

NUEVA SERIE

VOLUMEN IV

REVISTA DE LA
Universidad de Oviedo
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
DE OVIEDO

MARZO 1956

AÑO XVII - N.º 76



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. SAINO 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

| | |
|--|----|
| 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 del derecho, por Juan Manuel Pascual Quintana | 25 |
| Supuestos de la división del dominio en el Código Civil, por Alfredo García-Bernardo Landeta | 83 |

BIBLIOGRAFIA

NOTICIAS DE LIBROS Y RECENSIONES

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 Cabreros de Anta | 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 donne in France, por M. Dogan | 146 |
|--|-----|

SECCION DOCTRINAL

PROBLEMAS DEL ALBACEAZGO

EN el Seminario de Derecho civil, que funciona en esta Universidad, se ha tratado durante el presente curso del albaceazgo, y de entre los diferentes puntos tratados con relación a ese tema, he escogido un par de ellos, en torno a los que más interés se despertó, para llevarlos a las páginas de la Revista de la Facultad. Son, respectivamente: 1.º nombramiento condicional de albacea; 2.º nombramiento de albacea por un tercero.

Evidentemente es imposible recoger aquí todos y cada uno de los puntos de vista expuestos sobre los mismos. Se trata sólo de reflejar, en sus líneas generales, la posición y fundamentos de la ponencia mantenida, tal como, después de ser sometida a discusión, me pareció más razonable que quedara formulada.

I

NOMBRAMIENTO CONDICIONAL DE ALBACEA

El nombramiento de albacea se puede hacer puramente o no, porque ni la ley ni la naturaleza de la figura en estudio hacen de él un *actus legitimus*.

No parece dudoso que las normas aplicables a los nombramientos condicionales son, en principio, las dictadas para la institución de heredero o legatorio (C. c., arts. 790 y

siguientes). De manera que el nombramiento de albacea o la institución de heredero, si son condicionales están sometidos *por ser condicionales* a las normas concretas que afectan a los nombramientos o instituciones que son condicionales, además de *por ser nombramiento de albacea e institución de heredero*, estar sometidos también a las reglas generales de éstos. Cabe decir, asimismo, y por analogía de lo establecido en el artículo 791 respecto de los herederos y legatarios, que las condiciones en el albaceazgo, en lo no prevenido en los artículos 790 y siguientes, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Si a todo lo dicho antes se añade que evidentemente la aplicación al albaceazgo de las normas dictadas para la herencia o el legado condicionales, no es posible cuando lo impida la naturaleza diferente de una y otra cosa, habrá quedado, en términos generales, visto lo referente al albaceazgo condicional.

Pero se pretende ahondar más en esta cuestión.

Visto ya lo dispuesto en los artículos 790 y 791, parece seguro, por lo que se refiere a los restantes de la sección cuarta («De la institución de heredero y del legado condicionales o a término») referentes a la condición, que no es susceptible de aplicación al albaceazgo lo establecido en los siguientes: 793, 2.º; 797; 798, 1.º (1); 799 (ni hay posibilidad de problemas en torno a la relación posible de éste con el 759, ya que el llamamiento al albaceazgo, siendo personalísimo, no es transmisible a los herederos del llamado) y 800 a 804.

Y entremos, ahora, en las diferentes clases de condición:

Por lo que atañe a las suspensivas y resolutorias, las primeras retrasan hasta que se cumplen el llamamiento del albacea, por aplicación de la regla general atinente a las disposiciones condicionales (C. c. art. 1.114), concretada para las disposiciones *mortis causa* en la doctrina referente al

(1) Artículos, estos dos, que realmente se refieren al modo, improcedente en el nombramiento de albacea, que no es una liberalidad.

llamamiento de heredero o legatario (2), y las segundas hacen cesar el albaceazgo (C. c. art. 1.114). No hay, sin embargo, efectos retroactivos: en un caso tendrá el albacea que comenzar a cumplir o continuar cumpliendo (si el cumplimiento ya lo iniciaron otros albaceas anteriores o los herederos) lo dispuesto en el testamento; en el otro, no se borra retroactivamente, cuando el albaceazgo cese, lo que del testamento ya se hubiese cumplido.

En ambos supuestos —condición suspensiva y resolutoria— no se aplican normas dictadas para la institución de heredero o de legatario, normas generales que faltan, sino las reglas propias de tales condiciones.

Hasta que resulte llamado el albacea, en el caso de condición suspensiva, o desde que cese en su cargo, en el de resolutoria, a tenor del artículo 911, como regla, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

En el último caso, como es natural, deberá rendir cuentas a tenor del artículo 907.

Puede ocurrir, asimismo, que antes o después de los albaceas nombrados con condición suspensiva o resolutoria, sean nombrados otros albaceas. Habrá, pues, un relevo en el cargo, pero las cuentas las rendirán los salientes a los herederos y no a los entrantes.

Hay institución condicional de albacea en el supuesto de que varios sean instituidos sucesivamente (C. c. art. 894, 2.º). La condición para el posterior puede ser tanto que no llegue a serlo el instituido preferentemente, como que cese de serlo éste, que ya fué albacea, pues se trata de que albaceas sucesivos son lo mismo los instituidos unos *en defecto* de otros, que los instituidos unos *después* de otros.

(2) DEGNI, pág. 7; FILOMUSI GUELFU, pág. 121; RADAELLI, página 166; NICOLA COVIELLO, pág. 141; RUGGIERO-MAROI, pág. 381; BARASSI, pág. 30; BUTERA, pág. 8; CASTAN, IV, pág. 154; DE DIEGO, pág. 354; TRAVIESAS, pág. 9; GARCIA VALDECASAS, pág. 994; GILTRICIA, pág. 22.

Puede ocurrir que el albacea sea nombrado pura y simplemente para desempeñar el cargo, pero bajo condición suspensiva o resolutoria para cierto sector de facultades o para una parte de su misión, etc.; como si, por ejemplo, se dispone que sea albacea Ticio, pero que sólo se encargue de ciertas mandas piadosas, si se convierte al catolicismo. Las facultades o parte de misión que dependan de la condición competirán a los herederos si la condición, respectivamente, falta o se cumple (art. 911).

Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas (artículo 792). El albacea, pues, resulta nombrado puramente.

Ahora, bien: ciertas condiciones que tienen una regulación particular en materia de institución de heredero o de legado, plantean, al menos *prima facie*, la duda de si esa regulación debe aplicarse al albaceazgo, ya que, en los supuestos correspondientes, se trata de que las cosas varían si la condición puesta en conexión con la liberalidad (herencia o legado) a ella sometida, se conecta no con esa liberalidad, sino con el nombramiento de un albacea. Tal es el caso de los artículos 793, 1.º, y 794.

Debo pensarse que ni la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio (art. 793, 1.º) se tendrá por no puesta al albacea, ni la de que éste haga en su testamento alguna disposición a favor del testador (art. 794); anulará su nombramiento.

Apóyase tal opinión en que lo inmoral o ilícito de dichas condiciones no reside en ellas mismas —es decir, en el hecho puesto como condición—, sino en la influencia que la liberalidad condicionada —sometida a ellas— pueda ejercer en la voluntad del que ha de realizar el hecho en que la condición consiste. O sea, lo inmoral o ilícito es la posible influencia en la decisión de abstenerse del matrimonio, o lo inmoral o ilícito es la captación de la última voluntad (3). Mas no sien-

(3) Por eso, cuando la condición es inmoral o ilícita en sí (cuando lo es el hecho puesto como condición), se tendrá por no puesta —art. 792— también al nombramiento de albacea; por ejemplo: nombro albacea a A. si asesina a B.

do de por sí en absoluto una liberalidad el nombramiento de albacea, sino suponiendo, por el contrario, una carga para el interesado el cumplimiento de su misión, no parece que; egoístamente, haya de no casarse o de disponer de sus bienes a favor del testador o de otra persona, para conseguir de ese modo el albaceazgo. En definitiva, no ofreciéndole liberalidad alguna que fuese posible *motivo decisivo* de su conducta, no parece que haya inconveniente en someter el nombramiento de albacea a las condiciones de los artículos 793, 1.º, y 794; porque se trataría simplemente de que para el albaceazgo no son inmorales ni ilícitas, y se querría o no algo para, *el supuesto* de que sucediese o no una cosa, que acontecerá o no de por sí (y que en sí no es ilícita ni inmoral), pero en cuya realización no influirá (hipotéticamente) la disposición condicional, influencia en que precisamente consistiría la inmoralidad o ilicitud.

Debe considerarse lo anterior seguro para cuando ni se hubiese dejado nada al albacea ni se le hubiese señalado remuneración alguna. Mas, respecto del caso contrario —artículos 900 y 908—, puede surgir duda sobre el posible enlace —por lo menos desde el punto de vista práctico— entre liberalidad (que de hecho resultaría condicional) y albaceazgo condicional.

Para resolver la cuestión parece que, en todo caso, hay que discriminar lo que sea liberalidad de lo que no lo sea; y en este segundo supuesto —en cuanto que no hay liberalidad—, vale lo que ya he sostenido anteriormente. Pero en el supuesto primero, aunque realmente existen dos disposiciones distintas y separadas —institución en el albaceazgo e institución en los bienes— ambas disposiciones se encuentran relacionadas en el sentido de que, como de no cumplirse la condición y no alcanzarse aquel cargo no se recibirá la liberalidad, el deseo de obtener ésta puede influir en la decisión de cumplir la condición (no casarse o realizar en el propio testamento una disposición a favor de otro), influencia que es en lo que consiste la inmoralidad.

Parece que no juega en la cuestión el artículo 900, porque éste vale para cuando, *resultando llamado al cargo, no se acepte* (no importa, ahora, lo relativo a la renuncia, una vez

que se está ejerciendo), y si, por incumplimiento de la condición, no se es llamado, no caemos dentro de la hipótesis de no aceptación (repudiación), precisa para que se aplique la sanción del artículo 900. En conclusión: el no llamado al albaceazgo porque se casó (si la condición era de no casarse) o porque no dispuso en su testamento a favor de determinada persona (si la condición era captatoria), puede, sin embargo, recibir la liberalidad, porque el artículo 900 no reza con él.

El problema de la inmoralidad o ilicitud de las condiciones de los artículos 793, 1.º, ó 794, puestas al albaceazgo, sólo surge, pues, si el testador dispone una liberalidad a favor de quien sea albacea (persona indeterminada) o de Fulano (persona determinada) si es albacea. Ahora bien: en ambos casos, la inmoralidad o ilicitud del conjunto existe, ya que la liberalidad puede influir en la decisión de no casarse o de realizar la disposición testamentaria a favor de quien indicó el otro testador, y, por tanto, dándose la *ratio* de las sanciones de los artículos 793, 1.º, ó 794, deben aplicarse éstas. Luego el nombramiento de albacea será puro (793, 1.º) o nulo (794), y la liberalidad se recibirá, desde luego, y sin necesidad de no casarse, si se llega a ser albacea, o, desde luego, no se recibirá, aunque en su testamento el sedicente albacea realice la disposición apetecida por el otro testador.

Por último, son aplicables al albaceazgo los artículos 795, 796 y 798, 2.º. A tenor de los dos primeros: La condición puramente potestativa impuesta al albacea ha de ser cumplida por éste, una vez enterado de ella, después de la muerte del testador; exceptuándose el caso de que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse. La condición casual o mixta, bastará que se cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa. Si se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida, cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo.

A tenor del tercero: Cuando el interesado en que la condición se cumpla o no, impidiere su cumplimiento (o incumplimiento), sin la culpa o hecho propio del albacea, se

considerará cumplida (o incumplida) la condición. Por ejemplo, si el heredero, deseoso de librarse del albacea nombrado condicionalmente, impide o provoca el hecho puesto como condición suspensiva o resolutoria.

II

NOMBRAMIENTO DE ALBACEA POR UN TERCERO

No hay acuerdo sobre si el nombramiento de albacea puede dejarse al arbitrio de un tercero.

Nuestra doctrina no suele tratar la cuestión concreta, pero los autores que lo hacen se inclinan por la negativa (4), bien sin más, bien apoyándose en que: 1.º «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario» (artículo 670, 1.º) (5). 2.º. Las palabras del artículo 892 exigen que la designación de albacea se haga por el mismo *testador* (6) y no por un tercero a quien éste faculte (7).

La doctrina extranjera, sobre Derechos análogos al nues-

(4) LACRUZ, pág. 204; SANCHEZ ROMAN, pág. 1.404; ROCA en RIPP, página 225.

(5) LACRUZ, pág. 204; SANCHEZ ROMAN, pág. 1.404.

(6) Ciertamente, la Ley, al referirse al nombramiento del albacea, o a lo que para él pueda disponerse, únicamente contempla el caso de que lo realice el testador (artículos 892, 897, 902 principio, 904, 905, 908, 909). Mas esto no es argumento en sí: 1.º, porque puede decirse contemplado sólo el supuesto normal; 2.º, porque prueba que puede nombrarlo el testador, pero no que sólo pueda nombrarlo éste; quedando el problema en pie para cuando el testador conceda poder a tercero.

(7) MANRESA-OGAYAR, pág. 831. Sin embargo, realmente estos autores autorizan el nombramiento por tercero cuando «recae esta facultad en los herederos; o en el mismo albacea nombrado y autorizado para delegar (artículo 909)».

tro, discrepa respecto a la posibilidad de dejar el nombramiento al arbitrio de tercero (8).

Por último, el B. G. B., *partiendo de concebir el testamento como acto PERSONALÍSIMO* (2.064 y 2.065), dispone, sin embargo, expresamente que «el causante puede encomendar a un tercero la determinación de la persona del ejecutor testamentario».

La determinación se realiza por declaración frente al Tribunal del caudal relicto; la declaración ha de emitirse en forma públicamente autenticada» (2.198, 1.º).

Desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, se puede opinar que el testador puede conferir a otra persona, sea un particular o no (por ejemplo, la autoridad judicial), la facultad, bien de nombrar o no albacea, bien de nombrar a quien estime oportuno: con lo que se puede dejar al arbitrio de tercero, lo mismo la existencia del albaceazgo que el sujeto llamado a desempeñarlo (9).

Tal opinión se apoya en los siguientes argumentos:

1.º El principio de que el testamento es un acto personalísimo, tal como debe ser entendido, es perfectamente compatible con la tesis que defendida, pues se trata de que se persigue evitar que las *liberalidades* (institución de *sucesores*) puedan no ser dispuestas por el propio testador, por

(8) Por la negativa: CUNHA, págs. 204 y 205; BUTERA, pág. 405; NATOLI, pág. 337. Por la afirmativa: LOSANA, pág. 405, núm. 1.038; AZZARTI y MARTINEZ, pág. 545, núm. 309; MANCA, pág. 628; GANGI, págs. 538 y 539; D'AVANZO, pág. 940.

(9) Las razones que se exponen a continuación apoyan que se pueda dejar al arbitrio de tercero quien haya de ser albacea; pero queda justificada también la otra tesis —dejar al arbitrio de tercero la existencia del albaceazgo— puesto que imponiendo el nombramiento de un albacea, cuya designación se concede al tercero, se excluye la ejecución del testamento por los herederos (art. 911) o por albacea dativo, mientras que autorizando a nombrar o no albacea, lo único que se hace es dejar más libertad al tercero para que elija quiénes han de ejecutar el testamento: si los herederos o el albacea.

el evidente peligro que aquéllo encierra, peligro que desaparece si se trata no de designar sucesor, sino albacea (10).

El espíritu del artículo 670 es algo más reducido que su letra; tal artículo fué dictado para excluir el antiguo testamento por comisario (como se desprende, además, de la parte final de su primer párrafo), que disponía de los bienes del *de cuius*; y que se persigue excluir esto, lo prueba el párrafo segundo del mismo artículo, que nos da la medida justa del espíritu del primero; dicho párrafo segundo («Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la SUBSISTENCIA del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente») muestra que no se puede dejar al arbitrio de tercero la *subsistencia* de las disposiciones que no se pueden encomendar a tercero: disposiciones sobre la *sucesión* en los bienes; precisamente ese párrafo segundo está dictado con la mira de que el primero no resultase burlado, dejando al arbitrio del tercero, no la disposición, pero sí su *subsistencia*; lo cual prueba que un párrafo y el otro abarcan las mismas disposiciones.

Sin embargo, la *expresión* de la ley parece contundente en contra de la tesis que se defiende: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación *en todo o en parte* al arbitrio de un tercero».

Mas tal expresión pierde mucha contundencia si se piensa que ese todo o parte (el nombramiento de albacea es normalmente, por realizarse con otras disposiciones, *parte* del testamento, y ya se comprende que la *letra* de la ley no deja al tercero ni siquiera el poder de hacer *parte* del mismo) del *testamento*, que no se puede hacer por otro, son el todo o parte del *testamento* que se acaba de definir tres artículos antes como «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de TODOS sus *bienes* o de PARTE de

(10) No podría quedar también al arbitrio del tercero disponer de bienes a favor del albacea, ni tampoco designar a quien, por ser albacea, habría de recibir lo que hubiese dejado el testador al que lo fuese. Esas disposiciones de bienes deben ser nulas.

ellos» (artículo 667). Además, si se pretende aplicar absolutamente el espíritu que cabe en la amplia letra del artículo 670, 1.º, pronto es fácil advertir, a la vista de las disposiciones *mortis causa* que pueden hacerse en el testamento (11), lo inaceptable de la interpretación amplia que se ataca, que impediría dejar al arbitrio de otras personas cosas a que ni en la práctica se extiende la prohibición ni sería razonable extenderla (piénsese en funerales, enterramientos, publicación de obras del *de cuius*, etc.).

Por todo ello parece que, tratándose de disposiciones diferentes a herencia y legado, para ver si es posible encomendar a un tercero que las haga por nosotros, habría que —con omisión del artículo 670— examinar caso por caso la naturaleza de aquéllas y sopesar los argumentos posibles a favor o en contra, para concluir si el tercero puede o no tener intervención.

La compatibilidad del carácter personalísimo del testamento (tal como ese carácter debe entenderse) con la designación de albacea por un tercero, al que autorice para ello el testador, la prueba el B. G. B., admitiendo, como se ha visto, tal compatibilidad (12); y la correcta inteligencia de la exclusión absoluta de la intervención de terceros la prueban artículos como los 834 y 835 del Código italiano de 1865 y el 631 del de 1942, en los que dicha exclusión se refiere específicamente —como en el espíritu de nuestro artículo 670, 1.º, corroborado por su párrafo segundo— a la herencia o legado.

2.º La delegabilidad del albaceazgo (art. 909).

Este es el mejor argumento en pro de que el testador pueda autorizar el nombramiento de albacea por un tercero, como puede autorizar a un tercero —el albacea— para que nombre otro *albacea*, que, al fin y al cabo, en la parte que importa, esto es delegar el *cargo* (obsérvese bien, el *cargo*, y no sólo sus *funciones*).

(11) Cfr. GIAMPICCOLO, págs. 10 y sigs.

(12) Siempre puede, no obstante, argüirse que se trata de una excepción admisible sólo si la establece la ley.

Indudablemente esa delegalidad presta un apoyo decisivo a la interpretación (que se mantiene del artículo 670, y la misma ha bastado a la doctrina italiana (13) para defender, por analogía, la posibilidad del albacea nombrado por un tercero sobre la base de que lo autorice el testador, siendo de advertir que el artículo 700 del vigente Código italiano es aún menos radical que nuestro 909, pues permite sólo la sustitución del albacea («delegar el cargo», de nuestro Código) cuando éste *no pueda* continuar en tal cargo, mientras que nuestro susodicho artículo la permite *siempre*.

Claro está que hay diferencia entre *nombramiento* de albacea hecho por un *tercero*, y *delegación* del cargo verificada por el ya *albacea*. En primer término, el que delega es un albacea, y el tercero, no (aunque *podiese* serlo: nombramiento —no delegación— de albacea hecho por otro albacea; sobre esto se volverá después). En segundo término, en un caso hay atribución a un sujeto —albacea— de *facultades* y del poder de *transferirlas* —delegarlas—; mientras que en el otro hay sólo atribución a un sujeto —el tercero— de la facultad de designar a otro —albacea—. Pero esas diferencias entre delegación y nombramiento por tercero, sólo demuestran que éste no es el acogido en el artículo 909; mas en este artículo, que permite *transferir* a otro las facultades concedidas por el testador (delegación), no cabe duda que puede basarse el *conferir* a otro las facultades fijadas por aquél, pues en la *esencia de adquirirlas por el nombrado* (que es lo que importa al argumento de analogía), lo mismo da que antes las tuviese otro que no.

Eso parece que justifica, desde luego, la posibilidad del nombramiento de albacea dejado al arbitrio de tercero.

(13) Véase nota 8. Como dice GANGI —pág. 538—: «Si se admite que el testador pueda autorizar al ejecutor nombrado por él para nombrar otro ejecutor en sustitución, cuando no pueda continuar en el cargo, debe considerarse igualmente admitido que el testador pueda, desde luego, dejar al arbitrio de un tercero la designación de la persona del ejecutor». O, como afirma MANCA —pág. 628—: «En uno y otro caso es siempre la voluntad del testador la que inviste a otro de un encargo de confianza, y no hay razón para que no deba ser respetada».

3.º Prácticamente, el testador, puede, en todo caso, otorgar a un tercero el poder de nombrar albacea, nombrando albacea a este tercero; como puede remitir al juez la designación cuando, sin nombrar él albacea, excluya que la ejecución del testamento corresponda a los herederos (art. 911), en cuyo caso procederá el nombramiento de albacea dativo. Ciertamente se puede objetar que en aquel caso ya hay un albacea, y que se trata de ver si el tercero puede no ser albacea. Mas, ante esto, hay que entender que si todo va a depender del nombre —*flatus vocis*—, la cuestión desaparece, porque entonces (admitiendo por analogía del artículo 909 el poder de que un albacea nombre a otro) bastaría decir que el tercero no puede menos de ser albacea, aunque no se le denomine así, porque el encargarlo del nombramiento de otro es hacerlo albacea particular (art. 894, 1.º).

4.º La Dirección General de los Registros ha admitido la posibilidad de que se nombren albaceas con la facultad de proponer al juez el nombramiento de otra persona que, con el carácter de albacea dativo, desempeñe el cargo con los nombrados por el testador (Res. de 16 de mayo de 1903). Se trata, pues, no de *delegación* (14), sino de proponer el nombramiento de albacea una persona que no es el testador.

5.º La designación de albacea por un tercero puede ser en algunos casos útil o necesaria, dada la naturaleza de las disposiciones testamentarias que se trate de cumplir: piénsese en aquellas que interesen a la Historia, literatura, arte, investigaciones científicas, etc., para las que tal designación, en ciertos casos, nadie mejor que terceros (particularmente entidades especialistas) pueden llevarla a cabo (15).

6.º La voluntad del testador debe regir la situación que provoca su muerte, salvo los límites puestos por la ley,

(14) ROCA —en KIPP, pág. 225— entiende, por el contrario, que el poder de delegar ha de entenderse en el sentido de poder designar el albacea quién le suceda totalmente en el cargo, pero no de poder designar albaceas auxiliares, sin perjuicio de, desde luego, encomendar, si se quiere, a otros la ejecución o realización de determinadas gestiones o actos.

(15) Cfr. MANCA, pág. 628; GANGI, pág. 539.

límites que faltan en lo que atañe a la exclusión de la designación de albacea por el tercero, pues ya hemos visto que el artículo 670 afecta al nombramiento de heredero y legatario.

En definitiva, el testador puede dejar al arbitrio de tercero el nombramiento de albacea o la subsistencia del nombrado (16); el tercero lo mismo puede o no ser un particular (por ejemplo, la autoridad judicial), y, en aquel caso, no sólo el heredero u otro albacea (17), sino cualquier otra persona. Además, es obvio que pudiendo dejar, sin más, el nombramiento al arbitrio de tercero, pueda limitar ese arbitrio (determinación de forma en la que ha de nombrarse, o plazo para ello, o sujetos elegibles, etc.).

El sujeto designado debe ser capaz a tenor del artículo 893 (18).

La forma de designarlo, salvo voluntad contraria del

(16) Piénsese que esto sería condición resolutoria. Por ejemplo: sea albacea A hasta que lo decida B, o hasta que B lo decida, siempre que pruebe que A hizo tal o cual cosa; en cuyo supuesto no se deja la subsistencia al mero arbitrio de B.

(17) Como creen MANRESA-OGAYAR, pág. 831. Téngase, además, en cuenta que si no fuera admisible dejar el nombramiento de albacea al arbitrio de tercero, precisamente sería más aceptable cualquier otra excepción a la regla, que la hecha a favor de los herederos, por ser quienes normalmente podrían tener intereses contrapuestos a los que defendiese el albacea, cosa que podría influir peligrosamente en la elección.

(18) En cuanto a la capacidad que deba tener el tercero, puede pensarse que haya de ser la precisa para el albaceazgo; pero, si se medita más profundamente, se observa que aquella se exige al albacea por razón de las obligaciones que contrae, de la eventual responsabilidad en que puede incurrir y de los actos que en el ejercicio del cargo deba realizar; por todo lo cual, no hay motivo para exigir la misma a quien nada de esto afecta, sino que sólo elige a un sujeto para el desempeño de dicho cargo. Bastaría, pues, que el tercero tuviese capacidad para testar (art. 663), edad en la que él mismo podría nombrar albacea para sí. No obstante estas razones, si se entiende que el poder de nombrar albacea al tercero, éste habrá de tener la capacidad necesaria para serlo.

testador, puede ser cualquiera (19). En cuanto al plazo dentro del cual debe hacerse el nombramiento, si no se ha marcado o se deduce otra cosa del fin perseguido, es pensable aplicar por analogía varias normas —artículos 904, 1.005, 1.128—, pero, habida cuenta de que la misión del tercero es facilitar un nombramiento en el que el interesado se le urge la aceptación, parece más acertado conceder a dicho tercero el plazo de seis días que marca el artículo 898, a partir de que tenga noticia del encargo que se le confirió, o bien que la tenga de la muerte del testador, si lo conocía desde antes. Si el nombramiento se defirió a la autoridad judicial, puede seguirse el sistema de nombramiento de albaceas dativos.

Si, de cualquier manera, el nombramiento no se realiza válidamente, siempre es posible, en tiempo hábil, realizar otro debidamente; mas si el tercero no acepta nombrar o después no quiere o no puede hacerlo, la ejecución del testamento se confiará a los herederos o a quien proceda (albacea sustituto, albacea dativo).

Al tercero que no nombra albacea, si se le confirió el encargo de que lo nombrase (caso distinto al de concederle el poder de nombrarlo o no, a su discreción), le son aplicables, por analogía, las normas referentes al albacea que no acepta el cargo (art. 900).

Aún suponiendo que se designe albacea por el tercero, no ya negligentemente sino de mala fe, a falta de límites puestos por el testador de una u otra forma (por ejemplo, bajo forma de condición resolutoria para la cesación en el cargo del albacea nombrado), no queda otro camino para poner fin a la gestión que el de la remoción, cuando es posible.

MANUEL ALBALADEJO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

(19) No hay que nombrarlo en testamento, porque tal exigencia se entiende para el albacea nombrado por el testador, y, cuando éste conceda a un tercero el poder de nombrarlo, es dicha concesión la que ha de hacerse en testamento. El tercero no ha de designar al albacea de una forma determinada, lo mismo que el albacea que delega el cargo —art. 909— tampoco ha de delegarlo así

LISTA DE AUTORES

- AZZARITI Y MARTINEZ: Sucesiones a causa de muerte e donazioni, 2.^a ed., Padova, 1948.
- BARASSI: Le successioni per causa di morte, 3.^a ed. Milano, 1947.
- BUTERA: Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni, Torino, 1940.
- CASTAÑ: Derecho Civil, I, 2.^o, 8.^a ed. 1952, y IV, 5.^a ed. Madrid, 1912. Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales, Madrid, 1954.
- COVIELLO, NICOLA: Delle successioni, Parte General, 4.^a ed. Nápoles, 1935.
- CUNHA: Tratado de Direito civil, vol. X, Coimbra 1936.
- D'AVANZO: Delle successioni, Firenze, 1941.
- DE DIEGO: Instituciones de Derecho Civil español, III, Madrid 1932.
- DEGNI: Lezioni di Diritto civile. La successione a causa di morte, IV, Padova, 1937.
- FILOMUSI GUEIFI: Diritto ereditario, I. Roma, 1909.
- GANGI: La successione testamentaria, II, 2.^a ed. Milano, 1952.
- GARCIA VALDECASAS, Guillermo: De nuevo sobre la adquisición de la herencia en R. D. P., 1951, págs. 991 y sgs.
- GIAMPICCOLO: Il contenuto atípico del testamento, Milano, 1954.
- GITRAMA: La administración de la herencia en el Derecho español, Madrid, 1950.
- LACRUZ: Anotaciones a la traducción del Derecho de sucesiones, de Binder, Barcelona, 1955.
- LOSANA: «Sucesiones testamentarie» en Digesto italiano, XXI, 4.^a parte.
- MANCA: en D'Amelio, Comm. al C. C. Libro delle sac. e delle donazioni, Firenze, 1941.
- MANRESA-OGAYAR: Comentarios al C. c. VI, 7.^a ed., 1951.
- NATOLI: L'amministrazione dei beni ereditari, I, Milán, 1917.
- RADAEELLI: L'eredita giacente, Milán, 1918.
- ROCA: Anotaciones a la traducción de Kipp (salvo indicación las citas se refieren al volumen segundo).
- RUGGIERO-MAROY: Istituzioni di Diritto privato, 8.^a ed., Milán, 1950.
- SANCHEZ ROMAN: Estudios, VI, 2.^o, 2.^a ed.
- TRAVIESAS: «Sobre derecho hereditario», en R. D. P., 1921, págs. 1 y sgs.

"Breve ensayo sobre las directrices del pensamiento filosófico-jurídico del racionalismo, idealismo y positivismo, para la formación del concepto del Derecho"

D

El pensamiento filosófico-jurídico ha experimentado a lo largo de la historia diversas corrientes de pensamiento que han influido profundamente en la formación del concepto del Derecho. Entre las más destacadas se encuentran el racionalismo, el idealismo y el positivismo. Este ensayo tiene como objetivo analizar las directrices de cada una de estas corrientes y su impacto en el desarrollo del pensamiento jurídico.

El racionalismo, que surge en el siglo XVII, se basa en la idea de que el conocimiento verdadero se obtiene a través de la razón y la lógica. En el ámbito jurídico, esto implica que el Derecho debe ser fundamentado en principios racionales y universales, más que en tradiciones o costumbres. Pensadores como Hugo Grocio y Immanuel Kant desarrollaron esta perspectiva, buscando bases sólidas y consistentes para el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el idealismo, que surge en el siglo XVIII, enfatiza el papel de la mente y la conciencia en la construcción de la realidad. En el derecho, esto se traduce en una visión que prioriza los valores éticos y morales que deben guiar la actuación jurídica. Pensadores como Georg Hegel y Friedrich Schlegel exploraron cómo el espíritu del tiempo y la cultura influyen en el desarrollo del Derecho.

Finalmente, el positivismo, que surge en el siglo XIX, se centra en el estudio objetivo del Derecho como un fenómeno social. Para los positivistas, el Derecho es simplemente lo que el Estado prescribe y sanciona, independientemente de su contenido moral o racional. Este enfoque busca separar el derecho de la moral y establecer criterios claros para su interpretación y aplicación.

SUMARIO

I. Racionalismo. Su formación.

- a) Iusnaturalismo. Grocio y Hobbes.
- b) Racionalismo subjetivo y su integración a través de los principios de voluntad y libertad. Rousseau y Kant.

II. El idealismo

- a) El apriorismo (de Stammler.
- b) Tendencia formalista de Del Vecchio.
- c) Normativismo puro. Kelsen. Su superación por la teoría egológica de Cossio.
- d) El idealismo absoluto de Hegel.
- e) Posición ecléctica de Krause. Su influencia en España.
- f) El Derecho como fenómeno cultural.

III. El positivismo.

- a) El Derecho es un fenómeno de evolución social. La Escuela histórica.
- b) Movimiento de reacción contra la Escuela histórica. El positivismo jurídico. El fin del Derecho como regulador de la vida social. Teoría general del Derecho.
- c) El utilitarismo como precursor de la Escuela analítica y su repercusión en las doctrinas continentales.
- d) El Sociologismo jurídico.

Conclusión.

I.—RACIONALISMO. SU FORMACION

a) *Iusnaturalismo. Grocio y Hobbes*

DESDE que Aristóteles determinó con el más puro rigor doctrinal la existencia de un Derecho natural (1), sentó unas bases incommovibles que, en su devenir histórico, serían motivo de las más apasionadas especulaciones; las dialécticas más abstractas y empíricas de la Filosofía jurídica de trascendencia influjo en el pensamiento humano, tendrán su punto de partida en la delimitación que, tan acertadamente, estableciera el Estagirita; cierto es que, ya con anterioridad, los griegos habían precedido la existencia de un algo superior que regia por encima de los hombres, y de las pasiones de los dioses; no sólo el Universo, sino también el mundo del espíritu y de las ideas, por consiguiente tales imperativos innatos que, sin fuerza de obligar externamente, sometían la conducta de los hombres, hacia que, éstos, repudiaran los mandatos que, sin ser del todo injustos, se oponían a los establecido por Naturaleza (2), pero identificándola, en cierto modo, con la religión (3); la potestad de dictar normas los

(1) *Moral a Nicomaco. Lib. I. cap. VII.* «Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro y lo puramente legal es todo lo que, en un principio, puede ser indiferente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto».

(2) *Sofocles*, puso en boca de Antígona la célebre frase de que «por encima de tu decreto está la ley de los Dioses».

(3) *Aramburu. Filosofía del Derecho. T. I. pág. 44 y sigs., 1924. Cathrein. Filosofía del Derecho, trad. esp. pág. 164 y sigs. Madrid, 1945.*

legisladores, en sus primicias, era como un don concedido por la divinidad, que les hacía custodios de la ley eterna para proteger, premiando, y corregir, castigando (4); la virtud, es la suprema cualidad del hombre, enseñó Platón, y dentro de esa virtud se integran los principios cardinales de la justicia, que conjugados con la ley natural que domina el mundo, la hacen gozar de valor universal; si a ello se une la libertad, permitirá que obre conforme a la Naturaleza.

Las ideas de Sócrates, servirán a los estoicos de principios para sus axiomáticas reflexiones, llegando a extremos avanzadísimos, en relación con su época—, como a la negación más rotunda de la esclavitud que había encontrado su justificación, incluso, en Aristóteles, y esta posición la dedujeron de la propia independencia del hombre, por derivación de la Ley racional; abiertamente contra esta doctrina, se alza la escuela epicúrea, que niega la sociabilidad del hombre; entre éstos, no puede existir más que una lucha permanente, a través de este estado antisocial, de común acuerdo, celebran un pacto de utilidad que salvaguarde sus propios intereses; el Derecho, para Epicuro y sus seguidores, es un pacto, producto de la voluntad que tiene como secuela el Estado, guardador y depositario del acuerdo.

Estas posiciones han de tener eco en el decurso de los siglos, y así, mientras las directrices marcadas por Sócrates, Platón, Aristóteles y los estoicos, culminarán en un Derecho natural cristiano, la doctrina de los epicúreos de matiz protestante encarna el iusnaturalismo, en su derivación posterior del racionalismo subjetivo puro.

Lo mismo que puede decirse de las cosas que precisan distinguir entre las que por su naturaleza son mudables y

(4) La idea griega basada en la distinción entre *justo e injusto* se extendió entre los sofistas como lo justo por ley y lo justo por naturaleza, si bien no fué plenamente aceptado como criterio distintivo, ya que, lo justo natural, en este caso, tendría una equivalencia con la igualdad. Sócrates, filósofo idealista por excelencia predicó contra esta posición, en razón a que esa igualdad sólo existía en lo referente a la obediencia que a las leyes se debía, fueran buenas o malas, y fué víctima de sus propias convicciones, dando con ello un mentís a la negación sofista.

las que, sin serlo naturalmente, se hacen mudables por efecto de la ley y de nuestras convenciones, igual sucede con los derechos que no son naturales y que son puramente humanos, no son en todas partes idénticos (5).

La influencia del pensamiento heleno en Roma, toma vigor en Cicerón, quien a pesar de ser catalogado en una posición ecléctica, y de haber gustado de las principales tendencias filosóficas, no es óbice para que se sintiera influido por su maestro, el estoico Posidonio. El jurista romano, nos habla de una razón no legal, y arrancando de la idea valorativa de la justicia distingue dos esferas: lo justo legal y lo justo racional. Hay un Derecho natural, otro consuetudinario inspirado en la utilidad, y un tercero que es el positivo, encarnado en las leyes de los hombres; Derecho natural fundamentado en la virtud; en su ámbito se desenvuelven la religión, la piedad, la verdad, etc..., por ende nunca será sólo la razón, tiene raíces más profundas, es virtud, pero virtud común a todos los hombres, no nace de la civilización, del simple análisis del acto o hecho, sino que pertenece exclusivamente al hombre porque ha nacido con él, tiene un valor innato; Derecho natural, por tanto es: «aquel Derecho o aquella virtud que acompaña al hombre y la caracteriza inclinándole a realizar determinadas acciones, virtud congénita que va como pegada a la naturaleza humana, siendo a la vez determinante de la misma». El Derecho natural para Cicerón, no es lo mismo que para Ulpiano, para el primero es, lo que la naturaleza enseñó a todos los hombres (6), para el segundo lo que la naturaleza enseña a los animales, no es propio del género humano (7).

No se puede sostener que la concepción ciceroniana del Derecho natural sea similar a la aristotélica, puesto que si

(5) *Moral a Nicomaco*. Aristóteles, tomando como punto de partida la existencia de un Derecho natural, idéntico en todas partes, le permite discernir entre lo injusto legal y lo injusto absoluto, con relación a lo justo en estas dos categorías; lo injusto, propiamente dicho, es repudiado por naturaleza. V. VII.

(6) *De re publica* III. 17.

(7) *Digesto* I, 1, 3, §= *Instituta* 1, 2: «ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis propinuum...».

ambos coinciden en admitir la coexistencia, a la par, con el Derecho positivo, para el pensador griego su contenido viene dado por la razón experimental, es una «ratio humanis»; para el romano, hay que situarlo por encima de las leyes, las regula y da valor, son normas, en tanto y cuanto, entre ellas, se dé una correlación, más aún, una supeditación al Derecho natural. Los romanos no aceptaron la idea de un Derecho natural —que al sentir de Gayo, es propiamente «ius gentium» (8)— a la manera de los griegos, hasta la época justiniana (9); pero ello no obsta para que, además de Cicerón, algunos jurisconsultos se identificaran con el pensamiento heleno (10); hoy en cambio es admisible, habida cuenta que se concede valor científico a la tricotomía distintiva entre Derecho civil, natural y de gentes, pero no en el sentido derivativo, sino con propia existencia.

Es el cristianismo el que, en todos los órdenes del Universo, señalaría una nueva era, su influjo imprimió nuevos derroteros a la Filosofía en general; la revalorización del concepto del hombre, y su significado, marca una trayectoria hacia su fin último y verdadero; los principios teológicos se integrarán en el Derecho y éste no es sólo producto de la razón, aunque ella se encauce en el Derecho natural, el Derecho dinamiza de la voluntad de Dios, como mandato suyo, su fundamento es eterno; la Patrística, y posteriormente la Escolástica formulan un nuevo concepto del Derecho; la primera, representada principalmente por San Agustín; la segunda, encarnada en Santo Tomás, delimitan su verdadero contenido y alcance.

El hombre es ser social porque sólo en lo social puede lograr su ser pleno, porque su esencia es un ser con los otros

(8) *Instituciones*. Trad. D'Ors. Comentario 1.º «...el que la razón natural establece entre todos los hombres, se observa uniformemente por todos los pueblos, y se llama derecho de gentes». Madrid, 1943.

(9) *Alvarez Suárez. Curso elemental de Derecho romano*. Fasc. 1.º, página 84. Madrid, 1948.

(10) *Paulo. Digesto* I, 1, 11.

y porque sin los otros no sería posible su vivir, su ser (11); necesita de la sociedad, mas sólo es posible en la paz, producto de la concordia que se logra de verdad solamente en el amor; en esta vida de relación social es donde nace el Derecho, pero adecuado al sentir humano, derivado hacia la finalidad última y consecuente; la ley universal y eterna es innata en los hombres, de aquí que, no tenga cabida en su órbita, ni el «voluntarismo», ni el «intelectualismo» (12). Esta sociedad agustiniana se funda, en el amor, de ahí que, todo pacto social, y su idea, se forje en el hombre exclusivamente; toda interpretación contraria es errónea, supone prescindir del fin primordial que los seres han de perseguir en todo momento. Una cosa es Derecho, y otra pacto, aquél tiene como autor mediato a Dios, inmediato al hombre, en tanto que el pacto es consecuencia de la voluntad concorde de los hombres.

Se afirma en vano, por algunos pensadores, que Santo Tomás, principal representante de la Escolástica ha recogido tan sólo la doctrina de Aristóteles llevándola al terreno de la dogmática cristiana; la puerilidad de tales argumentos cae por su propia base, puede afirmarse que el Santo es el filósofo clásico por antonomasia, y en este aspecto podría equipararse el Estagirita quien reúne todas las características inherentes a estos filósofos, pero existe un punto en que, incluso en clasicismo, Santo Tomás le aventaja; en la concepción que Aristóteles remata en sus doctrinas acerca de la realidad total, hay una laguna; el concepto de Dios en el pensador griego no es un concepto tan acabado como el concepto de Dios en el Doctor Angélico, y es que éste admite y recibe el auxilio sobrenatural de una fuente de conocimiento que el heleno desconocía; el auxilio sobrenatural

(11) Fernández Miranda. *El pecado como concepto fundamental en el problema justificativo del Derecho y el Estado. (El pensamiento agustiniano y el problema deontológico del Derecho)*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, n.º 13, pág. 138, 1943.

(12) Truyol Serra. *El Derecho y el Estado en San Agustín*, página 82, Madrid, 1944.

de la revelación, con la que hubiera podido perfeccionar totalmente su conocimiento de la realidad. El problema del ser aborda el Santo al decirnos que, el ser, es un término análogo, es decir, no unívoco ni tampoco equívoco; «el problema de ser, —afirma García Morente (13), su actitud ante él—, definirá, todo el pensamiento, toda la personalidad, todo el estilo de un filósofo». La tripartización de la Ley, en mundo de los seres; natural, en cuanto implica una participación de la eterna en la criatura racional, y que conoce a través de su propia razón; y por último, de la ley humana cuyo autor, el hombre, en su aplicación particular de la ley natural al hecho que aspira a reglamentar; tal criterio distintivo, servirá de módulo para todos los conceptos especulativos que se vinieron haciendo en el decurso de los tiempos, incluso por aquellos que adoptaron posturas contradictorias.

El hombre tiene un fin que cumplir y su conducta ha de estar encaminada hacia él; dispone de razón y voluntad, de la conjunción de estos dos elementos, nace el libre albedrío como facultad propia del hombre, el fin de uno es idéntico en los demás, converge en Dios. El Derecho natural gravado en el corazón de los hombres es igual para todos, inmutable, su derivación a la ley humana se verifica «*per modum conclusionum*» o «*per modum determinationis*»; aquél dimite de los primeros principios, éste en cuanto lo particular deriva de lo general. La idea de justicia, la toma de Aristóteles y distingue entre lo justo natural y lo justo legal, formulando una **completa definición** (14); el Derecho es el objeto de la Justicia, y goza de sus propiedades, por tanto será racional, siendo susceptible de adaptarse a los principios de Derecho natural; del acuerdo entre los hombres, surge el positivo. La decadencia de la Escolástica sigue muy de cerca a su apogeo, —con la salvedad de los teólogos y juristas españoles—,

(13) *Introducción a la Filosofía*, pág. 113. Madrid, 1949.

(14) «Justicia, perpetua et constantis voluntas est ius suum unicuique tribuens; vel, est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit; vel, est habitus secundum quem aliquis dicitar operativus secundum electionem iusti. Proprius actus iustitiae nihil aliud est quam reddere unicuique quod suum est». *Summa Theologica*, II. II. q. 57-58-61.

e influyen en ello dos órdenes de causas, de carácter intrínsecas y extrínsecas; las primeras debidas, entre otras, a la desaparición de las grandes figuras que aportaron su esfuerzo a la elaboración de una síntesis doctrinal, que hizo perder originalidad a las polémicas dialécticas, las segundas por el relajamiento que se observa en los estudios de las Universidades, a lo que se une la intromisión de nuevas corrientes filosóficas (15). El análisis uno por uno de los factores determinantes, harían interminable nuestro propósito; pero no podemos sustraernos a unas esquemáticas pinceladas a lo que, como factor primordial, motivó en esta época unas nuevas directrices del pensamiento humano: el Renacimiento; ¿qué es el Renacimiento? ¿qué representa este movimiento en las nuevas concepciones de la vida? Se trata de una nueva concepción del Universo que, necesariamente, ha de influir en todo lo demás. Tras diez siglos de eclipse, la cultura y el arte antiguo vuelven a dominar en Europa, por todas partes se estudian los modelos clásicos, Artes, Filosofía, Derecho, Instituciones políticas; los Pontífices llenan el Vaticano de estatuas y pinturas de los Dioses paganos, Italia se puebla de academias platónicas se produce el fenómeno del Humanismo que da lugar a la formación de un hombre nuevo, como toda revolución ideológica, un hombre sin frenos religiosos y una vitalidad desbordante que se cree a sí mismo centro del Universo y para quien, las instituciones medievales, son absolutamente inadecuadas, las ingenuas concepciones geográficas de la Edad media, como más tarde las astronómicas, se hundieron y con ellas toda la organización feudal; era de todo punto imposible llevar esta organización a las nuevas tierras descubiertas, el tipo humano de los conquistadores españoles constituye también un nuevo fenómeno; con el descubrimiento de América los metales preciosos abundan y ya no es necesario pagar con tierras en feudo; coincidiendo con el arte y prosperidad económica de las ciudades, surge la economía dineraria y con ella una nueva clase social

(15) Sancho Izquierdo. *Principios de Derecho natural*, pág. 250 y siguientes. Zaragoza, 1946.

antes inexistente: la de los burgueses, ricos e independientes, muy distinta de los antiguos villanos, estos burgueses que, siglo más tarde reclamarían para sí las riendas del gobierno, obedecían exclusivamente al monarca, no estaban vinculados al señorío feudal; en determinadas ocasiones los reyes acudieron a ellos en demanda de ayuda económica que obtuvieron a cambio de extraordinarios privilegios; este auge de las ciudades y su nueva clase social coadyuvaron a derrotar al feudalismo dejando paso al Estado moderno, la fatiga medieval, la toma de Constantinopla por los turcos, impuso a Europa un nuevo concepto de la vida, el individuo se independiza y adquiere un valor por sí; todo ello es causa del Renacimiento que, es, ante todo, el estudio de los modelos de la antigüedad: Grecia y Roma, pero adaptados a nuevas corrientes.

No podemos tampoco omitir la debilitación de la Iglesia, motivada por causas internas y externas, destacando, entre las primeras, la indudable relajación de su disciplina que precisa drásticas reformas, como las llevadas a cabo por San Bernardo de Claraval, Cluny o Cisneros, pero aún a su pesar, la Iglesia de Gregorio VII, grande, omnipotente y dogmática, rígidamente austera y santa, a la Iglesia del Renacimiento, admiradora del arte pagano y de sus costumbres, hay un abismo; por otro lado, el movimiento Conciliar con la pretendida democratización de la Iglesia más que fortalecerla la debilitó, se pretendía limitar los poderes del Papa, semejantes a los de un Rey constitucional, y que el Concilio, como el Parlamento en el sistema secular, gozase de una autoridad superior a la suya; autores de tanta influencia en el seno de la Iglesia, como Gerson, canciller de la Universidad de París, el Cardenal Nicolás de Cusa, y Eneas Silvio, más tarde Papa con el nombre de Pío II, defendieron estas ideas que originaron ciertas disensiones en la Cristiandad; el famoso Decreto del Concilio de Constanza, 1414-1417, que afirmó la autoridad de los acuerdos del Concilio sobre la del Papa, puede considerarse como el documento oficial más revolucionario que ha existido en la historia del Mundo. En el aspecto externo, la Reforma romperá la unidad de la Iglesia, recabando la autoridad del Concilio, Lutero, Melanchthon, Zwin-

glio y Calvino, fueron tan reformadores religiosos como políticos, y pese a la Contra-reforma española —indebidamente negada por Wantoch y Kemperer— como contrarevolución religiosa, aparecieron nuevas formas políticas, fundamentadas en el origen del poder temporal, independientemente del Pontificado; así, Suárez y Bodino, coincidirán muchas veces, en sus estudios sobre la soberanía, derivando, posteriormente, estas tendencias en lo político, en el origen del Estado como producto del pacto o contrato social.

Junto con los nuevos derroteros políticos, la retroacción al estudio de las teorías paganas, inducirán al hombre hacia una nueva manera de pensar individualista, su razón se convertirá en epicentro de su pensamiento, el «conócete a ti mismo», incitará su soberbia, haciéndose dueño y señor de sus propias ideas, por lo que estima preciso desligar su razón de la «ratio divinae», y abandonadas por él las concepciones cristianas, a las que gustosamente sometió su espíritu, le llevará a enfrentarse con su Dios.

La separación entre Derecho y Teología, obra de Grocio, será el primer ensayo para la posterior delimitación, por Thomasio, entre Moral y Derecho; la secularización del Derecho natural, fundamentado en la razón, deriva de Dios, pero por ser inmutable, ni siquiera el Sumo Hacedor puede cambiarle, es decir, subsistirá sin la existencia de Dios, la naturaleza social así lo exige; el Derecho natural se puede conocer bien «a priori», según se dé o no la conformidad con la naturaleza racional, bien «a posteriori», a través de la aceptación de lo justo; el Derecho natural es asequible, en una u otra forma, a todos los hombres; de un lado su naturaleza social y de otro su propia razón, permite construir su concepto como: «*lo que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre*» (16).

(16) «Ius naturale est dictatum recte rationis indicans alicui actui, ex eius convenientia aut inconvenientia cum ipse natura rationali ac sociali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae, De o, talem actum vetari aut praecipere». *De iure belli ac pacis*. Lib. I, cap. 1.º, 10. trad. inglesa F. W. Kelsey-London, 1947. Hay versión española en cuatro volúmenes, editado por Reus, de Jaime Torrubiano, Madrid, 1925.

Con estas bases rompe el molde tradicional en el que se encuadraban las especulaciones en torno al Derecho natural, razón por la que no ha faltado quien lo calificara como el padre del Derecho natural, y fundador de la moderna filosofía jurídica, como igualmente del Derecho Internacional. Grocio había asistido, en sus días, al hundimiento definitivo del Imperio (como aspiración a una monarquía universal y a la universalidad ecuménica de la Iglesia católica, atacada por las diversas sectas protestantes; Europa vivía en estado de guerra permanente; establecer unos principios universales por encima de las nacionalidades en lucha, un Derecho de gentes, fué la labor a que se dedicó Grocio, y la que le reservó un puesto preminente en la historia de la humanidad. Grocio defiende la existencia de un sistema universal de justicia; el Derecho no nace sólo de razones de conveniencia y utilidad, sino por otras más altas que se derivan de la naturaleza de las cosas y obligan a los pueblos lo mismo que a los hombres; ello le lleva a distinguir entre Derecho natural, y positivo y voluntario; la sociabilidad del hombre, vinculada a su naturaleza originará el pacto o contrato que necesariamente ha de observar, la comunidad lo constituye para la conservación, abandonando de esta manera la doctrina escolástica que señala al hombre un fin superior y trascendental; Grocio no concede extrema importancia a la teoría del contrato social, al modo de Hobbes o de Locke, la idea del contrato es utilizada por el holandés más que nada para demostrar que existe en el pueblo la obligación perpetua de obediencia al soberano, de esta suerte el contrato social es casi una presunción «*iuris et de iure*», por la cual la obra de los gobernantes se supone consentida por los súbditos, Grocio llega más allá que Hobbes y Espinoza, y declara a modo de postulado «*iuris naturae est stare pactis*» el Derecho natural es someterse al pacto. «La doctrina de la escuela de Grocio encierra grandes equívocos y antigüedades, —ha escrito el maestro Castán (17)— afirma la existencia de un Derecho natu-

(17) *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*. Revista de Legislación y Jurisprudencia. Septiembre, 1947, separata pág. 29.

ral sugerido por la razón, pero introduce en él tales ingredientes *contractualistas* y *empíricos*, que, en definitiva, el Derecho (más que de la razón, se deriva de datos de experiencia sensible, extraídos, por cierto, con criterio parcial, de la contemplación de las manifestaciones primitivas y más rudimentarias de la psicología humana. Tratando de buscar el fundamento del Derecho en la naturaleza humana, piensa esta escuela —y ello constituye acaso su principal defecto— que para apreciar dicha naturaleza en su estado puro, sin aditamentos artificiales, hay que despojarla del lastre que le dejó la civilización y la historia, hasta restituir al hombre en estado «de naturaleza».

Si la sociabilidad es el contenido del Derecho natural, no tendrá otro objeto que salvaguardarla y garantizarla, lo que inexorablemente hace destacar su carácter utilitario, dado que, si los hombres, por pura necesidad se constituyen en comunidad, aún conservando —como Grocio sostiene (18)— los principios de libertad e igualdad, el motivo que lo impele se identifica con el egoísmo, y el «*pacta sunt servanda*», carece de consistencia, su inviolabilidad no estará en razón proporcional a su función, sino en conveniencia pura del hombre que se autolimita, con respecto al pacto, en lo que puede interesarle a lo particular, no a lo general, pudiendo desligarse, impunemente, (en caso contrario; el orden jurídico a que aspira el pensador citado se asienta sobre la voluntad del hombre, con la sola limitación que puede encontrarse en su doctrina sobre la soberanía, tomada de Suárez y Bodino.

La doctrina de Grocio es llevada por Hobbes a sus últimos extremos, partiendo de un principio diametralmente opuesto, el hombre no es sociable por naturaleza «*homo homini lupus*», sobre esta insociabilidad imagina un estado primitivo de lucha permanente «*bellum omnium contra omnes*», y en este primer estadio no puede existir el Derecho, es preciso que los hombres salgan del estado anárquico en que se

(18) Su definición del Estado lo evidencia, al considerarlo como: «*comunidad perfecta de hombres libres que tiene por objeto la regulación del Derecho y el bienestar común*».

encuentran, y para ello no disponen de otro medio que el de un contrato social, donde renuncien expresamente a todos sus derechos, constituyendo un poder soberano que socialice al hombre; Estado y Derecho son necesarios, aquél para agruparlos en un conjunto armónico, éste como potencial que haga cesar esa lucha motivada por el egoísmo; de esta manera puede encontrar protección y tutela jurídica que garantice su propia existencia; pero este contrato social no es sólo producto del egoísmo, sino también de la utilidad.

La renuncia de sus derechos por los individuos en favor del poder soberano es, en Hobbes, absoluta; así como Grocio admite una variedad infinita de formas de pacto, y la cesión de todo derecho individual es sólo una de ellas, para Hobbes, en cambio, esta dejación plena es consecuencia de una razón objetiva, si bien no tan ilimitada como en Espinoza, para quien el hombre no tiene otros derechos naturales que los que el Estado le concede; Hobbes no acepta plenamente el Derecho natural, porque si existiera cada individuo podría interpretarlo con arreglo a su voluntad, en esto Espinoza se acerca al pensador inglés, identificando el Derecho natural con el poder físico que, en definitiva, equivale a la pura y simple negación del mismo.

La definición del Derecho (19) la concibe Hobbes como una exigencia moral, su necesidad de adecuarlo hacia una tendencia natural, precisa de su renuncia, «*ius omnium in omnia*», para poder construir un verdadero concepto que limite tanto las libertades políticas, como las jurídicas, de manera que, el poder soberano, pueda tutelar jurídicamente los principios rectores que le inspiran, y así hacer y rogar las leyes, colocándose siempre por encima del Derecho dictado (20); la Justicia será la que decrete el gobernante; con estos axiomas, el Derecho, queda despojado de sus atributos más esenciales.

(De cive. I, 2, 1: «*Dictamen rectae rationis circa ea, quae agenda vel omittenda sunt ad vitae membrorumque conservationem*». Trad. N. Bobbio. Torino, 1948.

(20) «*Ius omnium in omnia retinendum non esse, sed iura quedam transferenda vel relinquenda*». De cive I, 2, 3. Trad. cit. de Bobbio.

Con criterio armonizador Pufendorf, aspira a establecer una relación entre las doctrinas de Grocio y Hobbes; del primero acepta la naturaleza social del hombre, su propio interés (Hobbes) le impulsa a la creación del contrato social, a través del que persigue la constitución del Estado como medio político que garantice la seguridad de la comunidad (21). Al igual que Grocio, estableció la distinción entre Teología y Derecho, porque creía que, el Derecho, es en conjunto de normas dictadas por los órganos soberanos y éstos carecen de todo contenido teológico; de ahí la separación entre Derecho natural y positivo, pero tal separación no en sentido absoluto, sino más bien de supeditación por cuanto el Derecho natural ha de marcar las directrices al Derecho positivo. Se ha considerado a Pufendorf, como el autor más representativo de la Escuela de Derecho natural, si bien en su cargo se anota la carencia de originalidad, que mereció las más duras críticas, especialmente de Leibniz.

En este bosquejo que nos hemos permitido hacer, apuntábamos al referirnos al pensamiento griego, que la doctrina de los epicúreos, en contra de los estoicos, tendría repercusiones posteriormente, o dicho de otra manera, el origen de los principios en que se funda la escuela del Derecho natural protestante, vería en ellos su antecedente; y así, es un hecho cierto que, entre aquellos filósofos y los encuadrados en esta posición, no medía otro plano que el aludido al referirnos al Renacimiento; las causas que unirán a los hombres para concertar un pacto social, serán siempre motivadas por un interés o más propiamente en razón a su utilidad; la deformación de los conceptos inmutables que nos legara la Escolástica, no perdieron valor, aunque sí actualidad, en la época en que estos pensadores desarrollan sus teorías; buena prueba de ello es el resurgir del Derecho natural y la revalorización de su concepción clásica.

Las principales directrices de la Escuela insnaturalista, según Luño Peña (22), se pueden reducir a cuatro: 1.º La

(21) *De Iure naturae ac gentium*. VII, 2, 13, trad. Almisi. Venecia, 1.757 vol. 1.º

(22) *Historia de la Filosofía del Derecho*, pág. 548. Barcelona, 1955.

naturaleza humana, como fundamento del Derecho; 2.º *El estado de naturaleza*, como supuesto racional para explicar la vida social; 3.º *El contrato social*, para justificar el origen del Estado y del Derecho; y 4.º *Los derechos naturales*, innatos inviolables e imprescriptibles del hombre y del ciudadano. A ellas, añadiríamos una quinta, que se caracteriza por la *razón humana canalizada por el empirismo* como elemento discriminador del Derecho y de la Justicia.

b) *Racionalismo subjetivo y su integración a través de los principios de voluntad y libertad. Rousseau y Kant.*

El movimiento espiritual del siglo XVII brota de la filosofía y de la física. El Renacimiento y la Reforma habían preparado el terreno derrocando las autoridades y sistemas políticos de tiempos anteriores, y, especialmente, el poder exterior de la Iglesia Católica; pero ni el Renacimiento, compenetrado con finalidades humanistas y artísticas, ni la Reforma orientada en sentido exclusivamente religioso, han sido precursores del racionalismo, si la razón había de dominar, era imposible que el arte o la religión determinasen los cauces de la vida.

Lo que desde finales del siglo XVII conduce a una transformación de todas las concepciones en el sentido creciente de la realidad, el aumento de las experiencias sobre la naturaleza, el sentido crítico desenvuelto en la investigación; así el italiano Galileo destronó a la tierra como centro del Universo y la redujo a un modesto eslabón en el sistema cósmico; el alemán Kepler, descubrió las leyes del movimiento planetario; el inglés Bacon señaló la ciencia de la naturaleza y el método de la experiencia como principio de todas las disciplinas; el francés Descartes indicó el punto de partida racional para toda existencia humana, con su «*cogito, ergo sum*»; el inglés Newton, estableció la ley de la gravitación universal como fuerza básica del cosmos, completando las obras de Galileo y Kepler, penetrando como nadie en las

leyes del mundo celeste; el alemán Leibniz, fijó en la «*mónada*» el último elemento de toda la vida sobre la tierra con su fuerza o energía, y expresó con ello la unidad del conjunto natural. Todo esto, conseguido en pocos decenios, constituyó un progreso extraordinario del conocimiento derivado de la experiencia, una ilustración de índole verdaderamente revolucionaria, una liberación para el hombre que, hasta entonces, había creído hallarse en el Centro del Universo. La necesidad de iniciar la filosofía por la teoría del conocimiento radica en la esencia misma del idealismo, pero desde el punto de vista cartesiano que predomina en el momento de aparición de John Loke, quien arranca precisamente de él planteándose el problema metafísico como problema de conocimiento, al que trata, como Bacon, por los métodos inductivos y de experiencia; Loke señala límites al entendimiento, rechazando la metafísica y aquellas ciencias abstractas que no se pueden tratar por la experiencia, niega rotundamente las ideas innatas, desde Platón universalmente admitidas; cuando fija los límites del conocimiento humano no lo hace con el sentimiento de humildad ascética de Pascal, ni con la renuncia de Kant, que sigue el deber inexorable de la razón, aunque su corazón se una a la metafísica; el inglés Locke lo hace con fines meramente utilitarios, con la conciencia de hallarse en plena armonía el «sentido común» con la «inteligencia normal», deslindando los límites del trabajo sólido y útil frente al trabajo aparente e inútil: así, el pensador inglés, completa a Bacon con Descartes, del que se apropia la idea inicial, pero del que rechaza las ideas innatas.

Tales son las causas del racionalismo que, partiendo de Inglaterra, originadas en Locke, durante el siglo XVII se extenderá más tarde, por Francia a través de Voltaire en el vehículo de Montesquieu y los Enciclopedistas; influyendo con posterioridad en Alemania y resto de Europa, engendrando, en el orden político, el liberalismo, la democracia, el libre pensamiento, la revolución francesa, sumiendo al Continente en este aspecto, en una profunda crisis que vino a repercutir, por derivación, en los momentos actuales.

Las dos figuras de máxima importancia, dentro del racionalismo, que encarnan el subjetivismo jurídico, las en-

contramos en Juan Jacobo Rousseau y en Kant. Así como la razón humana puede llegar a través de su individualismo y libertad a tener una intervención en la política de la comunidad, no menos cierto es que, en el orden jurídico, es un factor determinante de su construcción en virtud de su propia libertad. Tanto en su «Discurso sobre la desigualdad», como en su continuado «Contrato Social», Rousseau levanta un holocausto a los principios de libertad e igualdad; es preciso hacer constar que, en el «Contrato Social», no aspira su autor a justificar históricamente el origen del Estado, sino indicar cómo debe ser constituido el orden jurídico; para Rousseau el Contrato es, en suma, un postulado de la razón, una verdad, no histórica, sino normativa o reguladora; no se puede cometer mayor error que interpretarlo como un relato histórico, o criticarlo como tal. Rousseau parte de un estado ideal de naturaleza donde el hombre es completamente libre por su nacimiento, primer postulado que supone la existencia de dos estados, uno en el que se siente prácticamente feliz, y otro en que ese mismo hombre se encuentra encadenado; ¿cómo se produjo el tránsito?, el mismo autor confiesa desconocerlo (23), sólo puede redimirse por medio del pacto, pero debe procurar que no destruya su libertad innata (24), de manera que, su contenido, ha de ser determinado «a priori»; defiere de Hobbes, en cuanto según el pensador inglés, enajenados los derechos al soberano, no existe posibilidad de recuperarlos, e igualmente de Grocio en tanto no tiene un contenido arbitrario, sino más bien una exigencia deontológica, conservando el individuo dentro de la comunidad, además de sus derechos, su completa libertad.

El Derecho natural existe por la propia naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas, pero, sin embargo, en definitiva lo pospone al convenio, y para su validez precisa la fortaleza de un derecho positivo,

(23) *Del contrato social*. I, 1, trad. esp. Antonio Zozoya. Madrid, 1899.

(24) *Ibid.* I, IV.

a fin de que la justicia pueda realizar su objeto (25), con lo que, prácticamente, niega la existencia del Derecho natural, al menos con fuerza vinculante. Los postulados jurídicos de Rousseau, son inadmisibles en buena doctrina, desprovistos de fundamento moral, el Derecho se convierte en inexpresivo, frío, a merced de la voluntad general —cuyo concepto no está muy delimitado, con respecto a la voluntad de la mayoría— que es su único objeto, y tomándola como base íntegra en ella la razón y la Ley, aquélla, en cuanto motiva a la formación de una comunidad política, ésta, en tanto es objeto del Derecho.

La teoría del contrato social, inspiradora de los Estados liberales, se ha traducido —según Luño (26)— en leyes positivas que proclaman la soberanía del Estado: a) en materia religiosa, estableciendo el dogma y el culto con independencia de la Iglesia; b) en la enseñanza, como misión y derecho exclusivo del Estado; c) en la limitación del derecho natural de asociación; d) en la regulación de las leyes fundamentales de la familia, por entender que los hijos pertenecen también al Estado; e) en la reglamentación del derecho de propiedad individual; f) en el intervencionismo progresivo en todas las manifestaciones de la actividad ciudadana, con evidente olvido y menosprecio de la iniciativa privada.

El ideal del racionalismo consiste, principalmente, en que

(25) *Del contrato social*, lib. II, cap. VI: «Lo que es bueno y conforme al orden es tal por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia procede de Dios. El sólo es su fuente; pero si supiéramos recibirla de tan alto, no necesitaríamos gobiernos ni leyes. Sin duda es una justicia universal emanada de la razón, pero para ser admitida entre nosotros debe ser recíproca. De considerar humanamente las cosas, desprovistas de sanción natural, las leyes de la justicia son vanas entre los hombres; no producen sino el bien del malvado y el mal del justo, cuando este las observa en todo el mundo sin que nadie las observe con él. Son, pues, precisas convenciones y leyes para unir los derechos y deberes y referir la justicia a su objeto. En el estado natural, en que todo es común, nada doy a los que nada he prometido, no reconozco cont. de otros, sino lo que me es útil. No sucede esto en el estado civil, en el cual los derechos todos se fijan por una ley». Trad. esp. cit. pág. 42.

(26) *Historia de la Filosofía del Derecho*. Pág. 563. Barcelona, 1955.

el conocimiento humano llegue a estructurarse del mismo modo como pueden estarlo las ciencias físico-experimentales, el racionalismo de Leibniz, es una metafísica espiritualista que nos representa al Universo como conjunto de «mónadas», sin llegar a desarrollar, sin poder dar fin, a su pesar, a la actitud idealista cartesiana; será Kant el que termine el ciclo iniciado por el filósofo francés, cerrando así un período de la historia de la filosofía, pero no a modo de colón, sino para continuar, o, aún mejor, iniciar a su vez una nueva etapa. Cuando el filósofo de Königsberg, hizo su aparición en el campo de la especulación, tres grandes corrientes se debatían en el siglo XVIII; el racionalismo de Leibniz, el empirismo de Hume y la ciencia positiva fisicomatemática de Newton; recogiendo en su inmensa capacidad creadora, las tres concepciones ideológicas mencionadas, formula su filosofía de enorme trascendencia en el mundo jurídico. La teoría kantiana, al igual que Descartes y Leibniz, arranca del conocimiento, pero se separa de ellos en que no se sustenta en una abstracción, sino de la ciencia fisicomatemática; para él es prácticamente un hecho, una realidad, es lo que denomina, «el hecho de la razón pura».

Se ha dicho que con Kant, el movimiento iniciado por la Escuela protestante del Derecho natural, toca a su fin; las ideas renovadoras cimentarán la filosofía moderna sobre sus sólidos argumentos. Es curioso que en Kant, se produce el hecho paradójico de que: «haya sido precisamente la tradición kantiana el obstáculo mayor para el entendimiento de su teoría jurídica» (27). Su famosa definición del Derecho como: «*el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley general de libertad*», tiene su origen en la fórmula cono- cidísima del imperativo categórico o sea la ley moral univer- sal, que establece: «*Obra de manera que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley uni-*

(27) González Vieen, en su prólogo a la «*Introducción a la teoría del Derecho de Kant*». Pág. 22, editada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

versal», de donde se explica la necesidad sentida por Kant de expresar la ley moral que aclare, por un lado, su fundamento, y por otro, la voluntad pura; esta concepción la resuelve distinguiendo entre autonomía y heteronomía de la voluntad, aquella se dará por su propia ley, ésta cuando recibe pasivamente la ley de algo o de alguien que no es la propia ley; los principios de moralidad se hallan en contenidos empíricos de la acción y por tanto resultan heterónomas, de ahí que se imponga buscar un tipo de acción a la que pueda adaptarse la conducta humana, y así formula su axioma de que, «una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno pueda conciliarse con la libertad de todos, según una ley general» (28), pero ello viene dado por una exigencia de la ética. La doctrina de Kant encierra un contenido voluntarista como idea rectora de orden ético, la libertad como derecho innato del hombre debe ser respetada, pero esta libertad se autolimita; no por su vinculación a la ley jurídica general, sino por la propia razón que nos obliga a obrar de tal manera que en el uso de nuestra libertad, termina donde empieza la libertad de los demás; pues bien, el hombre conociendo la libertad de los demás semejantes, el imperativo categórico, —producto de la razón—, le ordena respetar a los demás; así este imperativo se convierte en elemento primordial del Derecho; integrado en él aparece el otro elemento, la coacción como facultad, para ejercerla sobre quien viola la libertad ajena.

El Derecho se circunscribe a regular las relaciones externas de los hombres, haciendo posible la coexistencia de libertades. Admite, hipotéticamente, en sentido amplio, la existencia de un Derecho sin coacción; la equidad, y el estado de necesidad, calificando al primero como un Derecho sin coacción, y el segundo una coacción sin Derecho (29). La teoría kantiana, influirá notablemente en el pensamiento jurídico moderno, cuyas concepciones delatan la notable inspiración sentida; pero es curioso que, sus seguidores, de-

(28) *Introducción a la teoría del Derecho*. Trad. González Vicen, pág. 80.

(29) *Ibídem*, pág. 88.

forman en gran parte sus principios, originando una serie de controversias que concluyeron por admitir en su seno a varios detractores que, en definitiva, se convirtieron en acérrimos defensores del filósofo alemán. La ciencia jurídica alemana, se dejó arrastrar por la corriente de la filosofía crítica, y un sin número de pensadores han venido, especialmente en lo que va de siglo, a través de sus especulaciones, a resucitar con todo esplendor lo que podemos denominar filosofía jurídica kantiana que, en algunos momentos, llegó incluso a negarse su existencia; otros, recogiendo sus principios se han ido acomodando a conceptos particulares, que por mucho que encubran su procedencia, su contenido delata el punto de origen, hasta el extremo que, hoy día, giran las corrientes doctrinales entre el idealismo de Hegel y el criticismo de Kant.

II.—EL IDEALISMO

a) *El apriorismo de Stammler*

No en vano se ha catalogado a Stammler como la figura más representativa de los neokantianos, pero al igual que la mayor parte de los seguidores del genial filósofo alemán, se aparta en algunos puntos en los que se sustentan sus teorías, que tergiversa con criterio particular. Stammler culpó a Kant de no delimitar con precisión la antitesis entre idea y concepto de Derecho; como asimismo la distinción existente en su forma y contenido, girando todo su empeño en aspirar a cubrir este vacío u omisión tan trascendental para la formulación del concepto de Derecho; a pesar de su recriminación, no dudó en emplear, para esta finalidad, los materiales legados por el que fué, sin género de dudas, su verdadero maestro.

Sostiene Radbruch (30) que: «Stammler cree poder separar de modo tajante el concepto de Derecho, de su idea, derivando el concepto del Derecho sin referencia alguna a la idea concepto del Derecho. Ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el Derecho. Detrás de esta concepción del Derecho está la evidencia fundamental que en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existencia entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura; la idea del Derecho es un valor, empero, el Derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del Derecho. Este tránsito convierte a la Filosofía del Derecho en una Filosofía cultural del Derecho. La objeción de este moderno filósofo, a la doctrina de su compatriota no deja de tener ciertos visos de realidad, por cuanto precisamente el concepto nos viene dado en función a la idea, pero más es de aplicar a Kohler, que a Stammler, quien en la formulación de su doctrina estableció la separación referida al mundo de los valores.

Para Stammler el concepto del Derecho es: «*regla o modo del querer entrelazante, autárquico e inolvidable*». La descomposición, en parte, de sus elementos, para llegar al todo, nos aclara las bases en que se apoyó, que contiene algún que otro dato empírico. En efecto, lo que para Stammler supone un *modo del querer* no arranca de la propia naturaleza del ser como corolario del Derecho natural, sino de la voluntad individual; prácticamente, le conduce a la negación del Derecho natural; pero es que además, priva al Derecho de su contenido moral, habida cuenta que, el hombre, —factor individual— carece de valor real, y requiere las relaciones con los demás miembros de la comunidad, de donde nace esa

(30) *Filosofía del Derecho*. Trad. esp. 3.^a ed. pág. 38. Madrid, 1952.

vinculación *entrelazante*, que a su vez es *autárquica*. ¿Cuál es el significado de esa voluntad autárquica? Oigamos a Maravall que, con la claridad que le caracteriza, la expone en pocas y elocuentes palabras: «como la voluntad lo que hace es ligar la acción de unos individuos a unos fines cuando la decisión de esa conexión la lleva a cabo la misma voluntad imperante, es, además, autárquica, y no lo es cuando lo deja a la voluntad de los individuos vinculados. Sin entrar en la observación que hizo Mayer de que definir el Derecho, en ese sentido, es una forma «que queda en el misterio, mientras no se conoce la llave con la que se penetra en el edificio stammliano», es lo cierto que de esa voluntad, que no es autárquica, en definitiva, no queda nada, y, en efecto las reglas convencionales en Stammler son mera invitación; y ello se observa del mismo autor, cuando, incidentalmente, habla de que en ciertas prácticas sociales o convencionales, despliegan una presión más fuerte que la del Derecho» (31); plantea una doble interpretación, en el sentido de coactiva o meramente producto de los usos convencionales; sigue con ello sin resolver la incógnita. A dos problemas fundamentales, reduce Stammler, sus teorías: el concepto universal del Derecho, y a la idea de la Justicia; para abordar el primero es preciso delimitar su forma y contenido, y sólo así podrá obtenerse la verdadera ciencia del Derecho, pero ésta no puede adquirirse, como establecen los juristas, por la experiencia jurídica, ni tampoco deducirse de principios metafísicos ajenos a la experiencia; de esta manera se obliga irremisiblemente a sostener un criterio puramente formal; el Derecho será producto de un legocismo apriorístico.

El Derecho natural para Stammler, no es el Derecho natural inmutable, «no existe ningún precepto jurídico que por razón de su contenido pueda establecerse de una manera

(31) *Los fundamentos del Derecho y del Estado*. Pág. 151. Madrid, 1947. Vid. *Gómez de la Serna. Filósofos modernos del Derecho. Los neokantianos*. Anuario de Filosofía del Derecho, t. I. págs. 147 y sigs. Madrid, 1953.

absoluta» (32), tal afirmación es pura fórmula que ha sido utilizado Renard, diciendo que, su teoría, es: «la equivalencia a una botella vacía con hermosa etiqueta» (33).

La idea de la justicia en Stammler, tiene una significación formulista (34), no la considera como una realidad objetiva, sino como una idea de rectitud aplicada al querer entrelazante, a través de la comunidad de hombres libres que constituyen en sí, el ideal social (35), y dentro de ese ideal social podrá distinguirse lo justo de lo injusto (36). La idea de justicia con valor absoluto no puede determinarse fijamente en su contenido, porque: «no existe ningún precepto de Derecho que por razón de su contenido positivo sea firme *a priori*», en cambio en cuanto a su forma, sí es posible imprimirla su carácter de estable y permanente.

Certeramente el Profesor Galán, condensa la doctrina de Stammler, del siguiente modo (37): «El principal ideal de la justicia descubierto por Stammler, la idea del Derecho, como le gusta de decir, no es sino una forma *a priori* que necesita ser proyectada sobre su correspondiente material, la materia social de cada pueblo y de cada tiempo, es decir, un conjunto variable, contingente, condicionado *hic et nunc*, de aspiraciones, problemas y necesidades humanas. De esta síntesis entre forma y materia, de esta síntesis entre la idea del derecho y la mudadiza y contingente materia social, no puede resultar un sólo ideal jurídico, sino una variedad de ideales jurídicos; no un único sistema de derecho justo,

(32) Cathrein. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. página 146 y siguientes. Madrid, 1945.

(33) *Le droit l'ordre et la raison*, pág. 100. París, 1930 y en *La théorie de l'institution*. Sirey, pág. 67. París, 1930.

(34) Castán. *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*; discurso de apertura de los Tribunales en 1946, pág. 32 y sigs.

(35) Vid *Cathrein*. Ob. cit. pág. 148 y sigs.

(36) Sancho Izquierdo. *El Derecho justo de Stammler y la Ley justa de Santo Tomás*. Rev. Universidad, pág. 49 y sig. Zaragoza.

(37) *La filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico*. Revista de Legislación y jurisprudencia, 1944, edc. separad. Pág. 22.

a tono con la inestabilidad y diversidad de las circunstancias de hecho que forman la materia social de cada tiempo que se ha de regular».

A estas concepciones stammlierianas se suma Lask, quien distingue dos manifestaciones del Derecho natural, el formal y el material, incluyendo dentro de la primera a la escuela católica, en tanto que la segunda se acerca a los racionalistas, pero en definitiva termina rechazando ambas posiciones, admitiendo sólo un Derecho natural orientado metafísicamente, que es el repudiado por la ciencia jurídica empirista.

La misión de la filosofía jurídica, es, pues, la indagación de un concepto filosófico del Derecho, la investigación de los últimos fines formales del Derecho, su supuesto en el dominio de los valores culturales, su influjo en la dirección de la vida y la determinación del lugar trascendental que corresponde al Derecho (38).

En nuestra patria, Roces formula su concepto del Derecho, similar al de Stammler, como «*la voluntad vinculatoria autárquica o inviolable*» (39). Sus características inciden en los mismos defectos señalados a Stammler; así como Lask, censura a éste y a sus seguidores, Radbruch les acusa de su acendrado intelectualismo, a cuya idea, someten todos los problemas de valor, como puramente gnoseológicos.

b) *Tendencia formalista de Del Vecchio*

El formalismo del ilustre pensador Del Vecchio no hay que incluirlo en las corrientes neokantianas (40), pues,

(38) Eustaquio Galán. Ob. cit. pág. 39.

(39) *El concepto del Derecho*. Revista general de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 412, Madrid, 1929.

(40) Muy discutida ha sido la filiación de tan acreditado filósofo: así, mientras Sancho Izquierdo (ob. cit. pág. 279); Recasens (*Los temas de la Filosofía del Derecho en su perspectiva histórica y visión del futuro*, pág. 30. Barcelona 1934); Ravá (*Il Diritto come norma tecnica. Diritto e Stato nella*

como él mismo declara (41), «estamos muy distantes del «formalismo», o sea del infecundo y ciego culto a los elementos extrínsecos con daño del *substrato real*, cuando hablamos de forma. Lo que nosotros consideramos es la *forma substantialis*, es la sustancia del Derecho lo que se obtiene por su concepto formal. Esta sustancia no es ciertamente visible ni tangible, sino puramente lógica, sin que por esto sea menos verdadera. Como toda universalidad, se refleja en la experiencia en una serie indefinida de casos singulares, y sólo se reduce completamente a unidad en el pináculo de la conciencia o sea en la pura razón».

La noción universal del Derecho tiene un carácter formal, anterior a la experiencia jurídica, por lo que es preciso apartarse del empirismo, y formularlo «*a priori*», distinto, como tal, de su contenido, sea empírico o trascendental. El Derecho expresa una verdad, no física, sino metafísica; representa una verdad superior a la realidad de los fenómenos, un modelo ideal que tiende a imponerse a esta realidad, es un principio de valoración práctica porque se refiere al obrar, a las acciones (42), de manera que denota en sí un criterio valorativo o normativo de los actos humanos conforme a un principio ético que constituye, precisamente, el campo del Derecho.

morale idealistica. Vol. 1.º, pág. 318. Padua, 1950) y López de Omaté (*Compendio de Filosofía del Derecho*. Pubblicazioni dell' Instituto de Filosofia del Diritto, pág. 176. Universidad de Roma, 1955) lo incluyen dentro de los escolasticos; Legaz (en su Introducción a la traducción de la 3.ª ed. de la *Filosofía del Derecho de Del Vecchio*, pág. 6. Barcelona, 1947), si bien le asigna este punto de partida, hoy, lo ha superado suficientemente, criterio que comparte Euzo Peña (*Historia de la Filosofía*, pág. 677. Barcelona, 1955). Como acertadamente sostiene Galán: (*La filosofía del Derecho de Emil Lask...* pág. 19) «tales influencias no permiten ni incluirle en esta dirección, ni aceptar la filosofía de Del Vecchio, como un mosaico de ideologías diversas, pues su concepción personal es original y profunda». En igual sentido se pronuncia E. Vidal (*La filosofía jurídica di Giorgio del Vecchio*, pág. 47. Milán, 1951).

(41) *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*. Trad. Castaño, pág. 195 y 196. Madrid, 1908.

(42) *Filosofía del Derecho*, trad. esp. Legaz, 3.ª edición, páginas 317. Madrid, 1947.

Partiendo de un supuesto criterio valorativo, distingue entre valoraciones morales —subjetivas y unilaterales— y valoraciones jurídicas —objetivas y bilaterales—; las normas éticas serán sólo para el sujeto, en tanto que, las normas jurídicas, supuesta una facultad, surge su correlativo deber de observarlas. Y sobre estos elementos, formula el concepto del Derecho, como: «*la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento*» (43). La esencia del Derecho, está constituida por su pura forma que deviene de la razón como concepto y se diferencia de su contenido, sea empírico o trascendente; sentando así sus bases y señalando sus límites que aseguran su legitimidad (44).

De la experiencia no puede derivar un concepto del Derecho, precisa de su carácter formal que lo estructure previamente a fin de que pueda captarlo el espíritu; de esta manera se opone al positivismo —coincidiendo con Stammler— que se fundamenta en la historia y en el método comparativo; así, el mundo de los fenómenos no permanece incognoscible; pero, la percepción «a priori» del concepto, puede inducir a error, en cuanto penetran en su ámbito todos los ordenamientos jurídicos existentes, sin delimitar el terreno de lo justo e injusto; lo que equivale a una retroversión a la idea, pero tomada, a su vez, del dato empírico. Ante este supuesto, que no sería nada problemático, sale Ravá al paso (45), sosteniendo que, el conocimiento «a priori», no constituye propiamente una forma ontológica, sino una forma deontológica, porque la forma no significa lo que es, sino lo que debe ser, en función del dato estimativo que lo aprecie; aquí, Ravá, a nuestro modesto entender, vuelve al punto de partida y se identifica con la experiencia como dato implícito.

La distinción entre Moral y Derecho, —como tienen un fundamento común, dado su carácter de normas de conducta—

(43) *Ibidem*, pág. 322.

(44) *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*, pág. 206.

(45) *Il Diritto come norma tecnica. Recogido en Diritto e Stato nella moralità idealistica*, vol. 1.º, pág. 356. Pdua. 1950.

no precisa de una separación, y menos aún que se contradigan; Del Vecchio rechaza la idea de que el Derecho se ocupa del hombre en cuanto a su naturaleza física, en tanto que para la moral es un ente espiritual (46), como así mismo la tesis de que la moral está desprovista de coacción, habida cuenta que este elemento se difiere en la forma de manifestarse, extrínsecamente con relación al Derecho, e intrínsecamente con relación al Derecho, e intrínsecamente con respecto a la moral. Para Del Vecchio, el Derecho natural se exterioriza en su doble aspecto, por un lado, es universal y absoluto, mientras que, por otro, en su forma lógica no es más que un caso de la variedad del Derecho, y no excluye tal variedad, ni abarca en sí todo el Derecho; un sistema de Derecho natural es, en último término, un sistema de Derecho (47) que se distingue por esencia del positivo, en que se afirma, como principio deontológico, indica lo que debe ser aunque de hecho no lo sea. Sólo existe cuando tiene una validez ideal e idealmente está en vigor aunque de hecho no haya sido violado.

c) *Normativismo puro. Kelsen. Su superación por la teoría egológica de Cossio.*

Para llegar al conocimiento puro de la Ciencia del Derecho, hay que extraer de su contenido aquellos elementos extraños que puedan identificarla con la política, la economía, la sociología, etc.; su percepción ha de hacerse en sentido apriorístico, formal y universal; en algunos extremos, Kelsen se identifica con Stammler, pero más ortodoxo que éste se integra en la normatividad pura que pertenece al mundo del deber de ser.

(46) *Filosofía del Derecho*. Pág. 328 y sig.

(47) *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*, Pág. 50 y *Filosofía del Derecho*, cit. pág. 298.

Lo que hace Kelsen, ha dicho Recaséns (48), es una aplicación, por analogía, del conocimiento físico formal a una esfera de la fenomenología que no son propiamente físicos, sino jurídicos, no es una geometría de los fenómenos jurídicos, sino más bien una física de los mismos.

En Kelsen la teoría del Derecho es una teoría del conocimiento jurídico, a través de la norma, desprovista de toda mácula, que pueda adulterar su propio contenido - exclusivamente jurídico -, llegando a un extremo exagerado que nos permite dominarle el «cirujano del Derecho» que, con su bisturí mágico, extrae de su contenido cualquier adherencia que pueda contaminar su pureza; para que se dé un acto jurídico, tiene que integrarse en la norma, y si ésta lo ha subsumido queda encuadrado en su esfera. Lo mismo que en Kant los conceptos puros de la razón son el esquema de la experiencia próxima, las normas son el arquetipo que permiten, apriorísticamente, observar los datos de la experiencia jurídica (49); la cualidad del acto se logra por medio de un análisis que lo identifique con las normas. - es simple trabajo de laboratorio - convertidas en categorías; son formas puras que precisan llenar de un contenido empírico, y sentado esto, podemos convertir el Derecho en un objeto cognoscible. Todo gira en torno a la estructura lógica de la preposición o precepto jurídico. El deber ser, se contrapone al ser; el primero, como una categoría puramente formal, apriorística, a través del acto dado como un dato empírico, para el conocimiento del material jurídico; el segundo, en cuanto como categoría gnoseológica, lo que es; de esta manera, para el fundador de la Escuela vienesa, sobra toda investigación, y su teoría es puro normativismo que equivale a Derecho positivo. El Derecho no es una realidad natural, sino espiritual, está construido por normas heterónomas, en tanto que, la moral, se encuentra formada por normas au-

(48) *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, pág. 122. Editorial Labor. Barcelona, 1929.

(49) *Teoría pura del Derecho*. Edit. Rev. de Derecho privado, página 17, trad. Legaz. Madrid, 1933.

tónomas, aquél es ajeno al acto volitivo del hombre, la moral queda vinculada a la conciencia de éste; es legislador y propio juez, en contra del axioma «*memo iudex in causa propria*».

Uno de los mayores errores que se atribuye a Kelsen, es la postura que le conduce a la negación del derecho subjetivo; éste, sólo existe cuando el derecho objetivo desciende al mundo de la realidad, convirtiéndose en derecho subjetivo como facultad de una persona, en un momento determinado, derivado de la norma; muy certeramente García Maynez (50), apunta que esta posición kelseniana, equivale a confundir las nociones de norma y facultad; el que Derecho derive de la norma, no quiere decir que se identifiquen.

La personificación del Derecho se identifica con el Estado, de cuya voluntad deriva, por medio de una estructura graduada de normas que reciben su valor de otras, y así, hasta llegar a una norma fundamental en el orden jurídico que no se encuentra dependiendo jerárquicamente de otras, es el poder soberano, el Estado.

Para Kelsen —señala Maravall (51)— «hay dos esferas distintas e irreductibles: la naturaleza y la lógica, el mundo de los fenómenos y el de los conceptos, —el Estado, dice Kelsen, no existe en el reino de la naturaleza, sino en el reino del espíritu— con lo cual quiere decir que es necesario eliminar todo resto psicologista y naturalista de las ciencias del Estado y del Derecho, pero por carecer de un fundamento ontológico, no capta el ser de estos objetos y se reduce a un punto de vista, puramente normativo».

El Maestro Castan (52), pone de relieve los defectos de la construcción kelseniana: a) se imputa a esta teoría su unilateralidad en cuanto sólo contempla en el Derecho su estructura formal; b) escamotea el verdadero problema de

(50) *Introducción al estudio del Derecho*, pág. 187. Méjico, 1944.

(51) *Los fundamentos del Derecho y del Estado*, pág. 7. Madrid, 1947.

(52) *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Septiembre, 1947, separata, pág. 43. Idénticas objeciones formula Treves Renato en su trabajo: «*Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*», Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, fascicolo III. Pág. 186. Roma, 1952.

la Filosofía y del Derecho; y c) el formalismo kelseniano, conduce a conclusiones análogas a las antiguas escuelas legalistas.

El profesor argentino Cossio, ha formulado, modernamente, su teoría egológica, en la que recogiendo la doctrina de Kelsen, se ocupa del problema de la naturaleza del Derecho, con más acierto que el fundador de la escuela vienesa; el Derecho no es el deber ser, sino lo que es; no puede ni debe integrarse su concepto en la norma; el Derecho es, ante todo, una conducta humana, y no puede encerrarse en su compartimento, estos no son dictados puros del legislador, sino objeto de la conducta.

Frente a la tesis de Kelsen de que, la norma, es un juicio hipotético, Cossio afirma que es un juicio disyuntivo del que forma parte la *endonorma*, que nos determina el deber jurídico, y la *perinorma*, que nos representa la sanción (53); en esta posición se acerca más a Kant, que a Kelsen, porque, aún estableciendo una escala gradual, en cuyos estudios, existan otros intermedios entre la *endonorma* y la *perinorma*, todos sus elementos quedan reducidos al elemento-voluntad que, en definitiva, es la conducta del hombre; contra ello ha dicho Legaz que (54): «si el Derecho es forma de vida social, la norma es la objetivación de esa conducta, y la forma de vida se convierte en forma debida, esto es, en norma, y la norma no sólo la representación conceptual de la conducta, sino la representación intelectual de una conducta exigida; la norma es la forma imperada, la norma es un deber ser y el deber ser es una fórmula intelectual». El contenido de la norma jurídica supone un imperativo, aún cuando la forma del imperativo es la norma, la fórmula del deber ser; ambos elementos se implican recíprocamente integrando uno y otro la naturaleza de la norma jurídica.

Como afirma el Profesor Castán, la teoría egoló-

(53) Castán. Ob. cit. pág. 50 y sigs. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, pág. 100, nota 2. Madrid, 1917.

(54) Ob. cit. pág. 53.

gica ha mejorado y perfeccionado la doctrina kelseniana, consiguiendo su agnosticismo e impregnando la concepción del Derecho de un marcado vitalismo y sentido social. Y es que Cossio, a diferencia de Kelsen, no contrapone el Derecho a la naturaleza, como deber ser y ser, sino que su contraposición está basada con la polaridad de la Naturaleza y cultura. La tarea que se ha impuesto el profesor argentino consiste en aclarar el sentido de Derecho en cuanto es un hecho cultural. El reconocimiento de una autoridad es muy distinto al reconocimiento de un derecho. El reconocimiento de una autoridad y el de un derecho nos ponen de presente que el concepto de reconocimiento es un concepto fundamentalmente jurídico y que, envuelto en él, viene a cuento el problema de la libertad que Cossio ha solucionado sirviéndose del axioma de que «todo cuanto no está prohibido está permitido» inspirándose en la frase de Nietzsche «todo está permitido». Imperativo y norma no son formas de la normatividad misma. Para la normatividad es siempre necesario el que sea relacionada por la decisión de los juristas a la autoridad fundada. El Derecho no es sólo una realidad que vivimos, sino más aún: una vivencia que nosotros realizamos.

d) *El idealismo absoluto de Hegel*

Las aportaciones de Hegel a la Ciencia del Derecho, la elevarán a la cúspide del idealismo; partiendo de la idea, en sí, articulada en elementos conceptuales que se alcanzan por el método dialéctico, los conceptos no son entes intelectuales, sino manifestaciones del espíritu, todo concepto es unilateral, se limita y autolimita por el método dialéctico a través de un proceso lógico de tesis, antítesis y síntesis. La filosofía del espíritu es triple: espíritu subjetivo, espíritu objetivo y espíritu absoluto; el Derecho forma abstracta de conexión intersubjetiva constituye el primer estadio del espíritu objetivo, el Derecho en sí considerado se identifica con el

querer libre, por tanto es Derecho la voluntad libre que se manifiesta al exterior.

El carácter dogmático de su doctrina se proclama en la negación de límites al conocimiento, éste puede a través de su ciclo evolutivo, llegar a conocer lo incognoscible; en este extremo se separa de Kant; su axioma de que: «*todo lo que es real es racional y todo lo que es racional es real*», le conduce a una identificación del pensamiento, con el ser, por ello no tiene razón de existencia la dicotomía planteada entre ser y deber ser, lo que importa es el ser.

Desde el punto de vista del proceso dialéctico, el Derecho ofrece una simple modalidad: 1.º El Derecho es en sí y por sí como Derecho formal o abstracto (tesis); 2.º El Derecho como momento de antítesis y como motivo que determina a obrar subjetivamente las voluntades de los individuos o Derecho de la moralidad subjetiva; y 3.º El Derecho en cuanto se manifiesta por medio de su objetividad histórica (síntesis) en la vida y en las instituciones sociales de los pueblos (55). La moral es el segundo estadio del espíritu objetivo, lo mismo que el Derecho se manifiesta en lo exterior por medio de actos, la moral en cambio, como orden más elevado, percibe la idea y se enriquece intrínsecamente de ella. Si el Derecho es abstracto, la moral también, en función al apetito cognoscente del sujeto que la desea y no la quiere, que la quiere y no la practica, y la moral, como corolario del ser es la eticidad, la suprema expresión del espíritu objetivo, es decir, la síntesis de lo extrínseco como idea y de lo intrínseco como concepto.

La filosofía en general y la filosofía jurídica se desenvuelven hoy entre las corrientes del criticismo kantiano y del idealismo hegeliano; la aportación de Hegel al concepto del Derecho, es puramente incipiente e influirá notablemente en las modernas direcciones; en cambio no ocurre lo mismo con sus conceptos políticos que han sembrado dos direcciones diametralmente opuestas, conocidas con el sobrenombre

(55) Luño Peña. Ob. cit. pág. 592.

de «izquierda» o «derecha» hegeliana, aunque mayor inclinación —no de su autor, sino de sus prosélitos— se ha seguido por la primera; Marx aprovechó sus enseñanzas para adaptarlas a su concepto materialista de la Historia.

e) *Posición ecléctica de Krause. Su influencia en España*

Se ha incluido a Krause en una posición armónica que aspira a entrelazar las doctrinas de Kant y Fichte, con las de Schelling y Hegel; nada más lejos de la realidad, no hace falta para demostrarlo ningún razonamiento que evidencie la incertidumbre de este aserto; bien es cierto que se siente influido por estos autores, pero no menos cierto es que, con la misma facilidad que entona sus alabanzas, los repudia con su eterna negación de todo principio.

Las aportaciones de Krause al estudio del Derecho, como muy certeramente las han calificado (56), corresponden a su historia; de no ser por un grupo de intelectuales españoles del decimonónico, no hubieran traspasado los límites de la frontera natural, como tampoco hubieran tenido preponderancia, dentro de ella, de no ser por sus dos discípulos más directos, Ahrens y Röder.

Krause y sus discípulos encuentran en la concepción de la libertad kantiana una verdadera fórmula para los conceptos especulativos de su época, pero al mismo tiempo no les satisface en cuanto no expresan el grado de libertad que debe tener cada hombre.

A los ojos del panteísmo —cuyos antecedentes se remontan a Espinoza y resucitan con esta escuela— el hombre no es persona, ni siquiera sustancia que exista por sí misma, es simplemente un fenómeno del ser único al que denominan Dios, pero en ningún aspecto aparece en él la li-

(56) Condominés y Pou. *Derecho: su concepto*. Nueva enciclopedia jurídica Seix. t. 1.º, pág. 7. Barcelona, 1950.

bertad como libre albedrío, y siendo éste uno de los elementos principales del obrar humano, al no existir, desaparece la idea del Derecho, queda sólo nominalmente (57); negada la sustancia, sus propiedades inherentes huelgan, y no cabe distinguir entre bueno o malo, justo o injusto; concretamente se niega el Derecho, mejor dicho, se reduce a un hecho en sí, al hecho material (58).

Para Krause el Derecho presenta dos aspectos: *inmanente y trascendente*, el primero, contiene la pretensión o facultad que uno tiene de pedir las condiciones necesarias para cumplir su fin en la vida; en el segundo, la obligación de los demás para facilitar esas condiciones. Para poder realizar sus fines hay que suministrar al hombre las condiciones o medios necesarios para el cumplimiento de su fin individual y social; en ello consiste el Derecho; las precisas se limitan a religión, moralidad, ciencia, arte, educación, comercio y derecho. El derecho será el «conjunto de condiciones dependientes de la voluntad humana, que son necesarias para el cumplimiento del fin asignado al hombre por su naturaleza racional». No es el momento de hacer una descomposición analítica de sus elementos; sus errores se manifiestan palpablemente, y desde el ateísmo que encierra, pasando por

(57) En el *Syllabus* de Pío IX, proposición 59, encontramos el Derecho reducido sólo a nombre: «*jus in materiali facto consistit, et omnium hominum officia sunt nomen inane et omnia humana facta juris vim habeat*».

(58) Las doctrinas panteístas fueron condenadas en la famosa alocución de Pío IX del 9 de junio de 1862 «*Maxima quidem*», y recogida dos años más tarde en el *Syllabus*, su refutación a la tesis sostenida por éstos, —de que «todas las cosas son de Dios y tienen la idéntica sustancia que Dios y que Dios es una sola y misma cosa con el mundo»— es confuyente: «De aquí que sea también una sola y misma cosa el espíritu y la materia, la necesidad y la libertad, lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. De tal modo se burlan de la autoridad y del derecho, que dicen impunemente que la autoridad no es otra cosa que el resultado del número y de las fuerzas materiales; que el derecho consiste en el hecho material. Añadiendo enseguida mentiras a mentiras, delirios a delirios y conculcando toda autoridad legítima, todos los derechos legítimos, obligaciones y oficios, no vacilan en sustituir en lugar del verdadero y legítimo derecho, los falsos y mentidos derechos de la fuerza y subordinar el orden moral al material».

el voluntarismo que la preside, la crítica de que se hace acreedor nos conduciría a plantear infinidad de cuestiones fuera de lugar (59). En idéntico sentido se pronuncia Ahrens, para quien el Derecho es: «*el conjunto de condiciones que dependen de la voluntad y necesarias para poder realizarse todos los bienes individuales y comunes que integran el destino del hombre y de la sociedad*».

La doctrina krausista, denominada por su discípulo Röder, como el «Evangelio jurídico del futuro», tiene de todo, menos de jurídico, porque, como muy acertadamente apunta Rodríguez Cepeda (60), hace desaparecer en el contenido del Derecho ese elemento inmutable, constante e invariable que constituye una norma objetiva a la cual se ha de ajustar toda ley y queda sólo el elemento contingente, variable, que depende de la diversidad de los tiempos y lugares, admitiendo únicamente como elemento constante en el Derecho, el meramente externo de coordinación positiva o de prestación de condiciones. La influencia de Krause en España se dejó sentir a través de su doctrina recogida por Ahrens, en un destacado grupo de filósofos y juristas del pasado siglo (61) que especularon sus conceptos en torno a los principios que contiene; para Giner de los Ríos, su principal propulsor, el Derecho es «*el sistema de los actos o prestaciones en que ha de contribuir cada ser racional, en cuanto de él dependa, a que su destino y el destino de todos se efectúe en el mundo*».

No obstante su popularidad y predominio entre los pensadores de la época, no faltó quien alzara su voz en contra de tan perniciosas ideas, oponiéndose abiertamente, como Rodríguez Cepeda, y muy especialmente el Catedrático de Metafísica de la Universidad de Madrid, Ortí y Lara, quien en sus magníficas intervenciones, puso continuamente de relieve no sólo el perjuicio que entrañaban, sino que, uno por uno,

(59) Vid. Aramburu. *Filosofía del Derecho*. T. I., pág. 89 y sigs.

(60) *Elementos de Derecho natural*. T. I. Pág. 182. Valencia, 1899.

(61) Vid. Luño Peña. *Ob. cit.* pág. 633 y Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, igualmente citada.

fué combatiendo los errores en que se apoyaba tan nefasta doctrina (62).

Recaséns (63) ha dicho que la escuela krausiana española situándola en la perspectiva de las actuales direcciones del pensamiento jurídico, fuerza a reconocer que entraña la disolución de la mayor parte de los conceptos fundamentales, que después de muchos esfuerzos ha logrado establecer la especulación sobre el Derecho y sobre su disciplina científica.

f) *El Derecho como fenómeno cultural*

Pese a la catalogación de Kohler dentro de las tendencias neohegelianas, en las que él mismo se incluye, lo cierto es que difiere de Hegel en determinados aspectos trascendentales para la estructura de sus teorías, especialmente en lo que se contrae a la interpretación del concepto de la Historia; así, mientras para Hegel supone un evolucionismo en el devenir histórico de cada etapa de la vida de los pueblos que, con criterio unitario, representa un ciclo autónomo, cuyo conjunto puede concretarse en una determinada conyuntura; para Kohler, ese conjunto es una concatenación de sucesos que integran el proceso evolutivo de manera tal que es preciso acudir al todo para conocer la parte.

Su aportación a la ciencia del Derecho, contiene cierta originalidad en cuanto aspira —a través del mundo de los fenómenos— conocer el fundamento básico en que un concepto ha de sustentarse, ora por mediación de los sentidos, ora por nuestro propio razonamiento; sólo penetrando en la historia podemos conocer el Derecho, y como ciclo de la superación propia del hombre y desarrollo de sus valores espirituales, llegaremos a alcanzar el concepto de lo jurídico. Su definición del Derecho así lo expresa, el Derecho es para

(62) *Lecciones sobre la filosofía panteísta de Krause*. Madrid, 1877.

(63) *Adiciones a Del Vecchio*. II., pág. 282, citado en la *Enciclopedia jurídica* Seix. Vol. 1.º, pág. 7.

Kohler: «*el orden en las relaciones vitales impuesto a la Humanidad en interés del mantenimiento y de la producción de nuevos valores culturales*» (64). No existen derechos abstractos, sino sólo los derechos que el hombre crea con su historia; es una realidad física y humana. No existe, tampoco, un Derecho eterno, sino que el Derecho es cambiante, multiforme, acomodado al ciclo evolutivo de tiempo y lugar; por ello, una nación que no ha desarrollado ampliamente los valores espirituales, puede desaparecer en la noche de los tiempos sin dejar señal, en razón a que, los referidos valores, no han creado nada en pro de la cultura. No puede establecerse ningún concepto a «*priori*», y menos aún el concepto jurídico, éste requiere una experiencia universal y un análisis comparativo de sus datos singulares. Su relativismo histórico, priva al Derecho de su valor ético transmutándolo en puro instrumento vacío de contenido; su aportación teórica a la ciencia jurídica, es prácticamente nula.

Por otros derroteros, no deja, sin embargo, de tener cierto paralelismo con Kohler, su compatriota Radbruch. En efecto, el concepto del Derecho es un concepto cultural, pero a él se llega no en el sentido con que Kohler lo establece, sino como realidad referida a valores, el Derecho será: «*la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del Derecho*»; de esta manera idea y concepto, no podrán existir independientemente, —con lo que se opone a Stammler—, porque el concepto preexiste en la idea. Sentado esto, resta tan sólo determinar el objeto, y el Profesor de Heidelberg, afirma que la idea del Derecho no puede ser otra que la justicia, y tal conclusión llega para delimitar el concepto del Derecho, que define como: «*la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia*» (65). Pero en esta definición se hace eco del atributo que la cualifica como

(64) *Lehr buch der Rechtsphilosophie*, pág. 9. 3.^a edic. Berlin, 1923. cit. por González Viega. *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, pág. 47. Madrid, 1950.

(65) *Filosofía del Derecho*, trad. esp. 3.^a edi. pág. 47. Madrid, 1952.

propiedad esencial, que ha de desarrollarse en ese mundo de valores, que denota su carácter general en cuanto se dirige al ordenamiento jurídico, — no visto desde la perspectiva de Kohler— y habrá de concluir diciendo que, el Derecho es: «*el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común*» (66).

III.—EL POSITIVISMO

No se trata en el presente estudio de realizar una apología o crítica de cada una de las corrientes filosófico-jurídicas que, en determinadas conyunturas, han venido apoderándose del pensamiento del hombre. Hemos creído imprescindible recoger, esquemáticamente, las más significativas, y con ellas, iniciar y concluir el camino emprendido, guiados, en todo momento, con nuestro mejor ánimo hacia el fin propuesto que, sino hemos podido conquistar, —menos aún superarlo— nos damos por satisfechos, con fijar una posición similar a la de un objetivo alcanzado; pero previamente queremos hacer resaltar los escollos y dificultades con que tropezamos, y he aquí, que nos corresponde abordar la tan debatida cuestión del positivismo; con su anchuroso horizonte nos muestra, unas veces, oscuras nebulosas, y en otras, tormentosas dificultades que se imponen vencer; al objeto de no hacer interminable la exposición, no hemos querido traer a colación las incontables tendencias doctrinarias, que soslayamos con pleno conocimiento de causa, recogerlas, sino en su totalidad, al menos en su mayor parte, simplemente con carácter enunciativo equivaldría a pretender plasmar en un lienzo las diversas tonalidades que un pincel, puede caprichosamente dibujar, haciendo jugar en el buril las mezclas más complejas con que armonizar en contraste choque, mul-

(66) Ob. y lug. cit. pág. 49.

titud de coloridos; ni disponemos de medios, ni nuestras modestas fuerzas están capacitadas para enfrentarnos, siquiera, con una visión de conjunto; señalemos —y perdónennos la tautología— en breves pinceladas aquellos coloridos más llamativos que el cuadro del positivismo encierra.

El positivismo nace en contraposición al idealismo, el mundo del espíritu y de los valores es abstracto, producto de la fantasía y carece de razón de existencia; el mundo real, el de los fenómenos y las cosas encarnan un valor trascendental a través del que, exclusivamente, podemos conocer la realidad jurídica.

En términos muy generales, y sin considerar artículo de fe el concepto del devenir histórico de Hegel, entendemos que la historia mundial actúa por saltos o grandes movimientos ideológicos que podemos denominar revoluciones especiales, y éstos, coinciden aproximadamente con los límites de cada siglo. Así el siglo XVI, es el siglo del Renacimiento; el XVII, es consecuencia de las ideas del anterior llevadas a sus últimos extremos, en tanto que el XVIII, es un siglo descreído, científico, racionalista, preñado y parturiento de doctrinas disolventes que culminará con sus múltiples movimientos histórico-políticos, engendrando las bases ideológicas, económicas y sociológicas características del siglo XIX, en el que se manifiesta, con toda su plenitud, el positivismo. Ningún otro siglo ofrece mayor complejidad, ni más rotundas contradicciones; romanticismo y neo-clasicismo, se enfrentan en todos los terrenos y estilos de vida, nuevas concepciones filosófico-jurídicas, se imprimirán al significado y contenido del Derecho.

Lo que empezó siendo exclusivamente un sistema, se convierte en una filosofía que limita el mundo de lo cognoscible, al mundo de los fenómenos, renunciando a todo problema ontológico. La ley de los tres estadios —teológico, metafísico y positivo— a juicio de Comte, imperará en su último grado en la mente de sus seguidores, y la ley de la casualidad servirá de frontera entre lo cognoscible e incognoscible; el método inductivo permitirá la descomposición de lo particular para penetrar en lo universal; todos los fenómenos son casos particulares de un hecho general, y así,

la filosofía jurídica positiva, eliminando toda abstracción, convierte el Derecho en un dato concreto con la realidad social, como Derecho positivo.

Examinemos, con la mayor brevedad, las más importantes direcciones que encuadra en su seno el positivismo; hemos prescindido de seguir un orden cronológico que nos someta a las fechas de aparición o a las etapas de su desenvolvimiento, en razón a que no aspiramos a una exposición de doctrinas, sino a destacar sus caracteres principales.

a) *El Derecho es un fenómeno de evolución social. La Escuela histórica.*

No pretendemos hacer, como anteriormente apuntamos, una exposición exhaustiva de cada una de las tendencias que encarna el positivismo, así como tampoco un análisis detallado de los principios jurídicos que caracterizan las doctrinas de cada autor; voces autorizadísimas nos han precedido, y toda especulación en derredor de la Escuela histórica ha sido planteada desde los diversos planos, en que, los juristas más insignes se han situado; de ahí, que nos concretemos a los puntos más interesantes en que se fundan sus seguidores, y las notas esenciales.

Nadie mejor que, mi querido Maestro, el ilustre Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Madrid, doctor Hernández Gil, ha sabido captar y expresar lacónicamente el verdadero significado y alcance de la Escuela histórica; su elegante exposición doctrinal, que admiramos y compartimos en todos sus aspectos, nos dice (67): «El siglo XIX se abre en Alemania, en orden a la ciencia del Derecho, con la Escuela histórica. Así como el racionalismo es el fondo sobre el que se recorta la figura de la Escuela francesa de la exégesis,

(67) *Metodología del Derecho. Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, págs. 65 y 66. Madrid, 1945.

su antítesis, el romanticismo irracionalista es la concepción filosófica y cultural que tiene como soporte y da impulso a la Escuela histórica alemana. Una y otra se pronunciarán en contra del Derecho natural; pero en tanto la primera lo que viene a hacer es positivizar aquella ideología y exalta el Derecho escrito como «*unversum ius*», en cuanto en él se atesora un Derecho racional e ideal; la segunda en cambio, rompe por entero con aquél y con cuanto signifique poner una traba al constante fluir del Derecho, cuya frente inagotada e inagotable es la vida misma. La vida: he aquí lo que, sobre todo, se sobrestima; pero la vida en su entera dimensión y desarrollo, es decir, la historia. Frente a la mentalidad anti-histórica que se había adueñado de la ciencia del Derecho, que subsistía en Francia, y que en la propia Alemania tenía un exponente en la denominada escuela filosófica, lo que se propugna es el rigor de un conocimiento histórico llevado hasta sus últimos límites. Nada hay inmutable, rígido, ideal. Los tiempos y los hechos se suceden, cambian y progresan y con ellos los conceptos en que se encierran. El Derecho y los conceptos jurídicos no pueden escapar a esta ley. Lo que se reputa como jurídicamente válido y vigente es el resultado de una evolución cuya raíz está en el pasado y su término en el futuro. Es imposible romper esta trabazón si se quiere obtener un conocimiento verdadero. Pero no es esto sólo. La exaltación de lo histórico, tal y como lo lleva a cabo la mencionada escuela, implica otras muchas afirmaciones y negaciones cortadas por el patrón romántico. A lo racional, opone lo irracional; a lo reflexivo, lo espontáneo; a la idea, el sentimiento; y ve en el Derecho no un juicio de la razón o una decisión de la voluntad, sino un fruto de la cultura. Rechaza lo abstracto y proclama el imperio único de lo concreto, de forma que no existe el Derecho, sino «éste» o «aquél» Derecho. Por lo mismo desestima lo general a lo genérico, y proclama lo singular y específico. Pero, al propio tiempo, opone a lo individual, lo colectivo. Entre el individuo aislado que para nada cuenta, y la idea universal y vaga de la humanidad, hay un término medio que es la clave: el pueblo, la nación, el grupo natural y orgánico de individuos a quienes une una tradición común: todo Derecho

aparece infranqueablemente vinculado a un pueblo, como al ser que le dió origen; no es sino encarnación y proyección de su espíritu. Así, pues, se comprenderá fácilmente que, en tanto la Escuela de la exégesis se sometía a un Código, del que no sólo no dudaba, sino en el que creía firmemente, la Escuela histórica, sólo podría ver en él un inconciliable enemigo».

He ahí, expresado, en pocas palabras, todo el contenido de la Escuela histórica, los principios en que desenvuelve su trayectoria. El Derecho es la expresión del pueblo pero concretada en una determinada conyuntura histórica; no examinada en lo particular del tiempo, sino en el ciclo evolutivo de su devenir histórico; la historia para Savigny, como la vida y el Derecho, no se concibe singularmente o en un aspecto determinado, sino que, es, parte del todo, en el que cada momento se entrelaza, como eslabones de una cadena, de su precedente; la unidad integra una unidad —pueblo, como manifestaciones de sus complejos elementos que le caracterizan; el Derecho nace y vive por generación espontánea, en función del espíritu del pueblo, pero desenvuelto en la colectividad; contiene dos elementos, aquél que se liga con la vida social y el que se elabora técnicamente; ambos coexisten, pudiendo individualizarse no se separan, surge por tanto, un Derecho popular y otro científico.

Los dos postulados más importantes de la Escuela histórica se encuentran, en su posición contraria al Derecho natural, y en su repulsa hacia la codificación (68).

En resumen, para Savigny, su principal representante, el Derecho nace, se desenvuelve y se extingue paralelamente con la evolución social de un pueblo; la costumbre es la fuente del Derecho, de ella deriva; las costumbres traducen la convicción jurídica de los pueblos, consistiendo la misión del jurisconsulto y del legislador —Savigny no excluye el órgano, ni la función legislativa en la vida jurídica, ésta tendrá lugar en último extremo, de la sociedad organizada conforme al ciclo evolutivo de su devenir histórico— en saber llevarlas a su desarrollo. El Derecho no puede ser está-

(68) Hernández Gil. Ob. cit. pág. 75.

tico, el consuetudinario trabajará siempre al escrito, teniendo éste por su parte la ventaja de fijar normas regulares y precisas; el equilibrio entre los dos es por eso el ideal; que la ley sea clara y firme; pero que sea evolutiva al dictado de la costumbre; porque, como dijo un eminente jurista (69), el Derecho positivo tiene por base, para ser eficaz, la costumbre, la vida, la realidad, y de allí que sea en mucho fruto de la educación, siendo él a su turno educativo, ya que nace de aquella costumbre, y para ser eficaz, cuando trata de profesar respecto a ella, debe ir la creando, y eso es educar. Siempre hay que formar sujetos antes de darles derechos y las leyes por sí mismas y en términos absolutos no engendran plenamente capacidades jurídicas. A todo pueblo debe corresponderle un Derecho propio, producido dentro de su evolución; primero ha de nacer de sus costumbres, y se rige directamente por ellas, luego se hace escrito, y desde que se moldea así, ya la costumbre trabaja su base para modificarlo y progresar.

Se atribuye a la Escuela histórica, el haber enriquecido el conocimiento histórico, desarrollar una crítica metódica de las fuentes y perfeccionar la formación de conceptos, mejorando la sistemática especialmente mediante la progresiva abstracción de las doctrinas generales y la más profunda caracterización de la esencia de las relaciones jurídicas (70). En cambio hay que anotar en su debe que, al estudiar el Derecho positivo, abandona toda especulación universal y toda valoración; no ha recogido más que el aspecto particular del Derecho, dejando a un lado el racional absoluto y al centrar en lo real lo ideal niega, incluso, su evolución progresiva.

Señala el Profesor Hernández Gil que, en el orden filosófico-jurídico, ha de imputársele, ante todo, su falta de profesión de fe filosófica; su manifiesta adversión y negación

(69) Reyes Ochoa: «*La costumbre y el Derecho*», conferencia pronunciada en la Academia valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el 8 de febrero de 1950. Publicada por la misma Corporación, pág. 7.

(70) Emmeccerus. *Derecho civil*. Parte general t. I, pág. 75. Barcelona, 1947.

ción de la consideración filosófica del Derecho, es el denominador común de varios puntos de vista que hay que rechazar. La actitud de la Escuela histórica, es una reacción iconoclasta. La consideración histórica del Derecho es necesaria, pero no puede suplantar a una consideración filosófica del mismo (71).

b) *Movimiento de reacción contra la Escuela histórica. El positivismo jurídico. El fin del Derecho como regulador de la vida social. Teoría general del Derecho.*

La importancia que la Escuela histórica concedió a los estudios del Derecho romano, no sólo en su aspecto histórico, sino en el de su adecuación a la época, no deja de representar, en parte, una cierta contradicción con el contenido de sus doctrinas; si el Derecho encarna el espíritu del pueblo, y cada pueblo cuenta con sus instituciones peculiares, la concesión al Derecho romano, de un valor universal, parece, a primera vista que atenta contra sus propios postulados; sin embargo no ha de llevarse a tan riguroso extremo tal consecuencia, no en balde la consideración de su positividad no se integra en el concepto del Derecho vigente, sino más bien, como Derecho común del que se nutrió, entre otros, el mismo Derecho germánico (72).

La reacción que se produjo en Alemania se manifiesta en un doble aspecto, por un lado, se entendió, indebidamente, que la Escuela histórica relegaba a segundo término al Derecho patrio, —quizá Savigny, llevado en su ánimo por una tendencia anticodificadora, se aferraba al sistema romano para sustentar su tesis, con la que pretendía evidenciar lo innecesario que fué para este pueblo un Cuerpo de leyes, subsistiendo su Derecho con el mayor esplendor— en tanto que, por otro,

(71) Obra citada, pág. 91.

(72) Hernández Gil. Ob. cit. pág. 88 y sigs.

el Derecho tiene una finalidad eminentemente práctica. Esta tendencia encaja perfectamente en el denominador común del positivismo jurídico. El Derecho está constituido por el ordenamiento jurídico de un pueblo, ordenamiento que rige en una determinada conjuntura histórica, es decir, el Derecho vigente; este dogmatismo a que se encuentra sometido el jurista, es el punto coordinador entre las corrientes históricas y positivistas; es preciso, se impone la construcción científica del Derecho, para lo cual las tendencias se inclinan hacia una finalidad social, ora a través de su evolución, ora del resultado de conjugar los elementos históricos, comparativos, lógicos, etc., que de lo particular concreto se pueda inducir lo universal existente.

A diferencia de la Escuela histórica, la evolución no implica un sometimiento a su devenir histórico vinculado al espíritu del pueblo, entrelazado con lo ancestral, pero que, en definitiva, se hipertrofia en su determinación; todo lo contrario, los nuevos conceptos amplían su esfera derivándolos hacia un fin, como medio, que representa el valor absoluto del Derecho, en su constante fluir con las nuevas instituciones que precisa de sus ramas jurídicas que, sin perder su finalidad análoga, se integren con sus elementos heterogéneos en la homogeneidad que representa el Derecho, con sus especialidades o particularismos, «tal como lo exige el fin», se trata de comprender y construir científicamente el Derecho, pero principalmente fomentar el progreso de la legislación y jurisprudencia; esta nueva dirección que labora con los medios auxiliares de la historia, del **derecho comparado** y de la filosofía, y que tiene más bien una significación creadora de un derecho adaptado a las *actuales necesidades* económicas y éticas, toda vez que su aspiración cumbre es la de proseguir la formación del Derecho» (73). Todo ello se resume en la perentoria necesidad de construir científicamente el Derecho, pero no a la manera de la Escuela histórica, con su doble distinción entre un Derecho *popular* y *técnico*, sino tan sólo en este último aspecto; por otro lado las nuevas

(73) Emileccerus. Ob. cit. pág. 77.

corrientes se acercan más a la Escuela de la exégesis, si bien no llevada hasta su extremo; la codificación es un medio conducente a un fin, pero no excluye la función interpretativa, ni la elaboración progresiva; un Código no lo es todo para la vida del Derecho.

El primer artifice de estas corrientes opuestas, en parte, a las doctrinas que representa la Escuela histórica, y el más insigne jurista del pasado siglo, se encuentra en la persona de Rudolf von Ihering, y con ello, para persuadir una verdad a los discretos, no proclamamos al jurista alemán como el precursor de las mismas, como así tampoco podemos encuadrarle entre los continuadores, su gigantesca personalidad se mantiene al margen de cualquier suspicacia, y, en buena doctrina, hay que reconocer que imprimió al Derecho un sello tan personal que, prácticamente, es el creador de su construcción científica, precisa y matemática.

Ihering desde un plano en el que predomina el empirismo, a través del cual construye su famosa ley de la finalidad que marcaría el nuevo rumbo de las especulaciones jurídicas; el fin en el Derecho absorbe todo el fundamento del mismo, el Derecho se da en relación con un fin determinado, la ordenación de la vida social; huye de toda abstracción como valor absoluto, pero no la repudia, si bien es imposible construir sobre ella ninguna ciencia, y menos la ciencia del Derecho.

El Derecho puede definirse, exactamente, «*como el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción*» (74). Dos elementos contiene esta definición: *la norma y la coacción*; la norma es una regla según la cual el hombre ha de dirigir su conducta, por ende, representa, para Ihering, el elemento interno, en tanto que, la *coacción* es el elemento externo que consiste en la realización de un fin mediante la sumisión de una voluntad extraña, y siendo el Estado la única fuente del Derecho, la coacción ha de ejercitarla él, es consustancial con su propia estructura soberana-

(74) *El fin en el Derecho*, pág. 158. Biblioteca jurídica Atalaya. Buenos Aires, 1946.

na; en el Derecho están puramente integrados estos elementos, de manera que, la coacción es complemento a la vez que objeto externo. Hasta aquí, el Derecho es forma que precisa de contenido, el problema estriba en su determinación. El Derecho no expresa la verdad absoluta, su verdad no es más que relativa, y su medida adecuada al fin; por ello el Derecho no sólo *puede*, sino que *debe* ser infinitamente diverso.

«En el terreno del Derecho todo existe para el fin y en vista del fin; el Derecho entero no es más que una creación única del fin, sólo que la mayor parte de los actos creadores aislados se remontan a un pasado tan lejano que la humanidad ha perdido su recuerdo. Como para lo relativo a la formación del globo terrestre, es asunto de la ciencia hacer revivir en la historia de la formación del Derecho los acontecimientos que a éste ocurrieron: el fin le proporciona los medios. El hombre que piensa, que medita, hallará siempre, en el terreno del Derecho, el fin de cada una de sus instituciones. La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica, tanto desde el punto de vista del dogmatismo del Derecho, como de su historia» (75). De esta manera Ihering, aprecia el valor de la historia para la construcción conceptual del Derecho, superando la posición de Savigny y sus discípulos; no se puede, en modo alguno, aceptar la historia como valor absoluto, sino meramente relativo, porque en cuanto encarna un ciclo evolutivo de los pueblos adecuado a su lugar y tiempo, no es menos cierto que ese evolucionismo se manifiesta en sus instituciones propias, este progreso es un factor determinante que sufre una metamorfosis, en contra del anquilosamiento en que se hallaría el Derecho en su relativismo histórico, en el que lo colocan los pensadores alemanes cuya tesis desvirtúa. Inducen estos razonamientos, al genial jurista alemán, a definirlo en este sentido: «El Derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el orden coactivo del Estado». Su contenido es, por tanto, eminentemente social.

(75) *El fin en el Derecho*, pág. 213.

La teoría del interés que, Inhering, proclama ha sido duramente criticada, acaso no hayan comprendido, sus detractores, la profundidad e interés que encierra. Hemos leído que Ihering incurre en un materialismo soez y aplastante. ¿No será ello producto de mentes burdas que, con mentalidad económica, confunden el interés, con el interés material, con el producto del capital con el tanto por ciento? ¿Acaso no hay intereses religiosos o morales a los que el ordenamiento jurídico brinda una protección eficaz? Estamos seguros que Ihering, pensaba en sus detractores cuando nos habla de aquella mujer que odiando los ruidos, albergó en su casa a un profesor de música.

Las ciencias del espíritu estudian los actos; es decir, el producto racional del hombre, lo volitivo e intencional. El Derecho es ciencia del espíritu, la legislación positiva es concreción de los principios jurídicos y sólo puede proteger aquellas situaciones basadas en derechos subjetivos, en poder de la persona como portadora de intereses, porque es portadora del alma, del espíritu y su interés merece el respeto de la comunidad jurídica que para ello se constituye.

Sus lemas principales de que, el fin es el creador del Derecho, y los derechos son intereses jurídicamente protegidos, nos muestran la doble directriz que encarnan en cuanto uno es producto del Estado, en tanto que el otro representa la facultad del hombre como sujeto-fin. El análisis, significa sucintamente, de los puntos principales, que las doctrinas de tan genial autor, nos llevaría a poder apreciar, en su conexión, y conjunto armónico, las purezas de sus líneas y la estética de sus construcciones, razones poderosas nos impiden entrar en el planteamiento conforme nuestro deseo, por cuyo motivo creemos que, con lo expuesto, se puede apreciar la magnificencia de su obra.

Si la ciencia del Derecho representa en esta etapa del pensamiento jurídico alemán, la revalorización del espíritu del Derecho patrio, —en contraposición al auge dado al Derecho romano—, tendente a la construcción de un Derecho propio con finalidad determinada, la jurisprudencia complementa con rigor —por el mismo medio— la concreción de que las disposiciones jurídicas se canalizan para servir a los

intereses que precisa proteger; de esta manera la misma correlación que, para el Derecho en Ihering, existe entre norma y coacción, no como elementos integrantes de una unidad, sino convergentes en una misma finalidad.

El resultado de estas corrientes supone un desplazamiento de los estudios del Derecho romano, por los de Derecho germánico y la sustitución del método histórico por el de la ciencia del Derecho reducida al radio de acción del Derecho vigente, y de esta forma la ciencia del Derecho permite subsistir al valor universal, al particularísimo de su disociación que se desenvuelve en ámbitos diferentes y a veces opuestos.

Este movimiento renovador necesita construir una teoría general del Derecho, que recoga en su ámbito las nuevas directrices que la ciencia jurídica señala. La importancia que representa esta nueva corriente para la sistemática del Derecho es trascendental; la delimitación entre una parte general —construída por el mundo de los conceptos— que en conexión con la parte especial— que concreta en sí cada una de las ramas jurídicas — irá fundamentando los principios básicos en que se ha de sustentar cada disciplina jurídica, marca un nuevo jalón en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica; esta delimitación se logra por un proceso inductivo que permite llegar, en su grado último, a lo universal; por el método empírico se demostrarán los conceptos y los fenómenos jurídicos que se producen.

Merkel, distingue entre una parte general, común a otra la ciencia jurídica, y una parte especial que contiene las diversas ramas jurídicas, de manera que exista una íntima conexión entre la parte y el todo, pero no colocados en el plano de su integración, sino como relación particular con respecto a lo universal.

c) El Utilitarismo como precursor de la Escuela analítica y su repercusión en las doctrinas continentales

En verdad que el Utilitarismo inglés acusa matices eminentemente políticos, si se tiene en cuenta las circunstancias

En las que, Jeremías Bentham desarrolló su doctrina que, en opinión de algunos, fué superada por sus discípulos, si bien en realidad, los conceptos que formulara el pensador inglés, han sido expuestos, en determinadas ocasiones, con mayor ambigüedad, y no dejan de tener actualidad, más que por su originalidad, por la aceptación que tuvieron, y en especial por las nuevas trayectorias del pensamiento moderno al variar, en ciertos sentidos, el contenido y finalidad del Derecho. Influenciado por las ideas de Locke y Hume, valiéndose del método inductivo, de datos proporcionados por la experiencia, Bentham formula su tesis de perfecto encuadramiento en el campo del positivismo. Si en un principio el pacto social encarna la fuente suprema del Derecho, no tardará en rechazarla e incluso con afán destructivo intenta despojar al pacto de los atributos que el racionalismo le había conferido; esta variación en su rumbo primitivo le conducirá, en un interés desmesurado, por los derroteros que por el valor de la jurisprudencia adquiere y la finalidad que corresponde, en todo caso, como cometido, alcanzar el Derecho. Niega la existencia del Derecho natural, y sólo admite el Derecho positivo representado en la ley como expresión de la voluntad soberana; los individuos carecen de derechos naturales, y no podrán por ende, ofrecerse a los dictados de la autoridad creadora del Derecho que, guardadora fiel, es la única adecuada para delimitar el grado de transgresión y la sanción que procede imponer a quien viola la norma jurídica.

Si en parte, puede afirmarse, se manifiesta una notable influencia de Hobbes, la conclusión a que llega Bentham no está en el significado que su predecesor imprime al factor *utilidad* que, como finalidad del Derecho, representa para la comunidad, en aquél se funda en la naturaleza egoísta del hombre; la utilidad del Derecho está en proporción al grado de conveniencia para su propia seguridad; en Bentham, el grado de utilidad se mide en proporción con el bienestar general que reporta; tampoco llega su ortodoxia a la negación de los derechos del individuo dentro de la comunidad. Todo existe proporcionalmente a un principio de utilidad general, y dentro de ella se refleja, siquiera indiciariamente la moral, y, en mayor grado, la Justicia. El legislador no puede

caprichosamente dictar la ley, si atiende a la felicidad general como suprema realización y precisa que esa utilidad sea el freno o límite a lo arbitrario.

Su principal discípulo Mill, no argumentó con acierto la doctrina del Maestro que, como sostiene Del Vecchio (76), hasta Spencer no se solidifica, al fundamentarla sobre las bases preconizadas por Darwin, con sus famosas teorías evolucionistas.

En cambio, aprovechando estos materiales que combina con la positividad de la jurisprudencia, sirven para que Austin inicie los cimientos de la Escuela analítica inglesa. Igualmente el Utilitarismo será el meollo del Pragmatismo que, aceptando como fundamento el principio de utilidad, desarrollará su teoría sobre la acción como ecuación de lo verdadero que sólo lo representa lo que tiene alguna utilidad para la vida; pensamiento de notable influjo en el mundo anglosajón.

Austin que estudió en Alemania se sintió atraído por las doctrinas en boga de su tiempo, que mantenía la Escuela histórica, siendo discípulo directo de Savigny. Conjugando las tendencias del pensamiento germánico de la época, con el utilitarismo que, en su país, se había adueñado de los conceptos jurídicos, adopta una posición ecléctica de notable influjo en Inglaterra y posteriormente en el Continente. Dentro del positivismo se caracteriza por su método abstracto y la idea de una jurisprudencia general, de manera que, en cuanto, el Derecho es ley, obliga con generalidad, su imperatividad es universal; esto no sucede con otras reglas o usos de carácter transitorio u ocasional; precisa distinguir entre un Derecho de carácter general de contenido normativo regulador de conductas y relaciones privadas, de aquél que no tiene fuerza vinculante con respecto a los demás; de ahí, saca Austin la conclusión de que el Derecho sólo tiene un creador que es, el poder político. Este Derecho rige como positivo y hay que estudiarlo en un doble aspecto: en el de su contenido y estructura; el primero, se distingue de los demás en tanto se singulariza, a la par que, el segundo, cons

(76) *Filosofía del Derecho*, pág. 220.

títuye propiamente la jurisprudencia, es decir, el objeto de la ciencia jurídica.

Las doctrinas de Austín no se transmitieron al continente por su propia mediación, ni puede aseverarse que influyeran en el pensamiento de Ihering, aunque coincidan en algunos puntos esenciales, si bien hay que reconocer que el jurista alemán se encuentra en un nivel muy por encima del pensador inglés.

Para Bierling, el Derecho es únicamente positivo, rige en un pueblo en una determinada coyuntura y para un núcleo de hombres. Niega todo concepto «*a priori*», en razón a que no se puede penetrar en lo cognoscible universal, o particular, sin haber adquirido datos concretos proporcionados por la experiencia, de ahí, que el método empírico sea el único que nos lleve a un conocimiento de lo que es el Derecho. La teoría de los principios jurídicos es el medio para conocer el Derecho en su contenido universal, siendo el primer principio jurídico, el más señalado, el propio concepto del Derecho, y éste, únicamente, nos puede proporcionar el dato concreto. Lo mismo que Austín distingue entre la norma jurista de contenido general, de las demás normas singulares que nacen de la convivencia del grupo, y a la que se someten voluntariamente por su aceptación, pero que no puede vincular a los demás.

Coinciden Bierling y Somló en lo que atañe a la existencia de dos clases de conceptos jurídicos, los que denomina conceptos jurídicos de contenido, de los conceptos jurídicos fundamentales; por tanto existe un concepto universal y varios conceptos singulares, el primero, comprende todos los principios jurídicos integrados en éstos; en cambio discrepa en cuanto al procedimiento que debe utilizarse para su conocimiento, que se desenvuelve dentro del método jurídico; y, así el concepto del Derecho se convierte en el concepto primario de su teoría jurídica. Siendo el Derecho una norma que emana de la voluntad suprema, que denomina «poder supremo», su resultado es que sólo podemos llamar Derecho a las normas de un poder supremo, constante, comprensivo

y que se impone de ordinario (77). Como ha dicho González Vicen, «la noción del Derecho de Somló no es más que una descripción de hechos concretos y de procesos reales reunidos y sublimados bajo la forma de un concepto universal».

d) *Sociologismo jurídico*

Si a Comte se le ha denominado el padre del positivismo, sus teorías, que en el siglo XIX, se engarzan con nuevos conceptos aparecidos, por las circunstancias anteriormente aludidas, darán como resultado, en su última dirección, con los estudios de Durkheim, verdadero fundador de la Sociología como ciencia que se ocupa de los hechos sociales en su ciclo evolutivo, que necesariamente ha de influir, y no poco, en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica. El sociologismo jurídico estudia el Derecho como producto de la evolución social, pero no en el sentido que lo hiciera Savigny, como concreción histórica en un momento determinado, sino que, la sociedad, en su constante flujo y reflujo, en sus múltiples manifestaciones exteriores, el Derecho existe, no en cuanto presupone unas reglas reguladoras de los hechos aislados o generales que han de ser impuestas coactivamente para la conservación de la sociedad, sino en tanto el Derecho no es otra cosa que vida social. El conjunto de necesidades que es preciso coordinar para que se constituya la realidad fáctica, será la que nos suministre —por el método empírico— los datos precisos para poder formular el concepto del Derecho.

Ha dicho, certeramente, Hernández Gil (78) que: «si en parte es fruto de la propagación y el auge de la sociología, en parte también es fruto de la situación interna en que

(77) González Vicen. *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, pág. 39, Madrid, 1950.

(78) *Metodología*, pág. 240.

se encontraba la disciplina jurídica. La alianza del positivismo jurídico con el organismo constructivo, acentuaba cada día más la rigidez del normativismo y el formalismo. Era palpable el divorcio entre la regla y los hechos, como insuficiente la lógica para evitarlo. Se siente la necesidad de la liberación. Y he aquí uno de los caminos utilizados: el sociologismo jurídico, que al positivismo jurídico opone un positivismo sociológico y al conceptualismo, un realismo». Y sobre estos supuestos, ha sido Duguit el que ha desenvuelto, con mayor rigor científico, sobre el método empírico, la doctrina del sociologismo: «En el mundo social, como en el mundo físico, no admito como real más que aquello que constató por la observación directa, y todo lo que constató así, lo admito como real» (79). Gnoseológicamente, Duguit, parte de una base real, en la que sólo es problemático, lo que del mundo exterior percibe el conocimiento, pero no todo, sino aquellos conceptos que podemos construir con los datos que nos proporciona la realidad social.

Incide Duguit en un positivismo dogmático, sobre el que aspira a construir la teoría del Derecho; su horror a lo metafísico, le coloca en el trance de concretar el Derecho en la realidad social, de manera que el mundo social no constituye otra cosa que el mundo fáctico, la esfera de lo suprasensible se excluye de todo conocimiento, de donde no existe nada con valor absoluto, los hechos sociales no se producen en el ciclo evolutivo de los demás hechos a que se concatena la ley de la casualidad, sino con arreglo a los dictados que precisan los lazos de sociabilidad; por sí sólo el hombre no puede tener existencia real, necesita de la comunidad, en la que únicamente puede satisfacer sus condiciones previsibles y mínimas y en esta colaboración con sus semejantes se halla enclavada la estructura social. Huye de todo racionalismo, sin admitir que por medio del pacto o contrato se organice la sociedad; ésta es producto de la naturaleza, pero no en el sentido que lo entendieron los racionalistas, ni la escuela de Derecho natural preconizará, sino, exclusivamente en función

(79) *Traité de Droit Constitutionnel*. t. I, pág. 462. 3.ª ed. Paris, 1927.

de la solidaridad que se manifiesta en un doble sentido, mecánica y orgánica, que requiere de una norma reguladora de conductas para su propia conservación y a la de la sociedad. «La ley positiva no puede entenderse más que como un modo de expresión de la regla de Derecho. El legislador no crea ésta, sino que la constata y la ley positiva no se impone más que en la medida que se encuentra conforme con la regla de Derecho» (80).

Integrado el Derecho en la norma jurídica, para Duguit, no existe más que el Derecho objetivo, y sin negar abiertamente el Derecho subjetivo, reconoce unas situaciones jurídicas subjetivas, no como poder o facultad del sujeto, sino como situaciones reales, del mismo modo que se producen estas situaciones en sentido objetivo, si bien unas creadas por la norma, en tanto que las otras derivadas de la norma; la coordinación de ambas situaciones jurídicas es lo que constituye el Derecho positivo.

Las conclusiones a que conduce la doctrina de Duguit, según Castán (81) son: a) que la norma jurídica como toda norma social, es el producto de un hecho social: la solidaridad o interdependencia de los hombres; b) que la norma social, moral o económica, adquiere el carácter de norma jurídica, no por la intervención del legislador positivo, sino por este doble factor de orden psicológico: la conciencia en la masa de los individuos de la sociedad de que se trate, de que esa regla moral o económica es esencial para el mantenimiento de la solidaridad social y la conciencia de que es justo sancionarla; y c) que esta conciencia social que sirve de soporte a la regla jurídica no es una conciencia colectiva (distinta de las consideraciones individuales, ni una entidad metafísica, sino sencillamente la conciencia de la masa de los espíritus individuales.

Dentro del sociologismo jurídico, merece ser incluido Gastón Jeze, para quien el Derecho supone un conjunto de reglas de conducta social que son útiles y justas; toda teoría

(80) Ob. cit. t. I. pág. 171.

(81) *Las diversas escuelas jurídicas...* pág. 100 y sigs.

jurídica tiene que partir, necesariamente, de la observación, y sólo a través de la experiencia se podrá conocer la realidad práctica que sirve de complemento a la teoría; rechaza la formulación de conceptos «a priori» y establece una adecuación entre el mundo del espíritu que puede ordenar los referidos hechos con arreglo a una finalidad que concierne a la vida social (82).

Puede también incluirse, en esta corriente, a Ehrlich, principal representante de la Escuela de Derecho libre que hace suyos los postulados en que Duguit funda su teoría; en este aspecto, coinciden ambos juristas: el Derecho es producto de la vida social. La distinción entre técnica y ciencia, le sitúa en una doble posición, inclinándose con preferencia por la jurisprudencia como ciencia práctica, de la que, por el procedimiento inductivo, se puede formular el concepto del Derecho como norma de conducta dada por el Estado e investida de poder coactivo. El reducir el Derecho en su aspecto eminentemente práctico, le priva de contenido científico, y al objeto de obviar esta inadmisibles conclusión, Ehrlich aspira a fundamentarlo filosóficamente, de esta manera puede comprenderse el único concepto del Derecho, ello requiere revisar los supuestos gnoseológicos de la jurisprudencia, contraponiendo a su método deductivo y conceptual, la observación de la realidad jurídica y el método inductivo, y así se conocerá su significación, su razón de ser, porque si nos fijamos en la concreción de los textos legales vigentes, y en este sentido buscamos una correlación entre el hecho social y la norma, observaremos que, mientras el primero se caracteriza por su dinamismo, la norma, por el contrario, se manifiesta estáticamente, y no podrá existir un nexo correlativo que eslabone los factores determinantes del concepto del Derecho.

La ciencia del Derecho, como ciencia de los conceptos jurídicos, es puramente empírica; a través del hecho real, por el método inductivo, se llega a conocer la verdad general, y con ella los conceptos universales; pero ello no es

(82) Hernández Gil. Ob. cit. pág. 252.

suficiente para poder construir el concepto del Derecho; si el Derecho viene dado en función del hecho social, y éste se comprende como conjunto de relaciones armónicas de los hombres, proporcional a sus grados y esferas, hasta constituir el núcleo total, la organización que regule las relaciones entre los miembros es lo que crea el Derecho; de esta manera, Ehrlich, lo mismo que Duguit, termina por negar, o, al menos, no reconocer el derecho subjetivo, porque si el Derecho, son reglas para la comunidad, hay que mirar al hombre dentro de ella, y estas normas son objetivas, por ser Derecho vigente y universal para todos; de ahí que, no debe confundirse, con el Derecho estatal, el Derecho de los juristas o el que aplican los Tribunales, quedando delimitada la esfera del Derecho del Estado y la norma social, aquél será Derecho público, éste «ius privatorum», su origen se entaza con las relaciones sociales, y atemperándose a sus necesidades aparecen las instituciones jurídicas: de orden familiar, los usos sociales, las relaciones dominicales y posesorias, y por último las declaraciones de voluntad, por actos inter vivos: el contrato; por actos mortis causa: las sucesiones.

CONCLUSION

Ya el simple enunciado del tema pone de manifiesto la idea perseguida, se trata exclusivamente de un ligero ensayo, en el que no se ha pretendido, en modo alguno, tratar de una manera exhaustiva ni todo el contenido que la materia encierra, ni traer a él toda la gama de autores o doctrinas que estas tres fases del pensamiento filosófico-jurídico representan; con conocimiento de causa han quedado en el tintero infinidad de cuestiones, de palpitante actualidad, que hubiera sido de sumo grado dedicarles, siquiera, una sucinta mención; infinidad de razones se oponen a ello. Tampoco se pretende formular, a modo de colofón, un concepto del Derecho; se ha convertido en un tópico la frase kantiana de que: «todavía buscan los juristas dar una definición de su concepto del Derecho», y verdad es que la problemática de ayer, continúa hoy latente; la incógnita planteada respecto a

¿quid ius? no ha sido aún despejada, y la inmersión en las profundidades de su anchuroso pielago, es cada vez más aventurada.

Afanosamente se ha dicho que todo el mundo sabe lo que es Derecho, ciertos actos o hechos de la vida, se ven acosados, matizados por una idea particular de la juridicidad proyectada sobre un plano de la justicia; la norma vulnerada, el incumplimiento de lo obligado, esa relación de continua convivencia social que necesita de unas reglas, están sometidas, desde el simple y cotidiano pensar, hasta las más abstractas elucubraciones del espíritu, a una crítica, unas veces constructiva, y en ocasiones destructiva, en las que se denota a cada paso ese tejer y destejer, traer y llevar, para volver a traer de nuevo, aquellos principios que en todos los órdenes, como imprescindibles, pululan en torno a esa interrogante abierta; por un lado, el concepto particular integrado en el conocimiento humano, encuadrado en un criterio propio, tendrá un carácter individualista y subjetivo al referirse a una relación vinculante contraída, y, en la que se cifra todo el Derecho, confundido con el interés; su cumplimiento o no, el perjuicio o beneficio que irroga, será el barómetro que determine el criterio valorativo del significado de lo justo o injusto; todo hecho o acto humano, examinado desde el plano en que se coloca la norma «tipo» a que se somete, implica de por sí un juicio calificador de los efectos de la voluntad causante en su correlativa proporción con la relación básica; por otro lado, si penetramos en el terrero doctrinal o científico, en el mundo de los conceptos y de sus especulaciones, siempre deambularemos entre lo cognoscible, y esa barrera o frontera-límite de lo incognoscible; lo real y lo abstracto, la idea y la forma, se entrecruzan y se separan e impide que nos situemos fijamente en un momento o coyuntura que permita vislumbrar un concepto de valor permanente; el conocimiento vulgar, no nos convence, el riguroso criterio científico, no nos satisface; de aquí la intrincada cuestión; la delimitación del concepto del Derecho es una problemática que, como la ecuación de la recta, tiende hacia lo infinito.

JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA
DOCTOR EN DERECHO

SUPUESTOS DE LA DIVISION DEL DOMINIO EN EL CODIGO CIVIL

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Terminología.
- III. Concepto del dominio dividido.
- IV. Importancia de la cuestión.
- V. Supuestos de la división del dominio en nuestro Derecho positivo.
 - A) Copropiedad.
 - a) Posturas negativas: a') Teoría de la propiedad plúrima total. b') Teoría de la propiedad única integral con sus variantes de la unanimidad y de la personalidad. c') Teoría de la interinidad. d') Teoría de la división del objeto.
 - b) Positivas: Teoría de la propiedad plúrima parcial: a') Teoría de la división real del derecho. b') Teoría de la división ideal.
 - B) Enfiteusis.
 - a) Teoría romanista.
 - b) Teoría moderna.
 - c) Teoría medieval.
 - C) Derecho de superficie.
- VI. Supuestos de dominio pleno.
 - A) Propiedad aplazada.
 - B) Dominio resoluble.
 - C) Propiedad horizontal.
- VII. Supuestos de desmembración del dominio.
 - A) Usufructo.
 - a) Usufructo ordinario.
 - b) Usufructo irregular.
 - c) Usufructo de disposición.
 - d) Seudousufructo.
 - B) Otros derechos reales limitados.

I.—INTRODUCCION

UN autorizado sector de la doctrina moderna considera herética toda construcción jurídica, que pretenda levantar un dominio dividido. Nosotros defendemos su ortodoxia.

Para ello habremos de enfrentarnos con una serie de dogmas, hoy en moda, unos, aceptados: el Derecho romano no empleó refiriéndose al dueño las expresiones «ius utendi», «ius fruendi», «ius abutendi», sino los verbos «uti», «frui» y «abuti» que indican acción y no derecho como las frases anteriores; el dominio no es una suma de facultades como el derecho intermedio lo definió confundiendo el concepto con el contenido, sino un señorío independiente de su contenido. Otros, no tan seguros: hablar de facultades del dueño es un anacronismo; el Código civil usa una terminología muerta cuando regula la enfiteusis, la frase dominio directo implica una supervivencia de la lexicología al concepto; la facultad de disposición es exherente al dominio y común a todos los derechos subjetivos; etc.

El camino para nuestras pretensiones es el siguiente: Principiaremos por definir y caracterizar el dominio, examinando simultáneamente si nuestro primer Cuerpo legal disciplina la propiedad como derecho abstracto y elástico, a pesar de haber formulado la doctrina estas notas con posterioridad a su promulgación; si hay incompatibilidad entre la concepción del dominio como señorío abstracto y las facultades o posibilidades de actuación como contenido del mismo, y si es posible dividir un derecho así pensado. Indicamos a continuación la terminología y la importancia de la cuestión y por último examinaremos las tres situaciones del

dominio, como derecho subjetivo pleno, dividido y desmembrado, desde un punto de vista jurídico positivo. Todo, para sustentar que la propiedad dividida no se origina a espaldas de la vida ni responde a un proceso histórico vencido, sino que encarna una realidad tangible. Y todo, para defender que la generalidad de las instituciones disciplinadas en el Código civil español no se alumbran con antorchas funerarias, sino con la luz de su propia proyección social.

* * *

El dominio es plena potestad sobre una cosa.

Se le caracterizó como derecho perpetuo, absoluto y exclusivo. Mas estas notas fueron con éxito impugnadas: A la perpetuidad se opuso la propiedad aplazada; a la exclusividad los derechos reales en cosa ajena; y la absolutividad la desvanece el estatuto jurídico asignado al dominio como secuela inexcusable del fin racional o función social que ha de cumplir en nuestros días.

Se pretendió cualificarlo como derecho general, en el sentido de conferir todos los servicios de la casa, e independiente, a diferencia de los demás derechos reales que han de recaer en cosa de otro. Estas notas tampoco prevalecieron. Se dice que el propietario es dueño y sin embargo el usufructuario tiene la mayoría de los servicios; la independencia, por otra parte, no es peculiar del dominio.

Modernamente dicha institución viene tipificada, hasta ahora con éxito, por dos caracteres, la abstracción y la elasticidad que acompañan a este señorío pleno. Es un derecho abstracto, es decir, independiente de sus facultades aún cuando alguna o varias se suspendan, lim^o en o cedan su esencia permanece inmutable. Es un derecho elástico, pues recobra toda su amplitud en el instante mismo en que desaparece la limitación que lo comprimía; esta elasticidad deriva de la plenitud que implica el derecho de propiedad y el objeto que constituye su proyección y determina o delimita su extensión,

de suerte que cuando desaparece el derecho real dividido o desmembrado que comprimía al dominio, éste recobra toda su amplitud.

BONFANTE formuló con acierto el concepto, donde recoge los expresados caracteres, valiéndose de una terminología de acentuado sabor escolástico: «El dominio es el señorío más general sobre las cosas corporales ya sea en acto ya al menos en potencia».

¿Responde nuestro Código civil a esta concepción? Creemos que dicho Cuerpo legal regula el dominio como señorío pleno con los caracteres de elástico y abstracto, no obstante haberles descubierto la doctrina después de su confección.

El dominio es un señorío pleno en nuestro Código civil.— En su favor pueden aducirse los argumentos siguientes:

1.º—El artículo 348 al definir la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*», evidencia el aserto.

2.º—Los artículos 467, 524, 530, 1.606, 1.607, 1.859, 1.869 y 1.876, relativos a los derechos reales en cosa ajena, determinan la facultad del dominio afectada, reputándolos como limitaciones del mismo y privándoles, por tanto, de la generalidad o plenitud.

3.º—El artículo 594 atribuye al propietario, en materia de servidumbres, un poder amplísimo consecuencia del diverso contenido que puede tener esta institución.

4.º—La jurisprudencia así lo entiende, presumiendo libre el dominio, es decir, sin limitaciones (S. 13 de octubre de 1927).

Pero del artículo 348 no se desprenden los típicos caracteres del dominio como derecho elástico y abstracto. No implica ello que nuestro Código civil no lo recoja. Para probarlo acudimos a la interpretación sistemática, la cual recibe su más firme fundamento en la codificación. Esto es evidente, el Código es, ante todo, un Cuerpo orgánico, es decir, exterioriza la articulación sistemática de todas las leyes de una rama del derecho positivo; por consiguiente su aplicación ineludiblemente deberá realizarse enlazando, apoyando, articulando unos preceptos en otros por exigencias de la unidad

que encarna el Cuerpo legal donde se contienen todas las normas vigentes de una rama jurídica.

El dominio es un derecho abstracto.—La concepción del dominio como derecho abstracto se deduce de aquellos artículos en que llama propietario o habla del derecho de propiedad lo mismo cuando el dueño goza plenamente de todas las facultades del mismo, que cuando se ha desprendido o ha cercenado alguna de ellas, creando un derecho real limitado sobre su cosa. Los artículos 348, 350, 351, 353, 354, etc., aluden a la propiedad no gravada o sea al dominio pleno. Los artículos 472 párrafo 3.º, 477, 485, 486, 494, 500 al 508, etc., denominan propietario a quien tiene desmembrado su dominio por un derecho de usufructo. El artículo 527 considera dueño a quien sobre su cosa soporta un derecho de uso o habitación. Los artículos 530, 533, 543, 545, etc., estiman propietario al del predio sirviente no obstante la limitación que sufre su finca en beneficio del predio dominante. El artículo 1.511 en materia de retracto convencional presupone el dominio en el comprador merced a la subrogación operada a su favor. Los artículos 1.606 y 1.607 relativos respectivamente al censo consignativo y reservativo hablan de propiedad a pesar de la carga que la cercena. Los artículos 1.859, 1.869, 1.877, etc., referentes a la prenda e hipoteca siguen el mismo criterio.

Luego nuestro Código civil considera propietario o dueño al titular del señorío pleno aunque sea solamente en potencia, en otros términos, se es propietario independientemente de haberse cedido o limitado alguna de las facultades del dominio.

El dominio es un señorío elástico.—La consagración del dominio como derecho elástico obtiene su sanción en nuestro derecho positivo en un triple sentido: 1.º) en aquellos artículos donde se presume atribuida al dueño al extinguir el derecho real que gravaba su cosa la facultad o facultades afectadas, como ocurre respecto del usufructo en el artículo 522: «Terminado el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada...». La entrega no implica aquí la tradición a modo referido en el artículo 609 que es posesión civil, sino la posesión natural, propia del precarista. En lo que

se refiere al uso y la habitación la posición de nuestro Derecho positivo es idéntica por remisión del artículo 528. En lo que respecta a la prenda, una vez pagada la deuda, intereses y expensas, en su caso, el deudor (dueño) puede pedir la restitución de la cosa (artículo 1.871) con lo cual se reconoce la fuerza centrípeta ínsita en el dominio. Lo mismo puede decirse de la hipoteca, si bien como derecho real sin contacto posesorio lo procedente será solicitar la cancelación de la inscripción, pues no hay desplazamiento posesorio. 2.º) En la inexistencia, en nuestro derecho de precepto alguno donde se atribuya al titular del derecho real limitado el dominio que gravaba. 3.º) En el artículo 610 que señala como cosas apropiables los bienes muebles abandonados y en la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835 que atribuye al Estado los bienes inmuebles vacantes, como son los abandonados.

Aparentemente podrían formularse dos objeciones: Una derivada del artículo 521 «El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere», lo cual implica que la cuota de los usufructuarios extinguida por su muerte o renuncia, se trasmite, no al nudo propietario sino a los restantes usufructuarios. Indudablemente parece reconocer el artículo 521 elasticidad al usufructo, o sea, otorgarle una fuerza centrípeta que prevalecerá incluso sobre la del dominio. Sin embargo no es exacto. Pudiera pensarse en el artículo 987, que confiere a los usufructuarios el derecho de acrecer, como solución; mas como dice ROCA SASTRE (1) este derecho sólo entra en juego tratándose de comunidades en formación, no en funciones o formadas, como es el caso del artículo 521. En aquéllas el derecho está deferido, supuesto del artículo 987 y en su caso del 637, en las comunidades formadas el derecho está adquirido, hipótesis del artículo que estudiamos. De ahí que no sea técnica la solución de extender el derecho de acrecer a comunidades en funciones, como hace ROCA SASTRE, aunque con grandes reservas, pues es contrario a la pureza de la institución, má-

(1) «Estudios de Derecho Privado». Vol. II, págs. 25) y siguientes.

xime cuando el propio legislador del 88 ofrece un camino mejor. El referido artículo 521 no es más que un concreto desenvolvimiento del artículo 609 en su párrafo segundo: «La propiedad y los *demás derechos reales* sobre los bienes *se adquieren y transmiten por la ley...*» y el artículo 521 no hace más que sancionar la adquisición por ministerio de la Ley de la cuota extinguida por muerte o renuncia de algún usufructuario.

La otra excepción aparece originada por el artículo 544 «El (dueño del predio dominante, cuando son varios) que no quiera contribuir (a los gastos de las cosas necesarias para el uso y conservación de la servidumbre) podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás. Por tanto, la cuota renunciada se atribuye, no al dueño del predio sirviente, sino a los cotitulares del derecho subjetivamente real de servidumbre. Tampoco aquí **existe** verdadera excepción. La postura del legislador es consecuencia del carácter esencial de la servidumbre proclamado en el artículo 535, la indivisibilidad, que excluye la extinción parcial como es la del artículo comentado.

Por lo dicho resulta probado la inconsistencia de las objeciones expresadas; razón por la que en **nuestro Código** civil, aunque el propietario tenga en potencia alguna de las facultades del dominio, al extinguirse **el derecho** real limitativo, devendrán en acto y en su **persona**, luego el dominio es un derecho elástico en el ordenamiento jurídico vigente.

II.—TERMINOLOGIA

Demostrado que el Código civil estima el dominio como señoría pleno con los caracteres de elástico y abstracto, entramos en el fondo de la cuestión, principiando por la terminología (2).

(2) ROCA SASTRE usa esta terminología en su «Derecho hipotecario», 3.ª edición T. II, pág. 191.

Si el dueño de la cosa conserva íntegramente su señorío sin otras limitaciones que las derivadas de la propia institución o de la Ley se dice que, su propiedad, su dominio, es pleno.

Por el contrario, si constituye un derecho real sobre su cosa a favor de otra persona limitando voluntariamente su propiedad, se dice que su dominio se ha desmembrado. Mas los «iura in re aliena» son diversos y para tipificarlos o diferenciarlos es preciso señalar el sentido o extensión en que limitan el dominio, sino habría que identificar todos los gravámenes reales, v. g., la hipoteca con el usufructo o el censo consignativo. Ahora bien, para naturalizar los derechos reales nos fijamos en las facultades más destacadas del señorío dominical, (advertiendo que consideramos las facultades como poderes secundarios, subordinados, en otros términos, como posibilidades de actuación y no como derechos subjetivos parciales) por ejemplo: si limita su poder de disposición, se originará un derecho real de prenda, hipoteca, anticresis, tanteo, retracto, u opción; si cede el disfrute, se creará un derecho de usufructo; si solamente el uso, se formará un derecho de uso o habitación; si únicamente restringe el uso, se constituirá una servidumbre (3). Esto no quiere decir que contemplemos al dominio como una suma de facultades, según antes advertimos, pues su carácter abstracto lo repeje y hace que sea independiente de las mismas, independencia que creemos salvar atribuyendo en potencia al dueño las facultades suspendidas en beneficio de un tercero, titular del derecho real limitado, en otros términos, las facultades gravadas no son del propietario y por tanto no pueden adicionarse para integrar el dominio; pero el dueño las detenta

(3) BETTI cree erróneo este punto de vista; sin embargo no es convincente su objeción, pues si bien es cierto que el propietario puede continuar pasando sobre su finca a pesar de haber creado una servidumbre de paso, no es menos cierto que no puede excluir al titular de la misma y que ha limitado la facultad (en sentido propio) de usar de ella, ya que no podrá impedirle el paso, v. g., edificando en su propiedad. «Teoría general del negocio jurídico», pág. 27. Traducción española.

en potencia, ya que en el futuro pueden actualizarse en su persona. La dualidad potencia y acto referida a las facultades es la solución conciliadora entre la nueva concepción del dominio y la individualización de los derechos reales en cosa ajena.

Por último, si dispone de una fracción de su dominio en favor de una o varias personas o de todo su dominio a favor de varias personas y realiza el acto dispositivo sin dividir materialmente el objeto, bien atribuyendo idénticas facultades como ocurre en el condominio, bien deslindando las correspondientes a cada porción dominical, como sucede en la enfiteusis, se dice que estamos ante un supuesto de división del dominio.

Sin embargo, esta clasificación es rechazada por algunos pensando que hoy no puede hablarse de facultades, porque llevará a la concepción medieval del dominio, que lo reputaba una suma de las mismas. Mas en el sentido que se emplea aquí la palabra facultad no puede conducir, como ya dijimos, a semejante concepción. Para nosotros, y en esto seguimos a VILLAVICENCIO y VALLET DE GOITYSSOLO, la facultad es sinónima de poder accesorio, subordinado, secundario, de posibilidad de actuación, no de derecho parcial, y la contraponemos a poder principal o autónomo de quien reciben la vida. Ahora bien, estas facultades son ilimitadas, las posibilidades de actuación sobre una cosa no pueden enumerarse, no obstante, algunas están tipificadas por el uso y frecuencia con que el dueño suspende su ejercicio en beneficio de otro y entonces lo que para el propietario es facultad para el titular del derecho real limitado es derecho subjetivo.

Por otra parte se afirma que la facultad de disposición no es inherente al derecho de propiedad, sino exherente y además común a casi todos los derechos. Defiende esta posición de ascendencia extranjera y que tiene eco en España VILLAVICENCIO (4). Su tesis puede resumirse así:

(4) «La Facultad de disposición». Anuario de Derecho civil. T. III Fase. IV. Págs. 1.025 y siguientes.

La diferenciación de los derechos patrimoniales se funda en la doble vertiente de los mismos, la responsabilidad peculiar de los derechos de crédito y el disfrute propio de los derechos reales. Apoyándose en la distinción de PLANIOL que clasifica los actos del propietario en materiales (de goce y consumo) y jurídicos (de disposición total o parcial) señala que la facultad de disposición no puede ser objeto del derecho real porque su contenido es jurídico y no de disfrute, careciendo de valor en sí. Es el derecho el objeto de la facultad de disposición, no al contrario. Además el derecho que se transmite no puede ser la fuente y el fundamento del poder de transmisión, esto por una necesidad de ubicación. Si el poder de transmisión estuviera dentro del derecho ¿cómo podría arrojarlo del patrimonio? Lo que transmite no puede ser a la vez lo que se transmite. La facultad se halla en el sujeto, al transmitir no la enajena, sino que el adquirente pone a su servicio su propia facultad de disposición. Si la facultad de disposición perteneciera al derecho su ejercicio implicaría la extinción, más el ejercicio del derecho no debe destruirlo, sino conservarlo. La facultad de disponer es un poder accesorio a una situación jurídica determinada, vinculado a la titularidad del mismo derecho. Requiere aptitud en el derecho, capacidad de disponer y una titularidad sin la cual la concreción del poder es imposible.

Esta postura no es consistente. No es exacto el criterio propuesto para diferenciar los derechos reales de los de crédito : De una parte la responsabilidad no deriva exclusivamente del crédito, sino también del derecho real, del derecho de familia, etc. y en general del acto ilícito civil o penal, se dirá que originan obligaciones delictuales o cuasi-delictuales, mas su fuente no es el patrimonio, además, y en otro aspecto, las obligaciones naturales no serían tales, pues en ellas hay un débito sin responsabilidad; y de otra, el arrendamiento (aunque su naturaleza es debatida) y el comodato lo desvirtúan en materia de derechos reales; por último ¿qué disfrute tiene el nudo propietario? También es endeble la distinción de PLANIOL: la percepción de los frutos es un acto jurídico pues aquella realidad social que el derecho acota y transforma en jurídica es, según DE CASTRO, el hecho jurídico; aparte

la tradición real. La postura de VILHAVENC O I O distingue claramente la disposición (aptitud del derecho para separarse del sujeto, derivar en otro, o modificarse en el mismo). Esta es algo objetivo y potencial derivando del derecho en sí. Aquélla es algo actual, es un negocio jurídico por el cual se transmite, modifica o extingue inmediatamente un derecho. presupone la titularidad de éste la aptitud del derecho (poder de disposición) y capacidad de obrar en el sujeto. Confunden, por tanto, la facultad de disponer con su ejercicio o sea, la posibilidad y la realidad. El ejercicio del derecho no tiene como finalidad su conservación, sino la realización de su contenido que puede extinguirlo, si no admite tracto sucesivo; la disposición fuera de este caso, destuye el derecho provocando su pérdida total o parcial. Por último, la facultad de disponer no puede considerársela como un interruptor extraño adherido a la titularidad.

Por ello nosotros admitimos que la facultad de disposición puede ser amputada al propietario y que éste puede cederla condicionalmente v. g. con condición potestativa como ocurre en el retracto o bajo la «conditio iuris» de impago como sucede en la hipoteca.

III CONCEPTO DEL DOMINIO DIVIDIDO

Intentamos a continuación, formular un concepto del dominio dividido. Entendemos que acontece esta situación siempre que «el señorío más pleno que puede tenerse sobre las cosas corporales corresponda a varias personas sin división de su objeto».

Requisitos esenciales son: 1.º) Que sean varios los titulares de la cosa. 2.º) Que a cada uno de los titulares corresponda una fracción del dominio. 3.º) Que la cosa objeto del derecho desintegrado no esté dividida materialmente, ya que en caso contrario existirían tantas propiedades como partes hiciésemos del objeto, independientes unas de otras, ni idealmente, pues se desnaturalizaría el dominio al proyectarse sobre cosas incorporales.

IV IMPORTANCIA DE LA CUESTION

«Aquel tópico de recomponer el dominio, dice ROCA SASTRE (5), integrándolo en toda su plenitud de poder en una sola mano, libre y autónoma, se ha visto que no da todos los beneficios apetecibles, porque aquellas cargas, aquellos dominios directos, aquellos retractos, etc., más que cadenas eran frenos y vínculos que ligaban y jerarquizaban a la sociedad, impidiendo su estructuración atómica y estableciendo una trabazón que ordenaba orgánicamente el país».

La renuncia y la prescripción extintiva son las instituciones afectadas por este problema, juntamente con los modos de adquirir la propiedad, ya que en estos casos no es necesario título para adquirir por el condómino como luego veremos.

La importancia surge a causa de que ambas instituciones provocan la pérdida de un derecho, es decir, por ellas el derecho se extingue solamente para su dueño y no para toda la comunidad, por tanto, cualquiera puede adquirirlo o ya le pertenece y el tratamiento jurídico del destino del derecho prescrito o renunciado es distinto según estemos ante un supuesto de desmembración o de división del dominio. En efecto, en esta última hipótesis el titular en quien se consolida la plena propiedad, le bastará con el título adquisitivo de su fracción dominical y la demostración de la extinción de las correspondientes a los demás titulares para suponerle dueño de las fracciones de éstos; y esto en virtud de la elasticidad de su titularidad, que no se desnaturaliza ni pierde su esencia por la división. De lo contrario tendríamos que admitir, que en nuestro ordenamiento jurídico no hay supuestos de división del dominio, cosa que no aceptamos, como más tarde creemos probar, o incurrir en el absurdo de considerar su división como un modo de extinguir la propiedad. Mientras que si el caso es de desmembración, el titular del derecho real limitado para adquirir el dominio

(5) Derecho hipotecario. T. III, pág. 762. Barcelona 1918.

que grava, necesita de un título adquisitivo de propiedad que necesariamente será alguno de los enumerados en el artículo 609 del Código civil.

De ahí que si una relación jurídica de carácter real la calificamos como representativa de dominio dividido o por el contrario desmembrado, el destino del derecho renunciado o prescrito será diverso, como puede observarse en el siguiente ejemplo: si estimamos el usufruto como supuesto de desintegración del dominio, la renuncia del nudo propietario producirá la extinción del usufruto por consolidarse en la persona del usufructuario la plena propiedad; si, por el contrario, consideramos al nudo propietario titular de un dominio desmembrado, su renuncia no extinguirá el usufruto, sino que la nuda propiedad pasará al Estado conforme a la mencionada Ley de Mostrencos, si es inmueble la cosa usufructuada, y si es mueble devendrá en apropiable según el artículo 610 del Código civil.

Consecuencia de lo expuesto es la adquisición del dominio fraccionario sin necesidad de apoyarse en título alguno.

En los casos de propiedad dividida la adquisición se realiza por exigencias institucionales independientemente de la voluntad del dueño fraccionario, o sea, sin su consentimiento. En cambio en la desmembración, el titular del derecho real limitado no es del dominio, aunque renuncie o prescriba el derecho del dueño, si no es en virtud de uno de los modos de adquirir. Este modo de adquirir la propiedad será necesariamente alguno de los enumerados en el artículo 606 y requerirá el concurso del titular del derecho real limitado, es decir, la adquisición se verificará con su consentimiento manifestado en la aceptación, así en la sucesión (artículos 989 y 440 (6), en la donación (artículos 618, 623 y 629)

(F) Coocmos signíficade a ROCA SASTRE que nuestro C. c. está adscrito al sistema romáño. «Estudios de Derecho privado», vol. II, páginas 1 y siguientes. En contra GARCIA VALDECASAS (Guillermo), «La Adquisición de la Herencia en el Derecho español», R. D. Pr. Febrero de 1944 y «De nuevo sobre la adquisición de la herencia». En la misma revista, diciembre de 1951, donde defiende el sistema germánico como propio de

y en los contratos (artículos 1.261 núm. 1); o en el «*ánimus domini*» así en la ocupación, que exige la posesión de la cosa apropiable unida al ánimo de adquirir la propiedad, (de ahí, el sentido del artículo 443 que exige capacidad para adquirir los derechos derivados de la posesión, pues los incapaces carecen de «ánimus» no pudiendo adquirir el dominio), y en la usucapión donde la capacidad es la misma que para los otros modos de adquirir (artículo 1.931).

Mas la Ley es otro de los títulos adquisitivos del dominio, contenidos en el citado artículo 609, la cual origina algunas dificultades para esta distinción. Es cierto que en los casos de accesión industrial a que se refiere el artículo 361, de adjunción del apartado 2.º del artículo 379, de redención y comiso de la enfiteusis, de los artículos 1.659 y 1.660 relativos al censo consignativo y 1.664 al reservativo, de no enajenarse la cosa pignorada en la segunda subasta de que trata el artículo 1.872, así como también en los supuestos de las reglas 10.ª, 11.ª y 12.ª del artículo 131 de la Ley hipotecaria y en los tanteos y retractos legales la distinción se conserva, pues la Ley atribuye la propiedad con el consentimiento del adquirente al conferirle la potestad de hacer suya la cosa cuando se dan los requisitos exigidos por la pertinente disposición legal. Mas tampoco deja de ser cierto, que existen varios supuestos donde la adquisición se verifica sin el consentimiento del titular del derecho real o de quien no tenía ningún derecho, como acontece en el aluvión, avulsión, mutuación de cauce, y formación de isla a que se refieren los artículos 366 a 374, en la adjunción y commixión que regulan los artículos 375, 379, apartados 1.º y 3.º, 381 y 382, en materia de servidumbres con el artículo 599, en el del párrafo 2.º del 1.625, relativo a la enfiteusis y a los censos consignativo y reservativo, en el

nuestro derecho. La concepción económica de la herencia que inspira este último derecho es incompatible con la aceptación pura y simple del artículo 1.003 y haría superflua la aceptación a beneficio de inventario regulada en el art. 1.023, además, el art. 1.006 que consagra el derecho de transmisión, como dice ALBALADEJO, no tiene sentido en el sistema germánico.

de reversión: del artículo 1.653, en la citada Ley de Mostrencos, y las adquisiciones «a non domino» de los artículos 1.765 y 1.778 del Código civil (en cuanto al artículo 464 seguimos el criterio jurisprudencial reflejado en las S. S. de 19 de junio de 1945 y 14 de noviembre de 1950 que en el poseedor de bienes muebles con buena fe, ven, no un título de dominio, sino una presunción «iuris tantum» de título de propiedad), 34 de la Ley Hipotecaria y los artículos 85 y 545 núm. 3.º del Código de comercio. En todos estos casos, la Ley asigna la propiedad independientemente de la voluntad del adquirente, éste podrá renunciarla, mas ello implica que ya es dueño. Sin embargo, aún en estos últimos supuestos, en que el dominio se gana sin el consentimiento del adquirente, es fácil diferenciarlos de los casos de adquisición que tiene lugar cuando la propiedad se extingue por renuncia o prescripción exclusivamente, cosa que no sucede en las adquisiciones legales, donde el supuesto de hecho de las normas expresadas es diverso; además, cuando el dominio está dividido la adquisición se realiza por exigencias de la propia institución y es que la propiedad aunque esté dividida no pierde por ello su esencia o naturaleza, al contrario, conserva sus caracteres de derecho abstracto y elástico, recobrando su máxima plenitud, en virtud de la fuerza centrípeta ínsita en la misma, desde el instante en que se extingue la titularidad que la fraccionaba, sin necesidad de disposición legal que atribuya el dominio al condómino, mientras que en las adquisiciones «ex lege» contempladas es necesaria la declaración expresa del legislador para provocar la adquisición.

Así lo entiende nuestro Código civil. Cuando la adquisición se origina por ministerio de la Ley, el precepto ha de atribuir explícitamente la propiedad, como se desprende de la lectura de los artículos referidos, mientras que si el supuesto es de división del dominio, el precepto se limita a expresar el modo extintivo, sin hacer atribución de la fracción extinguida a otra persona. Esto resulta claro cuando un copropietario renuncia a su cuota «..... Sólo podrá eximirse

de esta obligación el que renuncia a la parte que le pertenece en el dominio» (artículo 395), donde se evidencia que no es precisa una asignación «ex lege» de la cuota renunciada a los restantes dueños.

Luego en la división del dominio la adquisición se verifica, en los supuestos de renuncia o prescripción de alguno de los dueños fraccionarios, por exigencias institucionales, sin el consentimiento del titular ni modo de adquirir y en los demás casos se necesita un título adquisitivo del dominio que necesariamente será alguno de los enumerados en el artículo 609 del Código civil.

Pero la importancia de la división del dominio se refleja también en el orden hipotecario. En el aspecto registral, la división del dominio tiene relevancia jurídica no sólo para la inmatriculación sino también para la fe pública. En efecto, la primera inscripción de una finca en el Registro de la propiedad será la de dominio pleno dividido o desmembrado, mas no la de un derecho real limitado por impedirlo el artículo 7.º de la Ley hipotecaria, de ahí que si el enfiteuta o el dueño directo son titulares de un derecho real limitado no pueden inmatricular, sino es por el procedimiento del artículo 312 del Reglamento hipotecario, pero si la enfiteusis es un supuesto de división del dominio cualquiera de ellos podrá hacerlo directamente conforme al título sexto de la mencionada Ley. Por otra parte, la fe pública registral no despliega sus efectos cuando se trata de la transmisión de un derecho real limitado extinguido por prescripción extintiva, según dispone el apartado último del artículo 36 de la Ley hipotecaria. «La prescripción extintiva de los derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero». Ahora bien, si el derecho real es un dominio dividido el artículo 34 de la citada Ley establece una adquisición «a non domino» a través de lo dispuesto en los tres primeros párrafos del artículo 36.

V.—SUPUESTOS DE LA DIVISION DEL DOMINIO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

A) Copropiedad.

La doctrina contrapone el condominio romano y la propiedad en común germana como variedades de la pluralidad de titulares con idénticas facultades sobre el mismo objeto. HUBER (7) destaca los rasgos de una y otra comunidad en estos términos: En el primero, lo dividido es el derecho de propiedad, no la cosa; cada condómino dispone libremente de su parte, sólo permanece indiviso lo que es indivisible, el señorío de hecho. En la propiedad común cada comunero tiene un derecho de propiedad completo, pero limitado porque otros tienen igualmente un derecho. Los unidos en la propiedad común lo están por un vínculo personal, cuyo fundamento deriva del derecho de familia, hereditario o de obligaciones y del que se desprende la existencia de la propiedad común; en el condominio las personas están ligadas por su común relación con el objeto. Este se refiere a cosas individuales; aquélla recae sobre un patrimonio (herencia, patrimonio del patrimonio, etc.) excepcionalmente su objeto puede ser una cosa aislada. El condómino puede disponer de su cuota, en la propiedad común el comunista puede disponer de lo que le corresponda en el futuro por consecuencia de la liquidación con lo cual no dispone de nada de la comunidad, sino de algo derivado de ella, pero que está fuera de la misma, etc.

No es necesario insistir para demostrar que el título III del libro II del Código civil disciplina la copropiedad en su acepción romana; pero la naturaleza jurídica de esta institución es debatida en la doctrina. La cuestión tiene importancia para nosotros, pues algunas de las teorías que explican el fenómeno de la copropiedad ven en ella un supuesto

(7) «Los derechos reales en el Derecho privado suizo», Madrid 1919. Trad. española, págs. 28 y sigs. Está publicado bajo el título general «Estudios sobre la publicidad en el Derecho Privado».

de división del dominio. Agruparemos las teorías en positivas y negativas, principiando por éstas en breve exposición crítica (8).

a) *Posturas negativas.*

a') Teoría de la propiedad plúrima integral defendida por RUGGIERO (9) y BELTRAN HEREDIA (10). Según ella, no hay división del derecho sino, tantos derechos como condóminos: cada sujeto es titular de un derecho pleno de propiedad, limitado cuantativamente por coexistir sobre el mismo objeto con los derechos de los demás condueños. Es una relación de igualdades que se limitan recíprocamente.

Se objeta que antes del condominio hay un sólo derecho de propiedad y durante él se multiplica en tantos iguales al primitivo como copropietarios existan y como dice DE CASTRO (11) «las unidades objetivas son las que terminan en último término, la individualidad de los derechos; por ello es un postulado de la moderna técnica jurídica, que no pueden existir dos derechos subjetivos de igual valor primario, sobre el mismo objeto». Además no encaja esta posición en el Código civil: el artículo 399 dice «Todo condueño tendrá la plena propiedad DE SU PARTE.....» dicha parte es del derecho de propiedad y el artículo 402 en su párrafo 2.º «En el caso de verificarse por ámbros o amigables componedores (la división de la cosa común), deberán formar partes proporcionadas al derecho de cada uno.....»

b') Teoría de la propiedad única integral con sus variantes de la unanimidad y de la personalidad.

(8) Una exposición completa de las teorías de la copropiedad puede verse en las documentadas monografías, DONDARIS TATAY «La Copropiedad»: Madrid 1933 y BELTRAN HEREDIA «La Naturaleza jurídica de la copropiedad», R. D. Priv., noviembre de 1953, pág. 956 y siguientes.

(9) Instituciones de Derecho civil, vol. I, págs. 570 y 571.

(10) Ob. cit.

(11) Derecho civil de España. T. I. Vol. I, pág. 583.

Teoría de la unanimidad: en la copropiedad el dominio reside en todos los condueños considerados como unidad.

No convence el hecho de que el derecho del condómino contemplado aisladamente no sea de dominio, además los artículos antes citados son un obstáculo para adaptarla a nuestro Derecho positivo.

Teoría de la personalidad patrocinada por CARNELUTTI (12) y seguida en España por DONDERIS (13). El primero argumenta así: «O negar que la sociedad sea comunidad o admitir que la comunidad sea persona». En la copropiedad no hay más que un cambio de sujeto individual en colectivo. Para que el grupo sea sujeto de derecho no es preciso que la insensibilidad patrimonial sea recíproca. Para que los patrimonios se reputen autónomos basta que goce de insensibilidad patrimonial uno solo de ellos.

La personalidad es causa y no efecto de la insensibilidad patrimonial. Esta postura que doctrinalmente no debe prosperar por lo antes dicho tampoco es la de nuestro Código civil. El primer postulado está contradicho por el artículo 1.669, donde se admite sociedades sin persona y se proclama la falta de personalidad en la comunidad de bienes. Por otra parte la insensibilidad patrimonial unilateral, si bien existe en materia de sociedades colectivas, conforme al artículo 127 del Código de comercio, es porque el apartado 2.º del artículo 116 del mismo Cuerpo legal le confiere expresamente personalidad jurídica, cosa que no sucede con las comunidades a quienes la Ley no les atribuye personalidad, requisito indispensable para gozar de capacidad jurídica, según el artículo 35 del Código civil.

c) Teoría de la interinidad: En la copropiedad se suspende el derecho subjetivo de dominio, los condueños tienen una titularidad preventiva, la titularidad interina pertenece a la unanimidad.

No es convincente esta doctrina que da una explicación sobrenatural de un fenómeno natural. Antes del condominio

(12) Cita de DONDERIS. Ob. cit. pág. 60.

(13) Ob. cit. pág. 72 y siguientes.

hay derecho subjetivo de propiedad, durante él perece y resucita con la división o la enajenación a una sola persona de las cuotas de todos los condueños.

d) Teoría de la división del objeto. Cada condueño tiene un derecho de propiedad sobre una parte ideal de la cosa, mas esta postura desnaturaliza el derecho de propiedad al proyecto sobre una parte ideal de una cosa corporal su objeto deviene en incorporal.

Las teorías de la interinidad, de la unanimidad y de la propiedad plúrima integral son explicaciones milagreras de un fenómeno jurídico, la copropiedad. La primera, la escuela mortuoria de Lázaro. La última, la partida de nacimiento de un aborto plural. La doctrina de la división del objeto desconoce la materia que sirve de soporte al derecho real. Por último CARNELUTTI invierte el problema, la insensibilidad patrimonial es consecuencia y no causa de la personalidad.

b) Posturas positivas. En este grupo se incluyen las teorías de la división del derecho real, ideal, y según su extensión. Para abreviar nos ocuparemos fundamentalmente de la segunda y aludiremos brevemente a la primera.

a) Teoría de la división real del derecho: El fraccionamiento abarca el derecho subjetivo no sólo en su contenido, sino también en su objeto. La división del objeto no puede ser real pues el presupuesto de la institución es la indivisión material del objeto y ha de ser, por tanto, ideal.

Se le arguye lo mismo que a la teoría de la división del objeto: desnaturaliza el dominio haciéndole recaer sobre cosas incorporales.

b) Teoría de la división ideal del derecho: Defendida por FERRARA (14) a quien seguimos nosotros y creemos que explica la regulación de nuestro Código civil.

Razona así «El derecho del condómino es cualitativamente de la misma naturaleza que el del propietario y cuantitativamente menor. Su titularidad es parcial y su cuota per-

(14) «Las personas jurídicas», pág. 455 y sigs. Trad. española.

tenece por entero a su patrimonio lo cual excluye el sujeto único de la persona jurídica. La copropiedad es una propiedad pluricéfala, no ácéfala.

Esta postura es la de nuestro Código civil así resulta de los siguientes artículos 395 «...sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la PARTE que le pertenece en el DOMINIO», 399 «Todo condueño tendrá la plena PROPIEDAD DE SU PARTE...» 402 «En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar PARTES proporcionadas al DERECHO de cada uno...», etc.

Se dirá que el objeto es elemento del derecho subjetivo, y que es absurdo afirmar que el derecho está dividido cuando en rigor sólo está el contenido, mas esta objeción no puede progresar: La estructura del derecho subjetivo presenta un sujeto, la titularidad o nexo entre el derecho y el sujeto, el poder que determina el contenido del derecho y el objeto, pues bien, el sujeto y el objeto son elementos **exherentes** al derecho, presupuestos necesarios para su existencia no se admiten los derechos sin sujeto, porque el derecho subjetivo, como dice DE BUEN, exige por denominación y definición un sujeto y los derechos sin objeto son un imposible; pero sujeto y objeto no tienen sustancia jurídica, no son el derecho mismo, la **esencia** del derecho radica en su poder y esto es lo que FERRARA sostiene que se ha fraccionado.

B) *Enfiteusis.*

Debatida es también la naturaleza jurídica de esta institución. Dos posturas pueden distinguirse, una, que ve un dominio dividido y otra, un dominio desmembrado, ésta tiene dos variantes, la romanista, que considera titular del derecho real limitado al enfiteuta y la moderna, que ve en el dominio directo el derecho real limitado.

¿Cuál es la posición del Código civil? Creemos que la primera, sin embargo empezaremos haciendo un examen crítico de las dos últimas:

a) *Teoría romanista.*

La tesis romanista, defendida en España por Mucius Scaevola (15), Traviesas (16) y Nart (17), se funda especialmente en el derecho de reconocimiento atribuido al dueño directo en el artículo 1.647, en el comiso regulado en los artículos 1.648 y siguientes, en la reservesión establecida en el artículo 1.653, así como en el párrafo 2.º del artículo 1.625 y en el 1.632.

Mas ninguno de estos artículos prueba que el dueño útil no sea titular de una fracción del dominio, al contrario, exigen un título adquisitivo para consolidar en el censalista la plena propiedad, tanto los artículos relativos al comiso como el referente a la reversión y el párrafo 2.º del 1.625.

En efecto, el artículo 1.648 no es más que un desenvolvimiento del 609, confiriendo una adquisición legal en los casos de falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos o en el de deterioro grave de la finca, y el título en el supuesto de incumplimiento de la condición estipulada en el contrato.

El artículo 1.653 tiene el mismo sentido, atribuye al dueño directo el dominio útil en defecto de herederos testamentarios y legítimos (18) del enfiteuta y siempre que éste no disponga de la finca de otra forma. Sanciona, por tanto, una adquisición legal por causa de muerte fundado, sin duda, en que el Estado no debe ser enfiteuta. En otro aspecto es un caso de «mortis causa capio».

El derecho de reconocimiento es del dominio directo y nada prueba frente a la división del dominio.

El artículo 1.625 apartado 2.º «Si se pierde (por caso fortuito o fuerza mayor la finca gravada con censo) sólo en parte no se eximirá el censatario de pagar la pensión, a no

(15) «Comentarios al Código civil». T. XXIV, pág. 252.

(16) Citado por NART, en el lugar que se indica en la nota 17.

(17) «Ex arrendamientos». Anuario de D. e. T. IV. Fasc. III, pág. 911.

(18) La S. de 1.º de junio de 1951 considera modificado el artículo 1.653 por el Decreto-ley de 13 de enero de 1938.

ser que prefiera abandonar la finca al censalista». La palabra abandono no puede considerarse, en este caso concreto, como sinónima de renuncia, ya que el censatario ha de abandonar necesariamente la finca si no paga la pensión, quiera o no, y la renuncia es un acto voluntario. Este precepto consagra una adquisición por ministerio de la Ley de la propiedad dividida del enfiteuta o de la propiedad desmembrada de los censatarios consignativo y reservativo y a favor del censalista. Se nos dirá que, en la hipótesis de la enfiteusis, es superfluo un título adquisitivo, pues bastaría el dominio directo para consolidar la plena propiedad en el censalista y como la citada disposición establece una adquisición legal es porque el dominio pertenece al enfiteuta como pretende la teoría moderna. Pero esto no es exacto, el derecho del censatario no se ha extinguido por renuncia o prescripción, sino por ministerio de la Ley puede atribuir tanto la propiedad plena como la dividida. La tesis romanista no puede apoyarse en dicho artículo a menos que niegue la adquisición legal que consagra y considere, además a los censalistas consignativo y reservativo propietarios, contra lo dispuesto en los artículos 1.606 y 1.607 que explícitamente proclaman dueños a los censatarios.

Por último, el párrafo 2.º del artículo 1.632 tampoco es suficiente para fundar la propiedad desmembrada del dueño directo. Dicho artículo reza así «(El enfiteuta) tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica». Luego, dicen, si en cuanto a las minas y tesoros la Ley reputa dueño al enfiteuta, es que respecto a lo demás, a sea, a todo, considera al dueño directo propietario. Estos argumentos a contrario sentido son calificados por la doctrina como peligrosos, pues fácilmente conducen a error; pero en el caso propuesto es inadmisibles. En efecto, el argumento a contrario es admitido con recelo por la doctrina cuando hay que colmar una laguna y en el caso del artículo 1.632, no existe tal laguna, al contrario, son numerosos los artículos que refiriéndose al enfiteuta califican su derecho como dominio útil o bien le llaman dueño útil, como insistiremos al exponer la teoría medieval.

b) *Teoría moderna.*

La postura moderna, patrocinada por SANCHEZ ROMAN (19), MANRESA (20), BONILLA (21), SANZ (22), NOGUERA (23) y CASTAN (24), se apoya en el artículo 1.635 que autoriza al enfiteuta para disponer, no de su dominio útil, sino de la misma finca; en el artículo 1.631 en relación con el 1.627, que le concede el derecho a hacer suya, en principio, la indemnización por expropiación forzosa; así como el artículo 1.626 que atribuye al dueño útil la disposición del precio del seguro; y en el artículo 1.651 y concordantes referentes a la redención (25).

El primer argumento no ofrece solidez. No puede fundarse la atribución del dominio desmembrado al enfiteuta por el mero hecho de utilizar el legislador la palabra finca en vez de decir, al directo y al útil. 2.º) porque el artículo 1.641 de la expresión finca enfiteútica o dominio útil: 1.º) porque los artículos 1.636 y 1.637 se refieren al respectivo dominio, utilizan el término finca tanto para la enajenación del dueño directo como para la del enfiteuta. 3.º) porque el artículo 1.633 alude a predios enfiteúticos y el 1.636 y siguientes hablan de finca enfiteútica. 4.º) porque, en rigor, es el enfiteuta quien ostenta en acto la casi generalidad de las facultades del dominio, pues el dominio útil es esencialmente activo.

El segundo argumento también es endeble. El artículo 1.631 excluye el juego de la subrogación real extinguiendo el censo en caso de expropiación de toda la finca, atribuyendo

(19) «Estudios de Derecho civil». T. III. Págs. 670.

(20) «Comentarios al Código civil» T. XI. Pág. 30.

(21) «La propiedad dividida».

(22) «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria». Pág. 66.

(23) «De la enfiteusis a la enfiteusis». Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. V. Págs. 416 y siguientes.

(24) «Derecho civil común y foral». T. II. Págs. 598 y ss., 1950.

(25) Incidentalmente parece aceptar este punto de vista la S. de 3 de julio de 1916.

al dueño directo. del precio de la expropiación, el capital fijado en la escritura de constitución y las pensiones vencidas y el resto al enfiteuta. Esto no implica equiparación de dueño directo a los censualistas de los censos consignativo y reservativo, como lo prueba el apartado 2.º del artículo comentado que establece un reparto proporcional del precio y no admite la sustitución por otra garantía de la parte expropiada, cosa que no ocurriría si no reconociese dominio alguno al dueño directo, como sucede con los otros censualistas según el apartado último del artículo 1.627.

El más firme argumento de la tesis moderna se apoya en el artículo 1.626. Se desarrolla así: El mencionado artículo atribuye el valor del seguro de la finca destruída sin distinguir si el censo es enfiteútico consignativo o reservativo, es decir, que en tanto el enfiteuta como los otros censatarios quedan sometidos a idéntico tratamiento jurídico y como el artículo 1.606, relativo al censo consignativo y el 1.607, referente al censo reservativo, determinan que el dominio reside en el censatario, se concluye, fundándose en la subrogación real que sanciona el artículo 1.626, que el enfiteuta, aquí censatario, es titular de un dominio desmembrado y no dividido.

Nosotros no creemos que el artículo 1.626 sea reflejo en nuestro Código civil de la postura que ve en el dueño directo el titular de un derecho real limitado. Nos fundamos, precisamente, en que el mentado artículo establece una subrogación real, de ahí que, si el valor del seguro sustituye a la finca, el tratamiento jurídico de ambas cosas ha de ser idéntico y el legislador no ha tenido opción, necesariamente debe conceder al enfiteuta la disposición del precio del seguro, no porque vea en el dueño útil el titular de un dominio desmembrado, como en los otros censatarios, sino porque la enfiteusis es un censo y como todos los censos esencialmente redimible, según dispone el artículo 1.608. De no ser así, si concediese la disposición del valor del seguro al dueño directo o a ambos dueños de común acuerdo, privaría al enfiteuta de la redención y en consecuencia, desnaturalizaría la subrogación real al no otorgar al bien sustituto el mismo régimen jurídico que al sustituido con perjuicio para el dueño útil

Así parece entenderlo también ROCA SASTRE (26) si bien se limita exclusivamente a citar el artículo 1.626 como caso de subrogación real en el Código civil (27).

Queda, por último, el examen de la redención. Esta no es más que una facultad legal conferida al censatario, que forma parte del estatuto jurídico de la enfiteusis. Dicha facultad conferida por la Ley al dueño útil para adquirir el dominio correspondiente al dueño directo, consolidando en su persona la plena propiedad, es uno de los modos de adquirirla por virtud de la Ley, si bien su ejercicio es potestativo del enfiteuta, mas no por ello su título adquisitivo deja de ser la Ley según el repetido artículo 609.

La teoría moderna que ve en la enfiteusis un dominio desmembrado no parece ser, por lo expuesto, la de nuestro Código civil.

c) *Teoría medieval.*

Doctrinalmente la construcción no ofrece dificultades: El propietario de una finca enajena la mitad individual de su dominio con determinadas facultades y se reserva la otra mitad con las facultades que la propia Ley le asigna. Los poderes accesorios o facultades que pertenecen en acto al enfiteuta los tiene en potencia el dueño directo y viceversa. Defienden esta interpretación VALVERDE (28), PUIG PEÑA (29) y ROCA SASTRE (30). A nuestro entender el derecho positivo español sigue esta concepción. Así resulta fundamentalmente del artículo 1.605 «Es enfiteutico el censo cuando una persona

(26) «La subrogación real». R. D. Priv. Abril de 1919. Pág. 288.

(27) En rigor se trata más bien de una conversión sustancial, pues a la subrogación se opone la imposibilidad de constituir la enfiteusis sobre bienes muebles (Art. 1.628), como es el dinero. La nueva figura jurídica es una obligación alternativa y los argumentos en pro y en contra son análogos.

(28) «Tratado de Derecho civil». T. II. Pág.

(29) «Tratado de Derecho civil». T. III. Vol. I. Págs. 638 y ss. con variantes.

(30) «Derecho hipotecario». T. II. Págs. 742 y ss.

cede a otra el DOMINIO UTIL de una finca, reservándose el (DOMINIO) DIRECTO y el derecho de percibir una pensión anual en reconocimiento de este mismo DOMINIO».

De los artículos 1.633, 1.634, 1.636 a 1.644, 1.646 a 1.653 que hablan de dueño directo, dominio directo y dominio útil.

Finalmente, del artículo 7.º de la Ley hipotecaria «La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de DOMINIO y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley», en relación con el artículo 377 del Reglamento hipotecario «En el caso de hallarse separados el DOMINIO DIRECTO y el UTIL, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro DOMINIO, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito, de donde se desprende, que la legislación hipotecaria entiende que el Código civil regula la enfiteusis como dominio dividido, pues la formación de los derechos reales inmobiliarios, salvo el de hipoteca, es ajena a esta Ley, a ella le incumbe, como dice ROCA SASTRE, regular el dinamismo, el tráfico de los derechos reales inmobiliarios, no su formación o constitución y si creyese que el Código civil reglamenta la enfiteusis como dominio desmembrado el titular del derecho real limitado tendría que ajustarse, no al título VI de la Ley hipotecaria, sino al artículo 312 de su Reglamento conforme dispone el párrafo 2.º del artículo 7.º de la citada Ley. Es una interpretación transcendente por ser auténtica.

Luego el censo enfiteútico es para nuestro Código civil un dominio dividido.

C) *El derecho de superficie.*

Es también un supuesto de división del dominio en nuestro derecho, según el artículo 1.655, el derecho de superficie. Así lo entiende el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de julio de 1941, donde se habla del dominio directo y útil y se figura similar a la enfiteusis refiriéndose a él, pues

el artículo últimamente citado lo equipara al censo enfiteutico. Por tanto, lo dicho respecto a la enfiteusis es aplicable al derecho de superficie. No obstante, creemos que la verdadera naturaleza de este derecho, es la de considerar al superficiario titular de un derecho de dominio pleno adicionado con un derecho real en cosa ajena y al concédente titular de un dominio desmembrado, como exige su finalidad, recae sobre construcciones y no sobre cultivos y tiene una proyección urbana y no rústica.

VI SUPUESTOS DE DOMINIO PLENO

A) *Propiedad aplazada.*

Dentro de este epígrafe comprendemos las siguientes instituciones: Las sustituciones fideicomisarias a plazo y universales a que se refiere el artículo 748 del Código civil, el heredero instituido a término resolutorio del artículo 805, el heredero vitalicio sin disposición de la herencia y otras análogas; esto en cuanto a las adquisiciones derivadas de título universal y mortis causa, para las cuales el artículo 609 no exige la tradición o modo porque el artículo 440 confiere al heredero la posesión civilísima. En lo que se refiere a las adquisiciones a título singular sólo pueden verificarse **en virtud de contrato** gratuito u oneroso cuando se pacte en el mismo un aplazamiento no condicional de la transmisión, pues «*animus transferendi et accipiendi domini*» que integra el negocio de disposición va embebido en el título, por seguir nuestro derecho la doctrina del título y el modo según la formulación del derecho intermedio y esto mismo es aplicable a los legados, de acuerdo con el artículo 885 del Código civil que exige la entrega de la **cosa** legada por el heredero que tiene la posesión civilísima **de los bienes** de la herencia, según el artículo 440, como acertadamente interpreta la sentencia de 3 de junio de 1947. En

todos estos casos se exige para la adquisición, además del vencimiento del plazo la tradición.

Las razones en que nos fundamos para rechazar tanto la división como la desmembración del dominio, son éstas: La propiedad se adquiere en virtud de título y éste, en caso de aplazamiento, ninguna facultad atribuye de momento al futuro dueño y menos a una fracción de dominio, implica, es cierto, una limitación en el tiempo; pero nada más. El fiduciario, el heredero instituido a término resolutorio y el heredero vitalicio tienen un derecho subjetivo de propiedad que no se suspende ni aún transitoriamente y el fideicomisario y el heredero legítimo o testamentario, en su caso, tiene una expectativa o una titularidad aplazada, pero no un derecho subjetivo, porque éste no ha surgido aún, pues el hecho adquisitivo del derecho se produjo parcialmente. La doctrina que pretende explicar este fenómeno, considerando que el fideicomisario a plazo o el heredero adquieren el derecho en el instante mismo de fallecer el causante, suspendiéndose únicamente su ejercicio hasta la llegada del día prefijado no es convincente por estos dos argumentos: 1.º) La propiedad como derecho no puede reconocerse en dos personas distintas fuera de los casos de indivisión y o más moderno, la titularidad no puede reconocerse a dos sujetos diversos, salvo en las hipótesis de cotitularidad. 2.º) Porque el derecho subjetivo, como dice BARBERO, nace para teger un interés y esto solamente se logra con su ejercicio y si no puede ser ejercitado no hay tal derecho (31). Existen, ciertamente, dos propiedades no simultáneas, sino sucesivas.

De ahí, que el futuro propietario no sea titular de un derecho subjetivo, sino de una expectativa jurídica o titularidad aplazada y para dividir un derecho subjetivo es presupuesto necesario que exista este derecho, mas como aún

(31) GONZALEZ PALOMINO dice: «El término supone la adquisición del derecho diferido en cuanto a las posibilidades de su ejercicio». «La enajenación de bienes pseudo-usufructados». Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo V. Pág. 910.

no se produjo íntegramente el hecho adquisitivo del mismo, el derecho no nació y nació y no puede, en consecuencia, dividirse (32).

B) *Dominio resoluble.*

Incluimos en este título todas aquellas hipótesis en que la transmisión de la propiedad depende de un hecho futuro e incierto establecido por la voluntad de las partes, «conditio facti», o impuesto por el ordenamiento jurídico «conditio iuris», como sucede con los contratos donde se transmite el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, reservas lineal y ordinaria, fideicomiso de residuo, sustitución fideicomisaria condicional, heredero y legatario condicionales (en los dos últimos supuestos se exige, además del cumplimiento de la condición la supervivencia del instituido al momento de cumplirse, artículos 758 párrafo último y 759) seudousufructo y donación por razón de futuro matrimonio.

A todos estos supuestos es aplicable el razonamiento hecho respecto a la propiedad aplazada, con la advertencia de que la expectativa jurídica del futuro e incierto titular es más débil que la del dueño (33).

(32) Las teorías del derecho eventual, de la situación jurídica interina y de las expectativas jurídicas pretenden explicar el fenómeno de la formación del derecho subjetivo, o sea, la posición jurídica del favorecido por hechos que han de integrar el título adquisitivo de un derecho subjetivo. La primera peca por exceso al ver derechos donde no existen, así en el derecho futuro. La segunda por defecto al no ver derechos subjetivos donde existen, la titularidad temporalmente limitada y la titularidad interina son para nosotros verdaderos derechos subjetivos. La última califica con exactitud a éstos, pero su construcción cuantitativa hace uniforme el concepto de expectativa. Para romper dicha uniformidad usamos la terminología de la teoría de la interinidad, mas nuestras simpatías las tiene la doctrina de las expectativas.

(33) En todos los casos de adquisición mortis causa, nos referimos, claro es, a herencias abiertas cuya partición, en su caso, se ha realizado.

C) *Propiedad horizontal*

La naturaleza jurídica de esta institución es debatida en la doctrina (teorías de la persona, de la servidumbre, del derecho de superficie, de la comunidad ordinaria, etc.), mas prescindimos de ellas, pues no es ocasión propicia para su examen y aceptamos la postura de nuestro **Código** civil según redacción dada al artículo 396 por la Ley de 26 de octubre de 1939.

Dicho artículo considera que cada uno de los propietarios «tendrá un derecho *singular y exclusivo de propiedad* sobre su piso o parte de él, y, además, un derecho conjunto de copropiedad sobre los elementos «comunes del edificio necesarios para su adecuado uso o disfrute...». Este texto es, por sí, lo suficiente explícito para evidenciar que el dominio de los propietarios de los pisos es pleno y no dividido ni desmembrado.

VII SUPUESTOS DE DESMEMBRACION DE DOMINIO

A) *Usufructo.*

a) **Usufructo ordinario.** En nuestro **derecho positivo** el usufructo ordinario es considerado como un derecho real en **cosa ajena** (34), así resulta del artículo 467, ya que ha de **recaer** necesariamente sobre bienes «AJENOS». **Consecuentes** con este criterio son: el artículo 522 al cual aludimos al tratar de la elasticidad del dominio; los números 1.º y 4.º del artículo 513, donde se señalan como causas de extinción la muerte y renuncia hechas por el usufructuario consolidando en el nudo propietario el pleno dominio, mientras que si la **renuncia** fuese del dueño la cosa desviente en

(31) La S. de 25 de junio de 1943 lo considera

apropiable, si es mueble (artículo 610), o la adquiere el Estado (Ley de 16 de mayo de 1835).

Por último, los números 1.º y 2.º del artículo 107 de la Ley hipotecaria refuerzan esta afirmación al disponer que, al extinguirse el usufructo, se extiende a él la hipoteca de la mera propiedad, salvo pacto en contrario, hipótesis que no contempla al extinguirse el derecho del nudo propietario, porque en este caso no hay consolidación.

b) Usufructo irregular. Con este nombre así como con los de usufructo anormal, impropio, y cuasi-usufructo se conoce esta modalidad del usufructo caracterizada por su objeto, cosas consumibles. Su origen es romano, tuvo como misión ofrecer viabilidad a aquellas disposiciones testamentarias que confiriendo el usufructo de un patrimonio existían en él cosas consumibles. La «cautio usufructuaria» garantizaba el derecho del nudo propietario que no era tal sino un mero acreedor. Este camino no es otro que el de la conversión sustancial, del cual el Derecho romano hizo algún uso como en el supuesto de las donaciones intervivos entre cónyuges, válidas como donaciones «*mortis causa*» después del Senado-Consulto de Severo y Caracalla, siempre que el donatario no premuriese al donante y éste no revocase la donación.

El Código civil español sigue esta configuración del usufructo irregular. El propietario cede al usufructuario la facultad de abusar, o sea, de consumir la cosa. Dicha facultad es de goce y no de libre disposición, de ahí sus diferencias con el ordinario y el de disposición y la obligación de restituir le separa del seudousufructo. Así lo entiende el artículo 482 «Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario *tendrá derecho a servirse de ellas* con la obligación de pagar el importe de su avalúo...» le confiere, por tanto, un derecho a utilizarlas o aprovecharlas; pero no a enajenarlas. Este precepto implica, por su especialidad, una excepción al artículo 467, pues excluye el mecanismo de la subrogación real, institución que consagra éste como más adelante veremos. En el usufructo irregular, desde el instante en que el usufructuario consume las cosas o las mezcla con otras de su pertenencia, se opera

una conversión jurídico material, el derecho real deviene en una deuda pecuniaria si las cosas se dieron estimadas o en una obligación alternativa en caso contrario, mientras que en el supuesto del artículo 467, cuando el usufructuario por la Ley o el título de constitución tiene la facultad de disponer de las cosas, el usufructo se constituye alternativamente sobre las mismas o sobre su valor, según se conserven o no.

La conversión sustancial exige, según DE CASTRO, dos requisitos: 1.º) Que las partes hayan querido un determinado negocio y que desconocen su nulidad (aquí la cosa no puede ser objeto del derecho de usufructo, y cuando lo es falta normalmente por consumición). 2.º) Que el negocio convertido pueda suponerse también querido por las partes, produciendo prácticamente el mismo resultado. Semejanza de causa (35). Además la conversión jurídico material no degrada el derecho del propietario al transformarlo en un crédito: Su posición como acreedor es fuerte, aún en los temporales de quiebra y concurso del usufructuario, y esto porque el artículo 491 impone una fianza legal a su favor, que en el usufructo irregular se extenderá al importe de la cantidad que deba restituirse, luego, conforme a los artículos 1.854 y 1.855, que regulan la fianza legal, el antiguo propietario o su sucesor puede repetir contra el fiador, o su crédito será pignoraticio o hipotecario.

c) Usufructo de disposición. Esta institución de contornos muy imprecisos es debatida doctrinalmente. Para determinar su naturaleza jurídica creemos imprescindible distinguir modalidades, que normalmente se confunden en esta variante del usufructo. Una, que denominaremos siguiendo a GONZALEZ PALOMINO (36), **seudo-usufructo**, en el cual se adiciona al usufructuario la facultad de disponer del dominio, libre o condicionalmente y se le releva de la obligación de

(35) Comentando la S. de 23 de junio de 1953 en *Anuario de Derecho civil*. Tomo VI. Fasc. IV.

(36) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. «Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio». T. II, págs. 441 y ss. «Enajenación de bienes pseudo-usufructados». T. V. Págs. 839 y ss.

restituir; la transmisión del poder de disposición no traspasa al usufructuario el dominio, si así fuera identificaríamos aquél y éste, o sea, el derecho subjetivo con un poder accesorio; es la exención de la obligación de devolver lo que transmite la propiedad, pues implica un verdadero título traslativo del dominio sujeto a condición a la vez resolutoria y potestativa (legado, donación, contrato oneroso). Y otra, que llamaremos usufructo de disposición simplemente, en el cual se autoriza al usufructuario de la Ley o título constitutivo para alterar la forma o sustancia o ambas cosas, es decir, para transformar los bienes usufructuados alterando el destino económico de los mismos, o para variar su valor en uso, confiriéndole el poder de disposición; mas con obligación en ambos casos de conservar el valor en cambio, o sea, con subrogación real, «res succedit loco pretii, pretium succedit loco rei» (37) y merced al mecanismo de la subrogación, más que una verdadera disposición hay una administración extraordinaria, ya que la obligación de conservar subsiste, si bien es preciso referirla al valor en cambio y no al valor en uso (38).

Podemos señalar la siguiente distinción: el usufructo ordinario recae sobre el valor en uso, el de disposición sobre el valor en cambio, el seudo-usufructo es un dominio resoluble y el usufructo irregular es un derecho de crédito.

Así como el seudo-usufructo exhibe una lexicología aparentemente equívoca, pero precisa, el usufructo de disposición encierra una construcción anómala derivada de la atribución al usufructuario de poderes para alterar la forma o

(37) ALFONSO GARCIA VALDECASAS traduce la expresión «con obligación de conservar su forma y sustancia» (artículo 467 del C. c.) por respeto del destino económico de la cosa y valor en uso respectivamente. «Idea de la sustancia en el Código civil». R. D. Priv., noviembre de 1951.

(38) Esta idea de considerar la facultad de vender con obligación de subrogar, como acto de administración, no es extraña a nuestro C. c., como lo prueba el párrafo penúltimo del artículo 144, en el cual se asigna a la mujer la facultad de vender determinados bienes de su marido, en ciertos casos, sin embargo de ser considerada exclusivamente por dicho artículo como administradora de los mismos.

sustancia del objeto de su derecho; la subrogación real es la columna que apuntala esta extraña construcción del usufructo evitando su ruina en un derecho de dominio o en un simple crédito.

La última modalidad del usufructo, que examinaremos brevemente, no desnaturaliza la institución, pues el nudo propietario conserva su derecho subjetivo, bien sobre la primitiva cosa, bien sobre la transformada o el valor de la enajenada, sin alterarse por ello la esencia del usufructo, o como dice VENEZIAN (39), lo que verdaderamente se constituye no es el usufructo de la cosa, sino *alternativamente* el usufructo de la cosa y el de su valor, correspondiendo la elección al usufructuario. En este sentido debe interpretarse el artículo 467 del Código civil «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su contenido o la Ley autoricen otra cosa»{ y en este aspecto tiene razón DE DIEGO (40) ya que la facultad de alterar la forma y sustancia conferida por la Ley o el título constitutivo, no es otra cosa que un poder de disposición agregado al usufructo que no le desnaturaliza, en virtud del mecanismo de la subrogación real, implícitamente proclamada en el expresado artículo 467, por ser ajenos los bienes que transforma (41) o enajena (42) y de acuerdo con el aforismo «subrogatum sapit naturam subrogati». La conversión sustancial no puede tener lugar por impedirlo dicho artículo que considera usufructuario, tanto al ordinario como al que tiene la facultad de modificar la forma o sustancia.

Este parece ser el pensamiento de nuestro Código civil

(39) «Usufructo, uso y habitación». Vol. I, pág. 275.

(40) «Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas de residuo». Págs. 63 y siguientes.

(41) La transformación es una disposición, si se quiere rítmica, pero disposición porque modifica el derecho al variar su destino económico.

(42) La posibilidad de alterar la sustancia no significa la destrucción del objeto del derecho, ese supuesto, como vimos, es el del artículo 482, sino la sustitución de su objeto mediante la enajenación.

rido usufructuario de los efectos públicos, valores cotizables y bienes fungibles procedentes de dote inestimada, la disposición de los mismos, si bien con consentimiento de su mujer si es mayor de edad (43) (prescindimos de los supuestos en el párrafo último del artículo 1359, que atribuye al marido que la mujer es menor de edad).

d) Seudo-usufructo. Esta modalidad desnaturaliza el usufructo y lo convierte en un fideicomiso de residuo, según VENEZIAN (44), quien ve en el usufructo con facultad de enajenar y sin obligación de restituir el valor recibido en cambio, al terminar el mismo, la referida institución, porque entonces se transmitió la propiedad. NUÑEZ LAGOS (45) afirma que el usufructuario dispone en nombre propio y no en el de los nudos propietarios; no hay usufructo sino propiedad. Nosotros creemos que se trata de un dominio resoluble, pues si bien normalmente el seudousufructuario no puede disponer gratuitamente, y en este caso tiene idénticas facultades que el fiduciario de residuo, nada impide al constituyente autorizarlo expresamente para disponer «mortis causa» y entonces la figura no encaja en el fideicomiso de residuo porque el fiduciario de residuo no puede disponer por testamento.

Por último, lo entienden también de este modo las sentencias de 9 de junio de 1948 y 28 de mayo de 1954. La primera dice así: «No puede entenderse... la cláusula adicionada a su testamento por el causante, pues por sus mismos términos de que quería que todos sus bienes constituyeran el usufructo de su esposa viuda, incluso censos y «Los Perelladas», y que de esta finca podía vender las parcelas que quisiera, sin necesidad de dar cuenta, fianza, ni aseguramiento alguno, se revela claramente que el propósito del testador no fué facultar a la usufructuaria para transformar esos bienes, con lo cual quedaría el producto o resultado de esa transformación en la masa del usufructo... sino que la au-

(43) Mientras que respecto de los restantes bienes dotales inestimados es la mujer quien dispone aunque con licencia de su marido. (Art. 1.361).

(44) Ob. cit. Vol. I, pág. 326.

(45) Información jurídica. Enero de 1944.

torizaba para vender libremente, sin dar cuenta de lo que hiciera, y por tanto, sin que el producto de las ventas quedara también sujeto al usufructo.

...ese legado era de un objeto determinado y no del valor en que aquél pueda transformarse, que al salir de la masa del usufructo en virtud de las ventas autorizadas ya cesaba toda limitación impuesta sobre él por el testador, y que al carácter de usufructo común le añadió una modalidad que le convierte en usufructo de disposición, estableciendo a favor de los nudos propietarios un derecho únicamente a lo que quedara de esa finca después de las ventas...».

Esta sentencia distingue claramente el usufructo de disposición con obligación de restituir de aquél en que falta esta obligación. Su fondo es exacto; pero su terminología es equívoca.

La sentencia de 28 de mayo de 1934 resuelve un caso similar: Se trataba de «un heredero usufructuario, universal y vitalicio» con facultad de enajenar y gravar los bienes de la herencia, si así lo juzga conveniente, salvo determinadas fincas que no son objeto de este litigio...» calificándole «de usufructo de disposición», perfilando al final del considerando la institución en estos términos: «no se trata de un usufructo puro, sino de una institución más compleja, que al conferir al usufructuario el derecho de disponer de los bienes pudiendo gravarlos y enajenarlos le otorga esa *facultad dominical*, de la que ha hecho uso al vender las dos fincas, y por tanto a sus herederos, se les exige el otorgamiento de la escritura como sucesores de quien dispuso de ellas *ejercitando un acto de dominio*, distinto de los derechos que le asistían como usufructuario, pero coexistente con ellos por concesión expresa y especial de su causante...».

Esta sentencia usa una lexicología más precisa, si bien insiste en denominar usufructo de disposición, lo que es un verdadero derecho de dominio resoluble, quizá forzada por la redacción de los documentos. Es necesario tipificar la figura dentro de las variantes del dominio resoluble y no del usufructo, y término más exacto es el de *seudousufructo*, pues la frase usufructo de disposición la confunde con otra institución de diversa naturaleza, como ya vimos.

Por tanto, en el seudousufructo no hay división del dominio, ni tampoco desmembración, pues el destinatario de la cosa usufructada y no enajenada, tiene una titularidad preventiva o una expectativa jurídica más o menos consistente según que la facultad de disposición sea libre o menos o más condicionada.

En este sentido hay que interpretar el artículo 467 del Código civil «el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa», el seudousufructo no está comprendido en el supuesto de hecho de esta norma, de lo contrario incurriría dicho artículo en el absurdo de admitir un usufructo sobre los propios bienes, a lo cual se opone el aforismo «nemini re sua servit» (46) o en el de considerar al destinatario de la cosa usufructada y no enajenada titular, no de una expectativa jurídica, sino de un derecho subjetivo de dominio y esto es inadmisibles porque carece de título adquisitivo del mismo, ya que sólo se dió parcialmente el hecho originador de su derecho futuro.

Resumiendo: el usufructo ordinario y el de disposición son derechos reales limitados, el usufructo irregular es un dominio pleno e irrevocable y el seudousufructo es un dominio pleno y resoluble.

B) Otros derechos reales.

a) **Uso y habitación.** Lo dicho antes respecto al usufructo ordinario es aplicable a estos derechos por remisión del artículo 528 del Código civil, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley hipotecaria, pues son derechos intransmisibles (artículo 525 del Código civil) y no

(46) El «usufructus causalis» elaborado en la Edad media, es consecuencia de la confesión del dominio como una suma de facultades, lo cual hacía posible imaginar abstractamente destacada una de ellas, aún cuando todas pertenecieran a la misma persona. BÜGGEBÖ. Ob. cit. Vol. cit., pág. 703.

son, por tanto, hipotecables (artículo 108 número 3.º de la Ley Hipotecaria).

b) Servidumbres. Son otro supuesto de desmembración del dominio como resulta del artículo 530 «la servidumbre es un *gravamen* impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto *dueño*», y así se desprende del artículo 546 número 5.º que sigue este sentido al establecer que la renuncia del dueño del predio dominante es causa de extinción de la servidumbre (renuncia de la servidumbre) ya que el predio gravado es el sirviente, recobrando en el mismo instante de la renuncia su plenitud.

Mientras que si el renunciante fuese este último, la servidumbre subsiste, porque el acto es nulo, ya que los titulares que tienen que soportar el gravamen no pueden renunciarlo, pues sólo los derechos son renunciables y no las cargas o gravámenes por el titular pasivo. Si lo renunciado fuese el dominio del predio dominante o el del sirviente, la finca pasará al Estado, en ambos casos, y con persistencia de la servidumbre, salvo en el caso del artículo 599 «Si el dueño del predio sirviente se hubiese obligado, al constituirse la servidumbre, a costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante. Este precepto no es más que una aplicación concreta del artículo 609, consagrando una adquisición legal.

c) Censos consignativo y reservativo. La mera lectura de los artículos 1.606 y 1.607 relativos respectivamente al censo consignativo y reservativo, evidencian que la propiedad reside en el censatario, si bien gravada con un canon o pensión a favor del censalista, que es titular de un derecho real en cosa ajena, conforme al artículo 1.623, que al conferirle una acción real para tutelar su derecho, éste necesariamente ha de ser real.

Por otra parte la redención de estos derechos es una facultad legal para adquirir, no la propiedad, sino un derecho real limitado de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 609 «La propiedad y *demás derechos reales* sobre los bienes *se adquieren* y transmiten por la *Ley...*».

d) Hipoteca y prenda. No es necesario insistir acerca de la naturaleza jurídica de estos derechos reales en nuestro Código civil, basta citar el artículo 1859 «El acreedor no puede *apropiarse* de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas», para probar la veracidad de nuestro aserto, pues del mismo artículo claramente se desprende que el deudor sigue siendo dueño de la cosa pignoral o hipotecada, si es de dominio el derecho que se gravó.

e) Anticresis. Controvertida es la naturaleza de esta figura, no sólo en la doctrina, sino también en nuestro Derecho positivo. Concretándonos a éste, encontramos un argumento favorable a su calidad de derecho real (47) en el artículo 27 de la Ley hipotecaria «Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento». Como otra forma de garantía real incluye ROCA SASTRE, acertadamente, la anticresis y puede añadirse el negocio fiduciario de garantía. En efecto, si aceptamos el aforismo «*verba legis cum effectu sunt accipienda*», la frase cualquiera otra forma de garantía real no puede referirse sino a la anticresis y a la «fiducia cum creditore», ya que la prenda recae sobre bienes muebles, la hipoteca está excluida en la creación anterior y el derecho de retención, cuya naturaleza jurídica es discutida (48), no es el supuesto del artículo 27, ya que para su ejercicio es indispensable poseer el inmueble y cuando existe una prohibición de enajenar el poseedor es el dueño y no el beneficiario de la prohibición. Luego no habiendo en nuestro derecho otras formas de garantía real

(47) Así lo entienden las R. R. de 30 de junio de 1913, 31 de julio de 1915 y 11 de marzo de 1932. ROCA SASTRE en su Ob. cit. cit. T. III, págs. 31 y ss. y SANZ «El Derecho de preferencia en la anticresis», R. D. Priv. Abril de 1913, págs. 223 y siguientes.

(48) La opinión mejor fundada lo considera derecho personal, pues es una manifestación de la «*exceptio doli generalis*» y así lo considera la sentencia de 21 de junio de 1911.

inmobiliaria, pues la condición resolutoria expresa no implica garantía real, es indudable que el mencionado artículo se refiere a la anticresis y a la fiducia de garantía como derechos reales.

Ahora bien, si conforme al artículo 1884 «El acreedor no adquiere la propiedad del *innueble* por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido», y es nulo el pacto en contrario, es porque el *deudor* continúa siendo dueño del *innueble*, si bien su dominio está desmembrado.

f) Retracto convencional y opción. Cuando la propiedad está limitada por un derecho de retracto el dominio es resoluble (49), ya que está afectado por una condición resolutoria y potestativa expresamente pactada. Si esta condición llega a realizarse, la propiedad vuelve al antiguo dueño o persona que ostente el derecho de retracto. Mas como esta persona había perdido el dominio, según dispone el artículo 1.511 «El comprador sustituye al vendedor en todos los derechos y acciones», es necesaria la retransmisión de la propiedad por alguno de los títulos enumerados en el artículo 609, y en ese caso concreto será el contrato acompañado de la tradición, así lo reconoce la sentencia de 30 de octubre de 1946. Por consiguiente, se excluye toda participación en el dominio del retrayente, limitando este derecho exclusivamente el poder de disposición del comprador.

En el derecho de opción, cuando se construye como derecho real, el mecanismo es idéntico con la única diferencia que el titular del dominio impone la condición a la vez suspensiva y potestativa a favor del optante, conservando aquél el dominio.

(49) No incluimos estos supuestos en el epígrafe del dominio resoluble, a pesar de su analogía, porque en ellos no hay derecho real alguno en favor del futuro e incierto titular, sino expectativa jurídica, pues el hecho adquisitivo se produjo parcialmente; mientras que en el caso del retracto, si bien el comprador es titular de un dominio resoluble, el retrayente tiene un derecho real limitado por haberse realizado íntegramente su hecho adquisitivo y este derecho limita la facultad de disposición del comprador, de ahí la desmembración de su dominio.

g) Tanteo convencional. Lo dicho respecto al retracto es aplicable al tanteo, con la savedad de que el ejercicio de este derecho no es potestativo de su titular que depende de la voluntad del propietario.

En lo que se refiere al retracto y tanteo legales, creemos, siguiendo a ROCA SASTRE (50), que no son derechos reales, sino limitaciones legales del dominio, enfiteusis, arrendamiento, etc., o mejor aún, delimitaciones, establecidas en el estatuto jurídico del derecho a que se refieran.

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

(50) Ob. últ. cit. T. III págs. 6 y siguientes.

BIBLIOGRAFIA

NOTICIAS DE LIBROS Y RECENSIONES

D. ADMINISTRATIVO

GONZALEZ PEREZ J. «Derecho procesal administrativo». T. I. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955.

Hacemos hoy, la recensión de una obra aparecida recientemente, obra que supone una aportación capital al estudio del Derecho procesal administrativo —así se intitula—, y en general del D. Administrativo.

Su autor es el señor González Pérez, Registrador de la Propiedad y Profesor Adjunto de Derecho administrativo en la Universidad de Madrid.

Si a primera vista pudiera pensarse que se plantea el estudio de una materia muy tratada, —existe tanto en la doctrina extranjera como en la patria abundante bibliografía—, tiene la obra del profesor González Pérez el mérito de la novedad con que este estudio se realiza. Hasta ahora el estudio del Derecho procesal administrativo adolecía de grandes defectos, no existiendo un estudio acabado y preciso. La razón es obvia: el carácter híbrido de la materia; por una parte, en cuanto que se trata de un

proceso especial pertenece al Derecho procesal, aunque no siempre los administrativistas así lo reconocen, por otra parte en cuanto que se trata de reclamaciones fundadas en normas administrativas pertenece al Derecho administrativo. Este carácter era el que hacía a estos estudios defectuosos, ni los tratadistas de Derecho procesal ni los de Derecho administrativo habían llevado este estudio hasta las últimas consecuencias, unas veces por considerar que no era materia de su incumbencia, otras por falta de la adecuada preparación para tratar tan compleja materia; sin embargo estos inconvenientes han podido ser superados debido a la exquisita formación jurídica del autor de la obra que estamos comentando.

Comienza González Pérez, haciendo un estudio general del proceso, examinando su concepto, naturaleza jurídica y fundamento, para más adelante fijar los distintos

tipos de procesos, uno de los cuales, el administrativo, va a ser objeto de estudio. Considera que el proceso de medio de «satisfacción de pretensiones» destacando la diferencia, no siempre señalada, que le separa del procedimiento; el primero es «concepto esencialmente teleológico, institución jurídica de satisfacción de pretensiones»; el segundo «concepto puramente formal: es la serie o sucesión de actos regulados por el derecho».

En cuanto a la naturaleza jurídica del proceso, pasa revista a las distintas teorías formuladas, distinguiendo las privativistas de las publicistas, para acabar fijándose en la teoría que lo considera un servicio público, entendiendo que si no se puede decir tal cosa, puesto que el servicio público es un modo típico de acción administrativa, esta postura «nos va a colocar en la pista para llegar a la naturaleza jurídica del proceso», considerando que el proceso es respecto de la función jurisdiccional, lo que el servicio público es respecto de la administrativa: instituciones a través de las cuales se realiza una función estatal; y aquí vuelve a insistir en la diferencia ya apuntada de proceso y procedimiento indicando como el concepto que dentro de la ciencia del Derecho administrativo ocupa el mismo lugar que en la del Derecho procesal ocupa el proceso, no es el de procedimiento —como erróneamente se ha creído por varias generaciones de administrativistas— sino el de servicio público.

Una vez expuestas estas ideas previas, pasa a examinar las distintas clases de procesos, distinguiendo los

comunes —que se tramitan ante órganos de la jurisdicción ordinaria— y los especiales —que se desarrollan ante jurisdicciones especiales—, uno de los cuales, como ya dijimos es el contencioso-administrativo. Ahora bien, parte González Pérez de considerar que si efectivamente son varias las formas de proceso, existen unos conceptos generales válidos para todas ellas, aunque él mismo reconoce que no hay hoy día una elaboración acabada de lo que podríamos llamar «Teoría general del proceso». Así pues, parte acertadamente del concepto general de proceso, punto de partida indispensable para comprender lo que el Derecho procesal administrativo es, ya que González Pérez adopta aquí una postura valiente en contra de muchos administrativistas, considerando al Derecho procesal administrativo parte integrante del Derecho procesal y como tal siendo necesario estudiarlo partiendo del proceso; es preciso señalar que no conviene forzar mucho tal postura, ya que nos podría llevar a resultados insostenibles. Es necesario tener presente que la materia denominada justicia administrativa no pertenece íntegramente al Derecho procesal, a éste pertenecerá estrictamente el proceso administrativo, pero todas las cuestiones previas a tal proceso tienen su contenido natural en el Derecho administrativo, si bien la postura de González Pérez en este Tomo I de su obra es perfectamente ortodoxa.

Una vez llevada la cuestión a esta situación y partiendo por tanto del concepto general de proceso, procede a definir el proceso contencioso-administrativo.

cioso administrativo «como la serie o sucesión de actos que fienden a la actuación de una pretensión fundada en normas de Derecho administrativo por órganos de la jurisdicción especial contencioso-administrativa» y por tanto considerando que el estudio del Derecho procesal administrativo corresponde al Derecho procesal negando tanto su autonomía, como que sea parte del Derecho administrativo, aunque no desconoce la conveniencia de estudiarlo separadamente.

En relación al método adecuado para estudiar esta materia, distingue dos fases: una de observación de datos, que considera deben extraerse de la doctrina administrativa, y otra la formulación de conceptos, fase ésta que debe estar presidida por la doctrina procesal.

El plan es el mismo que sigue Guasp en la exposición del proceso civil, precisamente, volvemos a insistir, por razón del concepto que del proceso administrativo vimos tiene González Pérez.

Seguidamente estudia las fuentes de este Derecho y la aplicación de las mismas, con lo que finaliza el título II de la obra.

El título III está todo él dedicado a una acabadísima e interesante exposición del Derecho comparado, estudiando lo que el Derecho procesal administrativo es en Francia, en los países hispánicos, en los árabes, en los anglosajones, etc.

Acaba este tomo I haciendo un estudio general del Derecho procesal administrativo en España, comenzando por la evolución de la legislación hasta la Ley de 22 de junio de 1894 que estableció un sistema armónico intermedio entre la

jurisdicción retenida y la judicial que antes se habían ensayado, para seguir estudiando esta legislación en los distintos regímenes políticos por los que atravesó nuestra patria en lo que va de siglo, hasta llegar al texto refundido de 8 de febrero de 1952. Por último estudia la ciencia española del Derecho procesal administrativo, distinguiendo tres etapas: una hasta 1888, en la cual el mismo González Pérez reconoce no existe propiamente una ciencia del Derecho procesal administrativo; la segunda va desde 1888 hasta 1943 en la cual se deja sentir ya un acercamiento a la doctrina procesal civil pero sin que todavía se encuadre el Derecho procesal administrativo dentro del Derecho procesal; y la tercera y última que va desde 1943 hasta nuestros días, en la cual a su vez se pueden distinguir tres direcciones: la de los que consideran al Derecho procesal administrativo parte integrante del Derecho administrativo y se resisten a la procesalización del Derecho procesal administrativo; la de los que lo consideran como parte del Derecho procesal y estudian el proceso contencioso-administrativo, partiendo de los conceptos generales que suministra el Derecho procesal, entre los cuales ya hemos dicho se encuentra el autor de esta obra, y por último una corriente intermedia, vacilante, en la cual aún aceptando la posición anterior, es decir, aún considerando el proceso contencioso-administrativo como un juicio o proceso especial, no se atreven a llevar esta idea hasta sus últimas consecuencias, dirección ésta que es como el propio Gonzá-

lez Pérez reconoce la dominante, aunque no la acerfada.

En suma, se trata la obra de González Pérez de un estudio francamente interesante y completo del proceso contencioso-administrativo, partiendo de considerarlo como proceso especial y como tal encuadrado dentro del Derecho procesal y arrancando de esta base llegar hasta las últimas consecuencias, cosa que hasta ahora no se había realizado en España, pues si como ya

decimos, la posición dominante entre los administrativistas españoles era de que se trataba de un juicio o proceso especial no eran consecuentes con esta afirmación y como dice González Pérez, se quedan a mitad de camino.

He aquí por qué a pesar de tratar una materia muy manida esta obra es de un indiscutible mérito y presenta una indudable novedad.

Juan Luis de la Vallina

ALVAREZ-GENDIN, S. «El Dominio público: su naturaleza jurídica». Barcelona 1956. 213 pág.

La bibliografía jurídico-administrativa española se ha enriquecido con la obra del profesor Alvarez-Gendín sobre «El dominio público», materia en la que faltaba un estudio acabado, pues si bien existían diversos trabajos, comenzando por los de Fernández de Velasco «Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou» y «Sobre la incorporación al Código civil de la noción de dominio público», —el propio Alvarez-Gendín tenía publicado sobre el particular diversos estudios—, se dejaba sentir la necesidad de una obra que estudiase en su conjunto los distintos problemas relativos a la propiedad pública.

Diversos capítulos del libro que estamos comentando ya habían aparecido en los Libros-Homenaje dedicados a los maestros Gascón y Marín y García Oviedo y en los Anales de la Academia Matritense

del Notariado, lo cual no resta mérito alguno a la obra ahora publicada, que tiene, como ya decimos, el acierto de ser un estudio conjunto, con el que se llena un vacío que se dejaba sentir en los estudios administrativos.

La obra está dividida en dos grandes partes, dedicada la primera a la teoría general del Dominio público y la segunda al Derecho positivo, en la cual se estudian ya en concreto las distintas modalidades de la propiedad pública.

La parte general comienza con un estudio histórico y evolutivo que en este caso está plenamente justificado ya que nos ayudará a la construcción jurídica y comprensión de la teoría general del dominio público, que no se encuentra en nuestro Código civil a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el italiano.

Sin duda la aporación más original y efectiva, que viene a resolver numerosos problemas prácticos, es la distinción de dos modalidades de dominio público: el **común**, en el cual se dan plenamente todas las notas que caracterizan el dominio público y que son: inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, inhipotecabilidad, el no ser objeto de gravamen civil y el no pagar contribución, y el **especial** en que se incluyen aquellos bienes que aún siendo públicos quiebra en ellos la aplicación exacta de la teoría del dominio público. Es decir, será dominio público especial aquellas propiedades en que se dé alguna excepción a las normas generales del dominio público (Derecho común administrativo), si bien con sujeción a normas administrativas», en otros términos aquellas propiedades públicas a las cuales, sin embargo, no se les puedan atribuir íntegramente las notas antes citadas, se dominó público especial, expresión mucho más adecuada y que responde mejor a la propia naturaleza de las cosas que la de **bienes patrimoniales indisponibles** propia de la doctrina italiana. Así pues en virtud de esta teoría que no dudamos en calificar de aporación interesantísima, puede explicarse que aún siendo dominio público haya bienes susceptibles de prescripción, pongamos por caso.

Se estudia a continuación la doctrina general aplicable en el D. español, para acabar esta parte 1.^a con un interesante capítulo dedicado al comercio jurídico del dominio público, donde se expone la posibilidad de existencia de derechos

reales administrativos sobre propiedades públicas, que el autor siguiendo la doctrina francesa (Hauriou, Rigaud), acepta siempre y cuando sean compatibles con el fin a que están destinados los bienes públicos sobre quienes recaen, para seguidamente examinar las distintas modalidades de utilización de dominio público, admitiendo —consecuentemente— la posibilidad de un uso especial o privativo que puede tener como fuentes: A) El destino propio de los bienes; B) El permiso; C) La concesión respecto a estas últimas, la opinión favorable a la posibilidad de existencia de las mismas en contra de lo estatuido en el D. de 10-X-952, de lo sustentado por el Consejo de Estado en el dictamen de 14-VIII-1948 y de la opinión doctrinal de Martínez Useros, si bien el propio Alvarez-Gendín las admite con ciertas limitaciones: que no sean contrarias a la afectación de los bienes, susceptibles de suprimirse en el momento que dañen al dominio público, etc.

En lo referente al rendimiento económico del dominio público, lo estima factible en cuanto que los titulares de los derechos reales administrativos, lo pueden ser mediante el pago de derechos o tasas, como regula el Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales. También en este capítulo se hace un comentario a los artículos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento que permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos reales administrativos; concretamente de las concesiones.

La segunda parte, como ya decimos, está dedicada al estudio del Derecho positivo, partiendo en el examen de las distintas clases de bienes, de la clasificación de dominio público **común** y **especial**. En el primero se incluyen los Puertos y zona marítimo ferrestre; las carreteras y vías pecuarias; los aeropuertos y aerodromos; los ferrocarriles, tranvías y trolebuses; los edificios para los cuales defiende y justifica el carácter público a pesar de autorizadas opiniones en contra; y los bienes muebles para los que reclama igual tratamiento.

En el dominio público especial se estudian las aguas públicas, incluidas en este grupo por ser susceptibles de prescripción; los montes públicos, incluidos aquí por permitirse su permuta; las minas, que no cabe duda son dominio público, pero especial en atención a que es concedido su aprovechamiento indefinidamente al descubridor; el patrimonio nacional, antiguo patrimonio de la Corona, dominio público por el sujeto y por el fin, pero que por no darse en toda su pureza las notas propias del dominio público común, —es susceptible de enajenación previa autorización por Decreto acordado en Consejo de Ministros y con determinadas condiciones—, se incluye en este grupo; y por último los bienes comunales, en torno a los cuales, como apunta el autor, existe «gran confusión en su configuración jurídica», debido al poco acierto que en su regulación usa la Ley de Régimen Local al considerarlos patrimoniales; desacuerdo en que vuelve a incurrir el Reglamento de bienes de las Entida-

des locales de 27 de mayo de 1955, al decir expresamente que serán bienes patrimoniales sujetos al derecho privado (Art. 5), aún cuando al aplicarles en el artículo 188 de la ley y en el 94 del Reglamento citados las mismas notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad y no estar sujetos a contribución, propias del dominio público, los está considerando tal.

Lo que no comprendemos es por qué el autor los incluye dentro del dominio público especial, si en su opinión, como sostiene expresamente, no se diferencia jurídicamente en nada de los bienes de dominio público del municipio que son dominio público común, quizás sea ello debido a que son susceptibles de admitir servidumbres incluso de carácter privado.

Las distintas modalidades de dominio público, tanto común como especial se encuentran estudiadas detenidamente.

Se trata pues de una obra de indudable mérito, pero por encima de esto interesa destacar a los estudiosos del Derecho Administrativo, la seguridad de que el maestro Alvarez-Gendín, aún alejado de la Cátedra y dedicado a la alta función de administrar justicia en la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, con cuya tarea tanto puede contribuir al rejuvenecimiento y prestigio de la jurisprudencia administrativa española llevando a ella las teorías y directrices del moderno Derecho administrativo, no abandona, no obstante, la investigación y los estudios doctrinales.

Juan Luis de la Vallina

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA PENAL DE LA HABANA

El Código Penal de Yugoslavia, por José Agustín Martínez. Año VI, vol. 1.º

El doctor José Agustín Martínez estudia en la Revista Penal de La Habana el nuevo Código Penal de Yugoslavia, publicado en el número de 9 de marzo de 1951 en el diario oficial de dicho país.

El Código se compone de 362 artículos y mantiene la técnica habitual en los restantes Códigos europeos. Se divide en un parte General y otra especial.

En la primera se dispone lo relativo al delito, responsabilidad penal y medidas de seguridad y las penas. La parte especial, dividida en quince capítulos, separa los delitos clasificándolos según el derecho lesionado.

El autor va estudiando bajo apartados las principales características del Código, comenzando por las disposiciones preliminares que nos muestran el carácter político del mismo, cuando declara que «el presente Código protege de la violencia la arbitrariedad y de la explotación económica de cualquiera otra acción socialmente peligrosa, la personalidad de los ciudadanos y sus derechos garantizados en la

Constitución y en las leyes; su libertad individual y los fundamentos políticos, nacionales, económicos y sociales de la República Federativa Popujar de Yugoslavia, su independencia y seguridad, la ordenación social sobre base socialista, así como su ordenamiento estatal fundado sobre la Constitución y las leyes».

Al estudiar lo relativo a la pena, el Código Yugoslavo declara que la finalidad del castigo es «impedir toda actividad socialmente peligrosa, apartar al autor del delito de delinquir (de nuevo) y la corrección del mismo (artículo tercero).

La mayoría de edad penal se fija en los catorce años, si bien con la única excepción en favor del menor de que se demuestre que su desarrollo psíquico le impida discernir totalmente su acción y cuando obre bajo coacción. En cuanto a la imputabilidad es interesante lo referente a la perturbación mental transitoria producida por el alcohol, declarando responsable en los supuestos de que sea pre-ordenada y voluntaria.

El nuevo Código declara, referente al error de hecho, que basta que el agente no tenga conciencia exacta de uno de los elementos constitutivos para que éste surja. Doctrina de difícil interpretación, como acertadamente señala el doctor Menéndez, para el Magistrado.

También se aparta el legislador yugoeslavo del criterio tradicional en torno al error de derecho, ya que el artículo 10 llega a establecer sentencia absolutoria en el caso de que se demuestre desconocimiento de la ilicitud.

Olvida el nuevo Código la doctrina tradicional y es oportunísima la cita de Carrara, que exigía en este extremo (referido exclusivamen-

te al extranjero) que el acto no fuera inmoral y que estuviera penado en la patria del agente.

En lo referente al estado de necesidad mantiene un criterio universalista, conforme en un todo a los patrones habituales.

Dado el carácter casi minúsculo de esta publicación este trabajo tiene una publicación fragmentada y anuncia en publicaciones sucesivas la continuación de su estudio. Al examinar sucesivamente el resto de la publicación haremos referencia al lector de las páginas donde hayamos publicado las referencias anteriores, no retrasando más estas páginas por no perder mayor valor de actualidad el interesante trabajo del doctor Menéndez.

Los delitos internacionales, medidas para combatirlos, por Luis Jiménez de Asua. Página 13.

El Profesor español comienza con una exposición del concepto de delito internacional y de su evolución delimitando las diversas características de las transgresiones que pueden merecer este calificativo.

1.º **Grupos de delitos internacionales.**—A) Delitos de persecución cosmopolita.—Considera como tales los que iniciados en un territorio se continúan o ultiman en otro. Asimismo los que atentan contra inte-

reses generalmente reconocidos como precisados de profesión.

B) Delitos internacionales «sensu stricto».—Como son la ruptura de cables submarinos, entorpecimiento de señales de salvamento, etc.

C) Delitos internacionales de contenido político.—Que escapa a juicio del autor de la esfera de aplicación de la puramente penal y del penalista para entrar de lleno en la órbita del estadista y del

internacionalista. Señala como característica la guerra de agresión.

D) Delitos contra la humanidad.—Estudia el autor lo difícil de concretar la esencia característica de esta clase de delitos, no sólo por cuanto lo es la misma declaración de los denominados derechos del hombre, sino por cuanto también es difícil establecer el concepto exacto de términos que si resultan perfectamente comprensibles resulta difícil delimitarlos dentro de un marco de represión jurídica.

2.º Persecución y competencia.—

La competencia, señala, debiera ser para un auténtico Tribunal penal internacional para los delitos de tipo político, el mantenimiento del sistema en vigor para los delitos que pudiéramos llamar clásicos y, como dice Asua, impropios, internacionales.

3.º Derecho aplicable.—Mantiene el autor en este apartado la tradicional y sagrada preocupación y del principio jurídico *numm crimen sine lege*, para evitar las críticas que los juicios de Nurenberg y la condena de Yamashita y Hottm han producido en la conciencia de juristas de todo el mundo. Al hablar de las eximentes, critica duramente el proyecto presentado en las O.N.U. (profesor Pella) que reproduce el criterio del Estatuto de Nurenberg de no poder ampararse en el cumplimiento de la Ley o en la orden de la autoridad. Sin embargo recuerda el extremo sumamente curioso de que cuando los reos de Nurenberg y sus defensores al alegar la obediencia debida al Código Penal Militar ale-

mán del año 40, se olvidase que el número 2.º del artículo 47 negaba efecto exculpatório a la obediencia jerárquica.

4.º La Pena.—Dos principios señala como fundamentales el doctor Jiménez Asua. La gradación de la pena. La individualización de la misma. Como ejemplo de lo que **No** se debe hacer literalmente «El Tribunal tiene derecho a imponer al acusado, una vez convicto, la pena de muerte o cualquiera pena que el mismo Tribunal considerase justa».

Considera imprescindible que a cada delito se le asigne previamente su pena, en la gradación que se considere justa en forma que pueda cumplirse el apotegma, «nullum crimen, nulla poena sine praevia lege».

5.º Conclusiones.—Considera necesario separar los antiguos delitos internacionales de los delitos de tipo político, siendo estos últimos los que deberán juzgarse por un Tribunal Penal Internacional, siendo en casos de agresión, delitos contra la humanidad, etc., la propia Organización de las Naciones Unidas quien sustente el acta de acusación. Previamente deberán ser definidos y penados estos delitos en un auténtico Código, sin eximentes de tipo personal y privilegiado, y con una gradación de las penas con especial eliminación de la pena de muerte y dar al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» toda su amplitud y plena eficacia.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

El derecho de presentación en la herencia testada y la preferición de herederos forzosos. (En torno a la sentencia de 6 de diciembre de 1952), por Manuel de la Cámara Alvarez. Núm. VII, año 1955 (pág. 7).

No el contenido de la sentencia, sino las relaciones jurídicas nacidas de la situación que dio vida a la resolución, ha movido al joven y competente notario de Madrid, a estudiar con un finísimo sentido jurídico y con una clarísima percepción del problema, no sólo el que plantea y resuelve nuestro más alto Tribunal de Justicia, sino aquellos otros que no habiendo sido planteados en el pleito daban lugar a interesantísimas cuestiones de derecho.

Comienza en su trabajo por exponer en clarísima síntesis los supuestos de hecho y examinar la resolución de 6 de diciembre del 52 para ferminar esta parte preliminar de su estudio con una interrogante, al preguntarse cuál será la posición de los nietos a quienes se niega el derecho de representación. ¿Debe estimarse que sólo acreditan derecho a la legítima estricta por entender que suceden en ella, a diferencia de lo que ocurre con la parte libre y con la mejora, por derecho de representación?, y centrandó la cuestión hacia el problema no planteado ni resuelto por el Supremo, dice: «¿Deben estimarse preferidos los nietos del testador, silenciados por éste en su testamento, hijos de un hijo instituido y premuerto al causante? ¿Cuáles son, concreta-

mente, los efectos de la preferición en nuestro Derecho positivo?».

Para mejor centrar el problema y mejor orden de su estudio, comienza el señor Cámara Alvarez por estudiar el problema de la representación en la sucesión voluntaria a través de nuestra doctrina, a través de somero estudio, ya que una vez planteado va indicando su opinión y sobre todo centrandó en forma magistral la solución y evitando que un equivocado planteamiento nos lleve a una solución equivocada. Porque qué duda cabía «que el derecho de representación propiamente dicho no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe». Es ilógico trasplantar una institución que corresponde al campo de la sucesión intestada a la testada, pero sí es correcto ver de «llegar a aquellas consecuencias prácticas mediante una adecuada interpretación de la voluntad del testador». O, como afirma el autor, «el problema correctamente planteado es éste: ¿Cabe admirar la sustitución vulgar tácita? ¿En qué casos?».

No cabe duda respecto de la admisión de la estirpe en la herencia a través de la sustitución vulgar tácita, pero como cuestión de hecho habrá de resolverse en cada caso, planteado, al mismo tiempo espinosas cuestiones de interpre-

fación. Por otra parte, no cabe duda de que en muchos casos el testamento nos dé elementos suficientes para establecer la sustitución tácita, pero en el caso contrario, se pregunta el señor Cámara, ¿cabe admirla?. Para el autor no cabe duda de que en nuestro derecho existe suficiente fundamento para sostener que toda disposición testamentaria «deficiente deba ser interpretada o completada, a falta de elementos de hecho específicos, siguiendo la pauta señalada por el legislador para la sucesión intestada». Limitándonos forzosamente a recoger lo fundamental del trabajo, sin felicitamos los casos en que para el señor Cámara podría funcionar la sustitución tácita o presunta.

1.º A favor de los nietos, hijos de un hijo premuerto, cuando el testador haya instituido a todos sus hijos en toda la herencia en partes iguales.

2.º A favor de los nietos, hijos de un hijo incapaz para suceder, en el mismo supuesto de institución por partes iguales en toda la herencia.

3.º A favor de los nietos, hijos de un hijo premuerto o incapaz, en caso de que el testador haya instituido a todos sus hijos por partes iguales en una porción de la herencia y haya dispuesto del resto (dentro de los límites legales) a favor de otra persona que no es hijo.

Resume esta parte de su trabajo diciendo que a su entender, «en la medida que la voluntad testamentaria coincida con la voluntad de la ley, deben darse a los llamamientos testamentarios la misma ex-

tensión que la que tienen los llamamientos legales».

Pasa a estudiar a continuación el problema de la preferición de los nietos hijos de un hijo del testador, instituido y premuerto al causante.

El autor va estudiando en detenido análisis todos los argumentos y diferentes supuestos que el problema puede plantear y afirma, que su omisión en el testamento del abuelo acarrea las consecuencias legales de la preferición a los efectos del artículo 814, preferición que no tendría lugar «si a tenor de lo que expusimos en la primera parte de este trabajo, los nietos pudieran entenderse llamados por vía de sustitución vulgar tácita o presunta».

Seguidamente examina los efectos de la preferición y para valorarlos exactamente los considera a través de la «perspectiva histórica de este precepto» (art. 814 C. c.), llegando a la consecuencia de que el sistema del Derecho Romano no resulta «el más adecuado para inspirar la regulación de las legítimas en el derecho moderno, y, continúa, indudablemente el artículo 814 del Código civil, al establecer como consecuencia de la preferición la nulidad de la institución de heredero, demuestra su procedencia romana (recogido a través de la Partida sexta título 8.º), ya que si bien el origen del sistema legítimo castellano se encuentra en el Derecho germánico, la articulación técnica del sistema, es romana».

Señala las diferencias patentes entre la desheredación injusta y la preferición para declarar plenamente acertada la solución del artículo

851, del que deduce dos principios fundamentales. 1.º, que en materia de intangibilidad de la legítima puede hacerse compatible ésta con la voluntad del testador y 2.º, que no es necesaria la anulación total de la institución de heredero para que el legitimario haga valer sus derechos como tal. Y se pregunta el señor Cámara, ¿se han tenido en cuenta estos dos principios al regular los efectos y consecuencias de la preterición? Aparentemente, dice, al menos, no.

«Los problemas fundamentales, prosigue, que suscita la interpretación del artículo 814, giran a nuestro juicio en torno a estas cuestiones: a) Ambito de validación del artículo 814 del Código civil en relación con la distinción entre preterición intencional y preterición errónea, (el 814 no distingue entre ambas; y si en el caso de preterición errónea la solución es defendible, resulta arbitraria para la preterición intencional, siendo menester buscar, en este segundo supuesto, un camino que nos conduzca a soluciones más racionales, aún sin prescindir de la articulación del Código civil, camino que quizás pudiera encontrarse ensanchando el concepto de la desheredación).

b) Determinación exacta de las liberalidades testamentarias que deben subsistir cuando entre en juego el artículo 814 del Código civil. (El autor sienta como premisa principal la de la restricción, para examinar detenidamente las disposiciones testamentarias, que según el propio 814 pueden subsistir no obstante la preterición: así, mejoras y legados —incluso el de par-

te alicuota, como figura independiente y autónoma de la institución de heredero—).

c) Alcance de la nulidad de la institución decretada por el artículo 814 y alcance de las excepciones de esa nulidad. (En este apartado el autor estudia no específicamente dicho alcance, que con lo que expuso anteriormente queda fijado, sino abordar otras cuestiones que aclaren aún más el problema planteado).

Termina su trabajo el señor Cámara con unas conclusiones centradas sobre dos puntos: Primero, que el efecto práctico del derecho de representación puede admitirse en la sucesión testamentaria cuando lo consienta la interpretación de la voluntad del testador. (Indicando que es a través de la interpretación de voluntad como debe realmente emplazarse el problema). Segundo, el considerar la preterición bajo un doble punto de vista, como lesión de legítima (en cuyo caso sólo debe invalidarse el testamento en cuanto la perjudique) y su influencia sobre la disposición testamentaria en general contemplada desde el prisma de la voluntad del testador, ya que si en el supuesto de preterición intencional es indubitada la solución, en el caso de que exista error en el testador será necesario conocer, para una solución justa, cuál habría sido su voluntad.

Termina su magnífico trabajo el señor Cámara con el modesto deseo de solamente haber contribuido a un correcto planteamiento del problema.

L.-C.

Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano, por el doctor Pablo Fuenteseca, Prof. Adjunto de Derecho romano de la Universidad de Santiago. Pág. 183.

Comienza el autor con un estudio del momento en que aparece en Europa, a raíz del destierro por los Nacional-Socialistas de los estudios romanísticos en Alemania, el peligro de crisis del Derecho Romano, en la que para Koschaker influía decisivamente el derrotero histórico-crítico que seguían los romanistas hacían que se alejasen cada vez más de estos estudios los juristas, punto de vista del que no ha podido apartarle ni el poderoso renacer de los estudios sobre Romano de la post-guerra. El doctor Fuenteseca consagra su estudio a examinar, ante la postura de Koschaker, las tendencias actuales de la investigación.

Para él, las causas inmediatas de la crisis provienen de dos hechos fundamentales: el pasar el Derecho Romano a Derecho Histórico al entrar en vigor en 1.900 el Código civil alemán, la segunda es, a su juicio, una crisis de método (el histórico-crítico), no ya por el método en sí, sino por los abusos de los romanistas en su aplicación.

Pasa a continuación a examinar las distintas corrientes de estudio en los últimos cincuenta años, que denomina la edad de oro, en la que va consignando cómo a pe-

sar de la crítica permanece el método histórico-crítico, para examinar seguidamente la orientación de los estudios, desde la preocupación por los derechos de orígenes, a la influencia del Romano en el derecho vulgar de Occidente, pasando por las mutuas influencias en la Iglesia y el Derecho Romano. También cita la tendencia que viene manifestándose entre los romanistas del oriente europeo en la actualidad en las que pretenden una interpretación del Romano a través de la ideología marxista, con base en una interpretación de la historia de Roma bajo el signo del materialismo histórico (señalando aquellos aspectos de la historia jurídica de Roma que más interesan a su fin, como puede serlo la exaltación de la lucha de clases en la historia de Roma, primacía de los factores económico-sociales en la evolución jurídica).

La Revista en una nota al pie de la primera página de su trabajo, agradece al señor Fuenteseca, la publicación de este trabajo que supone «una oportuna orientación para el estudio de una rama del Derecho, que es presupuesto básico de su quehacer actual».

«REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO». Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1955. Número 28, Enero-Abril.

En este número de la Revista Española de Derecho Canónico aparecen tres artículos a los que sucintamente vamos a referirnos.

- 1) OESTERLE, D. D.: «De relatione homosexualitatis ad Matrimonium». (Págs. 7-60).

Con una base psiquiátrica se lanza Oesterle al estudio de la homosexualidad en relación con el Derecho Matrimonial Canónico. Trátase en primer término de fijar: cuándo la homosexualidad constituye un impedimento dirimente de impotencia y cuándo no. Con anterioridad a la solución de las hipótesis canónicas que cabría plantear, es necesario definir, desde el punto de vista de la moderna Psiquiatría, los casos en que la homosexualidad responde a factores constitutivos del individuo. Mientras tanto, todas las clasificaciones y subdivisiones hechas no son más que un indicio de actividad investigadora. La solución permanece, en todo caso, en manos de los órganos judiciales y, principalmente, la prueba pericial que dictaminará para y en cada situación de hecho concreta. El trabajo merece ser alabado si se tienen en cuenta las innumerables dificultades que ofrece el tema y los pocos estudios canónicos realizados sobre el particular.

- 2) LOSADA COSME, R.: «Las Colecciones Canónicas en función de autenticidad, universalidad y unificación del Derecho». (Páginas 61-111).

Después de declarar decisiva la importancia de los estudios históricos en relación con el Derecho Canónico, plantéase el problema de la autenticidad de las colecciones canónicas anteriores a la aparición del Decreto de Graciano. Las colecciones jurídicas anteriores a Gelasio dan pie para plantearse el problema de la autenticidad, distinguiendo la fuerza de las mismas en Oriente y Occidente; allí fueron confirmadas por el canon segundo del Concilio Trullano, aquí se incorporan a otras colecciones, manteniendo, a través de ellas, su existencia. Con la «Renascencia Gelasiana» se señala el primer triunfo de los textos auténticos sobre los apócrifos que son privados de fuerza al no ser admitidos en la nueva redacción; no obstante, no se evitó la propagación de dichos textos apócrifos. El problema de la autenticidad, por tanto, subsiste, volviendo a ofrecer puntos de afaque a la actividad legislativa promovida en Francia bajo la dinastía carolingia: la aparición de la colección auténtica «Dionysio-Hadriana» y la condenación de los Penitenciales Celtas en el concilio de París de 829 son, para el momento, soluciones perentorias que no eliminan la pervivencia posterior de redacciones apócrifas, más frecuentes ahora que en otras épocas. La reforma Gregoriana vuelve a afacar

de nuevo las colecciones espúreas, sin conseguir un éxito total, ya que después de Gregorio VII vuelven a proliferar las colecciones no auténticas. Destácase el hecho de que el problema de la autenticidad queda resuelto únicamente en España con la aparición de la «Hispana». Por último, con el Decreto de Graciano se pone tope a las colecciones desprovistas de autoridad.

En la segunda parte del trabajo se ofrece a nuestra consideración el problema de la universalidad del Derecho en relación con las colecciones canónicas. Para la Iglesia Oriental, el problema se resuelve cuando aparecen las colecciones Fociana y Trullana. En Occidente, antes de llegar a la universalidad absoluta del Decreto de Graciano, se ha de seguir una complicada evolución histórica que se inicia cuando a partir del año 313 la frecuente celebración de sínodos conciliares hacen que las leyes eclesiásticas puedan adquirir un mayor valor ecuménico. Se hace destacar de una manera especial la universalidad conseguida a finales del siglo V con la publicación de la «Dionisiana» y, más tarde, con la influencia de las reformas Carolingia y Gregoriana.

El manido tema del estudio de las fuentes del Derecho Canónico

contenido en las primitivas colecciones, es nuevamente examinado en razón de su autenticidad y de su universalidad. En ello, en el enfoque del tema radica el mayor término del estudio que examinamos; una exposición concienzuda unida a la habilidad en el examen de los problemas propuestos, constituyen la originalidad del trabajo. No obstante, nótanse algunos defectos en la exposición del mismo; así, hubiera sido conveniente que sobre las colecciones apócrifas se realizase un examen que pusiese en claro la razón de su existencia, lo mismo que las causas que movieron a los redactores medievales a unir en cuerpos legales normas canónicas no auténticas o tomadas imprecisamente de otras colecciones.

- 3) LOPEZ ILLANA: «Pecados reservados en el Derecho Particular anterior al Código en las Diócesis que pertenecieron a la Corona Española», pág. 113-132.

Trátase de una enumeración detallada de todos los pecados que se reservaron en España, con anterioridad a la publicación del *Codex Iuris Canonici*. Labor sin más mérito que el enumerativo y de reunión de datos.

C. R. Arango

1955. Número 29, Mayo-Agosto.

- 1) DEL AMO, LEON: «Los Matrimonios civiles y el delito de bigamia». (Págs. 287-323).

La presencia de este «Estudio» dentro de la Revista Española de

Derecho Canónico nos ha sorprendido gratamente. Monseñor Del Amo ha pretendido aunar la realidad viva del derecho, expuesta a través de unos hechos palpitanes, con la teorización y especulación de la ciencia jurídica y, sin duda alguna, po-

demostramos afirmar que la meta propuesta ha sido plenamente alcanzada.

El Estudio arranca de la contemplación de una sentencia en la que se condena a un individuo por la comisión de un delito de bigamia, resultante de la celebración de un matrimonio civil, con exclusión del canónico; el procesado, sin anular este primer vínculo contrae matrimonio canónico, años más tarde, con otra mujer.

La narración de estos hechos dan lugar al planteamiento de una serie de problemas cuyas soluciones, tanto desde el punto de vista del Derecho Estatal, como desde el punto de vista del Derecho de la Iglesia, son bien diferentes. Según éste, el matrimonio civil no produce efectos negativos para la realización del canónico; para aquél, esta segunda postura, conduce a la declaración de la existencia y comisión de un delito de bigamia que ha de ser, consecuentemente, penado. Monseñor Del Amo apunta certeramente la variedad de cuestiones que pueden originarse a la sombra de la consumación de los hechos precedentes. Termina señalando, y quizás esto sea lo más interesante, la corrupción de la sentencia dictada por el tribunal que condenó al autor de los hechos por un delito de bigamia.

De todo ello se deduce que la «situación social» creada en virtud de la celebración pública de un matrimonio civil no puede ser quebrantada con ligereza a menos de atentar contra un orden ético preestablecido que exige, en todo caso, el cumplimiento de unas obligaciones inapelables y que si bien no son tenidas en cuenta por un or-

denamiento jurídico dado, son perfectamente exigibles en razón de su naturaleza íntima y propia. La petición de que venga una ley a poner en armonía el precepto de derecho interno con la norma canónica, legal y concordatoria, nos parece que es la conclusión última a que debe llegarse.

De bueno, de francamente bueno, puede calificarse el trabajo de León Del Amo. Todos los pasos que en él se dan se ajustan a una visión adecuada de los distintos conflictos que las celebraciones sucesivas de un matrimonio civil y otro canónico puedan engendrar. No se rehuyen las dificultades. Recházanse opiniones de peso. Se indican soluciones apropiadas... ¿Puede pedirse más?

2) CABREROS DE ANTA, MARCELINO: «La prórroga de la competencia judicial y el fuero de la conexión». (Págs. 325-351).

Nos hallamos de nuevo ante un interesante trabajo de Cabrerós de Anta que parte de la identificación y semejanza con que los primitivos tratadistas de Derecho Canónico trataban a la Jurisdicción y a la Competencia. La clasificación de esta última, su prorrogabilidad, su carácter voluntarista y, por último, la determinación de su necesidad en íntima relación con la competencia por conexión de las causas son materias que sirven de introducción adecuada a la segunda parte del trabajo en el que se trata el fuero de la conexión. «La conexión de las causas es la relación que media entre ellas o el vínculo que las une por razón de

la comunidad de sus elementos (objetivo, causal y subjetivo)», y, aún cuando en el C. J. C. parece confundirse la conexión con la continencia, nuestro autor las diferencia diciendo que «hay continencia de causas cuando una no sólo tiene elementos comunes con otra, sino que está comprendida en ella como la parte en el todo o lo menos en lo más». También habla de la litispendencia, o continencia en sentido estricto, como algo diferente de la conexión; «La cuestión de la litispendencia gira siempre en torno de una sola causa». Termina el artículo haciendo un profundo estudio de la conexión en todos sus aspectos.

Con lo que tan sucintamente dejamos dicho, basta para darse cuenta de la importancia que el trabajo de Cabrerós de Anta tiene. Ha venido a poner en claro todos aquellos aspectos del fuero de la conexión que o habían sido ligeramente tratados, o habían permanecido indiferentes para los tratadistas del libro IV del Código de Derecho Canónico. No cabe duda que este trabajo ha de ser tenido en cuenta siempre que haya que referirse a temas tan importantes como los derivados de la competencia.

- 3) LOSADA COSME, ROQUE: «La unificación interna del Derecho y las colecciones anteriores a Graciano». (Págs. 353-381).

La constante reiteración con que el autor se refiere en las notas a

pie de página al tratadista e historiador Fournier-Le Bras, hace que artículo desmerezca en cuanto a su originalidad. Sin embargo tiene los mismos aciertos que la primera parte publicada en el número anterior de la Revista de Derecho Canónico.

- 4) CASTAÑEDA, EUDOXIO: «Las causas de separación temporal por amencia». (Págs. 383-409).

Cabe distinguir en este artículo dos partes principales. Una primera en la que se estudian los fundamentos canónico-legales de la separación matrimonial por razón de amencia y otra segunda en la que se estudian las diferentes causas de amencia que pueden dar lugar a la separación dicha. Nuevamente nos hallamos ante un trabajo de Derecho Canónico que recurre y pide auxilio a la moderna psiquiatría y esto, precisamente esto, es lo que hace que el trabajo no sea lo bueno que pudiera haber sido. La enumeración de las diferentes enfermedades mentales, su descripción y los rasgos fundamentales que distinguen a los enfermos de un grupo de los de otro, son datos por sí suficientes para lo que el autor se propone, pero de una gran pobreza si se tiene en cuenta que la Psiquiatría ya no puede reducirse a un solo hombre, por muy autorizado que éste sea. En estos aspectos el estudio resulta incompleto, pobre y sin una contextura fuerte y enjundiosa.

C. Arango

IL POLITICO

Como votano le donne in Francia, por Mattei Dogan e Jacques Narbonne.
Pavia, settembre 1954.

Esta magnífica publicación italiana recoge un tema de indudable interés como lo es el estudio de las inclinaciones políticas de la mujer francesa, sobre todo por cuanto puede darnos una idea sobre si el voto «femenino» o específicamente el comportamiento «político», es diverso del comportamiento del hombre.

Publican unos muy completos cuadros estadísticos sobre la base de las elecciones de 1946 y 1951, en ellas se ve claramente cómo en los partidos de derecha, con predominio católico, el mayor porcentaje de votos corresponde a la mujer, mientras que el grupo izquierdista tiene clara mayoría masculina.

También consagran una parte de su estudio a examinar y clasificar el porcentaje de voto femenino y sus inclinaciones políticas, según la diversa ocupación laboral, y naturalmente la diferente proporción en cada una de ellas ante el número de votos de hombres. Así por ejemplo la diferencia en las industrias metalúrgicas, textil, química, etc., predomina de una manera clara y terminante el votante masculino, mientras que en servicio doméstico, ofcnas y administración es absolutamente contrario.

Estudian detenidamente los aspectos que presentan la identidad del voto de los esposos, las causas de la diferenciación en el voto y terminan con un comentario sobre el valor del voto femenino.

