definitiva y completamente según la forma de Reconocimiento— la situación nacida de aquélla. Mas antes de que la lucha se haya concluido, el Reconocimiento tiene una acción directa en ella, y esto es lo que ahora me interesa destacar.

Se ha hablado de reconocimiento de beligerancia, también se ha impuesto —especialmente por los anglosajones y las necesidades modernas— el llamado reconocimiento del insurgente o del rebelde, que venía a ser como una fase inferior al viejo reconocimiento de beligerancia en guerra civil, acaso explicable por la intención que anima en otro orden de cosas la diferencia entre reconocimiento de jura y de facto. En cualquiera de estas modalidades el Reconocimiento viene a representar, aunque no siempre se quiera admitir, un modo adicional de penetrar lo internacional en el campo de la guerra civil.

Se ha dicho por la mayoría de los internacionalistas que el «status» de guerra, la facultad de adquirir la condición de beligerante, con el complejo jurídico que a la misma se atribuye, viene condicionado por el Reconocimiento de beligerancia. Y se ha precisado aún más la noción diciendo que tal reconocimiento tiene carácter constitutivo, o séase que viene establecido sólo en virtud de este acto de voluntad, un tanto discrecional, que es el reconocimiento. Si esto es así, y de momento habrá que admitir que se trata de una concepción bien fundamentada, estamos ante una

realidad palmaria: la calificación de la guerra civil, la determinación de su régimen, el status de sus participantes, etc., *depende* de la conducta que adopten las terceras potencias. Ahora bien esto implica: 1) que los contendientes en la lucha civil tienen que cuidarse sigilosamente de conquistar amistades internacionales, con la servidumbre, compromisos, etc., que ello entraña; 2) que en el supuesto de que la actitud de las citadas potencias sea unánime, monolítica, entonces en realidad son ellas las que deciden el resultado, y actúan como una instancia soberana; 3) que en el supuesto, cada vez más frecuente en virtud de la bipolaridad mundial, de que tales potencias discrepen, entonces la guerra civil es un factor más, una nueva área de discordia internacional, con lo cual la tensión entre los Poderosos se alimenta de esa contienda civil, que funciona cada vez más condicionada por el resultado de la citada tensión. De este modo la guerra civil que pudo tener una explicación auténticamente indígena, ser exponente de una especie de viriatismo, concluye por falsearse y someter a lo externo las motivaciones domésticas. Y así la guerra civil viene a depender en todas sus fases de la situación internacional, a la que termina por servir, aún a veces aumentando su confusión y peligrosidad. Pero con esto se apunta un nuevo peligro y es el de la guerra civil como forma de intervención hegemónica, imperialista y como modo de creación de auténticas situaciones de clientela y satelitaje. Cada contendiente en la lucha fratricida necesita contar con alianzas internacionales, aún después de concluida la lucha ha de menester de tales apoyos, y nada tiene de extraño que todo ello se adquiera mediante fórmulas que reactualizan viejos vasallajes, o aboquen, lo que puede ser aún peor y más frecuente, con parcelaciones y divisiones de la unidad patria, como es el caso de China y de Corea.

La guerra civil se introduce como un apartado dentro del gran tema de la Responsabilidad internacional del Estado. Bajo este prisma lo han estudiado organismos científicos como el IDI, lo esbozó la misma Conferencia Codificadora de La Haya y se ha convertido en un tema típico de la Responsabilidad internacional en el que las motiva-

ciones políticas son determinantes, como últimamente he tratado de demostrar. En este plano es donde se ha orientado la doctrina latinoamericana, enfrentándose con las posiciones occidentales, y en el mismo se ha apoyado la monografía del doctor Cortina Mauri.

Simplemente con hablar de guerra civil y responsabilidad internacional queda afirmada la conexión, la no marginalidad de la guerra civil frente al Orden internacional. No es posible afirmar una responsabilidad internacional sin un previo acto ilícito internacional. No cabe sustentar la existencia de un acto ilícito internacional de no existir una norma internacional violada indebidamente. Todo lo cual equivale a declarar que el Derecho internacional tiene unas normas que se aplican respecto de la guerra civil. Para mí este modo de plantear nuestro problema hubiera podido ser calificado de correcto, con posibilidades fecundas de resultados, de haberlo entendido y realizado cumplidamente. No ha sido así por desgracia, lo más probable por la imposibilidad actual de que esto sucediera. La doctrina y la práctica internacional no ofrecen un esquema preciso de los supuestos y circunstancias que explican esta Responsabilidad por guerra civil. El problema se hace más difícil y complejo en cuanto que se unen dos cuestiones: la responsabilidad internacional como tal y la «sucesión» en las obligaciones nacidas de una responsabilidad internacional constatada. Mas prescindiendo, aunque sólo sea para avanzar en nuestro planteamiento, de estas dificultades, trataré de anotar, muy fragmentariamente por cierto, algún supuesto de esta Responsabilidad.

La primera regla que cabe registrar estaría formulada en estos términos: el Estado (piénsese que la responsabilidad se predica del Estado y no del Gobierno) responde de ciertos daños que los extranjeros hayan podido sufrir como consecuencia de una guerra civil, si tales daños no fueron efecto necesario de las operaciones militares ni constituyeron un acto de crueldad innecesario. La segunda norma rezaría más o menos del modo que sigue: el Estado es responsable de los daños experimentados por los extranjeros de no haber desplegado la debida diligencia con la cual pudo evitar: a) el

estallido de la guerra civil; b) la realización de esos daños concretos.

Las dos reglas que acabo de citar, y que estimo suficientemente ilustrativas, tienen una orientación y significación bifronte. Por una parte se insinúa el sano principio de que el Estado es un auténtico órgano internacional, el ejecutor y cumplidor de una misión de orden, en la cual él «responde» ante la Comunidad internacional de que en su esfera las cosas transcurran debidamente, en perfecta consonancia con las necesidades universales de Paz. Y digo que se trata de un principio justificado, en cuanto que la plenitud estatal, la condición misma de Estado, está dependiendo precisamente de esa facultad del cuerpo político para realizar la misión encomendada. La verdad del aserto queda afirmada por la doctrina y la práctica cuando hacen depender el reconocimiento de Estado, la admisión del mismo en sistemas generales de seguridad colectiva, de su aptitud para vivir en paz y cumplir sus obligaciones internacionales, entre las cuales destaca el poder de crear y mantener un orden jurídico y político.

He hablado de un principio idóneo, pero debo de añadir —aunque ya antes lo indiqué— que ha quedado inservible, inutilizable. En el Orden internacional, más que en ningún otro, se impone progresivamente la acción preventiva, el control de seguridad a las formas puramente represivas. Si esto es así, el Orden internacional debería contar con posibilidades de acción que evitasen la constitución de un estado de cosas que explica, o posibilita la guerra civil. La doctrina norteamericana en cierta ocasión y de modo incidental y periférico, ha rozado el problema al señalar que «ciertas situaciones sociales en los pueblos, con carácter de endémicas por añadidura, viene a constituir campo apropiado para tales revoluciones, de modo que el procedimiento recomendable sería suprimir esas realidades de signo patológico». O lo que dicho con otras palabras, el Orden internacional debería descender a los problemas tallados en escala humana y convertirse en un Derecho para los Hombres, en cuyo caso intervendría en las situaciones cotidianas impidiendo que surgieran las ocasiones que fuerzan a la guerra civil. Pero para

esto es necesario una mayor cohesión internacional, una transformación del Derecho internacional y unos principios de legitimidad también internacionales. Si el Derecho político se constituyó como disciplina jurídica, fué en virtud de dos grandes principios: sumisión del titular del poder a las normas jurídicas, con la consiguiente responsabilidad que ello entraña; existencia de un derecho *de* petición, que era tanto como apelación, invocación y demanda, y acaso trámite previo que justificase el tiranicidio y la revolución (el mismo VATTEL así lo piensa).

El Derecho internacional no puede desconocer eternamente tales postulados, que forzosamente gravitan sobre cualquier reglamentación normativa de la acción del Poder Político. Buena prueba de tal presencia e inquietud la tenemos anotada en la regulación de los Mandatos y de las Minorías Nacionales. El Derecho de petición fué reconocido, y paulatinamente se acostumbraron los medios internacionales a no estimar como herética la fórmula que extendía la Petición a los individuos. La sumisión del Poder a unas normas jurídicas dictadas en interés de los particulares, para proteger sus justas libertades, es algo reconocido desde la misma infancia del Jus Gentium.

La relación entre guerra civil y neutralidad ha sido unánimemente reconocida. Puede decirse que en la jurisprudencia arbitral encontramos bastantes casos que sirven para orientarnos en este problema. La neutralidad se manifiesta ante todo en el deber que pesa sobre los terceros Estados de «no intervenir» en la guerra civil. Este principio ha sido especialmente destacado por la práctica norteamericana, hasta el punto de que en sus «instrucciones» el Departamento de Estado ha reiterado la tesis de que los EE. UU. no apoyaran reclamación de sus nacionales motivada por daños sufridos en el extranjero, si el citado súbdito se ha comprometido, participando, en las luchas civiles del País donde residía. De este modo, no sólo los EE. UU. afirman su decisión de «permanecer neutrales» en una contienda civil, sino que llegan a sancionar --negándose a apoyar una reclamación diplomática-- a sus nacionales que con su conducta han infringido el deber de no intervenir, comprometiendo con ello la

política de neutralidad. La neutralidad persigue otro propósito, que no es por cierto ajeno a los intereses económicos de las grandes potencias marítimas. Se pretende por todos los medios reducir el ámbito de irradiación de la guerra civil, de modo que afecte lo menos posible los intereses de los terceros Estados. Esta política se centra especialmente en la dimensión marítima que pueda tener la guerra civil, y radicaliza todas las medidas destinadas a garantizar el principio de la libertad de los Mares (piénsese en los célebres acuerdos de Nyon). Un paso más y vemos ya exteriorizada la relación entre guerra civil y comercio internacional. El que los Estados hayan manifestado una disposición acusada en contra de determinadas soluciones jurídicas arbitradas en la guerra civil y comercio internacional. El que los Estados hayan manifestado una disposición acusada en contra de determinadas soluciones jurídicas arbitradas en la guerra civil, se debe en gran medida a preocupaciones económicas y comerciales. Se ha dicho que la célebre doctrina norteamericana de la «insurgencia» responde a los intereses mercantiles de los EE. UU., y otro tanto se afirma de la política británica. Mas estos intereses actúan especialmente subordinados al régimen del reconocimiento de beligerancia o de simple insurgencia. Negar la existencia de la guerra civil tiene para los terceros Estados sus ventajas, pero también sus grandes inconvenientes. Les beneficia el no tener internacionalmente que someterse a ninguna prohibición dictada por el Derecho internacional; el poder comerciar con armamento. Mas les perjudica la facultad que tiene el Gobierno legítimo, único existente en tanto que no se procede a reconocer al insurgente de prohibir todo comercio con una determinada zona de su territorio, el anular toda relevancia jurídica a los actos de los insurgentes. La política de reconocimiento les resulta mucho más lucrativa, en tanto que con ella pueden entablar relaciones comerciales con ambos contendientes, ya que los dos gozan, de hecho, una capacidad de negociar. Si dentro del Reconocimiento establecemos unos matices, unas fases y procedemos a dar alcance jurídico y político diverso al reconocimiento de insurgencia y de beligerancia, las ventajas pueden ser dobles: de hecho y mercantilmente la actividad

con el insurgente queda garantizada e incluso protegida a efectos de responsabilidad internacional del Estado por el cumplimiento de ciertos compromisos del insurgente (especialmente en lo referente a los llamados actos de rutina); en tanto que políticamente el Estado que reconoce salva su juicio moral y político, puesto que el reconocimiento de insurgencia conscientemente se confina a una práctica de normalización de conductas que realmente existen al margen de su colaboración jurídica y política.

Esta breve exposición nos permite ver las dimensiones utilizadas por la doctrina clásica para enmarcar la noción de la guerra civil. Aparentemente se trata de unas notas dispersas, en las cuales se esconde, no existe el concepto propio de guerra civil, y menos aún una valoración iusinternacionalista de sus funciones, de su papel, dentro del Orden internacional. Estas lagunas, esa incoherencia tienen, no obstante, su significación, pues sirven para demostrar lo imperfecto del sistema y la necesidad de revisarlo por completo.

#### IV.—LA GUERRA CIVIL Y EL ORDEN INTERNACIONAL

El Derecho Moderno dicen los juristas soviéticos es un ejemplo vivo de la falacia burguesa. La Burguesía, por naturaleza intelectualista y definidora, ha pretendido «ocultar» sus intereses de clase cobijándose en una interpretación racionalista y formal del Derecho y de la Sociedad. Todo el Orden jurídico es para el burgués —así dicen los comunistas— un aparato ficticio destinado a presentar como sistema objetivo, abstracto, imparcial, lo que de hecho es conjunto de mandatos dictados por una clase en beneficio propio. Si esto es así —y en parte puede ser que la realidad no esté muy divorciada del esquema presentado— el Derecho internacional sería el que más radicalmente mostraría tales características, dado que es en el Orden Internacional donde los rasgos del Poder Político se acusan más claramente.

Mas antes de proseguir séame permitido un pequeño inciso, con el cual pretendo impedir que se me enmarque dogmáticamente en una determinada concepción política.

He afirmado que puede ser que la realidad no esté muy de espaldas con el esquema ofrecido por el marxismo. Con ello no pretendo hacer una afirmación de fe. Para mí el marxista acierta cuando, aunque sea indirectamente, exagerando el hecho, pone de relieve el factor político, social interesado que se da en el proceso de positivación del Derecho. La positivación del Derecho implica un acto de decisionalidad, una afirmación política radical. La decisionalidad no es un acto puramente objetivo, sino todo lo contrario: es sustancialmente subjetivo, personal y encarnado. Esta subjetividad de la decisionalidad política se ve acentuada o diluída en función de la estructura social, del especial reparto y distribución de los elementos reales que asientan todo Poder. Y qué duda cabe que dentro de la estructura burguesa del Mundo, dominada por un sentimiento geométrico y físico de la existencia social, imbuída de egoísmo e intelectualismo, dominada por el proceso de racionalización de la vía económica y política, resulta a todas luces comprensible el encadenamiento del Derecho y de las Instituciones a unos intereses de grupo o de clase. La Sociedad burguesa no se desprende de sus rasgos constitutivos, y con ellos pasa a modelar el Orden jurídico y social. Esto es lo que he querido afirmar y sólo eso. Mas la Sociedad burguesa —no se olvide el dato— tiene una determinada y muy precisa forma de valorar la guerra civil, aunque en ella los procesos de mutación sean frecuentes en virtud de la diversa manera que la guerra civil puede afectar a los intereses del Orden burgués. Esto explica al mismo tiempo las actitudes un tanto idealistas, de propensión a hacer intervenir la Organización internacional en la guerra civil, como las posturas inhibicionistas, con las cuales se aspira a que la guerra civil siga un curso libre de obstáculos e ingerencias.

Conclusa la explicación, ultimada la digresión, voy a centrarme en un aspecto del tema que me interesa sobremedida. Es necesario conocer cuál es la especial significación que la guerra civil tiene en el establecimiento y evolución



del Derecho internacional clásico. Dicho en otras palabras: es indispensable inquirir sobre cuáles sean los rasgos que la guerra civil ha esculpido en el Orden internacional moderno.

El Derecho internacional clásico es el producto del Mundo Moderno. Es una afirmación reiteradísima y en la cual yo he apoyado una serie de estudios. Por dicha ascendencia, el Derecho internacional es el resultado de un proceso de fusión y mixtificación de unos factores éticos, económicos, políticos, técnicos. Pero en todo caso responde a una especial interpretación de los hechos sociales en base de una determinada y concreta antropología y sociología. La guerra civil es un «test» para valorar y analizar las propiedades de este Orden internacional, especialmente para «medir» sus dosis ideológicas.

Como el politicismo del Orden internacional es extremado, al igual que su subjetividad, nada tiene de extraño que la historia política mundial sea el bastidor sobre el que el jurista teje, con cañamazo visible, las categorías y figuras legales. Voy a señalar acontecimientos políticos de la mayor trascendencia para ver de qué modo han afectado al Orden internacional, por el cauce precisamente de la guerra civil.

Me limitaré a enunciar estos epígrafes: las guerras de religión del XVI y XVII y el Derecho internacional; las guerras revolucionarias y napoleónicas y el Orden internacional; Restauración y doctrina de la guerra civil; el liberalismo nacionalista y las intervenciones; el supercapitalismo y la política colonial; los totalitarismos actuales y el Orden Mundial.

El Derecho internacional moderno ha nacido de una gran guerra civil, de matiz esencialmente religioso, en cuanto que las afirmaciones radicales de la lucha política tienen una previa declaración religiosa y teológica. El Orden internacional grociano aspira a liquidar esa guerra civil y lo hace predicando dos principios: neutralización del factor religioso como determinante de las relaciones internacionales, con lo cual la Lucha confesional queda a extramuros de sistema internacional; sistema de coexistencia de credos religiosos, con lo cual indirectamente se procede a establecer un sistema de garantía internacional de las libertades religiosas. La ac-

titud política de GROCIO y sus seguidores es, pues, clara: marginalidad de la guerra civil pero en virtud de un doble proceso que prohíbe ingerencia de los Estados en las cuestiones religiosas —únicas contempladas de momento— y obliga a los Príncipes a reconocer las libertades religiosas de sus súbditos.

Las guerras de la revolución francesas, al igual que las campañas napoleónicas, suprimen el reino de la coexistencia. Cierto que ya no se trata de la disputa confesional: ahora es la política, la ideológica y cultural. Con Napoleón asistimos al primer gran intento dictatorial de querer modelar todo el Orden Mundial de acuerdo a unos principios dogmáticamente impuestos, con exclusión de todo diálogo. El dogmatismo napoleónico, revolucionario francés, nos lleva a una posición discriminatoria respecto de las guerras civiles y los movimientos insurreccionales. Cuando la revuelta tiene un sentido favorable a la empresa napoleónica, el Orden internacional impone a los Estados su desinteresado apoyo al revolucionario: existe una solidaridad frente a la reacción, a la que se coloca en un plano de inferioridad, declarándose casi fuera del Orden internacional. Frente a tal actitud, los Soberanos europeos han predicado una guerra salvadora, una lucha destinada a suprimir los factores nocivos y atentatorios a la Paz y estabilidad de los Pueblos. La campaña de 1792 es el comienzo de esta lucha que adquirirá después en 1795 (propuestas rusas), 1814, Santa Alianza, etc., el tono firme de una completa y cerrada concepción de las relaciones internacionales. La Restauración, aún antes de definirse como tal, ha pronunciado su anatema contra Napoleón y le ha condenado como enemigo del Orden Público Europeo. La interferencia de la Restauración en los regímenes internos es, por lo mismo, manifiesta y cardinal. Como consecuencia inmediata, la Restauración adopta frente a la guerra civil una actitud intervencionista, y puede decirse que para ella el primer postulado de un Orden internacional es garantizar la perdurabilidad de las formas monárquicas. En conclusión: tanto la Revolución como la Restauración pretenden imponer un Orden internacional apoyado en unos principios políticos de acción universal (es decir valederos para

configurar la vida doméstica e internacional). En un caso se habla de un Orden internacional democrático, y en el otro de un Orden internacional legítimo.

El antagonismo entre las dos concepciones se hubiera eternizado de no ser por las nuevas condiciones económicas y técnicas. Con el progreso de un capitalismo industrial, y el consiguiente eclipse de un capitalismo meramente agrario, se hace indispensable montar un sistema internacional en el cual el supuesto comercial y económico progresivamente se convierte en el criterio determinante y orientador. Surgen unas necesidades comunes a todos los Países del Occidente al margen de su especial postura ideológica. El problema de los grandes mercados mundiales, el dominio de los Continentes rezagados, el reparto de las zonas de influencia, etc., constituyen realidades en las que el Occidente se siente solidario. Es en este clima y bajo su acción como hay que interpretar el alcance del nacionalismo y del liberalismo en la esfera internacional.

Todos saben que por principio de fe el liberalismo nacional se pronuncia en defensa de un Orden internacional democrático, forjado sobre el postulado de la autodeterminación de los pueblos, dominado por el principio plebiscitario. En este aspecto el liberalismo es intervencionista, parte interesada en las guerras civiles, en las cuales se siente obligado a apoyar al que combate en su País por el triunfo de tales fines. Lo que sucede es que tal intervencionismo ideológico pronto se muestra en toda la amplitud de sus exigencias y el capitalismo industrial teme en lo económico por las consecuencias que aquella actitud pueda entrañar. La seguridad del Estado, el mismo éxito de la empresa liberal en los confines nacionales, la prosperidad económica, la expansión comercial internacional, etc., pueden quedar comprometidas de convertirse en cruzados de un orden de libertad para todos los pueblos. El liberalismo nacionalista se muestra en toda su amplia dimensión individual, egocéntrica y egoísta, cuando, en condición de movimiento burgués, intelectualoide, particularista, renuncia a su empresa universal y acepta la contradicción que supone un Orden internacional de Poderes que diplomáticamente actúan de modo autocrático y un mo-

saico de Estados y economías nacionales con pretensiones liberales. En su capítulo final, el liberalismo nacionalista acabará inclinándose por las mismas fórmulas totalitarias: es decir, adoptará la diplomacia propia del totalitarismo, con sus procedimientos y armas. Mas si el liberalismo económico ha desistido de las intervenciones ideológicas, no hace otro tanto con las de rentabilidad económica. Y dato curioso, aún empleando lenguaje diferente, partiendo de Estados con constituciones políticas totalmente opuestas, asistimos en toda la segunda mitad del siglo XIX a una serie de intervenciones (aisladas y colectivas) que se acropañ con la fraseología liberal y emancipadora, pero que de hecho sólo aspiran a establecer zonas de influencia y a forzar la apertura de nuevas fronteras en aras del principio de la libertad del comercio y la política de la puerta abierta. Las intervenciones, a veces mal llamadas de humanidad, los protectorados internacionales, etc., vienen a tener un perfil económico, capitalista incuestionable. El liberalismo nacionalista ha prescindido de la dimensión religiosa, política para consagrarse a la acción típicamente económica: crear los supuestos internacionales sobre los que asentar el imperio del Capitalismo industrial. La secuela de esta actitud es lo que conocemos con el nombre de colonialismo supercapitalista. En esta etapa la nota dominante es la comercial, y el intervencionismo llega a una especie de guerra social contra todas las formas sociales y culturales que son reacias a la penetración capitalista.

La Edad Moderna finaliza con el imperio de los totalitarismos. Estos son por definición intervencionistas y, por lo mismo, ven en la guerra civil una empresa típicamente internacional, es decir utilizable a efectos internacionales, aún cuando en ocasiones esa utilización se haga bajo la máscara de inhibicionismo forzado de la Sociedad internacional frente a una guerra civil. Con el totalitarismo se llega al punto culminante de la internacionalización de la guerra civil, que parecía totalmente neutralizada en virtud del Derecho internacional Moderno acuñado por GROCIO.

El periplo recorrido me impone una parada que tenga como fin el proceder a la enunciación de una especie de

conclusión de tono interpretativo. Debemos preguntarnos por las razones que explican esta evolución, por el motivo de esta progresión internacional de la guerra civil. Y para mí la razón pudiera ser la siguiente: El Orden internacional grociano pudo permitirse el lujo de proclamar la neutralidad ante el problema religioso, y con ella asentar un orden internacional laico, situado al margen de la disputa confesional, simplemente en virtud del hecho notorio de la supervivencia social de los postulados religiosos cristianos. Se cancelaba la disputa político religiosa, se volvía de espaldas a las polémicas internacionales cristianas, pero es en cuanto que los efectos sociales y políticos de la Cristiandad se habían encarnado y vivían con independencia de sus formas matrices. Así se pudo vivir durante dos siglos largos, y esa neutralidad era rentable en cuanto que la arropábamos en un esquema nacido no de una concepción neutral (esto explica que puedan armonizarse tres concepciones tan matizadas sobre la neutralización operada por Vitoria como son las de Carl Schmitt, Alvaro D'Ors y G. Fernández de la Mora). En el siglo XVIII se agota la vitalidad social y política de unos principios religiosos que llevan casi tres siglos secularizados. El Orden internacional dinástico no puede sobrevivir y se hace indispensable una constitucionalización de la vida internacional. En tal empresa se oponen dos místicas políticas: la revolucionaria y la legitimista. Ninguna de las dos consigue su propósito y sólo negativamente las vemos cristalizar en una serie de intervenciones y guerras civiles de signo contradictorio. Lo que sí puede anunciarse como definitivamente enraizado es el proceso de creciente internacionalización de la guerra civil y la progresiva desaparición de esferas de autonomía y libertad social que sólo podían subsistir sobre un orden social de matiz universalista, supranacional. De una fase inicialmente religiosa, con su versión política encarnada y vertebrada sobre un soporte religioso, hemos desembocado en una situación política deshumanizada en la que sólo los factores físicos, puramente materiales tienen cotización. Pero cabe preguntarse sobre la posibilidad de un planteamiento verdaderamente político en semejante coyuntura, y acaso habrá que responder negati-

vamente, declarando que la Política, que es genio, fluidez y elasticidad, obra cultural y humana por esencia, es incompatible con un planteamiento nuevamente material y físico. Así el proceso de rebeldía de la política frente a la religión y la ética se liquida con la completa servidumbre de la política respecto de la materia y la fuerza.

### V.—EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACION DE LA GUERRA CIVIL

La internacionalización de la guerra civil es un hecho históricamente demostrable. Mi propósito inmediato es el análisis de las circunstancias que aclaran actualmente esa internacionalización.

Para comprender la internacionalización indicada creo que es necesario pararse un momento a pensar en cuál es la misión humana del Derecho internacional. Yo entiendo que el Orden internacional se propone estas tareas: 1) permitir al Hombre vivir humanamente, personalmente en la obra de realización plena de sus posibilidades; 2) garantizar al Hombre su realización social, o séase permitirle vivir dentro de sus formas sociales naturales; 3) impedir que el Estado se desorbita intentando abarcar esferas de la vida que le deben ser ajenas; 4) convertir al Estado en el cauce normal y orgánico que permita el diálogo del Hombre con la Humanidad, por lo cual debe evitarse que el Estado tiranice en el interior y se convierta en factor de anarquía y demagogia en lo exterior. Todo esto implica que el Orden internacional supere la guerra civil, como también que tenga posibilidad de transformar la guerra en un instrumento de policía y de sanción internacional. Políticamente sólo es viable tal empresa sobre la base de unos supuestos también políticos: 1) internacionalización del «status» del hombre; 2) internacionalización del «status» del Estado; 3) posesión de una legitimidad internacional sin la cual la mayoría de las

figuras de las que depende la efectividad de un Sistema de Seguridad Colectiva se muestran inoperantes.

Las razones que explican la internacionalización de la guerra civil en nuestros días son más o menos las siguientes: 1) creciente interdependencia entre todos los pueblos que impone una alineación internacional afín y que hace totalmente imposible una convivencia forjada sobre plataformas políticas antagónicas; 2) desaparición progresiva de la diferencia entre la esfera política interna e internacional, con la radical interpenetración y dependencia de las dos; 3) uniformidad y simplificación de los credos políticos que pierden su acuñación nacional para estar nivelados por un crisol internacional; 4) dimensión policiaca del Estado con la consiguiente politización de todas las actividades humanas y la creación de una constante situación de tensión política, de rivalidad y sospecha; 5) creación de grupos regionales, de comunidades internacionales particulares que viven en una situación de rivalidad, de oposición existencial y que les obliga a crear un Orden público propio que se impone condenando todas las posibles herejías políticas que sobrevengan dentro de los Estados participantes del grupo; 6) fenómeno de la guerra fría, de la guerra ideológica y de propaganda; 7) existencia de un proceso universal de revolución.

De todos estos rasgos o causas, los de significación más destacada son indudablemente los que hacen referencia a la rivalidad de los grupos regionales y al concepto de la guerra fría. Por ello creo autorizada la actitud de aquellos internacionalistas que centran su estudio sobre la guerra civil arrancando de los dos mencionados fenómenos. Esto mismo haremos nosotros.

La guerra fría ha surgido como una realidad política que ha tenido la virtud jurídica de servir para rectificar las viejas nociones que existían sobre la Guerra y la Paz. Los últimos trabajos de McDougal, Jessup, Eagleton y Grob (citamos entre nosotros algunas valiosas referencias del profesor García Arias) han tenido el indudable acierto de mostrar hasta qué grado la vieja bipolaridad grieciana de Guerra o Paz ha quedado destruída por la complejidad de situaciones a las que da pábulo la dialéctica política, el proceso de integración

o desintegración del Poder (McDougal). Asistimos a un espectáculo histórico en el que los Grandes Poderes, las Fuerzas Sociales protagonizan una rivalidad con matices y fases muy diferentes, pero a todas las cuales les es común la existencia de una tensión ininterrumpida. Dentro de esta especial coyuntura de rivalidad incesante, lo que llamamos guerra civil constituye una fase muy importante e implica una especial modalidad de esas situaciones que se han calificado de intermedias entre guerra y paz.

La guerra civil presenta, vista desde este plano universal de la tensión internacional, los siguientes aspectos: 1) constituye una especial modalidad de la guerra fría, pues se presenta como una maniobra de diversión, periférica por la cual Dos Grandes tantean sus fuerzas y tratan de llevar a sus límites extremos la tensión diplomática; 2) es un instrumento con el cual modelan sus dos campos respectivos de satelitaje, puesto que con la guerra civil intentan arbitrar los sistemas internos por los cuales se han de regir los pueblos que caen bajo su esfera de influencia; 3) la guerra civil es una guerra ideológica, capítulo último y cruento de la llamada guerra de propaganda, la cual es, a su vez, una de las expresiones más acabadas de la guerra fría, de la tensión internacional.

Estas dimensiones de la guerra civil ponen bien de manifiesto su proceso de creciente internacionalización. En la situación política actual desaparece toda distinción rigurosa y practicable entre guerra y paz, entre guerra propiamente dicha y lucha civil. Y es que los campos de la política se funden y no es viable traer una demarcación entre la zona de lo interno y de lo internacional. Así se llega a una situación paradójica en la cual la política internacional de los Grandes tiene más dosis de política doméstica, dictada como artículo de exportación impositiva, que de pura diplomacia; en tanto que la política doméstica de las restantes potencias comienza a gravitar de una manera casi total en torno de problemas de política internacional: de la política internacional que opone a los dos grandes que la dictan. Las consultas electorales de los Estados, especialmente de aquellos que están ubicados en zona fronteriza de los dos grandes



imperios, tienen más bien una nota internacional que doméstica: se vota más en función de la alineación internacional que de la solución de los problemas indígenas. La lucha electoral última en el Líbano ha sido un ejemplo típico de lo que acabo de reseñar. En conclusión: la guerra civil es un capítulo bien perfilado de la oposición entre los Grandes y tiene el carácter universal y cósmico que tal lucha representa. Vista la guerra civil en relación con el fenómeno bélico, se sitúa dentro de ese proceso de ininterrumpida tensión y es una modalidad perfectamente característica de la guerra fría, de la *guerra por participación*.

El otro aspecto de este proceso de internacionalización que vengo siguiendo es el relativo a la constitución de los dos grandes centros de polarización de fuerza entre los cuales sólo impera la razón de la fuerza: una especial razón de estado valdiera en escala universal. La constitución de estas dos comunidades altera la fisiología y anatomía política clásica. Se producen dos fenómenos típicamente revolucionarios, imposible de catalogar dentro de los esquemas habituales. Las luchas que pueden enfrentar a los Estados miembros de cada una de esas comunidades adquiere una simple calificación de asunto interno, de lucha política doméstica. Es una consecuencia del carácter hegemónico y cerrado que posee la comunidad internacional particular del Este o del Oeste y que estaba ya implícita en las fórmulas espaciales hegemónicas de los nacionalsocialistas. Visto el fenómeno desde otra perspectiva, contemplamos cómo las luchas civiles que se dan en el seno de un Estado —no ya la guerra entre dos Países— se califica de fenómeno internacional y los Grandes se sienten autorizados a tomar una actitud de directa beligerancia política en la misma. Para no desligarme excesivamente de los hechos, trataré de concretar la afirmación última, de encarnarla en realidad histórica. La influencia norteamericana es de tal suerte, que progresivamente suprime el carácter típicamente internacional que tendrían las luchas entre los Estados Latinoamericanos, hace domésticas e internas las viejas oposiciones de Francia y Alemania, y aspira a domesticar la misma oposición de los Pueblos del Medio Oriente. En cambio las luchas domésticas de Guatemala se internaciona-

lizan, las revueltas políticas de Hungría y Polonia adquieren rango internacional por imperativo de las exigencias del Pacto de Varsovia. Y así se llega a un momento estelar en que sólo son matices lo que antes eran grandes compartimentos como guerra y paz, guerra y lucha civil.

## VI.—VISION FUNCIONALISTA DE LA GUERRA CIVIL

Mi propósito inmediato, el que justifica el carácter provisional y urgente que he querido dar a este pequeño ensayo, no es otro que el de destacar la importancia de la Guerra civil dentro de la visión global del Orden internacional y el de valorar, estimar cuál es su cometido actual.

Los autores clásicos ante el hecho de la guerra trataron de llegar a unas conclusiones positivas, de tono moralizante y sociológicamente constructivo. Se preguntaron por la justificación de la guerra, y ello les llevó a estudiar su licitud, su justicia y sus funciones. Algo semejante creo yo que que hacer tratándose de la guerra civil.

Los Padres de la Iglesia, los escolásticos, los clásicos españoles distinguieron entre el Derecho de hacer la Guerra y el Derecho de la Guerra. Andando el tiempo, el positivismo se redujo a estudiar tan sólo las leyes de la guerra, en tanto que el derecho de recurrir a la guerra desaparecía absorbido por la ilimitabilidad de la soberanía estatal. Cuando la necesidad de poner fin a la anarquía internacional se hizo angustiosa, vital, entonces revivió la vieja distinción, y dentro de la arquitectura de un Sistema de Seguridad Colectiva volvió a tener vigencia el problema de la licitud del recurso a la guerra, del empleo de la violencia armada. Lo que sucede es que el cambio de circunstancias, la revolución operada en el campo de la técnica bélica e industrial, ha hecho difícilmente utilizable la pasada noción del «bellum justum». No es mi intención el introducirme ahora, un tanto clandestinamente en el problema de la guerra justa de la li-

cidad de la guerra, pero —y esto adelantando posibles futuras aclaraciones— creo que no basta razonar jurídica y éticamente el derecho de recurrir a la guerra (como ha hecho recientemente García Arias a propósito de los acontecimientos húngaros) sino que es indispensable probar la practicabilidad social de ese recurso a la guerra. No debe olvidarse que en la teoría funcional —que era la clásica de la guerra justa— lo esencial era el resultado por conseguir. Si ahora nos limitamos a exponer los terribles males que entraña aceptar situaciones como la de Hungría, mas sin probar qué es lo que se conseguiría de mejor con el pretendido recurso a la guerra, en realidad lo que haremos es pura teoría, evasión teórica de la realidad.

Hay materiales más que suficientes para esbozar el esquema de una teoría funcionalista de la guerra civil justa. Más de un dominico ilustre se preocupó durante nuestra guerra civil de desenterrar viejos textos para construir una concepción de la guerra civil justa. La empresa era sumamente espinosa, especialmente por los elementos religiosos que un tanto imprudentemente se presentaban como definitivos y acaso unívocos. Mas dejando ese aspecto —que ahora no es de mi incumbencia— sí diré que la mayoría de los argumentos estaban de espaldas a la situación histórica en que nos movemos, y que lo que hacía siglos pudo —e indudablemente tuvo viabilidad y vigencia histórica y social— ahora difícilmente podría conseguirla.

Ya hace años escribí un trabajo sobre una visión funcionalista de la guerra (Revista de Estudios Políticos), año 1943). Andando el tiempo he reaccionado —no rectificando— sobre mis propios pensamientos, y he llegado a la conclusión de que la vieja teoría funcionalista de la guerra justa queda comprometida mortalmente en virtud de dos tipos de consideraciones: 1) la mayoría de sus requisitos, de sus supuestos condicionantes no son hoy realizables; 2) la finalidad que la guerra podría perseguir, y en la cual encontrar su justificación, es hoy difícilmente alcanzable. La guerra justa sucumbe por no existir como vigentes las condiciones que la justificaban y, esto más especialmente, por no ser idónea para cumplir su cometido. El cometido de la

guerra era el ser un procedimiento subsidiario, provisional de realizar una labor jurisdiccional, ejecutiva en el Orden internacional a falta de medios institucionalizados. En la actualidad o existen esos medios institucionalizados, o sólo prevalece la guerra total, ajena a los imperativos normativos. La guerra se legalizaba, como procedimiento tosco, provisional, pero eficiente de conseguir un cierto orden de Paz, una pausa en la tensión internacional. Hoy la guerra lejos de lograr ese resultado, profundiza más en el hondón de la escisión y de la inestabilidad.

Y si esto lo afirmo tratándose de la Guerra en Mayúscula... qué diré tratándose de la guerra civil! La finalidad de la guerra civil no puede ser otra que proporcionar a la comunidad ciudadana los medios «in extremis» con los cuales trata de afirmarse contra la tiranía y el enfudamiento. Es la guerra civil la cristalización del derecho originario del Pueblo a afirmarse, a progresar y realizar sus esencias comunitarias. Se justifica —repito— como procedimiento «in extremis», y por la bondad de los motivos y la previsibilidad del éxito a lograr. Mas cuando la guerra civil se convierte en un procedimiento desalmado de poder, ajeno a las reivindicaciones y progreso de la Comunidad; cuando, a mayor abundamiento, la guerra civil deja de ser empresa doméstica para convertirse en reflejo de la tensión internacional; cuando, por último, el tono cruento, desgarrador de la misma llega a límites insospechados; entonces mucho dudo de que pueda seguirse manteniendo una teoría justa y funcional de la guerra civil. Y llego a tan grave conclusión al ver ese proceso de internacionalización y deformación de la guerra civil, y también al impresionarme como los rasgos totalitarios, rebeldes y hostiles a toda reglamentación normativa, a todo cauce de humanidad (de un sentido de humanidad que es la justificación última de las leyes de la guerra; tan última y esencial que incluso los partidarios de una noción discriminatoria de la guerra, los que oponen al justo batallador frente al Estado delincuente, consienten en la vigencia entre los dos de las leyes de guerra en razón de principios humanitarios...) se han hecho más negros, asombrosamente desalmados en las últimas guerras civiles en las que toda

consideración de humanidad ha estado totalmente ausente...  
Y la guerra era justa no sólo por la causa, por los fines.  
sino también por los modos y métodos de realizarla...

M. AGUILAR NAVARRO  
*CATEDRÁTICO DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA*

## CRITERIO SOBRE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION CIVIL DEL ESTADO, SEGUN EL DECRETO-LEY DE 13 DE MAYO DE 1955 (\*)

**E**L libro de Serrano Guirado (Enrique), intitulado «Las Incompatibilidades de Autoridades y Funcionarios», estudio doctrinal y práctico de gran interés que aporta al acervo de los comentarios de la legislación administrativa, me sugiere una glosa al Decreto-ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de los funcionarios de la Administración civil del Estado, debido a una interpretación a mi modo de ver errada de algún precepto de dicho Decreto, que destruye el espíritu recto y razonable que lo inspiró.

Estuve a punto de salir al paso, en letras de molde, a esa interpretación errada que también es la de algún funcionario de un digno Cuerpo del Estado, y que me manifestaba en conversación privada; pero precisamente por ser en privado y aunque por persona interesada, sin consecuencia trascendental, no me juzgué invitado a ofrecer la hermenéutica con que sin duda quiso el legislador español acertar. Mas ahora que públicamente se interpreta en sentido equivocado, aunque con nobleza, me considero obligado a exponer en la misma forma mi modesto criterio.

---

(\*) Al final de este trabajo, insertamos el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de funcionarios de la Administración civil del Estado, que motiva el presente estudio del maestro Alvarez-Gendín.—(L. R.).

El Decreto-ley en cuestión, enmarca a todos los funcionarios de la Administración civil estatal, salvo «los de la Carrera Judicial, Ministerio Fiscal, Cuerpos de Jueces Municipales y Comarcales, del Secretariado de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, y Cuerpos de personal auxiliar y subalterno de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, los cuales seguirán rigiéndose, según el artículo 5.º del D. L. en orden a incompatibilidades, por las específicas de sus Leyes, Estatutos y disposiciones especiales dictadas para ellos»; así las figuradas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 109 a 120), Reglamentos orgánicos del personal de Justicia municipal (2 de julio de 1954, 10 y 22 de diciembre de 1955, 13 de enero y 20 de abril 1956) y Ley 22 diciembre de 1955, de oficiales, auxiliares y Cuerpo administrativo de Tribunales.

Pues bien, para los restantes funcionarios de la Administración civil, se «seguirán observando, según el artículo 1.º de dicho Decreto-Ley, los preceptos generales sobre incompatibilidades determinados en la legislación vigente, y los especiales establecidos para cada Cuerpo, carrera o función, aplicándose, además, la incompatibilidad y norma que se expresa seguidamente»:

«*El ejercicio de toda otra profesión*, salvo los casos en que, instruido el oportuno expediente, con audiencia del interesado, se declare por el Jefe de la Oficina o Centro correspondiente que no perjudica al servicio que el funcionario tenga a su cargo».

Serrano Guirado a esta norma general de la incompatibilidad del cargo público con toda otra profesión reconoce tres excepciones (1), de dos de las cuales con un gran sentido del

---

(1) La primera de las incompatibilidades a cuya observancia están sujetos los funcionarios de la Administración civil del Estado es la de dedicarse al ejercicio de toda otra profesión, que ha de entenderse de carácter privado, por cuanto las de carácter público se regulan por la Ley de 15 de julio de 1954.

La norma general autoriza la excepción en los casos siguientes:

1) El ejercicio de un cargo o empleo público y de una actividad profesional privada se admite en «los casos en que, instruido el oportuno expediente, con audiencia del interesado, se declare por el jefe de la oficina

concepto del deber profesional, con un criterio deontológico, formula se protesta. La otra es la que acabo de anotar literalmente, o sea, cuando previo expediente, así se declare.

Puede estar tranquilo respecto de las supuestas excep-

o centro correspondiente que no perjudica al servicio que el funcionario tenga a su cargo.

De optarse por el principio de libertad de profesión, industria o comercio, sin otras limitaciones que las expresadas y legalmente establecidas, puede elogiarse la excepción señalada en cuanto su concesión se condiciona a las resultas de un expediente, que si se instruye, tramita y resuelve con la seriedad que corresponde, constituye una garantía para el servicio público respecto de la actuación profesional privada de un funcionario afecto al mismo; garantía mínima, por otra parte, al admitirse el ejercicio compatible de una y otra profesión.

II) Igualmente, aunque censurable por cuanto no exige expediente ni autorización particular, en los dos siguientes supuestos:

1) Cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela Especial que se hubiere exigido al funcionario para el desempeño del cargo; y

2) Cuando la compatibilidad o incompatibilidad con el ejercicio de la profesión determinada estuviera ya declarada por los preceptos de las Leyes, **Reglamentos u otras disposiciones legales** que rijan el Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumbe.

Por cuanto al primer supuesto se refiere, resulta paradójico que una disposición que pretende extender el principio de la incompatibilidad, como se declara en la exposición de motivos (párrafo 2.º), introduzca una excepción a la regla general, que exige expediente previo demostrativo de la indemnidad del servicio que tenga a su cargo el funcionario, para conceder a éste la autorización que le permita el ejercicio privado de la profesión para la que habilita el correspondiente título académico. De otra parte, la excepción a la regla se establece para los casos en que son más de temer las consecuencias desfavorables, directas o indirectas, inmediatas o diferidas, que puede originar para el servicio la compatibilidad que se autoriza. La excepción hubiera sido fundada de establecerse en sentido contrario, es decir, para los casos de ejercicio profesional privado en virtud de títulos académicos no exigidos para el desempeño del cargo público, verbigracia, los funcionarios con cargos de funciones jurídicas para el ejercicio de profesiones denominadas técnicas, y viceversa.

En cuanto al segundo supuesto de excepción, la crítica del Decreto-ley ha de ser igualmente desfavorable, pues, aparte de que en cierto sentido resulta contradictoria con la disposición del artículo 4.º, autoriza, sin expediente, las compatibilidades establecidas por los Reglamentos u otras disposiciones legales. (Serrano Guirado. «Las incompatibilidades de Autoridades y funcionarios», págs. 148-50).



ciones el señor Serrano Guirado, pues leyendo bien el texto se descubre el verdadero espíritu del legislador.

La Ley no dice que se exceptúa de toda incompatibilidad:

I. Los casos en que instruido el oportuno expediente con audiencia del interesado, se declare por el Jefe de la Oficina o centro correspondiente que no perjudica el servicio que el funcionario tenga a su cargo.

II. Cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo.

La ley glosada —entendida Ley en sentido material— declara como excepción a la regla general de incompatibilidad con el ejercicio de toda otra profesión, cuando se acredite en expediente que la profesión que ejerce el funcionario no perjudica al servicio que se halle a su cargo.

Ahora bien, en un párrafo aparte no se admite excepción de incompatibilidad de *ninguna suerte*, es decir aún con expediente en que se declare que no hay perjuicio al servicio por el funcionario, «cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo», por una razón de ética profesional. Esto es lo que quiere expresar el texto glosado al decir «No será necesario la instrucción de dicho expediente», porque la incompatibilidad existe siempre declarada por ministerio de la ley.

El precepto legal no admite expediente para que se autorice, verbi gracia, a un licenciado en Derecho cuyo título se exige para el desempeño de la función pública, a ejercer la abogacía, en atención a un sano criterio moral.

La excepción rezará sólo para los catedráticos, profesores de Universidad o Escuela especial, pues si pueden actuar frente a la Administración (artículo 1, norma 4.ª, párrafo 2.º, D. L. 13 mayo 1955), con más razón podrán ejercer la carrera libre en el orden de la defensa, asesoramiento o fomento de interés privado.

El funcionario civil, licenciado en Derecho, no docente, puede atraer clientela o tener un bufete espléndido en razón a los posibles buenos oficios que pueda dispensar singularmente en sus funciones públicas al cliente o a un ciudadano intere-

sado en el negocio o asunto público, aún en el orden del Derecho privado y no en contienda con la Administración, pues a este efecto la incompatibilidad estaba prevista en el artículo 252 del Reglamento sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894.

Cabría hacer una salvedad interpretando el Decreto-Ley por su Preámbulo, cuando el ejercicio de la función pública, por especial naturaleza, implica una relación de libre clientela personal, como los Notarios y Agentes Comerciales, que ejercen la fe pública, puesto que no es obligado al que precise de sus servicios acudir a un determinado fedatario.

La incompatibilidad acaece también con un ingeniero o técnico de Escuela especial, los cuales en sus Reglamentos orgánicos o en preceptos especiales suelen establecer tal clase de incompatibilidades; así el Decreto de 9 de abril de 1943, artículo 58, declara incompatible el cargo de ingeniero y el de ayudante industrial con el ejercicio en la zona de su jurisdicción oficial de cargos técnicos y administrativos al servicio de tercera persona o sociedades, o de gestión directa en negocios o empresas industriales en cuya implantación, funcionamiento o inspección corresponda intervenir a los ingenieros como agentes facultativos de la Administración, aunque directamente no corresponda efectuar tal intervención al funcionario de que se trate.

La incompatibilidad entre un funcionario administrativo y un titular de una profesión libre sanitaria, por ejemplo, es inocua. No pudo atender el legislador a ésta o análoga circunstancia solamente para dictar la norma general. En cambio, aquí sí cabe la excepción, previo expediente.

La excepción o dispensa de la incompatibilidad pudiera subsistir en todo caso en el desempeño libre de las carreras médicas con los cargos oficiales sanitarios, salvo en alguno, como en los Médicos forenses o personal sanitario del Seguro de Enfermedad, que podrían acaso hacer prestaciones de servicios interesados, ya que no inconfesables; pero estas especialidades médicas tienen sus incompatibilidades previstas los primeros en el artículo 12 del Reglamento orgánico de 14 de mayo de 1948 y los segundos en la Orden de 20 de enero de 1948.

El legislador ha querido con los preceptos que venimos glosando evitar competencias profesionales ventajosas, y con esta finalidad se produjeron, si mal no recuerdo, los representantes de Colegios de Abogados en el Congreso habido en Valencia en 1954, una de cuyas conclusiones efebadas al Ministerio de Justicia creo era concurrente con el texto cuyo sentido lógico y hasta gramatical se tergiversa tan de buena fe.

El mismo criterio hermenéutico propugnamos para la 3.<sup>a</sup> excepción apuntada por Serrano Guirado, es decir: «Cuando la compatibilidad o incompatibilidad con el ejercicio de la profesión determinada estuviera ya declarada por los preceptos de las Leyes, Reglamentos u otras disposiciones legales que rijan al Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumbe».

Si el texto legal o reglamentario previene la incompatibilidad, huelga el intento de provocar, previo expediente, la compatibilidad, con un criterio favorecedor, cuando el texto del Decreto-ley que comentamos trata, no de restringir incompatibilidades, sino de ampliarlas, dado que algún Reglamento o Estatuto orgánico de funcionarios civiles no las prescriben. Luego lógicamente el expresado Decreto-ley trata de respetar las consignadas en los Reglamentos de otras profesiones o actividades públicas.

Creemos con estas notas haber puntualizado el sentido estricto del D. L. de 13 de mayo de 1955, para cuya interpretación acudo en ayuda de la de otros juristas.

SABINO ALVAREZ GENDÍN

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

DECRETO-LEY DE 13 DE MAYO DE 1955 SOBRE INCOMPATIBILIDADES DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION CIVIL DEL ESTADO

*Artículo primero.* Seguirán observándose para los funcionarios de la Administración civil del Estado los preceptos generales sobre incompatibilidades determinados en la legislación vigente, y los especialmente establecidos para cada Cuerpo, carrera o función, aplicándose, además, las incompatibilidades y normas que se expresan a continuación:

Primera. El ejercicio de toda otra profesión, salvo los casos en que, instruído el oportuno expediente, con audiencia del interesado, se declare por el Jefe de la Oficina o Centro correspondiente que no perjudica al servicio que el funcionario tenga a su cargo.

No será necesaria la instrucción de dicho expediente:

- a) Cuando se trata del ejercicio de la profesión propia del título expedido por Facultad o Escuela especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo;
- b) Cuando la compatibilidad o incompatibilidad con el ejercicio de la profesión determinada estuviera ya declarada por los preceptos de las Leyes, Reglamentos u otras disposiciones legales que rijan el Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumbe.

Segunda. El funcionario no podrá ejercer actividades profesionales o privadas, bajo la dependencia o al servicio de otras entidades o particulares, en los asuntos en que éste interviniendo por razón del cargo, ni en los que estén en tramitación o pendientes de resolución de la Oficina local, Cen-

tro directivo o Ministerio donde el funcionario estuviera destinado, adscrito o agregado o del que dependa.

No están comprendidos en esta incompatibilidad los funcionarios que por precepto legal actúen o vengan obligados a intervenir, como fedatarios, mediadores o en funciones especialmente definidas como propias de su profesión pública, el pago de cuyos derechos corresponda satisfacer a los beneficiarios del servicio.

Tercera. La abstención y recusación de los funcionarios de la Administración civil del Estado se regirá, en defecto de procedimiento especial a este fin, como se establece en los párrafos siguientes de la presente norma:

El funcionario promoverá por escrito ante su Jefe inmediato la actuación de quien le sustituya reglamentariamente, y se abstendrá de intervenir, por razón de su cargo, en la tramitación y resolución de los asuntos en que él tenga interés personal o en otro semejante cuya decisión pudiera influir en la de aquéllos, de los asuntos en que hubiere ejercido, con anterioridad, actividades profesionales o privadas al servicio de entidades o particulares; de los asuntos en que tenga interés directo persona con quien le ligue parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o de afinidad dentro del segundo, o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad con mandatario o representante legal que intervenga en aquéllos, y de los asuntos con cuyos interesados le una amistad íntima o le separe enemistad manifiesta o tenga cuestión litigiosa pendiente.

Sin perjuicio de esta obligación del funcionario, podrán los interesados, en cualquier momento de la tramitación del expediente, promover, por cualquiera de los motivos consignados en el párrafo anterior, la recusación del funcionario, formulándola por escrito, con expresión correcta de la causa o causas en que la funden y aportando las pruebas que demuestren la incompatibilidad. De la recusación y pruebas en que se funde se dará traslado al funcionario recusado para que alegue lo que estime procedente, y presente, en su caso, las pruebas que sean pertinentes.

El Jefe inmediato del funcionario tramitará y resolverá las cuestiones que se planteen sobre abstención por incom-

patibilidad, y tramitará y propondrá las relativas a recusación a la Autoridad a quien correspondiese la resolución del expediente, dentro del cual se promueva aquélla. El despacho de estas cuestiones tendrá el carácter de urgencia, y contra las resoluciones que se adopten no se dará recurso alguno.

Si al resolver el expediente de recusación se apreciara la existencia de temeridad o mala fe en el recusante, éste podrá ser sancionado con multa hasta de cinco mil pesetas, para lo que tendrá en cuenta el grado de temeridad o malicia, la posición económica del recusante y la categoría del funcionario recusado.

Cuarta. El funcionario que no estuviera en situación de jubilado o de excedencia voluntaria no podrá ostentar la representación, asumir la defensa ni prestar el servicio de Perito de otras Entidades o particulares, por designación de éstos, en las contiendas en que el Estado sea parte ante los Tribunales de Justicia, ordinarios, contencioso-administrativos o especiales, ni en las reclamaciones que se promuevan contra actos administrativos de gestión ante los Organismos y Tribunales Administrativos dependientes de cualquier Ministerio, no pudiendo tampoco dichos funcionarios desempeñar profesionalmente servicios de Agencia de Negocios o de Gestoría de Asuntos ante las oficinas locales o centrales de los Departamentos ministeriales.

No se considerará comprendida esta incompatibilidad la representación o defensa, ni la actuación pericial, por Catedráticos y Profesores de Facultad Universitaria o de Escuela Especial, cuyos títulos y condiciones les habiliten legalmente a dichos fines.

*Artículo segundo.* El ejercicio por el funcionamiento de otras actividades profesionales o privadas compatibles no servirá de causa al deber de residencia que les sea exigible, a la asistencia a la oficina que requiera su cargo, ni al retraso, negligencia o descuido o informalidad en el despacho de los asuntos, debiendo ser calificadas y sancionadas las correspondientes faltas como previene la legislación general de funcionarios.

*Artículo tercero.* Los órganos de la Administración civil del Estado a que competen la dirección, inspección o jefatura

de los respectivos servicios cuidarán de prevenir y, en su caso, corregir las incompatibilidades en que puedan incurrir funcionarios, promoviendo, cuando así sea procedente, expediente de sanción disciplinaria.

A estos efectos, se calificará de falta grave la incursión voluntaria del funcionario en cualquiera de las incompatibilidades a que se refieren las normas segunda, tercera y cuarta del artículo primero, salvo cuando concurren, además, circunstancias que obliguen a calificarla de falta muy grave.

*Artículo cuarto.* A los funcionarios de Cuerpos y carreras de la Administración civil del Estado que se rijan por disposiciones especiales se les aplicarán también los preceptos del presente Decreto-Ley, y si estuvieren en oposición con los de aquéllas, los Ministerios respectivos promoverán inmediatamente la adaptación de las normas contenidas en el presente que sea adecuada a la especialidad de las disposiciones que rijan los Cuerpos o carreras de aquéllos dependientes.

*Artículo quinto.* Las normas de este Decreto-Ley no serán aplicables a los funcionarios de la Carrera Judicial, Ministerio Fiscal, Cuerpos de Jueces Municipales, Comarcales y de Paz y de Fiscales Municipales y Comarcales, del Secretariado de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal y Cuerpos de personal auxiliar y subalterno de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, los cuales seguirán rigiéndose, en orden a incompatibilidades, por las específicas de sus Leyes, Estatutos y disposiciones especialmente dictados para ellos.

*Artículo sexto.* Se autoriza a la Presidencia del Gobierno para dictar las disposiciones que estime precisas para el mejor cumplimiento e interpretación de las normas contenidas en este Decreto-Ley.

*Artículo séptimo.* Quedan derogadas las Leyes y disposiciones legales que se opongan a los preceptos de este Decreto-Ley, del cual se dará cuenta inmediata a las Cortes.

# PROBLEMATICA DEL PODER

(ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DE H. LASKI)

## INTRODUCCION

**N**OS enfrentamos con uno de los problemas más arduos y difíciles de la ciencia política: el poder. Al hombre siempre le ha preocupado que sus semejantes vivan en comunidades más o menos extensas, pero en comunidades al fin y al cabo donde un individuo o grupo de ellos manda sobre toda la colectividad. Mucho se ha escrito y discutido sobre la esencia y naturaleza del poder y muchas han sido las soluciones planteadas. Pero lo que a primera vista pudiera parecer sencillo no lo es tanto si se tiene en cuenta las dificultades que presenta una seria investigación de los tiempos primitivos, conocidos por tradiciones orales tan propicias a la deformación y falseamiento de la verdad. ¿Quién no considera como una fábula o mito, aureoleadas poéticamente, los hechos y vida de Rómulo o Teseo? El conocimiento científico no puede fundamentarse sobre meras suposiciones o hipótesis; es necesaria una base sólida y segura que únicamente el historiador nos proporciona. Ni tan siquiera la arqueología o etnología, con sus valiosas aportaciones logran darnos ideas claras y precisas del gobierno de los pueblos antiguos ya que si la pala ha desenterrado el misterio de civilizaciones desconocidas y los etnólogos nos describen las costumbres y las prácticas de los salvajes, no son sin embargo capaces de



ir más allá en busca de vestigios sin entrar en el mundo de la simple conjetura (1).

Ante este estado de cosas, el mundo acoge alborozado la teoría darwiniana y la trasplanta a las sociedades humanas. De esta forma se afirma la existencia de una sociedad primitiva, a partir de la cual se explican todas las demás por un proceso evolutivo y con una continuidad perfecta, desde el más remoto grupo humano hasta la más perfecta comunidad política del presente (2). Pero, naturalmente, pasados los primeros momentos de alborozo surgen nuevas investigaciones que combaten y rechazan la teoría de un tronco común o sociedad primitiva, para imponer en su lugar la idea de grupos humanos con caracteres propios y distintivos.

Dada la imposibilidad de explicación del origen y esencia del poder por medio de la teoría teocrática, el pensamiento humano ha tratado de buscar una nueva fórmula que a todos dejara satisfechos. Enfrentados con el dilema, hombre-estado, la nueva escuela olvida al Estado y parte de la idea del hombre en abstracto, independiente y anterior a aquel, sin lazos de sumisión ni vasallaje. La posición correcta para estos autores, Montesquieu entre ellos, es considerar el origen del Estado sin el Estado, o dicho de otra manera, antes del nacimiento del Estado.

Empero ¿qué fenómeno ha movido al hombre en estado de naturaleza para que siendo absolutamente libre, no sometido a otra instancia superior que no sea la suya haya no obstante entrado a formar parte de una sociedad a la que inexcusablemente ha tenido que sacrificar su libertad? Una primera solución la tenemos en el pensamiento de Hobbes, Locke, Rousseau, Althusio, para quienes el hombre en su estado

---

(1) Dykmans «Historia económica y social del antiguo Egipto», París 1932, t. I, pág. 53: En el momento en que los grupos sociales precisos se nos aparecen en Egipto, sobre todo en las representaciones figuradas en las paletas de esquistas predinásticas, nos encontramos ya con ciudades organizadas, provistas de murallas, gobernadas por colegios de magistrados y dadas al fructuoso comercio marítimo por las costas sirias... Todo lo que precede a esta época vecina del alba histórica lo ignoramos.

(2) Vid. Aristóteles «Política» I, I, cap. I.

natural, en el pleno goce y disfrute de su libertad podría temer un ataque a su vida o en sus bienes. El hombre como ser dotado de razón, comprendió a través de su inteligencia la conveniencia de salvaguardar sus propios intereses, y nada mejor para ello que la constitución de una sociedad organizada mediante la enajenación de su libertad en beneficio de la comunidad, del Estado. Buscando esta protección pública y general los hombres concluyeron un contrato y dieron origen al Estado que para el mejor servicio de la seguridad personal y patrimonial habría de ser soberano, capaz de dar órdenes e imponer su voluntad. Es, pues, en cierto sentido el temor el origen de toda autoridad (3). Que esta dirección del derecho natural ha gozado de un gran prestigio nos lo prueba el hecho de su subsistencia a través de varios siglos.

Tal y como ha sido expuesta, la doctrina jusnaturalista es prácticamente insostenible. Si el poder ha de ser supremo, sin límites, como Hobbes pretendía, entonces no puede admitirse defecciones en el logro del fin del contrato social y de ello se deduce la inadmisibilidad de la libertad de conciencia o religión. Si se permite esta libertad de conciencia surge la colisión lógica del poder supremo, que ya no lo es, y esa misma libertad que era precisamente lo que se quería evitar. Y nada digamos si por encima de los castigos que el soberano pueda imponer se admitiesen castigos eternos.

La teoría del contrato social por la que los hombres se decidieron a salir de su estado de naturaleza, aún admitida la ficción rousseauiana del pacto, se enfrenta de una manera radical y absoluta con el fidedigno testimonio de la ciencia que no encuentra fundamento en la condición natural del hombre, desordenada y anárquica, de la que fué posible emerger gracias al benéfico hallazgo del hipotético contrato social.

Más cercanos a nosotros, determinados autores, basan el poder en la fuerza. Así Duguit no admite un título justificativo de la autoridad ni sobrenatural, ni convencional y, sí

(3) Hobbes «Leviatán» Fondo de Cultura Económica. México 1940.

la fuerza física, religiosa o intelectual que es a la postre la verdadera gobernante. Quien pretenda apreciar su doctrina en este punto ha de ceñirse a considerar lo que él entiende por nación y por Estado. Negar que existe una nación-persona no equivale a negar la existencia de la nación. Para él la nación es simplemente un medio humano llegado a un grado tal de evolución orgánica que permite surja en su seno el fenómeno Estado.

Al fenómeno Estado sucede otro fenómeno, los gobernantes tratan de justificar esa imposición de voluntad atribuyéndole carácter superior por medio de teorías como la teocrática y la democrática. En el primer caso actuarían con facultades procedentes de una voluntad superior divina, y en el segundo, la voluntad nacional por el mero hecho de ser la de todos sería superior a las individuales.

Siendo falso que los gobernantes personifiquen una voluntad superior podemos deducir lógicamente que lo que imponen son voluntades particulares, individuales. Ahora bien, como una voluntad individual no posee fuerza ni fundamento jurídico para obligar a otra voluntad individual, llegamos a la conclusión de que una declaración de voluntad del gobernante sólo es válida si se halla conforme con el derecho.

Como conclusión podemos afirmar que para este autor, el Estado y la potestad de los gobernantes son un hecho, pero no un derecho y que toda su opinión sobre el poder público se resume en este párrafo: «Afirmamos que los individuos que detentan esta potestad gobernante, detentan una potestad o poder de hecho, y no un poder de derecho. Al decir que no poseen la potestad pública debemos decir que no tienen el derecho de formular órdenes, y que las manifestaciones de su voluntad no se imponen como tales a los gobernados» (4).

---

(4) L. Duguit «Manual de Derecho Constitucional». Madrid 1921, página 66. Beltrán. Trad. G. Acuña.

## REFERENCIA ESPECIAL A LA DOCTRINA DE H. LASKI

*ESTUDIO DE LA SOBERANÍA EN HAROLD LASKI*

Laski estudió un fenómeno social, que es el Estado, y como propiedad esencial del Estado moderno halla la soberanía. Más tarde se enfrenta con tal concepto, lo analiza y sienta las conclusiones que hemos de exponer. Partiendo, pues, del fenómeno «Estado soberano» se hace necesario precisar qué concepto del Estado encierra y encuentra que se entiende por tal... «Un sujeto independiente frente a las demás comunidades. Puede proyectar su voluntad sobre estas con exclusión de cualquier otra voluntad externa. El Estado además, es supremo en el interior de su territorio. El Estado dicta órdenes a todos los hombres y asociaciones que residan dentro de sus fronteras; y en cambio, no admite ni recibe órdenes de ninguna de esas personas. Su voluntad no se somete a limitaciones legales de ninguna clase. Cuanto se propase encubre un fin legítimo por la mera enunciación de su contenido» (5).

Analizando este concepto de Estado existente, cree necesario puntualizar rigurosamente tres aspectos que presenta: a) El histórico. b) Teoría especial de la Ley que exige, y c) Teoría especial de la organización política que presupone. Seguiremos sus razonamientos a través de este análisis y anticiparemos que de antemano, manifiesta su creencia de que es necesario para el progreso de la ciencia política el abandono de tal concepto de «soberanía».

*a) EL ESTADO SOBERANO: SU ASPECTO HISTORICO*

Lo importante, dice Laski, es conocer el poder y lo que interesa es la naturaleza del poder, el fin que desea servir, y la manera de realizarlo» (6). Históricamente existe una va-

(5) «El Estado Moderno», pág. 38.

(6) «El Estado Moderno», pág. 39.

riedad ilimitada de sistemas en que se desarrolla la organización del poder, el Estado soberano, ha sido uno de ellos, cuya génesis vamos a tratar de comprender; es fundamental que tal concepto del Estado no impida el hallazgo de un sistema idóneo que acomode el Estado moderno a los intereses comunes de la humanidad.

En la Edad Media no existe el concepto moderno de «Soberanía». El poder supremo se vinculó a la posesión de un sistema de derecho, encarnados en el Papa y el Emperador. La victoria del Pontificado y su supremacía no alcanzaron su plenitud porque las discordias reformistas originaron, indirectamente, la divinización del Estado y con ello el concepto de soberanía. La Iglesia es divina, la única forma de vencerla es atribuir a la potestad secular un carácter divino. El Estado es el príncipe, lo que él quiere es justo, por ser manifestación de su voluntad y tener atribuciones de carácter divino. Además tal superioridad de la voluntad del soberano parece el único remedio para extinguir las luchas religiosas, Bolin y Hobbes, luego afirmarán la necesidad de una autoridad definida que ha de ser acatada no sólo en sí misma, sino también fuera del campo de su autoridad. Toda posibilidad de discutir la voluntad del Estado acarrea la amenaza de anarquía. Más tarde Rousseau aplicará el mismo concepto, pero haciendo titular de esa superioridad al pueblo soberano. Un pueblo para ser soberano no puede ser menoscabado en el poder efectivo de sus instrumentos políticos; para llevar a cabo sus tareas gozará de una voluntad indiscutible. Tales criterios hallaban un refuerzo en la crisis constante que se desarrolla desde el siglo XVI al siglo XIX; parecía que sólo la voluntad unificada de los súbditos era capaz de impedir la disolución del Estado. Por último, se ha de notar que el hecho de la tolerancia religiosa hizo del Estado una forma de asociación obligatoria única, en él se integraban todos los hombres en última instancia y, así, la soberanía asumía fácilmente el carácter de una preminencia total.

Pero si en el territorio de cada nación se operaba este fenómeno, ocurría internacionalmente otro parejo. Los súbditos residentes en el extranjero siguen adeptos por la fidelidad al soberano, simultáneamente los católicos al Papa, esto

exigió normas para la regulación de la competencia de los distintos poderes soberanos; Grocio afirma que los convenios entre las naciones obligan moralmente como la voluntad del Estado obliga al súbdito. El Estado se arroga así la salvaguardia y representación de los derechos de sus súbditos en el extranjero; su preeminencia es total.

Al estar limitado externamente sólo por vínculos voluntarios, de sanción puramente moral, y al reglamentar los deberes y derechos de los súbditos por medio de sus órdenes en el territorio nacional, el Estado no reconoció desde ese momento obstáculo interno o externo, a su voluntad.

Pero toda esta evolución es producto de las circunstancias históricas, fué una necesidad que los asuntos pertinentes a la comunidad se encomendasen a un grupo reducido de personas titulares de la soberanía estatal, porque no existía una autoridad superior a quien pudiera encomendarse la tarea de inspección; pero hoy parece ya discutible la existencia de órganos internacionales a los que puedan encomendarse aquellos asuntos que traspasan el interés nacional, como por ejemplo, la guerra. Se puede concebir sin dificultad un sistema de normas internacionales de conducta aplicables a los intereses comunes de la Humanidad y organizados corporativamente. Si tal concepción se llevase a la práctica, como nuevo sistema de la organización del poder, inútil parece decir que supondría la anulación del concepto vigente de soberanía del Estado en el campo de las relaciones internacionales, la actividad del Estado dentro de una sociedad de Estados se hallaría determinada por circunstancias no susceptibles de ser allanadas por su voluntad, su decisión ya no sería suprema y «Entonces se preferiría declarar, tal vez, que la obediencia a la voluntad de una sociedad de Estado constituye, en un momento decisivo, el más excelso deber» (7).

Pero en el aspecto interno la soberanía no se muestra menos contingente, el ejercicio práctico de la soberanía teórica se halla vinculado a personas que si se obstinan en gobernar de un modo absoluto e independiente carecen de toda

---

(7) Idem., pág. 44, 1932, con un prólogo de Teodoro González García.

probabilidad de permanencia. Los movimientos revolucionarios de la Historia muestran experimentalmente que el poder se ha de organizar conforme a un sistema de normas para ser estable, y la comunidad sólo obedece mientras se cumple tal condición, luego la soberanía aparece históricamente como algo limitado en cuanto al método, y los objetos, suponiendo una responsabilidad. Si se define como algo ilimitado e irresponsable la divergencia entre la teoría y la realidad histórica es total.

Finalmente se plantea la dificultad de que existen Estados (el Estado Federal) en los que no existe órgano soberano con el carácter de ilimitado; así en los EE. UU. de Norteamérica, el Congreso se halla limitado en sus poderes, los Estados que lo forman también, el Tribunal Supremo puede ser anulado por una enmienda constitucional, teóricamente no existe en ellos órgano soberano. ¿Negaremos a tal país la cualidad de Estado? La filosofía política que así lo hiciese no tendría sentido de la realidad. De aquí, concluye Laski, que podemos afirmar que no sólo la soberanía se encuentra en la Historia como algo contingente, sino que ya en la actualidad tenemos la experiencia histórica de un Estado en cuya construcción se ha prescindido de la noción de soberanía.

### *b) ASPECTO LEGAL DE LA SOBERANIA*

Cuando Laski trata de analizar el aspecto legal de la soberanía busca ante todo una exposición objetiva de tal problema según lo planteen los tratadistas. Entre las exposiciones prefiere la de Austin que en resumen dice: Al analizar la existencia de un Estado es condición previa e insoslayable «hallar en el seno de una sociedad determinada una autoridad superior definida a quien rinde obediencia habitual el conjunto de ciudadanos» (8). Esa voluntad superior no debe acatamiento a ninguna otra, ha de ser absoluta y singular,

---

(8) Austin, citado por Laski, pág. 46.

sino fuese ilimitada dejaría de ser suprema por hallarse sometida a otro poder coactivo, si no fuese singular e indivisible no poseería la supremacía universal, no sería soberana, también es inalienable porque si renunciara a su soberanía no podría recuperarla por simple solución suya. «La ley es simplemente la voluntad del soberano». «Dentro de la esfera de la Ley, decía Hobbes con verdadera crudeza, no puede producirse ninguna orden injusta» (9). El soberano es ilimitado ante la ley porque es su creador.

Esta exposición de la doctrina de Austin, prototipo de expositores del concepto moderno de soberanía, es interpretado por Laski en el sentido de que: a) El Estado es un orden legal donde existe una autoridad determinada que actúa como la fuente suprema del poder. b) De autoridad ilimitada. c) El poder de mando se inscribe en la esencia de la Ley.

Sin embargo, los inconvenientes que presenta tal teoría, son notorios:

1.º Es imposible en muchos casos y siempre difícil determinar quién es en un Estado, el soberano.

2.º Contraviene a toda experiencia histórica suponer que el poder soberano es ilimitado.

3.º Hacer consistir la Ley en un simple mandato es forzar la definición más allá de los límites justos.

En efecto se puede conceder en el campo especulativo que el mando sea el aspecto principal de la soberanía, pero el suponerlo así, el considerar que es ilimitado, y que se ha de entender es el sentido en que lo aplican los tribunales, incapacita a esta teoría para servir como explicación acertada del Estado moderno.

¿Quién posee tal poder ilimitado? Los austinianos dirán: El Rey en el Parlamento. Todo mandato emanado de esta Autoridad será obedecido mediante sanción de los Tribunales, señala Dicey. Pero sostener que el Rey en el Parlamento forma un cuerpo soberano en el sentido de Austin es falso, el Parlamento depende de los electores, las opiniones del electorado se imponen; la comunidad por medio de asociaciones

(9) Idem. Pág. 46.



presiona al gobierno. ¿Dónde se halla el soberano ilimitado? Para Dicey, el Rey en el Parlamento es el soberano legal, el electorado el soberano político, esto es afirmar que la soberanía es divisible en contradicción total con su definición originaria. Austin atribuye la soberanía al electorado que delega sus prerrogativas. Ahora bien, dejando al problema de si los lores y el Rey representarían el electorado ¿creó el electorado un mandato político? Entonces ¿cómo pasó a ser soberano el representante? ¿Acaso el electorado soberano creó un cuerpo soberano? Entonces dejó de serlo él. La teoría lleva por fin al concepto de soberanía popular de una manera confusa y sin realidad, porque: a) El Pueblo no puede decidir, actuar constantemente como unidad política por referéndum perpetuo. c) Si se apela a la opinión pública habrá que preguntar cuándo es pública y cuándo es opinión; considerar como la constitución norteamericana que es la opinión de la mitad más uno, en votación es cosa muy distinta, y afirmar que la nación es el origen de todos los poderes que ejercen los gobernantes es una expresión carente de realidad. Lo único que significa la teoría de la soberanía popular es que los intereses comunes han de predominar sobre los particulares en la comunidad. No se trata de discutir tal afirmación, sino de ver su realización y realmente, tampoco en ella se halla el soberano con las características fijadas.

Ningún soberano por otra parte, por absoluto que fuese su Gobierno ha ejercido nunca poder ilimitado. Es preciso comprender que muchas veces el soberano se ve obligado a la suya. Las circunstancias han limitado siempre el ejercer cosas que anhelan organismos de autoridad inferior del poder.

Finalmente hay tareas estatales no susceptibles de ser reducidas a la forma externa de un orden, en todas las normas potestativas se halla el elemento del poder en forma indirecta. La concesión del voto a las mayorías no puede reducirse a un orden, sino de modo directo y abusivo.

Concluimos, pues, afirmando que la ley no es expresión de una voluntad particular e ilimitada, sin referencia su contenido, porque estos supuestos no se cumplen en la realidad ni existe muchas veces órgano soberano o no se conoce bien,

jamás es ilimitado y no siempre la norma adopta forma de mandato o prohibición. De aquí su inutilidad en el campo de la filosofía política.

### c) LA SOBERANÍA POLÍTICAMENTE CONSIDERADA

El problema fundamental que ha de resolverse en este aspecto es investigar si en cada Estado debería existir un poder absoluto, independiente y desligado de cualquier restricción. Por una parte es preciso abandonar el campo puramente teórico, de los que quieren hallar las fuentes de una decisión única, porque nos arrastraría, según Laski, a afirmar con Chipman que no se descubren en una sociedad los verdaderos gobernantes. Por otra parte una postura realista analizaría el fenómeno Estado y hallaría que lo que llamamos voluntad del Estado es en realidad la voluntad del gobierno en tanto es aceptada por la comunidad, y su labor es fijar los límites dentro de los que se relacionan las demás voluntades.

Pero el Gobierno es un conjunto de voluntades particulares pertenecientes a individuos determinados; las normas de derecho que establezcan pueden oponerse a la idea que tiene del derecho la comunidad, que así mismo pueden pervertir los fines del Estado. Para evitar que ocurra esto se les somete a una renovación periódica con la que cae por tierra la pretensión de un derecho permanente a detentar el poder y permite la crítica por parte de aquellos que soportaron lo dispuesto por el Gobierno. Pero son fundamentales en esta tesis dos principios: a) La desmesurada importancia que adquiere el medio elegido para que el pueblo exprese su opinión de manera fiel y estricta. b) Que, fundamentalmente, queda patente como la voluntad del gobierno procurará —durante el período de actuación— actuar de modo que la adhesión del juicio popular hacia él sea constante. En realidad lo que significan ambas cosas es que la actuación del gobierno quede mediatizada y ampliamente influida desde fuera. Una vez de que esta tesis desemboca en la conclusión de que la

actividad de todo gobierno se halla regu'ada por la necesidad de adaptarse a las influencias volitivas externas, podemos preguntar ¿qué circunstancias son necesarias para que pueda considerarse el fin del Estado cumplido por la voluntad del Gobierno? ¿Qué voluntades dirigen la voluntad del Gobierno en un Estado actual?

Con respecto a las circunstancias, dice Laski, que todo individuo tiene la prerrogativa de exigir del Estado la realización de un medio social en el cual poder realizar la perfección de su personalidad, a lo menos virtualmente; negamos según esto que sea legítimo un Gobierno que haga distinciones entre los diversos ciudadanos en tal sentido. Tales condiciones de legitimidad originan un sistema de derechos y limitan el poder. Un gobierno se funda en una obligación moral y contingente, mantiene y protege los derechos, sus actos son justos. Si por el contrario no hace esto, pierde eficacia y poder ante los súbditos.

Se podrá objetar a esto que también es lamentable que un Estado pueda negar el reconocimiento de un derecho utilizando la superioridad de su fuerza. (Casi siempre el motivo de tal negativa es el impedir una participación idéntica de todos en los beneficios del Estado, reservando tal igualdad de participación para un sector determinado de la sociedad). Pero Laski responde que la persistente negativa a admitir un derecho originará una corriente opositora que, una vez alcanzado el empuje suficiente, tomará las riendas del poder. De modo que «está latente en la naturaleza histórica del derecho ideal, llegar a poseer el poder para que deje de ser al fin, mero ideal algún día (10).

Cuando se trata de realizar un derecho puede conseguirse su grabación en una constitución, así se mantiene el gobierno bajo el de leyes inalterables. A medida que estas leyes arraigan en la sociedad se hacen más inmutables para el Gobierno. Pero por otra parte, aún cuando no se consigne la inserción del derecho en la Constitución, hablar de la libertad del gobierno para aceptar o rechazar un derecho no

---

(10) Idem. Pág. 56.

deja de ser una exageración de la libertad que realmente posee. Los súbditos del Estado pertenecen a múltiples asociaciones que continuamente presionan con sus soluciones al Estado que al fin acepta las más generales. Ahora bien, parece que llega el momento de analizar qué voluntades dirigen la del Estado (11). La sociedad posee un marcado carácter de organismo federal en el que toda actividad general, que interesa a los miembros de la sociedad como conjunto, incumben al Estado, pero las actividades de carácter específico y particular son propias de las diversas asociaciones y sólo interesan al Estado en cuanto sus resultados influyan en el resto de la sociedad y dentro de su esfera respectiva son tan naturales para sus miembros como el propio estado.

Son casi tan soberanos como él mismo y ello quiere decir que sólo se hallan limitados. 1.º) Porque carecen de la facultad de imponer penas corporales. 2.º) Porque al igual que el Estado, la negativa a disposición de sus miembros para aceptar sus disposiciones impone limitaciones. Todas estas asociaciones ejercen una influencia poderosa en la misma esfera de actuación del Estado y van imponiendo sus particulares resoluciones como generales y presionan al Estado con esa realidad hasta su aceptación.

Conviene recordar que la «voluntad» del gobierno no es una unidad, de una concentración del poder en un pequeño grupo, tal concentración no existe, el poder es difuso se extiende ampliamente y su extensión responsabiliza la administración y la mejora, porque la libertad de iniciativa ofrece muchos bienes a cambio de algún peligro. De ahí lo interesante que resulta la descentralización del poder, el establecer sistemas de funciones territoriales donde se verifica una devolución de poderes por parte del gobierno central en favor de los locales, reservándose aquél una labor de asesoramiento y tutela en aquellos casos que afectan a la comunidad social. Aún en competencias no territoriales, como son las gremiales, ocurre algo similar, el principio general consiste en confiar la

---

(11) Aunque Laski no lo advierte, parece, por el contexto y lo antes dicho, que tiene tal sentido.

administración de los poderes a aquellos que sienten de modo más inmediato las consecuencias, reservando al gobierno los asuntos de interés general. Claro está que si se considera que el Estado se halla configurado de esta forma deja de ser una entidad moral y ha de descansar en el consentimiento organizado de sus miembros, por parte de éstos supone la necesidad de la crítica y el derecho a la desobediencia, ejercida de modo razonable, al margen de la conducta política. De este modo el Gobierno ha de responder periódicamente de su gestión ante aquellos de quienes derivan sus poderes, ha de respetar fundamentos jurídicos, como la libertad de expresión que garantizan su información y podía responder ante los Tribunales de los errores cometidos en sus funciones.

Consecuencia natural de esto es que no es buen ciudadano quien no se interesa por los asuntos del Estado y permite que una minoría usufructúe el poder de un modo desembarazado que siempre pasa a significar abuso. La limitación del poder es fundamental idea en la filosofía política. Si ocurriese que tal minoría disfruta del poder en un sentido ilimitado proclamaríamos, en el orden geográfico, la existencia de divisiones locales a través de la humanidad, con mengua de otros aspectos de la sociedad humana. No hay nada que permita asegurar lógicamente que un grupo de hombres posee la razón frente a los demás. No se trata de una racionalidad extremada e irrealizable que tratando de anular ese impulso natural que constituye la fidelidad a la nación propia, se trata, simplemente de encauzar ese poder de sacrificio tratando de hallar nuevas fórmulas de organización social y en consecuencia de un ideal beneficioso para toda la sociedad. En definitiva lo que queríamos hacer constar era lo peligroso, al menos desde el punto de vista moral, de un centro único e inapelable.

### *LA SOBERANÍA CONTRARIA A LA COMUNIDAD*

El tratar de encuadrar en una institución normativa las relaciones entre los Estados no es un asunto que pueda dejarse encomendado a la libre voluntad de aquéllos, pero sólo

puede resolverse en su vida de relación por medio de acuerdos concertados entre ellos.

Por tanto es una consecuencia lógica de ese problema la constitución de un organismo internacional que regule con sus normas tales relaciones, permaneciendo los Estados subordinados a él en ese aspecto concreto de las relaciones internacionales, que afecta realmente, a todos los pueblos. Pero condición previa de tan necesaria organización es la desaparición de la soberanía en su concepto actual de libre voluntad en todo asunto interno y externo. La Guerra, la mejor distribución de las tierras y las riquezas entre los hombres, tropezarían con ese concepto de voluntad libre y absoluta.

Estudiar la historia de los Estados más progresivos en su bienestar propio es ver una serie de medidas que demuestran la necesidad apremiante que tienen los hombres de desarraigar del poder toda decisión excesiva. Al igual que en las naciones que precisan superar los particularismos, así, si se quiere organizar una sociedad humana cooperativa, han de adiestrarse en hábitos de colaboración, acostumbrándose a pensar que su país es sólo parte de la sociedad universal. «Tienen que acostumbrarse a la idea de posponer su bienestar inmediato y temporal en aras de los beneficios permanentes que se deriven de la paz» (12). Es preciso terminar con la tradición que dice —con Hobbes— que el *hinterland* entre los pueblos organizados es un «*Bellum omnium contra omnes*». Si se quiere que el hombre mantenga su diferenciación de las bestias es preciso superar tal principio porque «Las funciones que influyen en la vida de la gran sociedad (13), tienen que sujetarse a la decisión colectiva y concertada de los hombres» lo que exige la desaparición de la soberanía por ser tan inútil como molesta.

Sólo me resta hacer notar cómo, para Laski, el principal motivo para deshacer la soberanía es su falta de realismo: en el aspecto interno, su contingencia histórica le ha hecho «inactual», en el externo el motivo es su falta de

(12) *Idem.* Pág. 67.

(13) El Estado universal, más o menos descentralizado.

utilidad, mejor aún, el ser un obstáculo para lograr una nueva etapa de la organización política de la Humanidad.

- 1) Para Laski la soberanía es absolutamente ilimitada.
- 2) Por lo tanto la rechaza.
- 3) Equipara Bodin a Hobbes.

## NUESTRA POSICION

### *NECESIDAD DE UN PODER*

A la sociedad le es absolutamente imprescindible la existencia de una autoridad capaz de dirigir a los hombres al logro del bien común. Es necesaria esta potestad porque los hombres dentro de la organización política encontrarían muchas veces contrariados sus intereses particulares, frente al interés general de la sociedad con sus múltiples exigencias para el mantenimiento de la convivencia pacífica de los hombres. Ciertamente la naturaleza humana hace posible su conservación y desarrollo dentro de la sociedad, y es esa misma naturaleza la que exige la existencia de esta sociedad sin la cual el hombre no podría desarrollar su propia vida. Síguese de esto que si la sociedad es natural al hombre para su conservación, desarrollo y fines que cumplir, natural ha de ser también la presencia de un poder capaz de dirigir las voluntades de los ciudadanos muchas veces rebeldes y contrarias a la comunidad de intereses; poder que se justifica no por libre creación de los hombres, sino por el propio derecho natural.

Ahora bien, en la sociedad cabe distinguir una enorme variedad de poderes que tienen por misión esta dirección de las voluntades humanas. ¿Cuál es, entre ellas, el poder primero? ¿Cuál es el poder propio del Estado, es decir, el poder político? Sánchez Agesta (14) señala una jerarquiza-

---

(14) Sánchez Agesta: Lecciones de Derecho Político. 5.ª edición. Granada 1954, pág. 479.

ción del poder del Estado que nos lleva a un punto límite en el que se hace realidad su organización y unidad. Este vértice será la autoridad suprema; poder de poderes que no admite otro igual ni superior a sí mismo.

### *LA OBLIGATORIEDAD MORAL Y EL PODER*

El poder encierra una serie de elementos que no sólo no se contradicen, sino que mutuamente se complementan. Así, este poder supremo no consiste en la acción meramente material, brusca o física sino más bien, por tener como sujetos seres libres e inteligentes, su verdadera autoridad se dirige a la voluntad humana que no debe admitir otro impulso motor de sus actos distinto a su propia conciencia. Pero esta obligatoriedad moral no agota el poder, ya que éste puede imponer sus mandatos de una manera coactiva cuando aquélla falte o sea desconocida. Lo ideal será entonces saber combinar la obediencia y el mandato sin recurrir a la fuerza física o material. Certeramente ha señalado a este respecto que: «Mandar y obedecer son los elementos internos en que se resuelve la acción del poder y están tan íntimamente ligados entre sí que recíprocamente se engendran» (15). Si efectivamente existe la fuerza física, como de hecho sucede, en el poder político, lo es en tanto que las voluntades de los individuos pueden separarse del bien común, y la sociedad no puede admitir defecciones en el logro de su fin.

### *SOBERANÍA INTERNA E INTERNACIONAL*

La soberanía o autoridad suprema, equivale a plena libertad de gobierno en los asuntos domésticos sin admitir

---

(15) Sánchez Agesta; Lec. cit., pág. 430.



ingerencias de otros poderes cuya autoridad, en todo caso, dimana de su libre consentimiento. En el orden externo, la autodeterminación es su característica fundamental por la que el Estado no consiente intromisiones de otros ordenamientos jurídicos. Conviene señalar ya que cuando hablamos de soberanía, autoridad suprema o poder político queremos indicar un poder caracterizado por esa ilimitación dentro de ciertas competencias que le son propias pero que perfectamente puede coexistir con otros poderes de igual naturaleza y distinto orden. Por ello, poder absoluto no quiere decir arbitrariedad o imposición de una conducta caprichosa ya que partíamos de la base de que el poder sujeta las voluntades de los individuos, no para un fin cualquiera sino para el cumplimiento de la justicia y el bien de los hombres. Poder absoluto es la expresión del poder más alto dentro de la jerarquía de los poderes del Estado, o dicho de otra manera, el poder del propio Estado. Es absoluto en su esfera, en su competencia, y lo sigue siendo al respetar los derechos legítimos que en el orden interno mantienen las instituciones que a su amparo viven, los derechos de los individuos y los del orden natural, por cuanto la jerarquización de los poderes no supone necesariamente la anulación o desconocimiento de los inferiores que tienen una misión que cumplir siempre y cuando sea ésta legítima y coadyuvante con el poder político al bien común.

En la esfera externa, la consideración de la suprema potestad de los otros Estados es también una cierta limitación por cuanto la soberanía no es patrimonio exclusivo de un Pueblo, sino de todos los Estados que persiguen igualmente el logro de una pacífica convivencia en pos del fin último temporal de los individuos. Hay por otro lado unas normas naturales de derecho internacional que obligan a todos los pueblos cuya misión también es la conquista del bien del Universo. Pero del mismo modo que el hombre es absolutamente libre dentro de un cierto orden y no fuera de él, así los Estados tienen poder absoluto que en nada mengua por el reconocimiento de esas normas internacionales.

## PERSONA HUMANA Y CUERPO POLITICO

Desde un punto de vista filosófico creo imprescindible considerar las relaciones de la persona humana con el cuerpo político, y tomar buena cuenta de que aquél participa del Estado y es superior a él en lo que el individuo tiene de eterno y sobrenatural en el fin último a alcanzar. Es un hecho cierto que el hombre está inserto en el bien común que la sociedad persigue, pero sabemos también que en lo que no pertenece al César, tanto la sociedad como el bien común quedan sometidos de una manera indirecta al destino eterno y sobrenatural que es fin de otro orden que trasciende al mismo Estado. El bien común de la sociedad civil es un fin absoluto dentro de su esfera, un bien que no puede encerrarse en sí mismo desconociendo otros órdenes igualmente lícitos, un bien relativizado por el bien último absoluto sin empaques ni cortapisas, absoluto en abstracto que éste no admite limitaciones por ser el fin propio de todas las cosas.

Sería pecar contra la dignidad humana y el cuerpo político, desconocer estas verdades por cuanto el bien común absoluto de la sociedad tiende necesariamente, de un modo indirecto al logro de esa perfectabilidad y fin último, hacia algo que lo trasciende en todo caso. Si Dios creó al hombre a su imagen y semejanza y le participó de la vida sobrenatural, es lógico pensar que el fin último de las criaturas es el mismo Dios hacia quien se polariza la conducta humana trascendiendo tanto la sociedad política como el bien común que ésta persigue. He aquí, pues, una subordinación indirecta del Estado al fin sobrenatural de los ciudadanos. Sin embargo esta subordinación no quiere decir que el Estado sea simplemente un medio para aquella conquista eterna sino más bien el cuerpo político tiene un fin válido en sí mismo, fin que siendo absoluto lo es en la escala jerárquica de los valores y en el lugar que le corresponde.

## UNIDAD DEL PODER

Este poder del Estado llega a los más reconditos rincones de nuestra existencia social, todo lo regula, todo lo

prevee y nada ni nadie puede eludirlo; en todas partes me lo encuentro puesto en práctica por un agente o autoridad que me manda o prohíbe. Sin embargo su esencia, ya que no sus efectos, es totalmente escurridiza y misteriosa; por mucho afán que pongamos en buscarla siempre damos con organismos e instituciones, elementos parciales o visión fragmentaria del poder.

Entonces cabe pensar si ese poder del Estado es en verdad uno o múltiple, si existe una soberanía o por el contrario son varias dentro del poder estatal. Porque nosotros, creemos en la unidad del poder no obstante los diversos aspectos bajo los cuales se manifiesta. No tratemos aquí del poder individualizador, de un jefe único, sino de la institucionalización del poder con toda esa gama variadísima de gobernantes, organismos e instituciones, relaciones recíprocas. Queremos ver no obstante los diversos aspectos del poder, su verdadera unidad. En este sentido, el Derecho Público no ha llegado todavía a soluciones exactas, puesto que unas veces se habla de soberanía, del Poder del Estado o de la autoridad de los gobernantes, dando a estas nociones la consideración de atributo o cualidad tanto de un organismo en particular como de una nación.

Ante este estado de cosas, uno se siente tentado a conformarse con la realidad de los hechos, es decir, con la observación diaria que nos presenta unos gobernantes capaces de detentar la fuerza necesaria para hacerse obedecer. Sin embargo la tentadora de la proposición, es insuficiente, por cuanto la misma observación nos muestra que esas autoridades pasan permaneciendo estable el poder, que esos gobernantes no obran por su libre voluntad, sino por otra voluntad que los nombra y podría revocarlos. Esos mismos hechos cotidianos y reales nos enseñan también que existe un soberano que no por no gobernar efectivamente, no deja de tener un papel menos importante. Los gobernantes ejercitan un poder, dan órdenes, son obedecidos, pero en la medida en que obren dentro de las atribuciones conferidas por un poder abstracto del que reciben su potestad y legitiman sus actos.

No es por elegancia doctrinal, en el deseo de llevar al-

guna claridad a los fenómenos que presenta el poder, que encontremos siempre ese Poder abstracto como último factor, como unidad del que que diraman a las demás manifestaciones del mismo. Es la misma realidad quien lo impone.

Burdeau (16) define los gobernantes como «los hombres que encargados de gestionar los negocios públicos, toman decisiones, dan órdenes, y las hacen ejecutar en el sentido les parezca exigir el buen desempeño de sus funciones». Y son efectivamente ellos con los que más directamente notamos la existencia del Poder, hasta tal punto es esto así que en ocasiones se ha llegado a confundir el Estado con el Gobierno, lo que sería muy conveniente de proscribir ya que aquél es diferente, con entidad propia, distinta de sus órganos (17). Y por gobernantes entendemos todos aquellos que de una manera directa o indirectamente participan en la gestión de los negocios públicos, sea los que ponen en práctica las directrices de la nación como los que las estatuyan inicialmente.

Si tomamos un gobierno cualquiera, en situaciones normales se entiende, sus decisiones no encuentran justificación en el hecho de emanar de la voluntad de los gobernantes, ni tampoco la ejecución de esas órdenes pueden nunca legitimarse en un acto de fuerza. Una decisión de las autoridades no es válida en sí, por derecho propio, en virtud de que una persona, órgano del Estado las haya dictado. Los agentes son instrumentos más o menos idóneos del poder estatal y es **cabalmente su misión** ponerlos en práctica, accionarlos. Lo que ocurre es que cuando un ciudadano obedece una orden del Gobierno, no acata una decisión de este o aquel, sino del Estado en cuyo nombre actúa la autoridad; la voluntad de los gobernantes vale en tanto es expresión de la voluntad del Estado; su legitimidad se justifica entonces por ser órgano del Poder supremo.

---

(16) Georges Burdeau. *Le pouvoir politique et l'état*. p. 422-438. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. Paris 1943.

(17) Cuando se dice que Hiller ha caído del poder, que Eden ha tomado el poder, se ve perfectamente está dualidad Gobierno, Estado.

De este modo vemos que los dirigentes de la nación pueden adjetivarse de soberanos, pero esto más bien por adulación o costumbre, ya que sobre ellos existe un poder supremo del cual toman carácter e imprimen categoría a sus actos. Y no puede decirse que el poder que indiscutiblemente reconocemos en los gobernantes y ese Poder del Estado sean una misma cosa, ya que por encima de la diversidad de los agentes de negocios públicos está el mismo y único Poder. Los gobernantes actualizan el Poder, le dan forma, lo exteriorizan pero no le confieren la vida que de antemano poseía. Un gobierno puede ser monárquico, aristocrático o democrático en la medida que el soberano sea un rey, una minoría o todo el pueblo.

Políticamente, los gobernantes representan un importante papel por ser ellos los encargados de hacer prevalecer la voluntad del soberano, rey, pueblo o nación que los ha designado y sin su consentimiento nada podrían por sí solos. Véase si no en el caso del establecimiento de una constitución. El soberano, tácita o expresamente ha de prestar su consentimiento. Hay aquí, entonces, una clara subordinación de los gobernantes al soberano, evidenciada por el hecho de que si aquéllos, confabulándose contra la voluntad soberana quisiesen seguir una política adversa, sus decisiones se anularían y su existencia se vería comprometida por la aparición de una nueva forma de gobierno, portadora de los designios vitales y reales del Soberano.

### *EXISTENCIA DE LA SOBERANIA*

La jurisprudencia y la doctrina tienden aún hoy a mantener la palabra de soberanía y su concepto no obstante los innumerables ataques de que ha sido objeto (18). La so-

---

(18) Cavaglieri, *Règles generales du droit de la paix*. Recueil, tomo 26, págs. 321 y ss. Yepes, *Les problemes fondamentaux du droit des gens en Amerique*, Recueil, tomo 47, pág. 17-38. Basdevant, *Regles generales du Droit de la paix*, Recueil, t. 58, p. 577 y ss.

beranía es una realidad tangible que no necesita mayor demostración porque está ahí, existente y viva, como afirmara Frankowski, salida de la misma vida práctica y real y no de las elucubraciones teóricas de un gabinete.

Se ha objetado que es difícil precisar el contenido de la soberanía, que no era posible determinarla, y para obviar dichos inconvenientes se propuso el término «independencia» como si ello fuese el hallazgo definitivo que allanase dificultades y alejase el problema. Pero es ella la que encierra un sentido mucho más negativo que la palabra a quien viene a sustituir.

Por otra parte no hay incompatibilidad entre la soberanía y el derecho internacional; antes bien, se ayudan y complementan al ser este un sistema de normas que regula las relaciones entre Estados soberanos. Y esto hasta el extremo de que si en el mundo existiese un solo Estado como comunidad política universal capaz de regirse por normas constitucionales, no tendría sentido las normas internacionales cuya esencial misión es la regulación de relaciones entre Estados (19).

Si los Estados no son soberanos --dice André Weis-- no hay derecho internacional posible, porque el objeto de este derecho es precisamente poner de acuerdo y conciliar las diferentes soberanías sobre los que él ejerce su imperio.

La soberanía no sólo no es obstáculo al desarrollo y vida del derecho internacional sino que en cierta medida le sirve de soporte y elemento esencial.

Los impugnadores de la soberanía la suponen siempre y necesariamente como potestad absoluta ilimitada, y claro está, admitida esta ecuación no ofrece duda la postura que presentan. Pero sin embargo no está suficientemente claro este carácter por cuanto en los orígenes de la soberanía no se conoce una potestad sin límites, más tarde introducida por la práctica y la doctrina de los Estados modernos. Y es que

---

(19) En este sentido Verdross, *Volkerrecht*, p. 46. Heller, *Die Souveränität*, p. 18. De Louter, *La crise du droit int. Revue generale de droit int. public*. 1919, p. 88.

en el campo interno como en el internacional el poder del Estado nunca ha sido ni puede ser absolutamente ilimitado, ya que se encuentra impotente para paralizar las fuerzas de un orden diferente como el de la moral, religión, leyes económicas, pongo por caso; o bien su actuación está limitada en lo que respecta a los otros pueblos, por el hecho mismo de su coexistencia. Un poder del Estado, absolutamente ilimitado sería aquel que pudiese vivir aislado física y espiritualmente, o un Estado universal como afirmara Heller. Al ser la soberanía una noción jurídica en las normas del derecho encuentra su propia limitación.

En este estado de cosas podemos preguntarnos por una soberanía que careciendo de esa cualidad de ilimitación sea no obstante potestad soberana. ¿Puede la soberanía ser limitada? ¿Es necesariamente absoluta?

Todo el mundo sabe que la libertad individual es un derecho sagrado e inviolable reconocido a la persona humana; es una noción absoluta y en este sentido ha sido reconocida sin que el absolutismo de la noción le haga desmerecer. Por otra parte, decir que la libertad es absoluta no quiere expresar una total ausencia de límites impuestos entre otras razones, por el hecho mismo de la convivencia. Y a pesar de ello aceptamos esta facultad inherente a la naturaleza humana con la denominación tradicional de libertad absoluta. Esto es así, porque toda noción jurídica está sometida a las normas del derecho que han de regular la **coexistencia entre los** hombres o grupos de ellos. Ambos tienen deseos, aspiraciones, intereses personalísimos a veces en contradicción con el ordenamiento jurídico y que sin embargo han de someter su voluntades a los dictados del derecho, limitando así la esfera de libertad individual. Es decir, que en toda noción jurídica —la soberanía es una de ellas— puede admitirse un sentido absoluto de la noción pero sin trascender la esfera propia de sus competencias.

La soberanía es un poder absoluto, dentro del ordenamiento jurídico, que no reconoce otro igual o superior a él. En este sentido se pronuncia el Consejo Permanente de Justicia Internacional al decir: «Que todo lo que se puede pedir a

un Estado es no traspasar los límites que el orden internacional impone a sus competencias» (20).

En el caso Wimbledon el mismo alto organismo internacional se pronuncia en el sentido de que los tratados entre Estados, por los que nacen obligaciones recíprocas entre ellos, no supone un abandono de la soberanía, sino antes al contrario, un atributo de la soberanía de los Estados.

Así pues existe un poder supremo, del que dimana toda otra potestad; existe una soberanía como esfera límite capaz de justificar y legitimar los actos propios del complicado mecanismo estatal.

BERNARDO ZULAICA

ENCARGADO DE CATEDRA

---

(20) Decreto en el asunto del Lotus, Publicación del C. P. J., serie A, nº 10, p. 19. Del mismo modo. B. Andrassy. Recueil 1937 III, y 644. «La souveraineté et la société des nations.



# VALOR ACTUAL DEL DERECHO PRIVADO

(PRELECCION)

## SUMARIO

### *Derecho y Cultura.*

El Derecho en constante formación.

*El ejemplo de Roma.* Aspectos trascendentes del Derecho romano:

- a) Perfección alcanzada por sus leyes.
- b) El sentido jurídico romano. Su ciencia jurídica, insuperada e insuperable.
- c) La supervivencia del Derecho romano.
- d) Fuente de inspiración para la Legislación eclesiástica.
- e) La justicia incarna de sus resoluciones.
- f) Campo de palingenesis crítica y de experimentación histórica.
- g) Pragmatismo del Derecho romano.
- h) Vida y subsistencia del Derecho romano en gran parte de instituciones.

### *La recepción del Derecho romano y la Escuela Salmantina del siglo de Oro.*

Valor del Derecho romano: Conjunto de fuerzas espirituales susceptibles de actualización en cualquier momento histórico.

### *El hombre como punto de partida, en toda reconstrucción científica del concepto de Derecho.*

Premisas generales para su determinación: Las ciencias de la naturaleza y sus leyes.

Ciencias del espíritu.

Libertad y necesidad.

Sociabilidad.

Normas éticas y normas jurídicas.

### *Derecho.*

Ley.

Derecho natural, Derecho positivo y Derecho histórico.

Distinción del Derecho positivo, en público y privado.

Definición del Derecho privado.

Desmembración del Derecho privado.

### *Derecho civil.*

Su fuerza expansiva y coherente.

Su objeto.

Su importancia, en relación con el Derecho foral.

Su importancia, en la interrogación europea.

Su legitimación transcendente y valor formativo: *el hombre prudente.*

## VALOR ACTUAL DEL DERECHO PRIVADO (\*)

### (PRELECCION)

EN estos momentos en que el hombre proyecta sobre el cosmos ultraterreno su genio creador, y la juventud afluye a las aulas universitarias en demanda de ciencia experimental, en ansias legítimas de enseñorearse del mundo intersidereal, en gran parte ignoto, parece obligado replantearse el problema no ya de la utilidad del estudio del Derecho, sino también de sus propios fundamentos.

Cualquiera que sea el concepto que nos merezca el Derecho, no cabe duda que la ciencia jurídica es uno de los más nítidos exponentes de la cultura de cada pueblo, porque, bien se considere bajo el marco reducido que presenta al Derecho como un producto natural y espontáneo del espíritu del pueblo, en constante dependencia y paralelismo con las exigencias de la vida (1), bien como una «realización» del valor Justicia, en cuanto ha podido ser alcanzado y «realizado»

---

(\*) Esta exposición pretende sólo servir de enlace a los estudios del primer curso de nuestras Facultades de Leyes con la Introducción al Derecho civil.

(1) Esta es la concepción del Derecho de la Escuela Histórica, y supone una reacción contra la anterior escuela del racionalismo. Sobre este punto, ALVAREZ SUAREZ: **Horizonte actual del Derecho romano**; Madrid 1944, pág. 465 y ss. Vid. infra: El hombre como punto de partida

por una determinada comunidad viviente (2), ya se advierte en el Derecho nada más que un medio de hacer posible la mayor felicidad del mayor número, o con un criterio cuantitativo se defina como «la necesidad de delimitación recíproca de las esferas de libertad en la mutua relación interpersonal» (3), o como «la forma de existencia de la comunidad concreta» (4), o se subjetivice en «la voluntad de justicia de

(2) Esta es la concepción del «neokantismo sudoccidental alemán», fundado por WINDEKBAND y RICKERT. Toma de Kant el concepto de *realidad*, como resultado de la síntesis categorial de las percepciones sensoriales. Pero esta *realidad* puede ser considerada desde dos puntos distintos: Si atiende a lo general: equivale a naturaleza; si atiende a lo especial: cultura. Cfr. RICKERT: *Kulturwissenschaft, und Naturwissenschaft*, 7 edic., página 55. El Derecho es una parte de la cultura, la cultura es una realidad referida a valores (vid. infra sobre el *valor* nota 27 y «Determinación del concepto de Derecho»). Mas esta concepción del Derecho, al hacer del valor un artículo que ha de ser profesado, lleva a la conclusión de que no es posible un conocimiento con validez universal del valor absoluto del Derecho. Cfr. LARENZ: *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. esp. 98 y ss.

(3) El Derecho como medio de hacer posible la «felicidad del mayor número» es objeto de estudio por BAUMGARTEN, defensor del eudemonismo individualista: *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, 1920, página 22. Es una concepción materialista del Derecho que concluye exigiendo, al igual que el marxismo, la sustitución de los actuales Estados por una «sociedad internacional sin clases». Vid. mi trabajo *Materialismo histórico y Derecho romano*. Rev. Facultad de Derecho de Méjico, n.º 5 (1952) págs. 97 y ss. La concepción del Derecho como «la necesidad práctica de delimitación recíproca» corresponde al iusnaturalismo individualista de la época de las lucas, que no se ha de confundir con el iusnaturalismo universalista del medio evo, que descansa en la concepción tomista de que el Derecho natural es la participación en Ley eterna de la criatura racional, mientras el iusnaturalismo individualista parte del individuo singular e intenta extraer el Derecho de sus necesidades e instintos, o de su naturaleza racional. El representante más genuino de esta escuela fué LEONARD NELSON, y su obra fundamental *System des philosophischen Rechtslehre und Politik*. 1920. Vid. su crítica por H. de Man: *Zur Psychologie des Sozialismus*. 1927, pág. 132 y ss.

(4) CATHREIN, V. contempla en Derecho desde el punto de vista tomista, con ciertos matices modernistas, con intento de superación de las concepciones racionalistas, como «un aspecto de las leyes éticas naturales», por lo que todo Derecho constituye una norma mediatamente

la comunidad, que se realiza mediante la coacción» (5), es innegable que el Derecho es cultura, mejor dicho, un fenómeno de la cultura alcanzada por un pueblo, una manifestación de su capacidad «creadora» y «organizadora», manifestación ínsita en su propia vida, consustancial al pueblo.

A quien contemple la realidad estática del fenómeno cultural en un momento dado, si esto es posible, puede no interesarle el pasado o el futuro de la realidad presente: su visión será uniforme, aunque no única, invariable, aunque no igual; pero las manifestaciones del espíritu poseen un dinamismo perenne, y sólo desnaturalizándolas podemos estatificar los momentos de su devenir. Las categorías conceptuales, pertenecientes al mundo del espíritu, adquieren forma real en las *ideas*, y éstas se hallan en continuo devenir. Por eso una investigación, en algo constructiva, no puede conformarse con una mera enumeración de puntos de vista, con una yuxtaposición cronológica de «regulaciones jurídicas», sino que exige calar en la fibra más íntima que anima el espíritu de instituciones pretéritas, obteniendo así resultados más fundados.

*El ejemplo de Roma.*—El pueblo romano tuvo un marcado y bien conocido destino histórico, que consiguió plenamente: Roma fué conquistadora y jurista. Llegó a dominar el mundo entonces conocido, del uno al otro confín. Elaboró un conjunto de normas jurídicas que habían de sobrevivir a la caída de su colosal imperio: el Derecho romano, con unos caracteres de universalidad, fundamentado en axiomas incommovibles, que bien podemos decir que es un Derecho

---

ética y que, como tal, obliga en conciencia. Sin embargo CATHREIN no considera esencial al Derecho la coacción. Vid. *Recht y Naturrecht und positives Recht*, 1909, pág. 90 y ss. *Filosofía del Derecho, El Derecho natural y el positivo*, Madrid, 1941. BINDER concibe el Derecho, lo mismo que la Moral, como forma de existencia de la comunidad concreta, es decir, del pueblo. Cfr. *Philosophie des Rechts*, 1925, pág. 277 y ss.

(5) Tal es la concepción del Derecho de SCHONFELD: *Die Logische Struktur der Rechtsordnung*, 1927, pág. 78 y ss.

perenne: *monumentum aeris perenne*. No queremos con esto afirmar que el Derecho romano, tal como nos llegó compilado, sirva a las necesidades de la vida actual. Cuestiones que en el pasado no pudieron plantearse, surgen a cada paso con los adelantos de los nuevos tiempos. Para estos nuevos problemas, --digámoslo pronto-- no podemos buscar soluciones trasnochadas, aferrándonos a formas y métodos superados, o pretender aplicarles la vieja mecánica de tópicos infructíferos.

Ahora bien, la Historia alecciona para el futuro y es pueril pretender ignorarla. El Derecho romano, empero, es algo más que historia de unas instituciones jurídicas, es algo con vida orgánica propia que resiste el embate de los tiempos, y el jurista viene obligado a conocer los antecedentes históricos de cada institución si ha de encontrar la interpretación más propia, la configuración más exacta, para hacer valer la verdad jurídica del pasado y del presente.

Se ha dicho que las leyes son los Códigos. Para nosotros toda codificación presupone un ciclo cerrado: Es un embalsamamiento de un determinado cuerpo de doctrina jurídica. Al codificarlo, lo hiere la flecha luctuosa de la muerte y se torna seguidamente rígido, inflexible, cadáver. Leyes codificadas son preparaciones de fósiles jurídicos para la posteridad. Si el Derecho debe manifestarse en fórmulas jurídicas, plasmar en normas, no debe petrificarse, o momificarse en esas formas. El Derecho es vida, y la vida no es susceptible de un enfriamiento total, hasta que no desaparece la energía que le anima. Las leyes en Códigos son como cuerpos muertos que merecen veneración, al menos mientras duran luciendo las lámparas votivas de quienes las codificaron.

El Derecho romano, el genuino Derecho clásico de Roma, se resistió a todo intento de codificación. Los edictos de los pretores estaban dotados de continua movilidad, y hasta en el año de la magistratura sufrían disminuciones y acrecentamientos, mutaciones, en tal manera que nunca podían

considerarse como conclusos (6). Ahora bien, según la posición filosófico-jurídica que adoptemos frente al Derecho positivo, será mayor o menor la importancia que reconozcamos a esta manifestación de la cultura romana. En la menos favorable de estas posiciones, se han de tener presentes las siguientes consideraciones que predicán la importancia del Derecho romano:

a) *Perfección alcanzada por sus leyes*. —En primer lugar, el hecho de haber alcanzado tanta perfección técnica en la formulación de los principios, es bastante para merecer la atención del investigador. Roma floreció en las leyes tanto como Grecia en la filosofía y en las artes. Sin embargo este primer aspecto de la importancia del Derecho romano, que tiene indudable interés para una Historia General de la Cultura, para nosotros importa menos. Lo verdaderamente interesante es cuanto el Derecho romano y la ciencia jurídica de Roma — la jurisprudencia — pueda tener de transcendente. Si afirmamos que el Derecho es un producto espontáneo del espíritu del pueblo en un momento dado y que «la transmisión mecánica de las normas jurídicas es inconcebible» (7) ¿habremos negado categóricamente la

---

(6) Según las últimas conclusiones sobre el Edicto, éste constituyó a partir de los Severos un texto de aplicación general en todas las regiones del imperio, y continuó siendo directamente usado así en la teoría como en la práctica, llegando a ser conocido por Justiniano y sus compiladores. Cfr. DE FRANCISCI: *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclásico*, en Mélanges Fernand De Visscher, III, RIDA, 1950, página 319 y siguientes.

(7) Aceptamos a este respecto la tesis que afirma la evolución orgánica del Derecho, y muy especialmente del Derecho romano guiada por la jurisprudencia clásica y las nuevas disposiciones de la época post-clásica. Esta es la que pudiéramos llamar doctrina común, enunciada en principio por el mismo RICCOBONO, que más tarde la combatió, sosteniendo que el impulso de la fuerza inicial hizo que se desarrollara después mecánicamente el Derecho romano. Sobre este problema, es exhaustiva la investigación de ALBERTARIO: *I fattori della evoluzione del*

importancia actual del Derecho romano? La Escuela Histórica no cabe duda que no pretendió asestar un golpe de muerte al Derecho romano, y sin embargo, aún admitida la tesis (8) que lo reduce a una ciencia histórica, cabe preguntar: ¿El espíritu de un pueblo puede desligarse en un momento histórico de todos los factores, religiosos, políticos, sociales que prendieron determinando aquel mismo momento? Es decir, el hoy es absolutamente independiente del ayer en el campo de la naturaleza y de la cultura? *Natura nihil fit per saltus*, y como todo en la naturaleza se halla perfectamente concatenado, es imposible romper la cadena de creencias, de tradiciones, de ideas, sin destrozar la naturaleza misma de las cosas. Piénsese en las luchas sostenidas por la implantación de una determinada norma ética o religiosa por ejemplo, y a pesar de siete largos siglos de dominación musulmana, España sigue siendo católica y Europa no se ciñe prácticamente en punto alguno el fez musulmán. Las conquistas en el mundo de las ideas son aún más lentas que en el campo de las armas, y las verdades una vez aprendidas, difícilmente podrán ser relegadas al campo del olvido. Por eso el Derecho romano tiene importancia, ante todo, como determinante del Derecho presente.

---

diritto postclásico e la formazione del diritto romano giustiniano, en *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Parte prima, Milán, 1935, y también en SDH, 1935, 9 y ss. Hoy también en *Studi di diritto romano*, V. Milán, 1937, 147 y ss. en cuyas páginas 150 n. 3 y 151 y ss. n. 1 recoge la principal bibliografía en torno al problema.

(8) Consecuencia inmediata de la afirmación básica de la Escuela Histórica, al decir que el Derecho es un producto espontáneo del espíritu de un pueblo en un momento dado, es que el Derecho romano no es más que un Derecho histórico. Por ello sagazmente advirtió Ihering la contradicción de Savigni al afirmar, de un lado, la esencia nacional de todo Derecho, y destacar de otro el valor universal del Derecho romano, que por serlo de un pueblo, había de ser también particular. Cfr. IHERING: *Geist des römischen Rechts*, I, 6 ed. 1907, y en la trad. Fran. de O de Meulenaere, de la 3 ed. alemana 1877-78. Hay trad. española de Príncipe y Latorre, Madrid, 1891.

b) *El sentido práctico del pueblo romano elaboró una ciencia jurídica insuperada e insuperable.*—Jamás pretendió reducir a los estrechos moldes de la definición los conceptos claros, vivos, precisos, íntegros que manejaba con rigurosa técnica. Las normas jurídicas romanas gozaban de una plasticidad flexible, de una fluidez viva y en tal manera perfecta, que la nota más característica de su contenido era su *evolución progresiva*. El resultado de esta progresiva evolución orgánica, paralela a las conquistas de su imperio, guiada por la jurisprudencia clásica, de eminente sentido práctico y capacidad «poyética», no pudo ser otro que la creación de un conjunto de normas, de un ordenamiento, que ha merecido el más universal acatamiento.

c) *La supervivencia del Derecho romano.*—Constituye un tópico la afirmación de que no existe en la Historia Universal fenómeno más sorprendente ni admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas fuera de los límites espaciales y temporales de su vigencia (9). Esta supervivencia del Derecho romano, puesta de relieve por SAVIGNI, MAASEN, CONRAT, FITTIG, FLACH, SECKEL, CHIAPPELLI etc., (10) fué debida principalmente a la expansión del imperio romano, que supo asimilar como ningún otro pueblo la cultura de los vencidos, o transfundirles sus propios conocimientos. Corresponde a Mitteis (11) el honor de haber advertido, con la mayor claridad, el influjo de los derechos provinciales y coloniales sobre el de la metrópoli; pero sí es innegable este influjo, cuya medida no ha sido aún determinada, también lo es que Roma hizo

(9) Sobre este tópico, vid. ALVAREZ: *Horizonte actual*, cit. 5 y ss.

(10) Sus obras, en *Horizonte actual*, cit. pág. 7, n. 4. a 9.

(11) Su obra principal sobre la recíproca influencia del Derecho romano y los derechos provinciales fué publicada en Leipzig ya en 1891, bajo el título *Reichrecht und Volksrecht*, siendo notables sus estudios sobre Derecho antiguo, principalmente sobre Derecho heleno.



concesiones paulatinas de ciudadanía, que culminan en la famosa constitución antoniana del 212 (12) después de C., que, al otorgar la ciudadanía a los habitantes del imperio, declaró Derecho vigente para todos sus pueblos el mismo de Roma. A partir de aquel momento, el *ius civile romanorum*, que ya se había fusionado con el *ius honorarium*, constituye prácticamente un solo ordenamiento jurídico (13), deviene en un Derecho universal, Derecho romano universal. A su difusión contribuye no sólo la jurisprudencia, que lo transmite en su forma más genuina, sino también en forma de ordenaciones especiales, *leges datae, dictae*, encaminadas a resolver las necesidades de las provincias y de las colonias (14).

d) *Fué una fuente de inspiración para la legislación eclesiástica.*—También se ha señalado como una causa de la supervivencia del Derecho romano, y por ello de su impor-

(12) Sobre la transcendencia de la citada constitución, se viene produciendo una literatura copiosísima, vid. *Estudios sobre la constitución Antoniana, Los edictos y el edicto de Caracalla*, A. d'Ors, en el AHDE, 15 (1944) 162 y ss. 203 y ss. Recientemente IGLESIAS, J.: *Instituciones del Derecho romano*, Barcelona, 1951, ha recogido de nuevo la problemática de esta constitución en unas jugosas notas, cfr. págs. 49, n. 150, 53, n. 172 etc. Sobre la aplicación del Derecho romano después del 212, vid. SEGRE en *Chronique d'Egypte*, 25 (1950) 350 y ss. A. RUIZ: *Latomus*, 9 (1950).

(13) Cfr. ALBERTARIO: *I fattori della evoluzione del diritto*, cit. en sus *Studi*, V. 149.

(14) Ejemplos de esta clase son la: *Lex Coloniae Genitivae sive Ursonensis*, dada por M. Antonio en el año 44 d. de C. a Osuna; la *Lex Pompeii Strabonis de civitate danda* del año 80 a 90 a. de C.; la *Lex Coloniae Narbonensis*, del 12-13 d. de C. para la provincia de Narbona; la *Lex Salpensana et lex Malacitana*, dadas para Salpensana y Málaga por Domiciano en los años 81-84 d. de C. y una serie de fragmentos que se conservan como el *Tudertinum*, el de la *legis hispaniensis*, el ovetense, el de Huelva, el Lauricensis, etc., entre las *leges datae*; merece ser citada entre las *leges dictae* la *Metalli Vipascensis*, sobre la que ha escrito, perfilando conclusiones, nuevamente d'Ors en IURA, 2 (1951) 127 y ss., así como sobre un nuevo fragmento de la *Tabula Illicitana*, en IURA, 1 (1950) 280 y siguientes.

tancia, la asimilación que de sus preceptos hizo la Iglesia, al ser reconocido el Cristianismo como religión oficial (a. 313) e inspirarse en aquella legislación las normas de carácter universal dictadas por las jerarquías eclesiásticas.

e) *La justicia interna de sus relaciones.*—Pero los factores político y religioso, que pudiéramos considerar externos, no contribuyeron tanto a la permanencia del Derecho romano, como su misma virtud interna. El imperio, con ser potentísimo y vastísimo, desapareció; la Iglesia creó un cuerpo de doctrina propio, que en muchos aspectos discute el campo de influencias al Derecho romano. Es la cualidad pura y perdurable de su producción jurídica, que no reside en una mera construcción formal técnica, sino en el rigor lógico de sus construcciones para cada caso concreto, en el más ponderado y exacto sentido de la justicia, *ars boni et aequi*, que los jurisconsultos romanos poseyeron y utilizaron como verdaderos maestros; no llegando a la construcción de un sistema jurídico con pretensiones generalizadoras de aplicación universal, que hubiera caído en desuso al ser suplantado el imperio de sus magistrados por la voluntad de unos conquistadores bárbaros, sino que poco a poco fueron dando resoluciones para casos de la vida diaria, sin pretensiones generalizadoras, pero de un valor absoluto, y paradójicamente universal, en las que reside la esencia vital del espíritu del Derecho romano.

A la pregunta de si es posible obtener algún resultado positivo hoy en día del estudio del Derecho romano, podemos anticipar en parte una contestación, diciendo que de la multiplicidad de manifestaciones jurídicas romanas, es extraordinariamente útil su valor formativo, «su profundo sentido educador» (15). La historia jurídica de Roma es como

---

(15) El sentido educador del Derecho romano, es, quizá la cualidad que más ha llamado la atención en estos últimos tiempos a los no especializados en su estudio y una de sus ventajas menos discutidas, cfr. GIL ROBLES, E.: *Ensayo de metodología jurídica*, Salamanca, 1893, 193 y ss.

escuela práctica de jurisprudencia especulativa y real, donde se asiste al espectáculo admirable de unas leyes elaboradas, durante varios siglos, por todos los factores y órganos jurídicos del pueblo rey, forjadas a la luz del Derecho natural en la yunque de la experiencia, vaciadas en el molde de la vida sin prematuros idealismos, ni torpes y cobardes transacciones con la iniquidad opresora (16). Para el jurista moderno, ninguna lección más provechosa en el estudio de ordenamientos jurídicos pretéritos, como la que le brinda el Derecho romano, invitándole a asimilar aquel espíritu valorativo de sentido justo y medida exacta, de los jurisconsultos romanos.

f) *Es el mejor campo de paingenesia crítica y de experimentación histórica.*—Más para llegar a esa comunidad espiritual con el espíritu romano, tal como se encuentran hoy las fuentes de este Derecho, más que la realización de estudios expositivos, se necesita de investigaciones críticas, para deslastrar el Derecho clásico, que es al que nos venimos refiriendo, del orín y herrumbre que lo fué empañando en el tiempo, separando también los parches de oportunidad que, como remiendos para «ir tirando», le fueron colocados por manos de glosemadores, compiladores y comentaristas postelásicos, justinianeos y boloñeses.

Purificadas en el crisol de la crítica regeneradora de las fuentes, que hoy dispone de métodos perfeccionados, el interés del Derecho romano, en sus distintas etapas, anti-

---

(16) Anticipamos que no falta quien tacha al Derecho romano de haber transigido indignamente en la iniquidad para lograr los propósitos de una minoría, por ser este Derecho el más alejado en principio de la ley natural. Nos referimos a Ansoategui, en su trabajo «La familia contra la primitiva Roma», del cual publicamos ya una referencia crítica en *Información Jurídica*, 83 (1950) 573 y ss. Y si es innegable que el Derecho romano más antiguo estuvo tan alejado de la equidad natural, no lo es menos que en su admirable evolución, llegó a conquistar el dictado de **razón escrita**. Y es precisamente la enseñanza que deriva de esta evolución otro argumento sobre su importancia.

gua, clásica, postclásica y justiniana, es inmenso: constituye el mejor campo de experimentación histórica para el legislador de todos los tiempos. No sólo los derechos vigentes tienen trascendencia. La tragedia misma de las instituciones jurídicas romanas en sus diversas épocas, los defectos que presentaron, las asperezas de que hubieron de ser limadas, deben aleccionar para el futuro mostrando la manera de superar conflictos y regular las necesidades que trae las nuevas conquistas científicas.

Es cierto que el Derecho romano como sistema jurídico, sufrió una crisis profunda, al mostrarse incapaz de servir a su fin frente a los problemas de orden social y económico de nuestro siglo. Es posible hablar de «esta crisis del Derecho romano», como ordenamiento jurídico vigente, a endiando a que su ciclo de evolución y creación se cerró con la muerte de Justiniano. Mas ya sentamos al comienzo de este trabajo que nunca nos referíamos al Derecho romano, como ordenamiento vigente. **Precisamente hablamos** ahora de su valor formativo, porque **es** indudable que de los conceptos purificados que obtengamos en esa labor exegetica y crítica, algunos no tendrán ya importancia más que para la Historia del Derecho, como objetos de museo, que muestren al visitante los pasos progresivos del jurídico genio creador romano: la antigua «*manus*», poder omnímodo del «*pater familias*», las «*res mancipi*», el viejo «*dominium ius iure quiritium*», la «*hereditas civilis*» vacía a veces de todo contenido económico, las diversas etapas de la «*manu missio*», el «*libellum repudii*», las figuras del «*Flamen Dialis*», del inquisidor «*lance licioque*», del mismo «*emptor familiae*», etc., son otros tantos cuadros de ese museo histórico de la vida jurídica de Roma. En su mayor parte fueron ya «*archivados*» antes de la «*crisis*». Sin embargo, en cualquier índice analítico hallamos una mayoría absoluta de figuras y de instituciones que adquieren propia configuración en Roma y no la perderán jamás, y por eso el Derecho romano, si no vale como ciencia jurídica no puede perder importancia (17).

(17) Queremos abordar desde ahora el problema de Historia y Dogmática en el Derecho romano, es decir, anticipamos ya nuestra posición

g) *Pragmatismo del Derecho romano*.—La investigación en el Derecho romano, no consiste sólo en hacer descubrimientos. Verdad es que tiene mérito extraordinario revelar al mundo culturas sepultadas con el estertor de los vencidos, abriendo en los estudios romanísticos, con el material papiroológico y cuneiforme, horizontes inaccesibles hasta hoy, que muestran la mutua transvasación del Derecho de Roma y el de las provincias. Por ello, la aportación del romanista a la ciencia jurídica actual no puede ser ignorada; pero aún le está reservada una labor más difícil y más exquisita al mismo tiempo, en el campo de la aplicación de los principios ju-

---

en el mismo siguiendo la tesis de quienes sostienen que no hay oposición entre ambas, y entendiendo que la ciencia del Derecho romano, es el conocimiento histórico de esta disciplina, cuyo objeto es «la fenomenología del Derecho romano en relación con la variedad de los fenómenos que se desenvuelven dentro del pueblo romano», mientras que por Dogmática entendemos el arte de actuar, desarrollándolo y perfeccionándolo, un determinado ordenamiento jurídico. Y con referencia al Derecho romano, no puede existir el abismo infranqueable que algún sector presenta entre ambas —Historia y Dogmática— pues el Derecho romano, aún considerado como precedente inmediato de todos los derechos románicos, como sistema de Derecho vigente, ya dijimos, que no atraía poderosamente nuestra atención. Creemos, sin embargo, posible hablar de una dogmática específica y concreta para el Derecho romano, en el sentido que apunta ALVAREZ (*Horizonte*, cit. 296); pero aún en este caso que siendo útil la reconstrucción y análisis son siempre históricos y no pueden dejar de ser históricos. «De manera que, respecto al Derecho romano, el pretendido contraste no existe: los estudios exegéticos o monográficos encaminados a conocer la dogmática romana son solamente capítulos de la historia del Derecho romano». Cfr. DE FRANCISCI: *Punti di orientamento per lo studio del diritto romano*, en los *Ann. Se. giur. de Catania*. N. S. 4 (1950) 1 y ss. y en *RISG*, n. s. 3 (1949) 69 y ss. Las conferencias pronunciadas en Madrid, Barcelona y Valladolid en junio de 1949, de las que dimos un referencia en *Información Jurídica*, julio-agosto del mismo año, y hoy recientemente traducidas por J. IGLESIAS, bajo el título *Puntos de orientación para el estudio del Derecho romano*, Barcelona, 1951, págs. 51 y ss. Sobre el mismo problema, vid. BIONDI: *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv. trim. dir., e proc. civ.* 4 (1950) 342 y ss. y BOBBIO, N: *Teoría della scienza giurídica*, Turín, 1950, así como la recensión de estas obras por A. GUARINO en *IURA*, 2 (1951) 320 y ss. y SANCHEZ-PEGUERO, en *Temis*, 1 (1957) 5 y ss. APARICI-DIAZ, *La dogmática de hoy ante el Derecho de Roma*, en *Rev. Fac. Derecho. Oviedo*, 65 (1953) 18 y ss.

rídicos: nadie como el romanista, «filólogo historiador, filósofo y jurista al mismo tiempo», está llamado a lograr las últimas consecuencias del influjo que el Derecho romano ejerce sobre las instituciones jurídicas actuales, que, si bien reducidas a moldes codificados, los rebasan con frecuencia en la desbordante marcha de la evolución social... cuya meta no puede ser otra que la *justicia*, que manda dar a cada uno lo suyo. Y si es cierto que la relación laboral no encuentra los precedentes deseados en el Derecho romano (18), también es cierto que muchas conclusiones que parecen aportaciones nuevas, fueron ya perfectamente construídas por los jurisconsultos romanos (19).

Pero en los momentos en que vivimos nos preocupa tanto la satisfacción de una necesidad concreta en el ordenamiento jurídico, (lograr una solución al problema de la vivienda, o del colonato, etc.) como el hallar una base jurídica inconvencible, por cima de los vaivenes que las guerras y revoluciones traen consigo. Es necesario alcanzar la paz universal, pero no una paz ficticia, transigiendo con la misma realidad para apaciguar momentáneamente al enemigo. Es preciso alcanzar una paz duradera y estable, que requiere unos principios firmes y sólidos, de justicia universal. La idea

---

(18) Cfr. ALVAREZ: *Horizonte actual*, cit. 20 y ss. PEREZ LEÑERO: *Antecedentes de la relación laboral en el Derecho romano*, Madrid 1948, donde estudia los vestigios posibles de la misma relación laboral. Vea también DE ROBERTIS, F.: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, 342 pá. en 8. Milán Edi. Giuffré.

(19) Vid. por ejemplo, en legislación que parece tan progresiva como la vigente en España en materia de arrendamientos urbanos, el trabajo de RODRIGUEZ SOLANO: *El contrato de inquilinato en el Derecho romano*, Madrid, 1949, sep. de Información Jurídica, y se comprobará el aserto del texto; así, la tasa legal de los alquileres, la prohibición de aumento de alquiler al renovar la locación, la obligación del arrendatario de usar necesariamente la cosa, la prohibición de tener casas cerradas los propietarios, la prórroga obligatoria del contrato en determinadas circunstancias, etc., etc., tienen, al decir de Solano, su antecedente romanístico. Cfr. páginas 25, 28, n. 108 de la página 20, n. 128 de la página 28, página 32. n. 142, y n. 144.

de una Europa, como verdadera entelequia espiritual (20), cuya hegemonía puede lograrse volviendo los ojos al *Juristenrecht*, ha de ampliarse aún, en el sentido de que los principios jurídicos que han de introducirse a través del cauce del Derecho romano, han de contribuir no sólo a ensalzar una Europa dividida y partida en girones, sino a lograr la unidad básica fundamental en el mundo jurídico moderno. El pragmatismo del Derecho romano es definitivo. Pasaron ya, diríamos hoy, catorce siglos desde que subió al trono del imperio romano de oriente aquel hombre genial, que tuvo la visión ambiciosa de considerarse remoto heredero al mismo tiempo del imperio romano de occidente tan infaustamente caído, que guiado por su idea, intentó la mayor unificación bajo un solo cetro imperial: un solo imperio, una sola iglesia, y así también un solo Derecho. Fué entonces cuando confió a una comisión de juristas el grandioso encargo de una compilación legislativa, que recogiera todas las fuentes jurídicas interesantes. Su obra científica mereció contradictorias opiniones. En su aspecto político, la medida era intachable. Sin embargo la majestuosa obra apenas es recordada por los contemporáneos de Justiniano. Las deslumbrantes victorias de sus armas en los campos de Africa, Italia y España, las múltiples controversias religiosas, y sobre todo el maravilloso crecimiento urbano, constructor de monumentos arquitectónicos impercedores, atrajeron la atención de sus coetáneos, con interés superior al de sus leyes. Mas, a distancia de siglos, los acaecimientos asumen sus verdaderas proporciones: La fama militar de Justiniano, no obstante sus espléndidas hazañas, se revela efímera en sus resultados, y las conquistas de Africa, Italia y España, retardaron apenas unos decenios, la marcha fatal de la historia; mas la fama del legislador ha venido poco a poco iluminándose, de tal suerte que hoy aparece en la historia como el legislador por antonomasia. Sobre las demás glorias caducas, está cada

---

(20) Sobre esta idea de KOSCHAKER volveremos luego, a exponer nuestra concepción del Derecho, vid. infra. Necesidad social de la determinación del concepto del Derecho.

vez más nítida la gloria de haber conservado al nuevo mundo romano-germánico el más precioso tesoro del saber latino, en el más exquisito libro del arte jurídico; la de haber enlazado con un puente colosal, la civilización antigua y la moderna, con un monumento legislativo e histórico que en realidad no tiéne igual en el mundo: *El Corpus iuris civilis* (21).

Si la historia es maestra de la vida, la enseñanza tiene valor inapreciable. Sobre tanta ruina y lágrimas de vencidos, de una parte, y sobre tanto laurel y egoísmo de vencedores, de otra, no se cierne sino la quimera de una noche de verbena, con luces artificiales de colores, que se manifiestan en las convenciones y tratados del Yalta, Postdam, etc., luces de verbena incapaces de disipar las tinieblas de la noche cruenta que para la presente generación no tendrá un amanecer, si no oyen los pueblos otra vez los clarines de la paz edificada sobre principios jurídicos de valor universal.

La tarea luminosa de los juristas de hoy consiste en elaborar un cuerpo de doctrina que recoja esos principios jurídicos de valor universal. La campana retañe por doquier: esas florecientes Teorías Generales del Derecho (22), Pre-

---

(21) Sobre la labor de Justiniano, vid. el luminoso trabajo de ALBERTARIO: *Il diritto privato romano nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustiniana*, cit. en sus *Studi*, V. pág. 55 y ss.

(22) Nos referimos a este gran movimiento de concreción de principios y reducción a categorías jurídicas universales, iniciado ya en la pandectística, pero que ha tomado el mayor incremento recientemente en Italia, siendo su primera figura CARNELUTTI, con sus dos *Teorías generales*, una trad. al español en 1942; la otra publicada en Italia en 1949. Esta tendencia al campo del Derecho romano derivó principalmente por obra de BETTI que ha laborado en este sentido desde 1928. Su producción obedece a esta idea: Vid. *Educazioni giurídica odierna e ricostruzione del diritto romano*, en BIDR, fas. I-V (1931) 33 y ss. y aunque no aceptemos el método seguido por BETTI en todos sus estudios romanísticos, conviene advertir que no hay inconveniente alguno en suscribir gran parte de los resultados alcanzados por BETTI, no en cuanto signifique que un armazón moderno ha de sostener un edificio antiguo, sino en cuanto ha sabido descubrir categorías jurídicas elaboradas por la jurisprudencia romana, que se revelan con valor universal. A esa tendencia obedecen también las publicaciones de GROSSO: *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, en litografía, 1948; hoy en SDHI, 15 (1949) 280 y ss. pue-



supuestos críticos, con uno u otro título, son el exponente de una tendencia general, de una llamada común, a elaborar otro cuerpo jurídico para la hora actual que a semejanza del romano, que tuvo una vigencia supermilenaria, sirva también para cimentar una paz duradera. Pero no es sólo imitar a un hombre genial, no es sólo la forma, sino el contenido, lo que tiene importancia. Y precisamente las últimas consecuencias del influjo del Derecho romano, son esos principios de justicia, comunes a todos los hombres, que la técnica romana supo recoger y aplicar en el momento oportuno. Por eso afirmamos, que nadie como el romanista está llamado a cumplir esa tarea, realizar esa obra de valor universal. Y en este fondo imperecedero que late en el Derecho romano y palpita todavía en las legislaciones de él nacidas, se halla el supremo valor del Derecho de Roma.

h) Finalmente *el Derecho romano vive y subsiste en gran parte de instituciones*.—Su influencia es decisiva en el Derecho privado. No es sólo lo que tiene de trascendente el Derecho romano su pragmatismo, ofreciendo los fundamentos históricos para la construcción de un sistema jurídico universal y actual, mostrando varias instituciones que pueden

---

de verse la opinión sobre la misma DE FRANCISCI. También la obra de GUARINO: *L'ordinamento giuridico* romano, Nápoles, I, 1949; BETTI: *Teoría generale del negozio giuridico*, 2 ed. Turín, 1950. Cuanto queremos documentar con esta nota, se halla magistralmente explicado por el gran maestro C. DE DIEGO: *Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1900, pág. 10 y ss., cuando decía que es evidente que el Derecho romano ha proporcionado las categorías fundamentales del pensamiento jurídico a las sistemáticas de todos los pueblos, y que por ello su estudio es de gran necesidad. Y Mitteis añadió por su parte: «La función principal del Derecho romano será siempre en lo futuro la de construir un sistema de Derecho privado armónico, cerrado en sí mismo, y por así decirlo, de carácter absoluto» (Cfr. Rr. und Anl. Rechg. pág. 68, cit. por ALVAREZ ob. cit. 38). Evidentemente la visión de Mitteis refleja con suma claridad y autoridad indiscutible el punto recogido en el epígrafe del texto.

ser formuladas en idénticos términos hoy que ayer. Aparte del aspecto señalado, hay otro puramente histórico, al que quedaría relegado el estudio del Derecho romano si sucediera hoy que un ordenamiento jurídico radicalmente nuevo hubiera de sustituir al existente (23), y un aspecto de utilidad concreta e inmediata, en cuanto el pasado revive en el presente, evidenciando así la fecundidad de la ciencia del Derecho romano: Consiste en conocer la influencia del Derecho romano en las normas que hoy regulan las relaciones sociales.

*Derecho común y Derecho de Pandectas.*—La compilación justinianea, con estar muy lejos de ser una codificación, representa sin embargo el período de cristalización definitiva del Derecho romano, y es, al mismo tiempo, el punto de partida de la formación del llamado Derecho común, Derecho de Pandectas, y del Derecho privado por que hoy se rige la mayor parte de Europa, América y Oceanía, además de hallarse vigente como Derecho de primer grado, segundo o supletorio en determinados territorios (24).

(23) Tal como parece haber ocurrido en Rusia, a la implantación de su régimen actual. Sin embargo en Moscú, Praga, etc., continúan publicándose estudios sobre Derecho romano, vid.: *Materialismo*, cit., donde recogemos los puntos de orientación de estos estudios marxistas.

(24) Como Derecho vigente de primer grado en la Unión Sudafricana, y Mónaco, y supletorio en Cataluña, Navarra, etc. Vid. ALVAREZ: *Introducción al estudio del Derecho romano*, 2.ª ed. Madrid, 1949. Sin embargo advertimos que si en algún sentido puede hablarse de «crisis del Derecho romano», puede ser sólo considerándolo como sistema vigente. En este sentido se habla de «la actual crisis de la Ley», vid. por ejemplo D'ORS: *La crisi attuale del diritto nell'impostazione romanistica*, en *Jus*, N. S. Fas. III (1951) 341 y ss., crisis de la Ley que el autor recibe con júbilo ya que los juristas deben acogerla como síntoma de una nueva era del Derecho, y los cultivadores del Derecho romano verán en ella una victoria del *ius* sobre las *leges publicae*. En relación con la «crisis del Derecho romano» aceptamos, desde ahora, el parecer de ORESTANO, que afirma que es únicamente debida a la incertidumbre de los romanistas

Es cierto que a la recepción del Derecho romano contribuyeron cuerpos legales anteriores a la compilación, diseñados por el mundo latino, como la *Lex romana visigothorum*, el *Epitome Gai*, etc., y otras posteriores, como el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, etc. Pero fué aquella compilación, la que, pasados los efectos de la general convulsión producida por las conquistas de los bárbaros, sirvió de base, de guía para encauzar los esfuerzos renacentistas que buscaban un orden jurídico sólidamente cimentado, en medio del caos legislativo que suponía la variedad de estatutos de las ciudades, villas y pueblos. La escuela de Bolonia quiso vivificar la legislación justiniana, glosando los preceptos que no se adaptaban con la deseada perfección a las exigencias de los años finales del siglo XI, y resolviendo problemas derivados de los mismos textos, llegando a formar una serie de reglas y conceptos genéricos (25) que, si a veces salen fuera de lo histórico, contribuyeron a dar autoridad al Derecho romano como regulación completa y actual en aquellos momentos. Duplicados los esfuerzos por los comentaristas, consiguieron que la fecundidad de las esencias del Derecho romano sirviera para «proporcionar solución adecuada a cualquier problema jurídico por extraña que fuera su especie y por lejano que se mostrara en las circunstancias que rodearon su nacimiento a aquellas que motivaron el principio a aplicar».

---

respecto a su significación y al valor histórico actual de su estudio, que ha perdido, indudablemente, la función y el valor práctico que en otro tiempo tuvieron (Cfr. ORESTANO: *Il diritto romano nella scienza del diritto*, en Jus, cit. Fas. II (1951) 141 y ss.) más advirtiéndolo que tal crisis, por serlo de métodos, de falta de orientación en los estudios, no es en realidad tal crisis, y la prueba más clara es la copiosa literatura romanista que se viene produciendo en estos dos últimos decenios. Ahora bien, ha de insistirse en el carácter histórico de este Derecho y que su valor es ante todo pragmático. Vid. infra, nuestra concepción del Derecho romano, como conjunto de fuerzas espirituales. Sin embargo, no queremos omitir, que no falta quien afirma que el Derecho romano, aún como Derecho histórico, carece de importancia en la actualidad. Tal es la tesis de HEDMANN apuntada en *Die Festschrift des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, cuyas palabras recoge ALVAREZ en *Horizonte*, cit. 23 y ss.

(25) Que constituyen el método propio de esta escuela.

*La Escuela Salmantina del Siglo de Oro.*—La recepción del Derecho romano en nuestra patria, que contaba ya con el apoyo del Fuero Juzgo y de Las Partidas, toma incremento en las dos escuelas, visitadas por eminentes juristas españoles. En Cataluña la recepción es completa y cuando se crean las viejas escuelas-universidades de Palencia, Valladolid y Salamanca, la investigación sobre el Derecho romano atrae la atención de los mejores maestros. En Salamanca florece un grupo de romanistas, cuyos nombres más destacados son ALFONSO DIAZ DE MONTAVO, LORENZO GALINDEZ DE CARBAJAL, JUAN LOPEZ DE VIVERO, ANTONIO NEBRIJA, ANTONIO AGUSTIN, JUAN F. RETES, FRANCISCO RAMOS DEL MANZANO, MARTIN DE AYALA y sobre todos, DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, que elabora un cuerpo de doctrina en los siglos XV y XVI parangonable con el de las más renombradas escuelas extranjeras. Es sorprendente hallar impresiones del siglo XVI, que por ello excluyen la duda de todo plagio o imitación de doctrinas posteriores, que contienen tesis, enseñanzas y doctrinas que se recibieron como gran novedad dos siglos más tarde por boca de figuras tan prestigiadas como la de Savigny, por ejemplo, (26). Es por doble motivo interesante el Derecho romano para el jurista español. Porque llena multitud de instituciones del Derecho positivo, y por deuda de gratitud para aquellos investigadores de nuestro Siglo de Oro, que supieron hallar en el Derecho romano la fibra espiritual que nutre nuestro actual ordenamiento jurídico, siendo deber nuestro reivindicar para tan gloriosos predecesores el puesto que les corresponde en la literatura romanista universal.

Por eso, antes que otro aspecto alguno, vemos en el Derecho romano, *un conjunto de fuerzas espirituales, que pueden ser actualizadas en cualquier momento histórico pasado, presente o futuro: un Derecho imperecedero.*

El ejemplo de Roma alecciona. Y esta lección es de tal profundidad, que podemos tener la seguridad de que al

---

(26) Que puse de relieve en mi estudio: *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en la R. D. P. 388-389 (1949) 631 y ss.

dedicar nuestra vida al estudio del Derecho hacemos algo fecundo y trascendental. Si los principios jurídicos básicos que informan aquel ordenamiento jurídico son válidos fuera del espacio y del tiempo en que fueron enunciados, es posible —y he aquí el gran consuelo para el estudioso de nuestros días— hallar nuevos principios jurídicos válidos fuera de la órbita terrestre. O dicho de otro modo: Si fuera dable hablar de la tierra en el espacio como punto de partida para establecimiento de relaciones humanas intersidérales, no ofrece duda que cualquier orden a establecer entre humanos ha de tener como núcleo básico aquellos principios jurídicos fundamentales.

*El hombre como punto de partida.*—No era tan subjetivo como frecuentemente se dice el *cógito* cartesiano. Hay en esa apelación al propio sentirse una expresión de sinceridad metódica más plausible, que censurable. Independientemente de las *creencias*, de las *ideologías*, el hombre busca, en afán de sinceridad, un asidero inamovible, que refuerce a la vez con mirada retrospectiva aquellas mismas creencias, que por racionales pueden hallar y hallan una convalidación dentro de propia subjetiva vivencia.

De todas las facetas de la vida del hombre ninguna más íntima que la referente a su propia persona, hasta el punto que la categoría de los derechos de la personalidad constituye el grupo de derechos subjetivos por antonomasia. Su estudio corresponde al Derecho privado y sobre la persona, como centro fundamental de referencia de facultades jurídicas, se ha de constituir el concepto del Derecho mismo. El estudio del hombre como parte integrante del *cosmos* universal de la creación, y a su vez como *ser creador*, debe constituir el punto de partida para una determinación del concepto del Derecho, sin desdeñar por ello las aportaciones que el ordenamiento de un pueblo como Roma nos ofrece. Hay algo de efecto pragmático inmediato. Roma como imperio, pasó. No así su Derecho. Si algún día se trastocara el orden de situación espacial de las culturas, lo importante, lo universalmente válido subsistiría como producto del genio del hombre, con vigencia sin consideración de lugar y tiempo.

*Las ciencias de la naturaleza y sus leyes.*—Al espíritu observador del hombre no se le puede ocultar la existencia de un *orden universal*, al que no se substraen, ni los astros en la carrera vertiginosa por sus órbitas elípticas, ni el germinar de la más diminuta semilla, ni la vida del hombre en cuanto ser de la naturaleza, que nace, crece, envejece y muere. Ese orden de la naturaleza está regulado por *normas de valor también universal*. Se puede incluso afirmar, usando la terminología corriente en cierta escuela filosófica moderna, que

este *orden* constituye un *valor* positivo, el supremo de la vida asociada (27).

La existencia de este orden, al menos en su más inmediata contemplación externa, es evidente. Constituye un primer problema determinar si este orden es efecto de una *voluntad* trascendente, se deriva de la autoridad reconocida a un ente que la impone, o deriva de la misma naturaleza de las cosas que tienen en sí la virtualidad de ordenarse, jerarquizarse, al ponerse en contacto unas con otras, y como al espíritu humano le repugna el imperio ciego de la materia, el hombre no descansa mientras no conoce las leyes a que obedece el *cosmos* que le rodea, y su mismo *microcosmos*. Descubre así las llamadas *leyes de la naturaleza*, no sin considerables esfuerzos, v. gr.: La de la gravedad, la de los caracteres hereditarios, etc., etc. Estas leyes son halladas por el hombre siguiendo un método empírico. Existen independientemente de su formal promulgación, publicación y conocimiento del hombre, que no hace sino inventarlas, es decir, descubrirlas. Su vigencia y validez es constante, y sólo por lucha contra la naturaleza consigue el hombre desvirtuar eventualmente su eficacia. El origen de las mismas viene ligado, a mi juicio, con el de la misma naturaleza y por tanto son consustanciales a ella. Pudieran decir que constituyen la *forma* en que encarna la *materia*, de cuya conjunción nace la misma naturaleza. Mas esta manera de expresarme no es exacta. Permite presuponer la existencia de la materia antes de la forma, llevándonos hacia la teoría de

---

(27) Sobre el concepto de *valor*, desde un punto de vista filosófico, vid. JULIAN MARIAS: *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1944, páginas 335 y ss. Parece fué tomado como punto central de su filosofía en primer lugar por LOTZE, vid. MAMBERGER: *Untersuchungen zur Entstehung des Wertproblems*, en *Die Philosophie des 19 ten Jahrhunderts*, 1924, I, 1 páginas 55-56. No falta quien lo atribuye a ENFELS y MENORS, vid. ALVAREZ DE LINERA: *Introducción a la Filosofía*, Madrid, 1941, págs. Hoy parece definitiva la posición que otorga al *valor* una validez absoluta y objetiva.

Laplace, de la masa informe, y mi creencia (28) respecto al problema es menos complicada: Tales leyes tienen por legislador a Dios, que es el mismo creador del universo. El estudio y conocimiento de estas leyes corresponde a las llamadas *ciencias de la naturaleza*.

*Ciencias del espíritu.*—Mas al lado de este «cosmos» externo al hombre y del que él mismo forma parte, con una mirada introspectiva advierte otro ser íntimo que le muestra realidades que no son visibles ni palpables sensitivamente. Al mundo material, con su vida propia, se puede contraponer el mundo espiritual, donde se desarrollan las actividades del alma, la vida espiritual. Esta vida viene también regulada por normas, y ya desde ahora diré que no participo la idea de quienes les atribuyen un origen *cósmico*. Y he aquí llegado el momento de sentar ante todos los puntos de partida de mi concepción jurídica del Derecho, que no intento presentar como original — sería tanto como confesar su debilidad — sino que es el resultado alcanzado hasta hoy a costa de los trabajos, acaso no bien aprovechados, de mis maestros, y de no pocos sacrificios en aras a una vocación nunca satisfecha.

Carnelutti ha dicho que el descubrimiento de las leyes de la creación, mediante la observación de las obras del hombre, ha servido para deducir que todos los entes, comenzando por el hombre, han sido creados. Tal es la verdad cuya negación no sólo se define como escepticismo, sino como negativa a meditar. Pero también el hombre es creador: «Y como a la vez es criatura, se presenta como una supercriatura en la que se resume la doble cualidad de criatura y creador» (29). Ser creador supone la posibilidad de producir algo que trascienda de su forma, la posibilidad de ma-

(28) «Las creencias constituyen el extracto básico, el más profundo de la arquitectura de nuestra vida», ha dicho ORTEGA Y GASSET: *Historia como sistema, y del imperio romano*, Madrid, 1942, 2.ª ed. págs. 10 y 11.

(29) CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, trad. esp. Madrid, 1941, página 21 y 11.



nifestarse, y es precisamente la energía del espíritu el elemento esencial y generador de toda forma de civilización, y cuya existencia se debe *el mundo de la cultura* y por cuya virtud la historia se presenta a nuestros ojos como una obra de creación. En consecuencia, si anticipo mi posición frente al Derecho, debo decir que es una de tantas manifestaciones de la cultura, cuyo estudio corresponde a las ciencias del espíritu.

*Libertad y necesidad.*—Mas no conviene olvidar que el hombre no es sólo espíritu, persona en terminología carne-luttiana, sino también cuerpo. Como espíritu es creador de la historia de la cultura, como criatura **está sometido, igual** que otro ser viviente a las leyes de la naturaleza: «Es un organismo constreñido a actuar y luchar por necesidad de vida, para satisfacer las propias exigencias de alimentación, de habitación, de conservación, de reproducción: el hombre está en la naturaleza, mas para no sucumbir debe combatir contra la misma naturaleza que lo circunda» (30). La fuerza de esta necesidad le lleva a enfrentarse no sólo con las limitaciones exteriores, sino también con los intereses de otros hombres: el drama es intenso y la lucha sería trágica si el hombre no tuviera más remedio que seguir en sus actuaciones los instintos naturales de conservación y reproducción.

Pero yo creo también que la historia es al mismo tiempo obra de Dios, en cuanto, como recientemente admiten estudiosos que han parado mientes sobre este problema, «la providencia trascendente en sí actúa en la conciencia humana y en la historia con la acción immanente de la gracia sin dañar el libre arbitrio del hombre» (31). En la satisfacción de sus necesidades el hombre tiene libertad para elegir nor-

(30) DE FRANCISCI: *Arcana Imperii*; vol. I. Milán, 1947, págs. 21 y 11.

(31) PETRUZZELLIS: *Il valore della storia*. Soc. ed. Odesisi, Gubbio, 1939, apud de Francischi, ob. cit. ibi.

mas de conducta, que salvaguardando intereses iguales de otros hombres, le reporten las utilidades y beneficios que requiere el desenvolvimiento de su vida dentro de la sociedad. Dios ha impreso en el corazón del hombre ciertos principios generales, que son base a una manera de obrar inviolable, observada por todos los pueblos: normas de conducta ética, imperativos que ordenan no hacer a los demás lo que no quisiéramos que se nos hiciera a nosotros, que es justo dar a cada uno lo suyo, que los padres deben subvenir las necesidades de sus hijos menores, etc., etc. Normas que constituyen un *orden de vida*, «que responde a la voluntad de Dios, que para cumplirse y verificarse exige la contribución de la libre voluntad del hombre (uno de los principios de este orden es que el hombre lo quiera y se esfuerce por realizarlo). así, no obstante la acción de la providencia, toda la historia se presenta como un combate continuo de las energías del espíritu contra la oscura y sorda resistencia de un cúmulo de limitaciones, como una lucha de la libertad asistida de la gracia contra la necesidad, lucha de la cual nacen, al mismo tiempo que la dureza y la tragedia, la belleza y la dignidad de la condición humana». Las limitaciones que se oponen a la acción del espíritu —dice exactamente De Francisci (32)— son tanto de orden interno como externo: interiores en cuanto al espíritu está condicionado por la energía y por la medida de su misma sustancia, que es por siempre sustancia humana con sus imperfecciones, con sus debilidades, con sus miserias; exteriores, no solamente porque la vida del espíritu está fatalmente localizada espacial y temporalmente, sino porque está rodeada de barreras constituidas por la suma de elementos *naturales* y *humanos*, de condición y de posición, de que está formada la materia sobre la cual opera la energía espiritual subjetiva (33).

---

(32) Ob. cit. ibi. pág. 21.

(33) Energía espiritual subjetiva y fuerza del espíritu, son expresiones que, siguiendo al maestro italiano, refiero siempre al espíritu subjetivo, limitado, no à aquel espíritu objetivo que es uno de los fetiches de la moderna filosofía nazi.

*Sociabilidad.*—Desde otro punto, la libertad del hombre viene cualificada también por la *sociabilidad* de su naturaleza, que constituye otra de las necesidades naturales a que me vengo refiriendo, pero cuya importancia se ha de meditar por cuanto, paradójicamente, el hombre es más libre al saberse más sociable y comportarse consecuentemente.

La libertad ha sido considerada por las escuelas marxistas el módulo de la felicidad, o por mejor decir, la única felicidad del hombre. Llevada a sus últimas consecuencias esta doctrina por filósofos y políticos anarquistas, se ha producido la consiguiente negación del Derecho y del orden que el Derecho engendra. Se desconoce entonces la esencia de la libertad que no es ni significa otra cosa sino la facultad de moverse dentro de la esfera que el *orden de vida* reconoce a cada uno de los individuos que integran la sociedad.

*Normas éticas y normas jurídicas.*—Este orden de vida es creación de la energía espiritual en la forma que viene actuada por la gracia y se mantiene por la observancia de reglas de conducta que podemos clasificar sencillamente en normas que regulan nuestros actos internos y normas cuyo cumplimiento tiene trascendencia al exterior. Las primeras, que reprimen los apetitos immoderados, los deseos febriles de nuestra vida natural o sobrenatural, o de los intereses ajenos, y por ello ilícitos, tienen un juez en nosotros mismos, nuestra estimativa o nuestra propia conciencia y su estudio corresponde a la *Ética* o *Moral*.

Las segundas, en cuanto sin su observancia no es posible la existencia de la comunidad, donde el hombre, como ser social vive, constituyen el *Derecho* y tienen como nota distintiva, además de su *alteridad* ya indicada, el poder ser urgido su cumplimiento mediante la coacción *coactividad*.

*Derecho.*—Así pues, está integrado el Derecho por un conjunto de normas sin cuya observancia perecería la Sociedad. Fácilmente se desprende que no considero Derecho sólo al legislado y que para mí el concepto de Derecho es más amplio y aún distinto que el de *ley*. Esta debe ser expresión formal de las normas jurídicas y según el ámbito donde haya de tener vigencia, su formulación habrá de ser más general o más minuciosa, en proporción inversa. El Derecho internacional puede condensarse en principios más generales que el Derecho de una Nación y éste no descende a tanto detalle como un código familiar.

*Ley.*—Las leyes no son más que la expresión formal del Derecho. Surge aquí una cuestión, ya resuelta por lo demás desde hace siglos, pero que por sabida se ha pretendido olvidar. ¿Pueden existir leyes contrarias a Derecho? La solución para quien admita, y yo juzgo su existencia incuestionable, el Derecho natural, es obvia: Pueden existir leyes contrarias al Derecho natural y entonces se puede decir que son conformes a tal o cual Derecho nacional, pero en una valoración filosófico-jurídica se revelan contrarias a los sentimientos de justicia que llevamos en nuestra alma, en nuestro yo. Así por ejemplo, y sin salir del Derecho patrio, si pregunto a cualquier hombre, al menos culto de un pueblo, si los padres tienen obligación de alimentar a sus hijos menores o incapacitados, me responden afirmativamente y no hay orador, filósofo o poeta, que por bien que les diga lo contrario, le haga cambiar de parecer. Esa obligación nace del mismo Derecho natural, y por eso cuando en nuestro Código civil se afirma por una parte que «los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia», (art. 143, 4, 2) se sanciona un deber natural, pero al prohibir el art. 141 que los tribunales admitan en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la

condición de naturales, se formula una ley, que obedecerá a circunstancias más o menos apremiantes, pero una ley que es contraria al Derecho natural enunciado en el art. 143 en cuanto impide que el hijo ilegítimo de referencia pueda hacer efectivo aquel derecho natural contra el padre, que no habiéndolo reconocido, le niegue los auxilios necesarios por razón de alimentos. El art. 141 es una ley que forma parte del Derecho civil español, pero no es expresión del Derecho natural en cuanto impide al hijo menor o incapacitado exigir alimentos a su padre.

*Derecho natural. Derecho positivo y Derecho histórico.*—La escuela positivista y con ella la sociológica o política del Derecho niegan que exista más Derecho que el legislado, o sostienen que viene condicionado por las necesidades sociales, no siendo el Derecho más que un producto sociológico, una manifestación de la vida social (34). Para

---

(34) Niegan o rechazan el Derecho, como institución que produce los más perniciosos efectos, la mayoría de los anarquistas utópicos y socialistas científicos y principalmente GODURIN (1756): *An enquiry concerning political justice and its influence on general virtue and happiness* (1793); PROUDHON, que reduce la justicia a la norma jurídica *standum est chartae, o servare pacta. Systeme des contradictions économiques, ou philosophie de la misere. De la justice dans la revolution et dans l'Eglise*; STIRNER (G. SCHMIDT) que en su obra «El único y su propiedad», rechaza el Derecho sin limitación alguna; BAKUNIN: Que confía en que el tránsito de la Humanidad desde su estado animal a un estado de existencia humana traerá consigo la desaparición del Derecho legislado: *Proposition motivée Alliance internationale de la democratie socialiste*; ALEXANDRE KROPOTKIN, que considera el Derecho como un doctorado para el progreso de la Humanidad: sus artículos publicados en *La Révolté*, han sido coleccionados en los libros. *Palabras de un rebelde, La conquista del pan, Los tiempos nuevos*, etc., por excepción lo admiten, dentro de esta dirección filosófica-política, a su manera TUCKER y TOLSTOI. Para un análisis de estas doctrinas es interesante la obra de ELZBACHER (Pablo): *El anarquismo según sus más ilustres representantes*, trad. esp. Sobre las doctrinas marxistas, la bibliografía es copiosísima: L. B. BOUDIN: *The theoretical system of Karl Marx*, Chicago, 1907, SELIGMAN: *The economic*

ellas el Derecho natural no es más que un viejo fantasma del que se habla en todas partes, sin que nadie logre conocerlo porque no ha cobrado forma en ningún cuerpo legal. La posición es caprichosa. Equivale a negar la existencia de una serie de sentimientos, de maneras de ser y de pensar de que la historia nos habla y que tienen más fuerza que el brazo armado de una nación que actúa en contra de un trasgresor de las leyes comunes civiles. Es la fuerza que alza los pueblos contra el opresor, rebela a los esclavos en Roma, a los negros o cobrizos en Africa o América y mantiene el propósito de reivindicación en el corazón de generaciones de vencidos por la fuerza avasalladora de las armas. El cumplimiento del Derecho natural es generalmente espontáneo, voluntario. Su existencia no requiere su conocimiento, ni su formulación en un código determinado. Lo justo natural «donde quiera tiene la misma fuerza y es justo, no porque lo parezca así a los hombres ni deje de parecerles» (35).

El estudio del Derecho natural cae dentro de las ciencias del espíritu y en la clase de ciencias prácticas, no en las de conocimiento. Covigente con él se halla el Derecho positivo, que puede considerarse un producto del espíritu del pueblo en un momento dado, siempre que se considere también que ese espíritu del pueblo viene informado por principios de valor universal que traduce y plasma en el Derecho que produce. Cabe a la escuela histórica esa concepción del Derecho, que nos lo presenta como una manifestación de cultura en un momento dado. Sin embargo, si históricamente estudiamos cada una de las instituciones jurídicas vigentes, ob-

---

interpretación of history, Nueva York, 1907. Su obra *Das Kapital* (1867-85-94) ha sido vertida a casi todos los idiomas. Sobre su influencia, GUSTELL: *Historia de las ideas políticas*, trad. esp., Barcelona, vol. II, 1937, 217 y ss. HANS FREYER, *Introducción a la Sociología*, trad. esp., Madrid, 1919, páginas 83 y siguientes.

(35) ARISTOTELES: *Ética a Nicómano*, trad. de P. Simón Abril, Madrid, 1918, 5 y 7. págs. 2, 8 y ss.

Un estudio crítico-expositivo de estas direcciones filosóficas-jurídicas nos lo ofrece HERNANDEZ GIL: *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, págs. 101 y ss. 232 y ss. 311 y ss.

servamos que muchas han permanecido en esencia inmutables en el curso milenario de los tiempos, si bien hayan sufrido modificaciones accidentales o funcionales, porque al ser el Derecho para la vida, sus instituciones han de adaptarse teleológicamente a las necesidades de los nuevos tiempos, sin que signifique que sea eso y nada más, y aquellas cuya esencia no admita modificaciones accidentales ni funcionales, forman parte del Derecho relegado a las páginas de la historia.

*Distinción del Derecho en público y privado.*—Cuando hablamos del Derecho como conjunto de normas sin cuya observancia la sociedad perecería, sería una aglomeración caótica, nos estamos refiriendo al Derecho positivo. Cualquier concepción de este Derecho que guarde relación con su dependencia del Derecho natural, concebido como participación en la ley eterna por la criatura del Derecho natural, me parece aceptable. Así, por ejemplo, la de Castro (36), que define al Derecho positivo como «La reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural». Mas entiendo también que estas definiciones son «perifrásticas», es decir, llevan en sí una envoltura que demanda un proceso mental de subsunción conceptual en otro dado, que exige una previa adscripción escolástica.

Con todo el prejuicio de escuela que encierra la apelación a la *voluntad colectiva* o al *espíritu del pueblo* que contempla románticamente a la *volonté générale*, no es menos cierto que la posibilidad de formación de una voluntad colectiva auténtica implica ya una organización: esa organización es dialécticamente un concepto prejurídico, a menos que la identifiquemos con un Derecho rudimentario. De la experiencia histórica se deduce que cuando un pueblo me-

---

(36) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., 1949, volumen I, página 29.

rece realmente esta denominación *jurídico-política*, es cuando goza ya de una más o menos perfecta *organización interna*. Organización que no es sólo un aspecto de su existencia, sino el motivo fundamental de su vida.

Es precisamente mérito de una nueva concepción metodológica de la ciencia jurídica (Santi Romano, Orlando Calasso, (37) resaltar que cuando hablamos de *organización interna* nos referimos al fenómeno, no elemental, de la vida asociada — que es el presupuesto del fenómeno jurídico «*Ibi societas, ibi ius*» — en cuya virtud cada agregado humano, que, como tal, pretenda afrontar los problemas de la propia existencia, reúne las propias fuerzas, las endereza hacia determinados fines, las disciplina con reglas: se da a sí mismo un *ordo*, instituye un *ordenamiento*. Como tal, a su vez este agregado humano aparece ante el observador bajo diversos aspectos: como formación étnica, como agrupamiento social, como estructuración económica (38), como organización política y así sucesivamente. *Sub specie iuris*, aparece como *ordenamiento* regido por normas jurídicas y caracterizado por ellas. En último análisis lógico *ordenamiento* se identifica con *norma*.

Mas superado también el concepto normativista o kel-seniano del Derecho, la nueva orientación *histórico-realista*

(37) ORLANDO: *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e stato*, en Riv. di D. Pub. 1926 y en *Diritto pubblico generale*, Milán, 1940; 223 y ss. También: *La rivoluzione mondiale e il diritto*, en Riv. ital. per le scien. giu. III, ser. I (1947) part. I. 31 y ss.

CALASSO, F.: *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2 ed. Milán, 1949, 19 y ss. Vid. mi referencia en *Información jurídica*, 79 (1949).

(38) Ya dije en otra ocasión que el punto de vista puramente económico «al encerrarse en una concepción monista y fatalista de la vida y del mundo, no puede servir en manera alguna para explicar entidades de forma y contenido espiritual, porque, en primer lugar, consecuente con sus principios, ha de negar su existencia, o desnaturalizarlas, es decir, se halla obnubilado para todos los valores no económicos o cambiarios. No permite tampoco descubrir ninguna corriente, principio o ideología nuevas». Vid. *Materialismo histórico*, cit. pág. 132.



indica que no se ha de construir *a priori*, utilizando esquemas de la llamada *ciencia jurídica pura*. Estos esquemas no deben ser considerados como punto de partida, sino únicamente como instrumento para la investigación.

En todo ordenamiento cabe indagar dos elementos implícitos: la organización, que en términos más estrictamente jurídicos, podemos llamar *insituciones*, siguiendo a Calasso, y las *normas*. No es exacto ver simplemente un agregado de éstas, de reglas que se suman, en un ordenamiento: en el ordenamiento se comprende la estructura externa y el alma interna, se asemeja a un *organismo*, que tiene vida propia.

Esta vida discurre, pues, por dos campos perfectamente deslindables: el de la mecánica externa, reglada, solemne: es el campo en el que la persona se mueve como elemento integrante de la *polis*, como ciudadano, que está regulado por el Derecho público. Este *ordenamiento jurídico público*, será tanto más perfecto, cuanto menos deje al juego de la improvisación, donde ha de presidir la *sindéresis del hombre político*: la política tiene sólo adecuado campo en lo que es marginal al Derecho público.

Mas la persona tiene otras muchas actividades, conductas, que en gran parte no hacen relación a los demás (ideas, sentimientos, apetencias, que caen dentro del campo de la Religión, la Etica, o las Buenas Costumbres) y otras que gozando de la nota de alteridad, sólo se interfieren con las esferas *jurídicas* de otras personas, desde un punto de vista privado, más íntimo, menos público, siendo todas ellas externas y ostensibles.

Estas conductas privadas externas y ostensibles con transcendencia a otras esferas personales interesa estén reguladas para el bien de la comunidad. Pues bien, el Derecho privado no es sino el *ordenamiento de conductas privadas transcendentales al bien de la comunidad*.

Una consideración superficial de lo subrayado pudiera revelar como incompleto el concepto dado. Mas debo puntualizar lo siguiente:

Tomando como punto de partida al hombre, no quiero decir que pueda el concepto de Derecho *ser sorprendido* «ic-

tu», como una conquista de laboratorio jurídico, en un momento existencial: el hombre actúa en la historia y con su historia y el Derecho privado es un conquista científica del humano ser y pensar a través de la historia. Por eso desecho como inexacto cualquier concepto *apriorístico* del Derecho y no acepto el que pueda obtenerse deductivamente partiendo sólo de una determinada consideración de escuela: Ha de entrar en juego toda la historia en cuanto muestra la realidad jurídica (39).

Por ello creo que la voz *ordenamiento*, ha de ser entendida al menos en la triple dimensión que comprende:

a) La organización que las instituciones jurídicas — o si se quiere hablar con mayor tecnicismo histórico — *prejurídicas* o *nomogénéticas* implican, en todo agregado humano, que pueda ser llamado «pueblo». Tales *instituciones* prejurídicas, que luego el Derecho recoge y termina de configurar sobre su propia substancia natural, son consustanciales al hombre: v. gr.: la familia, la propiedad, etc.

b) *Ordenamiento* significa también conjunto de *normas*, que limitan o dan cauce propio a las actividades humanas, señalando el bien y el mal, lo que se aprueba y lo que se sanciona o castiga, lo que se hace lícitamente y lo que es nocivo a la comunidad y por ello resulta execrable, prohibido, castigado.

c) Por ello precisamente la voz *ordenamiento* significa también *mandato imperativo*, de signo positivo (lo que se ha de hacer) o negativo, (lo que se ha de evitar), cuyo cumpli-

---

(39) La necesidad de esta orientación metódica y de la vuelta al hombre, la proclama magistralmente J. IGLESIAS, cuando dice: «Hacen falta libros a lo Ihering. Libros que nos digan, por ejemplo, que el romano siente horror hacia todo aquello que le aleja de la realidad, de lo concreto, entendiendo que realidad palmaria es, para él, el hombre mismo. Bueno será afirmar que el mayor mérito del método con que trabajan los juristas romanos descansa en el sentimiento de la realidad humana, en el conocimiento mejor del hombre». R. Derecho Privado, mayo, 1955, y ahora en *Derecho romano y esencia del Derecho*, pág. 32.

miento puede ser urgido en última instancia *manu militari, potestate gladii*, por la coacción (40).

Este ordenamiento tiene por objeto las *conductas*: Voz con la que nos referimos, no ya a los actos todos del hombre, sino a una clase de estos actos. Los actos humanos, pueden ser internos y externos, desde el punto de vista de su noscividad inmediata para otro hombre. Aquéllos, no cognoscibles inmediatamente, según la naturaleza del acto, son irrelevantes para el Derecho. En su motivación interna pueden hacer referencia al mismo sujeto, a otros, o a Dios: Actos de arrepentimiento, de concupiscencia o deleite con lo ajeno, de amor a Dios. Mas en todos estos ejemplos el acto no es necesariamente por su naturaleza cognoscible externamente. Los externamente cognoscibles, son valuales, apreciables por otro y en este sentido son *conductas*: es decir, llevan a otro, o con otro, a un fin. Gozan de la nota de *alteridad*, que no significa sino que *otro* resulta directamente afectado, en el mundo externo al propio yo, con el acto (41).

Este concepto de *conducta* deja delimitado el campo de aplicación del Derecho, en gran parte. Pero si toda conducta, por serlo, en nuestra determinación del concepto, hace referencia a otro, de manera ostensible, cabe sin embargo clasificar esas *conductas*, en *intranscendentes* para el bien común y *transcendentes* para el bien común. Las primeras pueden tener para una determinada subjetividad un valor incalculable (v. gr. que uno se peine con raya al lado, o al centro,

---

(40) Las más de las veces el hombre cumple espontáneamente las obligaciones que dimanán del **mandato**, y ello constituye la **eficacia normal u ordinaria** del Derecho, v. gr.: paga la renta como inquilino; tolerar el uso de una servidumbre, etc. Mas si no se cumple voluntariamente, es posible urgir judicialmente, mediante el ejercicio de una **acción**, aquel cumplimiento. Son los menos de los casos, cuantitativamente hablando; pero ellos revelan esa cualidad del **Derecho**, que llamamos coactividad.

(41) No es necesario hablar de **alienabilidad**, como nota distintiva de la **alteridad**, si ésta es entendida en el sentido más propio referida a la inmediata manifestación del acto. Lo interno, si siempre permanece interno, es irrelevante para el Derecho.

vista traje a cuadros o de líneas, etc., etc.) mas tales apreciaciones suelen ser igualmente irrelevantes para la comunidad (42).

Al lado de éstas, existe una gama inagotable de conductas, de innegable repercusión en la vida de la comunidad. Estas provienen de la persona —no ya ni sólo como ser protegido— sino como miembro de esa comunidad y en principio son siempre *conductas públicas*, en cuanto son *exteriores* u ostensibles. Mas el calificativo *público* tiene para el jurista un significado técnico concreto, que nos apresuramos a fijar.

El Derecho, en cuanto ordena conductas humanas es *único*, (goza de *unidad* interna), pero no es *uniforme*. Unas veces el hombre actúa en la sociedad como militar, hace la guerra; otras, como elector, elegible, contribuyente, etc. Tenemos, pues, al militar, al magistrado, al ciudadano votante, al exactor o fiscal de impuestos y contribuciones, etc., etc. En todas estas conductas prevalece una *faceta pública*, o si se quiere, *política*, organizadora de la *polis*, ciudad, municipio, pueblo, en que el ciudadano actúa.

El ordenamiento de conductas organizadoras de la vida ciudadana, municipal, popular, pública en general, es el Derecho público.

De lo dicho se desprende que no se diferencia sustantivamente del Derecho privado, pues ambos *cooperan* al bien de la comunidad. Pero en el Derecho público, el hombre no es considerado simplemente como tal persona en su máxima intensidad y mínima proyección a la *polis*, sino como hombre - militar, hombre - magistrado, hombre - contribuyente, hombre - elector, hombre - autoridad, etc. En cambio, existe otra faceta de la persona, que considera a ésta en su más ín-

---

(42) Digo suelen ser, porque puede haber casos en que esas aparentes nimiedades encierren una manifestación de la personalidad tan acusada, en razón de la persona o de sus cualidades, que adquirirán un valor considerable: piénsese, por ejemplo, en una determinada «pose», o vestido, que se cotice como anuncio o como moda. Mas entonces estamos ya en presencia de una actividad creadora o creada, proyección de una determinada personalidad, que constituye un típico derecho subjetivo.

tima proyección humana: el hombre que nace, crece, envejece y muere, y que es sujeto de derechos y de obligaciones; si cabe la expresión, abstracción, hecha de su vinculación ciudadana, de la circunstancia política que le rodea (43).

En esas relaciones el hombre se comporta como un *privatus*, como persona que se mueve cooperando al bien común, pero ejercitando las facultades más naturales: el hombre en la vida social, como hijo de familia, esposo, padre, transmisor de bienes, adquirente de ellos, etc., etc. Esas conductas, son las reguladas por el Derecho privado.

Se nota, sin embargo, que cuanto más se significan esas conductas y se concretan en una determinada gama del humano quehacer más se despersionalizan y van a «standardizarse» adquiriendo así un «marchamo» de clasificación, y al mismo tiempo pierden aquella íntima espontaneidad natural de conductas «no estandarizadas».

Surge así el *hombre-comerciante*, el *hombre-productor*, el *hombre-inquilino*, el *hombre-industrial*, etc., etc. Y poco a poco se van desgajando también del *ordenamiento de conductas privadas*, las que hacen referencia a esa determinada faceta de la humana existencia y aparece así el *Derecho mercantil*, *Derecho laboral*, *Derecho de inquilinato*, *Derecho industrial*, *Derecho minero*, etc., etc.

¿Quiere esto decir que el Derecho privado pierde contenido? Sí; pero no importancia. El Derecho deja de ser uniforme, es vario en su manifestación y *único* en cuanto lleva al bien de la comunidad.

*Derecho civil*.---Siempre, sin embargo, quedará dentro del Derecho privado, como más consustancial, lo que al hombre es *más común* y a la vez más propio. Lo que interesa

---

(43) Ya sabemos que esta abstracción es puramente dialéctica y a efectos de exposición del concepto, porque en la realidad, el hombre no puede desligarse de la organización que es un presupuesto esencial de la vida asociada.

al simple *homo*, sin adjetivo calificativo: Lo referente a su propia persona (nacimiento, filiación, personalidad), y a la proyección suya para el futuro, en orden a la perpetuación de la especie (matrimonio, familia, sucesión), y asimismo las relaciones más elementales con los demás: derechos sobre cosas, obligaciones, tráfico elemental de bienes, etc.

El ordenamiento de estas conductas privadas más íntimas corresponde al genuino Derecho civil. Este se nutre, en el pasado histórico, de aquellas fuentes que son más espontáneas, más conformes con el sentido jurídico popular: la costumbre, las respuestas de los prudentes —*iurisprudencia*— las resoluciones de los jueces, los rescriptos, laudos y decisiones de los magistrados, príncipes, reyes, etc., etc. El conjunto de normas específicas de cada pueblo se va perfilando en el tiempo, y puliéndose por obra de las demás fuerzas, que actúan en la comunidad, en la misma manera que los cantos rodados en la vertiginosa corriente de un río. Se van desgajando del centro elementos o partes que lleguen a adquirir individualidad propia. Pero así como en un análisis específico, sería posible identificar el patrón origen, en los distintos Derechos singulares que se han formado por separación del Derecho privado, es posible indagar principios generales comunes. Es más, la fuerza expansiva del propio Derecho civil radica en ese núcleo de instituciones y normas que subsisten como centro de referencia para todo el Derecho y que gozan de una fuerza elástica coherente que en nuestro Código civil sanciona de manera expresa el artículo 16, de aplicación general.

La importancia del Derecho privado, y en concreto del Derecho civil, en que radica el núcleo vital de aquél en cada pueblo o nación, se revela, pues, en que es el Derecho civil lo más auténtico, corazón y fuente de todo el ordenamiento jurídico. Podríamos decir que en el Derecho civil radica la *salus reipublicae*, o el bien de la comunidad, como que por él es conformada la vida misma **del pueblo**, puesto que en el Derecho civil se conservan las esencias mismas que dan naturaleza a la vida asociativa de cada pueblo: su idiosincrasia. Ese *ius proprium*, no significa ni más ni menos que eso: lo más peculiar, característico e íntimo

de la vida asociada de una comunidad, pues dijimos que la organización no es sólo un aspecto de la existencia del pueblo, sino *el motivo fundamental de su vida*.

De aquí que Derecho civil y bien de la comunidad son polos que en último análisis, se tocan. La legitimación del mandato normativo no radica en la *vis coactiva*, que es una nota determinante de su eficacia; ello sería proclamar como Derecho a la *Ley de una banda*—, sino en su armonía con una razón última. No se me oculta una **grave objeción**: se me dirá que esta concepción del Derecho, lo lleva a identificar con el pueblo (44).

No es exacto. El Derecho aparece como causa y a la vez efecto de la vida del pueblo. Como causa, en cuanto la moldea; como efecto, en cuanto es preciso partir del concepto prejurídico de «comunidad» para llegar a indagar la esencia del Derecho mismo. Pero debe advertirse que en esta concepción del Derecho privado radica su mayor timbre de gloria, su mayor importancia actual. Se nos dirá paradójicamente que ella abona la existencia del Derecho foral; cuando lo que sucede es, que la existencia de **Derechos** forales revela la preexistencia de pueblos con idiosincrasia, es decir, con auténtica y propia manera de ser, suficiente por sí para haber resistido la incardinación, conservando aquella nota de distinción, en una comunidad superior: nación o territorio nacional español, por ejemplo.

Pero he aquí el gran consuelo para el iusprivatista de nuestros días. Si la civilización presente relega a la historia los «nacionalismos», por tender a superestructuras internacionales, o si se quiere, a una superestructura única, es incuestionable que el Derecho público ha de experimentar en cada momento notables mutaciones en su formulación progresiva. Más en consonancia y a merced por ello de las fuerzas políticas en pugna, su campo de aplicación será mayor cuan-

---

(44) Siempre recuerdo con juvenil ilusión las brillantes páginas que el Prof. RUIZ DEL CASTILLO dedica al concepto de **nación**, en su **Manual de Derecho político** (1939), para reconstruir el mismo, superando las distintas tesis románticas del concepto de nación.

to menos margen quede al que hoy llamamos «Ejecutivo», y a la vez las crisis del Ejecutivo, o del Gobierno que lo encarna, con toda su importancia afectarán, sin embargo, mucho menos a la vida de la comunidad que podrá seguir discutiendo normalmente por el cauce del Derecho, que preserva a la comunidad de todo caos político. Sólo así puede tener explicación que Francia, por ejemplo, resista cuarenta días de crisis, en paz y en orden. Pero el Derecho privado puede subsistir, en cada pueblo, a semejanza de Derecho foral, aunque se llegue a la integración europea, panamericana o asiática. Y ello por dos considerables razones: 1.<sup>a</sup> Porque con la subsistencia de estos Derechos privados o civiles, propios de cada Estado miembro, no se lesionan los sentimientos de originalidad, personalidad e intimidad familiar, tan celosamente guardados por el hombre. 2.<sup>a</sup> Porque en el fondo de todo el Derecho privado o Derecho civil —aún hechas las reservas más cualificadas— corre una savia común, que lo vivifica plenamente: El Derecho romano (45).

En una integración europea, si algún día llegara a producirse, respetando los distintos Derechos civiles o propios de cada Estado miembro, en nada perdería eficacia la unión surgida; pero es más: entonces sería llegado el momento de iniciar la nueva etapa del Derecho romano. Toda nueva tendencia legislativa miraría siempre al *Iuristenrecht* como norte de orientación en la tarea unificadora que perseguiría el legislador. Mas seamos lógicos en nuestra propia contrucción. Si el Derecho, como ordenamiento, es organización y a la vez motivo fundamental de la vida de un pueblo, hemos de afirmar que la idea de una integración europea, no puede realizarse, por solas asociaciones económicas, confederaciones o pactos del Mediterráneo, de la OTAN o por la moneda o el mercado común. La «idea ha de lograrse volviendo los ojos al *Iuristenrecht*», como proclamaba KOSCHARER, porque cabe aún perfeccionar el Derecho privado sobre la base

---

(45) Del Derecho romano, como base para la formación de la ciencia jurídica europea, se ocupó magistralmente SANTA CRUZ TEJEIRO: *Valoración del Derecho romano como factor cultural de Europa*, Valencia, 1951.



del denominador común a todos los Derechos civiles de los pueblos de Europa: El Derecho romano. La armonía del mismo con la *ratio naturalis*, es tal, que viene constantemente proclamada. Queda así, a la vez, resuelto el más arduo problema para un jurista: la legitimación de su ordenamiento.

\* \* \*

El día que nosotros, juristas, estemos convencidos de que nos hallamos en posesión de «unas verdades que desafían las inconstancias de una filosofía que proceda por vía de abstracción», convencimiento que en tan alto grado tenían los romanos respecto a su Derecho (46), podremos proclamar ante las generaciones venideras la posibilidad de una paz duradera. —sin fronteras— paz que ha de asentarse en aquellos postulados de justicia que encerraban los tres famosos preceptos de Ulpiano, que también hoy «dan arma de fuerza moral al Derecho positivo para la lucha por el imperio de lo justo» (47), invitando a la juventud estudiosa a adquirir en la Universidad, una actitud de aplomo, de serenidad, de gravedad, que debe incorporar para siempre a su vida; tendremos así formados los juristas del mañana que serán los hombres *prudentes*, capaces de regir los negocios públicos con la misma discreción con que mantendrán firme la seguridad de las relaciones privadas, dando tranquilidad a los demás hombres con el logro de una paz duradera, cuyo misterio nos reveló con palabras de metal el viejo texto del Rey visigodo: «*La salud del pueblo es tener Derecho y mantenerlo*».

MANUEL IGLESIAS CUBRÍA  
CATEDRÁTICO  
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

(46) Cfr.: J. IGLESIAS: *Derecho romano y esencia del Derecho*, en *Revista Derecho Privado*, 1956, y hoy en separata página 17 y ss.

(47) Cfr.: J. IGLESIAS: loc. cit. 19 y ss.

# PARA UNA DETERMINACION DEL CONCEPTO DE DERECHO REAL

## I.—INTRODUCCION

EL problema de la determinación del concepto de derecho real debe ser resuelto a través de una investigación fraccionada en dos etapas, cada una de las cuales tiene que corresponderse con uno u otro de los dos aspectos que en ese concepto, como en el de cualquier institución jurídica, podemos distinguir, el formal y el material.

Dicha investigación revestirá, según la etapa en que se encuentre, características distintas. Pasará del campo jurídico filosófico al jurídico positivo. Porque si bien la tarea de establecer conceptos formales de las instituciones jurídicas es propia de la Filosofía del Derecho, el contenido material de esos conceptos sólo lo podemos obtener del estudio del Derecho positivo.

## II.—CONCEPTO FORMAL DE DERECHO REAL

Siendo dos las fundamentales especies de derechos subjetivos privados —la de los derechos reales y la de los derechos de crédito— han de ser definidas la una en contraposición a la otra. La definición del derecho real estará integrada, pues, por su género próximo y su última diferencia

respecto al derecho de crédito. El género próximo nos lo da el análisis del derecho subjetivo, pues ambos tipos de derechos tienen en común su naturaleza de tales. En torno a la cuestión de determinar cuál sea la última diferencia que separa el derecho real del de crédito, se han constituido diversas teorías, sin que falten las posiciones negativas de los que, desesperando de hallar una solución aceptable a esta cuestión, se consuelan desconociendo su importancia.

Dejemos ese consuelo para los que lo necesiten, y entremos nosotros en el estudio de las teorías positivas. Estas pueden agruparse según tres concepciones: la realista, la personalista y la intermedia o armónica. Según la concepción realista del derecho real, la característica específica de éste estriba en la inmediatividad de la relación que determina entre la persona que es su sujeto y la cosa que es su objeto. Según la concepción personalista u obligacionista del derecho real, dicha característica radica en la universalidad e indeterminación del sujeto pasivo con el que el titular del derecho real mantiene la relación que lo constituye. Finalmente, en la concepción armónica se comprende el derecho real como integrado por dos relaciones heterogéneas: una real -entre el titular y una cosa-, y otra personal -entre el titular y el sujeto pasivo universal-.

La concepción realista del derecho real es la clásica. Es empírica. Parte de la observación de la realidad jurídica que nos presenta a los titulares de los derechos reales ejerciendo una compleja actividad sobre las cosas existentes en esa realidad. Esa actividad sólo se explica jurídicamente si entendemos que el Derecho objetivo ha concedido a los que la realizan, la facultad de llevarla a cabo. Pues bien, el derecho real no es sino esa facultad de actuar sobre una cosa y supone, por tanto, una relación entre esta cosa y su titular.

La concepción personalista se ha formulado como crítica a la realista. No desconoce la experiencia en que ésta se basa, pero encuentra otra explicación para ella. Es lógica más que empírica. Podemos recrearla así: No puede prescindirse en una definición del derecho real de las personas que no son sus titulares. Sin esas personas aquel derecho no existiría. En un mundo de cosas en que únicamente

viviera una persona, cabría que ésta desarrollara una actividad económico real, pero nunca jurídico real. Los derechos sólo existen para ser exigidos frente a otro, y no tiene sentido hablar de ellos si no existe ese otro frente al que formular su exigencia. Esas otras personas que no son titulares del derecho real, y de las que no puede prescindirse en una definición del mismo, se encuentran frente a su titular en una misma situación jurídica: éste puede exigirles que se abstengan de interferir el desenvolvimiento de la actividad que supone el ejercicio de su derecho, y ellas deben abstenerse de realizar tal interferencia. Puede hablarse del deber general de abstención o del sujeto pasivo universal. Los límites físicos de la cosa constituyen así fronteras jurídicas para todos aquellos que no tengan derechos sobre ella. Pero no se crea por lo expuesto que la concepción realista del derecho real sólo necesita para su validez el ser completada con una referencia al deber general de abstención porque es innecesario y absurdo hablar de facultad jurídica, como ella hace, para explicar la actividad del titular del derecho real sobre una cosa. Es innecesario ya que esa actividad queda suficientemente aclarada si decimos que el que la realiza está exento del deber de abstención. Debemos suponer siempre lo menos, no lo más, y lo menos en este caso es suponer que si el titular del derecho real actúa sobre una cosa no es por que esté facultado para actuar, sino porque no se le ha prohibido no actuar. Al mismo tiempo que innecesario, el referirse a una facultad jurídica sobre una cosa es absurdo. Esa facultad nos lleva a establecer una relación entre personas y cosas, y es sabido que una persona mantiene su vida de relación con otras personas, nunca con una cosa.

La concepción armónica o intermedia recoge el punto de vista obligacionista, pero se separa de él en cuanto constituye crítica del realista. Intenta recoger en su concepción del derecho real los dos datos destacados por realistas y obligacionistas: la actividad sobre las cosas y el deber de abstención del sujeto universal. En Rigaud la relación personal sólo se concibe como añadido de la real, para su sanción o garantía estando fuera del contenido específico del

derecho real. En Barassi esa relación personal constituye ya uno de los dos elementos, el elemento externo, que integran el mencionado contenido específico del derecho real. Pero siempre destacan los armónicos esa circunstancia de que el derecho real provoque dos relaciones de diversa naturaleza, real, la una, y personal, la otra.

El mérito principal de los armónicos ha estado en su defensa de la posibilidad de hablar de una relación real sin incurrir en absurdo, y de la conveniencia e, incluso, necesidad, de considerar ínsita en el derecho real una relación de esa clase. Nosotros podemos hacer una defensa análoga en la siguiente forma: No es absurdo el hablar de una relación real. Las críticas de los obligacionistas a este respecto no son científicas, sino sentimentales. Tienen su causa en el sentimiento de la personalidad. Su inconsistencia se advierte claramente si advertimos que este mismo sentimiento de la personalidad puede llevarnos a negar la construcción obligacionista del derecho personal por excelencia, que es el derecho de crédito. Entendiendo, en efecto, que no puede admitirse vínculo alguno entre personas como opuestos que son, a su libertad, se llega a desconocer en el derecho de crédito su elemento personal característico — la deuda — para centrar la atención en su elemento real — la responsabilidad —. De aquí a configurar esa responsabilidad como un derecho real, como una prenda, por ejemplo, no hay más que un paso, y éste se ha dado ya en determinado sector de la doctrina. Ahora bien, si nos es posible hablar de relación real, debemos hablar de ella cuando se trata de definir el derecho real: es conveniente y es necesario. Es conveniente porque una concepción del derecho real que prescindiera de la relación con la cosa que es su objeto, carece de toda expresividad, resultando *prima facie* ininteligible. Es necesario porque la exención del deber general de abstención, al ser exoneración de una limitación absoluta, supone una libertad absoluta, y el titular del derecho real nunca goza de una libertad de esa índole, ya que sus facultades sufren siempre limitaciones relativas que forman parte de la entraña de su derecho, de modo que la definición de éste sólo puede hacer referencia a dichas limitaciones relativas

si incluimos en ella una mención a la facultad sobre que recaen o a la relación real que modulan.

La concepción armónica ha sido sostenida por notables tratadistas. A ella responde la definición que Sohn nos da del derecho real como «derecho privado que atribuye a su titular un poder de inmediata dominación sobre una cosa, frente a cualquiera», y que presenta un curioso sabor político eliminado por De Buen, siempre siguiendo la línea armónica, en su concepción del derecho real como aquél que «autoriza a su titular a obtener ciertas ventajas económicas de una cosa, dentro de las posibilidades de la misma, frente a cualquiera que lo desconozca». Pero, pese a su casi universal aceptación, la tesis armónica es, a su vez, criticable. No por su defensa del criterio realista, sino por su respeto hacia el obligacionista.

En la crítica de la teoría armónica e intermedia empezamos por sentar la afirmación de que el deber general de abstención no constituye característica específica del derecho real. Un deber análogo puede predicarse del derecho de crédito. El sujeto pasivo universal no puede impedir la realización del crédito, vedándosele todo acto que impida que el deudor pague o que el acreedor cobre. Sin embargo, en ninguna definición del derecho de crédito se hace entrar este deber general de abstención. Esto indica que si sucede lo contrario en las definiciones del derecho real es, indudablemente, porque sin el deber general de abstención sería imposible dar a éste una configuración personal, siendo la exigencia de esta configuración, como sabemos, no científica, sino sentimental.

Pero es que tampoco el deber general de abstención forma parte del género próximo del derecho real. El deber de respetar el derecho real, como el deber de respetar el derecho de crédito, no son sino manifestaciones del más amplio deber de respetar todos los derechos adquiridos, dicho de otro modo —pasando de lo subjetivo a lo objetivo—, del deber de respetar el derecho objetivo. Este deber de respetar el orden jurídico, que se establece lógicamente —me refiero a la lógica kelseniana— antes de determinar el contenido de ese mismo orden, es previo a este orden, no siendo,

por ello un deber jurídico privado, sino jurídico público. No se corresponde con ningún derecho privado adquirido, sino con el derecho público a adquirir. La concesión de este derecho a adquirir y la imposición de aquel deber de respetar las adquisiciones son actos simultáneos, pues el uno no tiene sentido sin el otro. Como el derecho a adquirir no es jurídico privado sino público, también por aquí llegamos a la consecuencia de que el deber de respetar las adquisiciones ha de tener naturaleza pública.

Esta tesis es difícilmente controvertible en el Derecho español, cuyo Código penal presenta un título dedicado específicamente a los delitos contra la propiedad, que son considerados, en principio, delitos públicos. El propietario no decide a su arbitrio del castigo del ladrón. Y el hecho es que debiera tener esa decisión si se considerara que el ladrón había lesionado su propiedad, porque él tiene la disposición de este derecho. En la propiedad, como en cualquier otro derecho real, va ínsito predominantemente, un interés privado, y su tutela debiera encomendarse a un sistema de acciones privadas. La acción pública demuestra que la infracción del deber general de abstención respecto al derecho real no supone, propiamente, ataque a un interés privado, sino al interés público. Si el ladrón ha debido respetar la propiedad ajena no ha sido en atención a esta propiedad civil, sino al derecho de propiedad natural, que no es un derecho sobre cosa alguna, sino el que se tiene a adquirir cualquiera. El que lesiona la propiedad natural sólo lo puede hacer quebrantando la integridad personal o patrimonial de algún ciudadano, no su propiedad civil, y esa integridad debe ser mantenida en atención al valor de la personalidad, el cual es, normalmente, uno de los fundamentales valores públicos.

Si de examinar la situación del titular del derecho real y del Estado pasamos a considerar la del sujeto pasivo universal, encontramos nuevos argumentos a nuestra opinión de que el deber de abstención que se refiere a éste, tiene carácter jurídico público. Ese deber no supone merma alguna en el nivel de la posición jurídico privada de su sujeto, debiendo ocurrir lo contrario si tuviera naturaleza privada. Termina donde empieza el derecho propio. Al contrario del de-

ber jurídico privado, que marca límites al propio derecho. El deber general de abstención no supone intromisión en la esfera jurídica del sujeto sobre que recae, sino que representa, en definitiva, como consecuencia de su misma generalidad, la consagración de la independencia de esa esfera. Porque si bien es cierto que uno debe abstenerse de impedir el ejercicio de los derechos ajenos, no lo es menos que los titulares de éstos deben abstenerse de interferir el ejercicio de los derechos de uno. El deber general de abstención no es sino el antiguo principio «alterum non laedere», pero este principio tuvo siempre su correctivo en el correlativo de «qui jure suo utitur neminem laedit». En esta función de delimitación de esferas jurídicas ya se ve que el deber general de abstención comporta una finalidad política o constituyente.

Ahora podemos ver claramente cómo la concepción personalista —y la armónica en cuanto la recoge— se equivoca tanto al indicar la naturaleza del deber general de abstención cuanto al señalar la estructura de la relación que lo determina. El deber general de abstención tiene carácter público y no privado, de donde resulta que no puede formar parte del contenido de un derecho que como el real es de índole privada. Por otra parte, al ser público este deber de abstención, la relación que lo ocasiona, no puede establecerse entre el sujeto pasivo universal y el titular del derecho real, pues ambos son entes privados, sino entre dicho sujeto universal y el ente público por excelencia y por esencia que es el Estado. Lo que sí puede afirmarse es que el sujeto pasivo universal mantiene también una relación con la cosa objeto del derecho real. Sobre una misma cosa gravitarían, pues, dos relaciones: una, positiva, con el titular del derecho real constituido sobre ella, y negativa la otra, con el sujeto pasivo universal. Pero la convergencia de estas dos relaciones no autoriza a incluirlas en un mismo derecho, y mucho menos si pensamos que la relación negativa con el sujeto universal no es sino la expresión de la relación pública por la que éste se une con el Estado.

Sin embargo de estas críticas a la concepción obligacionista y a la armónica o intermedia, no anclamos en la solución realista. Esta es, desde luego, verdadera, pero es tan-



bién, a un mismo tiempo, incompleta. Ha de ser completada en un cierto sentido personalista, no en el que supone admitir como integrante del derecho real al deber general de abstención, sino en el que representa dar entrada en el concepto de ese derecho a otros deberes jurídicos, de abstención unas veces, de acción, otras, y que se distinguen del general de abstención por la singularidad de su contenido y de su sujeto.

La situación jurídica provocada por la aparición de un derecho real no queda, en efecto, suficientemente explicada, refiriéndonos sólo a la facultad sobre la cosa y al deber general de abstención. Así lo entiende Roca cuando incluye en los derechos reales limitados o desmembrados «un pati o un non facere, y posiblemente un facere», como dice él, o un non facere y posiblemente un facere que suponen un pati, como preferimos decir nosotros en consideración a la circunstancia de que también el deber general de abstención supone un non facere pero un non facere tal que no representa un pati para el sujeto a que se refiere.

Caso clásico de derecho real limitado que determina un facere es el de la *servitus oneris ferendi*. Por suficientemente conocido resulta superflua toda explicación. Interesa destacar, no obstante, que este facere, a diferencia del non facere representado por el deber general de abstención, supone necesariamente un pati.

Supuestos como el de la *servitus oneris ferendi* en que el derecho real limitado ocasiona un facere son, ciertamente excepcionales. Normales son, en cambio, aquellos otros en que un derecho de ese tipo es causa de un non facere singularizado que, como aquel facere y a diferencia del deber general de abstención, significa un pati. Ponemos por caso, escogido entre muchos, el de la *servidumbre de paso*. El deber general de abstención se refiere también al dueño del predio sirviente, pues forma parte del sujeto pasivo universal. El dueño del predio sirviente, como cualquier otra persona, por ejemplo, no debe detener físicamente al dueño del predio dominante cuando intente ejercer su derecho de paso. Pero este deber general de abstención no supone merma jurídica en la posición del dueño del predio sirviente. Podrá resultar incó-

moda la servidumbre de paso, pero esta incomodidad no tiene, en principio, relevancia jurídica. También para el ladrón resulta muy incómodo el derecho de propiedad, y a nadie se le ocurrirá decir que ese derecho le minore los suyos. La ilusión que puede darse, de considerar que la servidumbre perjudica jurídicamente el derecho del propietario, nace de pensar el el derecho de propiedad, por ella modificado, como en un derecho pleno. Lo cierto es que la servidumbre representó una pérdida jurídica en el acto de su constitución, pero no puede representar esa pérdida en los actos de su ejercicio, porque éstos se realizan ya frente a un derecho de propiedad limitado o reducido. Sin embargo, sobre el dueño del predio sirviente pesa un non facere específico, el cual sí que constituye un pati, un sufrir, una minoración en sus facultades. Pensemos que el dueño del predio sirviente no puede cercar su finca de manera que cierre el paso exigido por la servidumbre. Su situación a este respecto no puede identificarse con la de los terceros. Ciertamente que éstos tampoco pueden cercar la finca gravada con la servidumbre de paso, pero esa imposibilidad jurídica en que se encuentran, existía antes de que hubiera nacido dicha servidumbre, y tiene como causa el derecho de propiedad. Ellos no pueden cercar porque no son propietarios, porque no tienen la facultad de cercar la cosa. Pero el dueño del predio sirviente conserva esta facultad. Estrictamente, la única facultad sobre su finca que comparte con el propietario de la dominante es la de paso. La facultad de cerrar su finca continúa íntegra en él, pues el dueño del predio dominante no puede cercar el sirviente **ni total, ni parcialmente**, ni puede tampoco cercar **el camino que habitualmente** utilice para su paso. Pero no cabe duda de que tampoco el dueño del predio **sirviente puede cercar totalmente** éste —en nuestro Derecho por imperativo del art. 388 C. c.—, teniendo que admitir esta imposibilidad, este non facere singularizado, como resultado de una **obligación impuesta** al dueño del predio sirviente, que supone una minoración en facultades que aún conserva y, por tanto, un pati.

Pues bien, estas relaciones personales singulares, distintas del deber general de abstención, y que pueden impo-

ser concebidas como parte del derecho real que las ocasiona. *ner*, ya un *facere*, ya un *non facere*, forman parte o pueden. Para asegurar la eficacia de este derecho real se han establecido, no para garantizar ningún derecho a adquirir. violación del deber que determinan, constituye un típico delito civil. Son privadas, pues, siendo sus sujetos, de un lado, la persona a quien se impone el *facere* o el *non facere*, de o el *non facere*, de otro, la persona titular del derecho real en cuya atención se verifica esa imposición. Desde luego que se pueden explicar como obligaciones independientes del derecho real que garantizan, pero una consideración finalista de las instituciones jurídicas nos moverá a agrupar en una sola estas relaciones personales y las reales que son características del derecho de este nombre. Ambas, en efecto, se imponen por un mismo motivo, el de facilitar a una persona el goce económico de una cosa.

### III.—CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO REAL

Tomémos como punto de partida en esta segunda fase de nuestra investigación el resultado a que hemos llegado en la primera. Esta nos ha llevado a una idea del derecho real, según la cual, dicho derecho se halla integrado fundamentalmente por una relación real pero ocurriendo en ocasiones que esta relación, para garantía de su efectividad, determina el nacimiento de una relación personal. Podríamos intentar concretar esta idea en una definición, diciendo, por ejemplo, que derecho real es aquel que supone para su titular la facultad de realizar una determinada actividad sobre una cosa y que puede suponer para los no titulares, con objeto de asegurar el resultado económico de aquella actividad, determinadas limitaciones en sus facultades jurídicas, consistentes en obligaciones negativas o positivas, en un *non facere* o un *facere* que implican un *pati*.

Pero esta definición constituye una fórmula vacía, a la que hemos de dar contenido. Porque, ¿en qué consiste ese *non facere* o ese *facere* que puede determinar el derecho real a través de una relación personal? Y, ¿qué actividad permite desarrollar respecto a la cosa, la facultad que es consecuencia de la relación que con esa cosa mantiene el titular del derecho real?

La última cuestión es particularmente importante, pues según se conciba en forma más o menos rigurosa la relación real, se reducirá o ampliará el ámbito de los derechos reales sobre el correspondiente a los de crédito, excluyendo o incluyendo en aquéllos los derechos de garantía sobre cosas, y pudiendo llegar, incluso, a considerar el derecho de crédito como un derecho real por el procedimiento de estructurarlo como uno de esos derechos de garantía.

Pero tanto ésta como la precedente son cuestiones cuya solución sólo puede venir del Derecho positivo, y como éste es vario, del singular Derecho positivo que destaquemos dentro de esa pluralidad, en nuestro caso, del Derecho positivo español. Proceder de otra manera significaría un apriorismo material e implicaría gravísimas consecuencias, entre ellas, la de desenfocar el planteamiento de la mayoría de los problemas suscitados por el estudio de la materia legal a considerar y la de desconocer la posible virtualidad que en orden a la solución de aquellos problemas posea la sistemática con que se ordene esa materia. Sólo el apriorismo formal, por otra parte, puede ser característico del científico. La labor creadora de éste termina con el establecimiento de un concepto formal de las instituciones. El dar a ese concepto un contenido material es una labor política y, por tanto, oportunista, que se orientará en uno u otro sentido, según las circunstancias lo aconsejen. Es evidente que el científico puede prestar a sus conceptos formales un contenido material, criticando así indirectamente el que les asigne el Derecho positivo, pero en cuanto tal haga, en tanto hará obra política y no jurídica, en tanto procederá *lege ferenda* y no *lege lata*, en tanto ese contenido material a priori será interesante para el estadista pero inútil para el jurista.

En un defecto de apriorismo material incurren los que,

entre los numerosos defectos de sistema que se achacan al Código civil español, incluyen el de que regule en el lib. IV la prenda y la hipoteca, que como derechos reales que, se asegura, son, debieran haber tenido su regulación en el lib. II. Equivocación de tanta monta, que es fácilmente apreciable por cualquiera que se inicie en el estudio del Derecho, no es sensato pensar hubiera podido ser cometida por aquellos conspicuos juristas que se sintieron capaces de acometer la ardua tarea de codificar nuestro Derecho civil. Es preferible pensar que si el Código civil no incluye la prenda e hipoteca en el lib. II, dedicado específicamente a la consideración de los derechos reales, es porque tiene un concepto de éstos en el que no pueden comprenderse los derechos de garantía sobre cosas. Las críticas al Código civil no podrían ser, pues, críticas de sistema, sino de de conceptos.

Pero entremos en el estudio del Código civil español para intentar obtener ese concepto específico que hemos supuesto tiene, de los derechos reales. El primer dato importante que nos presenta este estudio es el de que la materia de los derechos reales aparece regulada en los libros II y III, pero no con esta denominación. Digo que este dato es importante porque la diversidad de términos permite sospechar una diferencia de conceptos. Cierto que no se prescinde de la antigua nomenclatura pero el uso de ésa —núm. 10 del art. 334 y art. 1.623, por ej. — sólo tiene lugar de modo esporádico y más que nada como obsequio a la tradición o como prueba de la imposibilidad de liberarse absolutamente de ella.

Estudiemos las denominaciones de los libros II y III del Código civil.

El libro II porta la denominación «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones». Este libro se ocupa, en realidad, de los bienes, de la propiedad, de las propiedades especiales, de la posesión y de los derechos de usufructo, uso, habitación y servidumbres. Si queremos que la denominación de este libro responda a su contenido, habremos de considerar que los derechos de usufructo, uso, habitación y servidumbre constituyen modificaciones de la propiedad. Destaquemos que esos derechos son los típicos derechos reales.

El libro III lleva la denominación «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Pero esta denominación resulta estrecha para la materia a que se refiere. La disposición preliminar contenida en el art. 609 nos indica, en efecto, que este libro no sólo se va a ocupar de la adquisición de la propiedad sino de la de los demás derechos sobre los bienes. ¿Qué explicación buscar para esta incongruencia del Código civil? Porque la labor del intérprete ha de ser fundamentalmente interpretar los textos de manera que desaparezca todo absurdo que pueda verse en ellos. Creo que la única explicación está en admitir que esos derechos sobre los bienes son las modificaciones de la propiedad a que hace referencia el lib. II, pues, esto admitido, puede decirse que si la denominación del lib. III habla únicamente de propiedad, no mencionando específicamente a los restantes derechos sobre los bienes, es porque incluye estos derechos, en cuanto modificaciones de aquella propiedad, en un concepto genérico o lato de la misma, el cual es, precisamente, el utilizado por el lib. III en su denominación. Esta interpretación, por otra parte, estaría de acuerdo con la circunstancia de que el lib. III es como una continuación del II, por lo que ha de versar sobre los mismos derechos considerados en éste.

Resumiendo los resultados de este estudio, podemos decir que en nuestro Código civil existen unos derechos sobre los bienes, y que éstos son el derecho de propiedad y otros otros derechos —usufructo, uso, habitación y servidumbre— que constituyen modificaciones de esa propiedad. Añadamos ahora que tales derechos se corresponden legalmente con los reales. No sólo porque las expresiones derechos sobre los bienes y derechos reales o *jura in re* son sinónimas, sino también porque la equivalencia está expresada en el núm. 10 del art. 334 al considerar la servidumbre, que es modificación de la propiedad, como derecho real.

Centrada así la cuestión podemos preguntarnos: ¿qué facultades integran en el Código civil el derecho de propiedad? ¿qué otras facultades son las características de los restantes derechos sobre los bienes?

El contenido material de la propiedad, en cuanto a su

relación real, lo obtenemos del art. 348 C. c. que dice: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Dos facultades integran, pues, el derecho de propiedad: una facultad de goce y otra de disposición. Pero esta última facultad no recae, propiamente, sobre la cosa, sino sobre aquella otra facultad de goce. Constituye un derecho sobre derecho, y de carácter más político que civil. Esta facultad de disposición de la cosa no es sino una manifestación del derecho a disponer de los derechos adquiridos, derecho que es correlativo con el que se tiene a adquirir estos derechos y que ya sabemos posee naturaleza pública.

Los otros derechos sobre los bienes, por constituir modificaciones de la propiedad así entendida, han de significar una expropiación parcial de las facultades que la integran. Ahora bien, si es cierto que la facultad de disponer puede ser modificada — piénsese en las prohibiciones de disponer — no lo es menos que la facultad de amparar el interés propio tras esas prohibiciones no constituye una facultad cuyo ejercicio se realice sobre los bienes a que dichas prohibiciones se refieran. Esta facultad, como la de disponer, no atañe a la cosa sino al derecho de propiedad constituido sobre ella, y no modifica este derecho de propiedad sino el derecho a disponer del mismo. Se comprende por esto cómo el codificador español ha procedido correctamente al no incluir las prohibiciones de disponer entre las modificaciones de la propiedad. Estas modificaciones sólo representan participaciones en la facultad de goce.

Se comprende también por qué el codificador no ha considerado la prenda y la hipoteca como derechos sobre bienes. Por la prenda y la hipoteca no se modifica el derecho de propiedad. El dueño de la finca hipotecada continúa en el goce de la misma. El dueño de la cosa pignoratada no continúa en el goce, pero esto no significa que ese goce haya pasado al acreedor pignoraticio, como demuestra el art. 1.870; lo que indica que ese acreedor no tiene derecho sobre la cosa, sino el derecho personal que deriva de un depósito, como autoriza a pensar el mismo art. 1.870 que establece, en realidad, un cambio meramente subjetivo en la persona del deposi-

tante. La prenda y la hipoteca no son más que garantías contractuales de la responsabilidad por una deuda consistentes en afectar a ella una cosa específica. Alcanzan su eficacia dentro de un proceso público, sea judicial o notarial. Y esto es también así porque la facultad sobre una cosa refiere a cosas, sino a derechos. La facultad sobre una cosa puede ser ejercitada personalmente por su titular, pero el interés público exige que la alteración en la situación de los derechos, provocada por el uso de las facultades que, como la prenda e hipoteca, se tengan sobre ellos, sea definida por un funcionario del Estado. Ciertamente que la prenda supone contacto con la cosa pignorada, y que este contacto es realizado personalmente por el acreedor, pero debemos tener en cuenta que no significa ninguna facultad, que no modifica la propiedad, sino únicamente la posesión, y que se da como garantía de la facultad sobre derechos que constituye propiamente la prenda. El depósito pignoraticio que asegura la ejecución de la prenda no constituye por sí derecho real, como tampoco lo constituye la inscripción que garantiza la hipoteca.

El Código civil considera como derechos reales, el usufructo, uso, habitación y servidumbres. La enumeración, por la amplitud con que están concebidos los tipos, agota de tal manera las posibilidades que puede ofrecer la realidad o que puede exigir el interés de los particulares, que impide todo planteamiento del problema del *numerus clausus* o *aper-tus* de los derechos reales. Las modificaciones en la facultad de goce pueden significar la privación de esa facultad o una limitación consistente en la necesidad de compartirla con otra persona. Las modificaciones que consisten en privación de la facultad de goce están representadas por el usufructo, derecho que puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, indistintamente. El usufructo ha de ser esencialmente temporal, pues consistiendo esencialmente la propiedad en la facultad de goce y privándose de ésta el propietario en beneficio del usufructuario, de otro modo su establecimiento equivaldría a un desplazamiento subjetivo de la propiedad. Las modificaciones de la propiedad que no suponen una privación de la facultad de goce, sino una li-



mitación a la misma, son más características de bienes inmuebles que de muebles, ya que el goce de los bienes parece exigir la posesión que permita el uso y éste puede ser ejercido por varios simultáneamente sobre un inmueble, pero respecto a un mueble el uso de uno excluye el uso de otro. Por esta consideración, las modificaciones relativas son reguladas ampliamente en el Código respecto a los inmuebles. Esas modificaciones constituyen las servidumbres, ya reales, ya personales. El derecho de habitación es una servidumbre personal considerada especialmente quizás porque puede constituir una limitación absoluta o privación de la facultad de goce si ésta es exigida por las necesidades del habitacionista. El derecho de uso es otra modificación del derecho de propiedad que puede suponer una limitación relativa o absoluta, según lo requieran las necesidades del usuario. Este derecho de uso puede referirse a muebles, a condición de que éstos produzcan frutos, porque, si bien su posesión real permanece exclusivamente en el usuario, el propietario ejercita algún derecho respecto al goce a través de una participación en los frutos. Si no tuviera el usuario esa posesión, su derecho de uso, que no merecería tal nombre, no sería derecho sobre los bienes, sino derecho de crédito a sus frutos. Pero esta misma consideración hace que veamos el derecho al goce que aún conserva el propietario como un derecho personal, si bien se le dé una eficacia real, de donde resulta que el derecho de uso supone, en realidad, una limitación absoluta, como necesidad y no como posibilidad, del derecho de propiedad. Por esto resulta doblemente acertada respecto al derecho de uso la norma del artículo 529 que establece su duración limitada, mientras que a las modificaciones relativas les permite, en principio, una duración indefinida. Señalemos que respecto al derecho de habitación la norma del artículo 529 tiene su única razón en la posibilidad de que este derecho llegue a suponer una limitación absoluta.

Queda con lo dicho analizado, si bien someramente, el contenido de la relación real en nuestro Derecho. Resta ahora determinar cuál es el *facere* o el *non facere* que puede determinar esa relación real para garantía de su efectividad.

La primera observación que podemos hacer es la de que las relaciones personales no sólo garantizan los derechos reales limitados, sino el mismo derecho de propiedad. La verdad de esta observación la podemos comprobar con el examen de las servidumbres. El derecho de propiedad ha sido concebido como un derecho absoluto, que no sufre ninguna limitación en las facultades que lo integran, y como un derecho independiente, que no necesita para su efectividad ninguna limitación en las facultades que corresponden a otros. Pero este doble carácter, absoluto e independiente, del derecho de propiedad, necesitaba sufrir en la práctica, por imperativos de la realidad, un correctivo, el cual, no pudiendo incluirse en el mismo derecho, se concibió como un derecho de servidumbre autónomo. Hay servidumbres, efectivamente, que son verdaderos *jura in re aliena* porque permiten a su titular el goce de un fundo ajeno, siquiera sea parcialmente. Pero existen otras servidumbres que no cumplen esa finalidad de atribuir una facultad de goce sobre la finca de otro, sino la de restringir el sentido absoluto del derecho de propiedad en el predio sirviente o la de evitar los inconvenientes de una excesiva independencia del derecho de propiedad en el predio dominante. Las primeras de estas otras servidumbres que no pueden ser *jura in re aliena*, se imponen en consideración al derecho de propiedad del predio sirviente y forman parte integrante de ese mismo derecho. Las segundas, que son las que nos interesan, no se establecen en atención al derecho de propiedad del predio sirviente, sino teniendo en cuenta el derecho de propiedad del predio dominante. Son obligaciones impuestas al dueño del predio sirviente para garantizar el valor económico de la propiedad del predio dominante debiendo incluirse en esta última propiedad.

Pero, sin embargo de esta frecuencia con que en el Derecho español la relación real ocasionan una relación personal, el *facere* o el *non facere* que son resultado de tal relación personal, no presentan un contenido único, como lo presenta el deber general de abstención. Esto es así porque la cuestión de determinar en qué medida los derechos de una persona han de ser limitados por un *facere* o un

non facere impuesto a la misma a fin de garantizar los derechos de otra, es susceptible de diversas soluciones según los casos y los derechos de que en cada uno de ellos se trate, pues no está implicado en ella un valor de Justicia, como el que realiza el deber general de abstención, sino un valor de Seguridad.

No obstante intentaremos sistematizar esta cuestión:

a) *El facere o el non facere se impone al titular del derecho real de propiedad en beneficio del derecho real que ha sido desmembrado del mismo.* El titular del derecho real debe abstenerse de realizar cualquier actividad que imposibilite el ejercicio del derecho real limitado. De otro modo la constitución de este último derecho sería un acto ilusorio que atentaría a la buena fé. Si la actividad del titular del derecho real pleno dificulta simplemente el ejercicio del derecho real limitado, hay que distinguir según que responda a un interés de ese titular o no. En el último caso, rige la doctrina del abuso del derecho. En el primero, la solución ha de ser dada por una norma específica.

b) *Casos no comprendidos en el apartado anterior.* Ya imposibilite, ya dificulte el ejercicio de un derecho, la actividad del titular de otro derecho en el ejercicio del suyo, si no hay abuso por parte de éste, la solución ha de ser dada por una norma específica.

Nada impide que esa norma específica a que nos hemos referido en los dos apartados anteriores, sea impuesta por contrato. Pero la eficacia de la norma contractual no puede ser idéntica a la propia de la norma legal. Esta última impone un facere que o un non facere que tienen eficacia real. Pero las obligaciones contractuales sólo pueden tener, en principio, eficacia obligacional. No se diga que la libertad jurídico privada se opone a este criterio, porque tal libertad está sólo expresamente establecida respecto a los derechos de crédito, pero en materia de derechos reales no se encuentra una norma análoga a la del art. 1.255 C. c. La voluntad privada no puede dotar a una obligación de eficacia real, como no puede convertir en derecho real la relación que por naturaleza es derecho personal. La esencia de las instituciones señala límites a la voluntad de los par-

ticulares, y esto ocurre también en el campo de las obligaciones, pues si bien los interesados pueden crearlas libremente, no pueden modificar la naturaleza de los tipos contractuales en que se agrupan. Véase, por ejemplo, el artículo 1.741 C. c., según el cual, si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato, aunque las partes quieran que lo siga siendo.

#### IV.—CONCLUSION

Estamos ya en condiciones de formular una definición de derecho real que concrete su contenido en la legislación española. Pero debemos huir de una materialización excesiva, ya que, dada la diversidad casuística del *non facere* o el *facere* que puede determinar el derecho real, una definición descriptiva resultaría excesivamente prolija. Por esto sugerimos como tal definición, la siguiente: *derechos reales son aquellos que suponen para la persona que sea su titular, una facultad de goce de una cosa, ejercitable sobre ella, y para otras personas, limitaciones en sus respectivas facultades jurídicas, impuestas para garantizar el ejercicio efectivo de aquella facultad de goce a la persona que sea titular del derecho que la determine, y consistentes en obligaciones negativas o positivas, en un non facere o un facere que implican un pati.* Los derechos reales pueden atribuir una facultad de goce pleno —caso de la propiedad— o de goce limitado —caso de los demás derechos sobre los bienes que constituyen modificaciones en la propiedad—.

# VIDA DE LA FACULTAD

SECCION DEL ESTUDIANTE

## LA MISION DE LA UNIVERSIDAD (\*)

«La Universidad debe ser un ejemplo de verdad luminosa y de caridad ferviente».

PIO XII

**R**ECIENTEMENTE se publicó en una revista universitaria, en «La Hora», un artículo de José Bugeda, titulado «Las termitas justicieras», totalmente irreflexivo, en el cual con motivo del traslado de la Facultad de Derecho a la Ciudad Universitaria, decía: «Las termitas se están comiendo el caserón de San Bernardo... y probablemente nos señalan el único camino viable para resolver los problemas de la Universidad española: hacerla polvo deleznable y meterla en el relicario de algún museo arqueológico. La Universidad de hoy, -- sigue diciendo --, se nos ha convertido en un conjunto de Escuelas Especiales: Escuela de Derecho, de Medicina, de Economía, y hasta de Filosofía. Y eso no es la Universidad. Pero además hay que reco-

---

(\*) El texto del presente trabajo fué objeto de una conferencia pronunciada en el Colegio Mayor Valdés-Salas el 19 de noviembre de 1956, con motivo de la festividad de su patrono San Juan de la Cruz, y resultó premiado en el Certamen literario Valdés-Salas.

Sobradamente sabemos que este trabajo tendrá desatinos y torpezas, además de encontrarse incompleto: lo primero, acaso, por ser un estudio el menos apropiado para criticar la labor docente y enfocar a la Universidad hacia su auténtica misión; y lo segundo, porque no hemos

nocer que hoy no hay otra posibilidad universitaria. Por consiguiente la Universidad ha muerto. Bien hayan las termitas enterradoras» (1).

Estas palabras nos sitúan ante un dilema: o sumarnos a su pensamiento, y entonces podíamos romper estas cuartillas, desistiendo en nuestro empeño de hacer un esbozo de la misión universitaria; o creer, firmemente, que la Universidad todavía no ha muerto, y que por lo tanto tiene que cumplir una misión muy importante en la sociedad.

Verdaderamente, la Universidad no ha muerto; pero sin embargo, está sufriendo una crisis, acaso la más honda de su existencia; crisis que como dice Lain Entralgo «aunque es real no debe de ser sorprendente» (2), pues la Universidad, a través de su historia, se ha encontrado con otras, y felizmente las ha sobrepasado. Los caracteres de la actual crisis de la Universidad, magistralmente desarrollados por

podido manejar toda la bibliografía deseada. Se extrañará que no expusiese, aunque fuese sucintamente, el pensamiento de Menéndez Pelayo en torno a la institución universitaria; ello es debido a que no quisimos desperdiciar nuestro tiempo, pues nada íbamos a aportar nuevo, teniendo un estudio completo sobre este tema de Alfredo Carballo Picazo: «Menéndez Pelayo y la Universidad de su tiempo», premiado en el Centenario de su nacimiento en agosto de 1956 y que en breve será publicado por el C. S. de I. C. Solamente recogeremos ahora unas palabras del gran polígrafo, en las que se sintetiza su sano criterio: «Nadie más amigo que yo de la independencia orgánica de las Universidades. Nadie más partidario tampoco de la intervención continua y vigilante de la Iglesia en ellas. La Universidad católica, española y libre es mi fórmula... Queremos, sí, la independencia científica, pero exigimos del catedrático oficial la sincera adhesión a las grandes instituciones fundamentales del país». (Heterodoxos, ed. Nacional, VI, págs. 276-77). La Universidad católica que quería Menéndez Pelayo, no era únicamente una Universidad libre, separada de la estatal, sino que quería que fuesen católicas unas y otras: las Universidades particulares y las oficiales. (Florentino Pérez Embid: La vida universitaria en el pensamiento de Menéndez Pelayo, Revista Nuestro Tiempo, número 27, página 28).

(1) José Bugéda: Termifas justicieras, R. La Hora, 4 de agosto de 1956.

(2) P. Lain Entralgo: Sobre la Universidad hispánica, en España como problema, pág. 521.

Pedro Lain (3) son los siguientes: 1.º La irrupción de la masa en la Universidad; con lo cual, ésta pierde su carácter eminentemente selectivo, pues la juventud que a ella acude, se encuentra desprovista de criterio y de ideales; solamente le acucia la rapidez de hacerse con un título académico de la forma más fácil posible, de terminar cuanto antes la carrera para enfrentarse con la vida (4). Y la juventud, al fijarse solamente en este fin mezquino, se evade de todos los problemas y de todas las responsabilidades que acarnea el mantenimiento de la Cultura y de la Civilización, sin darse cuenta que, más tarde o más temprano, soles van a presentar de manera inexorable. Como dice Raúl Morodo (5), el concepto que podría definir al estudiante español es este: el aburguesamiento. Y ante esta situación nuestra juventud necesita imperiosamente ser metarritmizada, como diría Unamuno (6); necesita una sacudida en las más íntimas y entrañables palpitaciones de su ser.

2.º La penetración de la Política en la Universidad, —la política entendida en el sentido peyorativo de la pala-

---

(3) P. Lain Entralgo: Obra citada anteriormente, págs. 521, 522 y 523. Véase además J. Ortega y Gasset: *Goethe desde dentro*. Triptico, C. Austral, pág. 128; y Javier Laso de la Vega: *La crisis mundial de la institución universitaria*. R. Arbor, número 69-70, págs 60 y sigs.

(4) Piero Calamandrei, en su obra *Demasiados abogados* (págs. 150 a 173 de la edición de Madrid de 1926), nos describe estupendamente el «estudiante cometa». Nosotros hacemos una clasificación del estudiante cometa: el de pequeña magnitud, que es el que aparece algunas veces por la clase, en los momentos oportunos, para que lo vea el profesor, pero limitándose a una Universidad; y el de gran magnitud, que anda vagando de Universidad en Universidad, buscando los profesores benévolos. Sería de desear que en España se diese este tipo de estudiante últimamente descrito, pero en sentido inverso: que se intentase estudiar con los mejores maestros que hubiese en cada Universidad. Pero este tipo de estudiante, que intentaba fomentar el Proyecto de Reforma redactado por la Facultad de Derecho de Oviedo en 1930, mediante la libre elección en la matrícula de las asignaturas, no tiene posibilidad de existencia según la Ley vigente de Ordenación Universitaria.

(5) Raúl Morodo: *De la Universidad como problema* (Alcalá 25-XII-1954).

(6) M. de Unamuno: *La juventud «intelectual» española*, en *Ensayos*. (Tomo I; Águilar 1942, pág. 280.



bra--; la cual en su osadía, puede desfigurarse hasta el más trascendente deber del universitario: su servicio a la verdad.

3.º El cambio considerable que se está originando en la función social de la inteligencia, y hasta en el modo de entender lo que la inteligencia es, debido a la influencia tan considerable de la concepción materialista de la vida. En nuestro tiempo, como diría Zubiri, se está dando culto a una semicultura, que pasa por auténtica y se cree a sí misma suficiente.

Y ante esta crisis, ¿cómo podrá resurgir la Universidad al compás de las exigencias de nuestros tiempos? Tenemos que partir, para poder formular una solución a esta grave interrogante, exponiendo una visión errónea de la Universidad, en la que reiterada y sistemáticamente caen nuestros políticos y legisladores dedicados a los problemas docentes; y es la de que en España con la palabra Universidad, se tiende más a expresar el concepto de Universidad como institución estática; como la suma de las piedras que constituyen sus muros, el número de aulas, el conjunto de leyes que la regulan, y demás cosas que carecen de vida, que no tienen alma; que el concepto de Universidad como institución dinámica, como claustro profesoral, constituida por el conjunto de personas dedicadas a la enseñanza. Todos los Planes, modificando la Enseñanza Superior, regulan ampliamente el primer aspecto, olvidándose del segundo, que es el principal, pues lo único que da vida a la institución universitaria es su personal docente. Ya, al preguntarse Unamuno en qué debía consistir la reforma de la Universidad, se dió cuenta de este error, y dice: «donde habría que hacer la reforma de la enseñanza es en la cabeza de los que enseñan, o por lo menos en las de los que han de enseñar» (7). Y así para.

---

(7) M. de Unamuno: De la enseñanza superior en España. O. C.; A. Aguado, tomo IV, pág. 53. Igual opinión es defendida por Santiago Ramón y Cajal en su libro Los tónicos de la voluntad (C. Austral, quinta edición, págs. 180, nota 1.ª, y 212) y por Angel Ganivet en su *Manifiesto español* (C. Austral, 4.ª edición, págs. 126 y 127).

algunos pensadores españoles (8), la principal causa de la crisis de nuestra Universidad radica en que todavía esté vigente el sistema de las oposiciones para cátedra, «verdaderos torneos de charlatanería» como dice Unamuno (9); y mediante las cuales se adquiere un derecho a la cátedra mucho más fuerte que el derecho real en la época quiritaria; mediante este sistema alcanzan la cátedra algunos que después no son auténticos catedráticos, pues no lo es el que no tiene vocación docente, el que no aporte su pequeña labor a la insigne obra de la Cultura (10). Por algo este sistema se encuentra postergado, olvidado, en todas las Universidades de las Naciones que van a la cabeza en el progreso de la Cultura. Se opusieron duramente a este sistema de oposiciones los profesores de la Facultad de Derecho de Oviedo, en el Proyecto de Reforma de los Estudios Universitarios, que escribieron en el año 1930 (11), siendo después, durante la República, recogidas y desarrolladas algunas de sus ideas por el Ministro Fernando de los Ríos.

Dos métodos pueden sustituir al sistema de oposiciones, evitando las consecuencias funestas de éste: uno, el examen periódico del catedrático, que a nuestro parecer es indigno para él mismo, y totalmente desechable, pues es más

(8) Carlos Jiménez Díaz: Problemas de la enseñanza de la Medicina, R. Arbor, número 76, pág. 518.

(9) M. de Unamuno: De la enseñanza superior en España, pág. 64. Semejante parecer es defendido por Angel González en el Idearium español (págs. 135-136) y por C. Jiménez Díaz (ob. cit. págs. 519 y 520).

(10) Piero Calamandrei, en su obra Demasiados abogados (págs. 174 y sigs.) describe el estado del profesorado italiano, y hace una crítica burlesca y despectiva del método de enseñanza que empleaba.

(11) «La Facultad de Derecho de Oviedo afirma que el punto central del problema universitario se halla en la selección del personal docente apto. Y esta selección se viene efectuando en España con un procedimiento absurdo, que naturalmente no se practica en toda la Europa civilizada. No puede negarlo quien tenga una información elemental sobre el asunto.

La Facultad (de Oviedo) sólo denuncia el hecho y lo censura con la mayor dureza» (Proyecto de Reforma en los Estudios Universitarios de Derecho. Presentada por la Facultad de Oviedo. Imprenta «El Carbayón»: 1930, pág. 3; volviendo después a insistir sobre lo mismo en la pág. 8).

perfecto el segundo método, que consiste en la contratación libre del profesorado universitario. El docto profesor Eustaqui Galán (12), se opone a este sistema de contratación libre, aduciendo que es una idea de procedencia «yankee», «incongruente con nuestro clima histórico-espiritual», y que con su implantación se olvidaría en el profesor su formación humanista de la personalidad. Nosotros, no estamos conformes con su opinión; pues en cuanto a lo primero, este sistema, no es incongruente con nuestra historia universitaria, ya que en los tiempos gloriosos de nuestra Universidad, así se cubrían algunas cátedras; y en cuanto a lo segundo, creemos sinceramente, que el actual sistema de oposiciones facilita mucho más que la contratación libre, —si ésta no se adultera—, el olvido de la formación humanista del catedrático.

\* \* \*

Y ahora, después de conocer la situación actual de la Universidad, podemos preguntarnos: ¿Qué es la Universidad? ¿En qué consiste? ¿Cuál es su misión en la sociedad? La mejor definición de Universidad que se dió, por lo completa y concisa, es la que se encuentra en las Partidas: «Ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algún lugar con voluntad e con entendimiento de aprender

---

(12) Eustaquio Galán Gutiérrez: El problema de la llamada formación post-universitaria del abogado y la cuestión de la reforma de la Universidad (R. G. de Legislación y Jurisprudencia, septiembre 1952; separata, página 10). Parecen ser de la misma opinión, aunque no la exponen detalladamente, Rafael Gibert, en su artículo: «Ciencia, Universidad, Ciudad» (R. Nuestro Tiempo, número 6, págs. 27 y 28) y Luis Jiménez de Asua, en su estudio «La metodología docente del D. Penal y la misión de la Universidad (recogido en el Criminalista, tomo V, Buenos Aires 1952, pág. 166); en el cual dice: «Aún en los casos más excepcionales, como el que ahora vivimos, el sistema de profesores contratados no me parece

lo saberes» (13); y sobre ella se calca el concepto legal de la misma, comprendido en el artículo 1.º de la Ley de Ordenación Universitaria de 29 de julio de 1943: «La Universidad española es una corporación de maestros y de escolares a la que el Estado encomienda la misión de dar la enseñanza en el grado superior y de educar y formar a la juventud para la vida humana, el cultivo de la ciencia y el ejercicio de la profesión al servicio de los fines espirituales y el engrandecimiento de España».

Nosotros, siguiendo el concepto de las Partidas, diremos que la Universidad, al ser «ayuntamiento de maestros et de escolares», su existencia radica y su misión consiste en el mutuo conocimiento de los maestros y los alumnos: éstos deben de ver en el maestro, al continuador, al transmisor de la Cultura, cuyo oficio consiste en inculcársela a ellos; y los maestros debieran de conocer a los alumnos, no superficialmente como se conocen hoy día en los exámenes, sino a fondo, observando la inteligencia y la voluntad de cada uno, pudiendo así aconsejarles y dirigirles en sus primeros pasos por la vida. Esto realmente es difícil, casi imposible, pues como dice Corts Grau «el gran problema nuestro, es que la Universidad, proyectada para minorías, está funcionando con masas».

Y esta relación entre maestros y discípulos, surge para que estos «aprendan los saberes» según el sentido de las Partidas, y no para «displayarse los profesores en charlas y lec-

---

el ideal. Salvo que estén previstos de un espíritu generoso, la mayor parte de ellos no enseñarán cuanto saben para evitar que los más aventajados discípulos puedan aprenderlo. Así se hacen indispensables y su contrato se prolonga». Creemos que esto, aunque puede ser una consecuencia del sistema de contratación del personal docente, no tiene la suficiente envergadura como para ser desechado tal sistema: otros inconvenientes, sobre todo en España, de índole económico, darían más que pensar en caso de una posible implantación. Además, esta consecuencia funesta que expone Jiménez de Asua, es debida a un mal funcionamiento del sistema de contratación, y no a una insuficiencia del mismo: con una contratación del personal docente bien llevada, se evitan, además de los defectos del sistema de oposiciones, estas posibles consecuencias.

(13) P. II, tit. XXXI, ley 1.ª

ciones pedantescas, de difícil e infructuosa asimilación por parte de los aprendices de la Ciencia; el maestro debe distinguir en la enseñanza, lo verdadero y necesario, de lo innecesario, probable y meramente posible, que carece de interés, por el momento para el alumno.

Estamos desarrollando lo que Ortega denominaba, como base principal de la instrucción, el principio de Economía en la Enseñanza; el eminente filósofo dice en su ensayo sobre la Misión de la Universidad: «El principio de economía no sugiere sólo que es menester economizar, ahorrar en las materias enseñadas, sino que implica también esto: en la organización de la enseñanza superior, en la construcción de la Universidad, hay que partir del estudiante, no del saber, ni del profesor. La Universidad tiene que ser la proyección institucional del estudiante, cuyas dos dimensiones esenciales son: una, lo que él es: escasez de su facultad adquisitiva de saber; otra, lo que él necesita saber para vivir» (14).

Este mismo principio es también expuesto y defendido por Unamuno y por Marañón (15); pero antes que ellos ya lo había desarrollado Juan Huarte San Juan en su Examen de Ingenios. Nosotros ahora sólo entresacaremos los siguientes pensamientos, que él llamaba diligencias para la enseñanza: «El estudiante debe buscar maestro que tenga claridad y método en el enseñar, y que su doctrina sea buena y segura, no sofisticada ni de vanas consideraciones... estudiar la ciencia con orden, comenzando sus principios, y subir por los medios hasta el fin, sin oír materia que presuponga otra primero... y el estudiante en tanto que aprende, no tenga más que un libro que contenga llanamente la doctrina, y en éste estudie, y no en muchos, porque no se desbarate, ni confunda» (16).

(14) J. Ortega y Gasset: Misión de la Universidad, en El libro de las Misiones. C. Austral, pág. 80.

(15) G. Marañón: Vocación y Ética. C. Austral, pág. 55. Véase también Víctor García Hoz: El libro y la formación universitaria. R. Arbor, número 7, págs. 65 y sgts.

(16) J. Huarte: Examen de Ingenios (C. Austral, pág. 90); G. Marañón

Y este mal de no tener método en el estudio es sufrido por buena parte de nuestra masa estudiantil; muchos estudiantes intentan alcanzar conocimientos demasiado amplios, monográficos, en determinadas materias, sin antes dominar la teoría general y elemental de las mismas; con lo que no consiguen lo que procuraban, ni logran nada positivo, pues no llegan a asimilar lo más fundamental, que son los conceptos básicos, sencillos y claros.

Y concretamente, ¿cuál es la misión de la Universidad? Nosotros, abandonando la enumeración de las funciones propias de la Universidad, hecha en el artículo segundo de la Ley de Ordenación Universitaria, por su demasiada amplitud; y los sistemas de los fines de la Universidad, que hacen Lain Entralgo, en su Político Universitario, y José Corts Grau, por encontrarlos excesivamente desmenuzados, tal vez con afán de originalidad; nosotros, digo, seguimos a Ortega y Gasset, quien al hacerse esta misma pregunta, escribe sencillamente: «La enseñanza universitaria nos parece integrada por estas tres funciones: I. Transmisión de la Cultura; II. Enseñanza de las profesiones; III. Investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia» (17).

Estos fines de la Universidad, necesitan estar jerarquizados; y todos los escritores de temas universitarios coinciden en que el orden valorativo tiene que hacerse del modo siguiente: Primero, formar al estudiante mediante la enseñanza de la Cultura y el moldeo de su criterio; después enseñarle las diferentes profesiones, que constituyen la base de las Facultades universitarias; y por último, crear nuevos investi-

---

comenta estos pasajes recogidos en *Tiempo viejo y Tiempo nuevo* (C. Austral, págs. 144-146). Es interesante en este aspecto la cita que «Azorín» hace del libro *Práctica de los ministerios eclesiásticos*, de Pedro de Mercado; dice éste: «Cuide, el maestro, de que los discípulos le pregunten sus dudas; y cuando le preguntaren, respóndales con afabilidad, porque si se desabren con las respuestas, no se atreverán a hacerle preguntas; y en no preguntando se quedarán con sus ignorancias». (J. Martínez Ruiz: *Una Hora de España*. C. Austral, pág. 158).

(17) J. Ortega y Gasset: *Misión de la Universidad*, ob. cit. pág. 70

gadores, que continúen trabajando en el progreso de la Civilización.

Estudiemos ahora cada uno de estos fines de la Universidad.

\* \* \*

### I. Transmisión de la Cultura.

Fin primordial de la Universidad, un tanto olvidado hoy en sus enseñanzas, es este de la transmisión de la Cultura. Y ¿qué se entiende por cultura? Ortega nos dice que, cultura «es el sistema de ideas vivas que cada tiempo posee. Mejor: el sistema de ideas desde las cuales el tiempo vive» (18). Y este conjunto de ideas, de pensamientos y de soluciones dadas a los problemas vitales, no lo podemos intuir nosotros de buenas a primeras, sino que es un legado que recibimos de la Historia, y que aprovechamos, siempre que responda a nuestros problemas, para dar forma a nuestra vida actual, la de cada momento. Como dice Ortega y Gasset, «la casi totalidad de esas convicciones o «ideas» no se las fabrica robinsonescamente el individuo, sino que las recibe de su medio histórico, de su tiempo. En éste se dan, naturalmente, sistemas de convicciones muy distintos. Unos son supervivencia herrumbrosa y torpe de otros tiempos. Pero hay siempre un sistema de ideas vivas que representa el nivel superior del tiempo, un sistema que es plenamente actual» (19).

Nuestra época actual, está atravesando un período de terrible incultura; y esto no es lo peor, sino que lo más terrible es que se está tomando y creyendo por verdadera cultura, lo que no pasa de ser una cultura tergiversada y sin só-

---

(18) J. Ortega y Gasset: Misión de la Universidad, ob. cit. pág. 92.

(19) J. Ortega y Gasset: Misión de la Universidad, ob. cit. pág. 95.

lidos fundamentos; en una palabra lo que X. Zubiri (20) llama semicultura; y cuyos caracteres son: desubstantiación de las ideas más delicadas, usarlas sin la previa reelaboración y la reposada asimilación personal; standardización de las mentes; temerosa facilidad de la mentalidad ambiente para ser influida por la Prensa; y finalmente, falsa sensación cultural. Y frente a esta semicultura, y dada la importancia decisiva y vital de la educación de la juventud en los tiempos presentes, según frases de Pío XII (21), se debe de levantar la Universidad, imbuyendo en la masa estudiantil una verdadera y auténtica cultura, que esté arraigada en el dogma cristiano, y que responda a los problemas actuales del mundo.

La Universidad, como su nombre indica, tiene que ser el centro docente, donde se estudien todas las ramas del saber; el centro docente, donde se aprendan las humanidades, en el sentido que tenían en la época medieval, aunque aquella amplitud con que abarcaban todas las materias sería imposible de conseguir hoy; el centro docente, donde se expusiesen y criticasen todas las culturas que surgieron en la Historia del mundo. Sin embargo, partiendo de aquella idea básica, el principio de economía en la enseñanza, y considerando que la cultura consiste en las convicciones que en cada época y en cada país o nación se toman como auténticas, nosotros creemos que en la Universidad española debe de inculcarse una cultura totalmente cristiana, que es la cultura de Occidente, y además la netamente española, la única que se produjo en nuestra Patria.

Una de las mejores virtudes, sin duda, de nuestro Movimiento Nacional Sindicalista, está en armonizar su doctrina a los postulados de la religión católica, incorporando su sentido a la reconstrucción nacional; idea que se plasmó en el Punto XXV de la Falange y que se encuentra en el artículo

(20) X. Zubiri: *Naturaleza, Historia, Dios*. Madrid 1944. En el trabajo «Nuestra situación actual» (págs. 19-50, especialmente en la pág. 27, en donde sienta sus conclusiones; y en las págs. 42-43, al encontrar la solución al caos intelectual de nuestro tiempo en la «religación».

(21) Discursos y radiomensajes de S. S. Pío XII. Tomo I, pág. 395.



3.º de la Ley de Ordenación Universitaria, que se expresa así: «La Universidad, inspirándose en el sentido católico, consustancial a la tradición universitaria española, acomodará sus enseñanzas a las del dogma y de la moral católica y a las normas del Derecho canónico vigente». Y esto no es cosa que se comience a decir ahora por nuestros políticos actuales, sino que ya antes, aunque sólo individualmente, como postura personal de escasa consistencia y limitado influjo, sin llegar nunca a constituir e informar un movimiento político —, algunas de las personas más alejadas de la religión católica, pero que tenían una gran sinceridad, veían la necesidad de unir el sentido religioso a la Universidad española. Una de estas posiciones fué la de Unamuno (22), como se podrá deducir de sus palabras, con las que responde mucho mejor que Ortega a lo que es la cultura española, pues éste en realidad no se plantea el problema esencial de cuál es la cultura concreta, propia, que la Universidad española debe transmitir. Las palabras de Unamuno, tomadas de su ensayo sobre la Educación, totalmente en consonancia con su posición intelectual en sus comienzos; pero muy sinceras y auténticas después, son las siguientes: «Preguntáronme... qué opinaba respecto a la enseñanza de la religión, y respondí que era partidario de ella por espíritu liberal. Es indudable que la religión católica, ha influido y sigue influyendo en el modo de

---

(22) Otro profesor español que defendió la supremacía de la religión en la educación, fué Leopoldo Alas «Clarín», a pesar de ser tildado de extremadamente naturalista. Al criticar el libro de V. Díaz Ordóñez: *Unidad católica*, decía: «yo no concibo un buen español, reflexivo, que se considere extraño al Catolicismo por todos conceptos... Mi historia natural y mi historia nacional me atan con cadenas de realidad, dulces cadenas, al amor del Catolicismo... como una obra humana y como una obra española» (publicado en *Ensayos y Revistas*, Madrid 1892, pág. 204). Y en el discurso sobre «La religión y la enseñanza», contiene el laicismo y propugna la construcción «del edificio espiritual de la futura España regenerada, resucitada, mediante una educación y una enseñanza inspiradas en el ideal más alto, pero llenas de la vida moderna». Menéndez Pelayo le escribe una carta en la que dice que su discurso «es de lo más valiente, sincero y ponderado que he visto en materia de pedagogía inovisísima». (Véase Adolfo Alas: *Epistolario a Clarín*, Madrid 1941, págs. 27 y 176).

ser, de vivir, de pensar y de sentir del pueblo, tanto o más, —creo que mucho más—, que su lengua, su legislación, su historia, etc., etc. Y si hemos de conocernos y de conocer al pueblo en que vivimos ¿hemos de desdeñar el estudio de ese elemento? La profunda ignorancia que en asuntos religiosos nos aqueja, es la causa capital de los más de los males, —de los que lo sean—, que lamentan y combaten los que a la enseñanza de la religión se oponen, con más los males que a estos mismos oponentes aquejan», (23). Con razón decía Manuel García Morente que «la tragedia del heterodoxo español es la tragedia del hombre que no quiere ser católico y no puede dejar de serlo» (24).

Y la Universidad española, si quiere cumplir auténticamente su misión, debe de transmitir a las masas estudiantiles, esa cultura cristiana, no solamente, porque la Religión católica es la única verdadera, mediante la cual tenemos que salvarnos (25), —y ello ya es bastante—, sino porque el espíritu cristiano desde S. Isidoro, y a través de toda la Reconquista, se fué infiltrando en el modo de ser español, de tal forma que este modo de ser, no tiene existencia auténtica, aislado de las esencias cristianas. Exponen magníficamente esta idea de unidad entre el espíritu español y la religión católica. Eugenio Montes (26), José Cortés Grau (27) y Ri-

---

(23) M. de Unamuno: *La educación; Ensayos*. Aguilar. Tomo I, página 327; sirvió de prólogo a la obra del mismo título del argentino Bunge, para quien la enseñanza de la religión carecía de interés.

(24) M. García Morente: *El Pontificado y la Hispanidad*, en *Idea de la Hispanidad*, 3.ª edición, pág. 115.

(25) De gran importancia son las palabras de Pío XII pronunciadas en torno a este tema y recogidas en *Discursos y radiomensajes de Su Santidad Pío XII*; tomo I, pág. 137; y tomo III-I, pág. 58. Para tener una visión completa sobre el pensamiento de Pío XII acerca de los problemas universitarios, véase el libro editado por la Acción Católica «*El Papa y los intelectuales*».

(26) E. Montes: *Discurso a la catolicidad española*, C. o crece o muere, páginas 12 y 19.

(27) J. Cortés Grau: *Motivos de la España eterna*; págs. 28 y 29.

cardo León (28); pero el que mejor ha concebido esta idea crucial de la existencia del ser español, fué el virtuoso sacerdote y gran universitario M. García Morente; cuyas son estas palabras: «La hispanidad es consustancial con la religión cristiana... gozamos de un privilegio único en el orbe: el de que nuestra naturaleza nacional se identifique con nuestra espiritualidad religiosa. Español y católico son sinónimos. En ningún otro lugar de la tierra sucede otro tanto» (29). «España está hecha de fé cristiana y de sangre ibérica. Por eso entre la nación española y la religión católica hay una profunda y esencial identidad» (30).

¿Qué hace la Universidad española en cuanto al cumplimiento de esta misión, específicamente suya, de la transmisión del espíritu cristiano, que es inseparable de la cultura española? Y entiéndase que por la enseñanza de la religión en la Universidad, no comprendo únicamente la enseñanza que de la misma se hace a través de sus asignaturas complementarias, pues esta enseñanza es un perfeccionamiento de aquella religión viva, que se nos inculcó en el hogar, y que estudiamos teóricamente en la Segunda Enseñanza; no, la enseñanza de la religión en la Universidad española, no debería de consistir en esto solamente, sino en vitalizar este espíritu cristiano en la enseñanza de muchas de nuestras instituciones, que por razones diferentes carecen de él, y en armonizar nuestras ideas, nuestra filosofía, nuestra literatura y en general nuestra conducta social con las esencias cristianas. Esta es la auténtica labor del intelectual, del universitario católico

(28) R. León: *La voz de la sangre* (O. C. Gil Blas. Renacimiento. Tomo XI, págs. 46, 77 y 78) y *Los Caballeros de la Cruz* (O. C. editada por el Banco de España, 1915. Tomo VIII, págs. 21, 44 y 99-100). También: Jesús Arellano, en *Nuestra generación universitaria y la vida española actual*, R. Arbor, número 79-80, página 297.

(29) M. García Morente: *El Pontificado y la Hispanidad*, ob. cit., página 114.

(30) M. García Morente: *Ideas para una Filosofía de la H.<sup>a</sup> de España*, ob. cit. pág. 217. En el extranjero, el aelmán Karl Vossler, captó maravillosamente la esencia de nuestro espíritu nacional. (Algunos caracteres de la cultura española, C. Austral, págs. 16, 29, 61 107 y 111-112).

y español (31). Yo, no soy nadie para dar una opinión; lo suficientemente sólida, sobre la labor de nuestra Universidad en este aspecto, pero personas más autorizadas dicen que en la enseñanza actual, de los tres pilares que sostienen la Civilización occidental, que son: la cultura griega, el orden romano, y la ética judaico-cristiana, solamente se estudian con amplitud los dos primeros, olvidándose un tanto del último y más importante, el soporte esencial de nuestra Civilización: el Cristianismo.

Y sin embargo la misión de la Universidad actual está en la tarea de armonizar el saber científico y la fe religiosa en el alma del intelectual; en prestar eficaz ayuda al Cristianismo, para que éste logre la asunción de la ciencia moderna, tanto la natural como la histórica, pues como dice D. Ramón Prieto Bances, en su magistral obra *El mensaje de la Cruz de los Angeles* (32), el único camino que puede salvar al mundo, es el del Evangelio.

---

(31) El P. López Ortiz en su libro «La responsabilidad de los universitarios», dedica un capítulo a la Enseñanza de la religión, en el cual capta maravillosamente cómo debe realizarse la educación religiosa; se puede encerrar su pensamiento en estas palabras: «no es tan sólo un problema de conocer, sino también de vivir» (págs. 39-40); en el cual se aúnan aquellas dos facetas del Cristianismo que Juan de Zaragoza desarrolló en su estudio: el Cristianismo como doctrina de vida y como vida. Es necesario y transcendental el darse cuenta de que en la Universidad la religión no debe de ser una asignatura postergada y separada de las restantes, sino la que informe a todas las demás. Compartimos las ideas tan sanas como vitales del Obispo de Tuy, que en torno a este punto son desarrolladas en otros capítulos del libro: ¿Catolicismo progresista? (págs. 59 y ss.) y Crítica religiosa (págs. 113 y ss.). Sobre este tema de la enseñanza religiosa véase también: Julio Rosado: La enseñanza universitaria de la religión. *R. Arbor*, número 112, págs. 555 y ss.; e Isidoro Martín: La educación católica y el Concordato, *R. de la Facultad de Derecho de Oviedo*, número 71, diciembre 1954, especialmente págs. 35 y 36.

(32) R. Prieto Bances: *El mensaje de la Cruz de los Angeles*, página 123; y *La «palmada»* en Asturias, *R. Arbor*, diciembre de 1955, pág. 424. Es interesante el pensamiento de Karl Vossler, para quien el estilo español del Siglo de Oro, que no ha muerto, es lo único que, en contacto con el adelanto científico de los tiempos modernos, puede salvar la Cultura occi-

Esta cultura que tiene que transmitir la Universidad, constituye el material espiritual con el cual se va forjando la vida, tanto individual como social; el material espiritual con el cual se van solucionando los problemas vitales. ¿Mas la misión de la Universidad consiste sólo en acercarnos e inculcarnos esa cultura, o por el contrario tiene que intervenir, además, presentándonos soluciones auténticas a los problemas actuales? En una palabra ¿la Universidad debe de tener una preocupación política? Nosotros creemos que la Universidad, sin llegar a ser el foco de donde irradian todos los movimientos políticos, como fué la española en el siglo XIX (33), debe de ocupar su puesto en la cabina de mando, dirigiendo nuestra política; intervención de que estamos muy necesitados en esta época en que la sociedad se encuentra influida grandemente por la Prensa, que es la encarnación de la semicultura. Este era el pensamiento de Ortega, expuesto en su libro *la Misión de la Universidad* (34). Y ésta es la opinión de José María García Escudero, desprendida de sus palabras: «la Universidad debe de convertirse en antena sensible de las grandes preocupaciones nacionales; debe de estar políticamente alerta» (35) y de Antonio Tovar, que quiere que «la Universidad sea la palestra donde os ejercitéis contra los males de la Patria, que hasta ahora no han sido suficientemente combatidos».

---

dental. En el rejuvenecimiento de España, y de su Siglo de Oro, ponía toda su esperanza. (Algunos caracteres de la cultura española, *C. Austral*, págs. 96, 99, 116, 137 y 159). Véase también Alexander Parker: *Valor actual del Humanismo español*. (C. o crece o muere, pág. 34).

(33) Durante la guerra de la Independencia, los maestros y alumnos de la U. de Oviedo lucharon valerosamente contra el invasor; pero después con el levantamiento de Riego, se significaron en contra del régimen absolutista, por lo que fué clausurada por orden de Fernando VII. (Véase Fermín Canella Secades: *Historia de la Universidad de Oviedo*, 1903, páginas 167 y ss., 170 y 172; y F. C. Sainz de Robles: *Esquema de una Historia de las Universidades españolas*, 1944, págs. 222 y 223).

(34) J. Ortega y Gasset: *Misión de la Universidad*, ob. cit., páginas 109 y 111.

(35) J. M.<sup>a</sup> García Escudero: *España pie a tierra*, pág. 235.

Otra de las funciones de la Universidad, íntimamente ligada con la transmisión de la cultura, es la formación del criterio del estudiante. Se necesita formar, es decir, enseñar la **profesión** de hombre, que era para lo que el Cardenal Newman pedía «no información, sino formación» y hacía lo que tiende el lema clásico de la Universidad inglesa: «no tanto inculcar ideas comunes, como mentalidad común». Nuestro gran universitario M. García Morente, resumía esta función de la Universidad en estas pocas palabras: «Nuestra Universidad... tiene que ser fábrica y no almacén»; fábrica de auténticos hombres, de verdaderos caballeros cristianos, siguiendo el tipo ideal de español que intuyó el virtuoso sacerdote y gran pensador (36).

¿Y qué medios tiene la Universidad para conseguir plenamente estas funciones? Ortega, viendo que la Universidad de su tiempo no cumplía con su principal finalidad, con su cometido esencial, forjó la idea de crear una Facultad de Cultura, que fuese el núcleo de toda la enseñanza superior; mas esta Facultad de Cultura, que en sí es envidiable, según Lain Entralgo «no resolvería idóneamente el problema tan certeramente expuesto por su inventor». Para conseguir plenamente esta misión, a nuestro parecer, en la Universidad debe de realizarse por parte de los profesores un trato más íntimo con los estudiantes, siguiendo las palabras edificantes de S. S. Pío XII: «No hay duda que la confianza y la estima recíprocas, favorecen la obra educadora más eficazmente que cualquier otro método, convirtiendo a la escuela en una segunda familia, donde el efecto respetuoso sustituye con éxito a la severidad y facilita la tarea del maestro y del alumno» (37). Esta es la única vía, el único camino posible, por

---

(36) M. García Morente: *Idea de la Hispanidad*: II El caballero cristiano, especialmente pág. 60.

(37) Palabras dirigidas por Pío XII el día 26 de febrero de 1957 a los componentes del Liceo Gimnasio «Visconti» de Roma. Este mismo pensamiento es desarrollado y mantenido por el P. López Ortiz; cuyas son estas palabras: «La actuación paternal en sus últimos años necesita una mayor lucidez de abnegación: es precisamente disponer al joven para

el que vemos debe dirigirse toda reforma de nuestra Universidad; toda reforma que intente alcanzar un resultado amplio y duradero, que pretenda encauzarla hacia su plena misión educativa. Hoy día esta convivencia está realizándose y tomando vida en varias actividades e instituciones complementarias de la Universidad: en los Campamentos, en los Albergues, en los Hogares del S.E.U. y sobre todo en los Colegios Mayores, a los cuales, según Fernández-Miranda, les incumbe la tarea de «forjar el hombre católico español, capaz de ofrecer al mundo el nuevo estilo de ser hombre de veras» (38).

\* \* \*

## II. Enseñanza de las profesiones.

Además de formar hombres cultos y con criterio, la Universidad debe de enseñar cuanto en los órdenes científico y técnico se necesite para el normal ejercicio de las profesiones a ella correspondientes; de la Universidad tienen que salir buenos abogados, buenos médicos, buenos químicos..., y pa-

---

poder prescindir del apoyo paterno. Así debe ser también la de la Universidad; se crean entonces vínculos nuevos no menos firmes y ciertamente más duraderos»; «El magisterio lleva consigo sacrificar al discípulo nuestro tiempo, colaborar con él, animarle y sostenerle, preocuparnos un poco de su vida, de su alma» (La responsabilidad de los universitarios. Biblioteca del pensamiento actual. Madrid 1956, págs. 26 y 152-153). En este aspecto, Unamuno, como ya expusimos en nuestro trabajo: «Una postura universitaria ante Miguel de Unamuno», se nos presenta como un auténtico maestro universitario, aunque nuestro pensamiento esté muy ajeno a la idea de proponerlo como ejemplo para todo maestro universitario; podemos ver esta cualidad en su ensayo la Educación (Ensayos, Aguilar, tomo I, pág. 333) cuando dice: «procuro en mi cátedra, no sólo enseñar la materia que me está encomendada, sino disciplinar y avivar la mente de mis alumnos, obrar sobre cada uno de ellos, hacer obra pedagógica»; y especialmente en el artículo Sobre la carta de un maestro (Ensayos, Aguilar, tomo II, págs. 1.133 y 1.137).

(38) T. F. Miranda: Inventemos los Colegios Mayores (Alcalá 10-III-1952).

ra ello su instrucción, tiene que acomodarse al principio de la economía en la enseñanza: enseñando únicamente lo que el estudiante va a necesitar cuando abandone sus aulas y se enfrente con la vida.

Mas esta misión de enseñar las profesiones, no puede ejercitarla la Universidad, olvidando totalmente la otra de la transmisión de la cultura, pues entonces perdería su razón de ser y nuestras Facultades universitarias, se convertirían en Escuelas Especiales. En nuestra época la Ciencia ha llegado a un progreso tal, que nadie puede abarcar todas las ramas del saber; y por lo tanto, para que la Civilización siga avanzando, se impuso la necesidad del especialismo; se necesitó dividir la Ciencia en partes, para así poder abordarla; mas los hombres de ciencia, al dedicarse plenamente a una de sus ramas, olvidan totalmente las restantes, y no aciertan a centrar sus conocimientos e investigaciones en el ámbito general de la Ciencia: son unos auténticos hombres-masa, como dice Ortega (39).

La Universidad, no tiene que preocuparse de esta situación actual de la Ciencia, y de los intelectuales que se dedican a hacerla progresar, o simplemente a aplicarla; y frente al tipo de bárbaro que sabe mucho en una determinada materia, en su especialidad, debe «de criar y depurar», —como escribe Ortega—, un tipo de talentos específicamente sintetizadores» (40), cuya misión consiste en la concentración y simplificación del saber.

La existencia de la Universidad, como centro docente superior, radica en saber hermanar y conjugar estas dos misiones: la transmisión de la cultura y la enseñanza de las profesiones. Y mientras la Universidad inglesa, fiel a su lema, consigue plenamente su misión; la Universidad francesa, se encuentra al borde de su desaparición, pues como dice J. L. Dumontier-Béroulet, «ya no forma a hombres, sino a técnicos, a especialistas, cuya principal preocupación muy a

---

(39) J. Ortega: La rebelión de las masas; cap. La barbarie del «especialismo».

(40) J. Ortega: Misión de la Universidad, ob. cit. pág. 101.



menudo, consistirá en «ganarse la vida» según el concepto más material de la expresión» (41). El estado de la masa estudiantil francesa, cuya Universidad está excesivamente recargada de materias y totalmente olvidada de la formación cultural, se muestra palpablemente en los grandes carteles que aparecen colgados de los muros de la Sorbona, en los que se lee: «Ne vous drogez pas», es decir, no os drogáis (42); pero el camino para salvar a los miles de estudiantes parisiños, existencialistas, que se lanzan a la vida bohemia por la perturbación mental que sufren, no consiste en fijar en la Universidad esos letreros, sino en reformar ésta, en su esencia, haciendo que en ella, se adquiriera más formación que información. Estas son las consecuencias de la Universidad, que se olvida de orientar y dirigir a la juventud, formándole su criterio.

\* \* \*

III. Investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia (43).

Además de las anteriores funciones, la Universidad tiene que cumplir otra misión, la más secundaria, que consiste en

(41) J. L. Dumontier-Béroulet. La Universidad francesa en crisis (Alcalá 10-1-54).

(42) Javier de Eguía: Crónica de París (Región 27 de julio de 1956).

(43) En las páginas de la Revista Arbor se desarrolló una polémica sobre el tema, tan discutido, de la investigación en la Universidad. Primeramente fué José Luis Pinillos (Crónica cultural española, en el fascículo julio-agosto de 1949), quien mantuvo la separación radical de la labor investigadora de la institución universitaria. Después Alvaro d'Ors (Universidad e investigación, en el número 45-46, pág. 72), expuso sus ideas, situándose en el extremo contrario: creía que el alumno que no tropezase en la Universidad con un maestro investigador, difícilmente podría llegar él a ser investigador, y consideraba la investigación como el fin más trascendente de la Universidad. Y por último, intervino en la polémica Luis Sánchez Agesta (La investigación y los fines de la Universidad, en el número

suscitar y confirmar vocaciones científicas; forjar nuevas promociones de investigadores, que contribuyan en el adelanto de la Civilización. Pero en la realización de esta función, la Universidad tiene que proceder con mucha destreza, seleccionando a los mejores estudiantes, que se sientan con verdadera vocación; y no dándosele, en la Licenciatura, más importancia de la que tiene, pues de mucho más interés son las otras dos funciones, ya reseñadas: la transmisión de la cultura y la enseñanza de las profesiones. Como dice Ortega: «Ha sido desastrosa la tendencia que ha llevado al predominio de la «investigación» en la Universidad. Ello ha sido la causa de que se elimine lo principal: la cultura. Además ha hecho que no se cultive intensamente el propósito de educar profesionales ad hoc» (44).

Y la enseñanza que se recibe en la Universidad, ¿es capaz de suscitar vocaciones científicas? Creemos que la carencia de investigadores en España radica, además de la falta de entusiasmo de la juventud por estos estudios, en la insuficiencia de la enseñanza universitaria para la instigación de nuevas tareas científicas. Nadie como Unamuno se dió cuenta de este grave defecto de nuestra instrucción; dice él: «o el libro mata a la cátedra, o ésta se convierte en lo que llaman los alemanes un seminario... Pero el seminario es un laboratorio de ciencia, y nuestra Universidad no suministra ciencias, sino asignaturas que es cosa muy distinta... Y, ahora bien, ¿qué es una asignatura? y él se contesta: algo asignado, señalado, determinado de antemano, y algo a la vez por

---

50, págs. 195-196; y la Universidad y la enseñanza del Derecho, en el número 59, págs. 229-230), quien manteniéndose en una posición ecléctica, parece, a nuestro humilde juicio, enfocar mejor el problema, dándole una solución más satisfactoria; dice: «la investigación no puede comprenderse sino como uno entre los varios fines de la Universidad, y casi si se me apura, como un instrumento para su fin esencial. Como tal instrumento debe sin duda poseerlo el profesor y sólo el investigador puede ser un buen maestro» Véase también aportando su solución a esta debatida cuestión: J. Juanini Cuesta: Las Universidades y la investigación, R. Arbor, número 50, págs. 197 y ss.

(44) J. Ortega y Gasset: Misión de la Universidad, ob. cit. pág. 89.

lo que se percibe asignación. Es la ciencia oficial o enjaulada; es, en una palabra, ciencia hecha» (45).

Para conseguir esta función de la Universidad, que no es de las que más preocupación debe de causar, tendrían que seguirse en la enseñanza, las palabras de M. García Morente: «La Universidad es fábrica y no almacén» o las del insigne maestro salmantino: «¡Taller, y no bazar de ideas! Las cátedras, fecundos laboratorios y no mostradores en que se expende una hora de lección al día» (46).

\* \* \*

Esbozada a grandes pinceladas, tal vez todas ellas mal dadas, ésta es la misión de la Universidad: nuestra Universidad debe de transmitir la cultura cristiana, que es también la española; debe de enseñar suficientemente las profesiones a ella encomendadas; y debe de formar auténticos investigadores, aunque esto sólo en aquellos que sientan una honda vocación.

Mas esta misión de la Universidad es muy grave, y no puede conseguirse solamente con bellas frases, aunque sean sentidas; y mucho menos con los rutinarios tópicos. No, el resurgimiento de nuestra Universidad, para que se imponga a los tiempos actuales **de incultura, y logre el esplendor** de la del Siglo de Oro, está en nuestras manos: en las de los Profesores, principalmente, y en las nuestras los alumnos; y el medio para lograr este centro ideal de enseñanza superior, es sólo uno y, muy duro: el trabajo.

FERNANDO INCLÁN SUÁREZ  
ALUMNO DE LA FACULTAD

---

(45) M. de Unamuno: De la enseñanza superior en España, ob. cit., páginas 55-56. También sobre esto véase J. Ortega: Sobre el estudiar y el estudiante, O. C. Tomo IV, págs. 551-552.

(46) M. de Unamuno: De la enseñanza superior en España, ob. cit. pág. 86.

INDICE DEL VOLUMEN CUARTO

1937

1937

# INDICE DEL VOLUMEN CUARTO

AÑO 1956

## I TRIMESTRE N.º 76

### SECCION DOCTRINAL

Problema del albaceazgo, por Manuel Albaladejo ... .. 7

Breve ensayo sobre las directrices del pensamiento filosófico jurídico del racionalismo, idealismo y positivismo, para la formación del concepto de derecho, por Juan Manuel Pascual Quintana 25

Supuestos de la división del dominio en el Código Civil, por Alfredo García-Bernardo Landeta ... .. 83

### BIBLIOGRAFIA

#### RECENSIONES Y NOTICIAS

##### D. Administrativo

Derecho Procesal Administrativo, de J. González Pérez 129

El dominio público, su naturaleza jurídica, de S. Alvarez Gendín ... .. 132

### REVISTA DE REVISTAS

#### Revista Penal de la Habana

El Código Penal de Yugoslavia, por José A. Martínez 135

Los delitos internacionales, medidas para combatirlos, por Luis Giménez de Asua ... 136

#### Revista de Derecho Notarial

El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos, por Manuel de la Cámara Alvarez ... .. 138

Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho Romano, por Pablo Fuenteseca ... 141

#### Revista Española de Derecho Canónico

De relatione homosexualitatis ad Matrimonium, por Oesterle. 142

Las colecciones canónicas en función de autenticidad, universalidad y unificación del Derecho, por R. Losada Cosme ... ..	142
Pecados reservados en el Derecho Particular anterior al Código en las diócesis que pertenecieron en la Corona Española, por López Illana ... ..	143
Los matrimonios civiles y el delito de bigamia, por León del Amo ... ..	143
La prórroga de la Competencia judicial y el fuero de la	

conexión, por Cabrerós de Anfa ... ..	144
La unificación interna del derecho y las colecciones anteriores a Graciano, por Losada Cosme ... ..	145
Las causas de separación temporal por amencia, por Eudoxio Castañeda ... ..	145

## II Político

Come votano le done in France, por M. Dogan ... ..	146
--	-----

## II TRIMESTRE N.º 77

### 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. Miaja 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

#### RECENSIONES Y NOTICIAS

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 ... ..	274
Curso de Economía Moderna, de Paul A. Samuelson ... ..	278

**SECCION DOCTRINAL**

Nomografía romanística, por Carlos Sánchez del Río y Peguero ... ..	289
El problema de las lagunas del ordenamiento constitucional, por Pablo Lucas Verdú ... ..	315
Estudio sobre la prestación personal y del transporte en la ley de régimen local, por Juan Luis de la Vallina Velarde ... ..	343

**JURISPRUDENCIA**

**AUDIENCIA TERRITORIAL DE OVIEDO**

Recursos de suplicación en procesos sobre arrendamientos urbanos, por don Luis Alvarez ... ..	381
---	-----

Sentencia 17-11-1956, ponente Sr. Díaz Faes ... ..	382
Sentencia 13-11-1956, ponente Sr. Llopis Peñas ... ..	385
Sentencia 23-11-1956, ponente Sr. del Casero ... ..	388
Sentencia 26-11-1956, ponente Sr. Alvarez, don Luis ... ..	393
Sentencia 5-12-1956, ponente Sr. Diéguez ... ..	396
Sentencia 4-12-1956, ponente Sr. Llopis Peñas ... ..	399
Sentencia 11-12-1956, ponente Sr. del Casero ... ..	401
Sentencia 18-12-1956, ponente Sr. Díaz-Faes ... ..	403
Sentencia y estudio de Resoluciones de la Dirección General ... ..	408

**SECCION DOCTRINAL**

La guerra civil y el Derecho Internacional, por M. Aguilar Navarro ... ..	429
Criterio sobre las incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, según el decreto-ley de 13 de mayo de 1955, por Sabino Alvarez Gendín ... ..	463

Problemática del poder (Especial referencia a la doctrina	
---	--

de H. Laski), por Bernardo Zulaica ... ..	473
Valor actual del Derecho Privado, por Manuel Iglesias Cubría ... ..	499
Para una determinación del concepto de Derecho Real, por Alfonso Gómez-Morán Etchart ... ..	541

**VIDA DE LA FACULTAD**

La misión de la Universidad, por Fernando Inclán Suárez	563
---	-----