

V A R I A

JACQUES BERNARD HERZOG: *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (Essai sur les conditions de création du Droit par la Jurisdiction de Cassation), Toulouse, 1942, pág. 500.

El libro que tenemos a la vista acaba de publicarse en la "Biblioteca del Instituto de Derecho Comparado de Toulouse", cuyo director es Jacques Maury, bien conocido de nuestros lectores, tanto por sus propias obras (*Revista Crítica*, 1940, págs. 289 a 300), como por las de sus discípulos (*Revista Crítica*, 1941, págs. 712 a 715).

El estudio del Sr. Herzog trata de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español como fuente de Derecho, constituyendo así una contribución a la teoría de las fuentes del Derecho, la que en su aspecto filosófico no entra en la órbita de las investigaciones herzogianas.

El primer libro aborda la jurisprudencia en el desarrollo histórico del Derecho español. El "Fuero d'albedrio" o "Fuero de las fazañas", hacia el final del siglo X, es el primer documento legislativo español que permite a los Jueces sentar doctrina libremente. La finalidad de sus disposiciones consistía en liberar a los jueces castellanos de su sumisión al Fuero Juzgo, cuyos ejemplares llegaron a ser quemados por los castellanos en Burgos. Los jueces juzgaron "ex aequo et bono". Las Siete Partidas (1256 a 1265) conceden a los jueces facultades interpretativas muy amplias: "Entenderse deben las leyes bien e derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas a la mas sana parte y mas provechosa, segundo las palabras que y fueren puestas, e por esta razon no se deben escribir por abreviaturas mas por palabras cumplidas: e por ende dixieron les sabios, que el saber de las leyes no es tan solamente en aprender a decorar la letra dellas mas el verdadero entendimiento de ellas" (Partida I, Título 1.º, Ley 13). La importancia de la jurisprudencia se revela en las "Leyes del Estilo" (siglo XIV), atribuidas a Oldrado de Ponte, que contiene jurisprudencia interpretativa del "Fuero Real" (1255). Los derechos forales brindan asimismo interesantes pruebas de la trascendencia de la actividad

jurisprudencial. La Constitución de 1251, redactada por las Cortes de Barcelona a instancia de Jaime, I, manda a los jueces aplicar, en primer lugar, los "usatjes"; en segundo lugar, las costumbres del lugar; y, en tercer lugar, el sentido natural ("seny natural"). La jurisprudencia introdujo en el Derecho catalán el Derecho romano y canónico. El Código de Huesca, obra del obispo de Huéscas, Vidal de Cannelas, contiene en su preámbulo una disposición análoga a la dada por la Constitución catalana de 1251: "Ubi autem dicti fori non sufficerint ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur". El autor describe a continuación la historia del Tribunal Supremo, cuyos antecedentes deben buscarse en el Consejo de Castilla, creado en 1385 por Juan I en las Cortes de Valladolid bajo el nombre de "Consejo Real". El Tribunal Supremo fue creado en 1812 por el art. 261 de la Constitución de Cádiz. Al principio no solía motivar sus fallos. La motivación de los fallos es la obra de la Revolución francesa. Las leyes de la Asamblea Constituyente del 16-24 de agosto de 1790 y del 27 de noviembre al 1.º de diciembre de 1790 son las primeras leyes modernas que obligan a los jueces a publicar los motivos de sus fallos. En España, en 1830 la Ley del Procedimiento comercial obligó a los Tribunales de Comercio de 1.ª instancia a fundamentar sus fallos. El Decreto del 4 de noviembre de 1838 obligó al Tribunal Supremo, al reorganizar el recurso de nulidad, a motivar sus fallos de anulación o de desestimación de aquélla. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 generaliza dicha obligación para la jurisdicción civil, y un Decreto de 1859 hace lo mismo para los Tribunales de Comercio. Herzog expone detalladamente los casos y la forma en que las sentencias se publican. El ya citado Decreto de 1838 introduce en el Derecho español el concepto de "doctrina legal". El Tribunal Supremo estima al principio que doctrina legal es idéntica a jurisprudencia, eliminando de esta suerte la doctrina científica. Luego el Tribunal Supremo restringe la jurisprudencia apta a formar doctrina legal a la del Tribunal Supremo, concretando finalmente el número necesario y suficiente a tal efecto a dos sentencias coincidentes del Tribunal Supremo.

El segundo libro analiza la noción "doctrina legal". La doctrina legal no crea sólo una regla de conducta subjetiva para los jueces, sino una regla del Derecho objetivo. Este hecho parece en contradicción tanto con el principio constitucional de la separación de poderes, puesto que parece que el juez invade la esfera de la legislación, como con

el art. 6.º, párrafo 2.º del Código civil, que, como es sabido, limita las fuentes de derecho a tres: ley, costumbre, principios de derecho. Herzog reproduce los diferentes intentos de la doctrina y de la jurisprudencia de eliminar estas dificultades. El autor conoce la más moderna bibliografía española acerca de esta materia: la conferencia de Castán sobre las orientaciones modernas en materia de fuentes de Derecho privado positivo (*Revista Crítica*, 1941, págs. 123 a 127). Luego Herzog compara el concepto anglosajón del precedente con el alemán de la jurisprudencia constante y con el concepto hispánico de la doctrina legal.

El tercer libro estudia la unidad orgánica del Tribunal Supremo: su unidad externa (amenazada durante cierto tiempo por el Tribunal de Casación de Cataluña), su unidad funcional y su unidad interna (sistema de una Sala o sesión plenaria de las Salas reunidas, etc.).

El último libro de la obra de Herzog se ocupa del recurso de casación, tanto de su aspecto procedimental como de su contenido.

La monografía del Sr. Herzog servirá a los *lectores no españoles* como fuente de información respecto al Derecho español y contribución al Derecho comparado. En este aspecto, el autor merece toda clase de elogios: la exposición del Derecho español es documentada y luminosa. Los *lectores españoles* hallarán en la obra que tenemos a la vista interesantes alusiones al Derecho anglosajón, francés y alemán. Además, se encuentran con una valiosa monografía acerca del Tribunal Supremo, la que seguramente será tomada en cuenta por los dos manuales de Derecho procesal que actualmente están en vía de publicarse. Pensamos en los estudios de Prieto Castro y Manuel de La Plaza. Finalmente, el docto y erudito trabajo de Herzog estimulará—lo esperamos así—a los juristas españoles a elaborar una teoría jurídico-filosófica de la doctrina legal, la cual, hasta ahora, según un reproche de Herzog (pág. 131), carece de originalidad.

Las leyes de la naturaleza contienen normas de imposible infracción y necesario cumplimiento; las leyes jurídicas están formadas por normas de posible infracción y posible cumplimiento; las leyes morales albergan normas de necesaria infracción e imposible cumplimiento total, aunque sí de posible acercamiento. Ahora bien; enfocando las normas jurídicas, el problema consiste en saber: ¿qué condiciones deben reunir para ser válidas? Ya vimos que *el cumplimiento debe ser posible*. Si una ley prescribe, por ejemplo, la asistencia forzosa a la

enseñanza y en aquel país no existen colegios en muchas poblaciones; la ley es provisionalmente nula, puesto que no puede ser cumplida. Sin embargo, no basta que el cumplimiento sea meramente posible. *Hace falta, además, que la ley se cumpla efectivamente en cierto número de casos.* He aquí la razón de ser de la concepción del Derecho como ordenamiento concreto de la realidad en el sentido de Carl Schmitt ("Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", Hamburg, 1934), concepción que en el fondo ya palpita en la teoría de la idea-fuerza de Fouillée, aplicada al Derecho por el mismo Fouillée ("Moral de las ideas-fuerzas", Madrid, 1908, tomo II, páginas 182 y sigs.) y por otros autores como, por ejemplo, por Jean Cruet ("La vie du droit et l'impuissance des lois", Paris, Flammarion, 1908, pág. 266) (1). En efecto, el Derecho no es un mero conjunto de normas. Si ello fuera así, no supiéramos distinguir una ley vigente de un mero proyecto o de una ley ya derogada. El Derecho es un conjunto de normas que suele aplicarse. He aquí la importancia de la lucha por el Derecho pregonada por Ihering: no se lucha por la imposición, sino por la existencia del Derecho. Pero tampoco es una realidad ordenada, puesto que en esta hipótesis no se comprende la actividad del juez ni la aplicación de Derecho extranjero. La teoría normativista, atribuida por muchos a Kelsen, es adialéctica y disocia la norma de su campo de aplicación. La doctrina de la ordenación concreta, en cambio, es estática y petrifica la norma en el momento de su realización. En realidad, el Derecho requiere una concepción dialéctica que hace justicia tanto al elemento normativo como al elemento real. De este punto de vista deducimos la consecuencia que una disposición legal que prohíbe la derogación de la ley por costumbre "contra legem" es nula, puesto que se pone en oposición con la esencia misma del Derecho, que consiste en la aplicación numerosa de una norma (2). Pero de estos principios despréndense también otras consecuencias. Las verdaderas fuentes del Derecho las hemos de hallar en el Derecho consuetudinario y en la jurisprudencia, ya que ambas instituciones crean normas que suelen ser aplicadas. La ley como conjunto de normas promulgadas constituye, en cambio, una mera fase prepa-

(1) V. también C. Gray, *Il Diritto como idea forza* (Turín, 1924).

(2) También es nula, por causas análogas, la prohibición de interpretar la ley. Véase el discurso inaugural del Año judicial del 15 de septiembre de 1942, de Clemente de Diego y el criterio del jurisconsulto valenciano Crespi de Valldaura en el indicado sentido.

ratoria del Derecho, puesto que la ley puede quedarse "letra muerta" y sólo la ley que se aplica es Derecho.

ARTURO TABERA (C. M. F.): *La definición de "furtum" en las Etimologías de San Isidoro.*

El reverendo padre español Arturo Tabera, cuya erudición y trabajos tuvimos ocasión de apreciar por haber sido encargado de revisar la traducción del nuevo Código civil italiano y haber permanecido en Madrid varios meses, ha publicado en *Studia et Documenta Historiae et Juris* un trabajo sobre la definición de *furtum* en el capítulo XXVI, libro V de las Etimologías de San Isidoro. "*Furtum est rei alienae clandestina contractatio; a furvo, id est fusco vocatum quia in obscuro fit.*" Es decir, que la sustracción o el apoderamiento clandestino de cosas ajenas se llama *furtum* porque se realiza en la oscuridad (*furvus* = negro) o como se indica en otro lugar, "utilizando la noche". Tanto esta palabra como su paralela *pervasio* (desposesión o apropiación de muebles e inmuebles) fueron tomadas de algún manual jurídico compuesto en España, según la opinión de Kübler, entre la publicación del Código teodosiano y el justiniano.

Respecto a la *pervasio*, está clara su derivación de la terminología y doctrina teodosianas sobre *invasiones* violentas de la propiedad ajena, y comprende también la *rapiña*. Pero en cuanto a las definiciones y etimología del *furtum*, Huvelin sospecha que pasaron de las obras de Varron, por intermedio de los gramáticos, al libro de San Isidoro.

El autor señala la siguiente marcha: de Varron a Labeon-Paulo (D. 47, 2, 1 pr.), después al manual español, y, por último, a San Isidoro. Las diferencias entre éste y Paulo pueden atribuirse a los compiladores de Justiniano.

JOSÉ ANTONIO UBIERNA: *Régimen legal español de la moneda extranjera.* Madrid, Reus, 1942.

El asesor jurídico del Instituto Español de Moneda Extranjera, con un conocimiento perfecto del problema y una confianza ilimitada en el porvenir económico de España, ha emprendido el estudio de nuestro sistema monetario y de los cambios internacionales con indiscutible originalidad y oportunismo.

Aunque parece haber enfocado preferentemente la situación de la

moneda en el extranjero, la obligatoriedad en que estamos de ceder los valores extranjeros al Estado nacional, los cambios internacionales y las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las normas, desenvuelve en sendos capítulos las siguientes materias:

- I.—Régimen monetario.
- II.—Moneda y efectos extranjeros.
- III.—Obligatoriedad de la cesión de valores al Estado español.
- IV.—De los valores depositados en el Instituto Español de Moneda extranjera.
- V.—De los cambios internacionales.
- VI.—Convenios de pagos entre España y otras naciones.
- VII.—De las cuentas corrientes y bloqueadas.
- VIII.—Del seguro de cambio y otras operaciones.
- IX.—De las responsabilidades.
- X.—Régimen procesal.
- XI.—Instituto Español de Moneda Extranjera.
- XII.—Legislación extranjera.
- XIII.—Formularios.
- XIV.—Bibliografía.
- XV.—Prontuario alfabético de materias.
- XVI.—Índice cronológico de disposiciones legales.

La profundidad de los conocimientos del autor aparece desde el primer momento en la luminosa *Introducción*, de la que no prescindiré, a pesar de las críticas, que no desconoce y apunta, para dar cuenta del plan adoptado, del orden de la exposición, del propósito que le inspira y del fundamento del método empleado.

La obra se impondrá por sí misma a cuantos necesiten exportar o importar mercancías o manejar fondos en el extranjero.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *El Derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria* (Revista general de Legislación y Jurisprudencia, 1942-2, págs. 137 y siguientes).

Con la precisión, maestría y erudición de siempre vuelve el sabio profesor y magistrado del Tribunal Supremo sobre un tema que ha ocupado en estos últimos meses las columnas de la Prensa profesional, y estudia la interpretación de las disposiciones de última voluntad en

favor de descendientes; los criterios del Derecho histórico patrio; el problema de la representación testamentaria en el Código civil; las anomalías con que ha sido regulado; la representación hereditaria en el nuevo Código civil italiano, la conciencia jurídica actual y las orientaciones y perspectivas en el Derecho español, desde el punto de vista de la política legislativa y de la técnica interpretativa.

Labor meritoria es la de llamar la atención de los juristas sobre los capítulos del Código civil que han de ser objeto de retoques o de reformas trascendentales, y entre ellos los que tienen augurada, por la relativa continuidad e inamovilidad de la familia española, largos siglos de vida.

En la materia estudiada, las dificultades surgen de causas fundamentales y no de meras equivocaciones.

Dediquemos breves palabras a las cuestiones que pudiéramos llamar de técnica estricta y que se condensan en la *naturaleza jurídica* de la misma representación.

Por de pronto, la definición del artículo 924 del Código civil es disparatada, porque los parientes de la persona representada no la *suceden en todos los derechos* que tendría si viviera o hubiera podido heredar, ni necesitan sucederla en ningún caso. La doctrina verdadera es la de que suceden al causante o *postmuerto*, como se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1905 y 18 de abril de 1908.

Tampoco haremos más que aludir a las doctrinas de la ficción, sustitución vulgar, presunta subrogación hereditaria, sucesión por stirpes o vocación legal.

Pero sí pondremos de relieve una diferencia entre la sucesión testamentaria y la legítima, que perturba no poco la extensión de los preceptos propios de la segunda a las disposiciones de última voluntad y a los contratos hereditarios.

Sea o no la intención de la ley, al regular la sucesión intestada, la de suplir la voluntad del causante, es lo cierto que procede siempre por llamamientos generales de parentesco, grado o situación familiar, hasta llegar en último término al Estado, mientras el testador enfoca la inmensa mayoría de las veces a personas o individuos concretos, designándolos por sus nombres y apellidos o por sus características. De aquí que la institución de herederos o la ordenación de legados aparezcan, en primer lugar, como hechas *intuitu personæ*, esto es, en consideración

a las mismas personas llamadas y no a otras que ni siquiera se mencionan.

En general, por lo tanto, no se puede conceder a los herederos de los instituidos la facultad de *representarlos* o de colocarse en el lugar que a los mismos corresponde, aunque sean sus herederos forzosos.

Bien—se dirá—; pero por razones de familia, piedad y equidad, las leyes han concedido a los hijos del instituido que se hallen ligados con el *de cujus* por vínculos de parentesco lo que a otros se niega, y así ha surgido la representación *ex patre*, cuando el causante sea ascendiente de los llamados *representantes*, y la representación *ex fratre*, cuando se trate de un tío carnal que es heredado por sus hermanos y sobrinos. Como en el primer caso el heredero es *necesario*, se ha creído poder amparar la *aplicación* de la representación a la herencia testada sobre el precepto: “El heredero *voluntario* no transmite ningún derecho”, interpretado *a sensu contrario*. Pero el razonamiento no sirve para justificar la representación *ex fratre*, puesto que ni el hermano ni el sobrino son herederos forzosos del testador.

La cuestión se complica si sepáramos la vocación legitimaria de la testada y de la intestada y la herencia a título universal del legado. El heredero forzoso pasa en el momento actual por una crisis que lo desfigura: momentos hay en que parece un legatario; otros, en que sólo puede reclamar una *pars bonorum*; otros, en que ni siquiera entra en la herencia, por haber recibido anticipadamente su cuota, y otros en que se coloca por encima de los llamados en la ley y en el testamento. A estas situaciones ambiguas hay que unir las dificultades que en Castilla suscitan las mejoras, las colaciones y la jefatura de la estirpe, que en algunos momentos corresponde al llamado a ciertos bienes (art. 970 del C. c.), y, por otra parte, el derecho de acrecer, la sustitución presunta y la misma sucesión por estirpes en los supuestos de parentesco doble, normal o por una sola línea. La doctrina de la interpretación de últimas voluntades adquirirá en estos momentos un valor excepcional.

Afirma el Sr. Castán que la necesidad de extender el derecho de representación al caso de repudiación de herencia se siente fuertemente en nuestros días, y cita en apoyo de esta tesis el notable trabajo de Santos Cruz, que hemos extractado en el número 152 de REVISTA CRÍTICA, de donde son las siguientes expresiones: “La no representación del renunciante sólo es explicable por razones de orden histórico.

Es una sobrevivencia del principio de que no se representa a las personas vivas, y bien puede hoy ser considerada como una anomalía, una aberración de la ley que repugna a la lógica jurídica, que la equidad y la justicia repelen."

Los razonamientos alegados pecan de exagerados y unilaterales. Normalmente hay que admitir que si el padre no ha muerto y no es indigno ni incapaz, y se halla al frente de la familia, ha de defender sus intereses y repudiar la herencia solamente cuando le convenga. El trastorno que el régimen de particiones sufriría si fuera necesaria la comparecencia en el Juzgado o la Notaría de todos los nietos o sobrinos, o de sus defensores judiciales, para confirmar los documentos de renuncia otorgados por sus padres; la escasa protección que esto significaría en los casos de existir un haber hereditario de consideración, que el padre podía enajenar al día siguiente, y la posibilidad de que al amparo de las acciones de representación trataran de litigar los descendientes sobre la simulación de las operaciones aprobadas, son argumentos que no pueden olvidarse en un pueblo como el español, que coloca en el primer plano familiar la autoridad del padre.

ERIK WOLF: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Grandes juristas de la historia del espíritu alemán) Tubinga, Mohr, 1939; págs. 592.

Erik Wolf es uno de los más destacados penalistas alemanes, cuyas teorías han sido adoptadas en España por el catedrático de Derecho penal Juan del Rosal (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, p. 352). Mencionamos de las obras de Wolf, por ejemplo, "Strafrechtliche Schuldlehre" (tomo I, 1928), "Der Sachbegriff im Strafrecht" (en "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", tomo V), "Die Typen der Tatbestandsmässigkeit" (Breslau, 1931), etc. El libro que tenemos a la vista aspira a esbozar el desarrollo histórico de nuestras concepciones jurídicas, analizando obras y vidas de célebres jurisconsultos. He aquí los nombres que han atraído la atención del catedrático de Friburgo: Eike, Zasius, Schwarzenberg, Oldendorp, Althusius, Conring, Grocio, Pufendorf, Thomasio, Savigny, Feuerbach, Windscheid, Ihering y Gierke.

I. Eike von Repgow vivía en la primera mitad del siglo XIII y es el autor del "Espejo de los sajones" y de la "Crónica sajona del mun-

do". La última es la primera obra histórica en lengua alemana. El "Espejo de los sajones" constituye una codificación creadora del Derecho feudal sajón, y fué escrito para enseñar al pueblo culto sus normas jurídicas. Eike tiene grandes méritos en haber aclarado los problemas acerca de la elección del Rey alemán. En cuanto a las relaciones entre Papado y Emperador, Eike defiende la teoría de su mutua independencia: Dios creó dos espadas para amparar a la cristiandad. Sin embargo, el Emperador está obligado a socorrer al Papa si éste no puede conseguir sus objetivos con los medios espirituales.

II. Ulrico Zasius pertenece al círculo humanista, capitaneado por el famoso Erasmo de Rotterdam. El espíritu renacentista le empuja a buscar el Derecho antiguo en su pureza, depurado de sus adulteraciones medievales. En este sentido, Zasius escribe las siguientes palabras: "Tengo en poca estima la jurisprudencia conforme la enseñan Bártolo, Baldo, etc. Si se deducen de ella los errores, poco queda de bueno. La barbarie estrangula el Derecho auténtico como una enredadera, llegando a sus más profundas raíces. Si los juristas no hubiesen acatado siempre ciegamente las autoridades de las glosas y de Bártolo, el Derecho se nos ofrecería de forma muy clara y pura, y la mayoría de aquellos comentarios asquerosos, rebosantes de errores, desaparecería. Los verdaderos y auténticos intérpretes se esfuerzan en esclarecer las mismas fuentes, explicando de la glosa y de los comentarios sólo lo verdadero y útil, de guisa que la comprensión no se perturbaría por el tifón de tantas eruditas opiniones." Zasius, auténtico humanista, cree que el Derecho romano contiene la "vera ratio". Mencionamos de sus obras "Lucubrationes" (1518) e "Intellectus iuris singularis" (1526).

III. Schwarzenberg es el autor de la "Bambergensis", es decir, del Código Penal de Bamberg (1507), que fué el modelo de la célebre "Constitutio Criminalis Carolina". Schwarzenberg, con fino criterio jurídico, busca el logro de la justicia en el caso concreto; así, intenta impedir que el procesado sufra daño por una práctica de prueba insuficiente, limita el campo de aplicación del tormento, y pone al Juez en guardia contra cuestiones capciosas o especiosas. La justicia de Schwarzenberg tiene savia social. Pese a su condena de la sublevación de los campesinos, condena conforme con la opinión de Lutero, Schwarzenberg se dió cabal cuenta de las taras sociales. Por esta razón Schwarzenberg se esfuerza, por ejemplo, en mejorar las

condiciones de los que se encuentran en prisión preventiva. Quien esté herido merece consideración al aplicársele el tormento. Tampoco se debe empeorar el estado de los enfermos por el empleo del tormento. La "Bambergensis" convierte la pena usual de las infanticidas, que consistía en enterrarlas vivas, en ahogarlas; disminuye el castigo del hurto famélico, etc. Aún durante la vida de Schwarzenberg, Brandenburgo introduce la "Bambergensis" como ley penal. Cinco años después de su fallecimiento, el Imperio alemán la recoge en la "Constitutio Criminalis Carolina" (1532), código penal que durante más de tres siglos estuvo en vigor.

IV. Oldendorp es el jurista representativo del protestantismo luterano. Oldendorp distingue el Derecho divino y el Derecho humano. El Derecho divino es, o positivo (el decálogo), o Derecho natural ideal. El Derecho humano es también, o positivo (ley y costumbre), o Derecho natural. El Derecho humano natural es muy inferior al Derecho divino natural. El pecado original ha debilitado la capacidad de los hombres, de suerte que resultan incapaces de concebir el verdadero Derecho natural—el divino—, teniendo que contentarse con el sucedáneo del Derecho natural humano. El Estado es una institución necesaria, dado el pecado original, ya que impide con la autoridad la decadencia en mayor y ulterior pecaminosidad. El Derecho humano positivo—"ius"—sufre la corrección de la equidad—"iustitia". La equidad exige, en primer lugar, que los Jueces tengan en cuenta la voluntad divina. Por ende, la equidad representa, en este caso, la repercusión del Derecho natural, divino o humano, sobre el Derecho humano positivo. En segundo lugar, hay que observar lo que dice San Mateo (7, 12): "Así que todas las cosas que quisierais que los hombres hiciesen con vosotros, así también haced vosotros con ellos; porque esta es la ley y los profetas." La tercera regla de la equidad manda tener en cuenta las circunstancias personales, temporales, objetivas y espaciales de cada caso. Sus dos obras principales son: "Elementaria introductio iuris naturae, gentium et civilis" (1539) y "De iure et aequitate" (1541).

V. Althusio es el jurista representativo de la reforma calvinista. Aparte de la influencia religiosa del dictador ginebrino, Althusio experimenta la filosófica del antiaristotélico Pierre de la Ramée. Este Petrus Ramus rechaza el método especulativo, que, según su entender, caracteriza a Aristóteles, y aboga a favor de un método sensualista e induc-

tivo. Althusio, en su libro "Politica Methodice Digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata" (1603), brinda al mundo el primer intento alemán de una sociología. Althusio, como calvinista que es, cree en la predestinación absoluta de todo acaecimiento. Por ende, se añan para él en un maridaje especial lo facticio y lo normativo, ya que cualquier acontecimiento constituye a la vez la realización de la voluntad divina. Dios es esencialmente poder, autoridad. Su símile en la comunidad es la Ley. "Quod Deus est in mundo, Lex est in societate." La justicia se deriva de la Ley; al menos, la Ley es la "ratio cognoscendi" de la justicia. El Estado es un ordenamiento natural (conforme a la doctrina aristotélica) y no un ordenamiento de necesidad (que es lo que enseñaba Lutero y, siguiéndole, Oldendorp). Sin embargo, sólo aquel Estado es auténtico que se inspira en la voluntad divina, como lo eran, por ejemplo, el Estado judío y las comunidades cristianas. En todo Estado existe autoridad, que deduce su validez de la "consociatio" de los individuos. Las comunidades forman una jerarquía. Las sociedades naturales del matrimonio y de la familia constituyen el punto de partida. A continuación nos encontramos con las asociaciones del Derecho privado, las corporaciones y los estamentos. Así llegamos a las "Consociationes publicae": los municipios y provincias. Finalmente, la serie culmina en la "Universalis publica consociatio", o sea el Estado. Erik Wolf descuella, sobre todo, que aunque Althusio construye el Estado como un contrato de asociación en que los individuos renuncian sus derechos, este contrato, como forma meramente jurídica, descansa en la ley natural de la necesidad de tal asociación y en la voluntad divina que predetermina todo ello; y destaca asimismo que los derechos renunciados no son los derechos abstractos y supraestatales del liberalismo, sino, las facultades concretas del hombre como miembro de una comunidad. El Estado abarca la función terrenal y espiritual. Althusio emplea como modelo para semejante doctrina el Estado calvinista en Ginebra. Althusio cree en la soberanía del pueblo, entendiendo por pueblo una entidad corporativamente organizada. Por tanto, él no es un precursor de la Revolución francesa, sino un conservador de las teorías germánicas, hecho que ha sido comprendido por Gierke.

VI. Conring es el fundador de la historia del Derecho alemán. En una de sus obras combate Conring la leyenda de que el Emperador Lothar II, había introducido el "Corpus Iuris Civilis" en Alemania

como Ley. Conring opina, al contrario, que el Derecho romano invadió Alemania, porque a partir del siglo XV los Jueces alemanes solían estudiar en Italia. El Derecho romano rige, por ende, como "usus fori"; y no tiene mayor dignidad que los usos germánicos. Esta teoría de Conring permite a los juristas tanto la invocación del Derecho romano como la del Derecho patrio, y era, por ello, de gran importancia. Conring publicó también estudios de Derecho político, en los cuales ataca el empleo de principios del Derecho romano en la ciencia del Derecho político. Conring es protestante y lucha contra la familia imperial católica de los Habsburgos, que apoyaban con frecuencia sus pretensiones sobre Derecho romano. Mencionamos de sus obras su "Historia del Derecho alemán" (1643), así como dos libros sobre Derecho político, publicados pocos años después: "De Germanorum Imperio Romano" y "De finibus Imperii Romano-Germanici".

VII. Hugo Grocio, nacido en 1583 como hijo del alcalde de Delft y fallecido en Rostock en 1648, llevaba una vida agitada. El profesor Arminio de Leyden rechazó el dogma calvinista de la predestinación. Oldenbarneveldt y Grocio, Fiscal general de la provincia de Holanda, se adhirieron a la fe arminiana. Mas una conferencia rechazó dicho dogma. Se condenó a Oldenbarneveldt a muerte y se le ejecutó. Grocio fué condenado a cárcel perpetua y confiscación de su fortuna. En la prisión, Grocio redactó su "De veritate religionis Christianae" y una introducción a la vida jurídica holandesa. Este último libro se utiliza todavía hoy día en Africa del Sur, adonde lo llevaron los "boers". En 1621 Grocio logró escapar de la cárcel gracias a la ayuda de su mujer, que le escondió en un cajón de libros. El célebre jurista holandés huyó, disfrazado como albañil, a Francia. En París elaboró el exilado su célebre obra "De iure belli ac pacis", nombrado entretanto embajador de Suecia en la capital gala. Este libro se publicó en 1625. Grocio es también autor de la obra "De iure praedae", escrita entre 1604 y 1605. Desde 1608 había aparecido como trabajo independiente el capítulo XII de esta obra, con el título de "Mare liberum".

Las doctrinas de Grocio consiguieron un éxito poco común. Tanto es así, que se celebra a Grocio como fundador del Derecho internacional público. Algunos autores combaten esta afirmación, reivindicando dicho mérito para los teólogos y juristas españoles del siglo XVI: Vitoria, Soto, Vázquez de Menchaca, Baltasar Ayala, Suárez.

rez, etc. (1). Para enjuiciar este problema de autoría conviene distinguir tres aspectos diferentes: 1.º Los teólogos y juristas españoles influenciaron, según propia confesión de Grocio (2), a éste al redactar su famosa obra. 2.º El contenido de las doctrinas de Grocio se halla ya, en lo esencial, en los escritos de Vitoria, Suárez, etc. 3.º No obstante, pese a la dependencia psicológica de Grocio de aquellos autores y habida cuenta de la coincidencia de las enseñanzas del célebre holandés con las de los grandes españoles del siglo XVI, la obra grociana llegó a cumplir una función que no podía cumplir la doctorina de ninguno de aquellos españoles. El mundo medieval formaba una unidad religiosa y política. La unidad religiosa se apoyaba sobre la Iglesia católica; la unidad política descansaba en el Sacro Imperio Romano. La Edad Moderna empieza con la quiebra de esta unidad. El protestantismo despoja a la Iglesia católica del ámbito universal de su autoridad, mientras que el nacionalismo desintegra el Sacro Imperio Romano en un gran número de Estados nacionales independientes entre sí. El problema de la Edad Moderna consistía, por tanto, en encontrar una base común para todos los pueblos, con independencia de la religión católica y del Imperio Romano, principios ambos que acababan de perder su fuerza coagulante. He aquí la razón porque la obra de los dominicos Vitoria y Soto o del jesuita Suárez no podían desempeñar el papel unificador, puesto que partían del punto de vista católico, así como la explicación del éxito del libro de Grocio, holandés y protestante. La situación es comparable con la de una casa comercial que, después de una quiebra, logra rehacer su fortuna. Los descendientes del comerciante que rehizo el patrimonio no olvidarán nunca el agradecimiento que deben a su salvador, aunque éste no haya superado el importe del capital acumulado por sus predecesores antes de la quiebra y si se haya inspirado en las prácticas comerciales de éstos. Así se ex-

(1) Véanse Kaltenborn: "Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des "ius naturae et gentium" (1848). Kohler: "Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts." (*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, X, páginas 253 y sigs.); Cathrein: "Ist Hugo Grotius der Begründer des Naturrechts?" (*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, IV, págs. 389 y sigs.); Nys: "Les origines du Droit international" (1894); "Le Droit des gens et les anciens jurisconsultes espagnols; Barcia Trelles, Francisco de Vitoria." (*Recueil des Cours*, 1927, II, páginas 112 y sigs.); James Brown Scott: "El origen español del Derecho internacional moderno" (Valladolid, 1928).

(2) *Del Derecho de la guerra y de la paz*, prolegómenos a los tres libros, números 37 y 38.

plica que Grocio reivindica validez para su Derecho natural, aunque no existiera Dios (1). Lo que precede constituye, en lo esencial, la opinión del célebre italiano Anzilotti (2).

Grocio construye su Derecho internacional público sobre los fundamentos del Derecho natural y el Derecho voluntario, que a su vez se subdivide en Derecho voluntario divino y Derecho voluntario humano (3). "El Derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la Naturaleza" (4). Grocio rechaza la extensión de la ley natural a los animales o los seres inanimados (5), siguiendo en este extremo a Vitoria (6) y a Suárez (7). La restricción de la ley natural a los hombres o su extensión a todos los seres está relacionada con dos acepciones de la noción "ley natural", las cuales algunas veces se confunden y otras no se distinguen con la deseable claridad. La ley natural se refiere, en algunas doctrinas, a los *preceptos morales* que deben ser comunes a todo el mundo, independientemente de su fe religiosa, siendo de hecho comunes a casi todos los pueblos. Sirva como ejemplo: "Haz a los otros lo que quieras para ti" (8). Mas la voz "ley natural" puede referirse también a las *leyes de las ciencias naturales* que rigen la vida de los seres, como, por ejemplo, a la unión del macho y de la hembra (9). En el segundo sentido se trata de leyes naturales que no son leyes jurídicas por no ser violables. Sólo en el primer significado nos encontramos con auténticas leyes normativas (10). Grocio simplifica las numerosas discusiones

(1) Grocio. l. c., núm. 11. V. también Ramón Pérez Blesa: *Universidad*, 1942, página 302.

(2) Anzilotti: *Lehrbuch des Völkerrechts* (Berlín, 1929, pág. 6). En el mismo sentido, Ramón Pérez Blesa: l. c., págs. 316, 318, 319.

(3) L. c., Libro I, cap. I.

(4) L. c., trad. española de Jaime Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1925), tomo I, pág. 52.

(5) L. c., págs. 55 a 57. Véase, acerca de esta cuestión, REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 681 y 682.

(6) Véase REVISTA CRÍTICA, l. c., pág. 681.

(7) Suárez: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Trad. española por Jaime Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1918), t. I, pág. 56.

(8) Véase, por ejemplo, Soto: *Tratado de la Justicia y el Derecho*. Trad. española por Jaime Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1922), t. I, pág. 99.

(9) V. Soto: l. c., págs. 97-98.

(10) Por ello, Suárez (l. c., t. II, págs. 54 y sigs.) afirma que la ley natural es la razón natural, y no es la misma naturaleza racional. Ya San Pablo, en su ley del

teológicas de si la ley natural es un hábito o un acto, si es unitaria o múltiple, si es común para todos o diversa, etc. El Derecho natural se demuestra, según Grocio, con arreglo a dos criterios: ya *a priori*, ya *a posteriori*. "*A priori*, si se demuestra la conformidad o disconformidad necesaria de alguna cosa con la naturaleza racional y social, y *a posteriori*, si se deduce no con seguridad muy cierta, pero a lo menos bastante probable, que es de Derecho natural lo que en todos los pueblos, o en todos los de mejores costumbres, se cree que es tal" (1). Sea dicho de paso tan sólo que Grocio abusa del criterio *a posteriori*. La obra de Grocio contiene interesantes doctrinas aún fuera de la órbita del Derecho internacional público. Así, Grocio distingue claramente el Derecho objetivo y los derechos subjetivos (2), así como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar (3). Como es sabido, no se discute sólo la paternidad del Derecho internacional público, sino también su naturaleza de auténtico Derecho. No entramos en este lugar en el fondo del problema. Mas no dejamos de recalcar que el Derecho no es un mero conjunto de normas, sino la extracción de normas de la realidad social (Derecho consuetudinario) y la incrustación de normas en esa misma realidad (Derecho legal), actividades ambas ejercidas por grupos de hombres (Jueces, legisladores, funcionarios, etc.) con espíritu de imparcialidad. Ahora bien, este elemento psicológico de la imparcialidad es el que dificulta la subsunción del Derecho internacional público en el ámbito del verdadero Derecho, puesto que la imparcialidad requiere a personas distanciadas de la contienda que no sean parte en ella, y esta distancia es tan difícil de hallar en una materia en que todas las relaciones se desarrollan entre un número pequeñísimo de entes que todos están afectados por los problemas de cada uno de ellos.

(Concluirá en el número próximo.)

LA REDACCIÓN.

"formite", emplea el vocablo en este sentido: "Mas veo otra ley en mis miembros, que se rebela contra la ley de mi espíritu y que me lleva cautivo a la ley del pecado que está en mis miembros." (Romanos, VII, 23.) V. Ramón Pérez Blesa: "La ontología de la Ley en la escolástica española" (*Universidad*, Zaragoza, año XIX, número 2, 1942, págs. 273-276).

(1) Grocio: l. c., t. I, pág. 57.

(2) L. c., t. I, págs. 47 a 52.

(3) L. c., t. I, págs. 316, 317.