

# V A R I A

## EL ESTABLECIMIENTO DE UNA JUSTICIA NACIONALSOCIALISTA

El nombramiento del nuevo Ministro de Justicia alemán, doctor Georg Thierack, contiene la orden del Führer de edificar una justicia nacionalsocialista. Las revistas jurídicas alemanas atribuyen a este acontecimiento una capital importancia. He aquí un pasaje de las palabras introductoras del *Deutsches Recht* (1942, núm. 37/38), tituladas "La hora de la prueba": "Por los decretos del Führer se puso término a la ausencia de una dirección en la esfera de la Justicia. La ocupación definitiva del Ministerio imperial de Justicia por uno de los más altos Magistrados del Imperio echó por tierra los rumores sin sentido referentes al sino de la Justicia o—mediante una equiparación equivocada—a la suerte del Derecho. Por medio sólo de la nueva dirección hemos superado el punto álgido de la crisis. Se ha creado un nuevo campo magnético, en torno del cual se reúnen los guardianes nacionalsocialistas del Derecho, para llevar a cabo nuevos esfuerzos. Los defensores del Derecho tienen sobrado motivo para saludar a la nueva dirección llenos de confianza. Los poderes especiales para la construcción de una Justicia nacionalsocialista expresan la confianza que el mismo Führer brinda al nuevo Ministro imperial de Justicia. El Ministro y el Subsecretario han trabajado durante años como altos Magistrados del Imperio, han soportado las preocupaciones y la responsabilidad de esta gran profesión en años difíciles y con plena conciencia, y conocen la Justicia por su actividad en puestos políticos de la periferia de la jurisdicción: el Tribunal Popular y la Corte de Presas en Hamburgo. El Ministro, lo mismo que el Subsecretario, se tenían que enfrentar, como Magistrados prácticos y como miembros de la administración de justicia, con magnas tareas, y las resolvieron. Con la ocupación unitaria del Ministerio de Justicia del Imperio, de la Asociación de los Guardianes Na-

cionalsocialistas del Derecho, y de la Academia del Derecho Alemán, ha conseguido, también en esta esfera de la vida popular, la unidad del Partido y del Estado, y además la unidad de práctica e investigación, de justicia y de dirección sindical" (l. c., pág. 1.250).

No causa asombro que tamaño acaecimiento ha provocado numerosos artículos sobre la estructuración de la apetecida Justicia nacionalsocialista. Resumamos a continuación dos de dichos escritos programáticos, como botones de muestra.

El Subsecretario del Ministerio de Justicia imperial, doctor Curt Rothenberger, publica en la revista *Deutsche Justiz* (1942, págs. 565 y siguientes), "Los primeros pensamientos sobre la construcción de una Justicia nacionalsocialista". La actual guerra será la primera en la que el Derecho, en lugar de la fuerza, se impondrá. No obstante, el Derecho tiene que adaptarse a las necesidades de la guerra. Quien, como jurista de la anticuada tradición, lloriquee sobre ello o hasta se resigne, o quien levante el grito al cielo a causa de la supuesta ausencia de Derecho o de seguridad de Derecho, carece de comprensión de la situación política e histórica. Mas todo ello no es obstáculo a que ya se prepare lo por venir. El Juez ha desempeñado, en todos los Imperios florecientes, un papel especial: así, en el Imperio romano e inglés. En marzo de 1939 adoptaron en Viena el Fascismo italiano y el Nacional-socialismo alemán, entre otras, las siguientes tesis: "El Juez, a diferencia de otros funcionarios, deriva su autoridad directamente de la dirección del Estado" (tesis 5.<sup>a</sup>): "en la organización de ambos Estados, el Juez ocupa un puesto especial entre los funcionarios del Estado" (tesis 8.<sup>a</sup>). En este sentido habló el Duce, en su discurso del 6 de mayo de 1942, de la "misión verdaderamente sagrada" de la Justicia. El Juez está sometido al Führer, como Magistrado supremo del Imperio alemán. Por tanto, cada Juez debe juzgar como si juzgara el mismo Führer, o sea basándose exclusivamente en principios jurídicos nacionalsocialistas. Por otro lado, el Juez no está sometido sino al Führer; ningún otro funcionario debe darle órdenes referentes al ejercicio de la Justicia. Los Jueces alemanes encarnan altos valores morales. Sin embargo, nos encontramos con una crisis de la Justicia de un tamaño hasta ahora nunca conocido. Este hecho aparentemente contradictorio se explica por dos causas: 1), en las tareas modificadas y dificultadas, provocadas por el tránsito a una nueva época y atribuidas por el legislador nacionalsocialista al Juez: 2), en el hecho de que el desarrollo histó-

rico del Juez alemán, su educación y su elección han hecho surgir un tipo humano y una manera de pensar inadecuados a estas tareas reformadas. En la época liberal se trataba de la *interpretación de las Leyes*; hoy hemos de *hallar el Derecho*. Y no sólo eso: además, el Juez debe *crear Derecho*. La recepción del Derecho romano había determinado este desenvolvimiento. Stölzel lo describe plásticamente en las siguientes palabras: "Hasta ahora la escuela del Juez había sido la *vida*; y en ella había aprendido lo *recto*, deviniendo en ella un Juez *sabio*. Ahora aprende los *derechos* en las aulas de las Universidades, y se convierte en un Juez *erudito*." El punto de partida para toda reforma de la enseñanza ha de ser el punto 20 del programa del Partido: "Los planes de enseñanza de todos los Institutos educativos deben adaptarse a las exigencias de la *vida práctica*." Dicha exigencia programática debe llevarse a cabo tanto en la educación universitaria como en la preparación práctica de la profesión judicial. Además, quien quiera ser Juez, debe conocer la vida. Así llegamos a las siguientes pretensiones: a) Nadie debe llegar a ser Juez demasiado temprano. El juzgar requiere un juicio maduro, cierta distancia interior y un carácter vigorosamente disciplinado; todas ellas cualidades que apenas se pueden esperar de un "asesor" de veintiocho años, que nunca tuvo que luchar en la vida. b) Nadie que ya se ha conquistado una posición en otra profesión, querrá ser después Juez, a no ser que se cree un presupuesto: el puesto de un Juez alemán debe ser, en el campo moral y material, de tal forma que ofrezca alicientes aun para los mejores de la joven generación. La dirección del Estado brinda a los Jueces, por su legislación elástica y la libertad del Juez de órdenes, tal confianza, que sólo puede reputar dignos de ella a los mejores. Si puede haber en un Estado de caudillaje hombres libres de órdenes en la esfera de la Justicia, sólo pueden serlo pocos y hombres egregios.

El Magistrado de la Audiencia, doctor Hans Liedermann, aborda, en la revista *Deutsches Recht* (1942, págs. 1.377 y sigs.), el interesante tema "Interpretación de la Ley y formación del Derecho". Tres ejemplos evidencian la nueva manera de interpretar la Ley: 1.º Con arreglo a un precepto del Derecho alemán, el arrendador no puede desahuciar al subarrendatario, si éste posee con su familia, en la pieza subarrendada, un hogar independiente. En el caso en cuestión, el arrendador quiso desahuciar a la viuda de un soldado caído en el campo de batalla, por no poseer ya, después de la muerte de su marido, un hogar

de esta suerte a su mayoría de edad. "Difficile est satiram non scribere". La teoría de la "comitas" confunde la soberanía, que consiste en la autonomía lógico-normativa del ordenamiento jurídico, con el poder real de hacer lo que plazca a uno. Aunque dicha teoría ha experimentado hoy día una refutación unánime, conviene poner de relieve que el principio de la reciprocidad, admitida con idéntica unanimidad, no es sino un residuo de la "comitas", ya que no hace aplicar Derecho por razones jurídicas, sino por consideraciones políticas, o sea de conveniencia. La doctrina opuesta estatuye vinculaciones jurídicas para el legislador que emite D. I. Pr., bifurcándose dicha tesis según que la vinculación tiene su origen en el D. I. Púb. o en la mismísima esencia del Derecho (así Frankenstein). La primera alternativa, a su vez, u opina que las reglas limitativas del D. I. Púb. exigen del D. I. Pr. un contenido determinado (así Zitelmann), o creen que se contentan con el mandamiento "en blanco" de aplicar en algunos casos, según el mejor saber y entender del legislador nacional, Derecho extranjero (Bartin, Maury).

II. La definición del D. I. Pr. pende de la concepción que uno tiene de dicha materia. Hay autores que definen el D. I. Pr. como aquella disciplina que delimita las competencias legislativas y judiciales de los diversos países; y hay otros que lo conceptúan como el conjunto de normas que nos indica el Derecho aplicable a los casos con elementos extranjeros. La primera definición (aceptada por Maury, página 27) parece implicar el enfoque internacionalista del D. I. Pr., ya que la delimitación de las competencias entre diversos países debe realizarse por una autoridad superior a ambos, o al menos por cada país, como "negotiorum gestor" de tal autoridad actualmente ausente. La segunda definición (que es la de Ago) se inspira, en cambio, en la calificación nacionalista del D. I. Pr. El legislador nacional, a semejanza como crea para la materia mercantil un Derecho especial, estatuye para la materia con elementos internacionales el D. I. Pr. Maury cree poder conciliar la definición de apariencia internacionalista con el carácter nacionalista del D. I. Pr. Los nacionalistas incluyen el D. I. Pr. o en el Derecho civil o en el Derecho público (1), o le atribuyen una naturaleza mixta. Maury (p. 28) escoge la última posibilidad.

III. De la más alta importancia es el sistema del D. I. Pr. Este

(1) Sobre la diferencia entre Derecho público y privado, véase José María Villar y Romero "La distinción entre Derecho público y derecho privado" (*Revista*

sistema puede construirse, o sobre el conjunto de las normas de colisión, o sobre la estructura lógica de la norma de colisión.

1.º El conjunto de normas forma un ordenamiento jurídico. Todo ordenamiento jurídico es autónomo y pantónimo; eso quiere decir que por un lado, es originario y no deriva su validez de una norma perteneciente a otro ordenamiento, y que, por otro lado, abarca todos los ordenamientos jurídicos del mundo como órdenes parciales suyos.

En este segundo sentido—y con razón—mantiene Kelsen (*"Teoría general del Estado"*, Labor, 1934, p. 161): "Si éste (el Estado) es soberano, él acapara toda la soberanía, y los restantes Estados no son coordinados, sino subordinados, es decir, órdenes delegados del primero. Si el orden jurídico estatal propio es el soberano, constituye un orden universal frente al cual los restantes Estados no son sino órdenes parciales, a los que no puede reconocerse la soberanía".

El ordenamiento jurídico descansa sobre una norma fundamental: el ordenamiento jurídico internacional, sobre la regla "pacta sunt servanda"; un ordenamiento jurídico nacional, sobre el mandamiento de obedecer a la Constitución y a todo lo que deriva de ésta su validez. Según la concepción de los autores, hay que admitir, o la superioridad del ordenamiento jurídico internacional, o la de un ordenamiento jurídico nacional. De todas maneras, se llega siempre a un monismo jurídico. La multiplicidad de diferentes ordenamientos jurídicos soberanos coexistentes resulta de un punto de vista sociológico: no jurídico. Desde ambas hipótesis puede llegarse a los tratados como fuente de Derecho, puesto que sin duda alguna lo son para el ordenamiento jurídico internacional, y también pueden serlo para el ordenamiento jurídico nacional adoptándose la tesis de la autolimitación.

El hecho de que en este segundo supuesto una ley posterior al tratado y contradictoria a él es vinculatoria, para los jueces no es obs-

*General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 171 de la colección, 1942, págs. 5 a 70). Su criterio es el siguiente (págs. 57 y sigs.): "En conclusión, la distinción entre Derecho público y privado puede hacerse apartando en primer lugar un gran grupo de materias que por su finalidad, por hallarse inspiradas directamente en el principio del "imperium" y soberanía, pertenecen evidentemente al Derecho público. Las restantes materias jurídicas serán públicas y privadas y, por ende, el Derecho será público o privado según que la finalidad de la norma conforme al plan del Estado, y dentro del campo de la relación jurídica, esté orientada en aquellos motivos que caen dentro de la misión sustancial que el Estado asigna y según que den lugar o no al nacimiento de deberes jurídicos normativos, aparte de los subjetivos que en la misma relación jurídica se produzcan, es decir, que fuera de aquellas materias evidentemente públicas por su contenido, la distinción funciona siempre dentro del campo de la relación jurídica."

táculo ninguno, ya que una cosa es la nulidad de una norma inferior por oposición a una norma superior y otra muy diferente la competencia para pronunciar esta nulidad. Maury menciona, acertadamente, el caso de las leyes anticonstitucionales, que en la mayoría de los países eran, sin embargo, obligatorias para los jueces, sin que por ello se quisiera deducir que la Constitución no perteneciera al ordenamiento jurídico nacional. Maury hubiera podido alegar también las órdenes militares, nulas, que, no obstante, han de ser observadas por los inferiores de los que las dieron, o ciertos negocios jurídicos cuya nulidad sólo puede hacerse valer por determinadas personas. Las dos hipótesis, en cambio, discrepan en su explicación del orden público. La supremacía del ordenamiento jurídico nacional convierte aquellas partes de los Derechos extranjeros que se oponen al orden público nacional en meros hechos irrelevantes, recogiendo las restantes como sectores parciales del propio ordenamiento. La supremacía del ordenamiento jurídico internacional da lugar a análogo fenómeno en cuanto se conciba el orden público como institución internacional. En cambio, queda sin explicación la hipótesis de un orden público nacional contrario a las concepciones internacionales y que excluye reglas jurídicas extranjeras conformes con las últimas y opuestas al primero. Sea ello como fuere, Maury rechaza como punto de partida el ordenamiento jurídico, ya que no explica el Derecho consuetudinario y porque descansa sobre un supuesto teóricamente tan frágil como lo es la norma fundamental (l. c.; p. 29).

2.º Maury es partidario de la concepción normológica (v. REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 293 a 295), es decir, estatuye "la norma de colisión como base de la sistemática del D. I.-Pr." (1). Según su función, la norma de colisión es una norma indirecta (2): no resuelve el caso en cuestión, sino indica el Derecho que le va a resolver. Según su estructura lógica, la norma de colisión consta de un tipo legal (por ejemplo: "a los muebles") y de una consecuencia jurídica (por ejemplo: "ha de aplicarse el Derecho que se determinará por medio del punto de conexión: nacionalidad del propietario"). Finalmente, la norma está provista de ciertas características negativas, cuya inexisten-

(1) Así, el título del cursillo dado por Werner Goldschmidt en la "Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales" en los meses de enero, febrero y marzo de 1935 (Madrid, 1935, pág. 63).

(2) Maury: *Règles générales des conflits de lois* (Sirey, París, 1937, página 135), la conferencia que tenemos a la vista, pág. 10.

cia condicionan su aplicabilidad. Un examen atento de la norma de colisión revela todos los problemas de la parte general del D. I. Pr. como problemas de la interpretación de dicha norma (REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 294 y 295).

IV. Las *características negativas* conocidas a los juristas del Derecho penal (por ejemplo: defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, etc.), son en el D. I. Pr. el orden público y el fraude a la ley. El fraude a la ley, empleado tanto en el asunto Vidal (S. de la "Cour de Paris" del 30 de junio de 1877; Maury, l. c., págs. 16 y 17), como en el de la duquesa de Beauffremont (S. de la "Cour de Cassation"; Sirey, 1878, I, 193) para lograr el divorcio vincular por medio de la adquisición de una nacionalidad benévola en este aspecto, es considerado por la mayor parte de la doctrina alemana como caso especial del orden público (v., por ejemplo, Martin Wolff: "Internationales Privatrecht", Berlín, Springer, 1933, § 10-IV, 3, p. 34), mientras que una minoría alemana (por ejemplo, Nussbaum: "Deutsches Internationales Privatrecht", Mohr, Tübinga, 1932, § 11, III, p. 75) y la doctrina latina (v. Maury, l. c., p. 17) le atribuyen sustantividad. Aceptamos el último punto de vista. En efecto: el mero hecho de que el fraude a la ley es una institución propia de todas las materias jurídicas; a diferencia del orden público, que es privativo del D. I. Pr., es suficiente para comprender que si uno de ambos conceptos comprendiera el otro, el del fraude a la ley debería abarcar el del orden público. Ahora bien: sabemos (v. REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 417 y 606) que el fraude a la ley consiste en un doble abuso de derecho: no teniendo relación alguna el orden público con dicha institución. Por ende, el orden público y el fraude a la ley son conceptos diferentes, cada uno con su propia sustantividad.

ERICK WOLF: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Grandes juristas de la historia del espíritu alemán). Tübinga, Mohr, 1939, pág. 592.

(Conclusión.)

VIII. Grocio se halla en una oposición a Hobbes. La modificación de las doctrinas grocianas en las teorías de Hobbes puede formu-

larse, con palabras de Erik Wolf, de la siguiente manera: "En el lugar del Pueblo se coloca el Estado; en el lugar del Derecho, el Poder; en el lugar de la comunidad corporativa, la sociedad finalista; en el lugar de la razón prácticoética, la inteligencia teórica; en el lugar de la justicia concreta, la legalidad abstracta." SAMUEL PUFENDORF reúne, de cierta manera, las opiniones de Grocio y de Hobbes. Pufendorf nació en 1632 en Dorfchemnitz, cerca de Thalheim, en Sajonia, como hijo de un pastor protestante. El profesor que más influencia sobre él ejercía era el matemático Weigel. Después de sus estudios, Pufendorf recibió una colocación en la casa del embajador sueco en Dinamarca. Poco después, el estallamiento de la guerra suecodanesa produce la prisión del embajador y de su séquito, entre el cual se encuentra Pufendorf. Puesto en libertad, se va a Holanda, de donde pasa a Heidelberg para desempeñar una cátedra. Unos años más tarde Pufendorf acepta el nombramiento de catedrático de la universidad sueca de Lund. Pufendorf fallece en 1694 en Estocolmo. Su obra principal es "De iure naturae et gentium libri octo" (Lund, 1672). Pufendorf distingue, siguiendo ideas de su maestro Weigel, el mundo natural del mundo cultural, hasta tal punto que algunos autores (p. ej., Welzel) pretenden concebir a Pufendorf como precursor del kantismo suroccidental. Esta interpretación, sin embargo, es errónea, puesto que Pufendorf niega la independencia del mundo cultural y estima que subsiste sólo como supraestructura del mundo natural. Este último, enfocado de determinada manera, se convierte en el mundo cultural, que consiste de "entia moralia"; que, por ende, constituyen "modi" de los objetos naturales. Estas modalidades, que transforman los "entia physica" en "entia moralia", son: persona, estado, cantidad y cualidad. poseyendo, sobre todo, interés para la filosofía del Derecho las dos primeras. El hombre fisiológico es persona en tanto en cuanto actúa gracias a la libertad de la razón y de la voluntad. Las personas pueden ser privadas o públicas, simples o compuestas. La persona libre se somete a una ley ("norma moralis seu lex"), cuyo cumplimiento convierte la actividad libre en una "actio moralis". Un hombre fisiológico puede reunir varias personalidades. La pena puede sólo imponerse a una persona. He aquí la razón por la cual debe quedar impune el loco o el borracho, puesto que ambos no son libres y por ello no son personas. El "ens morale" puede encontrarse en diferentes estados: "in statu naturali considerato in ordine ad Deum" (así, p. ej., Adán). "in statu



naturali considerato in ordine singulorum hominum ad se ipse" (así, por ejemplo, Robinsón Crusoe); "in statu naturali in ordine ad alios homines" (así, p. ej., los pueblos o los hombres antes de organizarse en un Estado); "in statu civili" (así, los hombres dentro del Estado). ¿Cómo debemos explicarnos la causa de la organización estatal? Grocio la deduce, como Aristóteles, de un "appetitus socialis"; Hobbes, en cambio, la deriva de la necesidad planteada por el "bellum omnium contra omnes". Pufendorf intenta una síntesis de teorías tan dispares. El filósofo alemán maneja a este efecto dos conceptos: el de la "imbecillitas" y el de la "socialitas". La "imbecillitas" expresa la indefensión del hombre aislado, no sólo en aspecto material, sino también en aspecto moral. La "socialitas" es, en cambio, la existencia humana social. El esfuerzo de unir las opiniones opuestas de Grocio y Hobbes hacen a Pufendorf acreedor de nuestra estima y simpatía. Las palabras severas de Leibniz, "Vir iure consultus, sed minime philosophus", son, evidentemente, demasiado duras.

IX. Vimos cómo ya en Grocio el Derecho natural se independiza del Derecho divino. Este proceso de independización culmina en la obra de CHRISTIAN THOMASIO, que a la vez separa el Derecho natural de la filosofía. De este modo, Thomasio deviene el fundador de la "teoría general del Derecho". Thomasio nace en 1655 en Leipzig, estudia Derecho y ejerce la profesión en su ciudad natal. En 1687 Thomasio anuncia en la Universidad de Leipzig un curso en lengua alemana (una innovación audaz) sobre las doctrinas de Baltasar Gracián. Este hecho y los ataques de Thomasio contra la manera pedagógica de sus compañeros dificultan su actividad en Sajonia, llegando a ser ésta imposible cuando Thomasio defiende el matrimonio entre el duque luterano Moritz Wilhelm de Sajonia-Weitz con la viuda reformada del duque Karl Wilhelm de Mecklenburg-Güstrow, matrimonio no deseado en Sajonia. Thomasio huye de Leipzig y se presenta en la Corte prusiana, donde, al contrario, el mencionado matrimonio era popular, puesto que la viuda del duque Karl Wilhelm era una hija del Gran Elector de Prusia. Thomasio recibe el permiso de dar cursos en Halle, donde poco después se funda una Universidad. Allí enseñó también el pastor pietista Francke. En 1728 fallece Thomasio. Su obra principal son los "Fundamenta iuris naturae et gentium" (1705). Thomasio mantiene múltiples doctrinas en diferentes materias. En el Derecho procesal combate el tormento y los procesos contra brujas. Su actividad principal,

sin embargo, se desarrolla en el campo de la filosofía del Derecho. Después del pecado original, la voluntad humana es mala. Los hombres celebran entre sí un contrato y se someten a un señor. Este constituye la base de todo derecho: "autor legis semper est imperans", y a la vez la razón de su obligatoriedad, "lex est iussus imperantis obligans subiectos". Toda "lex" deriva, por ende, su validez del "rex". La coaccionabilidad es, por tanto, una característica del Derecho, por lo cual el Derecho divino y el Derecho natural pierden este carácter. Sin embargo, aún para Thomasio existe un Derecho natural que aspira a la paz interna del alma y a la paz externa de las conductas. La paz interna es lograda actuando según el lema: "Quod vis, ut alii sibi faciant, tu te tibi facies." La ciencia de la paz interna se denomina ética y trata del "honestum". La paz externa se logra con arreglo a los siguientes dos principios: 1.º "Quod vis, ut alii tibi faciant, tu ipsis facis." Este principio logra el "decorum", y la ciencia acerca de él se llama "política". 2.º "Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris." Este último principio es el del "justum" y del Derecho. La distinción entre paz interna y externa produjo más tarde la célebre teoría según la que la moral se ocupa del interior, y el Derecho, de la conducta exterior del hombre. Thomasio niega que el Derecho internacional público es Derecho positivo, ya que meros contratos no producen Derecho y porque los Estados no están sometidos a ninguna autoridad.

X. SAVIGNY nace en 1779. Con once años, huérfano, hereda el considerable patrimonio de su familia, dedicándose por completo a la Ciencia. Savigny estudia en Marburg, donde recibe, después de terminar sus estudios, el permiso de dar cursos. Se relaciona espiritualmente con los románticos, contrayendo nupcias con una hermana de Bettina Brentano. En 1810 Savigny forma parte del profesorado de la nueva Universidad de Berlín. Allí desempeña la cátedra hasta el final de su vida, regentando asimismo, durante cierto tiempo, el Ministerio de Justicia. En 1861 Savigny deja de existir. Entre sus obras merecen mencionarse el libro sobre la posesión, la historia del Derecho romano durante la Edad Media, así como el sistema del Derecho romano actual. La obra de Savigny sobre la posesión concibe ésta a la vez como hecho y como derecho. *La posesión es un hecho con el que se conectan consecuencias jurídicas.* De ahí resulta que la adquisición y la pérdida de la posesión no requieren capacidad de obrar, puesto que se trata de la realización de un mero hecho. Las consecuencias jurídicas

enlazadas con la posesión son la "usucapio" (prescripción adquisitiva) y los interdictos. La posesión, en su aspecto jurídico, debe ser incluida en las obligaciones delictuales, siendo ellas la residencia científica de los interdictos, puesto que la prescripción adquisitiva—segunda consecuencia jurídica de la posesión—no enfoca la "possessio" de modo independiente, sino engarzada en el contrato causal que le brinda el justo título. La historia del Derecho romano en la Edad Media contiene la demostración de la continuidad del Derecho romano en Europa. En los primeros dos tomos, Savigny evidencia que el Derecho romano se conservó aun después de la caída del Imperio bizantino, sobre todo en las provincias del Norte, exponiendo su desarrollo hasta Irnerio (1050). Los cuatro tomos siguientes describen los trabajos de los glosadores y postglosadores. El "Tratado de Derecho romano" proyecta una exposición del Derecho civil en cinco partes: parte general, Derecho de cosas, Derecho de obligaciones, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Savigny acabó sólo la parte general, la cual desarrolla en ocho volúmenes. El volumen octavo aborda el ámbito temporal y espacial del Derecho. Con tal ocasión, Savigny revoluciona el Derecho internacional privado. Los estatutarios habían partido de la naturaleza de los Derechos locales en conflicto ("estatuta"), dividiéndolos en dos grupos: estatutos personales y reales, según que enfocaban personas o bienes. Savigny parte de las relaciones jurídicas y las divide en un gran número de clases: muebles, inmuebles, delitos, contratos, capacidad jurídica, capacidad de obrar, sucesiones, patria potestad, tutela, forma de los contratos, etc. Los estatutarios habían intentado (como escritores mediocres con dos tipos de protagonistas: los buenos y los malos) encerrar la complejidad de la vida real en sus dos categorías, cual en un nuevo lecho de Procrustes. Savigny crea un sistema de ángulos infinitamente más diverso y adaptable a la realidad. Savigny es el jefe de la escuela histórica del Derecho. Dicha doctrina concibe el Derecho como un producto obligado del pueblo, a semejanza de la lengua y del arte. De ahí se deduce la importancia del Derecho consuetudinario y la inutilidad de una legislación que arbitrariamente quiere torcer el desarrollo jurídico de la comunidad. Savigny se opuso, por ello, a una codificación del Derecho alemán, chocando en esta disputa contra el conocido pandectista Thibaut.

XI. FEUERBACH nació en 1775 en Hainichen, cerca de Jena. Se dedicó al estudio de la Filosofía; sin embargo, por preocupaciones eco-

nómicas, se vió obligado a elegir la carrera de Derecho. Feuerbach caracteriza, más tarde, de la siguiente manera sus relaciones con la ciencia jurídica: "Pronto me llegó a ser menos desagradable, puesto que sabía que tenía que encariñarme con ella forzosamente. Así conseguí, con tenacidad y con un valor animado sólo por el deber, habida cuenta de relativamente poco talento, de desempeñar ya después de dos años la cátedra, de enriquecer mi ciencia obligada por varios escritos y de ganar un trampolín, desde el que pronto llegué a fama y bienestar exterior, ganándome de mis contemporáneos la alabanza de que mi vida ha sido útil a la Humanidad." Catedrático en Kiel, legislador del Código penal en Baviera, presidente de la Audiencia en Ansbach, muere en 1833 en circunstancias misteriosas, que algunos autores han querido relacionar con los presuntos crímenes respecto a Caspar Hauser. Su obra principal es el "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts" (1801). Feuerbach, en oposición a la Escuela histórica, establece como fuente del Derecho penal sólo la Ley, refutando, en cambio, la costumbre. La finalidad de la pena es la prevención general, es decir, la intimidación de los ciudadanos para que no se atrevan a cometer crímenes.

XII. WINDSCHEID (1817 a 1892), catedrático en Basilea, Greifswald, Munich, Heidelberg y Leipzig, es el representante más célebre de la ciencia pandectista del siglo pasado; como tal llegó a ser el autor del primer proyecto del Código civil alemán. Sus obras principales son: El "Manual del Derecho de pandectas" (1862); "Wille und Willenserklärung"; "Die Voraussetzung". Windscheid, en su estudio "Die actio des römischen Zivilrechts" (1856), distingue rigurosamente el Derecho subjetivo del Derecho civil y la acción como ejercicio judicial de una pretensión. Los romanos desconocen el Derecho subjetivo y se interesan sólo por la acción, concepción perfectamente explicable en un pueblo tan práctico. Por tanto, "actio", para los romanos, es la facultad de hacer entrar en actividad el Poder jurisdiccional (1). "Obligatio = actione teneri" (2). Nosotros, en cambio, persistimos en aquella distinción y estimamos que "el Derecho es un poder o un dominio de voluntad concedido por el ordenamiento jurídico", mientras que la acción es un derecho contra el Estado para que proteja el ordenamiento jurídico mediante la actividad de sus Tribunales. Es harto sabido que el

(1) V. James Goldschmidt: *Der Prozess als Rechtslage*, pág. 59, 1925

(2) L. c., nota 80

concepto de la acción constituye el centro de las discusiones procesales. Windscheid es también el autor de la teoría del "presupuesto" ("Voraussetzung"), forma civilista de la "cláusula rebus sic stantibus" del Derecho internacional público. No dejamos pasar la ocasión para llamar la atención de los lectores sobre el art. 7.º de la Ley sobre Contratación en zona roja, del 5 de noviembre de 1940, en el que plasma la idea de la "cláusula rebus sic stantibus".

XIII. IHERING, nacido en 1818 en Aurich ("Ostfriesland") y muerto en 1892, es autor del "Espíritu del Derecho romano", de "La lucha por el Derecho" y del "Fin en el Derecho". Herbart, conocido filósofo y uno de los discípulos de Kant, había descubierto el fundamento del Derecho en esta causa estética: el disgusto de la lucha. Ihering se indigna frente a semejante opinión. "No es siempre la estética, sino la moral, quien debe decirnos lo que es la naturaleza del Derecho, y lejos de expulsar la lucha por el Derecho, la Moral la proclama un deber. Este elemento de la lucha y del combate que Herbart quiere eliminar de su idea es, pues, una parte integrante e inseparable de su naturaleza" ("La lucha por el Derecho", trad. esp.; Madrid, 1881, página 130). En efecto, hemos visto que el Derecho consiste de normas de posible infracción y de posible cumplimiento, que deben cumplirse. Por tanto, quien permite que no se le cumpla un derecho subjetivo, colabora en la derogación del ordenamiento jurídico. He aquí la razón por la cual la prescripción extingue los derechos. En otro lugar dijimos que las normas deben incrustarse trabajosamente en la realidad. Cada ciudadano tiene el deber de cooperar en esta labor de incrustación, cumpliendo su deuda y persiguiendo su derecho. Pero entiéndase bien: persecución del derecho no quiere decir: hacer el derecho efectivo, sino sólo conseguir su reconocimiento. El multimillonario que envía el alguacil a la casa del deudor insolvente, no cumple una función social. Empero, el multimillonario que entabla demanda contra el deudor que niega infundadamente el derecho de su acreedor para imponerle el reconocimiento de su derecho, sí que desempeña una noble tarea. La segunda gran doctrina de Ihering dice: "El fin es el creador de todo el Derecho." He aquí, además, el germen de la interpretación teleológica y de la refutación de la jurisprudencia conceptual. Los preceptos y los conceptos jurídicos no son instituciones teóricas como lo son, por ejemplo, los números de las matemáticas, sino son maniobras prácticas tendentes al logro de un determinado fin.

XIV: GIERKE (1841 a 1921), catedrático en Berlín, es autor de la célebre obra "Deutsches Genossenschaftsrecht". Sus tres ideas fundamentales son: 1.<sup>a</sup> El Derecho dimana del pueblo. 2.<sup>a</sup> El Derecho alemán ha perdurado la recepción del Derecho romano. 3.<sup>a</sup> El Derecho alemán se basa en una concepción jurídica particular. ¿Cuál es la esencia de la cooperativa alemana? La cooperativa del Derecho alemán es una "persona integral" ("Gesamtperson"), es decir, "una comunidad de Derecho personal que supera el aislamiento de los individuos en una esfera determinada y lo sustituye por un entrelazamiento". Ella es, hacia el exterior, una unidad personal y portadora de deberes y derechos comunes. Hacia el interior se produce una "fusión de las voluntades", de suerte que en la esfera de la comunidad impera la colectividad unida. La comunidad no destruye la personalidad; coloca más bien al individuo en un conexo jurídicamente ordenado. De esta idea germánica de la comunidad han de separarse tres instituciones aparentemente emparentadas, pero, no obstante, dispares: 1.<sup>a</sup> La sociedad del Derecho romano como entidad independiente de sus socios. 2.<sup>a</sup> La sociedad de Derecho natural racional como entidad dimanante de un contrato de individuos iguales y libres. 3.<sup>a</sup> La comunidad de la concepción francesa como voluntad de todos o de la mayoría. Cooperativas integrales son, por ejemplo, el matrimonio, la familia, la comunidad de la casa, el municipio y el Estado. Todas estas ideas de Gierke han sido influenciadas por Beseler. La concepción gierkiana del Derecho descansa, asimismo, en las ideas de la Escuela histórica.

LA REDACCIÓN.