



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES
DE LOS ESTADOS**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JEANNE MENDOZA TOURRES

MEXICO, D. F.

1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PROLOGO

Los derechos fundamentales son aquellos derechos indispensables para el desenvolvimiento de un Estado en su vida de relación, que nacidos del consenso universal, puede cualquiera de ellos oponer sin mediar acuerdo expreso, a consecuencia de una presunción *juris et jure*, a cualquier otro miembro de la comunidad internacional.

Aunque es indiscutible la existencia de los derechos fundamentales, la doctrina diverge en cuanto a su explicación. -- Hay tres teorías cuyas respectivas soluciones son de justificación, negociación o limitación de los derechos fundamentales de los Estados. Sea como fuere, las circunstancias que obran en la vida internacional desde mediados de este siglo en virtud de nuevas invenciones científicas o de necesidades económicas apremiantes pueden provocar una revisión de tales teorías.

Justifica la existencia de tales derechos la escuela de derecho natural en cualquiera de sus variantes, teológica o racionalista. Así como el hombre tiene en virtud de su propia naturaleza, ciertos derechos innatos que requiere una existencia libre e independiente, también los Estados lo tendrían bajo el calificativo de derechos fundamentales. Reducidos a tres tipos principales, ellos serían los de soberanía e independencia, -- conservación y defensa e igualdad. Así entendidos tales derechos fundamentales de los Estados serían, en realidad, consecuencia de un solo derecho, el de independencia. Pero hay autores que invocan el de existencia o de la libertad. Cuestión de terminología. Dicho supuesto de los derechos fundamentales constituye la teoría clásica de la materia. Autores como LISZT, -- FAUCHILLE, DIENA Y ACCIOLY la aceptan, pero bajo un matiz renovado.

Otros autores desconocen la existencia de esos derechos y exigen la revisión total de la teoría justificativa.

Así JELLINEK, ANZILOTY y otros. Y los hay que sostienen desde su particular punto de vista, que los Estados actúan en el orden exterior mediante la manifestación de atribuciones o facultades que no pueden ser equiparadas con derechos fundamentales. Entre éstos LAUTERPACHT destaca las cualidades de los Estados: VERDROSS, SCELLE Y ROUSSEAU les atribuyen competencias gubernamentales; y PODESTA COSTA se refiere a principios fundamentales de la vida de relación internacional.

Esta tesis ha sido elaborada bajo la dirección y asesoramiento del Profesor Doctor CARLOS ARELLANO GARCIA, a quien agradezco su valiosa intervención.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICO LEGISLATIVOS

I. EL MUNDO ANTIGUO Y MEDIEVAL

1.- EL MUNDO GRIEGO Y ROMANO¹

Atenas fue, en todos los momentos de su historia, una obra de arte: nació y vivió para la cultura. Roma creó las bases de lo justo y de lo injusto, pero penetró en la ruta del imperia--lismo y por este fin sacrificó su forma primera de vida.

Las dos ciudades vivieron sobre el trabajo de los esclavos, por lo que su estructura política fue obra de los hombres libres propietarios de aquellos hombres-cosas creadas con el propósito de asegurar su poder.

Asegurada así su existencia material, los dos pueblos amaron intensamente la igualdad ciudadana, y sobre ella, por lo menos en un período de su historia, marcharon por la ruta de la Democracia y aseguraron la libertad de sus hombres.

Por otra parte en los escritos de sus filósofos, historiadores, dramaturgos y poetas, encontramos un rasgo común: los atenienses y los romanos sintieron y concibieron a la Polis y a la Civitas como comunidades humanas naturales, uno de cuyos elementos sería la existencia de un orden asegurado por una estructura política, democrática, aristocrática, monárquica, mixta en la cual, claro está, no intervenían los esclavos.

EL DERECHO GRIEGO²

EL DERECHO PUBLICO DE LOS GRIEGOS

Lo que Grecia aporta al Derecho corresponde, sobre todo a dos temas: su experimentación con el régimen constitucional de las diversas estado-ciudades (poleis) y su discusión filosófica acerca de temas directa o indirectamente jurídicos.

1 La idea del Estado. Editado por la Dirección General de Publicaciones de la UNAM. México, D. F. pág. 17 y sigs.

2 Para el panorama del derecho griego, una buena combinación es la de G. Glotz, La cité grécque, París, 1953, que acentúa el derecho público, con J. W. Jones, The Law and Legal Theory of the Greeks, Oxford, 1956, que acentúa el derecho privado -- (además de tratar con profundidad el concepto griego del derecho, y las fuentes de este derecho).

Recordemos aquí que el derecho griego no era un derecho -relativamente unificado como el romano; cada polis tenía su propio derecho, y sobre la posible existencia de un feudo jurídico común, panhelénico, las opiniones de los especialistas discrepan. Conocemos sobre todo el derecho de Atenas -en gran parte por fuentes extrajurídicas-; el de Esparta -en gran parte por las descripciones atenienses-; y el de Gortyns- a causa de una importante inscripción respectiva.

Otro inconveniente del derecho griego, desde el punto de vista del historiador del derecho, es que es relativamente vago, y no tan claramente fijado por legisladores como otros derechos de la antigüedad. En opinión de los griegos, las autoridades debían dictar sus sentencias con fundamento en una intuición de la justicia, sin encontrarse demasiado obstaculizadas por normas legisladas. Además, no hubo una ciencia jurídica autónoma; las ideas sobre "lo justo" forman parte de la filosofía general, al lado de especulaciones sobre lo bello, lo ético, etc.

Entre los dorios, que destrozaron la civilización griega original, encontramos una organización por clanes ("genos", plural de "genea"), grupos de familias reunidas en torno a un basileus (plural: basileis), descendiente directo de algún pretendido ascendiente común. Cuando varios clanes se organizan en una polis (plural: poleis), el jefe del clan más importante se convierte en basileus de la polis, o sea en rey. Como debe esta función a su posición dentro de una familia, el poder del rey es hereditario. Para mejorar su prestigio, el monarca suele añadir a su árbol genealógico algún importante dios, generalmente a Zeus.

De este modo, la Grecia de comienzos del último milenio antes de Cristo, está distribuida entre poleis gobernadas por basileis, a cuyo lado encontramos generalmente, el consejo de los demás jefes de los clanes, los basileis de los genea. Hay relaciones íntimas entre estas poleis, pero el ciudadano de una carece de todo derecho dentro de las otras (a no ser que vaya como embajador): entra en un vacío jurídico. De este hecho nacen los frecuentes "contratos de hospitalidad y de protección entre las familias poderosas de diversas poleis, que a menudo dan lugar a tratados de hospitalidad entre polis y polis, colocados bajo la protección y sanción de los dioses. También, especialmente en tiempos de guerra, se forman federaciones, en las cuales, por lo general, alguna polis importante tiene la hegemonía. Las poleis colaboran entre sí, para fines religiosos y para la organización de grandes fiestas periódicas de carácter deportivo-religioso, sin embargo, resultó imposible la formación de una perpetua confederación griega, con limitación de la soberanía de las poleis individuales.

A ello contribuyó la oposición existente entre Atenas y Esparta y la constante política intervencionista de Esparta, que -- presentaba el poder aristocrático y reaccionario (a pesar de -- su tendencia al "comunismo"), en el juego político de otras po -- leis; lo más aproximado que se llegó a la unificación fue cuan -- do Atenas convirtió la Confederación Delica en un imperio áti -- co temporal, pero la derrota de Atenas por Esparta dispersó de -- nuevo esta joven estructura regional, formada de poleis antes -- aisladas. A veces se ha comparado la paz de 386 a. C., que si -- guió a esta derrota, con la paz de Westfalia, en 1648, que dis -- persó el poder central que el Reich alemán había ejercido so -- bre sus diversos componentes.

De muchas poleis surgieron otras nuevas, por colonización, que debían mejorar los contactos comerciales de la ciudad ma -- dre y eliminar la presión de la sobrepoblación. Sin embargo, -- pese a lo evidente de tales "filiaciones", la liga entre polis -- madre y polis-hija no pasaba de ser meramente una de carácter -- religioso; no se aprovechó tal relación para la formación de -- ligas políticas permanentes.

En algunas de las partes del mundo griego, el rey, aun -- siendo la suprema autoridad, con frecuencia estaba asistido -- por una asamblea popular³ y de un aristocrático consejo de la -- Corona, con ciertos poderes de hecho, aunque de iure no podían -- oponerse a la voluntad del monarca, excepto cuando se trataba -- de decisiones sobre la guerra y la paz. Con estas característi -- cas subsiste la monarquía, v. gr., en Macedonia donde surgi -- rían, finalmente, reyes tan importantes para la historia de -- Grecia como Filipo y su hijo Alejandro Magno.

ESPARTA

En otras partes de Grecia, el rey se encontraba colocado -- bajo el control de la aristocracia, aunque conservaba cierta -- independencia en lo religioso y militar. De este modo, en Es -- parta, además de debilitarse el poder de la Corona por el he -- cho de haber simultáneamente dos reyes, surgidos de familias -- reales, el gobierno estaba, en realidad, en manos de los cin -- co Moros y de una gerousia. Aquéllos eran líderes controlado -- res, elegidos por un año: ejercían una severa tutela sobre to -- dos los funcionarios, inclusive sobre los reyes, y estaban, -- ellos mismos, amparados por inmunidad durante el año de sus -- funciones. La gerousia (o senado) de 28 ancianos (geroon es -- anciano, of "senado", término derivado de senex, anciano) de -- bía manejar a los reyes, además de tener a su cargo funciones -- judiciales. Entre gerousia y eforato, los reyes quedaban redu

3 Muy probablemente, en tales asambleas los aristócratas te -- nían voz y voto, en tanto que los demás, "los del pueblo", tu -- vieron que contentarse con un mero derecho de voto.

cidos a un segundo término; su importancia se centraba en sus funciones militares.

Una constitución de Esparta, de aproximadamente 700 a. C., la gran Rhetra, atribuída a Licurgo, parece haber sido básica para la organización de este estado. Los hombres vivían fuera del hogar en comunidades: de los 7 a los 20 años, los hombres eran educados por el estado: de los 20 a los 30 vivían, primero en comunidades militares y, después, en *syssitia*, comunidades basadas en las comidas colectivas. Para la clase dominante de los ciudadanos plenarios, el cuartel había sustituido al hogar. Platón se inspira claramente en el ejemplo de Esparta para su espeluznante utopía, La República. Ciudadanos de segundo rango eran los hilotas: tenían el derecho hereditario de cultivar la tierra, repartida entre haciendas (*Kleroi*), contra entrega al estado de la mitad de la cosecha.

Sólo los ciudadanos de primer rango, educados para funciones militares, participaban en las asambleas populares, formando una minoría constantemente amenazada por el peligro de rebeliones por parte de los hilotas (vigilados por una policía secreta).

ATENAS

En varias otras poleis, la aristocracia ya ni siquiera se ocupaba en conservar la apariencia de una monarquía. En Atenas, el rey se vuelve, primero, electoral (750 a. C.); luego el elegido ejerce su cargo ya no en forma vitalicia, sino sólo durante diez años (750-683); y, por último, se lo rebaja al nivel de un magistrado anual, encargado del culto de Dionisio, trabajando al lado de otro magistrado (*arconte*) para la administración de la ciudad y de un tercero más (*también arconte*) para cuestiones militares; más tarde se añaden más *arcontes*, nombrados también por un solo año.

Una larga crisis agraria y el correspondiente malestar político-social, provocaron, primero la severa intervención de Dracón (624), quien trataba de remediar la situación a través de medidas rigurosas,⁴ y luego el régimen de Solón (594) que otorgó a Atenas una nueva constitución en conformidad con los anhelos de la burguesía comercial, pero desastrosa para la clase de los grandes terratenientes; anula las deudas de los campesinos y convierte a los siervos de la tierra en personas libres, fijando, al mismo tiempo, un límite a la tenencia de la tierra. La asamblea popular (*ekklesia*), integrada

4 Cuando alguien preguntó a Dracón, por qué castigaba casi toda infracción con la pena capital, éste contestó que aún las ligeras infracciones ya merecían tal pena, y para las más serias no se le ocurría ninguna pena más grave.

por cuatro clases, de acuerdo con la fortuna de cada uno, elige a los arcontes entre los miembros de la clase más rica, -- así como al Consejo de los Cuatrocientos, o sea la boulé, integrada por miembros de las tres clases no proletarias. Los proletarios participan en estas elecciones, pero no pueden -- ser elegidos⁵. La obra de Solón no resolvió los problemas; su vanguardismo provocó perturbaciones que llevaron hacia la tiranía de Pisistrato y de sus sucesores (560-510), aunque la legislación de Solón quedaba formalmente en vigor. En 509, -- Clístenes registró una vez más la constitución. Para equilibrar las tres regiones básicas del estado de Atenas, con intereses relativamente opuestos, es decir (1) la ciudad misma -- (2) la costa y (3) el agro interior, distribuyó a los ciudadanos entre 10 philas, colocando en cada una a ciudadanos de estas tres zonas. Cada phila debía enviar cincuenta delegados -- designados por sorteo, al Consejo de los Quinientos, que a su vez daba origen a una Comisión Ejecutiva, la pritanía, que se ocupaba de los asuntos cotidianos, con un presidente que cambiaba diariamente. El Consejo de los Quinientos tenía que dar autorizaciones provisionales para los proyectos de las nuevas leyes, sometidos luego a la ekklesia. Sin embargo, pese al espíritu griego de discusión y racionalización, no fue cosa fácil modificar el derecho. Una proposición para el cambio de leyes fundamentales podía ser castigada severamente, y con -- frecuencia, el proponente debía asegurarse primero, mediante el voto popular, la impunidad respectiva. De ahí que las grandes reformas se deben a menudo a un solo hombre (Dracón, Solón, Clístenes), que de antemano había recibido la autorización para preparar la innovación total del sistema jurídico.

Al comienzo de esta evolución, el supremo poder controlador, guardián de las leyes y titular de la justicia penal, había sido el aristocrático Areópago, órgano conservador existente desde la monarquía, integrado por la élite de los ex-arcontes. La creciente democracia ateniense le arranca poco a poco sus atribuciones originales, adjudicándolas, por lo general, al Consejo. Bajo la Constitución de Clístenes, sólo le -- competen aún los procesos sobre homicidios.

5 La Atenas de Solón se consideraba ya muy democrática por el hecho de otorgar el derecho de voto a todos los ciudadanos libres, aunque limitando el derecho de ser elegido a los ciudadanos de cierta fortuna: a muchos de nosotros sin embargo, nos parecería este sistema todavía bastante antidemocrático; no olvidemos, empero, que no faltan argumentos a favor del -- sistema ateniense. ¿Porqué hemos de dar iguales derechos a -- personas, cuyo riesgo y sacrificio, en relación con los asuntos públicos, no es igual al de los demás? La democracia, con el reparto de facultades públicas, correspondiente al reparto de impuestos y riesgos, no es en manera alguna tan ilógica como a primera vista podría parecer.

Las funciones oficiales eran anuales y se procuraba que en el transcurso de su vida la mayor parte de los ciudadanos recibieran la oportunidad de participar en la vida pública, ya sea como magistrados, jueces o consejeros. Todo magistrado era controlado y severamente en forma represiva, después de entregar la administración a su sucesor, pero también anticipadamente, mediante un control llevado a cabo, de ordinario, por una comisión de arcontes (los seis thesmothetai) -- respecto del cumplimiento del candidato con ciertos requisitos formales y morales.

Los tribunales también tomaban la forma de jurados populares. Mediante el ostracismo se exilaba, por votación popular a aquellos ciudadanos que por sus ambiciones o por sus ideas futuristas, constituían un peligro público. La aplicación práctica de este sistema nos ilustra la opinión de -- Nietzsche, de que la democracia representa la aversión de la plebe respecto a las personalidades importantes: "democracia es mediocracia..."

A partir de 487, se neutralizaba políticamente la función de los arcontes (entretanto, reducidos a 3); siguen -- siendo magistrados importantes, pero son designados, mediante sorteo, sobre los miembros del Consejo de los Quinientos. Bajo Pericles se democratiza aún más este sistema, introduciéndose dietas para asistir a la boulé de los Quinientos y a los jurados⁶.

No debe exagerarse el carácter democrático de aquellas ciudades griegas que tuvieron a Atenas como modelo. Nadie -- negará el efecto educativo del sistema de la polis, con discusiones y amplia participación del ciudadano en las múltiples funciones públicas anuales, a las que se los llamaba -- por elección o por sorteo. Los griegos mismos se sentían muy orgullosos de su polis y la comparaban, gustosos, con el sistema persa, ejemplo del despotismo, (aunque a menudo ilustrado). Quizá la poca observación de Aristóteles, de que el hombre es un ser "político" significa, en realidad, que el verdadero "hombre" (o sea el griego, no el persa) es un ser que vive en comunidades organizadas al estilo de la polis. Sin embargo, los verdaderos "ciudadanos" sólo formaban una pequeña minoría entre los habitantes de una polis, probablemente

6 Esto suena muy democrático, pero tuvo el nocivo efecto de que ciertos ciudadanos, no muy aptos para ganarse la vida mediante un trabajo común y corriente, aspiraban a los puestos de los seis mil sinodales que anualmente eran nombrados para llenar los tribunales populares (también competentes para enjuiciar la actividad administrativa). Detrás de estas medidas, de aproximadamente 460 a. C., murió el austero Efiálfes, fanático mártir del anti-oligarquismo.

alrededor de un 10%. Las mujeres, los esclavos y los numerosos extranjeros que a menudo estaban establecidos por varias generaciones dentro de la polis, no participaban en la educativa vida pública. Por lo tanto cuantitativamente vista, la democracia ateniense tuvo mucho de oligarquía. Tampoco corresponde al ideal democrático el carácter timocrático, no totalmente ilógico, que tanto tiempo predominaba en Atenas y en otras poleis. De garantías individuales contra el creciente poder de la comunidad y del estado, no se encontró nada en la antigua Grecia, y el ostracismo, a menudo instrumento en manos de los oradores que manipulaban las pasiones populares, causó con frecuencia un desastre en la carrera de importantes idealistas y reformadores. Generalmente, duras medidas, aunque objetivamente necesarias, eran impopulares, y el valiente político, con visión clara, que les propusiera, se veía siempre expuesto a los riesgos del ostracismo.

La democracia moderna corresponde, además, a una psicología completamente incompatible con la maquiavélica actitud imperialista que mostraba Atenas generalmente frente a sus vecinos (la transformación de la Liga Délica en un pequeño imperio ateniense, es ejemplo de esta actitud: los antiguos aliados se convirtieron en tributarios, y la intervención en la política interna de las demás poleis -no precisamente con el fin de ayudarlos a establecer un régimen democrático:- era una práctica constante por parte de Atenas).

LOS TIRANOS: LA GRECIA POSTCLASICA

Junto a la monarquía (Macedonia), la aristocracia (Esparta) y los experimentos con la democracia (Atenas), encontramos en la antigua Grecia diversos períodos de "tiranía", cuando ciertos usurpadores, generalmente conducidos al poder por "los de abajo", se comportan durante algún tiempo, como despotas absolutos, a veces de una admirable calidad. Como no tienen el carácter de sagrados (ha que carecen de la liga personal con los dioses, característica de los verdaderos reyes) -su posición ante la opinión pública es, a menudo, precaria. -Después de una verdadera explosión de energías intelectuales, aplicadas a la estructuración y experimentación democráticas, la Grecia postclásica -absorbida por la turbulenta herencia de Alejandro Magno- cae finalmente en un rutinario nivel político de aristocracias y oligarquías locales.

LA FILOSOFIA POLITICA Y JURIDICA DE GRECIA

Otra aportación interesante de Grecia a nuestro tema es -ya lo dijimos- la brillante discusión teórica sobre la polí-

tica y el derecho. Ya a mediados del siglo V a. C., se encuentra con Heródoto una conversación imaginaria, en la que tres nobles persas discuten acerca de las calidades y los defectos de tres sistemas básicos: la tiranía, la democracia y la oligarquía. Después de criticar los tres, los persas se ponen de acuerdo a favor de un cuarto sistema, el gobierno unipersonal por parte del que resulte ser el mejor hombre, o sea el sistema de la monarquía. En esta famosa discusión se halla ya un claro antecedente de la idea del "contrato social", que florecerá dos milenios más tarde.

Poco después, Platón (429-347) toca varios importantes temas de la teoría política y del derecho en sus diversos Diálogos. Georgias tiene importancia a causa de la crítica que allí se hace de la democracia, considerada por Platón como demasiado materialista. La República, visiblemente inspirada de los ideales de Esparta, contiene, asimismo, importantes consideraciones acerca de la justicia, así como dudosas ideas utópicas sobre la organización de un estado, formado por tres clases: la del pueblo (políticamente hablando "quantité negligible"), la de los guardianes (que viven bajo un régimen de cuartel, en un ambiente de comunismo amonetario, con comunidad de mujeres) y la de los sabios gobernantes (seleccionados de la clase de los guardianes mediante varias pruebas). En esta obra, Platón pasa revista a los diversos sistemas políticos, prefiriendo, desde luego (de acuerdo con su propio origen) la aristocracia, pero describiendo igualmente cómo ésta puede degenerar en timocracia -cuando se infiltra la ambición en el rango de los gobernantes; en oligarquía, cuando el grupo reducido que está en el poder comienza a explotar indebidamente a los "underdogs"; en democracia, cuando la cantidad se impone a la calidad; y, por último, en tiranía a causa de los abusos de la democracia. En la Política Platón aboga por un gobierno de leyes, en vez de un gobierno de hombres y, finalmente, en Las Leyes, Platón presenta su concepción acerca, ya no de un remoto estado ideal de carácter utópico, sino de lo que sería un buen régimen jurídico en un futuro inmediato. El resultado de esto es una especie de teocracia totalitaria, con acento sobre la educación del ciudadano, que también muestra algunos rasgos democráticos (por ejemplo, algunos magistrados importantes deberán ser elegidos por sufragio secreto).

En todas estas obras de Platón se manifiesta una marcada preferencia por la aristocracia y una profunda desconfianza de la democracia, cuyos peligrosos efectos el noble excéntrico Platón, había observado en el triste caso de su preceptor Sócrates, y cuya ineficacia en materia internacional creía ver ilustrada mediante la derrota de Atenas en la guerra del Peloponeso.

Lo anterior sólo da una impresión muy incompleta de la riqueza de sugerencias que ofrece la obra de Platón para la teoría general del derecho y del estado. Se ha afirmado que toda la filosofía occidental del derecho no es más que una colección de notas al pie de las páginas de los Diálogos de Platón...

No menos aristocrático es Aristóteles, discípulo de Platón (384-322 a. C.). Este filósofo es, sin embargo, menos especulativo que su preceptor. Antes de exponer su teoría sobre gobierno y estado en la Política, hace un estudio de las constituciones (correspondientes a monarquías, aristocracias y democracias) que pueden dar lugar a tres formas de degeneración (tiranía, oligarquía y demagogia). No presenta receta alguna para un tipo ideal, pero recomienda una crecida clase media, ya que ésta, generalmente, será un factor de equilibrio y de moderación.

En su obra aparece también, por primera vez, la teoría de los tres poderes, es decir, el deliberativo, el judicial y el ejecutivo. Aristóteles analiza cómo funcionan estos poderes bajo los diversos modelos de gobierno que hemos señalado, pero no exige aún su separación absoluta, como lo hará Montequieu dos milenios más tarde.

Parece que este excelente conocedor de la realidad jurídica y política del mundo griego, no estaba siempre muy satisfecho con lo que observaba a su alrededor. "Los atenienses han inventado dos cosas: el cultivo del trigo y leyes excelentes; la única diferencia entre estos productos es que ellos comen el trigo, pero no usan las leyes...", es uno de sus conocidos comentarios.

Con la decadencia de la polis y la absorción de Grecia en un gran Estado territorial, a partir de Alejandro Magno, la filosofía griega, adaptándose a la nueva situación, desarrolla entre los cínicos y los estoicos un cosmopolitismo universal, la idea de una hermandad entre todo lo humano. Esto fue un factor para la humanización del derecho durante los siglos siguientes (por ejemplo, la legislación en favor de los esclavos) y preparaba el ambiente para la unión de todo el Mediterráneo en una comunidad imperial romana en la que desaparecería, paulatinamente, el predominio de Roma.

Al lado de las teorías griegas sobre cuestiones políticas y de derecho público debemos mencionar, para la filosofía del derecho en general, la intuición de un derecho natural no escrito, superior al derecho positivo (cf. Antígona de Sófocles) y las famosas distinciones que hace Aristóteles (Moral a Nicómaco) entre derecho y equidad, y entre justicia conmutativa y justicia distributiva.

LOS DERECHOS ROMANO Y ROMANO-BIZANTINO

El derecho de la antigua Roma, después de cierta influencia helenística, llegó a ser el origen del sistema, neo-romanista, uno de los tres grandes sistemas jurídicos que tenemos en el mundo occidental⁷ según Guillermo Floris Margadant. Esto se debe al Corpus Iuris Civilis, la gran compilación jurídica elaborada por Justiniano, en Constantinopla, en el siglo VI d. C. En virtud de sus instituciones sustantivas, su sistema procesal y su creación por legisladores más que por jueces, el derecho neo-romanista es bastante diferente del derecho anglosajón, aunque se observan, sobre todo en los últimos tiempos, varias regiones híbridas entre ambos sistemas y una reciente compenetración recíproca.

En primer lugar expondremos en grandes líneas, como se desarrolló el derecho público de la ciudad de Roma; luego nos dedicaremos al Imperio mediterráneo creado por Roma.

LA CONSTITUCION MONARQUICA

En la Monarquía: entre 753 a. C. (para tomar por un momento esta legendaria fecha como la del comienzo de la Monarquía) y 510 a. C., (año de la caída de esta Monarquía), el rey, aconsejado por el Senado y por el sacerdocio, reúne en sí los poderes ejecutivo y judicial. Su función no es exactamente hereditaria, ni tampoco electiva; cada rey designa a su sucesor dentro de su propia familia o entre los miembros de la aristocracia romana, tomando en cuenta la opinión de los senadores (carecería de objeto designar a una persona que de todos modos será rechazada por la élite senatorial).

También debían participar los sacerdotes en la designación del nuevo rey; mediante una ceremonia especial, la inauguratio, los sacerdotes se aseguraban de que también los dioses estaban de acuerdo.

El rey tenía plena discreción, en materia de guerra y de paz, también era el juez supremo e imponía, sin apelación, la pena capital. Sin embargo, no podía ir en contra de la voluntad de los dioses, manifestada a través de toda clase de presagios; tampoco podía ocuparse de los asuntos internos de

7 El segundo sistema es el anglosajón; como tercer sistema en la parte occidental, debemos mencionar el sistema jurídico del mundo socialista. Guillermo Floris Margadant. Introducción a la Historia Universal del Derecho, publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Jalapa, Veracruz 1974, pág. 92.

de cada gens⁸ o de cada domus⁹. Si quería tomar una medida extraordinaria, que iba en contra de las costumbres establecidas, o si tenía proyectado concertar algún tratado con los vecinos, solía convocar la asamblea del pueblo (comicios). Allí el individuo votaba como parte de un grupo de gentes (curia); la mayoría de las curias decidía si la petición del rey era de atenderse (uti rogas; "que sea así como tú pides"), o bien, si debía obedecerse a la tradición establecida (antigua: "debemos apegarnos a la antigua costumbre"). En esta tradición de convocar al pueblo podemos ver un punto de partida de la colaboración popular en la creación de nuevas leyes. Sin embargo, esta función legislativa de los comicios no se presenta aún bajo la Monarquía; durante ella, los comicios sólo decidían en casos particulares, y no sobre propuestas de normas de observancia general y permanentes.

Desde la reforma atribuída por la leyenda al rey Servio Tulio, pero seguramente de época posterior, ya republicana, se constituían al lado de los comicios por curias otras agrupaciones, en las que se reunía el pueblo para fines de discusión o votación, o sea los comicios por centurias, que se formaban según la fortuna de cada uno. El anterior criterio-sangre quedó sustituido por el nuevo criterio-dinero. Esta forma de reunirse y de votar dentro de los comicios también correspondía a la distribución de los comicios también correspondía a la distribución de los ciudadanos entre las subdivisiones del ejército (en muchas sociedades primitivas encontramos que su organización militar y la política coinciden).

En cuanto al Senado, este cuerpo aristocrático, que aconsejaba al rey y cuyos miembros, por rotación, durante cinco días cada uno, debían sustituir al rey durante algún interregnum, se componía originalmente de los jefes de las diversas gentes. Durante la segunda fase de la monarquía se amplía el número a trescientos, probablemente seleccionados por el rey.

8 La gens corresponde, a grosso modo, al genos de la antigua Grecia: es un grupo de familias de pretendida ascendencia común, con una organización propia, ritos religiosos especiales, un jefe propio (pater gentis) y quizás un patrimonio. Es probable que la propiedad inmueble haya sido gentilicia, colectiva, antes de dispersarse entre los diversos domus, como una propiedad doméstica individual. La antigua Roma se presenta casi como una confederación de gentes: hubo casos en los que determinadas gentes organizaron, con aprobación senatorial, su propia guerra contra ciertos vecinos de Roma, y hubo diferencias entre las costumbres jurídicas de cada una de las gentes.

9 Unidad de familia, casi una pequeña monarquía doméstica sometida a la discrecionalidad de su paterfamilias.

Así, rompiendo con la costumbre de que debía haber un senado por cada gens, ya durante la monarquía se preparaba el camino para la función republicana del censor, quien escogía a los senadores (en principio para toda la vida) entre los más meritorios exfuncionarios de Roma (pudiendo también eliminar del Senado a los elementos indignos). De jure el rey no estaba obligado a seguir los consejos del Senado.

LA CONSTITUCION REPUBLICANA

A la caída de la monarquía, en 610 a. C., el rey fue sustituido por un dictador anual, designado por el Senado. La anualidad de esta función y el hecho de que el dictador no podía designar de antemano a su sucesor, significaba el traslado de poder del ejecutivo al Senado. Sin embargo, el poder unipersonal del dictador implicaba aún ciertos peligros, y alrededor de 450 a. C., se le sustituye por dos funcionarios anuales, quienes tuvieron primero el título de praetor y, un siglo más tarde, el de cónsul (el título de praetor se atribuyó, desde entonces a los funcionarios encargados de la justicia, importantes auxiliares de los cónsules). Cada uno de estos cónsules podía paralizar la actividad del otro mediante la intercesión.

La institución del consulado, con su carácter anual y potencial división interna, era más débil de lo que había sido el rey, y significaba un aumento del poder del Senado. Este crecía al sumársele algunos representantes de la plebe. Se componía de los mejores ancianos ciudadanos romanos, que habían sobresalido en su carrera pública, y que fueron seleccionados por los censores, funcionarios nombrados cada cinco años por los comicios por centurias.

Además de estos magistrados, los censores, deben seleccionarse los tribunos de la plebe (desde 449 a. C., en número de diez). Carecían de imperium, pero tenían un ilimitado derecho de veto respecto de cualquier acto de un magistrado al respecto de las elecciones, las *leges rogatae* y los *senatusconsultata*. Eran nombrados por los *consilia plebis* y fueron sacrosantos (inviolables) gracias a una decisión de la plebe, que la Roma patricia, prudentemente, nunca llegó a desafiar. Solo el dictador estaba exento del control por parte de los tribunos. Estos tenían, además, el derecho de convocar a las asambleas de los plebeyos, el de hacer proposiciones en tales asambleas y también probablemente la facultad de imponer la pena capital a plebeyos. En cuanto a las asambleas populares, paralelamente a los comicios por centurias siguen funcionando los comicios por curias (que nombran a los cónsules y deciden sobre ciertos asuntos de familia,

tales como la aprobación de testamentos y la adopción de un pater-familias por otro). Al lado de los comicios por curias y de los comicios por centurias surgen los comicios por tribus, en los cuales el pueblo romano vota distribuido entre barrios (estos comicios nombran a los aediles curules y a ciertos sacerdotes).

No sólo crece el poder del Senado en relación con el -- del ejecutivo se observa también un aumento de la competencia de los comicios. Ahora ya se ocupan de los asuntos legislativos, los cónsules, con aprobación del Senado, les someten los proyectos de las nuevas leyes y los comicios (por centurias en este caso) deciden si debe contestarse con "uti rogas" o con "antiguo" (no tienen facultades de enmendar el proyecto). El culto historiador Polibio (206-120 a. C.), cautivo griego en Roma, alaba esta colaboración entre los tres poderes romanos, afirmando que Roma es, a la vez, una democracia (comicios), una monarquía (consulado), y una aristocracia (senado).

De este modo hubo en la antigua Roma gran variedad de -- asambleas populares; el mismo pueblo podía discutir y votar reunido en comitia curiata (criterio, la pertenencia a cierta gens), en comitia centuriata (criterio: la fortuna) y en comitia-tributa (criterio: el domicilio). Cada una de estas clases de comicios tenía diferente competencia. Sin embargo, salvo la elección de los cónsules, los asuntos atribuidos a los comitia centuriata eran de tan poca importancia que los ciudadanos, no queriendo perder el tiempo, a menudo no asistían ya a ellos y para que los negocios de estos comitia curiata (aprobación de testamentos, de adopciones, etc.) pudieran llevarse al cabo se nombraron finalmente, para representar a los curias, treinta funcionarios permanentes, los lictores.

Además de estas tres asambleas populares, los plebeyos (¡a menudo muy ricos!) tenían sus propios consilia plebis, competentes para nombrar a los altos funcionarios de la organización de la plebe (tribunos de la plebe, aediles de la -- plebe) y para tomar medidas generales (plebiscitos). Cuando en 287 a. C. (Lex Hortensia) los plebiscitos reciben fuerza de ley, también frente a los patricios, la importancia de estos comitia plebis crece. El desarrollo del derecho privado romano frecuentemente se debe a importantes plebiscitos, tales como la Lex Aquilia, la Lex Falcidia, etc.

Pese a la opinión de Polibio, ninguna de estas asambleas romanas corresponde a nuestros ideales democráticos. En la comitia centuriata, por ejemplo, las clases más ricas se distribuían entre muchas pequeñas centurias, en tanto que la -- gran masa se hallaba dividida entre pocas centurias muy am--

plias. Cuando las centurias de los ricos se ponían de acuerdo con ellas, ya no era necesario recurrir a las centurias del proletariado. Por otra parte, dentro de cada clase se les concedía igual número de centurias a los menores de 45 años como a los mayores de 45 años, con lo que aumentó el carácter "gerontocrático", y por ende conservador, de estas asambleas populares.

En los comitia tributa, para mencionar otro ejemplo, la ciudad de Roma, con su gran masa proletaria, estaba distribuida entre 4 tribus, mientras que el campo romano, con los ricos terratenientes, tuvo (desde 241 a. C.) 31 tribus a su disposición.

Otra restricción al carácter democrático de las asambleas populares fue la de que no podían reunirse por propia iniciativa, sino sólo cuando fueran convocadas por algún alto magistrado.

A medida que progresa la integración entre patricios y plebeyos, éstos entran en los comicios y en el Senado. Paralelamente conservan, sin embargo, sus propios funcionarios, o sea los aediles y los tribunos de la plebe, estos últimos con su peligroso derecho de veto respecto de cualquier decisión de la Roma patricia.

Con la desaparición de la oposición entre patricios y plebeyos, los tribunos de la plebe pierden paulatinamente su carácter antipatricio y se convierten en un grupo de magistrados con funciones de control sobre los demás, simple eslabón en la cadena de funciones anuales que debe recorrer el joven político romano. El requisito de pertenecer a una familia plebeya se salva ahora por la simple formalidad de que un político romano. El requisito de pertenecer a una familia plebeya se salva ahora por la simple formalidad de que un político patricio se haga adoptar por una familia plebeya. En algunas ocasiones el tribunado sirvió como instrumento para que los jóvenes aristócratas de ideas inconformistas se impusieran a la política romana (recuérdese el ejemplo de los Gracos).

Los cónsules, por exceso de trabajo delegaron sucesivamente ciertas funciones en otros altos magistrados, tales como los pretores, quienes se encargan de la jurisdicción desde 443 a. C.; los censores, competentes para el censo de cada cinco años (con fines religiosos y fiscales) y para el nombramiento (en principio vitalicio) de los senadores, o su expulsión mediante una "nota de censura"; los aediles curules que tienen a su cargo, desde 367 a. C., el orden de las calles y de los mercados, además de ciertos asuntos religiosos;

y, por último, los quaestores, que se ocupan de las finanzas del estado y de la instrucción de los procesos penales. Todos estos magistrados fueron nombrados por los comicios, pero de todos ellos, sólo los cónsules gozaban de un poder ilimitado (imperium), a condición de estar de acuerdo entre ellos (si no, interviene una intercessio). Los pretores tenían un poder ilimitado dentro del campo de sus actividades (jurisdicción), pero estaban subordinados a la eventual intervención de los cónsules; los censores y quaestores, por su parte, estaban más subordinados aún a la vigilancia por el consulado.

En tiempos de crisis, el senado estuvo facultado para incrementar temporalmente el poder de los cónsules en perjuicio de los demás órganos del estado (senatus consultum ultimum -- comparable a nuestra suspensión de garantías). En caso de agravarse la crisis, cualquiera de los cónsules podía nombrar a un dictador, en quien se encontrara todo el poder del estado por un máximo de seis meses. El dictador nombraba libremente a su principal asistente, el magister equitum.

Fuera de tales situaciones excepcionales, el centro del poder político romano era el Senado, que se había convertido por la hábil política seleccionadora de los censores, en un almacén vivo de experiencia política y militar, el digno punto final de una buena carrera pública. No era un órgano democrático, más bien fue el baluarte de unas cien familias que formaban la aristocracia romana, pues sólo los miembros de familias ricas podían permitirse una carrera política (las elevadas funciones no eran remuneradas). El senado había de justificar los proyectos de las nuevas leyes, dirigir la política interior y militar, y vigilar las finanzas públicas. Sus "consejos paternos" (senatusconsulta) fueron, de hecho, obediencia como si fueran leyes.

Sin embargo, a pesar de esta preponderancia del Senado - la antigua constitución republicana fue un admirable sistema de "checks and balances", no precisamente basado en la decisión de los tres poderes, como tantas constituciones modernas sino en rasgos tales como los siguientes:

a) Los nombramientos de los principales funcionarios -- ejecutivos dependían de los comicios; su encargo sólo duraba un año. No hubo posibilidad de reelección inmediata.

b) En materia legislativa, los supremos funcionarios necesitaban del consentimiento de los comicios (sólo facultados para aprobar o rechazar, no para modificar), y del senado.

c) El senado no podía expedir por propia iniciativa un senado-consulta respecto de la política de los funcionarios,

sino sólo en caso de que un alto funcionario pidiera su opinión.

d) Los comicios no podían reunirse sino por convocatoria, formulada por los cónsules.

e) Cada cónsul tenía intercessio respecto de las decisiones del otro.

f) Cada decisión quedaba expuesta al posible "veto" de los tribunos de la plebe.

g) El pueblo intervenía en los nombramientos y expresiones de los senadores de modo indirecto, mediante la elección del censor.

El senado fue quien llevó a Roma hacia el poder. Con poder, empero, vino el lujo, la decadencia de las antiguas virtudes romanas, la oposición entre los muy ricos y la gran masa proletaria. Algunos inquietos elementos juveniles de la aristocracia comenzaron a luchar por la liberación de "los de abajo"; un partido "democrático" se oponía al senado y, de las perturbaciones políticas que se presentan desde los Gracos hasta Julio César, nace una nueva situación constitucional: el Imperio (27 a. C. -476 d. C. por lo que se refiere al occidente, y 27 a. C., 1453 d. C., para el oriente del Imperio).

Mencionaremos aún que el establecimiento de una cosa criminal especializada tras otra, desde una Lex Calpurnia 149 a. C., significaba el comienzo de un verdadero derecho romano penal, a fines de la República. Antes, en esta importante materia, el imperium del magistrado había reinado arbitrariamente, con fundamento en la Coercitio de los diversos funcionarios superiores, encontrándose el poder de cada magistrado mitigado por la facultad del condenado a recurrir a la asamblea popular. Pero desde que para varias ramas de la delincuencia existieran tribunales especiales, sujetos a reglas de procedimiento y otras, fijadas en la ley que les estableciera en leyes posteriores, el derecho penal romano pudo adquirir cierta firmeza¹⁰.

10 La obra panorámica que, aunque vieja, sigue dominando el campo es la de T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlín) - - (existe una traducción española), a cuyo lado debe mencionarse a Rein, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justice Leipzig*, 1814, reimpresso en 1962 (Aalen). Además -- existen numerosas modernas investigaciones monográficas, pero falta una compilación general de los resultados respectivos.

EL IMPERIO ROMANO

El Imperio se caracterizaba por la presencia de un gran poder unipersonal del emperador en el centro de la constitución del estado. El emperador primero estuvo contrabalanceado, hasta cierto grado, por el Senado (principado o diarquía, 27 a. C., a 284 d. C.); luego el Imperio adquirió forma de un despotismo absoluto, a menudo de excelente calidad (Autocracia o Bajo Imperio, a veces también llamada la Monarquía o el Dominato).

Los primeros emperadores se presentaban, constitucionalmente visto, no como algo completamente nuevo, sino como una acumulación temporal, en una sola persona, de varias funciones tradicionales, republicanas. Por ejemplo, Augusto derivaba su gran poder del hecho de ser cónsul y luego, durante toda su vida, procónsul y tribuno de la plebe -función importante para él, a causa del derecho de veto-. También era senador, y, en vez de restringir la influencia del senado, restaura el prestigio de este cuerpo, tan sacudido durante las guerras civiles anteriores, al mismo tiempo, empero, procura ser el presidente del senado. Cuando los emperadores posteriores se arrogan, además, la función del censor, seleccionando y eliminando a los senadores de acuerdo con su arbitrio, el senado se convierte en un apéndice del palacio imperial. Sin embargo, los emperadores aprovecharon esta facultad de seleccionar a los senadores de un modo excelente, nombraban cada vez más no romanos y convertían así el senado en un consejo supranacional que representara todo aquel commonwealth mediterráneo que estaba sustituyendo a Roma. ¡La historia daba la razón a Julio César!

Así, la política de los emperadores del primer siglo -- del Imperio produce la gradual transición de la República hacia un nuevo sistema, más autocrático y especialmente los -- primeros de ellos insisten en asegurar al público que sólo están "restaurando la República", sin ambiciones de iniciar una fase completamente nueva en la historia constitucional de Roma...

En esta época, las leyes que emanan del senado (senado consultos) suelen aprobarse allí a petición del emperador (omitio principis).

Frente a esta legislación imperial-senatorial se retiraron los comicios; a partir de Nerva (96-98) ya no se ocupan en los asuntos legislativos, y desde Trajano (98-117) ya no se reúnen. Sin embargo, después de la desaparición de las leges rogatae y de los plebiscitos, no sólo los senadoconsultos llenan este vacío: a su lado se observa la creciente

corriente de las constituciones. Analicemos ahora, con más detalle, este concepto.

Como la antigua Roma carecía de una constitución escrita, no se pudo determinar con claridad cuáles fueron los órganos del estado con derecho para legislar. Así sucedía que ciertos datos de poder fáctico tenían, de hecho, una mayor importancia constitucional de lo que sucede en la actualidad. A medida que el poder del emperador crecía, en comparación con el del senado y el de los comicios, fue natural que el emperador comenzara a legislar, sin preocuparse demasiado acerca de la opinión de la asamblea popular (comicios) o de la asamblea aristocrática (senado). De esta manera pronto surge dentro del panorama general del derecho romano imperial una nueva fuente de derecho: las llamadas constituciones, o sean normas expedidas autónomamente por el emperador. Estas normas se manifiestan en diversas formas: los decretos son sentencias que emanan del tribunal imperial, y son importantes como antecedentes para casos futuros; los edictos son medidas expedidas por el emperador en calidad de alto magistrado (los altos magistrados tenían el derecho de expedir, dentro del campo de sus actividades y durante el año de su función, ciertas medidas generales y como el emperador había acumulado en su persona varias altas magistraturas republicanas, recibía también este derecho de expedir edictos, con la particularidad de que estos edictos imperiales ya no perdían su vigor después de un año, ¡ni siquiera con la muerte del emperador en cuestión!); los mandata son instrucciones que enviaba el emperador a sus funcionarios personales, incrustados en la administración pública; fueron una importante fuente de derecho administrativo; además, mediante las subscriptiones (contestaciones al pie de la solicitud) o los rescripta o epistolae (es decir, contestaciones en una hoja aparte) el emperador contestaba a las dudas que tuviera el público, lo cual le permitía hasta cierto grado influir en el desarrollo jurídico. Estos decretos, edictos, mandata, subscriptiones y rescripta forman, en conjunto, el concepto de constituciones, esencialmente distinto de nuestro concepto moderno de "constituciones" (con el primero designamos las normas que emanan del emperador; con el segundo la estructura jurídico-política fundamental de un estado).

Durante la diarquía, la administración financiera del Imperio estaba repartida; hubo un erario, administrado por el senado, y un fisco, administrado por el emperador, los dos con fuentes de ingresos separados. También la administración de las provincias estaba distribuida entre estos dos centros del poder: las provincias pacíficas fueron administradas por el senado, las inquietas, por el emperador.

En lo tocante a los altos magistrados se necesitaba, ya desde Julio César, la iniciativa del emperador para su nombramiento, de manera que, cuando ya no se reúnen los comicios y los nombramientos son hechos directamente por el emperador, suprimiéndose la elección de los altos funcionarios por el pueblo, la situación no cambia mucho. Paralelamente a la existencia de estos altos magistrados, el emperador se circunda de consejeros, el consistorium de los amici caesaris, que poco a poco se convierten en una especie de consejo de ministros, cúspide de una nueva jerarquía de funcionarios imperiales, no seleccionados por los comicios, pero con funciones que, a menudo, son paralelas a las de los magistrados tradicionales. En esta delicada convivencia entre los antiguos funcionarios, herencia de la República, y los nuevos puestos imperiales, en parte duplicaciones de aquellos, el equilibrio se desplaza paulatinamente hacia la jerarquía dependiente del emperador; poco a poco, los magistrados tradicionales ven reducidas sus funciones a meros cargos municipales de la ciudad de Roma. Esa ciudad, pronto acompañada de un capital oriental (Constantinopla), pierde cada vez más su importancia original. Inclusive, durante el Bajo Imperio, se traspassa el papel de capital occidental a Ravena o a Milán.

Un defecto de la constitución imperial fue la incertidumbre respecto de la sucesión al trono. Generalmente, cada emperador trataba de designar a su sucesor dentro de su propia familia, pero otros factores -sobre todo la voluntad de la milicia- intervinieron con frecuencia.

Así, durante este Principado se eliminaron paulatinamente los comicios y las magistraturas republicanas, mientras que el Senado se vio reducido, cada vez más, a una asamblea honorífica de "yes-men", simplificándose de esta manera considerablemente la vida constitucional del Imperio. Durante mucho tiempo se conservaron aún las apariencias de la antigua democracia, pero cuando Diocleciano, desde 284, comienza a reconstruir el Imperio, después de la turbulenta fase que había comenzado con la muerte de Alejandro Severo (235), ya no ve la necesidad de conservar tales contradicciones entre la realidad y la fachada formal-jurídica. La constitución autocrática que este Emperador impone al Imperio podría resumirse de la manera siguiente: en el centro se encuentra el emperador con su gabinete de hombres de confianza, nombrados y destituidos por él. Entre ellos se destacan el magister officiorum (ministro de gobernación), el quaestor sacri palatii (ministro de la legislación imperial), el comes sacrarum largitionum (ministro de hacienda), etc. El emperador se encarga de la dirección del ejército a través de generales (magistri militum) y de la administra--

ción general del Imperio a través de los jefes de los cuatro prefecturas, subdivididas en 14 diócesis y 117 provincias.

A pesar de varios gobernantes geniales entre los emperadores del Bajo Imperio (o sea la fase posterior a 283 d.C.), no se logró detener la progresiva decadencia económica, acompañada de un descenso de la población que ya había inquietado a las autoridades desde fines de la República, y de una creciente presión sobre las fronteras.

Diocleciano trató de remediar el gran defecto de la constitución imperial, o sea la inseguridad respecto de la sucesión al trono: dividió la administración del Imperio entre una burocracia occidental y otra oriental, nombrando para el occidente a un coemperador (un augusto) y estableciendo el sistema de que cada augusto debía nombrar siempre, durante su vida, a un César, quien administrará parte del territorio que le correspondía al augusto en cuestión, y llegará a ser su sucesor. Así, dos augustos y dos Césares dirigen el destino de la región mediterránea (la tetrarquía). Durante las luchas de la próxima generación, todo el poder llega a reunirse, una vez más entre las manos de un sólo emperador, Constantino, pero la idea de que sería mejor dividir el Imperio en una porción oriental y en otra occidental, subsiste, y desde 395 d. C., esta escisión administrativa, legislativa, fiscal y militar, es definitiva; a ello se debe que, cuando cae el Imperio de Occidente, el de Oriente (cuya capital es Constantinopla) subsista casi mil años más. La costosa tentativa de Justiniano de remover de nuevo todo el Mediterráneo bajo una sola corona, la oriental, no tuvo efectos duraderos.

Si la división, ideada por Diocleciano, se realizó al fin no puede decirse lo mismo de su esquema para la sucesión. En los próximos siglos, hasta la caída de Constantinopla, se observa que la sucesión al trono imperial dependía, algunas veces de la designación hecha por el emperador anterior, otra de las intrigas de palacio y, a menudo, de cierta presión ejercida por parte del ejército.

Una vez que el cristianismo se había convertido en religión, no sólo tolerada (desde Constantino), sino inclusive oficial (desde 381-391 d. C.), no tardaba en resurgir la antigua costumbre de que el emperador debía ser consagrado mediante una ceremonia religiosa, eco de aquella liga entre poder y religión que se observa ya desde el neolítico.

A partir de Diocleciano aparece la tendencia hacia el socialismo de estado, que se manifiesta en las diversas tentativas de poner orden en la enferma economía del Bajo Imperio.

rio y de remediar la lenta y constante depresión que caracteriza esta fase de la historia del Mediterráneo. Diocleciano, en 301 establece los precios-tope de numerosos artículos y reglamenta los salarios. No obstante las graves sanciones -- (inclusive pena capital) a las infracciones contra estos precios y tarifas, la palabra del emperador fue ineficaz contra las leyes de la economía, y este ambicioso edicto pronto cayó en desuso. Por otra parte, se inició la organización de la industria por gremios, no organismos democráticos formados desde abajo, sino tentáculos del estado, impuestos desde arriba. La ociosidad se tuvo prohibida: todo desocupado debía ofrecerse para trabajos en las obras públicas (¡letra muerta!); los hijos debían aprender el oficio de los padres; las tierras abandonadas se atribuyeron, por la fuerza, a los vecinos más próximos y se les impuso la obligación de trabajarlas debidamente (sistema conocido como *pèraequatio* o *epíbole*; una expropiación al revés), el mismo estado se lanzaba a determinadas actividades económicas de índole comercial, industrial, minera, y otras semejantes. Este ambiente intervencionista y socialista ha dejado claras huellas en el derecho postclásico, que contrasta a menudo con el espíritu liberal-individualista del derecho clásico. Durante el Bajo Imperio, el emperador, con los ministros que elige y destituye a su antojo, decide sobre el destino del estado; su poder ya no está limitado por el senado o por los comicios. Si en esta fase encontramos datos sobre los "senados", se trata de simples consejos municipales de ciudades tales como Roma o Bizancio.

LAS FASES DEL DESARROLLO DEL DERECHO PRIVADO ROMANO

En cuanto al desarrollo del derecho privado romano, suele distinguirse entre la primera vida del derecho romano, y la segunda vida del derecho romano.

La primera comprende el período que va desde las Doce Tablas (más o menos 450 a. C.) hasta la gran compilación justiniana, o sea la triada de *Instituta-Digesto-Codex*, elaborada de 529 a 534, con las añadiduras posteriores que el mismo Justiniano agregó a su compilación (las *Novellae*). Después de un oscuro intervalo, durante el cual se mezclaron -- los derechos germánicos con el derecho romano vulgar, en tanto que la parte más importante de la compilación justiniana, o sea el *Digesto*, quedó en el olvido, se inicia, a fines del siglo XI, la segunda vida del derecho romano, que dura hasta la gran oleada de codificaciones modernas, entre 1800 y 1900.

Dentro de la primera vida del derecho romano pueden establecerse las siguientes fases:

1. El derecho romano arcaico (Las Doce Tablas, su interpretatio, algunas leges rogatae y unos plebiscitos) de mediados del siglo V hasta el comienzo del siglo II a. C.

2. El derecho romano helenizado republicano, que surge cuando el derecho romano, primitivo y campesino, entra en contacto con la filosofía griega, durante los dos últimos siglos precristianos.

3. El derecho romano clásico imperial, de la época de Augusto (comienzo de la era cristiana) hasta 235 d. C. (muerte de Alejandro Severo, el último emperador que logra mantener cierto orden y con cuyo asesinato se inicia aquel turbulento y caótico intervalo de los decenios centrales del siglo III, dominado por la indisciplinada milicia, intervalo que separa la fase clásica de la postclásica).

4. El derecho romano postclásico, hasta el régimen de Justiniano.

5. El derecho justiniano, elaborado durante el régimen de Justiniano (527-565).

El carácter del derecho romano, en su primera vida, es distinto en cada una de sus fases.

EL DERECHO ROMANO ARCAICO

Existen fragmentos de una compilación de leges regiae (leyes de tiempos de los reyes), hecha por Sextus Papirius (Ius papirianum). Por lo que de ellos puede deducirse, se trata de normas de índole religiosa, es decir, de un derecho sacerdotal respecto de lo que ha de ser fas (lícito) o nefas (circundado de tabúes).

En la antigua Roma primero se manifiesta la formación consciente de un derecho laico con una obra inscrita en diez Tablas (451 a. C.), luego aumentadas a doce Tablas (449 a. C.), y expuestas en el Foro, donde probablemente se quemaron durante la invasión de los galos en 387 a. C. Aunque no se colocaron de nuevo en el Foro, su contenido se enseñó en las escuelas (el *carmen necessarium*) hasta tiempos de Cicerón, y todavía en el siglo II d. C., los juristas las estudiaban y comentaban, cuando, en realidad, ya se trataba de una anti-gualla (recuérdese el tradicionalismo romano, tan parecido a lo que se observa al respecto en Inglaterra).

Estas Doce Tablas se crearon como una plataforma común en las controversias entre patricios y plebeyos; con frecuen

cia introducen también algunas innovaciones, quizá inspiradas por los derechos de algunas de las ciudades griegas del sur de Italia (la leyenda acerca de una embajada que Roma hubiera enviado a Atenas, seguramente no corresponde a la realidad histórica). El texto original, grabado en tablas exhibidas en el Foro, se ha perdido, como ya dijimos sin embargo, encontramos múltiples fragmentos de esta legislación "decemviral" (es decir; elaborada por la comisión de diez ciudadanos) en la literatura producida por historiadores, juristas, antiguos filósofos, autores teatrales, etc. Como resultado de un trabajo de detective, basado en esos fragmentos, sobre todo durante el siglo pasado, se ha logrado reconstruir gran parte del texto de estas Doce Tablas.

A esta fase inicial también se debe una cierta cantidad de leges-rogatae (leyes pedidas por los cónsules a los comicios, con autorización del senado) y de plebiscitos (normas expedidas por las asambleas de la plebe, con fuerza de ley también para los patricios desde la Ley Hortensia de 286 a. C.).

Es también importante en esta fase la interpretatio (término que comprende la raíz prest que encontramos en priest o en prêtre) que hicieron de las Doce Tablas los sacerdotes, primeros juristas de Roma, llenando sus huecos por analogía, extendiendo el significado de los términos más allá de la intención de los originales decemviri o inclusive utilizando los términos en contra de la evidente intención de los creadores de esta primitiva codificación, a fin de modernizar el derecho sin tocar las palabras de la ley. Durante los primeros siglos, empero, y siempre bajo la presión de los plebeyos, disminuye este monopolio en el campo del derecho por parte de los sacerdotes. En 304 a. C., el plebeyo Gnaeo Flavio, secretario del progresista y ciego sacerdote patricio Apio Claudio, recibe de su patrón acceso a las fórmulas procesales que utilizan los jurista-sacerdotes con el fin de aconsejar a los particulares, que le permite sacarlos a la luz pública (es el "Prometeo del derecho", transmisor del Ius Flavianum). En 254 a. C., el primer sacerdote plebeyo, Tiberio Coruncanio, da explicaciones públicas sobre la ciencia sacerdotal del derecho, y cuando en 204 a. C., Sexto Aelio Paeto publica en tres volúmenes el Ius Aelianum, panorama del derecho privado ("el primer Planiol), en un libro llamado el Tripertitum, el derecho romano se ha vuelto totalmente laico, precisamente a tiempo para combinar el interés popular por el derecho con el nuevo ínteres por la cultura griega.

EL DERECHO ROMANO HELENIZADO REPUBLICANO

De esta feliz unión entre, por una parte el derecho campesino, ya no muy primitivo, todavía en pleno desarrollo por lo mismo, flexible, y por otra parte la filosofía griega que aporta su amor por las clasificaciones, las distinciones y la técnica para la discusión, nace al fin el famoso derecho romano clásico.

Parece que, desde los últimos siglos republicanos, el derecho se había convertido en el deporte intelectual favorito a las clases superiores romanas, un "gentleman's hobby". El entusiasmo con que los griegos discuten acerca de temas metafísicos, en sus ratos de ocio, encuentra un paralelo en la general y animada discusión de los jurisconsultos romanos sobre todo los sonados casos jurídicos del momento. Estos jurisconsultos no son abogados: no acompañan a sus clientes a los tribunales para aconsejarlos (tales profesionales también existían: eran los advocati o los causidici; no obstante, el jurisconsulto, intelectual y artista del derecho, se hubiera indignado de ser confundido con alguno de tales artesanos del procedimiento, o con tales oradores). No, la verdadera labor del jurisconsulto consistía en dictaminar, redactar contratos para evitar profilácticamente, pleitos futuros; escribir obras de derecho, enseñar esta materia a la generación joven. Tal vez pisará el suelo de las oficinas jurídicas para asesorar a los magistrados -eso sí-, pero no se rebajaría fácilmente a algo en particular.

La fase helenizada del derecho romano, durante los mismos siglos de la época republicana, produjo una amplia racha de leges rogatae y plebiscitos. También a ésta época se debieron los primeros senadoconsultos con fuerza de ley. Originalmente, el Senado sólo expidió buenos consejos para los magistrados, pero desde el principio del siglo II antes de Cristo se nota que, en tiempos de crisis, el senado comienza a expedir normas generales, sin recurrir a otros órganos del estado.

Durante esta época, empero, empieza a desarrollarse la fuente más importante del derecho romano; la iurisprudentia. No se trata de una "jurisprudencia" en el sentido moderno mexicano (tesis de los tribunales), ni tampoco de "jurisprudencia" en el sentido moderno anglosajón (mezcla de una introducción general al derecho con la filosofía del derecho), sino de una serie de opiniones de jurisconsultos importantes sobre cuestiones jurídicas. Muchas veces, tales opiniones tenían como punto de partida algún caso real que les hubiera sido sometido, pero también, con fines didácticos o como simple juego del espíritu, los jurisconsultos solían ilustrar

sus ideas jurídicas a través de casos surgidos de su fantasía. En general, durante los últimos siglos de la época republicana esta jurisprudencia seguía teniendo la forma de discusiones orales, de las que encontramos, a veces, algunos ecos en la literatura posterior (v. gr. las referencias de Cicerón a la tan discutida causa curiana, de 92 a. C.). Sin embargo, a esta fase ya pertenecen unos pocos libros, cuyos fragmentos de Pompeyo y de Julio César, de codificar el derecho romano, que hubieran perjudicado al desarrollo de la jurisprudencia, no prosperaron.

Además de estos albores de la jurisprudencia, desde el último siglo republicano tuvo especial importancia el desarrollo del *ius honorarium*. A causa de la desmembración de las funciones del consulado, a partir de 367 a. C., el pretor había llegado a ocuparse en la administración de la justicia. Además se creó en 242 a. C., una pretura especial para los pleitos entre extranjeros, pretura confiada a los pretores peregrinos.

Los pretores no eran jueces en el sentido moderno, sino que el camino que había de llevar hacia el juez pasaba por ellos: estos magistrados, sin investigar los hechos, juzgaban si los argumentos presentados por las partes tenían relevancia jurídica y, en caso de tenerla, transmitían el pleito a algún juez o tribunal colegiado, para la investigación de los hechos y para que se dictara sentencia. Anualmente se nombraban nuevos pretores y al iniciar el ejercicio de su función solían anunciar su futura política respecto de la admisión de ciertos argumentos por parte de actores o demandados (los "edictos anuales").

Cuando decayó el sistema de las *leges actiones*, excesivamente formalista, la discrecionalidad de los pretores ganó trascendencia, de manera que estos edictos anuales llegaron a ser una importante fuente del derecho romano. Es verdad que tenían una vigencia limitada a un solo año, pero, con la frecuencia las disposiciones de un edicto se trasladaron al edicto del próximo año, hasta que Adriano ordenó a Salvio Juliano que elaborara un edicto definitivo, el Edicto Perpetuo, que en seguida veremos.

Antes de esta consolidación del derecho honorario pudo observarse un interesante dualismo entre el *ius honorarium* y el *ius civile*, al crear sanciones que a veces faltaban en la norma original, en otros el *ius honorarium* se ocupaba de situaciones no previstas por el *ius civile*; sin embargo, no en raras ocasiones, ¡el *ius honorarium* iba en contra del *ius civile*! Esto acontecía cuando el pretor opinaba que ciertas so-

luciones tradicionales, incorporadas al *ius civile*, eran incompatibles con el sentido de equidad de su propia época. A menudo surgió de este modo una oposición entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, comparable a la que encontramos en el derecho anglosajón entre el *common law* y el *equity*, o la existente en el derecho mexicano, entre algunas leyes ordinarias y su interpretación por la justicia federal, en la vida del amparo.

EL DERECHO ROMANO CLASICO IMPERIAL

La época clásica se caracteriza por el florecimiento de la literatura jurídica, una vigésima parte de la cual sobrevive en el Digesto de Justiniano.

Desde Augusto observamos la costumbre de los emperadores, de otorgar a ciertos jurisconsultos el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, o sea el derecho de formular dictámenes, apoyados en la autoridad moral del emperador. Son controvertidos los detalles concretos del desarrollo de este privilegio; sin embargo, es evidente que las autoridades judiciales trataron con gran respeto los dictámenes de tales juristas oficiales.

Otro hecho importante, en relación con la *iurisprudencia*, es que desde el comienzo de la fase clásica, o sea desde la época de Augusto, hasta mediados del siglo II d. C., la discusión jurídica se repartía entre dos escuelas, la de los *proculeyanos* y la de los *sabinianos*. El fundador de la Escuela *Proculeyana* fue *Labeón*, culto aristócrata romano, adverso a la política de Augusto; ese jurista se había retirado de la vida pública, dedicándose a sus estudios y a la enseñanza. Su adversario desde el punto de vista político y teórico-jurídico, fue *Capitón*, alto funcionario del emperador Augusto; de los libros de este autor se han conservado menos fragmentos que de los de *Labeón*. Por las discusiones entre los discípulos de estos dos jurisconsultos el pueblo notó que la original oposición entre ambos tendría cierta permanencia, de manera que surgieran las dos escuelas, que tomaron sus nombres de los mejores discípulos de sus fundadores, o sea de *Próculo*, discípulo de *Labeón*, y de *Sabino*, discípulo de *Capitón*. Si *Labeón* fue probablemente mejor jurista que *Capitón*, en la siguiente generación esta relación se invierte: *Próculo* queda en la sombra de *Sabino*, cuya obra *Tres Libros de Derecho Civil* seguía siendo materia de amplios comentarios hasta fines de la época clásica. No es posible señalar una diferencia básica de espíritu, entre las dos escuelas.

A mediados del siglo II d. C., la oposición entre ambas empieza a declinar, posiblemente gracias a la gran figura de Salvio Juliano, mano derecha del emperador Adriano. Es probable que las siguientes generaciones, de juristas se consideraran más bien discípulos de Salvio Juliano que proculeyanos o sabinianos.

Uno de los últimos autores que aún se considera como --sectario de una de estas escuelas (en este caso la sabiniana), aunque hace ciertas concesiones a la escuela contraria, es el enigmático: Gayo, probablemente un autor modesto, poco conocido en su época, quien trabajó quizás en una escuela de derecho de alguna región oriental del Imperio, donde posiblemente no había penetrado tan inmediatamente la influencia de Salvio Juliano. Gayo, aunque de ningún modo puede ser considerado como uno de los grandes clásicos, obtuvo, después de su muerte, una importancia que nunca hubiera soñado durante su vida. Por su agradable tono sencillo, sus buenos ejemplos y su adversión a toda sofisticación, su libro de texto conocido como Instituciones de Gayo, ejemplo de "inspirada vulgarización", escrito aproximadamente en 160 d. C., era justamente el libro de enseñanza que se necesitaba en la época --postclásica, cuando el nivel de la cultura jurídica había dejado demasiado como para poder aprovechar aún las obras más refinadas de Celso, Slavio Juliano, Papiniano, etc. Gracias a la multitud de copias que se hicieron de estas Instituciones, sobrevive una casi completa (el manuscrito de Verona, del siglo IV o V d. C., descubierto en 1816, en un palimpsesto por el historiador Niebuhr) y algunos fragmentos, además de los dos vulgarizaciones (el Epítome de Gayo, parte --del Breviario de Alarico, y el Gayo de Autún), de manera que Gayo figura como el autor de la única obra de la época clásica que casi en su totalidad ha llegado a nuestras manos.

Otro autor de nivel secundario, de tiempos de Gayo, fue Pomponio. Sin embargo, tiene especial importancia para nosotros por los datos que compiló sobre la historia del derecho romano, datos que se encuentran en la actualidad al comienzo del Digesto de Justiniano.

A partir de la segunda mitad del siglo II d. C., después de haberse extinguido la polémica entre proculeyanos y sabinianos, aparecen los principales clásicos: Scaévol, su alumno Papiniano ("el príncipe de los jurisconsultos") y los dos asistentes de éste, Paulo y Ulpiano, quienes recogen la cosecha de la época clásica en sus enormes comentarios a la obra de Sabino y al Edicto Perpetuo. Entre ellos, Paulo es ligeramente más original y dogmático, en tanto que Ulpiano es de más fácil lectura.

Así apareció, desde la época de Augusto hasta la de Alejandro Severo, o sea durante dos siglos y medio una brillante serie de autores "clásicos". Famosos proculeyanos fueron, además de Labeón y Próculo, los dos Nervas -padre e hijo-, Pégaso, Neracio y Celso; entre los grandes sabinianos encontramos (además de Capitón y Sabino, desde luego) a Cassio Longino y Javoleno, también Salvio Juliano puede considerarse como perteneciente a esta escuela, aunque ya con una actitud muy crítica respecto de diversos dogmas sabinianos. A mediados del segundo siglo, cuando la oposición entre las dos escuelas ha desaparecido, florecen Sexto Cecilio Africano, Pomponio, Gayo y el gran Scáevola. La escuela clásica termina con Papiniano, alumno de Scáevola, y con sus asistentes Ulpiano y Paulo, a cuyo lado debe mencionarse Modestino.

Las obras clásicas suelen tomar la forma de colecciones de casos concretos (Quaestiones, Responsa, etc.), monografías, libros de texto (Instituta), y amplísimos comentarios al Edicto Perpetuo (o sea al ius honorarium), y a la mencionada obra de Sabino (o sea al ius civile). Militares de fragmentos de estas obras sobreviven en el Digesto de Justiniano, al que contribuye Paulo con una sexta parte de las citas y Ulpiano con una tercera, de manera que estos dos asistentes de Papiciano (que nunca se refieren el uno al otro) han proporcionado la mitad del material que encontramos en el Digesto de Justiniano.

Al mismo tiempo, varios de estos grandes autores clásicos fueron altos funcionarios imperiales. Es conocida la brillante carrera de Salvio Juliano al servicio de Adriano. Otro ejemplo es el de Papiniano, mano derecha de Septimio Severo (a quien acompañó en su viaje a Inglaterra) y de Caracalla; o bien el de Ulpiano, alto funcionario bajo Alejandro Severo.

Sin embargo, desde comienzos del tercer siglo fue arriesgado vivir tan cerca de la corte imperial. Papiniano fue condenado a muerte por Caracalla, en 212 d. C., probablemente en relación con su crítica al asesinato de Geta, hermano del emperador (asesinato ordenado por el mismo Caracalla). Y Ulpiano fue asesinado en 228 d. C., en presencia del asustado emperador Alejandro Severo, a causa de su oposición a las exageradas peticiones de la milicia.

Así como Roma misma perdía importancia y prestigio dentro del conjunto del Imperio, los grandes juristas de la fama clásica no fueron de ninguna manera todos "romanos" en el sentido estricto; ¡ni siquiera italianos! Salvio Juliano procedía de Africa; Gayo, probablemente, de la parte oriental del Imperio; Papiniano era, casi con seguridad, siriano; Ul-

piano indudablemente venía de Tiro.

Enigmático, a primera vista, es el repentino colapso de la tradición clásica alrededor de 235 d. C., ¿Se debió únicamente al desorden político-militar de aquella fase? Si es así, ¿por que no resurgió la escuela clásica cuando había pasado la gran tormenta, unos 50 años después? Es probable que esta decadencia no sólo se debía a factores externos: como tantos otros fenómenos culturales y sociales, la escuela clásica primero había comenzado de un gran florecimiento; luego sus fuerzas iban agotándose, y a causa de factores internos, le llegaba ahora su fin. El hecho de que la originalidad del pensamiento decaiga hasta fines del siglo II d. C., y de que los últimos grandes clásicos recojan la tradición, sistematizando las creaciones de sus predecesores, más bien que añadir nuevas creaciones, apunta hacia la probabilidad de que también sin el desastre político del siglo III, la fase clásica hubiera terminado en los primeros decenios de aquel siglo, exactamente como se extinguiría más tarde la música barroca o la novela romántica.

El panorama de las fuentes del derecho se simplificó durante los primeros siglos del Imperio. Las *leges rogatae* y los plebiscitos disminuyen a partir del primer siglo. La *iurisprudencia* crece, en cambio y, a su lado, la corriente de las constituciones. Los *senado-consultos*, por el contrario, se convierten sólo en un medio más por el cual se manifiesta la voluntad del emperador (la proposición imperial, o sea la *oratio principis*, llega a ser la parte medular; su discusión y aprobación por los senadores no es mucho más que un adorno formal). Interesante es, además, lo que sucede con aquella importante fuente del derecho romano (del *ius honorarium*, en este caso) que fueron los edictos anuales. En los primeros decenios del siglo II d. C., el emperador Adriano ordenó a *Salvio Juliano* establecer, en sustitución de estos edictos anuales, un sólo edicto perpetuo, llamado el Edicto de Adriano o *Edictum Perpetuum*, que debía reunir los méritos de los edictos anuales de los últimos tiempos. *Salvio Juliano* hizo un trabajo ejemplar, añadiendo algunas innovaciones de su propia cosecha; fue confirmado por un *senadoconsulto*, alrededor de 135 d. C.

El Edicto Perpetuo no ha llegado hasta nosotros en su forma original, pero hay tantas referencias a esta obra en los fragmentos de la literatura clásica, compilados en el *Digesto* de Justiniano, que se ha logrado reconstruir su texto. Después de varias tentativas, a partir del Renacimiento, la reconstrucción definitiva se debe a *Otto Lenel* (1883, Ed. *Perpetuum*; 3a. ed. 1927).

De este modo, el *ius honorarium* se incorporó en la corriente del *ius civile*, (ya que el Edicto Perpetuo tomó la forma de un senadoconsulto, elemento propio del *ius civile*). Este Edicto debe su existencia al hecho de que el creciente poder del emperador no pudo tolerar a su lado una rama de derecho tan autónoma como el *ius honorarium*, de manera que, a través de este Edicto, puso todo el *ius honorarium* bajo su control. A mediados del siglo II d. C., ya no quedan más que dos importantes fuentes de derecho: la *iurisprudencia* y la constituciones y alrededor de 235 d. C., cuando también actuaba la corriente de los grandes *jurisconsultos*, las fuentes de derecho se reducen a una sola: la voluntad imperial, manifestada en las constituciones.

El derecho clásico no se aplicó en la provincia del mismo modo que en Italia; allá se hacían muchas concesiones al derecho local, inclusive al consuetudinario. El libro de Mitteis Reichsrecht und Volksrecht, es la gran obra que primero llamó la atención sobre esta circunstancia. En el proceso de Cristo, con su pretendido dualismo entre la intervención del Sanedrín y la de Poncio Pilato, encontramos quizás un ejemplo de esta convivencia entre dos sistemas jurídicos (aunque es posible que sólo se trata de una condena romana por sublevación, y que la versión que encontramos en la Biblia sea el resultado de modificaciones, aportadas por manos posteriores, pro-romanas y anti-judías). La papirología egipcia muestra también una interesante mezcla entre principios romanos y griegos (véase Taubenschlag, *The Law of Greco-roman Egypt in the Light of the Papyri*, 1944). La concesión de la ciudadanía romana a casi todos los habitantes libres del Imperio mediterráneo, por Caracalla, en 212 (*Constitutio Antoniniana*), no eliminó la multiplicidad entre el derecho clásico oficial y los diversos sistemas provincial-romanos.

EL DERECHO ROMANO POSCLASICO

En la fase posclásica ya no hay *leges rogatae*: el poder central del emperador ya no permite una labor independiente por parte de los comicios. Tampoco existen los plebiscitos, o los senadoconsultos. El *ius honorarium* ha quedado absorbido en el *ius civile*, gracias a aquel senadoconsulto que confirmó el *Edictum Perpetuum*, de manera que el creciente poder imperial también ha acabado con esta fuente autónoma del derecho. Tampoco encontramos ya una "*iurisprudencia*" en el sentido explicado, ya que los no muy numerosos buenos juristas de la época posclásica trabajaban ahora en la cancillería imperial, y aunque seguían innovando el derecho mediante la legislación autónoma imperial y mediante sus contestaciones ofi-

ciales a las dudas formuladas por parte del público, esta labor se había vuelto anónima, y el producto de su pensamiento llevaba el nombre del emperador en turno. Así, la única fuente del derecho romano que seguía adaptando el derecho a las exigencias de la nueva época eran las constitutiones imperiales. En ellas se reflejan los cuatro grandes cambios de la vida jurídica que se presentaron en la época posclásica:

a) La cristianización del derecho que se manifiesta, sobre todo, en materias tales como el matrimonio, el divorcio, las donaciones, la creciente ocupación del derecho imperial con la organización eclesiástica, las frecuentes referencias a funcionarios de la Iglesia en relación con los temas procesales, con la ejecución de testamentos, etc., el desarrollo de piadosas fundaciones, y algunos temas de derecho penal.

A menudo, empero, no sabemos si es correcto atribuir -- ciertos desarrollos postclásicos al cristianismo o a la humana filosofía pagana. Así, la tendencia hacia una mayor "benignitas", "humanitas", etc. (palabras muy en boga en las constitutiones postclásicas) ya había estado en marcha durante la fase pre-cristiana (como típico ejemplo podemos mencionar la legislación protectora de los esclavos, desde el comienzo del Imperio); corresponde más bien a la ideología estoica, con su idea de fraternidad entre todos los seres humanos. En cuanto a la posición de la mujer, tan emancipada en las primeras generaciones del Imperio, el primitivo cristianismo parece haber sido más bien perjudicial ("Mulier taceat in Ecclesiis").

Es curioso que, pese a su deuda moral con la clase de los esclavos, el cristianismo no haya impulsado el Imperio hacia la abolición de la esclavitud.

b) La socialización del derecho (recuérdese que Diocleciano implantó un socialismo de estado).

c) La helenización del derecho: Constantinopla, la segunda capital, y la única capital imperial que queda después de la caída del Imperio de Occidente, era una ciudad netamente helenística, oriental, de manera que no es sorprendente que penetraran en el derecho romano, a través de este relato de legislación, muchas ideas no-romanas del Levante. Desde ahora el derecho romano también se puede llamar derecho romano-bizantino.

d) La vulgarización, o sea la degeneración del derecho clásico, que a menudo se manifiesta en cierta ineptitud de manejar correctamente el fino-instrumentario conceptual de los clásicos, con sus múltiples matices y microdistinciones.

A esta fase postclásica debemos vulgarizaciones de obras clásicas, tales como las Sentencias de Paulo (ni son "sentencias", ni tampoco son de Paulo) o las Reglas de Ulpiano (seguramente no se deben a Ulpiano mismo). Estas obras son típicos ejemplos de la pseudoepigrafía, tan frecuente en la antigüedad.

En tiempos de Teodosio II, al comienzo del siglo V. d. C., se trató de simplificar el panorama de las fuentes del derecho romano. La Ley de Citas, de 426 d. C., prohíbe elegir con los tribunales opiniones distintas de las que se encuentran en las obras de los cinco clásicos considerados en aquella época como los más eminentes: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino. En caso de empate entre las citas de esta "Jurado de difuntos", prevalecía la opinión de Papiniano. Si no se podía encontrar una opinión al respecto de las obras de Papiniano, el juez quedaba libre para dar un voto de calidad, en 438, Teodosio II expide el Codex Theodosianus compilación (con mala sistemática) de las constituciones imperiales que debían considerarse en vigor, y continuación -- oficial de dos obras privadas anteriores, que habían tenido mucho éxito, el Codex Gregorianus (constituciones de 193-302), y el Codex Hermogenianus (constituciones de 291-365).

A esta época postclásica se deben también las *leges romanae barbarorum*, compilaciones de derecho romano hechas por los reyes bárbaros, nuevos soberanos del territorio que antes pertenecía al Imperio Romano de Occidente, caído en 476. Estos reyes aplicaban el sistema de la personalidad del derecho o sea: "para los romanos, derecho romano, para los bárbaros, derecho bárbaro". Como sus tribunales tenían que aplicar derecho romano a las controversias entre los habitantes originales de sus territorios, había que saber qué era exactamente el derecho romano, y como les era difícil encontrar el camino en aquel laberinto de la *iurisprudencia* clásica y de las constituciones, ordenaron algunos reyes bárbaros hacer compilaciones (bastante vulgaristas) del derecho romano. Las más importantes son: la *Lex Romana Visigothorum*; la *Lex Burgundionum* de 516; y el Edicto del rey ostrogodo Teodorico, de 500 (que se aplicaba ya a romanos y a germanos, indistintamente, dentro del territorio italiano de este monarca). Una barbarización más del derecho romano se encuentra en el Libro Xirio-romano de Derecho, ampliamente utilizado en la parte oriental del Mediterráneo y de Africa (Abisinia), donde hasta hace pocos siglos tuvo todavía cierta importancia.

Otra obra interesante, perteneciente a esta fase, es la *Collatio*, hecha probablemente al comienzo del siglo IV d. C., quizá para defender el derecho judío contra los ataques por parte de los aficionados al derecho romano (existen otras

posibles explicaciones de la finalidad perseguida en esta obra).

Como importante fuente indirecta del conocimiento del derecho romano postclásico, debe mencionarse la Patrística (excluyendo algunas figuras más bien heréticas, pero que contribuyeron a la discusión cristiana-jurídica, por ejemplo, Tertuliano). Especialmente San Ambrosio y San Agustín son importantes al respecto. También en las Etimologías de San Isidoro de Sevilla (patrón de los juristas) encontramos interesantes datos acerca del derecho romano vulgar.

LA COMPILACION JUSTINIANEA

En 527, el Emperador Justiniano inicia su largo revuelo en Constantinopla. Este hombre, ambicioso, trabajador, excesivamente inteligente, quiso poner en orden en el panorama de las fuentes del derecho romano-bizantino, todavía algo es-tático a pesar de las medidas de Teodosio II (Ley de Citas Codex Theodosianus). Tuvo como colaborador a Triboniano un próspero abogado de Constantinopla, luego Praefectus Sacri Palatii, de buena formación académica y propietario de la famosa biblioteca, Justiniano ordenó primero una modernización del Codex Theodosianus; así surgió el Código de Justiniano, redactado entre 527 y 529 d. C. Inmediatamente después de promulgarse este Codex (529), Triboniano tuvo que resolver varios problemas que surgieron a raíz de esta obra mediante sus Cincuenta Decisiones (530-531), posteriormente incorporadas a las demás partes de la gran compilación justiniana. Animado por el buen resultado así obtenido, Justiniano ordenó luego algo más difícil: el seleccionar, dentro de la voluminosa literatura clásica, y sin limitarse a los automencionados en la Ley de Citas, los fragmentos más importantes, modernizándolas mediante interpretaciones, donde fuera necesario. Simultáneamente, Triboniano, entre tanto nombró ministro de legislación, o sea Quaestor Sacri Palatii, y algunos otros colaboradores, debían hacer una modernización de las Instituciones de Gayo. En 533, se promulgaron ambas obras de Digesto, que también se llama Pandectas, y las Instituciones de Justiniano, en 50, respectivamente 4 libros.

La celeridad de esta labor asombró durante muchos años a los historiadores del derecho, hasta que un minucioso análisis del orden en que se encuentran las diversas citas en los títulos del Digesto, realizado por Friedrich, Bluhme en 1820, demostró que éstas corresponden repetidamente a tres masas: la "masa de Sabino", la "masa edictal" y la "masa de Papiniano", lo que hizo probable que los compiladores se hayan repartido el trabajo cuando menos entre tres comisiones,

correlativas a dichas masas (sabemos ahora que estas tres masas corresponden también al reparto de las materias entre los tres años de la carrera jurídica, en las Facultades de Derecho de Berito y de Constantinopla).

Tampoco se excluye la posibilidad de que los compiladores hayan abreviado el trabajo, recurriendo a ciertas colecciones de citas, ya existentes, preparadas con fines didácticos. Como la literatura clásica consultada fue unas veinte veces más amplia que el Digesto mismo (que es un libro muy abultado), y como los compiladores no sólo seleccionaron las citas más importantes sino que, además, las arreglaron y modernizaron mediante interpolaciones, es difícil creer que hayan realizado todo este trabajo, recurriendo siempre a las fuentes mismas. Si consideramos que los años de la elaboración del Digesto coincidieron con graves crisis políticas, que en parte afectaron a Triboniano personalmente (como la "revolución-Niké"), y que los compiladores hicieron en tres años su trabajo que Justiniano había proyectado para dos lustros, llegamos a la conclusión de que la existencia de cortapisas como tales "predigestos" (teoría de Peters) no es inverosímil.

Como entre tanto habían surgido contradicciones entre el Código de Justiniano y el Digesto, en 534 d. C. fue necesario hacer una nueva edición de este Código, única edición que sobrevive en la actualidad. Después de esta versión definitiva del Codex, Justiniano siguió expidiendo nuevas normas durante los 31 años que le quedaban, algunas de cuyas innovaciones (Novellae, o sea, literalmente "nuevas leyes" mejor, "enmiendas") son de eminente importancia, y han dejado huellas en los diversos derechos neo-romanistas. Tres colecciones de estas Novellae sobreviven en la actualidad, de las cuales la más completa cuenta con 168 Novellae (que son, por lo tanto, constitutiones de Justiniano, posteriores al cierre de la segunda edición del Codex).

Los fragmentos de la literatura clásica que figuran en el Digesto (cada vez con indicación del autor y de la obra de éste, de donde procede el fragmento en cuestión) y las constitutiones imperiales que figuran en el Codex (cada vez con indicación del emperador en cuestión y del año de expedición) no siempre corresponden a su formulación original. Son frecuentes las modificaciones en cuanto a la forma. pero

también en cuanto al fondo de las citas (interpolaciones)¹¹; dado que, generalmente, los textos originales de la literatura clásica ya no están a nuestra disposición, especialmente en relación con el Digesto existe entre los especialistas -- una animada discusión con respecto al carácter auténtico o -- no de ciertas citas. Por el hecho de que el Codex Theodosianus se haya conservado casi totalmente, la localización de -- innovaciones justinianas en la constituciones recogidas en el Codex de Justiniano es más factible, aunque también allí existe materia de controversia.

No conviene calificar como excelente algo simplemente bueno, y a pesar de los exagerados elogios que uno lee a veces respecto de la compilación justiniana, debe reconocerse que este libro de derecho, en forma de mosaico de fragmentos contemporáneos o procedentes de siglos anteriores, -- es una obra con muchos defectos; la sistemática es mala, las interpolaciones no siempre son congruentes entre ellas, y -- varias contradicciones fueron trasladadas inadvertidamente, desde la literatura clásica, o surgieron como consecuencia de interpolaciones torpes o incompletas. Por otra parte, se ha alegado que tales defectos de la obra consiste precisamente su mérito para la educación del espíritu occidental; las contradicciones, venideras o aparentes, y la manifestación de ideologías procedentes de varias épocas del desarrollo romano-bizantino, posiblemente han sido un reto para el jurista occidental de los siglos siguientes, y el hecho de que el Corpus Iuris, libro de autoridad, contenga puntos de partida para las opiniones más heterogéneas, habrá estimulado el ingenio de los romanistas medievales y posteriores -- (del efecto de la Biblia, con todas sus contradicciones, sobre la intelectualidad occidental podría decirse lo mismo).

LA EVOLUCION DE DIVERSAS INSTITUCIONES ROMANAS IUSPRIVATISTAS.

Es evidente que durante este largo desarrollo del derecho romano, desde las Doce Tablas hasta Justiniano, cada -- institución ha pasado por varias fases. En el derecho de -- personas observamos primero una relación patriarcal entre -- amo y esclavo, que degenera a fines de la República, lo que da lugar a toda una legislación social en favor de los es--

¹¹ Los romanistas renacentistas, como Antonio Fabre, inician esta caza de interpolaciones. Después de unos siglos que tendieron, más bien, a ver el Corpus Iuris como obra monolítica, durante el siglo pasado se intensificó de nuevo la -- tendencia a distinguir en las citas del Digesto, entre el -- fondo clásico y las añadiduras postclásicas. Después de múltiples excesos al respecto, se ha entrado ahora en una fase más objetiva y calmada, que ha permitido recoger la cosecha de la investigación interpolacionista en el Codex Interpolationum.

clavos, desde Lex Petronia, 19 d. C. En la fase postclásica, la escasez de esclavos y el nuevo latifundismo producen la transición gradual de la esclavitud al colonato (surgiendo los semilibres siervos de la tierra, antecedente del feudalismo medieval). En relación con el derecho de familia vemos la paulatina decadencia del poder de los padres-familias sobre esposas e hijos. El matrimonio cum manu, según el cual la esposa queda bajo la potestad del marido (o la del padre del marido), perdiendo toda independencia patrimonial, retrocede a fines de la República ante el matrimonio sine manu -- conforme al cual la esposa queda bajo la potestad de su padre, o en su caso, sigue siendo independiente. El divorcio, primero en forma de repudio unilateral, se dificulta primero bajo Augusto y luego por el impacto del cristianismo. Por -- presión religiosa, más tarde gracias a cierta vigilancia por parte de los censores, y por último mediante claras medidas jurídicas, disminuye la patria potestad sobre los hijos.

Estos adquieren también una limitada personalidad patrimonial, desde Augusto (peculium castrense), luego ampliada -- por la creación del peculium quasi castrense y las bona adventicia de la fase postclásica. El hijo recibe, además, -- ciertos derechos frente al padre (educación, curación, etc.), y se crean remedios contra la no motivada resistencia de los padres a ciertos matrimonios. El parentesco se mueve de la -- patriarcal agnatio hacia la moderna cognatio. En el derecho sucesorio se suaviza el formalismo de los testamentos (del -- testamento-ley, hecho ante los comicios, se pasa, a través -- de un testamento-contrato o sea el testamento mancipatorio -- al testamento en forma de declaración unilateral, esencialmente revocable), limitándose el capricho de los testadores mediante la institución de la portio legitima inviolable a -- favor de ciertos parientes próximos. También se mejora la -- posición de la esposa en relación con la dote y respecto de -- sus derechos sucesorios. En materia de propiedad, todavía en tiempos prehistóricos la arcaica propiedad inmueble colectiva se individualiza. En tiempos clásicos surge luego la idea de que la propiedad debe utilizarse sin innecesarios perjuicios para terceros y atendiendo al interés público, hasta -- que aparece, en tiempos postclásicos, una verdadera "propiedad -- función social", inclusive con figuras tan "socialistas" como la ya mencionada peraequatio. Se desarrolla la -- prescripción adquisitiva desde la primitiva forma de usucapio, hasta la complicada praescriptio del derecho justinianeo. Teorías clásicas refinadas y contradictorias sobre la -- posesión dieron lugar, en el siglo pasado, a dos diferentes -- reconstrucciones de la posesión romana (la de Savigny y la de Thering), que siguen dominando el derecho neo-romanista. Del formalismo de los contratos arcaicos, ligados a la magia, se llega a los cuatro contratos reales, (prenda, depósito, como

dato y mutuo), y después a los cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad), para cuyo perfeccionamiento el simple consentimiento informal bastaba, y a la flexible figura de los contratos innominados; inclusive se asoma ya la idea de que los *pacta sunt servanda*. En tiempos clásicos, el subjetivismo creciente en materia obligación se lleva hacia un acertado análisis de elementos tales como el consentimiento y la causa.

Todos estos desarrollos -y podrán añadirse muchos más- son eslabones de una larga cadena que va del derecho campesino de la primitiva Roma hacia los modernos derechos neoromanistas.

EL DERECHO JUSTINIANO EN EL IMPERIO DE ORIENTE

Continuemos por un momento con el desarrollo del derecho privado justiniano en el Imperio de Oriente. Su impacto en la práctica jurídica bizantina no fue tan grande como el emperador había esperado; la obra era demasiado abultada, clasista y complicada para los juristas de aquel entonces¹².

Justiniano causó cierto daño a la ciencia jurídica con su primitiva idea (dos veces incorporada en su legislación, aunque no en forma idéntica y cada vez poliinterpretable) de prohibir los comentarios a su Digesto¹³. Parece que, afortunadamente, los juristas no tomaron al pie de la letra esta inculca prohibición (conocemos fragmentos de un comentario al Digesto, atribuido a Teófilo, de tiempos de Justiniano); además, de todos modos, las Instituciones y el Codex quedaban a la disposición para estudios críticos. Las próximas generaciones bizantinas producen grandes teóricos del derecho, tales como el Anónimo, o sea el Epinantophanes, culto analizador de las -a menudo sólo aparentes- contradicciones en el Corpus Juris.

Bajo el régimen de los Isaurios, la reacción de la práctica contra el nivel excesivamente difícil del Corpus Juris, lleva hacia una simplificación de esta obra, la Ecloge de 726 d. C., que influyó durante varios siglos en los nacien-

12 Cuando el Corpus Juris se toma, más tarde, como base del estudio jurídico medieval occidental, se mezcla su aplicación con elementos germánicos o canónicos, y con reinterpretaciones modernizantes; así pudo decir Ernst Levy, que la máxima obra legislativa de la historia, curiosamente, nunca fue aplicada en la práctica!

13 A menudo los grandes codificadores, en caso de carecer de visión histórica (visión que nos enseña siempre lo relativo de todas nuestras hazañas), quieren proteger su obra contra los intérpretes. Napoleón estaba considerado una medida semejante. Timeo peritos adnexa ferentes...

tes derechos de la Europa Oriental -inclusive de Rusia- y que también estuvo en vigor en Sicilia.

Una modernización y resistemización más práctica de la materia del Corpus Iuris, se efectuó bajo Basileus el Macedonio y su hijo León el Sabio. Después de un preludeo a tan magna obra (el Proxeiron, manual de derecho, de 879 y el Epanagoge o sea: La introducción) se publican en 60 libros las Basílicas). Consiste en una drástica reducción del derecho justiniano, en la que se acaba con la división en los cuatro elementos señalados (o sea: Instituciones, Digesto, Codex y Novellae, añadiéndose múltiples breves comentarios (Scholia, escolios) de autores post-justinianos, que a menudo habían tenido acceso a fuentes clásicas, actualmente perdidas.

Aún no fue suficiente esta abreviación, el encogimiento de esta obra de Justiniano lleva finalmente hacia el Hexabiblos ("Obra de seis tomos"); producto no oficial del juez Hormenópoulos (1345). Esta obra sobrevive a la ocupación turca (1453-1821) y fue una de las fuentes del derecho griego hasta que el excelente Código Civil griego, elaborado entre 1940 y 1946, vino a unificar esta rama del derecho

A) LA POLIS

1.- La polis, está levantada sobre la legitimidad de la esclavitud. Aristóteles justificó la esclavitud. El pensamiento político griego es un pensamiento de y para los amos, lo que a su vez da por resultado que no se pudiera contemplar al hombre, sino a los dominadores y que las ideas de democracia y de justicia carecieron de universalidad. El mismo Aristóteles¹⁴ confirma esta tesis de la Polis clasista, cuando dice en un párrafo del libro tercero de la política que "En efecto, la polis es cierta multitud de ciudadanos" concepto este al que dedica varias páginas, en todas las cuales yace la idea del hombre libre. Los historiadores soviéticos confirman la interpretación de que la característica sobresaliente de la polis era la de ser un estado esclavista, por que estado es toda organización de poder destinada por los poseedores de la tierra y de la riqueza, a la explotación de las clases desposeídas y a dominar sus intentos de rebeldía. U. S. Pokrovski¹⁵ explica que "la polis griega antigua tenía la misión de asegurar el dominio de los esclavistas sobre las inmensas masas de esclavos, quienes a los ojos de los hombres libres, no eran -

14 La política traducción de Antonio Gómez Robledo edición de la UNAM, 1961.

15 Historia de las Ideas Políticas, Editorial Grijalbo, S. A México, 1966, pág. 44

sino instrumentos animados".

2.- La obra aristotélica se inicia con las palabras siguientes:

Toda ciudad se presenta a nuestros ojos como una comunidad y toda comunidad se constituye en vista de algún bien. Si pues todas las comunidades humanas apuntan a algún bien, es manifiesto que al bien mayor entre todos habrá de estar enderezada la comunidad suprema entre todas y que comprenda a todas las demás. Ahora bien, esta es la comunidad política a la que llamamos ciudad.

Los griegos vieron en sus ciudades una comunidad de ciudadanos, y lo cierto es que en parte alguna de su literatura aparece la idea de la polis como un ente real o abstracto integrado por un pueblo, un territorio y un gobierno.

3.- En los renglones posteriores del libro primero, el fundador del Liceo se propone como tema el origen de la ciudad, una comunidad natural y necesaria, porque el hombre es por naturaleza un ser político.

La familia y su hogar o casa es "la comunidad establecida para la convivencia de todos los días". La familia no alcanza a cubrir las exigencias de los hombres, de ahí que "la comunidad primaria que resulta de muchas familias y cuyo fin es servir a la satisfacción de necesidades que no son meramente las de cada día, es la aldea, a la que con mucha razón se podría llamar si se atiende a su naturaleza, una colonia de la familia". La familia y la aldea son por naturaleza los dos primeros estados de la vida humana. "La comunidad última de muchas aldeas es la ciudad (la polis).

Jean Gaudemet¹⁶ expresa que a diferencia de Roma, la ciudad griega no está ligada a un territorio, si bien tenía éste su importancia y aun estaba garantizado por los tratados, la característica de la polis era la noción de autarquía.

Los griegos no polemizaron en torno al concepto de soberanía.

4.- Los escritores griegos hablaron del gobierno de la ciudad y mencionaron también el gobierno de la aldea, como el poder que ejercen los hombres sobre sí mismos, así el caso de la democracia o el que se practica por algunos o por uno sobre los demás ciudadanos, según ocurre en la aristo-

16 Institutions de l'Antiquité: Sirey, París, 1968 pág. 147.

cracia o en la monarquía, o para plantear el problema en fórmulas precisas:

Los griegos no se propusieron el problema de las formas de estado, sino la cuestión del poder político, por el cual, si quisiéramos colocarnos dentro de los términos del pensamiento de nuestros días diríamos que los atenienses vivieron la concepción realista del Estado.

En el coloquio célebre que tuvo lugar en Persia a la muerte de Cambises, según el relato de Herodoto,¹⁷ Otanes, Megabises y Darío expusieron sus opiniones acerca de a quien convendría confiar la administración de los asuntos de la ciudad. Otanes que habló primero, dijo que ningún hombre debería tener "autoridad monárquica sobre todos nosotros"; le siguió Megabises, quien pretendió que "se confiaran los negocios de la ciudad a una oligarquía", y finalmente Darío, cuya opinión prevaleció, sostuvo que "el sistema mejor era la monarquía. De estas frases de Herodoto se infiere que el tema del coloquio no fue el problema contemporáneo de las formas de estado, sino solamente la manera de administrar los asuntos de los persas.

En el libro tercero, párrafo cuarto de la Política, explicó Aristóteles que la diferencia en dos sistemas de gobierno radica en el hecho de que el poder puede ejercerse por una sola persona, por varias o por todo el pueblo, donde dedujo la existencia de tres formas justas de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia, que son aquellas en las que el poder se ejerce conforme a la justicia en beneficio de todos, y de otras 3 formas injustas, la tiranía, la oligarquía y la demagogia, antítesis de las primeras en el terreno de la justicia.

5.- José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, en su Estudio preliminar a su traducción de la República de Platón, en el párrafo dedicado al análisis del título de la obra, recuerdan que el nombre "con que se conoce este tratado no corresponde al original griego, que es politeia: la traducción exacta de este término sería régimen o gobierno de la polis". El libro platónico parte de la comunidad humana natural más amplia para indagar la organización que convendría darle, a fin de lograr que la justicia impere entre los hombres.

Platón vino al mundo en el año 427 a. C., dos años después de la muerte de Pericles, por lo que no conoció el gran resplandor de la democracia ateniense. Sin embargo, vivió en su juventud la era de los sofistas aquella constelación de ideas que lanzaba al espíritu a la búsqueda de un pensamiento infinito en el que cupieran todas las corrientes del pen-

samiento y se buscaran nuevas y gozó de la enseñanza de Sócrates y se despertó en su espíritu el amor al saber, y --- aprendió en la palabra del maestro, que únicamente la vida social dirigida a la práctica de esa que es la más alta de todas las virtudes, era digna de los hombres libres y el medio propicio para la cultura. A los veintiocho años de edad fue testigo del juicio y muerte del maestro, lo que le hizo cobrar una indudable aversión al gobierno del pueblo por el pueblo; amante empero de la libertad del ciudadano para la cultura, en espíritu rechazaba la dictadura y nada lo prueba mejor que los datos de sus viajes a Sicilia. La fuerza de la cultura de aquel tiempo, la convicción común a todos los griegos de que el hombre es el producto de su educación y las circunstancias políticas a que acabamos de referirnos determinaron en su espíritu una idea grandiosa, un ideal im- posible, han dicho sus biógrafos: el gobierno de la polis - mediante la educación de los hombres mejores por sus aptitudes y talento, esto es, de aquellos a quienes los dioses en- tregaron la flama de la Filosofía. En esa fragua se forjó - la República, la obra magna de la cultura helénica.

Para la República son tres las condiciones que deben -- reunir los gobernantes: ante todo, serán los hombres más ca- paces. El paso segundo es la educación. Finalmente, los go- bernantes conducirán un régimen de vida que les aparte de - todo lo que no sea el cumplimiento de su deber. La República perfeccionaba la idea: Atenas nació para la cultura y su go- bierno correspondería a los hombres de oro destinados por -- los dioses y educados por la polis para la cultura; ellos -- realizarían el destino inmortal.

El filósofo se convence de que la vida social tiene que descansar sobre las leyes que se den los hombres, lo que pa- rece constituir un anticipo a la idea del gobierno de las le- yes y a la doctrina de la soberanía del pueblo como titular - único de la facultad de legislar; o con otras palabras, Pla- tón habla de la comunidad humana como autora de las leyes -- que habrán de regirla, lo que a su vez implica que los llama- dos gobernantes no sean sino los guardianes encargados de la vigilancia de su cumplimiento.

Es necesario que los hombres se den leyes y que vivan -- conforme a ellas, o que de lo contrario, en nada se diferen- ciarán de los animales más feroces.

En un párrafo poco citado por las Leyes (libro III núms. 689e y 690), se hace la afirmación que no deja de ser sor- prendente, de que "es necesario de cierto que en la polis ha- ya quienes manden y quienes sean mandados".

6.- La polémica ciclópea entre Calicles y Sócrates, -- desenvuelta en el Gorgias, cierra el debate, porque en ella, lo diremos una vez más, no se trata de un análisis de la naturaleza del Estado, sino de la determinación de a quien corresponde el ejercicio del poder de conformidad con el derecho natural, si al hombre más fuerte, como lo afirmó el sofista, o a todos los atenienses, según brota de la exposición socrática.

Calicles aceptó que el más fuerte no es el poseedor de la fuerza meramente física, sino que, lo justo por naturaleza es de quien es más capaz y de mejor juicio gobierne a los menos aptos y tenga ventaja sobre ellos. Sócrates, que ya ha conseguido esta primera victoria, lanza una pregunta clave para la democracia:

¿No es cierto que la multitud es, por naturaleza, más poderosa que un solo hombre? Sin duda, ella impone las leyes las que son las de los más poderosos y por tanto, las de los más capaces. ¿No son pues las leyes de éstos, bellas por naturaleza, puesto que son ellos los más poderosos?

Recogemos las frases de Sócrates y las equiparamos al pensamiento Rousseauiano: El pueblo es el más capaz, por lo tanto, el más poderoso, de donde, y por naturaleza, le corresponde todo el poder, y todo lo que hace es bello por naturaleza. En consecuencia, es el titular único, originario y para siempre de la soberanía.

El coloquio arroja además una enseñanza poderosa y bella: el problema del poder consiste en la decisión sobre si alguien tiene derecho a gobernar a los hombres, pero ninguno de los interventores del diálogo imaginó siquiera una posibilidad de la existencia, de un ente que se interpusiera entre los ciudadanos y quienes ejercieran el poder, esto es, entre los ciudadanos y un rey, o para decirlo así según los griegos lo único real es una relación directa entre los miembros de la polis consigo mismos en la democracia o con los gobernantes en la aristocracia y en la monarquía.

B) LA CIVITAS

En la misma forma que las polis griegas, Roma descansó sobre la esclavitud. Pero la vida política de la capa social superior de los ciudadanos revela la misma característica de Atenas. Los romanos se sentían y sabían miembros de una comunidad de hombres libres que vivían dentro de un orden asegurado por un gobierno cuyos caracteres variaron con los años.

1.- Jorge Jellinek¹⁸, no obstante explicar que la historia de la terminología de una ciencia está unida íntimamente a la historia misma de la ciencia, de tal manera que hay una correlación entre las palabras y el sentido, más aún, la palabra ha señalado frecuentemente el camino a la ciencia de cada pueblo o de cada época, se empeñó en la extensión del término estado a la polis y a la civitas:

Los griegos nombraron al estado polis, término idéntico a ciudad, una de las razones fundamentales por la cual su ciencia del estado tuvo que construirse sobre la base del estado-ciudad, y nunca pudo atreverse a concebir el estado-territorial. Al hablar de esos estados, se les describe únicamente como el conjunto de habitantes. Pero la denominación que expresara la relación con el territorio nunca pudo alcanzar un significado importante. La comunidad de ciudadanos es idéntica al estado... la terminología política de los romanos muestra el mismo tipo: El estado es la civitas, la comunidad de todos los ciudadanos, o la res pública, la cosa común al pueblo como comunidad.

La angustia que se observa en los párrafos transcritos es un efecto consecuente de la tendencia a aplicar una categoría política, que nació con el término Estado a una circunstancia histórica y a una concepción política. El pesnamiento griego y romano no imaginó la existencia de un ente real o ficticio, uno de cuyos elementos fuera el territorio, el que de verdad no es sino la tierra sobre la que se eleva la casa, la aldea y la ciudad, esto es, la porción de tierra que hace sedentaria la vida de la comunidad; así ocurrió con los aztecas cuando llegaron al Valle de México, sedentariedad que no implica la formación de un ente señor de tierras y de hombres.

Ulrich von Lübtow¹⁹ uno de los más destacados romanistas dedicado especialmente al estudio del Derecho público describió con una gran finura la manera de ser de la civitas:

Los romanos no conocieron el concepto frío y abstracto del estado como una personalidad jurídica invisible. En su tesoro lingüístico no se encuentra ninguna palabra que expresara ese concepto, y resulta falso traducir los términos status rei romanae o res publica, con la desnaturalizada palabra latina estado. Res pública significa lisa y llanamente el ser común y status rei publicae la condición ordenada sistemáticamente del ser común que le permite cumplir sus múltiples ta-

18 Allgemeine Staatslehre, tercera edición, reproducción fotomecánica, 1959, pág. 129

19 Das römische Volk, Vittorio Klosterman, Franckfurt am Main, 1955, pág. 469.

reas.

Nosotros empleamos la palabra estado como concepto jurídico, los romanos hablaban normalmente de populus. Pero el pueblo romano tampoco era una persona jurídica sino una comunidad. Al igual que la familia, el pueblo es un producto de la naturaleza que conduce para decirlo así, una existencia atemporal, que es independiente del cambio de sus miembros. Aenus recalcó que el pueblo romano, no obstante el continuo cambio de las generaciones, era un ser marcado con unos mismos caracteres individuales. Ahora bien, la circunstancia de que los romanos no consideraran al estado como una ciudad invisible más allá de sus miembros, no se motiva en la ausencia de un poder de abstracción, sino en una toma interna de conciencia. La vida política descansa en la acción conjunta de todos los ciudadanos.

En aquellos siglos se partió del pueblo como una comunidad humana natural y de su gobierno.

2.- El análisis de las obras de los grandes maestros - Polibio y Cicerón ayudará a justificar la idea que venimos defendiendo.

A. Polibio, de origen griego, vivió del año 205 al 125 a. C. y escribió una historia universal²⁰ que cuenta entre las obras maestras de la humanidad.

Nos indica que quienes escriben de política consideran tres especies de gobiernos: real, aristocrático y democrático. Después del estudio de cada uno de ellos, afirmó que la mejor forma de gobierno es la que se compone de los 3 "principios". En el mismo libro sexto, capítulo VI, está el párrafo famoso que contiene la descripción de la constitución romana:

El gobierno de la República Romana estaba refundido en tres cuerpos y en todos tres tan equilibrados y bien distribuidos los derechos, que nadie aunque sea romano, podrá decir con certeza si el gobierno es aristocrático, democrático o monárquico. Y con razón pues si atendemos a la potestad de los cónsules, se dirá que es absolutamente monárquico y real si a la autoridad del senado parecerá aristocrático y si al poder del pueblo, se juzgará que es popular.

La lectura de éste y otros muchos párrafos de la Historia universal ratifica la idea de que los romanos tuvieron únicamente a la vista la comunidad natural de los ciudadanos y a su gobierno, esto es, a la ordenación de la vida de

20 Historia General durante la República romana libro VI, cap. II

la comunidad llevada a cabo por la misma totalidad de los -- ciudadanos, por un rey o por una aristocracia ciudadana.

B.- Cicerón una de las más excelsas figuras de la cultura romana, amó entrañablemente a la justicia y al derecho, a la República y a la forma de gobierno que se impuso después de la expulsión de los reyes.

En el diálogo, la República, dio una de las más bellas cátedras de ciencia política que conocemos. Su punto de partida es la concepción aristotélica sobre el origen y la naturaleza de las sociedades humanas. En los Oficios,²¹ el orador partidario de la filosofía estoica incursiona por las -- distintas formas de las sociedades de los hombres: la primera es la familia, el semillero de las que la siguen, el segundo grado se forma con la tribu "pues el vínculo de la sangre es uno de los que más estrechan la unión y benevolencia de unos hombres con otros, a lo cual contribuye mucho tener en su familia los mismos monumentos, la misma religión y las mismas sepulturas". El tercer escalón es la CIUDAD, en la -- que los hombres tienen muchas cosas comunes, como las plazas, los templos, los paseos, los caminos, las leyes, las amistades y muchos negocios particulares; la cuarta unión es la sociedad humana, "aqueel inmenso anillo que envuelve a toda la humanidad" por último la sociedad universal abraza por igual a los hombres y a los dioses.

Al igual que todos los estoicos, el orador romano creía en la idea del Derecho Natural. En las leyes,²² a una pregunta del interlocutor Atico, sobre si va a buscar el conocimiento del derecho, no en el edicto del Pretor o en las Doce Tablas, sino en el corazón mismo de la filosofía, contesta - Marco:

"No investigamos ahora los medios de defendernos en derecho, ni las respuestas a las consultas que se nos propongan. Convengo en que es cosa muy importante este oficio que, desempeñado en otro tiempo por varones tan ilustres, lo es hoy por uno solo (Servius Sulpicius Rufus) con grandísima -- ciencia y autoridad. Pero nuestra discusión debe abarcar todo el derecho en su universalidad. De manera que ese derecho particular que llamamos civil, no es otra cosa que parte del todo, ocupando muy pequeño lugar en el de la naturaleza. Por que lo que necesitamos explicar es la naturaleza misma del derecho, y debemos ir a buscarla en la naturaleza del hombre".

Son muchos los párrafos del mismo libro primero de las leyes en los que se insiste en la idea del derecho natural: "Ninguna verdad es superior a ésta que nos dice que hemos nacido para la justicia y que el derecho no se funda en la opi

21 Libro I, cap. XVII

22 Libro I

nión, sino en la naturaleza".

El orador de las catilinarias proclamó la supremacía del derecho natural sobre el positivo, pues sería "grande absurdo considerar como justo todo lo que se encuentra regulado por las instituciones y las leyes de los pueblos, hasta por las leyes de los tiranos". De donde se deduce, y aquí encontramos otro pensamiento de los griegos, que el gobierno de la República corresponde a las leyes, estrictas o no, pero -- únicamente a aquellas que expresan la recta razón, de lo que a su vez se sigue que quien las ignora es injusto, ya que para participar en la asociación común nos ha hecho justos la naturaleza", una idea que se enlaza con las esencias del pensamiento socrático. De estas consideraciones fluye la extraordinaria y hermosa definición: la ley es la recta razón que manda o prohíbe; o para decirlo con una fórmula que nos ha sugerido la doctrina ciceroniana: la autoridad de los gobiernos se deduce de su subordinación al derecho, en tanto la -- autoridad del derecho no fluye de la voluntad de los gobiernos y a fin de colocarnos en el pensamiento democrático y en armonía con la doctrina rousseauiana de la Soberanía del -- pueblo, diremos que la autoridad de los gobiernos se funda en su sometimiento a la constitución dictado por el pueblo.

Todo lo expuesto nos permite penetrar en el concepto ciceroniano de pueblo, al que encontramos en el libro primero de la República obra anterior a las leyes, en una de las más finas definiciones de la Historia.

"Pueblo no es toda reunión de hombres congregados de -- cualquier manera, sino una sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común". Una definición que, de la misma manera que los escritos griegos, habla del pueblo como una comunidad humana y de sus leyes producto de la recta razón, la República no se limita a la relación entre pueblo y derecho porque no es un tratado de filosofía -- del derecho, sino uno de ciencia política, de ahí que en él abordara Cicerón el tema de la necesidad del gobierno: "Todo pueblo para no desaparecer, necesita ser gobernado con inteligencia y con autoridad" pero, en parte alguna de la República o de las Leyes se encuentra algo que pudiera presentarse como un ente real o ficticio equivalente a la idea contemporánea del estado.

En concordancia con la Historiografía griega, el senador romano se ocupa de las 3 formas de gobierno clásicas, el que se ejerce por uno solo, el que queda en manos de algunos hombres escogidos y el que se realiza por la comunidad misma. -- Considera después los inconvenientes de cada uno de ellos de los cuales el monarquismo es el más aborrecible porque de --

acuerdo con un párrafo del libro segundo de la República "Mu-
chas cosas faltan al pueblo bajo la autoridad real, y en pri-
mer lugar la libertad, que no consiste en tener un dueño bue-
no, sino en no tener ninguno". Y al final continuando la tra-
yectoria que marcó Polibio reproduce la idea del gobierno --
mixto, porque en él, cada uno de sus elementos se moderarán
y templarán recíprocamente.

C.- Desterrado Cicerón, algún tiempo, regresó a Roma y -
se unió al partido de Augusto en contra de Antonio, en esos
años pronunció los célebres discursos que se conocían con el
nombre de las catorce filípicas llamadas así por su compara-
ción con las que pronunció Demóstenes en contra del rey Fili-
po de Macedonia. La reconciliación de los cónsules provocó
entre otros crímenes la sentencia de muerte contra el tribu-
no. Con la victoria de Augusto sobre Antonio, la república
fue sustituida por el imperio.

De los años de la república puede decirse que la sobera-
nía, concebida como la potestad de organizar políticamente a
la comunidad pertenecía al pueblo. En cambio, en los años --
del imperio es posible declarar que la soberanía le fue usur-
pada total o parcialmente ya que si bien subsistieron las --
viejas instituciones la autoridad pasó al emperador. Este --
cambio, sin embargo, no determinó la transformación de las --
ideas que venimos considerando, esto es, persistieron los da-
tos reales, la idea de la civitas como una comunidad humana
natural y la necesidad de su gobierno, de un orden, que se--
gún expresa Cicerón, sería su constitución; de tal suerte --
que la transformación que se operó en el gobierno no trajo -
consigo la creencia en la formación de un estado como un en-
te nuevo, con una realidad propia, y del cual el emperador
fuera uno de sus órganos. Teodoro Mommsen²³ explicó que "de
las tres maneras como en general puede ser concebida la mo--
narquía o la concepción del monarca como el más alto repre-
sentante de la comunidad política soberana, la concepción --
del mismo como un dios terrestre y la idea del monarca como
señor y propietario de las personas y las cosas de sus súbd-
tos, la primera conviene mejor al principado de Augusto si
bien tampoco deja tener algo de monarca-dios y de monarca-se-
ñor".

Jean Gaudemet²⁴ piensa que los trabajos más recientes se
inclinan hacia la tesis de que si bien Augusto quiso presen-
tarse como el continuador de la tradición republicana de he-
cho caminó hacia una forma de poder absoluto.

23 Compendio del Derecho Público Romano. Editorial Impulso,
Buenos Aires 1942, pág. 165.

24 Obra citada Sirey, París, pág. 457.

2.- LA EDAD MEDIA

EL DERECHO MEDIEVAL

Durante la Edad Media, lo germánico se mezcló íntimamente con lo mediterráneo; de este modo se formó Europa. -- También en materia jurídica, se refleja esta circunstancia. Los derechos germánicos de Inglaterra, de Alemania y del -- norte de Francia, recibieron influencias latinas, en tanto que el derecho romano de España, de Italia y del sur de -- Francia, recibieron influencias latinas, en tanto que el derecho romano de España, de Italia y del sur de Francia recibieron infiltraciones germánicas. El derecho del oriente de Europa muestra un desarrollo similar, ya que allá la influencia de los vikingos (germanos) quedó combinada con un fondo de derecho bizantino. El derecho escandinavo conservó hasta mediados del siglo pasado su carácter germánico en forma -- bastante pura; de Suiza vale lo mismo, aunque en menor grado.

EL DERECHO ROMANO MEDIEVAL: GLOSADORES, ULTRAMONTANI Y POSTGLOSADORES

Los vaivenes del derecho romano en Europa medieval han sido estudiados por Savigny, en su famosa obra El Derecho Romano en la Edad Media. Durante los siglos oscuros que median entre la caída del Imperio Romano de Occidente y aquel pre-renacimiento que se inicia hacia el año 1000, el derecho romano no había quedado en un olvido total; durante este intervalo, el derecho romano vulgar, sobrevive en el Código de Teodosio, en el Breviario de Alarico, en la Lex Romana Burgundionum y en la Lex Romana Curiensis (Suiza, siglo VIII d. C.).

También en la forma justiniana se continúa la tradición romanista; siguen estudiándose y aplicándose las Instituciones de Justiniano, los primeros nueve libros del Codex y varios Novellae. La Glosa de Turín (del siglo VI d. C.), de las Instituciones, la Lex Romana Canonice Compta (del siglo IX, compilación de derecho romano para uso eclesiástico), la Suma Perusiana (del siglo X) y las Exceptiones Petri, muestran que en algunas partes se recordaba el derecho romano en la forma romano-bizantina que Justiniano le había dado; sin embargo, la parte más importante del Corpus Iuris, o sea, el Digesto, parece haber caído en el olvido, aunque quizás no en forma total; en la Expositio, de alrededor de

1070, comentario al *Liber Papiensis*²⁵ (una compilación de derecho longobardo), producto de la Universidad de Pavia, y en los *Capitularia francos*, se encuentran citas del *Digesto*.

Sin embargo, es hasta fines del siglo XI, cuando aquel pre-renacimiento, que se había iniciado hacia el año 1000, ya estuvo en marcha desde hace unas tres generaciones, que el estudio académico del derecho romano-bizantino recibió un gran impulso a raíz de que un filólogo de la Universidad de Bolonia llamó la atención de sus colegas juristas sobre un ejemplar del *Digesto* (en tres volúmenes) que había encontrado en Pisa. Este monje-filólogo, Irnerio (o Werner, o -- Guarnerio) se convirtió en uno de los grandes juristas de la época (probablemente estuvo con el Emperador en Worms, en 1122, para asistirlo en relación con el famoso *Concordato*); luego transmitió la antorcha a sus mejores alumnos, -- los cuatro grandes juristas de la próxima generación, o sea el estricto Búlgaro, el Martino, mucho más versátil en su interpretación del derecho justiniano, a Hugo y a Jacobo.

El *Corpus Iuris* es una obra asistemática; para comprender una cita, se requiere muchas veces de otra, que se encuentra varios libros más allá. Contiene, además, numerosas contradicciones, auténticas o aparentes. De esta manera, antes de poder comenzar a aplicar el derecho justiniano a la práctica fue necesario trabajar siglo y medio con el fin de encontrar el camino en esta selva de ejemplos, decisiones imperiales, refranes, consejos, etc.

Entre 1090 y 1230, los mencionados glosadores aclaran el *Corpus Iuris* y elaboran pequeños comentarios (glosas), con explicaciones etimológicas de ciertos términos, con indicaciones que permiten relacionar una cita con otra, o salvar con tradiciones y con ilustraciones de lugares difíciles del *Corpus Iuris*, a través de ejemplos. También escriben comentarios monográficos sobre ciertos títulos. En su "*Gran Glosa*", Acursio compiló lo que consideraba como la *co* *se* *cha* más importante de esta escuela.

Desde la publicación de la *Gran Glosa*, son pocos los juristas posteriores que han recurrido a las obras de los Glosadores; sin embargo, en los últimos tiempos hubo un cierto renacimiento del interés por esta escuela, y ahora, conociéndolos mejor, frecuentemente nos damos cuenta de que Acursio no había comprendido muy bien ciertas glosas de algunos de sus predecesores, o bien, que algunos luminosos descubrimientos de éstos se hayan escapado a su atención.

Después de la *Gran Glosa*, hubo un interesante interva-

25 No debe confundirse el *Liber Papiensis*, o sea el libro de Pavia de derecho longobardo, con el *Liber papianus*, nombre con el que se conoce la *Lex Romana Burgundionum*.

lo entre la Escuela de los Glosadores y la de los Postglosadores este interludio fue la Escuela de los ultramontani -- que tuvo origen, durante el siglo XIII, en la Universidad de Orléans con autores como Jacques Revigny (1220-1296) y Juan Faver. Estos autores, sobre los que llamó la atención el historiador jurista holandés Meyers, se empeñaron en aplicar a problemas de la práctica contemporánea los principios del derecho romano, redescubierto y analizado por los Glosadores. Esta actitud realista influyó en Cino, culto -- amigo de Dante y de Petrarca, catedrático de la Universidad de Bolonia, donde fue maestro de aquel Bartolo, que habría de convertirse en el autor culminante de la Escuela de los Postglosadores.

Los Postglosadores ofrecen, sobre todo, un aspecto -- creativo, en oposición a los Glosadores. Estos son como eruditos que sacan de poesías espontáneas ajenas, reglas de gramática y el sintaxis; en cambio, los Postglosadores son como auténticos poetas, que utilizan las reglas encontradas para realizar nuevas creaciones poéticas; es gracias a la labor de éstos, que el derecho romano, ya analizado por los Glosadores, pudo entrar en la práctica forense de la Edad Media. Sin embargo, para llegar a este resultado, los Postglosadores tuvieron que cometer algunos "fraudes" en su interpretación, y realizar compromisos entre la práctica tradicional medieval y el derecho justiniano, sacando del Corpus Iuris, a veces, lo que ni siquiera entre líneas pudiera leerse.

EL DERECHO CANONICO

Un segundo elemento importante del derecho medieval es el derecho canónico.

Desde los orígenes de la organización eclesiástica -- cristiana, había surgido una gran cantidad de "cánones", -- producto de concilios, sínodos, actividad papal, etc. Circulaban inclusive importantes falsificaciones (las "falsas Decretales", hechas alrededor de 850). Ya el Papa Gregorio I (590-604) y luego Gregorio VII (el Grande, 1074-1085) trataron de poner orden en el derecho canónico, pero las compilaciones que hallaron antes de Gratiano, a veces locales, como la "Hispana" 26 aproximadamente 635, a veces generales -- como los cánones Dionisio (496) los Statuta Ecclesiae Antiqua (506), la colección Dionisio Adriana (778), el Decretum de Burchardo, de Worms (aproximadamente 1010), o las recopilaciones de Ivo de Chartres (aproximadamente 1090; Tripartita, Decretum, Panormia), no lograron crear el mínimo de seguridad jurídica que la Iglesia necesitaba para su actividad jurídica, tal vez más importante.

26 Se conoce una nueva edición de esta obra, de 702, con añadiduras.

En la misma época en la que Irnerio enseñaba en Bolonia el derecho justiniano que había redescubierto, otro monje igualmente maestro en esta Escuela de Bolonia, decidió poner orden en el laberinto de normas elaboradas para el régimen interno de la Iglesia, y para aquellas materias externas en las que ésta se arrogaba jurisdicción. Así surgió, aproximadamente en 1120, o quizás alrededor de 1140, el *Decretum Gratiani*²⁷. En tiempos de Acursio, en 1234, el Papa Gregorio IX decidió completar esta colección de cánones (o sea "normas") mediante cinco libros de "Decretores". A lo anterior añadió Bonifacio VIII el famoso *Liber Sextus*, que comprende como último título (exactamente como en caso del Digesto), una interesante colección de *Regulae Iuris*, con principios generales de derecho²⁸. En 1317, el Papa Juan XXII añadió a estas colecciones de derecho canónico - las llamadas *Clementinas*²⁹ (con importantes normas procesales, a las que debemos nuestro actual juicio sumario), y por último, en 1500, junto con algunos cánones "extravagantes" ("vagando fuera de toda compilación") fueron publicadas todas estas colecciones, como una colección de conjunto (edición Chapuis). La edición más famosa de este "*Corpus Iuris Canonici*" es la "Romana", de 1582.

Este derecho canónico, desde luego, estaba íntimamente relacionado con el derecho romano. Se puede decir que los huecos en el panorama canónico se llenaban con el *Corpus Iuris* siempre que en la materia respectiva, éste no fuera contratado a la dogmática cristiana medieval y al espíritu general del derecho canónico.

EL DERECHO GERMANICO PRIMITIVO

Al lado del derecho romano medieval y del derecho canónico, encontramos los derechos germánicos.

27 En esta obra comienza la (relativa) independencia del derecho canónico respecto de la teología. El compilador fue Raimundo de Peñafort. Los canónigos medievales que se especializaban en el *Decretum Gratiani* eran los "Derrotistas"; los posteriores a 1234 son los "Decretalistas".

28 Para ilustrar el curioso simbolismo de los números en la Edad Media, mencionemos lo siguiente: hay 88 *regulae*; - este número se forma por la duplicación del 8, que indica el doble poder del Papa, o en su poder temporal y espiritual. Además, el número 8 en dos a la tercera potencia, de manera que combina una referencia a la doble naturaleza de Cristo (Dios y Hombre) con el número de la Trinidad.

29 Llamadas así por tratarse de una compilación de cánones procedentes -sobre todo- del Papa Clemente V.

En caso de crímenes, encontramos un derecho de venganza de clan a clan, siempre que la familia de la víctima no aceptara un Wergeld, una indemnización; como se consideraba, empero, que no era muy valiente aceptar tal solución³⁰, surgieron pactos entre diversas familias, en el sentido de que, para el futuro, aceptarían siempre el Wergeld (con el fin de "salvarse la cara" en cada caso concreto).

Los tribunales tenían la forma de jurados populares; - entre los medios de prueba los había tan primitivos como -- los cojuradores (personas que, sin conocer los hechos concretos, declaraban que estaban dispuestas a incurrir en las penas de un falso juramento, en caso de que el reo, su amigo, fuera culpable) y los "Juicios de Dios" (ordalias), que eran aplicados en forma de duelos judiciales, la prueba del fuego, la del agua, la del féretro, etc.³¹

Se distingue habitualmente entre los germanos occidentales (francos, alemanes, sajones, anglos, frisios, longobardos, bavieros), los orientales (godos, borgoñeses y vándalos) y los nortños (suecos, daneses, noruegos). El mundo germánico sugiere cierta unidad jurídica, por múltiples coincidencias parciales entre una rama germánica coincide con una segunda rama, para otros aspectos de la vida jurídica coincidirá también con una tercera³². Rasgos frecuentes - - eran los siguientes periódicamente los inmuebles de la Sippe fueron repartidos de nuevo, en materia de muebles, la posesión equivalía a título; a las sucesiones no se aplicaba el principio de la primogenitura; en varias ramas del primitivo derecho germánico las mujeres podían participar, incluso concurrentemente con los hombres, en la sucesión del padre; los contratos de préstamo se hacían con una hipoteca sobre el cuerpo del deudor (of. el nexum romano), y existía la esclavitud por deudas.

CODIFICACIONES DEL DERECHO GERMANICO PRIMITIVO

Las migraciones, a partir del siglo IV d. C., obligan al mundo germánico a organizarse mejor. Finalmente encontra

30 Se creía que el difunto no encontraría la paz, mientras que su muerte no estuviese vengada.

31 En 1215, la Iglesia se declaró adversaria de estas ordalias (Concilio Laterano).

32 Véase Scovazzi, M., p. 11 de la introducción al cuaderno Germanisches Recht, de la Bibliografía Gilissen, Bruselas.

mos a los ostrogodos en Italia³³ donde son conquistados por los longobardos en el siglo VI d. C.; los francos se establecen en el norte de Francia, y conquistan en 507 el sur de este país, en perjuicio de los visigodos. Los borgoñeses llegan a dominar en un amplio y próspero territorio alrededor del valle del Rona; los vándalos crean una civilización lujosa en el norte de Africa, y los sajones quedan en el norte de lo que actualmente es Alemania, desde donde una parte de ellos ocupa Inglaterra, junto con los anglos (para mencionar sólo algunos grupos germánicos principales).

Los visigodos llegan en 429 a España y son derrotados - 711, por los moros. La capital visigoda era Toledo, donde residía desde 589 una especie de parlamento, compuesto de sacerdotes y seculares, organismo que elegía al monarca y legislaba.

A estos visigodos debemos una interesante serie de leyes primero, aproximadamente en 475, codifican sus costumbres germánicas en el Codex Euricianus, del cual sólo sobrevive un fragmento. Luego, a causa del sistema de la "personalidad del derecho"³⁴ codifican el derecho romano que se usaría en los tribunales visigodos, en el ya mencionado brevario de Alarico (506), y por último (haciendo caso omiso de varias leyes de las que recibimos noticias indirectas) cristaliza, entre 543 y 694, el Fuero Juzgo, de derecho visigodo con infiltraciones romanas y cristianas, basado ya en el principio de la "territorialidad del derecho".

EL FEUDALISMO

Las grandes aventuras militares de la época franca, debilitan al pequeño campesino más que al gran señor, y preparaban así el camino para el feudalismo que caracteriza a la Alta Edad Media, época que sigue a la decadencia del imperio Carlomagno, basado en funcionarios revocables, se presentó este feudalismo como un sistema opuesto, descentrali-

33 Los nuevos gobernantes germánicos a menudo reclamaban de los terratenientes autóctonos la entrega de cierto porcentaje de sus tierras, para que allí se establecieran los germanos, sistema designado con el término eufemístico de "hospitalitas". Una ventaja de esta idea era, que así los germanos y los habitantes originales llegaban a vivir en íntimo contacto, lo cual podría fomentar la mezcla de las razas.

34 Las autoridades germánicas a menudo se vieron en la necesidad de compilar el derecho romano, aplicado en su territorio en virtud del sistema de la "personalidad del derecho": "derecho germánico para los germanos, y derecho romano para los habitantes originales de la tierra".

zado, de organizar la vida estatal. En el occidente de Europa, este régimen floreció durante los siglos IX, X y XI³⁵; luego su paulatina liquidación ocupó siglos.

Cinco factores dificultan la formulación de una definición nítida del feudalismo: (a) este muestra perfiles distintos en diversas regiones de Europa; (b) su carácter cambia en el transcurso de los siglos; (c) un elemento básico del feudalismo consiste en un ambiente de fidelidad entre señor y vasallo, difícil de expresar en concretos términos jurídicos; (d) el fanatismo político ha introducido en la discusión sobre el feudalismo, desde la Revolución Francesa, -- tantos matices emocionales, y el materialismo histórico ha -- simplificado, en el campo socialista, a tal punto la visión sobre el feudalismo, que resulta difícil reintroducir en esta materia el mínimo de higiene semántica que requiere la -- discusión académica. Además (e) la extensión del término a sociedades, distintas de la europeo-occidental y, por lo tanto, las referencias a un "feudalismo" en la historia islámica, la japonesa, la egipcia, etc., se obligan a cubrir con una sola palabra situaciones de espíritu demasiado heterogéneo lo cual, una vez más, perjudica al ambiente semántico de la discusión sobre el feudalismo.

Los famosos autores³⁶ sobre el feudalismo nos presentan la siguiente serie de rasgos típicos de este sistema de organizar la sociedad: una jerarquía con muy intensas ligas de dependencia hereditaria de hombre a hombre, cuya cúspide es ocupada por guerreros especializados, junto con un fraccionamiento extremo del derecho de propiedad, de cuyo fraccionamiento (por ejemplo: *dominium directum/dominium utile*) nace una jerarquía de diversos derechos inmuebles, con la particularidad de que esta segunda jerarquía corresponde en gran parte a la que hemos mencionado anteriormente (o sea, el lugar que corresponde a uno en la pirámide del poder depende en gran parte de la clase de derecho que uno tiene sobre ciertos inmuebles); además, esta pirámide del poder corresponde a un fraccionamiento del poder público, ejercido ahora por autoridades relativamente autónomas, y en gran parte en el interés privado de éstas, de manera que la sociedad feudal llegue a ser el polo contrario del estado centralizado, basado en la labor de funcionarios asalariados.

35. Muchos autores distinguen, en el desarrollo del feudalismo, entre la "fase franca" (siglos VIII y IX) y la "fase clásica" (siglos X, XI, XII y XIII).

36. Ganshof, F. L. y V. Caenegem, R. C., en *Qu'est-ce que la Féodalité?* 4a. ed., Bruselas, 1968, p. 11 y ss., y la introducción al cuaderno B/8 (*Les Institutions Féodo-Vassali-ques*) de la Bibliografía Gilissen, Bruselas, 1972.

Su esencia consistió en la permuta que hacían los vasallos libres, sacrificando parte de su independencia, a cambio de una seguridad vinculada a la tierra, perteneciente al señor feudal, sin que tal sacrificio de su independencia -- les rebajara al nivel de "siervos". Así, el señor feudal -- brindaba protección y ventajas materiales (disponibilidad de ciertas tierras) al vasallo, y éste le ofrecía obediencia, servicio militar y, a menudo, otros servicios más, como el de dar consejos y comunicar al señor todo lo que pudiera ser importante para él, constituirse en rehén si su señor fuera capturado, o bien aportar el dinero para liberarlo y contribuir a los gastos cuando se casara su hija o cuando su hijo fuese nombrado caballero; también era frecuente que quedara obligado a acompañar al señor en las Cruzadas, a formar parte del tribunal que el señor convocaba, a efectuar ciertas faenas (corveés), a hacer moler su trigo en los molinos del señor, a hacer exprimir las uvas en sus prensas, etc., pagando por esto ciertas "regalías" (estos últimos deberes del vasallo se llamaban banalidades).

También podía verse obligado a tallas y otras especie de impuestos periódicos, debía permitir que el señor tomara ciertos objetos de las herencias que se abrieran en la familia del vasallo, etc. Conocido es, también, el pintoresco ius primae noctis o derecho de pernada³⁷.

Como el contrato feudal se perfeccionaba siempre mediante juramento, el cristianismo llegó a ser un elemento esencial de este sistema, ya que la excomunión de algún poderoso lo privaría repentinamente de todos sus derechos feudales. Cabe notar que la Iglesia misma figura frecuentemente dentro de la red de relaciones feudales, a veces como señor feudal, a veces como vasallo.

Los orígenes del sistema son dispersos. Se puede apuntar hacia el comitatus, el círculo de amigos subordinados que acompañaban a los nobles germánicos, ligados a éstos por promesas de fidelidad (en la tradición franca, tal comitatus del rey se llamaba trustis, y sus miembros antrustiones, en tanto que el comitatus de otras personas importantes se componía de Vassi, raíz del término de "vasallo"). El colonato de la fase post-clásica de Imperio Romano también había preparado el camino para el feudalismo, habituando al público al espectáculo de la conversión de personas humildes en colonos de los latifundistas. Estos colonos renunciaban a la li-

³⁷ Este derecho de pernada (conocido en Francia como jus éunni en Inglaterra como right of marchette y en Italia como cazzagio) ¡le correspondía colectivamente al Monasterio de St. Thiodard respecto del pueblo de Mount Auriol!

bertad de cambiar su residencia, pero recibían, en cambio, terrenos que podían cultivar en forma hereditaria, mediante entrega de parte de la cosecha. Otra raíz puede haber sido la frecuente "commendatio" del mundo germánico de los siglos oscuros, acto por el cual una persona libre se colocaba bajo la protección de un poderoso, prometiéndole, en cambio, ciertos servicios. También el beneficium, una especie de usufructo, que los grandes terratenientes otorgaban a las personas libres, para que éstas cultivaran y mejoraran la tierra, con el deber de entregar parte de la cosecha o de rendir ciertos servicios, habrá contribuido el feudalismo.

Otro posible antecedente es la enfiteusis del derecho romano postclásico, con su división de la propiedad en un dominium directum o dominium eminens del dueño de la tierra -- (que gozaba de una actio reivindicatoria "directa") y el dominium utilis del enfiteuta (protegido mediante una actio reivindicatoria "utilis").

El feudalismo tomó formas distintas en varias partes -- del mundo occidental, y en varias etapas de su existencia.

La mejor cristalización jurídica del sistema feudal que se conoce, empero, es la obra de Oberto de Orto, de Milán, aproximadamente de 1158, relativa al derecho feudal longobardo. En 1233, el glosador Hugolino Presbítero revivió esta -- obra, que encontramos en esta forma corregida, en muchas ediciones del Corpus Iuris, como décimo volumen de las Novellæ.

Los efímeros estados, creados en el Medio Oriente como consecuencia de las Cruzadas, adoptaron un feudalismo que podemos estudiar en las Asisias de Jerusalén y en las Asisias de Antioquía³⁸; varios fueros medievales (como el Fuero de Tudela, 1112, para Aragón, y el Fuero de los Fijosdalgo, o de Nájera, de 1138, para Castilla) proporcionan una idea de la forma que tomó el feudalismo español³⁹ y los Weistümer y

38 También se conocen las Asisias de Rumania, de aproximadamente 1350, derecho feudal de un pequeño estado que nació como consecuencia del "Intervalo latino" en Bizancio, a raíz de la cuarta Cruzada (que fue aprovechada por Venecia para eliminar la competencia comercial bizantina).

39 Una interesante figura feudal española es la Behetria, según la cual grupos de hombres libres celebran un contrato feudal con algún señor poderoso, reservándose, a menudo, el derecho de cambiarlo "hasta siete veces al día", pero limitando a veces tal derecho de cambio por la restricción de -- que los señores debían escogerse sucesivamente dentro de la misma familia.

el Espejo de Sajonia transmiten las reglas feudales aplicadas en algunas partes de Alemania.

LA CONSTITUCION DEL IMPERIO GERMANICO MEDIEVAL

El derecho germánico de la Alta Edad Media nos lleva sobre todo al centro de Europa, aunque también en otras partes, como en Escandinavia, Inglaterra y Francia, continuaba desarrollándose.

En la historia jurídica de Europa Central, durante la Edad Media, se destaca en primer lugar la evolución del Imperio que pretende continuar la tradición del Imperio romano, y que se halla íntimamente ligado a la Iglesia católica, pero que desde Carlomagno se encuentra en manos de líderes germánicos: de ahí que su título llega a ser finalmente el "Imperio Sacro Romano de la Nación Germánica" ("das Heilige Römische Reich Deutscher Nation"). Brevitatis Causa lo llamaremos aquí: el "Reich"⁴⁰.

A esta organización pertenecieron también durante largos períodos, Italia y Burgundia, en tanto que Inglaterra y Francia supieron conservar su independencia. Hungría y, más tarde, España, realizaron a veces uniones personales con la Corona imperial. Polonia se encontró en una posición ambigua.

La idea original del Reich era la de un mundo cristiano gobernado conjuntamente por el Papa y los Emperadores (uno para el oriente de Europa, otro para el occidente). Pero esta idea implica inmediatamente un conflicto: ¿se trata de poderes coordinados ("Dios dio una espada al Papa y otra al Emperador") o subordinados? Y, en este último caso, ¿es el Papa superior al Emperador ("el Papa recibió ambas espadas, y delegó una al Emperador"), o al revés, (como alega Marsilio de Padua 41, aquel interesante autor, voltairiano "avant la lettre" de la tardía escolástica)?

El territorio del Reich de Carlomagno se subdivide (primero en Verdun, 848) entre los sucesores carolingios, pero

40 Este Reich terminó en 1806, a causa de la influencia de Napoleón; cuando el rey de Prusia obtiene el poder en la nueva Alemania unificada, surge el Segundo Reich (1871-1918); y Hitler creó su breve Tercer Reich (1932-1945).

41 1290-1343; su curiosa obra, "Defensor Pacis", de 1324, -- con teorías sorprendentemente modernas sobre la soberanía del pueblo, la supremacía del Estado sobre la Iglesia, y, dentro de ésta, supremacía del Concilio sobre el Papa, es uno de los libros clásicos de la literatura política.

el Reich mismo, como organismo, conserva cierta unidad (al estilo de lo que había sucedido en tiempos del Bajo Imperio, con los Imperios de Occidente y de Oriente), hasta que la dinastía carolingia se extinguió finalmente en todas sus ramas (s. X). Debido a que luego comenzaba a destacarse en el mundo germánico central la dinastía de los sajones, el Papa decidió en 962 conceder la dignidad imperial a ésta, que produjo a un visionario como Oto II que, alrededor de 890, trabajaba en una "renovatio Imperii Romanorum", intentando reconstruir fielmente el Imperio de Occidente, que había perecido en 476, con una capital del Reich que, de nuevo, debería ser Roma.

Después de la dinastía de los sajones sigue la de los francos salícos (1024-1125), y luego la importante dinastía de los Stauffer, con el carismático Federico Barbarroja (1152-1190)⁴² y el no menos importante Federico II (1210-1250), ambos empeñados en la sustitución del estado feudal por un estado moderno de funcionarios asalariados, nombrados y removidos por la Corona, en vez de señores feudales hereditarios, a cuyo respecto Federico II obtuvo un éxito llamativo en Sicilia, donde las Constituciones de Melfi, de 1231, marcan el abandono del feudalismo.

La Baja Edad Media comienza con el surgimiento de los Habsburgos, desde 1273. En el lugar del universalismo católico-imperial del período anterior, aparece ahora un imperio circundado por estados nacionales independientes, una Iglesia que ha empezado a perder poder (exilio del Papa en Aviñón), y unos emperadores que se oponen cada vez con menos éxito a las crecientes pretensiones centrífugas de los señores feudales.

Otra grave preocupación del emperador era la lucha contra la venganza privada, muy arraigada en la conciencia jurídica popular. Primero tímidamente (para ciertas ferias, días de fiestas, el recinto de las iglesias y el camino hacia éstas, y para ciertos grupos -como campesinos, clérigos, comerciantes, mujeres-, o del miércoles por la noche hasta el lunes por la mañana) el emperador, la Iglesia, o ciertas ciudades proclamaban la "Frieden", la paz, declarando que la infracción, esta medida no quedaría amparada por el concepto de la venganza legítima, sino que sería sancionada por la autoridad. Otras normas imponen ciertas formalidades para la

42 Bajo este Emperador se creó el Ducado de Austria, o sea el Ducado "del Oriente", a cuyo respecto observamos por primera vez con delimitación estrictamente territorial, no con base en alguna raza germánica determinada: la población del Reich ya está volviéndose más homogénea y la delimitación étnica entre los grupos germánicos está borrándose.

venganza privada, o requieren el recurso a instancias conciliatorias por vías a los actos violentos. Importantes medidas al respecto ha sido la Paz de Dios de 1040, proclamada por la Iglesia, con importantes limitaciones temporales, locales y en cuanto a las personas, impuestas a la venganza privada; la Paz Imperial de Maguncia, de 1235; ciertas disposiciones de la Bula de Oro (1356); la Paz de Eger (1389); y la Paz de - - Frankfurt (1442). Estas medidas, a veces bastante detalladas, forman una interesante cadena de antecedentes de los primeros códigos penales. No resultaban muy eficaces, empero, y debemos esperar hasta el Renacimiento para ver, finalmente, una "Paz Imperial" (la de Worms, (1495), más o menos observada en la práctica.

En cuanto a las relaciones del emperador con los señores feudales del Reich, Conrad II, en 1037, y Lotario III, en - - 1136, habían tenido que fortalecer la posición de éstos, concediéndoles el carácter hereditario de sus feudos, y en 1220 (Confoederatio cum principibus ecclesiasticis) y 1231 (Statutum in favorem principum) los emperadores incrementan la independencia de la nobleza alemana. En 1448 (Concordato de Vienna) el emperador se obliga, inclusive, a una política de no-intervención en relación con las luchas entre los múltiples príncipes que se reparten el territorio del Reich. Sin embargo, de todos quizás el más grave era el siempre latente conflicto con el Papa, como jefe del importante Estado de la - - Iglesia en el centro de Italia, a menudo vio con inquietud el intento del Reich de extenderse hacia los territorios al sur y al norte de su propio Estado.

Las relaciones con el Papa llevan hacia la "lucha por -- las investiduras", que por primera vez estalla claramente en el pintoresco conflicto entre Gregorio VII, el Grande (1073-1085) y Enrique IV (viaje a Canosa; nombramiento de contra-Papa imperial; expulsión de Gregorio VII de Roma) y encuentra un primer arreglo en un famoso compromiso: el Concordato de Worms, de 1122. El conflicto reaparece periódicamente, sin embargo.

En esta lucha, un medio extremo, a la disposición del papa, era la excomunión del emperador, que, por disolver los juramentos feudales en beneficio de él, tenía efectos fatales para su poder político. Otro medio extremo, esta vez a la disposición del emperador, era el ejercer presión sobre los cardenales para obtener el nombramiento de un "contra-papa", un papa particular del emperador... Además de tales medios, utilizados sólo en algunas situaciones excepcionales, ambas partes recorrían frecuentemente a actividades bélicas, desde luego.

En el siglo XIII, el papado se encuentra en la cúspide de su poder, pero pronto cae bajo la influencia de la corona de Francia y tiene que trasladar su domicilio a Aviñón (1309-1377), lo cual le hace perder mucho prestigio en el Reich; en 1338 los príncipes-electores deciden que para ser emperador la persona que ellos elijan ya no necesita la consagración papal. Al mismo tiempo en que el Reich empieza a darse cuenta de que debe renunciar a sus pretensiones de extenderse al sur de los Alpes, empieza a soltarse la conexión entre emperador y papa: la idea medieval original de un mundo cristiano bajo un poder dual, imperio y papado, se esfuma y el emperador llega a ser simplemente un jefe electivo de un Reich germánico federal. Para consolarse de esta capitis deminutio y de su relativa falta de poder eficaz fuera de su feudo, los Hazburgos se dedican cada vez más, durante la baja Edad Media, al fortalecimiento de su propia Austria (expansión hacia Moravia, Bohemia, Hungría, los Balcanes).

Con tantos problemas a la vez, el emperador finalmente fracasó en todos los frentes: el Reich pierde sus territorios en Italia; la colonización del mundo eslavo carece de firmeza; los señores feudales reducen al emperador a una figura más bien protocolaria (finalmente, los Habsburgos sólo son tomados en cuenta dentro de su propio feudo o sea Austria); y el papa obtiene llamativas victorias sobre el Reich. Luego, la Reforma aporta una escisión más en el Reich, ya tan debilitado, y la Paz de Westfalia (1648) nos lo presenta, por fin, como una estructura sumamente débil, compuesta de unas trescientas entidades soberanas, bajo la presidencia protocolaria del emperador; la renuncia de éste, siglo y medio después, en 1806, no cambió gran cosa.

En cuanto a la estructura constitucional del Reich medieval; se trataba de una monarquía electiva, en la que originalmente "la nobleza", posteriormente un grupo de élite dentro de ella, elige libremente al rey de Alemania, que, después, mediante consagración especial en Roma puede convertirse en emperador (sc. del mundo cristiano occidental). En teoría, cualquier ciudadano libre puede llegar al trono, y así lo confirma el Espejo de Sajonia. Sin embargo, en la práctica los electores preferían quedarse con su designación dentro de alguna familia que hubiese demostrado tener carisma, y que obviamente tuviera una buena relación de colaboración con los poderes sobresalientes. La idea era, no que el emperador tuviese al imperio en su poder, sino que el imperio se sirviera del emperador como instrumento y como eslabón con el "otro mundo"; mientras que una familia diera buen resultado, era mejor no cambiar. Además, el hecho de que muchos emperadores nombrasen, durante su vida, a sus hijos como co-regentes, constituía una proposición concreta a la que los electores no fácilmente podían sustraerse. Así, aunque -

los Staufer habían fracasado en su intento de hacer hereditaria la dignidad imperial, de hecho observamos que la corona quedaba durante muchas generaciones dentro de una misma familia (y, en la de los Habsburgos, inclusive, de 1273 hasta 1806 -con algunas interrupciones anteriormente a 1438, cuando la designación variaba todavía entre los Habsburgos, los Luxemburgos y los Wittelsbach).

Entre los nobles cristaliza paulatinamente una élite, - que se convierte en el grupo de los Grandes Electores (Kurfürsten). Primero, en una fase de transición, la elección no era válida sin la presencia de tales electores privilegiados; en el siglo XIII, estos electores se convierten en electores únicos, los Grandes Electores, los Kurfürsten (a cuyo respecto el principio de unanimidad cede, también en el siglo XIII, al de decisión por mayoría).

Además de ser elegidos, los nuevos reyes (todavía no "emperadores") tenían que ser ungidos y debían sentarse en el trono de Aquisgrán, lo cual significaba que con frecuencia, antes de poder iniciar su régimen, tenían que lanzar a sus enemigos de esta ciudad. A menudo, también fue necesario despojar a los adversarios de las diferentes insignias imperiales, tales como la lanza sagrada, la corona o la espada, que se conservaban en diversos lugares, antes de que la investidura fuera completa. Este inseguro y complicado sistema recibe una base más firme después de la muerte de Enrique VI, en 1197, cuando el papa tiene que intervenir, como árbitro, en una controversia entre tres candidatos, formulando una *De liberatio super tribus electis*, que se convierte en una base constitucional del Imperio germánico.

Sólo la coronación por el papa (o por cardenales, en representación papal; excepcionalmente por "el pueblo de Roma"; influencia de Marsilio de Padua; 1328), convierte al rey de Alemania en emperador; como vimos, desde 1338 los grandes electores reclaman el derecho de nombrar directamente al "emperador"; sin embargo, hasta 1452 sigue la costumbre de que el rey de Alemania haga su viaje a Roma para obtener después de una solemne misa de coronación, en el San Pedro, las insignias de la dignidad imperial y el título de "filius specialis" del papa.

El perfil jurídico del emperador llega a ser el siguiente 1) es jefe militar, y puede, por ende, reclamar de sus vasallos la colaboración para aquellas campañas, autorizadas por la Dieta que tengan por meta la de asegurar la paz imperial; 2) el emperador es titular de algunas facultades que la Iglesia se vio obligada a concederle, en el Concordato de Worms; 3) el emperador tiene la posesión fiduciaria de los dominios imperiales que, desde el principio, eran distintos de los de su patrimonio familiar; 4) ciertas "regalías" corresponden al emperador, tales como los ingresos de las con-

cesiones referentes a la minería y a la cacería; los derechos cobrados en relación con la organización de mercados; la acuñación de moneda; ciertos peajes; impuestos especiales a cargo de los judíos; y las herencias vacantes; 5) el Supremo Tribunal (un tribunal itinerante, en este caso) fue controlado por el emperador.

Además, en unión con el papa, pesaba sobre el emperador la responsabilidad por el mundo cristiano; en consecuencia, su rango era superior al de los reyes, una pretensión, desde luego, que los reyes no reconocían, alegando que "rex imperator in suo regno". Tal pretensión hizo surgir, asimismo, conflictos con el emperador bizantino, que todavía se consideraba optimistamente como "cosmocrator" o sea; "emperador del mundo", en tanto que, por su parte, el emperador germánico se consideraba como sucesor del último emperador romano de occidente (9476), y por ende, con igual rango al del emperador de oriente.

Junto al emperador surge una especie de parlamento, formado por los señores feudales, la Dieta. En ella, desde 1489, participan también las ciudades principales, como "tercer colegio" (al lado del colegio de la nobleza alta, y el de la nobleza inferior). Desde el siglo XI, esta Dieta debe decidir sobre cuestiones de guerra y paz, asuntos fiscales y modificaciones del derecho imperial.

Los grandes electores, además, solían reunirse con cierta frecuencia, para deliberar sobre la política del Reich, con lo cual surge un nuevo órgano, pequeño, exento de publicidad, pero de mucho prestigio.

En cuanto a la organización administrativa del Reich éste se dividía en condados, y durante algún tiempo surgían controversias entre el emperador (que quería considerar a los condes como simples funcionarios imperiales) y los condes (que consideraban sus bienes feudales, no como fuente de ingresos, otorgada por el imperio para subvenir a sus gastos oficiales, en tanto cumplieran con sus deberes de administrar, sino como dominios hereditarios, dentro de los cuales podían ejercer una soberanía casi total). Desde luego, esta diferencia de opiniones fue resuelta, finalmente, a favor de los condes.

Mucho de este derecho constitucional era de carácter consuetudinario, desde luego. Puntos firmes eran: las concesiones hechas por el emperador a los príncipes, ya mencionadas; el Concordato de Worms, de 1122; la Deliberatio papal que también ya hemos citado; y, sobre todo, la magna cristalización de las costumbres constitucionales, que hallamos en

la Bula de Oro, de 1356. Las demás normas, como las decisiones del siglo XVI; la Paz de Angsburgo (1555) y la Paz de Westfalia, de 1648, ya quedan fuera de la Edad Media.

FUENTES DEL DERECHO EN EL MUNDO GERMANICO MEDIEVAL

Entre las fuentes del derecho, la costumbre tenía una importancia primordial. En lugar del principio de la personalidad del derecho, la Edad Media aceptó ya ampliamente la territorialidad del derecho, y este derecho territorial, en gran parte consuetudinario se dispersó de manera tal, que hasta la actualidad ha sido imposible escribir una obra clara y panorámica sobre el derecho germánico medieval. Además, estos derechos territoriales se entrelazaban con los derechos especiales de las diversas clases, o normas para las relaciones económicas especiales, tales como la relación feudal o la organización gremial.

Un grupo especial de normas jurídicas es constituido para las llamadas "Frieden" o sea "Paces" (la "Paz de Dios", "Paz de la Ciudad", "Paz del Territorio" o "Paz del Emperador", ordenamientos que ya hemos mencionado.

Entre las tentativas de codificación sobresale el Espejo de Sajonia, obra de Eike van Repkow, originalmente de carácter no oficial, compilada entre 1215 y 1235. Este derecho común sajón fue, durante varios siglos en muchas regiones del mundo germánico, el gran competidor del derecho romano. Su éxito inspiró, en otra región de Alemania, la formación del Espejo de Suavia (1275). También los señores de ciertos territorios codificaron parte de su derecho (Austria, 1237; Baviera, 1346; etc.).

Desde el siglo XI observamos un progresivo auge en el medio urbano, y varias de estas ciudades obtienen en el transcurso de los siglos cierta autonomía; podían elaborar su propio derecho, utilizando para esto, frecuentemente, como punto de partida, determinadas normas contenidas en el privilegio que habían recibido al independizarse.

Algunas ciudades codificaron su derecho a ejemplo de los Espejos de Sajonia y de Suavia, y famosos sistemas legales de ciudades como Magdeburg, Lübeck o ciudades flamencas servían ampliamente como modelos, sobre todo en tiempos de la gran expansión alemana hacia el oriente de Europa, 1060-1300, durante la cual se fundaron tantas nuevas ciudades.

Todas estas compilaciones facilitan nuestro conocimiento del derecho medieval. Importantes fuentes adicionales

del derecho de este período, son ciertas colecciones de sentencias, los registros públicos de algunas ciudades y los "Weistūmer" (éstos son dictámenes rendidos por los jueces, a petición de otras autoridades, generalmente referentes a las relaciones entre campesinos y señores feudales).

Durante la Baja Edad Media se acentúa aún más la ya apuntada dispersión del derecho germánico medieval. Encontramos el derecho expedido por el emperador; el derecho romano vulgar y las obras de los postglosadores; el derecho canónico; los derechos territoriales y los especiales de la clase campesina: el derecho feudal; los derechos de ciertas ciudades; el de los gremios y, por último, el régimen especial para los judíos.

A veces, sin embargo, se observa cierta tendencia a uniformidad, por la filiación entre un derecho local y otro (por ejemplo, en el caso de los sistemas jurídicos de las ciudades), por ciertas codificaciones regionales, y a causa del hecho de que los sinodales en los jurados y en los escabinos populares eran a menudo juristas de formación académica, imbuidos de "ambos derechos", es decir, de los derechos romano y canónico. Esta tendencia hacia cierta unificación de la vida jurídica alemana por medio de una mayor aplicación de los derechos romano y canónico, o sea del "ius commune", se vuelve más evidente -- aún cuando en 1495 se crea como suprema instancia judicial del "Reich" el "Reichskammergericht", el cual acepta como derechos primordiales estos dos. Probablemente, la intención del legislador no habrá sido contraria a una moderada sobrevivencia de los derechos germánicos⁴³, pero la práctica judicial se inclinó muy decididamente a favor del derecho romano aquel "ius certum et universale", desde 1495, y a partir de aquel año el derecho germánico tuvo que limitarse, en Alemania sobre todo a las ramas no previstas por el romano, tales como el derecho mercantil, el minero y el gremial. Así se explica que el derecho germánico haya subsistido más bien en el mundo anglosajón y escandinavo, que en aquellos antiguos centros de la cultura germánica que son Alemania y Austria.

LAS CLASES SOCIALES EN EL MUNDO GERMANICO MEDIEVAL

La sociedad medieval es una sociedad de clases, aunque no de castas. Su pirámide social se compone de los siguientes grupos.

43 Véase al respecto la importante obra de Hermann Conring, De Origine Iuris Germaniei (1a. ed. 1643), cuya popularidad contribuyó a una actitud más favorable a la sobrevivencia de buenas reglas germánicas, como ingrediente de aquel Usus Modernus Pandectarum que hallamos en Alemania en los siglos XVI, XVII y XVIII (y, hasta cierto grado, todavía en el siglo XIX).

I. Los servi, los ministeriales⁴⁴ y otros grupos de proletarios que carecen de libertad, un grupo dentro del cual se conserva una infinita matización de hecho y de derecho. A través de toda la Edad Media, empero, se observa una creciente capilaridad social: siempre hay caminos legales que llevan hacia la libertad (el establecerse como ciudadano en uno de los nuevos centros urbanos, el participar en los trabajos de saneamiento territorial, etc.).

II. Los agricultores libres, que se encuentran jerarquizados, aunque no siempre en la misma forma en las diversas regiones del mundo germánico. Primero llegan los grandes propietarios y los arrendatarios agrícolas.

III. La nobleza, en la cual encontramos, en un nivel superior, a los príncipes imperiales y, más abajo, a los duques y condes, y los nobles subordinados a éstos. Paralelamente a esta nobleza, se halla el fenómeno de los caballeros, a cuyo grupo se entra mediante determinadas ceremonias, aceptando -- ciertas normas éticas. Estos caballeros encuentran un código para su conducta heroica y abnegada en el Liber de Vita Christiana, de Bonizo de Surtri (por 1090).

IV. Los ciudadanos de los nuevos centros urbanos, o sea la burguesía: patricios, clase media y proletarios libres. -- Desde luego, las ciudades medievales no eran paraísos de democracia, pero sí contribuían a una mayor capilaridad social, y permitían a muchos siervos salir de la presión del ambiente feudal. Cuando los gremios tendían a convertirse en organismos aristocráticos, que sólo permitían a unos pocos compañeros (por ejemplo, los hijos y yernos de maestros) que llegasen al nivel de maestros y pudiesen establecer sus propios talleres, observamos como resultado, sobre todo en el siglo XIV, varios conflictos -- a menudo violentos -- de las organizaciones de los compañeros contra los gremios. El panorama que nos muestra la historia medieval, al respecto, es de lo más variado: hubo ciudades donde una élite política utilizaba los gremios para sus fines, otras en las que la élite gremial coincidía con la élite política municipal; hubo gremios oligárqui--

44 El concepto de "ministerial" es difícil de definir; aunque, en su origen, se trate de personas no libres, el nombre llega a referirse en forma especial a los que, sin gozar de libertad cívica, llegaron a ocupar puestos de confianza al -- servicio de personas poderosas, administrando sus dominios, etc. de manera que gocen de gran prestigio social, lo cual facilita matrimonios con personas libres; paulatinamente, también los libres llegan a cumplir funciones que correspondían normalmente a los ministeriales; la cuestión se complica de tal manera que el Espejo de Sajonia se declara incapaz de definir situación jurídica del ministerial, y a partir del siglo XIII muchos ministeriales pueden ser considerados como -- pertenecientes a la nobleza inferior.

cos, y gremios que permitían libremente que los aprendices subieran al nivel de compañeros, y los compañeros al nivel de maestros, sólo mediante requisitos de aprendizaje y exámenes no excesivamente gravosos.

V. Un grupo adicional, separado de los demás, sujeto a normas especiales, y por lo general de considerable prosperidad, era el de los judíos. La actitud negativa contra ellos, que observamos en normas expedidas por Constantino, Teodosio II o Justiniano, cambia hacia una actitud de protección benevolente por parte de la Iglesia (San Gregorio, 590-604), los monarcas y los emperadores, aunque esta protección especial encuentra a menudo una compensación en impuestos especiales. Durante la primera cruzada, el ambiente cambia: encontramos a fines del siglo XI y durante el siglo XII varios chocantes, los groms; la Iglesia comienza a adoptar una actitud más desafiada (1215, IV Concilio Laterano) y desde 1290 -Inglaterra-, y 1306 (¡y peor; 1394!) -Francia-, encontramos repulsiones en masa. La Iglesia persigue desde 1391 a los españoles, y en 1492 ellos deben salir de España; ejemplo que Portugal sigue en 1496. Aun fuera de tales medidas dramáticas, las autoridades medievales solían excluirlos de la potestad inmueble, de las funciones públicas y de los gremios, de manera que muchos judíos se vieron llevados, necesariamente hacia el terreno de los negocios financieros, donde, para pertenecer a la Iglesia, no les alcanzaba la prohibición católica respecto de los intereses.

VI. Otra importante clase, sujeta a un tratamiento jurídico especial, era la del clero, que cuenta, a su vez, con una propia pirámide social, desde los grandes seculares (a menudo al mismo tiempo señores feudales) hasta los pobres monjes mendicantes.

VII. En algunos países se complica el panorama social mediante la presencia de grupos especiales, como, por ejemplo, en España los moriscos, obligados a vivir en barrios especiales y víctimas de una progresiva discriminación hasta su expulsión en 1610 (muy en perjuicio de la economía española), o los esclavos africanos, que encontramos sobre todo en Portugal, España y algunas partes de Italia.

VIII. Otras clases, que a menudo sufren una considerable discriminación jurídica, son la de los extranjeros -- (los alibi nati, o sea los "aubains" del derecho francés medieval), que deben procurar adquirir lo más pronto posible algún lugar en la estructura feudal, la urbana o la eclesiástica, para eliminar este estigma; y la de los bastardos.

El fin de la Edad Media se anuncia por un creciente anhelo revolucionario dentro del campesinado, que lucha por liberarse de la presión feudal, y por la ascendente influencia política de las ciudades, que aprovechan el estímulo que en comercio e industria habían recibido de los nuevos descubrimientos geográficos.

LA FRANCIA MEDIEVAL

Este intento de describir las aventuras del derecho germánico durante la Edad Media, hasta ahora se ha convertido más bien en la historia jurídica de la Alemania de esa época. Veamos a continuación lo que acontecía durante ese mismo tiempo con el derecho de los demás países de Europa occidental, empezando por Francia.

Desde luego, lo que hemos dicho acerca del derecho de la época franca, tiene relevancia, tanto para la historia jurídica de Alemania (que era la "Francia Orientalis" como para la de Francia (o sea "Francia Occidentalis"). Pero, sobre todo desde Luis VI (1108-1137), los reyes de Francia hacen este país cada vez más independiente del Reich, de manera que la historia jurídica de los dos países comienza a tomar caminos muy distintos desde la Alta Edad Media.

Desde 987 Francia tiene un rey, poderoso a causa de amplios dominios de la Corona, pero durante varios siglos amenazado por la posible insubordinación por parte de los Grandes de Francia, señores de territorios extensos, ricos y cuidadosamente administrados (Bretaña, Normandía, Flandes, Aquitania, Borgoña, etc.), algunos de los cuales están ligados en unión personal a la Corona Inglesa. Sin embargo, contrariamente, lo que hemos observado en relación con el emperador del Reich, el rey de Francia paulatinamente logra imponerse a la nobleza, aprovechando ciertas posibilidades, ofrecidas por el derecho feudal francés, para aumentar su poder (cabe referirse al principio feudal de que los feudos que lleguen a estar vacantes, incrementen el dominio de la Corona francesa -mientras que, en tal caso, el emperador alemán debe volver a enfeudarles dentro de un año y seis semanas; y al principio francés de que ningún deber feudal puede contravenir los derechos del vasallo para con el rey -principio que tampoco existe en Alemania, donde "el vasallo de mi vasallo no es mi vasallo"). Además, para contrarrestar el poder de la nobleza, el rey solía ayudar a las ciudades (política -- que a veces podía resultar peligrosa, como vemos por la crisis de 1358, en la que el antifeudalismo de la burguesía, -- grato al rey, va acompañado de la tendencia de colocar al -

rey bajo el control de una asamblea representativa)45.

En relación con el problema de la sucesión monárquica, Francia evita el sistema germánico de los reyes (emperadores) electivos, y establece el principio de la primogenitura, con recurso a las líneas colaterales en caso de necesidad, pero siempre con exclusión de las mujeres y de los parientes por línea femenina ("ley sálica").

Al lado del rey encontramos, desde el comienzo de la monarquía francesa, la "Curia Regis" de los señores feudales, la cual, en el transcurso de los siglos, dará lugar a la formación de diversos órganos especializados, como son el Parlamento de París (con, más tarde, Parlamentos en la Provincia), que es el tribunal monárquico, y la Cámara de Cuentas (desde 1320, sin facultades de determinar la política fiscal, sino exclusivamente con la de controlar la gestión de los funcionarios), y una comisión compuesta de representantes de la nobleza y de la Iglesia, que debe dar consejos al rey, y a la cual se añaden (desde 1314) representantes de la burguesía. Cuando esta comisión -los - - "Etats Généraux"- muestra una tendencia a criticar la política del rey, es convocada cada vez menos frecuentemente, y de 1614 a 1789 la Corona prescinde de sus servicios, por miedo de que estos "Etats Généraux" pudieran inspirar su gestión en lo que estaba haciendo la Curia Regis inglesa...
46.

Ya durante las primeras cruzadas se puede observar el resurgimiento, en Francia, de un auténtico nacionalismo, - que ayuda al rey francés como al rey inglés, su vasallo --no siempre muy fiel- en relación con importantes territorios cuyo Continente, y contra el emperador (con su ambición de ser considerado como el Super-rey de todos los reyes cristianos pero que también ayuda para la política del "Galicismo: o sea la tendencia de disminuir la influencia de Roma de asuntos internos de la Iglesia católica - francesa (política que corresponde a la evolución del controvertido "Real Patrono" en España y, más tarde, al "Josefismo" del siglo XVIII en Austria, el Febronianismo en territorios católicos de Alemania, y -¡caso extremo!- el Anglicanismo de Inglaterra, desde 1531-4).

45 Etienne Marcel, el popular y rico comerciante de París, después de obtener cierto éxito (como la Ordenanza de - - 1358, con sus principios modernos, antifeudales), llegó a ser el primer mártir francés de los ideales del parlamentarismo moderno.

46 Ya desde el rey San Luis, y, más aún, desde su sucesor Felipe el Hermoso (1285-1314), la Corona francesa se había acostumbrado a legislar sola.

En relación con el creciente poder de la Corona francesa dentro de su reino, debemos mencionar también la continuidad de la considerable fortuna de los Templarios, después de un solo proceso (1307, bajo presión de Felipe el Hermoso), en aquella misma época, el exilio papal en Aviñón (1309-1377) - pone de manifiesto el creciente poder del rey francés sobre el papado.

No sólo se observa la independización de Francia, respecto del Reich (pretendidamente universal-cristiano) para cuya política los reyes de Francia a menudo podían aprovechar el apoyo papal 47 sino que desde el comienzo del siglo XIII la Corona francesa también inicia la liquidación del poder inglés sobre importantes territorios continentales, actualmente pertenecientes a Francia, obteniendo finalmente un éxito total, al respecto, en 1453, cuando termina la "Guerra de los 100 años" (1339-1453), guerra que cuenta con curiosos episodios como el de Juana de Arco). Así, en plena Edad Media ya se anuncia la cristalización de los estudios nacionales, fenómeno típico del Renacimiento.

El sur de Francia, "Le pays de droit écrit", conserva la tradición jurídica romana, aunque no exclusivamente en forma justiniana: las fuentes de este derecho romano son más bien el Código de Teodosio, el Breviario de Alarico y las instituciones de Gayo, aunque también jugaron cierto papel las Instituciones de Justiniano y su Codex, además de algunas de sus Novellae. Al lado del derecho romano "vulgar", junto con elementos del derecho romano justiniano, encontramos el derecho canónico.

El norte de Francia muestra algo distinto: allí predominan las costumbres de índole germánica, con cierta uniformidad en microterritorios (costumbres locales) o en regiones más amplias (costumbres regionales).

Algunos juristas locales, no de muy severa formación académica, trataron a veces de aclarar y explicar estas costumbres. Así llegó hasta nosotros el "Consejo a un Amigo" de Pierre de Fontaine, de mediados del siglo XIII y; de la misma época, las Coutumes de Beauvaisis, explicadas por el señor de Beaumanoir, además del Livre de Justice et de Plet.

De delimitación entre el pays de coutumes y el pays de droit écrit, no coincide con la del río Loira, como a veces se afirma, sino que se encuentra más al sur. Dos factores -

47 El papa, por la Decretal "Per venerabilem", de 1202, reconoce que, de facto, el rey de Francia no es vasallo del emperador.

contribuyeron luego a la expansión progresiva del derecho romano hacia el norte: la enseñanza universitaria del derecho justinianeo desde comienzos del siglo XIII, influida por la Escuela de Bolonia, y el auge del derecho canónico, derecho imbuído de reglas romanas y que en aquella época de ninguna manera se limitaba (como ya vimos) a las cuestiones eclesiásticas internas o a las relacionadas con los sacramentos. Sin embargo, entre los canonistas y los romanistas hubo a menudo cierta fricción y en 1219 se llegó a prohibir la enseñanza del derecho romano en París ("Bula Speculum", de Honorio III). El rey francés gustosamente prestó su apoyo a esta medida, ya que vio en el derecho romano un elemento de propaganda cultural imperial, un peligro para su soberanía. No pudo llegar a convencerse de que el derecho romano tuviera estas "imperio rationis", y no "ratione imperii"⁴⁸.

Para fortalecer el mundo franco-germánico de las costumbres, contra el "peligro" de una recepción del derecho romano en el norte de Francia, la Corona ordenó que se registraran las diversas costumbres (ordenanzas de "Montils-lez-Tours", 1454,⁴⁹ lo cual dio lugar, después de algún tiempo, a la publicación de las Coutumes y más tarde, a causa de justificadas críticas, o las Nouvelles coutumes. La más importante de estas Coutumes fue tal, que llegó a ser el derecho supletorio de las demás Coutumes.

Durante la alta Edad Media, los gremios florecen en las ciudades francesas, y varios de ellos nos han dejado interesantes compilaciones de sus normas (como el "Livre des Métiers", de París, 1268). Desde Felipe el Hermoso, empero, se puede observar la tendencia del Estado de intervenir en la vida interna de los gremios, política que culminará varios siglos después, en la Ordenanza de Colbert, de 1664, que los convierte en instrumentos casi pasivos de la política económica nacional.

EL DERECHO ESPAÑOL MEDIEVAL

Cuando a causa de su derrota a manos de los francos (507), fracasó el sueño político de los visigodos, de crear un imperio en España y Francia, este pueblo germánico se retiró tras los Pirineos y estableció allí un reino bastante bien organizado, que, aunque no exactamente un ejemplo de de

48 "Por el imperio de la razón, y no en razón del imperio".
49 Una propuesta correspondiente, hecha en 1433 por el filósofo-cardenal Nicolás de Cusa, respecto del derecho consuetudinario alemán, fue desatendida. Por esta razón, el derecho germánico sobrevivió mejor en Francia que en Alemania.

mocracia o justicia social, perduró hasta la llegada de los musulmanes, dos siglos después. Ya antes de dicha derrota, la corte visigoda había codificado el derecho consuetudinario visigodo en el Codex Euricianus (475) y el derecho romano (necesario para ellos en virtud del principio de la personalidad del derecho) en el ya mencionado Breviario de Alarico (506)⁵⁰. Más tarde, durante la segunda mitad del siglo VII, la corte visigoda promulgó el Fuero Juzgo (primera versión en 654, segunda en 681 y quizás una tercera en 694). Este contiene un derecho visigodo con influencias cristianas y romanas, que debía aplicarse en todo el territorio, tanto a personas de raza germánica como a las razas autóctonas, de manera que es el primer código nacional de España.

Las autoridades musulmanas, a partir de 711, bastante tolerantes⁵¹, permitieron a los cristianos y judíos radicados en la España mahometana, que conservaran su propio derecho privado, generalmente tomado del Fuero Juzgo y de la lección canónica "hispana", ya mencionada, por lo que se refiere a los cristianos, y del Talmud, en cuanto a los judíos. Así la España musulmana aceptaba el sistema de la "personalidad del derecho".

En algunas materias se observan infiltraciones del derecho islámico en el cristianismo, v. gr., en ciertas prácticas agrarias y administrativas, en la sociedad en comanda y en relación con la sociedad conyugal.

Cuando los Umayyadas (755-1031) establecen en Córdoba un emirato (finalmente califato: Al Mansor, 977-1002) comienza para España una fase de gran florecimiento económico y cultural. Una larga guerra civil por la sucesión, empero, (1008-1031) debilita el poder del Islam en España y ofrece una oportunidad a los cristianos independientes del norte de la Península (visigodos, a menudo mezclados con los que ya vivían allí desde antes de la invasión germánica; y algunos grupos francos) para iniciar la reconquista (1031-1492) -en parte simplemente la repoblación de zonas devastadas y luego abandonadas por los musulmanes-. Esta dio lugar a una notable dispersión del derecho de los cristianos, a causa de las condiciones tan heterogéneas conforme a las que se llevaba a cabo en las distintas regiones de la Península. A esta dispersión también contribuyó la autonomía de muchos municipios, resultado de la debilidad del poder central. Es

⁵⁰ Esta meritoria obra, a causa de su fecha (506), un año antes de la gran derrota infligida por los francos (507), ha sido calificada como "el canto del cisne" de los visigodos.

⁵¹ No obligaban a los cristianos a abandonar su religión, sino que sólo los obligaban a pagar un impuesto especial --por quedar cristianos ("mozárabes").

tos municipios, dirigidos por cabildos abiertos (asambleas - de toda la población capaz de votar) o cerrados (consejos municipales), eran a menudo comparables a las ciudades-repúblicas de Italia⁵².

De la concesión de fuentes locales, por parte de alguna autoridad superior, conocemos ejemplos a partir del siglo X. Como resultado de tales concesiones de "cartas pueblos" nacen, por ejemplo, los fueros de León, Nájera y Sepúlveda, -- por 1020; el de Toledo (1085), de Lérida (1149), de Tortosa (1148) y de Villagrasa (1165).

Entre tales fueros a menudo existen relaciones de filiación.

Durante la Reconquista, paulatinamente se forman tres bloques de poder en la España cristiana: Aragón, que conquista Cataluña en 1137 (luego extiende su poder hacia Nápoles, Sicilia y la Cerdeña); Castilla, que conquista León (Asturias) en 1037 y se extiende hacia el sur de la Península, -- donde pronto el Islam no conserva más que el próspero y culto reino de Granada (¡la Alhambra!) finalmente conquistado en 1492 y Portugal, independiente desde 1094 ⁵³.

El rey de Castilla gobernaba con ayuda de las Cortes, o sea asamblea de obispos, señores feudales y representantes de los cabildos, pero gradualmente declinaba el poder de las Cortes en comparación con el monárquico.

Importantes monumentos legislativos de la España medieval son el Fuero Viejo de Castilla (con varias capas a partir del siglo X), que concede a la nobleza reconquistadora importantes privilegios, y el Fuero Real de España, promulgada en 1255 por Alfonso X, el Sabio. Este fuero, originalmente expedido para ser fuero municipal de Aguilar de Campo, -- fue aceptado por numerosos municipios del territorio dependiente de la Corona de Castilla, y llegó a constituir un fuero tipo.

Sin embargo, en 1272 la nobleza obligó al rey a regresar al Fuero Viejo, más favorable a los intereses de la élite.

52 La batalla de Villalar (1521), finalmente libera a la Corona de los peligros, implícitos en la independencia de las ciudades.

53 Ya fuera de la Edad Media, en 1479, diez años después -- del matrimonio entre los "Reyes Católicos", se establece una unión entre la Corona de Castilla y de Aragón (sin unificar inmediatamente sus sistemas legales y constitucionales), y -- de 1580-1640 se logra inclusive una unión con Portugal. Aparte hallamos aún el pequeño territorio de Navarra, que desde 1234 se encuentra bajo influencia francesa.

te feudal.

Importantes, también, son los Fueros de Aragón (1247).

Al lado de estos tres fueros importantes, y de múltiples otros fueros locales, la debilidad del poder central - había hecho surgir, con diversos fines (sobre todo de defensa social, finalidades religiosas y económicas), gran cantidad de cofradías, gremios, hermandades y órdenes militares, que gozaban de amplia autonomía y formaban a menudo pequeños estados dentro del estado. Además, los "moros de paz" - continuaban observando su derecho musulmán, y los judíos su derecho hebreo.

A lo anterior, la Corona añade una importante obra más, que primero sólo fue un buen consejo, y no un código obligatorio, pero que, casi un siglo después de su publicación, - cuando menos obtuvo el modesto lugar de derecho supletorio. A pesar de lo anterior esta obra, por su tono explicativo, moralizante, y didáctico, y por introducir en España una popularización medieval del derecho justiniano, de mejor calidad que las tradiciones forales, tuvo un trascendental efecto orientador en el pensamiento jurídico y en la posterior legislación de España. Me refiero, desde luego, a las Siete Partidas, obra elaborada entre 1257 y 1263 (después - de un anteproyecto, el Speculum⁵⁴, que sólo ha llegado hasta nosotros en forma fragmentaria). En estas Siete Partidas se siente el impacto de la Universidad de Bolonia: es probable que algunos de los colaboradores del rey (tales como Jácome Ruiz, el Obispo Martínez y el Maestro Roldán) hayan estudiado derecho en el norte de Italia. Desde 1555, cuando Gregorio López publica las Siete Partidas con un docto comentario, imbuido de la doctrina de los postglosadores, en su aplicación práctica se iba acentuando más aún el carácter romanista de esta obra.

En 1348 se expide la última importante ley española de la Edad Media, el Ordenamiento de Alcalá (Alfonso X), con reformas de derecho civil, penal y procesal. Trata de poner un mínimo de orden en el caos legislativo, estableciendo la siguiente jerarquía: 1) el mismo Ordenamiento de Alcalá, 2) los diversos fueros, 3) las Siete Partidas.

Es menester mencionar aquí también una obra de carác-

54 Recuérdense las experiencias de Espejo de Sajonia, Espejo de Suavia, Espejo de Mujeres, etc. Encontraremos, además, en Alemania, el Espejo Procesal y el Espejo de los Laicos: se trata de una expresión popular antigua, empleada para designar obras de derecho, la palabra es interesante: sugiere que el derecho no emana de la voluntad del legislador, sino que sólo debe reflejar la costumbre ya establecida.

ter controvertido: las Leyes de Estilo, de fecha desconocida. Se trata probablemente de decisiones judiciales que obtuvieron autoridad de ley. Importantes son también las "hazañas", decisiones judiciales, de observancia general por emanar del tribunal del rey.

EL DERECHO INGLES MEDIEVAL

Durante la ocupación romana, Inglaterra había recibido el derecho de Roma, seguramente con ciertas variantes con las que siempre se han infiltrado en el "derecho romano" fuera de Italia.

Las tropas romanas se retiraron de Inglaterra al comienzo del siglo V; luego entraron allí varias tribus germánicas, tales como los anglos, los sajones y por último los daneses (838), tribus que trajeron sus propias costumbres jurídicas; venganza de Sippe a Sippe; asambleas populares (Witan) y reyes electivos.

El triunfador sajón sobre los daneses (878), Alfredo el Grande (871-899), logró codificar el derecho anglosajón. Sus sucesores reunieron finalmente bajo su Corona todo el territorio de la actual Inglaterra (es decir: toda la isla sin Gales y Escocia), reorganizando el sistema administrativo: evitaron cuidadosamente la peligrosa función de mayor-domo, y balancearon la tradicional división feudal (de "ealdormes" con sus "earls") mediante una nueva división administrativo-judicial de "shires" (cf. la palabra inglesa: share, parte) bajo sheriffs hereditarios, que debían viajar entre los tribunales locales para impartir la justicia del rey, y que cobraban los diversos tributos. Además de este sistema administrativo, y del derecho anglosajón legislado, hallamos en aquella Inglaterra el derecho canónico, completado por el romano, introducido por Inglaterra a raíz de su cristianización, desde el siglo VII.

Este régimen sajón fue derrocado por una nueva oleada de daneses, desde 1013. Pero en 1066 los normandos (antiguos vikingos, ya establecidos en un buen organizado territorio francés, la Normandía, y que desde 911 reconocían al rey de Francia como jefe feudal) toman el poder en aquella isla, y en 1071 el duque de Normandía ya es rey de toda Inglaterra. Guillermo el Conquistador, el triunfador de 1066, se hizo acompañar por consejeros que sabían algo de derecho romano, sin embargo, los conquistadores respetaron, en gran parte, las costumbres germánicas que encontraron en Inglaterra (recuérdese que los normandos mismos eran originalmente germanos, vikingos). Así, el Witan prenormánico se transformó en la Magna Curia del rey, cuerpo, en aquel entonces exclusivamente consultivo, pero del cual nacerán, en el transcurso de

los siglos, los tribunales monárquicos, creadores del "common law", y, por otra parte, la legislatura.

Los conquistadores también conservaban la división territorial en shires, colocando a la cabeza de cada uno de ellos un administrador real, ya no hereditario: el sheriff, hombre de confianza del rey. Una hazaña administrativa fue, en 1088, el establecimiento de un catastro con indicación de las cargas feudales: el Domesday Book, así como, en 1127, la creación de una Cámara de Cuentas, para el control de las cobranzas efectuadas por los sheriffs.

Los democráticos tribunales locales (Hundred-courts) y estos sheriffs perdieron, en los siglos siguientes, gran parte de su importancia en materia judicial en beneficio de los tribunales del rey (desmembraciones de la Curia Regis); esta justicia del rey, con jueces itinerantes, empezó a comparar las costumbres locales entre sí, escogiendo lo mejor y tratando de formar sobre esta base un derecho común unificado: el "Common Law".

La institución de estos jueces monárquicos, itinerantes (Justices of Eyre; "eyre" corresponde al verbo español de dar al ejemplo de los missi de Carlomagno, se debe, sobre todo a Enrique II (1154-1189), el segundo rey de la dinastía de los Plantagenet, principal fundador de este "derecho común".⁵⁵

Paulatinamente se separaban del consejo feudal que acompañaba al rey, tres tribunales especiales: la Court of Common Pleas, con jurisdicción sobre inmuebles y algunos otros asuntos; el King's Bench, con una competencia revisora respecto de los tribunales inferiores y de los actos de funcionarios administrativos; y la Court of Exchequer Pleas. A estos tribunales el actor recibía acceso gracias a su writ (escrito) individual, expedido por el Canciller, en los casos, ya inabstracto autorizados por el pleno de la Curia Regis. Así, por ejemplo, para tener acceso al King's Bench, el actor tenía -- que solicitar del Canciller un writ of prohibition (para que otro tribunal dejara de ocuparse de algún asunto), un writ of mandamus (para que el Canciller mandara determinadas instrucciones a alguna autoridad) o bien, un writ of warrant (con el cual se podía tildar de ilegal algún acto administrativo).

Poco a poco, la Court of Exchequer Pleas ampliaba su com

55 Bajo este monarca estalla el conflicto entre la Corona y la Iglesia, sobre la cuestión de si los obispos son vasallos del rey, victoria de la Corona, al respecto (1164, artículos de Clarendon) 1170 lleva hacia el asesinato de Thomas Becket, el famoso arzobispo de Canterbury y antiguo amigo del rey. Como fecha inicial del sistema de los Justices of Eyre se señala el año de 1166.

petencia desde los asuntos fiscales hasta los civiles; el hecho de que, a menudo, un ciudadano no podía pagar sus impuestos a causa del incumplimiento de alguno de sus deudores, facilitaba esta transición.

Bajo Eduardo I (1272-1307) toma auge la famosa serie de los Yearbooks, con resúmenes de los procesos más importantes de cada año. Esta serie, iniciada alrededor de 1260, continúa hasta 1535, y es una mina de materiales para la historia del derecho inglés.

Desde esta labor monárquica, de crear mediante los tribunales del rey el famoso Common law inglés, con base en los derechos consuetudinarios locales, debemos pasar ahora el derecho público inglés, cuya evolución ha sido determinante para la historia del derecho público en general (bicamarismo, derechos individuales intocables, teorías sobre el control que el poder judicial debe ejercer sobre la actividad legislativa, etc.).

A este respecto es de eminente interés, en la Edad Media, la Magna Charta de 1215, gran victoria de los señores feudales sobre el rey Juan sin Tierra, hijo de Enrique II. Muy conocido es el artículo 39, que dice: "Ningún hombre libre será capturado, encarcelado o privado de sus bienes o de sus derechos, o exilado, o perjudicado de cualquier otro modo, excepto por intervención de un tribunal, legalmente constituido por sus iguales, y de acuerdo con la ley de la tierra (lex terrae)". En la terminología del siglo XIII, esta lex terrae era todo aquello que no fuera derecho emanado de la Corona: fue el derecho tradicional del país, escrito o no; el rey debía aplicar este derecho y en caso de conflicto entre varias costumbres, o en caso de vaciedad de éstas, el rey ya no debía tomar una decisión autócrata respecto de la norma que había de convertirse en common law, sino que debía consultar el asunto con sus barones⁵⁶. Es curioso como en el transcurso de los siglos, el triunfo del feudalismo fue recogido en las enmiendas 5 y 16 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y en los artículos 14 y 15 de la de México, de modo

⁵⁶ Antes del siglo XIV encontramos "Charters", expedidas por el rey solo, y "Assizes", expedidas por el rey con su curia. Un famoso ejemplo de una Assize (literalmente "sesión") es la Assize de Clarendon, de 1166, con interesantes intentos de eliminar la venganza privada (el típico problema penal medieval). En 1259 (Provision of Westminster) la nobleza trata de limitar la facultad del rey de legislar solo, pero en 1267 (Statute of Marlborough) la Corona reconquista cierta independencia, al respecto. A partir del siglo XIV la legislación se vuelve completamente parlamentaria, así el rey continúa por mucho tiempo dando instrucciones a sus delegados, con lo cual sigue modelando el derecho sin intervención parlamentaria, al margen de la legislación.

que una victoria feudal se convirtió en baluarte de la democracia. Así la Magna Charta colocó al rey bajo el control del derecho, y el derecho bajo el control de los barones feudales. Son estos barones los que se oponen en Morton, 1236, a la tendencia de los obispos a sustituir la *lex terrae* por un derecho romano canónico, tomándose allí la decisión de que "*Nolumus leges Angliae mutare*" 57, gracias a esta actitud, el derecho anglosajón conservó su carácter germánico y, hasta nuestros días, forma un sistema distinto del romanista.

Esta Magna Charta es agravada por las Provisiones de Oxford (1259), que colocan al rey bajo el control de 15 barones, lo cual produce una guerra civil que, durante la efímera victoria de los barones, muestra un experimento con el parlamentarismo, ya casi moderno, con representantes de la nobleza y de la burguesía; la victoria de Eduardo I (1272-1387), empero, puso fin a este período. También para la evolución del Common Law, Eduardo I es tan importante, que se lo ha designado como el "Justiniano inglés". Sin embargo, en tanto que Justiniano puso orden en una cosecha, Eduardo I ponía la semilla para una cosecha que, medio milenio después, Blackstone pondría en orden, de manera que el comparar a Eduardo I con Justiniano "es tanto como comparar la primera infancia con la segunda...". Este rey inglés (que era cuñado de Alfonso el Sabio, autor de las Siete Partidas, y había viajado por España), vivía durante las primeras generaciones post-acursianas, época de un florecimiento general de los estudios jurídicos. Su labor jurídica consiste, sobre todo, en la debida organización del sistema procesal, y en la creación de los tres famosos Estatutos de Westminster (1275-1290); así logra incrementar el campo de la jurisdicción monárquica, en perjuicio de la feudal. Dedicó gran parte de su actividad a la lucha contra la corrupción judicial, consecuencia natural del ambiente feudal de la anti-gua Inglaterra, en la que lo privado y lo público se confunden. Su intento de disminuir el impacto de los señores feudales en la Curia Regis, mediante la añadidura de representantes de otras clases (1295), equivale a la primera fase de la metamorfosis de la Curia en un verdadero parlamento. Durante este gradual desenvolvimiento, se separa en este parlamento la House of Lords (Cámara compuesta por nobles, que conserva ciertos poderes jurisdiccionales) de la House of Commons (compuesta de representantes del pueblo). Desde 1297 es necesaria la aprobación por parte de este parlamento para crear nuevos impuestos 58.

57 "No queremos cambiar el derecho de Inglaterra".

58 Entre otras medidas de este importante Monarca debemos mencionar el Statute of Mortmain (1279), que trata de impedir adquisición de inmuebles por la Iglesia, y normas que restringen la facultad de particulares, de complicar el sistema feudal mediante la reserva de ciertos privilegios por parte de vendedores de feudos.

que una victoria feudal se convirtió en baluarte de la democracia. Así la Magna Charta colocó al rey bajo el control del derecho, y el derecho bajo el control de los barones feudales. Son estos barones los que se oponen en Mortón, 1236, a la tendencia de los obispos a sustituir la *lex terrae* por un derecho romano canónico, tomándose allí la decisión de que "*Nolumus leges Angliae mutare*" 57, gracias a esta actitud, el derecho anglosajón conservó su carácter germánico y, hasta nuestros días, forma un sistema distinto del romanista.

Esta Magna Charta es agravada por las Provisiones de Oxford (1259), que colocan al rey bajo el control de 15 barones, lo cual produce una guerra civil que, durante la efímera victoria de los barones, muestra un experimento con el parlamentarismo, ya casi moderno, con representantes de la nobleza y de la burguesía; la victoria de Eduardo I (1272-1387), empero, puso fin a este período. También para la evolución del Common Law, Eduardo I es tan importante, que se lo ha designado como el "Justiniano inglés". Sin embargo, en tanto que Justiniano puso orden en una cosecha, Eduardo I ponía la semilla para una cosecha que, medio milenio después, Blackstone pondría en orden, de manera que el comparar a Eduardo I con Justiniano "es tanto como comparar la primera infancia con la segunda...". Este rey inglés (que era cuñado de Alfonso el Sabio, autor de las Siete Partidas, y había viajado por España), vivía durante las primeras generaciones post-acursianas, época de un florecimiento general de los estudios jurídicos. Su labor jurídica consiste, sobre todo, en la debida organización del sistema procesal, y en la creación de los tres famosos Estatutos de Westminster (1275-1290); así logra incrementar el campo de la jurisdicción monárquica, en perjuicio de la feudal. Dedicó gran parte de su actividad a la lucha contra la corrupción judicial, consecuencia natural del ambiente feudal de la anti-gua Inglaterra, en la que lo privado y lo público se confunden. Su intento de disminuir el impacto de los señores feudales en la Curia Regis, mediante la añadidura de representantes de otras clases (1295), equivale a la primera fase de la metamorfosis de la Curia en un verdadero parlamento. Durante este gradual desenvolvimiento, se separa en este parlamento la *House of Lords* (Cámara compuesta por nobles, que conserva ciertos poderes jurisdiccionales) de la *House of Commons* (compuesta de representantes del pueblo). Desde 1297 es necesaria la aprobación por parte de este parlamento para crear nuevos impuestos 58.

57 "No queremos cambiar el derecho de Inglaterra".

58 Entre otras medidas de este importante Monarca debemos mencionar el Statute of Mortmain (1279), que trata de impedir adquisición de inmuebles por la Iglesia, y normas que restringen la facultad de particulares, de complicar el sistema feudal mediante la reserva de ciertos privilegios por parte de vendedores de feudos.

Desde 1327 se establece en Inglaterra la justicia de paz, para asuntos locales de menor importancia, institución que tuvo mucho éxito y pasó al Continente. a raíz de la Revolución Francesa.

Más importante aún para la evolución del derecho inglés, es lo siguiente: paralelamente con la unificación de derecho consuetudinario mediante la fuerza centralizadora de la Justicia de la Corona, surgió paulatinamente una segunda rama de la justicia monárquica, la Equity, ya claramente individualizada a fines del siglo XIV, administrada por el canciller del rey (originalmente un clérigo). Esta justicia correctora, justicia de equidad, prohibida en ciertas ocasiones que los que derivaban sus facultades jurídicas del common law, diesen eficacia a tales facultades, ya que tal insistencia en derechos tan "injustos", sería un pecado. Por la íntima relación entre la actividad de esta Equity con el alto clero, y a causa del buen conocimiento que el canciller, como clérigo, solía tener del derecho romano, la influencia de éste en la corriente de la Equity es evidente 59.

Sin embargo, también por otros caminos se infiltró algo del derecho romano en el derecho anglosajón medieval. Al rededor de 1150, Vacario, un clérigo italiano invitado a Inglaterra con motivo de cierta controversia entre altos funcionarios de la Iglesia, se quedó allí para enseñar el derecho romano en Oxford. Conocemos su libro de texto: el Liber Pauperum, libro para los estudiantes pobres, condensación del Digesto del Codex, con glosas de Vacario. Este jurista tuvo tanto éxito que el Rey, bajo presión del gremio de juristas ingleses, tuvo que prohibir que siguiera enseñando, y ordenó que se quemaran sus libros 60. No por ello desapareció la influencia del derecho romano: en el tratado de Glanvill sobre el derecho inglés (Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae, 1187) encontramos influencias claras del derecho romano y, unas generaciones más tarde, en el libro correspondiente de Bracton (1250) 61, se vi

59 En el siglo pasado, en una serie de medidas que culminaron con la Judicature Act de 1873, Inglaterra logró unificar la corriente del common law con la de la equity.

60 Además, 1180 se prohibió al clero reglar estudiar el derecho romano, y en 1219 la prohibición se extendió al clero secular. Sin embargo, todavía en 1234 funcionaban escuelas de derecho romano en Londres, de manera que la autoridad tuvo que intervenir para su clausura.

61 Además del famoso libro de Bracton existen otros tres tratados importantes de derecho anglosajón del siglo XIII: la "Fleta", que es una modernización de Bracton, una generación posterior a él, escrita en latín, alrededor de 1292; el "Britton", escrito en francés y en forma de código, de aquellos mismos años; y la "Summa", de Gilbert de Thornton.

goriza este eco de la enseñanza de Vacario con las múltiples citas de Azq, coetáneo jefe de la Escuela de Bolonia.

Al derecho germánico medieval y a su evolución en Inglaterra, se debe también la institución del jurado. Veamos las grandes líneas del desarrollo de este fetiche de la democracia anglosajona.

Uno de los derechos de la Corona franca había sido el de obligar a los habitantes de una región a presentar declaraciones, bajo juramento, respecto de la existencia o no - existencia de ciertos derechos feudales o fiscales, de los que fuera titular el rey. Cuando los normandos llegaron a Inglaterra, utilizaron este mismo sistema para compilar los datos necesarios para el Domesday Book, que ya hemos mencionado. Con base en tales jurados de los residentes de cada lugar, surgía la costumbre, en materia penal, de que grupos de ciudadanos se presentaran espontáneamente ante los tribunales de los Condados, para acusar a las personas, culpables de ciertos delitos, por los que aún no habían sido perseguidos (jurado actuario o Gran Jurado), sistema consagrado en 1166 (Assizes Clarendon). En el mismo año, Enrique II organizó un sistema de jurados para dirimir pleitos acerca de la tenencia de la tierra (ya no un jurado acusatorio, sino un jurado declarado al respecto de ciertos hechos, que también se llama Pequeño Jurado). Esta nueva institución fue justificada, a posterioridad y la teoría de que ella permite un compromiso entre los catecismos de la ley y el sentido común de doce ciudadanos comunes y corrientes, orgullosamente exentos de todo pedantismo técnico-jurídico 62.

Al comenzar la Iglesia a combatir las ordalias (1215 -- Cuarto Concilio Laterano), estos antecedentes habían preparado el camino para hacer depender la decisión sobre las controversias, ya no del azar de un duelo judicial, sino del jurado declaratorio, compuesto, desde 1251, por sinodales distintos de los del correspondiente jurado acusatorio.

Estas dos formas de jurado existen todavía en la actualidad. En jurado acusatorio (Grand Jury) fue abolido en Inglaterra, pero subsiste en los EE.UU., en el fuero federal y en la mitad de los Estados miembros. El jurado declaratorio (Petit Jury) existe tanto en Inglaterra, cuanto en los EE. -

62 No todo el mundo está convencido de los méritos democráticos y jurídicos de este sistema: efr: "ciertos pueblos europeos se hacen asistir en los grandes procesos, por una docena de ciudadanos, mencionados mediante sorteo, lo cual demuestra que el azar, contra su ceguera, garantiza mejor la vida y la libertad de los acusados que la conciencia iluminada de los jueces" (A. France); o la época popular francesa de que los jurados son comisiones de ciudades que deben decidir, cuál de dos abogados domina mejor la oratoria...

UU.; inclusive ha sido introducido en varios países de la familia neorromana, a causa de su sabor democrático. En materia civil, empero, su importancia está decayendo.

Mencionemos además, que en Inglaterra la clase de los juristas logró organizarse mejor que en el Continente (algo que explica, en parte, la resistencia de Inglaterra contra la infiltración del derecho romano, considerado como derecho extranjero). Los abogados no confiaron la educación profesional de la próxima generación a las universidades, sino que se ocuparon personalmente de esta tarea, utilizando para ésta edificios especiales, donde se combinaba lo social y lo profesional (los famosos Inns of Court, que subsisten todavía con sus tradicionales funciones). Esta educación prepara para el ejercicio de dos funciones distintas, la de los barristers (juristas que pueden comparecer ante los jueces) y la de los solicitors (juristas que mantienen el contacto con los clientes, recurriendo a los barristers para la labor jurídica durante las audiencias). En Inglaterra se ha conservado esta separación de funciones, que también ha sido aceptada por Francia (avocats y avoués). En cuanto a los jueces, no son el producto de una educación especial, sino de una se lección hecha por la Corona entre los barristers.

Resumiendo se puede decir: 1. El derecho anglosajón, medieval es un derecho consuetudinario de carácter germánico, unificado y mejorado por la intervención de los jueces de la Corona, que formaban paulatinamente el common law; esta labor se facilitó por el hecho de que la Corona, desmembrada, en varias etapas su Curia Regis, formó los diversos tribunales del rey e incrementó, al correr del tiempo, la competencia de éstos en perjuicio de la de los tribunales locales -- tradicionales de origen democrático-germánico, y de los tribunales de los señores feudales. 2. La clase de los juristas ingleses se organizó temprano y supo defender su propio derecho contra la concepción del derecho justiniano. 3. Los tribunales del rey desarrollaron no sólo el common law, sino también la equity (administrada por el tribunal del canceller), lo cual dio luz al famoso "dualismo", característico del antiguo derecho inglés. 4. La Corona, partiendo de antecedentes germánicos, organizó el sistema del jurado en sus dos acepciones: jurado acusatorio y jurado declaratorio. 5. El resto de la Curia Regis después de la segregación de los encargados de los diversos tribunales, se convirtió en parlamento, y cuando a los nobles feudales fueron añadidos los representantes de ciertas ciudades surgió el bicameralismo inglés. En el tiempo, este desarrollo sirvió de punto de partida para dos ideas importantes: a) que la labor legislativa debe estar separada de la judicial y b) que un parlamento, dividido en dos cámaras de composición diferente permite un

juego político y legislativo más refinado, c) el de una sola cámara; el bicamariismo es, pues, una contribución positiva al sistema de "Checks and balances", que una buena constitución debe organizar.

II. EL ESTADO MODERNO

A) LOS ORIGENES DEL ESTADO MODERNO SEGUN MARIO DE LA CUEVA 63

El estado moderno es el resultado, por un lado, de las pugnas políticas entre los poderes medievales; la iglesia y el imperio, la iglesia y el rey de Francia, este mismo monarca y el emperador, y los reyes y los señores feudales y del otro, de la formación de las comunidades nacionales, particularmente España, Francia e Inglaterra, comunidades asentadas firmemente sobre porciones específicas del territorio europeo. La doctrina lo describe como un estado nacional, territorial, monárquico, -salvo las Repúblicas italianas del siglo XVI- centralizador de todos los poderes públicos y soberano en la doble dimensión externa e interna.

1. "El estado moderno nació en Florencia como una obra de Arte", escribió Jacob Burckhardt en el libro que lleva -- por título: *Die Kultur der Renaissance in Italien*. Nació con el despertar de la idea de la res-pública, quiere decir, -- cuando el problema de Florencia dejó de ser la cosa del rey o del príncipe y devino la cosa de todo el pueblo. "Florencia" añadió el historiador suizo "merece el nombre de primer estado moderno, porque ahí se iniciaron la más alta conciencia política y la mayor riqueza en formas de desarrollo".

Fue en Florencia donde el problema político se hizo -- asunto de todo el pueblo, quiere decir donde los hombres regresaron al pensamiento de la Grecia antigua: una comunidad humana que se gobernaba directamente o por conducto de una serie de magistraturas, una solución posible porque Florencia fue una comunidad pequeña, como Atenas.

2. El pensamiento político medieval fue universalista, consecuencia del sentido ecuménico de la iglesia católica, Otto von Gierke 64 lo expresó en términos insuperables: La humanidad integra en el universo un todo particular que tiene una causa final específica, distinta, tanto de las causas finales de los individuos, cuanto de las que corresponden a las restantes comunidades. Es por ello que a través de todos los siglos medievales, la cristiandad, cuyo destino es idéntico

63 La idea del estado, editado por la Dirección General de Publicaciones de la UNAM. México 12, D. F., pág. 45

64 *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlín, 1881 t. III, pág. 517.

tico al de la humanidad, es concebida como una comunidad única y universal, fundada y gobernada por Dios. La humanidad es un cuerpo místico, forma un solo pueblo, se encuentra unida por los lazos íntimos, se presenta en este mundo como la universitas más vasta, y constituye este Gran Imperio Universal a la vez espiritual y temporal al que se designa como -- ecclesia universalis o como república generis humani. Puesto que tiene un ideal único, presupone una sola ley y un unicus principatus.

Ese pensamiento y ese ideal tuvieron su esplendor más alto en el Imperio Carolingio, pero el mismo Carlo Magno inició su desquebrajamiento al dividirlo entre sus 3 hijos. Jorge Jellinek 65, afirma que para comprender lo que es el estado moderno precisa remontarse a los años de la alta edad media, aquella época en la que el Imperio de los carolingios quedó destrozado para ser substituído más tarde por el Imperio Germánico Sacro y Romano.

Friedrich August Freiherr von der Heydte 66 indica que es en el tránsito del siglo XII al XIII donde debe situarse "La hora del nacimiento del estado moderno", a lo que añadimos que fue por la acción de los reyes de Francia, de Inglaterra y de Castilla, y del emperador Federico II, éste último en relación con el reino de Sicilia, porque fueron ellos quienes se enfrentaron a los dos obstáculos formidables de la iglesia y del imperio y a los señores feudales.

Cuando el rey Felipe Augusto de Francia derrotó al emperador Otón en el año de 1214 en la batalla de Bouvins, se afirmaron las tesis de que el rey era el igual del emperador y de que en su reino no reconocía a ningún superior. En el año 1301, Bonifacio VIII emitió la Bula Ausculta fili en la que insistió en la supremacía del poder espiritual sobre el temporal; contestó el rey Felipe el Hermoso con la convocatoria de los Estados Generales de 1302, asamblea que al decir del historiador contemporáneo Levis Mirepoix, concluyó con una declaración precisa de la soberanía del monarca en su reino y de su independencia frente al papado:

Mercel Pacaud 67, uno de los más hondos historiadores de las luchas políticas medievales, después de relatar los epi-

65 Die Entstehung der modernen Staatsidee, Vortrag gehalten im Frauenverein zu Heidelberg, am 13. Februar 1894, Veröffentlicht im Buch: Ausgewählte Schriften und Reden, Verlag von O. Häring, Berlin, 1911.

66 Die Geburtsstunde des souveränen Staates, Druck und Verlag Josef Habbel, Regensburg, 1962, pág. 41.

67 La Théocratie, L'eglise et le pouvoir au Moyen age.

sodios de la pugna Bonifacio - Felipe, concluye diciendo que "por primera vez en el curso de la edad media, un conflicto entre lo temporal y lo espiritual terminó con la victoria - del poder laico". El mismo publicista de la Universidad de Mainz, Freiherr von der Heydte 68, recogió la declaración -- del embajador de San Luis de Francia: "El rey, a quien se entregó el cetro por su ascendencia real, es mayor que el emperador, a quien una elección arbitraria le llevó al trono".

Al iniciarse la baja edad media, las pretensiones al dominio universal de las potencias supranacionales, la iglesia y el imperio, si bien subsistían teóricamente, principiaron a perder efectividad. La negación de la supremacía de esas potencias era la condición externa y a la vez el impulso para el nacimiento del estado moderno.

3. En las luchas con el imperio y la iglesia conquistaron los reyes la dimensión externa de la soberanía, pero faltaba la segunda, la supremacía del rey sobre los poderes internos de cada pueblo y la consecuente centralización de las atribuciones públicas. Werner Naef 69, asegura que el estado de la baja edad media se distingue por dos rasgos esenciales: contenido estatal limitado y poder estatal muy repartido, lo primero porque la misión de los poderes públicos no era procurar el bienestar de los hombres, y lo segundo porque las funciones estatales estaban distribuidas entre los poderes internos: el rey, los señores feudales, las ciudades, los municipios y las corporaciones. Pues bien, la formación de los estados modernos, en su segunda dimensión fue la consecuencia de la superación de la atomización medieval del poder, lo que se hizo posible, ante todo, por la toma de conciencia del proceso del devenir nacional en los aspectos social y espiritual, de las comunidades europeas, un proceso que cristalizó fuertemente en Castilla, en Francia y en Inglaterra, especialmente en la segunda amenazada de continuo por el imperio y por la iglesia; y por otra parte, la decisión de los reyes castellanos, la fuerza política creciente del parlamento inglés y el prestigio de los reyes franceses se sobrepusieron a los señores feudales y logró centralizar las funciones públicas.

Los dos siglos de lucha de los reyes con los señores feudales condujeron a la famosa definición del profesor alemán Heinrich Triepel en sus lecciones en la Universidad de Berlín en el año de 1933: el Estado renacentista fue la centralización de todos los poderes públicos. El proceso, al que ya nos hemos referido, fue conducido por los reyes, lo que explica que la forma fundamental del estado moderno fuese la monarquía.

68 Obra citada, pág. 62 en nota.

69 La Idea del Estado Moderno, Ediciones Nueva Epoca, Madrid, 1947, pág. 6

B) LOS CARACTERES DEL ESTADO MODERNO

El estado moderno es una obra de arte, pero los escultores fueron las clases poseedores de la tierra y de la riqueza y lo esculpieron para su recreo y para conservar su dominio sobre los sin tierra y sin riqueza que amenazaba verse quebrantado al influjo de las corrientes de la libertad que había despertado el Renacimiento. La historia siguió dos rumbos diferentes, uno en Inglaterra, donde la nobleza y la burguesía naciente se impusieron a la corona, inventaron el sistema parlamentario de gobierno y consignaron las libertades del hombre frente al poder público y el otro en el continente, particularmente en España, Francia y Prusia, países que caminaron hacia el absolutismo del monarca hasta llegar con Luis XIV y Federico el Grande al despotismo ilustrado. El pueblo continuaba trabajando en beneficio de las clases privilegiadas y en los ejércitos de sus majestades que aspiraban constantemente a extender sus dominios.

Este nuevo aparato de poder se vistió con un cierto número de caracteres que lo diferenciaron claramente de las organizaciones políticas del pasado, la mayor parte de las cuales subsisten hasta nuestros días: el estado moderno es territorial, nacional, monárquico, centralizador de todos los poderes públicos y soberano en la doble dimensión externa e interna. El estado moderno es territorial: parece que J.L.Klüber⁷⁰ es el primer tratadista que ya en el siglo XIX definió al estado como una asociación de ciudadanos constituida con un territorio determinado. Este dato, que podría llevar a la creencia en un retardo en la fijación de las ideas es una consecuencia más de la influencia del mundo antiguo, pues los hombres modernos continuaron contemplando a las organizaciones políticas como comunidades humanas con un gobierno cuyo fundamento se encontraba en la tradición, en la supuesta representación de la divinidad o en el pueblo.

Marcel de la Bigne de Villeneuve ⁷¹ hace notar que la idea de autarquía nota esencial para la existencia de la Polis, presupone un territorio, el cual, según la explicación aristotélica ⁷² debía ser suficientemente grande para proveer a la subsistencia de la población de fácil defensa militar y con buenos puertos.

⁷⁰ Öffentliches Recht des deutschen Bundes, 1817. Tomamos la nota de Jorge Jelinek: Allgemeine Staatslehre, Hermann Gentner verlag 1959, pág. 394.

⁷¹ Traité général de pétat, librairie du Recueil Sirey, París, 1929. Pág. 236.

⁷² Aristóteles: La política, libro IV caps. IV a XII.

La negación de las superpotencias internacionales y la consecuencia perdida de su facultad para actuar como superiores sobre las comunidades menores y dirimir sus conflictos, la afirmación de la soberanía potestad que ejercían los reyes dentro de sus reinos y el nacimiento del derecho internacional que brotó del hecho real de la convivencia de las naciones, hicieron del territorio una condición indispensable para la coexistencia de los pueblos. León Duguit 73 afirmó - en nuestro siglo que "El territorio no es un elemento indispensable para la formación del estado". Reconoce no obstante el que fuera maestro de la Universidad de Burdeos, que las sociedades modernas viven permanentemente sobre territorios determinados, así como también que la acción de los gobiernos se ejerce dentro de ellos, más aún, que el territorio es la base para la aplicación del derecho internacional.

2. El estado moderno es nacional: la conciencia de -- constituir una nación surgió en España, en Francia y en Inglaterra, en el tránsito del siglo XV al XVI, años en los -- que aquellos tres pueblos habían alcanzado su unidad territorial y humana: la reconquista de España por los reyes católicos, los triunfos de Francia sobre el imperio y la iglesia y la unidad auspiciada con el aislamiento de las Islas Británicas, provocaron en cada pueblo la conciencia de que poseía -- un pasado y un destino histórico común. El sentimiento de la nacionalidad vivió en el interior de las conciencias individuales y en el alma de los pueblos, de ahí que sea individualista y universalista. La idea nacional, dice Hermann Heller 74, despertó en los años últimos del siglo XVIII: es idealista y cosmopolita, y alcanzó importancia política en la Revolución Francesa.

La nación explica Ernesto Renán 75, es una manifestación de libertad del espíritu, porque "el hombre no es esclavo ni de su raza, ni de su idioma, ni de su religión, ni del curso de los ríos, ni de la dirección de las cadenas de sus montañas". Además expresa el pensador francés que la nación es una gran solidaridad construida sobre el sentimiento de sacrificios cumplidos que se está "todavía en disposición de hacer". Y concluye con la fórmula que se ha torcido clásica: "La nación es un plebiscito de todos los días, en el mismo grado en que la existencia individual es una afirmación perpetua de vida".

Ortega 76 opina que no es el ayer, el pretérito, el haber tradicional, lo decisivo para que una nación exista.

73 Les six livres de la république, libro I, párr. II

74 Las ideas políticas contemporáneas, Edit. Labor, 1930, págs. 118 y siguientes.

75 Qu'est-ce qu'une nation?

76 España invertibrada, primera parte, cap. segundo.

Manuel García Morents 77 dice que las doctrinas en torno a la esencia de la nación, se dividen en naturalistas y espiritualistas: las primeras "son aquellas que consideran que la esencia de la nación consiste en una cosa natural", como la raza, la sangre, el convivir en un territorio o el uso de un mismo idioma para el segundo grupo de doctrinas, la nación es una proyección de la Naturaleza humana porque si es verdad que "el hombre por un lado pertenece a la naturaleza, por el otro, es el único ser dotado de libertad, lo cual consiste, precisamente, en el poder de superar la naturaleza. La libertad añade el autor, convierte al hombre en hacedor de su propia vida y dice que la nación es un estilo de vida que van forjando constantemente los hombres.

A fin de precisar las ideas, creo necesario separar los conceptos de pueblo y nación: el primero es la unidad sucesoria de las generaciones, en tanto la nación es la unidad espiritual de un pueblo que ya se ha realizado en la historia, que tiene un lecho formado, como dice Renan, por un pasado de acciones gloriosas y de hondas tragedias, un pasado generador, según García Morente, de un estilo de vida que se plasma en una cultura propia, ciertamente no desligada de la humanidad, pero sí con características especiales que la singularizan en el tiempo y en el espacio. La nación es una cultura que se integra con una filosofía de la vida, con una literatura y una poesía, con un sentido de las bellas artes, con una ética social, con una estructura política y con un orden jurídico. Es una cultura que corre sobre su lecho en busca de su destino y cuyo motor es la libertad, que es la esencia de lo humano; un destino que es, en la palabra Ortega, la decisión de realizar un programa común en el mañana, que emule y perfeccione las glorias de los antepasados y evite sus dolores, y que mantenga vivo el espíritu de los hombres y el del pueblo.

Según Mario de la Cueva 78 la nación es la unidad cultural de un pueblo, producida en el devenir libre de las generaciones, siempre inconclusas y mirando ardientemente al futuro.

Y también afirma Mario de la Cueva que la idea de la nación surgió vinculada fuertemente a los principios de igualdad y libertad, porque una comunidad de cultura que es una relación espiritual, sólo puede darse entre hombres iguales y libres.

3. El estado moderno nació en forma monárquica: en los años del Renacimiento con la salvedad de las repúblicas italianas los pueblos se encontraron con monarquías hacedoras de su unidad y de su historia, y se sintieron satisfe-

77 Idea de la Hispanidad.

78 La Idea del Estado, editado por la Dirección General de Publicaciones de la UNAM, México, D. F., 1975, pág. 53.

chos con ellas.

Sin duda, existieron hondas diferencias en las monarquías europeas, cuya causa radica en la diversa evolución política de los estamentos. Werner Naef 79 llega a la afirmación de que la primera forma del estado fue la estamental, lo que quiere decir que los estamentos desempeñaron un papel importante en el ejercicio de las funciones propias del Estado.

El constitucionalista del siglo XVIII J. L. de Lolme 80, señala la condición diferente de su país:

En la mayor parte de los estados de Europa, la voluntad del príncipe toma el lugar de la ley; lo que ha originado que de tal manera se confundan las cuestiones de derecho con las de hecho, que sus juristas por regla general consideran al poder legislativo unido necesariamente a la condición del rey, así como también les parece que la plenitud de éste poder fluye necesariamente de la verdadera definición del título de Rey.

4. El estado moderno es una centralización de todos los poderes públicos: la territorialidad, la unidad de un pueblo y su transformación en nación y la presencia de la monarquía, son circunstancias que ya se habían presentado en la Antigüedad y en la Edad media. En cambio uno de los rasgos que individualiza al estado moderno y le separa de su pasado inmediato, es la centralización del poder público, lo que implica, como dato fundamental, la potestad exclusiva de dictar e imponer coactivamente el derecho; por lo tanto los hombres ya no estarían sujetos a potestades distintas, o para usar una fórmula clásica el estado devino la jurisdicción única para la regulación de la vida social.

La locución: centralización de los poderes públicos no significa todo poder al rey, menos aún absolutismo del monarca, sino únicamente que en los reinos o en las repúblicas, existe una sola instancia, la que deberá ejercerse de conformidad con las leyes del reino, por un monarca o por una asamblea o por uno y otra conjuntamente según una distribución de competencias tal como ocurrió en Inglaterra o con otras palabras, el estado moderno representa una forma determinada de ejercicio del poder público: monarquía, aristocracia o democracia o una forma mixta. Por lo tanto, Austria, España, Francia, Inglaterra y Prusia, son estados modernos en la significación plena del término.

79 La Idea del Estado en la Edad Moderna, traducción de Felipe González Vicen, Ediciones Nueva Epoca, Madrid, 1947, -- pág. 12.

80 The Constitution of England, Londres, 1816, pág. 60.

5. EL ESTADO MODERNO ES SOBERANO

Dice Jaques Donnedieu 81 que el estado moderno nació - en aquella época como una afirmación de la individualización de las naciones y de su libertad frente a cualquiera otra potencia:

Fue en el siglo XVI cuando la nación moderna del estado entró en la terminología política. En esa época se opuso al viejo sueño de una soberanía universal cuya ascendencia era triple: romana, cristiana y germánica. Sirvió también para señalar la aparición de poderes absolutos, pero localizados, situados y enmarcados dentro de fronteras determinadas. Fue la rebeldía de las monarquías contra la soberanía imperial y contra la pontifical. Por otra parte, estuvo ligada a los conflictos entre la monarquía francesa y la casa de Austria, a las guerras de religión, y tiempo después al Tratado de Westfalia.

En el contrato social, Rousseau arrebató la idea de la soberanía a los reyes y la entregó a su verdadero titular, - que es el pueblo.

CONSIDERACIONES FINALES

El estado moderno es la estructura política creada por la nobleza y por los reyes para explorar las tierras y los siervos de Europa, y en Inglaterra, a partir de la segunda mitad del siglo XVII, por la burguesía para proteger además la industria y el comercio del capitalismo incipiente o para expresarlo en una fórmula breve: el estado es la estructura de poder de los poseedores de la tierra y de la riqueza para poner a su servicio a los sin tierra y sin riqueza.

El estado moderno fue al igual que en la Antigüedad y en la Edad media y que en los países capitalistas de nuestros días una manifestación clara de la lucha de clases como ley fundamental de la historia, la literatura política de -- aquellos siglos, fue una literatura típicamente clasista: su gran problema consistió en la justificación del poder de los reyes, de la nobleza y de la burguesía. Ni Maquiavelo, ni Bodino, ni Hobbes, ni Bossuet, se formularon la pregunta acerca de las condiciones de vida del pueblo, y en su turno, - John Locke afirmó enfáticamente que los sin-tierra -y- sin-riqueza nada tenían que defender, por lo que no debían participar en el gobierno de la sociedad civil. Sin duda, fueron muchos los que se ocuparon de la cuestión social, y una prueba de ello se dio en la Utopía de Tomás Moro y en la Nueva Atlántida de Francis Bacon.

81 L'etat, Presses universitaires de France, París, 1957, - pág. 6.

Los enciclopedistas del siglo XVIII, cuya influencia - fue decisiva en la preparación de la Revolución Francesa, - confirman en sus exposiciones el punto de vista que hemos presentado.

En el Artículo de L'Encyclopedie 82 se expone: que "La soberanía es un derecho delegable a una o varias personas, que es una república tan soberana como una monarquía".

Henry Michel sostuvo que la idea del estado en los - - años de la monarquía era la verdad la que escribió Bossuet; en un resumen del pensamiento de Hipólito Taine 83 explica que existieron 3 elementos fundamentales en la monarquía: - uno romano que consistía en la delegación de la soberanía - en el príncipe, uno cristiano que hizo de los reyes los representantes de DIOS en la tierra, y uno feudal, que hacía del príncipe el soberano universal y el propietario originario de todos los bienes disfrutados por sus vasallos como - un dominio útil.

82 L'idée de l'état. Libraire Hachette, París, 1896, pág. 4 y sigts.

83 Les origines de France contemporaine.

CAPITULO II

CONCEPTOS

1. CONCEPTO DE ESTADO

Para encontrar el concepto de algo no es posible partir de la nada, que nada es capaz de producir, sino que tenemos que hacerlo con apoyo en un factum, en una experiencia objetiva, y este punto de sustentación sólo se encuentra en la historia de las ciencias. Es pues, en la ciencia del estado históricamente considerada, donde debe comenzar nuestra búsqueda o investigación. Esta disciplina se ocupa de una problemática relativa al poder, el territorio, el pueblo, la Constitución, etcétera. Es decir, de conceptos que únicamente tienen un sentido histórico social en virtud de su determinación jurídica, pues el poder no es visto como fuerza física, sino como facultad de mando de una autoridad, ni el territorio como porción geográfica de tierra, sino como ámbito espacial de validez de un orden jurídico, ni el pueblo como conjunto de unidades biológicas, sino como ámbito personal de validez de este propio orden, ni la Constitución como pedazo de papel escrito, sino como sistema que establece las directivas generales de tal orden regulador. Todo esto hace que el estado sea un deber y no un ser, una realidad normativa y no causal.

El estado es así la personificación del orden jurídico, en cuanto éste lo fundamenta como el último centro ideal y no empírico, de imputación de todas las obligaciones y facultades. Decir esto no es agotar la determinación objetiva del estado, como erróneamente interpretó Heller la doctrina kelseniana, al decir que "el logismo normativo que representan Kelsen y su escuela al contraponer el deber ser, de carácter jurídico, al ser, de carácter social", impide "que entre ellos exista modo alguno de relación ¹". Lo anterior es falso, la teoría pura del derecho no puede contraponer ser y deber, sino que simplemente sostiene que son caminos diversos del conocimiento, entre los cuales no puede haber contraposición alguna, como no la hay entre las proposiciones "a debe ser" y "no a es" ("no se debe robar" y "se cometen robos"), ni considera ningún ser de carácter social, pues concibe a la sociedad como ordenación normativa, como deber.

Ser y deber, causalidad y normatividad, no son ni pueden ser consideradas como dos realidades abismáticamente separadas, sino sólo como dos diversos métodos cognoscitivos, el primero de los cuales ordena todos los contenidos posibles de la conciencia científica, que no es la de A o la de B sino la del pensamiento objetivo en general en relación de causa y efecto, o también, en relación teleológica, relación de medio a fin, en cuanto al medio no es sino una causa que

1 Heller, Herman, Teoría del Estado, p. 202.

se puede elegir, y el fin, un efecto que se aspira a alcanzar (Stammler). El deber es el método que enlaza esos contenidos de la conciencia trascendental (no trascendente en tanto no está más allá de la experiencia), en relación de imputación normativa, relación de supuesto a consecuencia.

El estado sólo puede ser objetivado a partir del derecho que lo determina como orden normativo coercible, para -- que otras ciencias nos expliquen como a él referidos, los diversos elementos significativos que histórica y progresivamente van constituyendo su concepto. De lo cual resulta que el estado es el derecho, en cuanto la jurisprudencia nos proporciona la pauta metódica para arribar al concepto de aquél. Esto es, que el estado no es el derecho positivo, sino la -- personificación, la unidad lógica de todo derecho.

En la obra monumental Staatslexikon 2 se explica que "el término estado fue ajeno a la antigüedad, época en la que se usaron las denominaciones de polis, res publica e imperium. Nació con la idea moderna de estado en Italia, pero fue Maquiavelo quien lo introdujo en la Literatura".

La palabra imperio no substituyó en Roma a los términos civitas y res publica o imperio, según la explicación de M. Ortolan 3 era el título que otorgaban los guerreros al general victorioso y es también el título que el senado otorgó a Octavio en el año 725 de la Fundación de Roma. En los años siguientes, el mismo senado le concedió la dignidad de Augusto y la mayor parte de los poderes correspondían a las diversas magistraturas. Por este procedimiento llegó Octavio a -- una especie de poder absoluto. A partir de esa época imperio significó poder o potestad pública, lo que dio por resultado un cambio en la titularidad del poder, el que pasó del pueblo al emperador o con otra fórmula, la soberanía interna -- concebida como la potestad de dictar el derecho se elevó a prerrogativa imperial.

Las pugnas medievales entre los poderes espiritual y -- temporal produjeron sino un cambio total en la terminología, sí la utilización de algunos términos ya conocidos, imperio y emperador, rey y reino, que se hicieron indispensables: en el siglo V, el papa Gelasio I, propuso la separación de las dos espadas, la del poder sacerdotal y la del poder real; como la espada del poder real era única, el emperador y el imperio se hicieron sus titulares en tanto la espada del poder sacerdotal correspondía al Papa, con la consecuencia de que

2 Herusgegeben von Hermann Sacher in Auftrag der Görres-Gesellschaft. Freiburg in Breisgau, 1931, T. IV, pág. 1803. La Fórmula se reprodujo en la edición de 1962.

3 Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien Henri Flon, Imprimeur Editeur, París, 1870, T. I, pág. 265 y sigts.

la lucha de los poderes surgió entre el imperio y la iglesia. La victoria de 1214 de Felipe II sobre el emperador Oton en la batalla de Bouvins, determinó el ascenso de Francia a una potencia temporal rival del imperio. Desde entonces las palabras rey y reino entraron definitivamente a la terminología política.

Jorge Jellinek ⁴ revela que "aunque de una manera completamente aislada, la palabra status se encontraba ya en Inglaterra en el siglo XIV", y después de citar algún escrito de esa época, añade que "el uso del término fue más frecuente en el siglo XV". Existe no obstante una opinión coincidente, que ya señalamos en el sentido de que fue Maquiavelo - quien "introdujo la palabra estado en la literatura política". El príncipe se inicia con la frase célebre: "todos los estados, todos los dominios, que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados".

El cambio terminológico no fue un mero accidente: Maquiavelo se encontró una Europa Nueva cuyas naciones o pueblos, firmemente asentados sobre territorios determinados, habían formado comunidades plenamente unidas independientes unas de otras y con un poder político que había logrado centralizar todos los poderes públicos. Estas nuevas unidades habían roto la jerarquía medieval y destruido el sistema feudal: eran comunidades territoriales con un poder político unitario.

En el pensamiento del florentino, la palabra estado devino un término genérico que comprendía dos especies: república o principado, dos formas de gobierno, esto es, dos maneras de gobernar a los pueblos.

A) SIGNIFICACION GRAMATICAL DE ESTADO

La palabra estado proviene de la voz latina status. Pero esto no quiere decir que los romanos la hubiesen utilizado con la significación actual de estado, ni siquiera que tuviera un significado más o menos próximo. Al hablar de su comunidad usaban preferentemente el término pueblo romano o el de res publica. La palabra status significaba algo radicalmente distinto, a saber, condición o en todo caso constitución. Con estos significados, la palabra status exigía un genitivo que expresara de qué constitución o condición se trataba. De lo que se deduce inequívocadamente que en la medida en que el término status no se encuentra sólo, sino que va acompañado de un genitivo, no puede tener el significado específico de estado.

4 Allgemeine Staatslehre, tercera edición reproducción facsimilar, pág. 132 nota 2.

B) CONCEPTOS DOCTRINALES DE ESTADO

El ilustre rector del siglo XIV de la Universidad de París Marsilio de Padua. En el defensor Pacis colocó a la palabra ciudad, a la que define siguiendo a Aristóteles, como "la comunidad perfecta que ha alcanzado el grado más alto de autosuficiencia, que se forma para hacer posible la vida, pero que subsiste por la necesidad vivir bien".

El tipo ideal de Weber no puede representar al estado como una estructura objetiva de la realidad, sino que por estado entiende, tan sólo, una síntesis subjetiva mental -- realizada arbitrariamente por el sujeto de conocimiento. A través de la breve exposición que Weber hace del concepto de estado afirma que es "una multitud de acciones y pasiones humanas difusas y discretas, de relaciones fáctica y jurídicamente ordenadas. En parte de carácter único y en parte que se repiten según ciertas reglas todas las cuales se mantienen unidas mediante una idea, la creencia en normas que valen o que deben valer y en relaciones de poder de hombres sobre hombres". Al concepto del estado según el tipo ideal, no corresponde ninguna unidad real, sino que es una ficción o síntesis mental que el estudioso procediendo soberanamente, puede construir o abandonarla a placer, y para lo cual utiliza un conjunto carente de sentido, de actividades difusas y una idea que las enlaza de cualquier manera.

La formación de conceptos según tipos ideales especialmente tal como aparece en Max Weber, no puede satisfacer -- las exigencias de la teoría del estado.

El carácter psicológico-histórico del concepto estructural concreto que se llama "estado", señala, pues, estructuras sociales reales, realizadas psíquicamente por hombres y que son forma abierta a través de las cuales circula el tiempo.

Con el concepto de forma se evitará, sobre todo, considerar a la formación social como un agregado espacial, susceptible de ser dividido en partes; pues ni la estructura se puede revisar de los "elementos" ni estos de aquella. Si no que todo lo que se diga de los "momentos" siguiendo a Hegel habrá de decirse también, necesariamente de la conexión de forma y viceversa. Con esta exigencia, sin embargo, viénesse a dar en insoluble contradicción con el modo analítico de formar los conceptos o, dicho más exactamente, ese modo se revela, para nuestro fin de conocimiento insuficiente y tenemos que apelar a otro, a saber al modo dialéctico de -- pensar. Y no porque el modo dialéctico de formación de conceptos no se base también en la separación y análisis del objeto, ya que todas las operaciones de aislamiento y análisis conservan como grados necesarios aunque dialécticos del

proceso de conocimiento su desecho relativo. La diferencia está en que esos grados no deben estimarse definitivos sino que han de ser desplazados y reclamados de nuevo por un grado superior de conocer e incluidos luego en el conjunto que es lo único que posee verdad y realidad.

Todos los pares opuestos sujeto-objeto, sentido-acto, -cuerpo-alma, psíquico-físico, ser-devenir, etc., sólo pueden ser comprendidos como oposiciones dialécticas. Estas separaciones que realizamos con nuestro pensar discursivo, aparecen relativamente justificadas, pero siempre a condición de que sean referidas al todo y no se consideren como separaciones definitivas pues, como tales, carecen de todo valor para el conocimiento por cuanto vendrían a falsear la imagen de la realidad. La relación dialéctica consiste, pues, en que dos afirmaciones que no pueden referirse la una a la otra ni ambas a una común raíz lógica, aparecen, sin embargo unidas en un objeto real en el que, junto a la una, se halla siempre la otra.

La especial índole de ese procedimiento dialéctico entraña una seria dificultad de exposición. Esta dificultad radica en el simple hecho de que no se puede decir todo al mismo tiempo y, no obstante, así debiera poder hacerse para satisfacer plenamente las exigencias de la conexión dialéctica en la que cada afirmación tiene que relativizarse por referencia a las demás. Si comenzamos la exposición con una descripción de los momentos particulares de la estructura -lo que naturalmente, nada tiene que ver con el individualismo- no podemos describir al mismo tiempo, el todo, -que es sin embargo, una condición del modo de ser de los miembros; y lo propio sucedería invirtiendo los términos. Por esta inasequible dificultad es por lo que, justamente hay que tener siempre muy presente el carácter dialéctico de la formación conceptual.

El estado 5 no debe ser concebido, ni como una conexión racional de leyes ni como una conexión de sucesión lógica o temporal. Pero, indudablemente, en la forma estatal operan leyes, y, de otra parte, su estructura es una forma abierta que permanece a través de los cambios históricos. Por tal razón, tanto los conceptos genéricos como los individuales son, no sólo posibles, sino incluso necesarios. Pero su función es sin embargo, aquí, la de servir únicamente como medios para un fin, que es el de concebir al estado como forma, como una conexión real que actúa en el mundo histórico-social.

En el artículo, sobre el estado de Monsieur le Chevalier de Jaucourt se parte de la perspectiva griega y romana

y define al estado en sus primeros renglones diciendo que es "un término genérico que designa una sociedad de hombres que viven unidos bajo un gobierno cualquiera", pero con el propósito de precisar la definición se explica que "de esta manera se puede definir al estado como una sociedad civil, por lo cual, se une una multitud de hombres bajo la dependencia de un soberano, a fin de gozar, por su protección y sus cuidados, de la felicidad y seguridad que faltan en el estado de naturaleza". Y se agrega, que la definición propuesta coincide con la de Cicerón.

Jouvenel afirma que "el estado es el aparato que gobierna a la sociedad".

Douverger dice que "estado es gobierno".

Jellinek 6, dice que el estado es la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.

En el Manuel de droit constitutionnel 7 se encuentra la siguiente definición: El estado es el fantasma que han inventado los poseedores de la tierra y la riqueza para imponer coactivamente a los sin -tierra- y sin -riqueza-, el respeto de la propiedad privada.

Harold J. Laski, eminente maestro de la London School of Economics and Social Science, en su obra fundamental El Estado Moderno 8 escribe, "las doctrinas acerca de la naturaleza del Estado pueden agruparse en dos corrientes: La concepción idealista, según la cual el Estado posee una realidad óptica, independiente de la existencia de los hombres y del pueblo, cuyo representante más vigoroso en la edad contemporánea era Jorge Guillermo Federico Hegel, y la posición realista, que lo contempla como un fenómeno social, carente de un ser propio, doctrina que estaba representada por Duguit, por Laski, y por el materialismo histórico.

Una nueva postura que se enfrentaba al realismo, cuyo efecto consistía en colocar al estado, como un ente con vida propia jerárquicamente superior al pueblo y a los hombres, es decir, consistía en la identificación de los términos estado y comunidad humana organizada.

El escritor alemán Bluntschli, propuso en la primera mitad del siglo pasado dos definiciones coincidentes:

"El Estado es una reunión de hombres, que forman una persona orgánica y moral en un determinado territorio, divididos en gobernantes y gobernados".

6 Obra citada, pág. 183

7 León Duguit ancienne librairie Funtemoing, París 1918.

8 Traducción de Teodoro González García, librería Boch, Barcelona 1932.

"El estado es la persona políticamente organizada de la nación en un territorio".

A principios de nuestro siglo, el ilustre maestro francés Adhemar Esmein definió al estado diciendo que es "la -- personificación jurídica de una nación".

El maestro brasileño Aderson de Menezes, después de señalar que "por todo el mundo corre la definición del estado como la nación políticamente organizada", considera que no todo estado es nacional, por lo que lo define como "Una sociedad humana establecida sobre territorio propio y sometida a un gobierno que es originario"

En una nueva oposición a esta tesis, los partidarios de la concepción realista afirmaron que la sociedad o nación y el estado son dos conceptos distintos, y que el segundo es la estructura de poder que crea aquella para mantener la independencia hacia el exterior, conservar la paz social y promover o facilitar el bienestar de los hombres y del pueblo.

Delante del Apocalipsis de la segunda guerra, Bertrand de Jouvenel insistió un día, en la ambigüedad del término estado:

El término estado- posee dos sentidos esencialmente distintos: Ante todo, designa una sociedad que tiene un poder autónomo. Dentro de esta concepción, todos los seres humanos somos miembros del estado. Pero por otro lado significa el aparato que gobierna a la sociedad; según esta connotación, los miembros del estado son únicamente los que participan en el ejercicio del poder, por lo tanto, el estado es ellos. Si nos situamos en esta segunda acepción, y declaramos que el estado es el aparato de poder que gobierna a la sociedad, no hacemos sino emitir un axioma. Pero en el instante en que se desliza en forma más o menos subrepticia el primer significado, se aparenta que la sociedad es quien se gobierna a sí misma, lo que hace falta demostrar.

El maestro y escritor Maurice Duverger ⁹, presentó también la oposición entre las 2 concepciones: La palabra estado posee dos sentidos: el estado-nación y el estado-gobierno. En su primer sentido, designa la sociedad nacional, y -- por lo tanto un tipo de agrupamiento humano que nació a fines de la Edad media, y que es en la actualidad, la organización más fuerte y mejor integrada. El término estado-gobierno, designa a los gobernantes, a los jefes de la sociedad nacional.

9 Maurice Duverger: Cours de Sociologie Politique, les Cours de droit, París, 1961-1962, pág. 11 y sigts.

Mario de la Cueva 10 dice que estado es una Organización que ha servido y sirve a los dueños de los esclavos, a los propietarios de la tierra, a la nobleza, y a la burguesía para dominar a las grandes masas humanas y explotar su trabajo.

Marx pone de relieve que la lucha de clases es la ley fundamental de la historia y que dentro de esa ley, las estructuras políticas se han constituido por los poseedores de la tierra y de la riqueza para dominar a las masas humanas desposeídas. Marx propuso la supresión de la propiedad privada y con ella del poder político, que será substituido por la organización de la estructura económica de cada pueblo y de la humanidad para servicio de todos los seres humanos.

Juan Jacobo Rousseau en el Contrato Social pretendió entregar el poder a la voluntad general del pueblo, formada con la concurrencia de las voluntades de todos los ciudadanos.

Según Eduardo García Maynes 11, el estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que ejerce en determinado territorio.

Según Modesto Seara Vázquez 12, el estado es una institución jurídico política, compuesta de una población establecida sobre un territorio, y provista de un poder llamado soberanía.

Para Duguit, padre de la escuela realista del derecho: El estado es un proceso social, fundado en las diferencias entre gobernantes y gobernados, es una entidad real y no una mera reducción formal.

Según Oppenheim 13, un estado, propiamente dicho -a diferencia de una colonia- existe cuando el pueblo se halla establecido en un territorio bajo su propio gobierno soberano. Se requieren cuatro condiciones para poder afirmar la existencia del estado:

Primera, debe existir un pueblo. Un pueblo es un conjunto de individuos de ambos sexos que viven juntos en comunidad, a pesar de que pueden pertenecer a diferentes razas o credos y ser de color diferente.

10 La Idea del Estado, editado por la Direcc. Gral. de Public. de la U.N.A.M., 1975, pág. 9.

11 Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, S. A. 1977, pág. 98.

12 Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, S. A. 1979, pág. 83.

13 Tratado de Derecho Internacional Público. Traducción de J. López Oliván y J.M. Castro Rial, Bosch, Barcelona 1961, pág. 126.

Segunda: debe existir un territorio en el cual se ha establecido el pueblo. Un pueblo errante no es un estado. Pero el territorio puede ser grande o pequeño; pueden existir en él varias ciudades o una sola.

Tercera: debe existir un gobierno; es decir, una o más personas, representantes del pueblo, que gobierna con arreglo a la ley del país. Una comunidad anárquica no es un estado.

Cuarta: debe ser un gobierno soberano. Soberanía es autoridad suprema, autoridad independiente de otra autoridad terrena cualquiera. Soberanía en el sentido más estricto de la palabra supone por lo tanto libertad completa, dentro y fuera de los límites del territorio.

C) CONCEPTO QUE SE PROPONE DE ESTADO

El Lic. Manuel Carrión Tizcareño 14, define al estado como: La organización jurídica de una sociedad, bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio.

Propongo esta definición porque de ella se desprenden los tres elementos del estado: la población, el territorio y el poder.

D) LOS ELEMENTOS DEL ESTADO SEGUN SANTIAGO OÑATE LA-BORDE Y DAVID PANTOJA MORAN 15

El estado es una institución que tiene límites bien determinados en espacio y tiempo; que siendo un producto histórico del desarrollo económico, político y cultural de la sociedad humana, aparece en un momento preciso de su evolución y también en una delimitación geográfica precisa.

La doctrina tradicional del estado ha tenido en el territorio, el pueblo y el poder, los elementos relativamente permanentes que integran al estado. Y es preciso aclarar que si el estado es una unidad organizada, producto de un determinado grado de evolución histórica de la sociedad, estos elementos condicionan, a manera de estímulos u obstáculos, el nacimiento y la permanencia de la unidad estatal.

Así entendido el problema, el estado no puede ser concebido como un simple reflejo, como un simple producto de -

14 Nociones de Derecho, Ediciones Rodas, México, 1974, pág. 79.

15 El Estado y el Derecho. Editorial Edicol S. A. México - 1979, pág. 77.

sus elementos, ya que éstos solamente lo condicionan y, en consecuencia, no son suficientes para explicarlo. El estado no es ni meramente su territorio, ni sólo la población, ni el poder puramente, ni un simple conjunto de normas, ni tampoco la suma de estos elementos, ya que está regido por sus propias leyes que le dan una peculiaridad distinta a la de sus elementos.

EL TERRITORIO DEL ESTADO

Nadie puede negar la enorme importancia que los factores geográficos tienen para la vida del estado: la geografía política y los grandes pensadores ocupados en la Teoría política lo han señalado. Sin embargo, las circunstancias geográficas en que se encuentra inserto un estado, no explican por sí solas su existencia, ni su peculiaridad, pues ningún hecho geográfico tiene importancia política con independencia del obrar humano.

Históricamente, el territorio es la condición natural para el nacimiento del estado. Erosionado por sus contradicciones internas y devastado por las invasiones bárbaras, el Imperio Romano se derrumba y, en el mundo conocido hasta ese entonces, empieza un largo proceso que con el tiempo desembocaría en la formación de las primeras naciones. Las tribus bárbaras, después de errante peregrinar, comienzan a fijar, sedentariamente, su lugar de residencia. La fundación de señoríos feudales, que coexisten con príncipes y reyes, y las pretensiones de hegemonía universal del Papa y del Emperador, impidieron, o por lo menos pospusieron, la formación de fronteras nacionales. Pero las monarquías absolutistas, en cambio, sí lograron la delimitación geográfica, más o menos precisa, del ámbito de su dominio y, con ello, la cabal formación de las nacionalidades.

Ahora bien, el estado nace como estado nacional, esto es, que fue la nación la base social sobre la que se erigió la supraestructura política: el estado, y, de manera general, las formas actuales de gobierno son especies del estado-nación.

El territorio no sólo es condición para el nacimiento del estado, lo es también de su permanencia. En efecto, el territorio es la garantía de la unidad nacional, en tanto que sirve de sustento a los propósitos de unidad y vida en común de una nación. Consecuentemente, es también el fundamento de la unidad y permanencia estatal, en tanto que permite a un pueblo vivir bajo un único gobierno central lo suficientemente fuerte para mantener su independencia frente

a otras potencias.

Las consideraciones en torno al territorio del estado traen aparejado el problema de la soberanía territorial, y la Teoría del Estado ha señalado dos dimensiones de ésta: una, exterior, de naturaleza negativa; y otra interior, de naturaleza positiva.

En su dimensión negativa o externa, la soberanía territorial excluye la intervención de otro y otros estados, dentro del ámbito territorial de un estado dado, y la doctrina ha utilizado el término de "impenetrabilidad estatal", para connotar la prohibición que las reglas de Derecho Internacional prescriben para que un estado intervenga dentro del territorio de otro.

En su dimensión positiva o interna, la soberanía territorial consiste en la facultad ilimitada que una nación tiene de utilizar su territorio explotando, en beneficio de su población, los recursos naturales, minerales y energéticos que dentro de él se encuentren.

EL PUEBLO DEL ESTADO

Algunos autores, como Gumplowicz, atribuyen el origen del estado a la lucha de razas; otros más, como Gobineau y Chamberlain, parten de la creencia subjetiva en la existencia del origen racial común de ciertos pueblos, y de ello deducen una conducta política determinada. Estas ideas sirvieron de fundamento a la concepción nacional-socialista -- del estado y del Derecho, que con la pretendida superioridad de la supuesta raza aria, trataba de justificar su afán de dominio universal y las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen nazi.

Hay que aclarar que la ciencia ha negado la existencia de razas puras y no se ha descubierto aún la relación entre raza y aptitudes políticas, por lo que se puede afirmar el carácter de ideología encubridora de exigencias de hegemonía de esas doctrinas; entonces, la raza no es la que nos puede proporcionar un criterio válido como elemento del estado. Busquemos los orígenes del pueblo, en una acepción -- cultural, como elemento del estado.

La sociedad en las formaciones feudales se organizaba en forma piramidal de obediencia, dividida en estamentos, cuya base era la propiedad de la tierra. En teoría, el rey o príncipe poseían toda la tierra; en la práctica, entregaban la mayor parte a los nobles señores feudales, a cambio de determinados servicios; éstos, a su vez, y a cambio tam-

bién de otros servicios, traspasaban parcelas de esas tierras a los inmediatamente debajo; y, finalmente, se hallaba el siervo que, atado a la tierra, debía hacerla producir y entregar los frutos de ella a cambio de la posibilidad de explotar una parcela para su propia subsistencia.

En una sociedad como la descrita, en que la desigualdad estaba reconocida por la ley y la costumbre, el pueblo no podía contar para nada en la organización política. Fue necesaria la aparición del modo de producción capitalista para que esta situación se modificara. En efecto, la moderna sociedad de mercado se funda sobre la producción mediante el cambio y para esto es indispensable la equivalencia e independencia formal de todos los hombres para poder intercambiar libremente mercancías entre sí. De ahí que la bandera de las revoluciones político-burguesas fuera: igualdad y libertad.

La propiedad de la tierra, que en la época feudal es fuente de poder político, y que condiciona la organización de la sociedad en estamentos y castas cerradas y que hace posible que las más bajas de ellas se encuentren política y jurídicamente discriminadas, es abolida y sustituida por la propiedad privada de los medios de producción. Las leyes, la costumbre y el aparato coactivo de la sociedad feudal, protegían sólo al grupo privilegiado de detentadores de la tierra, pero el Derecho y el estado modernos protegen en adelante a todos los hombres, en tanto que cada hombre es considerado como propietario de mercancías por intercambiar.

En consecuencia, la vida del hombre moderno se encuentra dividida en dos ámbitos: uno privado y otro público.

Como hombre privado está abandonado a las leyes de la economía, y en este ámbito o esfera es sujeto de las relaciones que establece con los demás hombres para producir su vida material. Es ahí donde el que sólo tiene su fuerza de trabajo, como intercambio de mercancía para los satisfactores que le son necesarios en su subsistencia, se ve obligado a entrar en un desigual competencia con el propietario de los medios de producción.

Como hombre público, en cambio, es el ciudadano, miembro igualitario de la comunidad, con iguales derechos y obligaciones que el resto de sus conciudadanos. En esta esfera, el Derecho y la Política reconocen en todo hombre su calidad de participante de la comunidad, independientemente de su condición social y, como tal, le conceden iguales derechos en la toma de decisiones y en la conducción de su comunidad, que se materializan en la facultad de darse representantes.

Por otra parte, el poder político, que en la polis griega no está separado de la comunidad de los señores propietarios de esclavos, sino que es ejercido por ella misma, y que en la sociedad feudal está íntimamente ligado a la propiedad de la tierra, en la sociedad moderna se separa y se erige por encima de ella. Separado el estado de la sociedad, no puede, con todo, vivir divorciado de ella por lo que es necesaria su vinculación a través del consentimiento y aceptación que el pueblo ciudadano hace de sus gobernantes.

Surge entonces la necesidad que los gobernantes tienen en el estado moderno de recibir tal investidura de la voluntad popular y de buscar, también en ella, la justificación de su actuación política. Es de esta manera que el pueblo deviene en un elemento del estado. En tanto que en la más pura tradición constitucionalista, la nación es anterior a la forma de organización estatal, ella funda al estado y tiene siempre el inalienable derecho de cambiar esa forma de gobierno y darse la que más le convenga. Sin embargo, es la nación, persona moral, ser intangible, la que legitima el derecho de mandar de unos y la obligación de obedecer de otros, y la única que tiene el derecho de ser representada, no así los hombres reales miembros de la nación.

El estado moderno es, entonces, un estado representativo, en la medida en que es la nación su base de sustentación y fuente de vida, pero como la nación no puede ejercer por sí misma el poder, necesita de representantes que lo hagan en su nombre. Así, si bien es cierto que el pueblo no es solamente un elemento más del estado, sino el más importante de entre ellos, por cuanto que su función es la de justificarlo; no es menos cierto que el contenido real de esta función se reduce al sufragio que permite al pueblo nombrar a sus gobernantes con cierta regularidad.

EL PODER DEL ESTADO

La organización política de la Edad Media no permitió la existencia del estado, en el sentido moderno de ser una unidad de dominio, independiente en lo interior y en lo exterior, que actuara de modo continuo a través de órganos de poder propios y claramente delimitados en lo personal y en lo territorial, pues casi todas las funciones que el estado moderno monopoliza se hallaban entonces repartidas en diversos depositarios: la Iglesia, los nobles latifundistas, los fueros y privilegios concedidos a burgos, ciudades, corporaciones, etc.; y, en lo exterior, el poder de reyes y príncipes estaba limitado por el del Papa y el del emperador.

La monarquía absoluta cumple, pues varias tareas históricas: a) unificar los poderes que se encontraban dispersos; b) delimitar geográficamente las fronteras territoriales del estado nacional; y, c), como consecuencia, la de vincular cultural, lingüística, religiosa e históricamente, a pueblos de origen distinto, lo que con el correr de los años engendra las nacionalidades.

Se puede afirmar que la monarquía absoluta es el antecedente más inmediato del estado moderno; prácticamente todos sus elementos están dados en ella, sólo el pueblo no aparece todavía como tal.

Para surgir como estado nacional, la monarquía absoluta tuvo que afirmarse como soberana frente a potencias externas y fuerzas internas que le disputaban el poder. Y la evolución se iba a completar trasladando la titularidad de la soberanía del monarca a la nación; de esta manera, la soberanía como poder de autodeterminarse, autogobernarse y autolimitarse y que se resume en la facultad de darse una constitución, se deposita en la nación, la que para ejercer sus poderes tiene que nombrarse representantes.

2.- CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Partiendo del supuesto de que el derecho subjetivo es algo diferente de la norma positiva, del derecho objetivo, el pensamiento jurídico tradicional se ha preocupado siempre por "definir" aquél, por encontrar las notas características que permitan destacarlo con individualidad y proyección propias frente al derecho objetivo. Esto es, se ha pretendido caracterizar metajurídicamente un objeto esencialmente jurídico, como lo es el derecho subjetivo. Ahora bien, independientemente de la contradicción que tal intento implica, porque o bien el derecho subjetivo es derecho, es algo jurídico, o bien no lo es, pero sin que pueda ser a un tiempo jurídico y no jurídico; podemos decir que ninguno de estos esfuerzos ha sido totalmente frustráneo, por que tales ensayos nos han permitido descubrir una larga serie de predicados objetivos, es decir, no contradictorios, del objeto en cuestión.

Claro está que para poder afirmar al derecho subjetivo como algo diferente del derecho objetivo, es menester partir de una postura que permita concebir ambos como especies particulares de un mismo género al que se llamase derecho en general, o bien, que permita deducir el uno del otro. Pero como la primera alternativa llevaría a la forzosa aceptación de dos órdenes jurídicos diferentes: el sub-

jetivo y el objetivo, imposibles de vincular en forma alguna sin desnaturalizar uno de ellos, porque lo subjetivo no puede ser a la vez objetivo sin dejar de ser lo primero, o viceversa, esto es, que el solo planteamiento de la cuestión presenta una contradicción in adjecto; tiene pues que optarse por la segunda alternativa; es decir, por derivar el derecho objetivo del subjetivo, o a la inversa. El pensamiento jurídico ha derivado siempre el derecho subjetivo del objetivo, pero generalmente se ha negado a admitir tal cosa por razones que no son del caso analizar, porque lo importante es mostrar que, lógicamente, el derecho objetivo ha precedido siempre desde el punto de vista teórico al derecho subjetivo.

Desde luego que para derivar el derecho objetivo del subjetivo es preciso afirmar algo totalmente incongruente, o sea: que puede hablarse objetivamente de una cosa esencialmente subjetiva, como sería la existencia en sí de derechos subjetivos. Sin embargo, conscientes de esta contradicción los autores que se han ocupado del tema, intentaron siempre arribar a la determinación objetiva del derecho subjetivo merced a criterios teleológicos y sociológicos, sin lograr su fin, por haber tenido que retornar consciente o inconscientemente al criterio jurídico. Es de estos diversos intentos de los que habremos de servirnos para determinar los distintos predicados que, concurren actualmente a formar el concepto del derecho en sentido subjetivo. Naturalmente que esta determinación la haremos de la única manera posible, esto es, precisando el derecho subjetivo en función del objetivo, del mismo modo que voluntaria o involuntariamente se ha hecho siempre por el pensamiento jurídico tradicional.

A) SIGNIFICACION GRAMATICAL

La palabra derecho según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, proviene del latín *directus*, que significa directo. Adj. recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro // justo, fundado, razonable, legítimo // ant. cierto, conocido como verdadero, indubitable // facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida.

La palabra subjetivo proviene según el Diccionario Larousse del latín *subjectus* que significa colocado debajo. Relativo al sujeto pensante por oposición a objetivo (relativo al objeto pensado). // Por ext. individual, que varía con los gustos, los hábitos, etc., de cada uno.

B) CONCEPTOS DOCTRINALES

a) Windscheid. Es Bernardo Windscheid en su obra -- Lehrbuch des Pandektenrechts, el descubridor del derecho subjetivo como "poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico" 16 en cuanto al derecho atribuye al facultado una voluntad decisoria para la efectividad y, en ciertos casos, hasta para la existencia misma del mandato emitido por el orden jurídico. Habiendo sido criticada esta doctrina por diversos autores, principalmente por -- Ihering, quien sostiene que la substancia del derecho no puede residir en el fenómeno volitivo, Windscheid ha aclarado que por voluntad entiende "la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado" 17, con lo que el derecho subjetivo viene a ser en este pensador el propio derecho objetivo, en cuanto otorga facultades al sujeto designado por la norma, por lo que sin incurrir en contradicción alguna podemos suscribir la tesis anotada, máxime cuando su mismo autor acepta que "el derecho objetivo puede ir asignando diferentes contenidos de voluntad, a las autorizaciones o pretensiones que caracterizan los derechos subjetivos" 18.

Ahora bien, al suscribir la doctrina de Windscheid, lo que queremos decir es que para nosotros el derecho subjetivo es la voluntad objetiva, contenida en la norma positiva, del sujeto facultado por el derecho objetivo, y no la voluntad psicológica de los individuos. Esto significa que el ser voluntad normativa es una de las calidades o predicados posibles del derecho subjetivo, pero no el único, en cuanto tiene y puede tener muchos más.

b) Ihering. Para Rodolfo Ihering "los derechos (subjetivos) son intereses jurídicamente protegidos" 19. Pero habiéndose criticado este pensamiento, en el sentido de que el interés individual puede exceder o bien no alcanzar las ventajas que otorga el derecho objetivo, Ihering explica que su doctrina se refiere a los "intereses medios", esto es, a los intereses generales y constantes en una sociedad, los que el orden jurídico toma en cuenta para protegerlos, con independencia de los propósitos individuales. Con esto, Ihering desemboca en una concepción que, al igual que Windscheid con la suya, sólo puede suscribir hasta sus últimas consecuencias, negando el punto

16 Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, - Párrafo 37, libro primero, primer tomo; contenido en el - Apéndice a la dogmática jurídica de Ihering, traducción - Enrique Príncipe y Satorres, Buenos Aires, Argentina, - - 1946

17 Obra citada, p. 226

18 Rojina Villegas Rafael, Introducción al estudio del - derecho p. 299

19 Ihering, Rudolf von, Apéndice a la Dogmática jurídica, p. 181.

de partida: diferenciar esencialmente el derecho subjetivo del objetivo. En efecto, "frente a la irrelevancia del interés individual concreto respecto de la norma jurídica objetiva" 20, los "intereses medios" no pueden ser sino los intereses protegidos por el derecho positivo en una época y en un lugar determinados, porque resulta imposible precisar universalmente, es decir, de manera objetiva, otra clase de intereses generales y constantes en una sociedad, y porque los sujetos concretos del orden no poseen otros intereses que los individuales. En consecuencia, el derecho subjetivo como interés medio jurídicamente protegido, es la propia norma positiva en cuanto ésta determina y protege idéntico interés que aquél. Es decir, que no puede distinguirse ya, como pretendía el propio Ihering, entre intereses con protección jurídica e intereses que carecen de ella, pues el interés individual será siempre algo subjetivo por esencia, y el interés general y constante, tendrá que ser determinado por el derecho protegido jurídicamente como diría este pensador para ser tal interés en un sentido objetivo.

Así, pues el derecho subjetivo, es un interés jurídicamente protegido, en cuanto este interés se encuentra determinado objetivamente por la norma positiva, por el derecho objetivo.

c) Jellinek. Al expresar que suscribíamos la doctrina de Windscheid, especificámos que el ser voluntad normativa es una de las calidades posibles del derecho subjetivo pero no la única, esto es, que el propio objeto tiene y puede tener muchas más, lo cual es fácilmente comprensible si consideramos que todo objeto posee una serie innumerable de predicados, los cuales no se agotan en los que son conocidos, pues si se agotaran carecerían de sentido el progreso constante de la ciencia, el avance indefinido de la investigación, es decir, que nos encontramos obligados a pensar que si el objeto A tiene los predicados a y b, únicos conocidos hasta ahora, puede también tener otras diversas calidades.

Por tanto, no tenemos por qué ver con repugnancia alguna que el derecho subjetivo sea a un mismo tiempo voluntad normativa e interés jurídico, máxime si, como hemos visto, ambas calidades se disuelven íntegramente en la norma positiva, en el derecho objetivo, contemplando a través del sujeto facultado por el mismo, en el primer caso, y del interés objetivo, en el otro.

Ya Jorge Jellinek había reunido ambas determinacio-

20 Kelsen, Hans, Teoría general del Estado, traducción de Luis Legaz y Lacambra, pág. 73.

nes en el concepto de derecho subjetivo, al decirnos que es "un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual". Claro está que Jellinek, pretendiendo superar a Windscheid y a Ihering no consigue elevarse al punto de vista objetivo a que llegaron aquéllos, pues como se desprende del texto mismo de su "definición", interés y voluntad son para él el interés y la voluntad de la unidad biológica hombre, el querer psicológico del individuo, en tanto que Windscheid alcanzó a precisar el concepto de voluntad como voluntad jurídica y no subjetiva, y por otra parte, Ihering pretendió determinar el concepto del interés mediante desindividualización del mismo, al elaborar su doctrina de los "intereses medios" que, aun cuando no logra arribar con buen éxito a la objetividad del concepto del interés.

d) Stammler. En Rudolf Stammler, "todo Derecho subjetivo (o voluntad sujeta al derecho) depende de un derecho objetivo (o voluntad jurídicamente soberana)" 21, por lo que una "facultad jurídica" es la voluntad "conforme a Derecho" de un "sujeto de Derecho". Esto es, que se puede hablar del derecho en sentido objetivo o en sentido subjetivo, "según que la voluntad jurídica se halle determinada en el sentido de la soberanía política o en el de la sujeción al Derecho". Es decir que para Stammler el derecho subjetivo no es otra cosa que "una voluntad históricamente dada, determinada ya por la noción condicionante del Derecho y de sus formas conceptuales puras", por lo que habrá que concebirlas en cuanto a "su modo peculiar de ser, sobre los modos condicionantes de ordenación del pensar jurídico", acudiendo para ello "a las nociones metódicas de la soberanía política y de la sujeción del Derecho". O en otras palabras: el derecho subjetivo y el objetivo no son en Stammler sino una y la misma cosa, por cuanto la posibilidad de su conocimiento se encuentra sujeta a idénticas condiciones lógicas, ya que si conocemos una voluntad como jurídicamente soberana, nos encontramos frente a un derecho objetivo, y por el contrario, si se trata de una voluntad jurídicamente subordinada, nos hallaremos frente a un derecho subjetivo, por lo que si consideramos que toda voluntad objetiva es a un tiempo soberana, en cuanto jurídica, y subordinada, en tanto su validez como elemento parcial del derecho depende de otro elemento del mismo, tenemos que concluir que del pensamiento de Stammler se sigue la identificación (no identidad tautológica) del derecho subjetivo con el objetivo. Desde luego conviene anotar que Stammler da al concepto de derecho subjetivo, una acepción demasiado amplia al entenderlo como voluntad subordinada en general, pues esta significación no coincide con el sentido histórico de la expre-

21 Stammler Rudolf, Tratado de filosofía del derecho, -- Trad. Wenceslao Roces, Editorial Reus, Madrid, 1930, pág. 293, nota 7.

sión, a la que sólo se ha visto por lo común como facultad de un sujeto de derecho, como voluntad de una persona jurídica solamente, y no voluntad en general. Por esto, resulta más acertado quedarse con lo que Stammler entiende por facultad jurídica (voluntad conforme a derecho de un sujeto de derecho) para explicar y describir lo que se designa como derecho subjetivo.

e) Del Vecchio. Según Giorgio Del Vecchio es posible definir el derecho subjetivo... "como la facoltà di volere e di pretendere attribuita a un soggetto, cui corrisponde un'obbligazione da parte d'altri", con lo cual establece la correlación imprescindible del derecho subjetivo a un deber jurídico. Del Vecchio señala además una cierta identidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al afirmar que no puede haber facultad como derecho subjetivo, sino en tanto que sea declarada en una norma, la que a su vez es para él una limitación de esa facultad.

Para este autor, el derecho tiene dos momentos: el objetivo, como imposición o mandato, y el subjetivo, como garantía de libertad. Del Vecchio entiende el derecho objetivo como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, conforme a un principio ético que lo determina excluyendo todo impedimento, y por otra parte, concibe al derecho en su género común "come la coordinazione della libertà sotto forma imperativa".

Resumen crítico

El derecho subjetivo no nace de la nada, no es un en sí metafísico que acompañe al hombre desde su gestación, no es tampoco un simple correlato del deber jurídico en la mecánica del juicio normativo. La primera es tesis ideológico-política, insostenible científicamente por su visible arranque mítico y sobrenatural. La segunda tesis es la doctrina realista que considera el juicio como una relación entre objetos que existen frente al conocimiento (sujeto y predicado) de manera absoluta y definitiva, por lo que a la manera husserliana afirma que si dos juicios son equivalentes, es decir, si se refieren a la misma "situación objetiva", se implican recíprocamente. Y así se deduce el derecho subjetivo del deber jurídico, o inversamente. Pero la clara referencia de la postura a sujetos, predicados y situaciones objetivas fuera del conocimiento, nos hace inaceptable por metafísicista la obtención del derecho subjetivo a partir del deber jurídico, o la de éste a partir de aquél. El derecho subjetivo se correlaciona con el deber jurídico, ya que se da siempre en relación paralela con éste, por tener que fundarse la facultad de uno

en la obligación de otro, pero no es correlato forzoso de tal deber, ya que es posible la existencia de éste sin un derecho correlativo.

El derecho subjetivo no puede decirse que exista en sí mismo ni en la relación de alteridad, porque se carece de un criterio unívoco para determinar su contenido, lo cual nos impide discernir en la experiencia entre lo que se llama derecho subjetivo por una ideología determinada, y otros objetos, por lo que asegurar o negar su existencia extraempírica carece de importancia para la investigación científica, toda vez que el factum de la reflexión objetiva no puede encontrarse a merced de cambiantes opiniones. Por esto es que nos hemos abstenido de analizar las tesis de aquellos pensadores que como Dernburg, consideran los derechos subjetivos como "derechos absolutos", ya que las doctrinas que se elaboran en lo trascendente parten de loables posturas religiosas, pero que nada tienen que ver con la investigación científica, aunque ésta tenga que agradecerles en ocasiones el haber proporcionado al pensamiento objetivo, el material para la reflexión y, también muchas valiosas aportaciones intelectuales.

Ningún derecho subjetivo es pensable científicamente si no hay una regla jurídica positiva que le sirva de apoyo y le dé carácter jurídico. El derecho subjetivo es, pues, un aspecto del derecho objetivo. Las tesis que defienden la prioridad de los derechos subjetivos (verbi gratia, la de los "derechos del hombre" o la de los derechos de una clase) sobre los objetivos, son tesis políticas que tienden a proteger instituciones como la de la propiedad privada liberal, o la de la propiedad colectiva comunista, al afirmar que el orden jurídico no crea, sino sólo debe garantizar los derechos subjetivos preexistentes.

Las doctrinas que entienden al derecho subjetivo como un interés protegido o como una voluntad reconocida por el derecho, son a todas luces infundadas cuando se refieren a una voluntad o un interés psicológicos, pues muy bien puede ser nuestro interés o nuestra voluntad que un deudor no nos pague y, sin embargo, tenemos contra él un derecho subjetivo; y cuando se refieren a un interés o a una voluntad objetivos, entonces desembocan forzosa y necesariamente en las mismas conclusiones que nosotros, ya que interés y voluntad en sentido objetivo sólo pueden determinarse dentro del derecho positivo, de la norma objetiva.

De todo lo anterior podemos concluir que el derecho subjetivo es, en estricto sentido, la norma positiva, el de

recho objetivo mismo; pero también podemos decir de él que es voluntad normativa, interés objetivo, facultad jurídica, posibilidad de poner en marcha el mecanismo coercitivo del estado, autorización o permiso, técnica específica del derecho privado y participación en la creación del derecho objetivo. Asimismo puede verse el derecho subjetivo, desde el punto de vista del sujeto, como posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo.

Los derechos subjetivos no forman, pues, un orden diverso del objetivo ni el antecedente forzoso de éste, ya que nuestras personales aspiraciones de justicia no pueden designarse objetivamente como derechos.

C) CONCEPTO QUE SE PROPONE:

El derecho subjetivo, o más claramente los derechos subjetivos, son facultades que el individuo tiene con relación a los miembros del grupo social al que pertenece, y con relación, también, al estado de que forma parte. El hombre es un ser eminentemente social, este hecho lo lleva a establecer con los demás hombres, entre otras, relaciones de carácter jurídico. Por ejemplo el individuo tiene la facultad o poder (derecho subjetivo) de exigir de los demás hombres respeto para su vida, realizando los actos lícitos necesarios para lograr tal finalidad. Dicha facultad se traduce, como se nota claramente, en una relación entre el sujeto (titular del derecho) y los demás hombres. Otros ejemplos servirían para aclarar la cuestión. Supongamos que el individuo forma parte de un grupo social organizado políticamente (estado), en este caso tendrá la facultad (derecho subjetivo) de elegir a las personas que habrán de representarlo en los cargos de elección popular, ejerciendo funciones gubernativas. Supongámoslo formando parte de una familia, tendrá si es jefe de ella (padre de familia), la facultad (derecho subjetivo) de educar a sus hijos, de exigir para sí el respeto de éstos, de administrar sus bienes mientras no lleguen a la mayoría de edad, etc.; y lo mismo ocurre tratándose de los hijos de la esposa; éstos tienen derechos subjetivos en relación con el padre o el esposo (exigir pensión alimenticia, fidelidad conyugal, debido respeto, etc.). El individuo tiene, asimismo, la facultad (derecho subjetivo) de exigir a quien le debe algo, el cumplimiento de la obligación (derecho del acreedor contra el deudor).

Los anteriores ejemplos aclaran el concepto de los derechos subjetivos, a los que llamamos así en virtud de que son facultades que pertenecen al sujeto en relación con --

los individuos con quienes convive. Ahora bien, todas estas facultades le son reconocidas y protegidas al individuo por la ley. De ahí que podamos definir al Derecho Subjetivo como el conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses.

Decimos que el derecho subjetivo es un poder, porque el individuo está en posibilidad, apoyado por la ley, de ejercitarlo (su derecho) sobre los demás hombres, obligándolos a respetarlo. La ley, reconociendo justo dicho derecho, lo apoya prestando su garantía para que los individuos puedan realizar la finalidad que mediante él se proponen alcanzar, y que no es otra cosa que la satisfacción de sus legítimos intereses.

El derecho en sentido objetivo, no es sino la norma jurídica, o bien el conjunto de normas jurídicas; en una palabra las leyes u ordenamientos que rigen la conducta de los individuos cuando establecen relaciones entre sí, o bien con el gobierno del Estado. Empleando la definición del licenciado Angel Caso, diremos que el Derecho Objetivo es: "El conjunto de leyes que rigen las relaciones de los individuos entre sí, de los individuos con el Estado, de éste con aquellos y de los Estados entre sí".

Como se ve Derecho Subjetivo y Derecho Objetivo son conceptos correlativos. En el primer caso el Derecho se presenta como una facultad o poder de hacer alguna cosa. En el segundo, como una disposición o conjunto de disposiciones que garantizan la facultad, de exigir alimentos de sus padres; dicha facultad Derecho subjetivo. Ahora bien, la ley (art. 303 del C. Civil) obliga a los padres a dar alimentos a sus hijos. Esta disposición, convertida dentro del articulado del Código en objetiva (porque la ley es un objeto distinto al sujeto), forma parte del Derecho objetivo. Ambos derechos, como se ve por el ejemplo propuesto, están en relación de reciprocidad, se ligan y se complementan. El uno (Derecho Subjetivo) es una facultad; el otro (Derecho Objetivo) es la disposición o conjunto de disposiciones legales que protegen la facultad.

3. CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

A) SIGNIFICACION GRAMATICAL

Según el Diccionario Larousse la palabra deber proviene del latín *debere*. Aquello a que está uno obligado.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra jurídico proviene del latín *iuridicus*. Adj. - que atañe al derecho, o se ajusta a él.

B) CONCEPTOS DOCTRINALES

EL DEBER JURIDICO COMO CONSECUENCIA DE DERECHO

La realización de los supuestos que las normas jurídicas contienen, produce, de manera lógicamente necesaria, determinadas consecuencias de derecho, las cuales pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y deberes. Infiérese de lo dicho que las formas esenciales de manifestación de tales consecuencias son el deber jurídico y el derecho subjetivo, la correlatividad de ambas nociones: a todo deber jurídico corresponde una facultad de la misma clase, y viceversa. La obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa vendida, por ejemplo, es correlativa del derecho que corresponde al comprador de exigir la entrega.

A pesar de que las nociones de deber y derecho poseen la misma importancia, los juristas, con muy raras excepciones, han descuidado por completo el análisis del primero de dichos conceptos, para dedicarse, casi exclusivamente, a investigar la esencia del segundo. Corresponde a Jellinek y Kelsen el mérito de haber combatido la deficiencia de -- que hablamos, y señalado la necesidad de consagrar al deber jurídico un estudio especial, paralelamente a la discusión sobre el derecho como facultad normativa.

Entre los autores que han abordado el tema, es posible descubrir dos tendencias fundamentales. Una de ellas está representada por las doctrinas que pretenden establecer una identificación entre deber jurídico y deber moral; la otra, por las que sostienen la independencia de ambas nociones. A continuación consideraremos los dos puntos de vista, para indicar después cuál nos parece correcto.

EL DEBER JURIDICO COMO OBLIGACION ETICA INDIRECTA (TESIS DE KANT)

Los juristas para quienes el deber jurídico no difiere esencialmente del moral inspíranse en la doctrina ética kantiana.

La legislación positiva, como conjunto de reglas de conducta emanadas de la voluntad del legislador, no puede, por sí misma, ser mirada como fuente de auténticos deberes. Para que un precepto legal posea obligatoriedad, es indispensable, de acuerdo con la Fundamentación Metafísica de las Costumbres, que derive de la voluntad del sujeto -- que ha de cumplirlo y tenga, a la vez, valor universal. O,

expresado en otro giro: para que una regla de acción me obligue, debe ser autónoma, es decir, tener su origen en mi voluntad. Si no deriva de ella, sino del albedrío ajeno, la regla es heterónoma y, por ende, no me obliga. Pero como el hombre puede, en uso de su autonomía, aceptar las órdenes del legislador, convencido de su validez universal, la observancia de la ley llega de esta guisa a convertirse en contenido de un deber. Los súbditos, procediendo autónomamente, están capacitados para transformar los mandatos legales en normas verdaderas. Esto ocurre cuando les reconocen validez y se someten voluntariamente a ellos. Sólo que en este caso, el individuo, más que cumplir con el derecho, cumple con la moral o, más precisamente, acata la ley por razones morales. De aquí la distinción, trazada por Kant, entre obligaciones éticas directas e indirectas. La jurídica resulta, de acuerdo con la tesis que examinamos, una obligación ética indirecta 22.

TESIS DE LAUN

En la presente sección expondremos la teoría del antiguo Rector de la Universidad de Hamburgo contenida en el discurso rectoral titulado Moral y derecho, que aquél pronunció el 10 de noviembre de 1924. La disertación de que hablamos constituye una fina crítica de las especulaciones kelsenianas, y uno de los más apasionados alegatos contra la tesis de la heteronomía de lo jurídico.

Mientras Kelsen coloca una aureola sobre la cabeza -- del legislador, Laun lo sienta en el banquillo de los acusados y convierte en juez al súbdito.

"Los particulares y la ciencia del derecho no son los esclavos del autor de la ley, sino sus jueces, quienes aun en el caso de que tengan que doblegarse ante la fuerza externa, son los llamados a resolver a cada momento nuevamente si aquello que les ha ordenado dicha fuerza es bueno, es decir, moral y jurídico a la vez" 23.

Tradicionalmente --dice Laun-- se ha sostenido que el orden positivo es un conjunto de normas heterónomas. La heteronomía del derecho se hace consistir en que los preceptos jurídicos no derivan de la voluntad de los sujetos que han de cumplirlos, sino de la de un sujeto distinto, a quien se llama legislador. Mas si se acepta la tesis kan--

22 Metaphysik der Sitten. Herausgegeben von J.H.V. Kirchner, Leipzig, 1870, pág. 32

23 Rudolf Laun, Recht und Sittlichkeit, Hamburg, 1927, -- Verlag von C. Boysen, Zweite Auflage, pág. 22

tiana según la cual de los hechos no es lícito desprender conclusiones normativas, tendrá que admitirse que una voluntad ajena -en este caso la del autor de la ley- no puede obligarnos.

En realidad -sigue diciendo el famoso jurista- no es correcto hablar de normas heterónomas. Gramaticalmente nada impide expresar de manera imperativa la voluntad de un individuo, en relación con el comportamiento de otro. Pero el hecho de que el primero quiera algo y lo ordene al segundo, no demuestra que éste tenga la obligación de obedecer. "Un imperativo en sentido lingüístico es o heterónimo, en cuyo caso no puede expresar un deber, o expresa un deber, pero entonces no puede ser heterónimo. Si tratamos de traducir este pensamiento de los filósofos al lenguaje cotidiano, podremos decir aproximadamente lo que sigue: una frase que me ordena algo es o la expresión de una voluntad ajena, caso en el cual no me puede obligar, o me obliga, pero entonces no puede ser la expresión de una voluntad ajena". 24.

De aquí se infiere que si hay normas jurídicas auténticas, tendrán que ser, necesariamente, autónomas.

Sólo que el orden positivo, como tal, es un complejo de exigencias emanadas de los que tienen el poder. Aun cuando tales exigencias sean formuladas como verdaderas normas, sólo constituyen juicios enunciativos que establecen en qué condiciones habrán de aplicarse determinadas penas a quienes no acaten los mandamientos de la autoridad. "El llamado derecho positivo es, en consecuencia, una congerie de enunciaciones sobre la aplicación condicionada del poder del más fuerte. Es poder, pura y simplemente. No encierra ningún deber, ninguna obligación 25. Si nos obstinamos en considerar el orden jurídico como sistema de preceptos heterónomos, llegaremos fatalmente a la conclusión de que entre los hombres rige el mismo "derecho" que entre los animales: "el más fuerte devora a su gusto al más débil, mientras no se lo impida alguien más fuerte todavía, sin violar con ello ningún "deber" ni cometer tampoco una "injusticia". La palabra "derecho" resulta entonces superflua. No hablamos, verbigracia, del "derecho" del lobo de destrozar a la oveja. Por tal razón sería más exacto no hablar nunca del "derecho del más fuerte o del vencedor", sino del poder del más fuerte y, en consecuencia, preferible sería también no hablar del "derecho positivo", sino del "poder positivo",

24 Recht und Sittlichkeit, pág. 6

25 Laun, Recht und Sittlichkeit, pág. 8

caso en el cual podría perfectamente suprimirse la palabra "positivo" 26.

No podemos negar, sin embargo, que en la mayoría de los individuos existe el sentimiento del deber, ni desconocer que los preceptos del derecho son generalmente acatados de manera espontánea. Del cumplimiento del orden jurídico no descansa, ni puede descansar exclusivamente, en el temor a las sanciones. Si aquel sentimiento no existiese, no podría la fuerza por sí sola imponer los preceptos que integran ese orden. El verdadero derecho no es heterónomo, sino autónomo. Para que una conducta constituya la realización de un deber jurídico, la norma que lo establece ha de derivar de la voluntad del obligado. Cuando el sujeto convierte en máxima de sus actos determinada regla, convencido de su validez universal, sí puede hablarse de un auténtico deber jurídico. Con gran frecuencia, los particulares acatan voluntariamente, sin pensar siquiera en las sanciones y castigos, los preceptos que el legislador formula. Y, al acatarlos, seguros de que expresan un deber, transforman la exigencia ajena (que como tal no puede obligarles), en norma autónoma, es decir, en verdadero derecho.

Pero el reconocimiento de la obligatoriedad de una disposición legislativa, por parte de los destinatarios, debe existir en cada caso de aplicación concreta. No puede tratarse, por consiguiente, de un reconocimiento general o "aceptación en blanco", como dice Radbruch. Semejante aceptación traduciríase en una obediencia ciega, sin significación normativa.

Requírese, además, que el sujeto sólo convierta en normas de conducta reglas que valgan de manera objetiva, o sea, principios dotados de validez universal. Un mero deseo subjetivo, en querer arbitrario, no pueden ser fuente de obligaciones.

"De lo expuesto se desprende que sólo existe un deber, Derecho y moral, concebidos ambos como un deber, en oposición al acontecer, son una y la misma cosa. Son la totalidad de las vivencias del deber; el deber concebido unitariamente" 27. Tal unidad no queda destruída por los llamados conflictos entre derecho y moral, porque, o se trata de oposiciones entre un deber auténtico y una necesidad impuesta por la fuerza, o de una pugna entre dos deberes de la misma índole. Ahora bien: en el primer caso no es el derecho el que entra en lucha con la moral, sino un poder arbitrario; en el segundo, el deber se opone al deber; "pero nada nos autoriza para afirmar que de un lado se halle precisamente

26 Laun, obra citada, pág. 8

27 Laun, Recht und Sittlichkeit, pág 15

el derecho, y del otro la moral... En realidad, los conflictos entre deber y deber no difieren de los que en la actualidad consideramos como conflictos internos de la moral, o conflictos morales. Estos son resueltos por el legislador que los ha creado, es decir, por el mismo individuo. El es el único capaz de resolver dentro de su conciencia, qué valor, qué deber, qué obligación merecen preferencia. Por tanto, tampoco en esta hipótesis se pone en duda la unidad de moral y derecho" 28.

CRITICA DE LA TESIS KANTIANA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD (NICOLAI HARTMANN)

La doctrina que acabamos de exponer es una aplicación, al campo del derecho, de las ideas desarrolladas por Kant en su Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. -- Queremos referirnos, especialmente, a la famosa teoría de la autonomía de la voluntad. De acuerdo con esta tesis, una conducta sólo es moralmente valiosa cuando la máxima que la rige se deriva de una voluntad ajena, sino del mismo obligado. "Recibir la ley del exterior, aceptar su autoridad, sería heteronomía". Un precepto moral debe ser --según Kant-- la propia ley de la voluntad, la expresión de su verdadera tendencia. La razón práctica ha de ser autónoma; debe darse a sí misma sus máximas. La esencia metafísica de la voluntad estriba cabalmente en esta autolegislación.

"De acuerdo con la interpretación kantiana, resulta invertida la relación entre deber y querer. El deber no determina ya a la voluntad, sino que ésta es la que determina al deber. El deber, lo objetivo, revélase ahora como lo subordinado. Es simplemente la expresión de la ley, la objetividad del querer puro... Nos encontramos frente a una reducción de lo valioso a otra cosa, que le es extraña; lo valioso es explicado por el filósofo de Königsberg en función de algo que no es un valor. Y aquí, como en el eudemonismo, el principio de explicación es también una tendencia interior del sujeto. Nadie dejará de percibir, sin embargo, la profunda diferencia que hay entre las dos posiciones: en el primer caso, la explicación se basa en una tendencia natural e impulsiva; en el segundo, en una tendencia racional y metafísica. Pero, en principio, las dos explicaciones hallan en el mismo plano. Ambas reducen algo que es objetivo, que existe en sí, a lo subjetivo..." 29

La tesis del subjetivismo trascendental hace imposible la libertad, y revela que la doctrina kantiana de la auto-

28 Laun, obra citada, pág. 17

29 Nicolai Hartmann, Ethik, Verlag Walter de Gruyter, Berlín, Zweite Auflage, pág. 89

mía es falsa. Para el Filósofo de Koenigsberg sólo es buena sin restricción la voluntad que obra no únicamente conforme al deber, sino también por deber. Si obrase por motivos diferentes, ya no sería voluntad pura, sino querer empírico. Ahora bien: una voluntad que obra exclusivamente por deber, no es libre, ya que no puede apartarse de aquél. Y, si no es libre, tampoco es buena, pues sin libertad no hay moralidad.

Al lado del querer puro admite Kant una voluntad empírica, la cual sí puede obedecer a otros motivos de determinación. Resulta entonces que la empírica es la única libre y, por ende, que sólo ella puede ser moral o inmoral. No es exacto, en consecuencia, que sólo el querer puro sea bueno sin restricción. El querer puro del filósofo alemán no es bueno ni malo, es amoral.

"El subjetivismo trascendental no lleva a la ética a esa libertad de la voluntad para probar la cual fue introducido. Lo que resulta imprescindible para la libertad de la voluntad es, cabalmente, no la autonomía o imposición del principio por ella misma, sino su distancia del principio, su movilidad frente a éste, el campo de acción del pro y el contra ante la norma. Y es evidente que esta condición de distancia únicamente se da cuando el principio de la acción posee otro origen, esto es, cuando no está en garzado en el sujeto" 30

Si de acuerdo con las premisas sentadas por Kant sólo es libre el querer empírico, y éste debe, en todo caso, -- obrar de acuerdo con el imperativo categórico, aunque de facto no siempre sucede tal cosa, habrá que admitir que, relativamente a la voluntad libre, dicho imperativo es heterónimo. Es heterónimo porque no constituye la expresión del querer libre, sino un principio objetivamente válido, al que debe ceñirse la actividad del hombre.

Aun cuando se proceda contrariamente a las exigencias de la razón pura práctica, la ley moral subsiste como el principio a que debe sujetarse siempre la conducta. Resulta imposible, por tanto, considerar que la moral es autónoma, pues aun cuando se acepte que el sujeto se da a sí mismo su ley, no puede admitirse que la buena voluntad -- que obra solamente por deber -- esté facultada para ir en contra de lo que aquella máxima exige.

Las mismas palabras de Kant demuestran la necesidad de reconocer al deber validez absoluta independientemente de la voluntad del obligado. "La buena voluntad es la que obra no sólo conformemente al deber, sino también por de-

ber" 31. Esta frase sólo conviene al querer empírico, pues supone que la voluntad que obra conformemente al deber, está en la posibilidad de no obrar por deber. Después de mencionar varios casos de acciones realizadas conformemente al deber, mas no por deber, concluye el filósofo que carecen de significación ética. Y esto equivale a sostener la objetividad de los valores frente a la voluntad del sujeto, y demuestra la heteronomía de la legislación moral.

CRITICA DE LA TESIS DE LAUN

Lo que de la moral se dice vale también para el derecho. La validez de las normas jurídicas no depende de la voluntad de los obligados, pues si por voluntad se entiende el querer empírico, tendrá que aceptarse que éste es un mero hecho, y no sirve, por tanto, para justificar ninguna obligación. Y si al hablar de la voluntad de los particulares quiere hacerse referencia a ese impulso metafísico que Kant denominó el querer puro, incurrese en las contradicciones antes señaladas, y se llega, en último análisis, a la conclusión de que las exigencias de la razón práctica valen incondicionalmente para el querer empírico, y representan frente a él una legislación heterónoma.

Laun tiene razón al decir que del hecho de que un legislador me ordene algo no se sigue que esté yo obligado a obedecer. Pero el argumento en que descansa su aserto vale también contra la tesis del antiguo Rector de la Universidad de Hamburgo. Del hecho de que yo considere que debo hacer algo, no se desprende, de manera necesaria, que deba yo hacerlo. Lo que debo hacer, para constituir una verdadera obligación, ha de tener carácter incondicionado, valer aun en contra de mi voluntad. Pues una de dos: o no puedo dejar de hacer lo que debo y quiero, y entonces mi actitud no tiene ningún sentido moral, o puedo dejar de hacerlo, aunque deba hacerlo en todo caso, y entonces la regla no encuentra en mi albedrío el fundamento de su obligatoriedad, sino en un valor objetivo, independiente de mi querer.

La ley que yo respeto y acato, aun en contra de mis intereses personales, puede ser mala o injusta. La legislación autónoma sería objetivamente válida únicamente en la hipótesis de que el legislador fuese infalible. Pero el autolegisador que nos pinta el filósofo de la Fundamentación Metafísica de las Costumbres no es el hombre real, sino un ente abstracto, dotado de divina omnisapiencia.

Una acción no es justa por haber sido cumplida en acatamiento a una ley que el sujeto se ha dado a sí mismo, ni

31 Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, pág. 22 de la traducción castellana de García Morente.

es justa tampoco por el hecho de encontrarse en consonancia con una máxima universal. El imperativo categórico es una ficción de carácter psicológico, como lo han demostrado con abundancia de razones Beneke, Franz Brentano y Max Scheler 32.

TESIS DE KELSEN

Partiendo también de uno de los pensamientos fundamentales de la ética kantiana, sostiene Kelsen que la reducción del concepto jurídico de obligación al de deber moral, constituye un error superlativo. El deber moral, arguye, es autónomo por esencia; el jurídico es heterónimo. La norma que estatuye el segundo puede, al ser violada, aplicarse al caso concreto individual, posibilidad que no existe en el ámbito de la ética. "Un hombre está obligado a una determinada conducta en tanto que el comportamiento antitético de la misma se halla determinado en la norma de derecho como la condición de un acto de acción constitutivo de la consecuencia jurídica"33. "El deber jurídico no es una vinculación psíquica real, sino jurídica. Esto lo comprueba el hecho de que la existencia del deber jurídico es en todo independiente de que en cada caso concreto exista o no un vínculo psíquico en aquella dirección en que radica la conducta constitutiva del contenido del deber.

"Según el conocimiento jurídico, la validez del juicio en virtud del cual se está jurídicamente obligado a una determinada conducta, es independiente del hecho de que el hombre cuya conducta constituye el contenido del deber se sienta o no vinculado, y aun de que tenga o deje de tener la menor idea de su obligación. El deber jurídico "subjetivo" revela un carácter enteramente objetivo. Pero si respecto de este hecho nos limitamos a advertir la vinculación psíquica media de las normas jurídicas, en tonces no es ya el problema del deber jurídico, sino la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas lo que está en cuestión. No es en este dominio psicológico, sino en el reino normativo del derecho, donde ha de determinarse el concepto del deber como concepto jurídico. Precisamente en él, en esta forma manifestativa del derecho subjetivo, compruébase que la distinción de derecho objetivo y subjetivo tiene que convertirse de "trans-sistemática" (antítesis de dos sistemas contrapuestos) en "intra-sistemática" (antítesis de dos contenidos del mismo sistema), si ha de subsistir de algún modo. Este es el caso cuando se plantea dicha antítesis como la relación de un a norma general abstracta y una norma reguladora de

32 Brentano. El origen del conocimiento moral, págs. 83 y 84 de la traducción de García Morente.

33 Kelsen. El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho Trad. Legaz y Lacambra, Madrid, 1933, pág. 41.

una conducta individual concreta, ateniéndose a la idea de que también el derecho subjetivo es derecho, es decir, norma jurídica... El deber jurídico y la facultad son la norma concreta, individual, con referencia a dos distintos -- contenidos o hechos por ella regulados 34.

Al hablar del deber jurídico, Kelsen comete un error semejante al que anteriormente señalamos en relación con su doctrina del derecho subjetivo 35. Es decir, confunde el deber derivado de la norma, con la norma misma. Además, de fiende una doctrina errónea sobre las nociones de heteronomía y autonomía. Como ya hemos hecho la crítica de este aspecto de la tesis, creemos inútil repetir lo dicho.

C) CONCEPTO QUE SE PROPONE

DOCTRINA DE GUSTAVO RADBRUCH

Según Radbruch, el deber moral difiere del jurídico - en que el primero es inexigible, en tanto que el segundo - se caracteriza por su exigibilidad. O, como dice elegantemente el citado jurista: la obligación moral es deber, pura y simplemente; la jurídica no es sólo deber, sino deuda. Frente al obligado por la norma moral no hay otra persona que pueda exigirle el cumplimiento; frente al obligado por una norma jurídica, en cambio, existe un pretensor. De - aquí la correlatividad de las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo.

Hablando rigurosamente, la bilateralidad a que alude el autor alemán, más que atributo de cada norma de derecho, lo es de la regulación jurídica, concebida como conexión - de dos juicios normativos, recíprocamente fundados: uno -- atributivo y otro imperativo. Si el imperativo estatuye -- que "la persona que descubra un tesoro en terreno ajeno -- tiene el deber de entregar la mitad al dueño del predio", el atributivo habrá de referirse al otro aspecto del mismo vínculo, y se expresará de esta manera: "el dueño del predio tiene el derecho de exigir del descubridor la mitad -- del tesoro hallado por éste en dicho predio". Por regla general, sólo se expresa uno de los juicios, si bien nada excluye la posibilidad de que ambos se encuentren legislativamente formulados. Si el explícito alude al aspecto activo, el implícito refiérese al aspecto pasivo; si, por el contrario, el explícito hállase referido al pasivo, el implícito tiene que aludir al otro término de la relación. -

34 Kelsen, Teoría General del Estado, pág. 80 de la traducción castellana.

35 Ver sección 105.

La referencia a cada uno de los sujetos cuya conducta se regula implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone el otorgar, al otro, el derecho de exigir el cumplimiento, del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro (u otros), el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor.

4. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A somarse por vez primera al problema de precisar que es el derecho, produce perplejidad por la increíble diversidad de conceptos o definiciones que de este objeto existen. Parece que cada autor dedicado a estudios jurídicos describe al derecho con rasgos totalmente disímolos. De modo que la regla de oro de toda investigación, consistente en partir de la historia de los esfuerzos que la humanidad ha realizado para resolver un determinado problema, se presiente muy difícil de cumplir en este caso.

Sin embargo, debemos hacerlo y afianzarnos con firmeza en aquella parte del conocimiento denominado historia del derecho, es decir, en el fieri cultural constituído -- por aquellas investigaciones que se han connotado indisputablemente como jurídicas; antes de dar un segundo paso en cuestión.

Todas las distintas concepciones del derecho son reductibles, sin mayor dificultad, a uno de cuatro esquemas fundamentales o, en todo caso, a una de cualquiera de las posibles combinaciones entre sí de los propios esquemas.

Ellos son, primero, el de los autores que niegan en forma expresa o tácita la posibilidad de un conocimiento objetivo del derecho, al presentarlo como un arte o técnica social que tiende a realizar o realiza un específico -- ideal de justicia y que sostiene la imposibilidad de conceptualizarlo o definirlo mediante el procedimiento aristotélico de precisarle un género próximo y señalar su diferencia específica, por cuanto no admiten o no ha llegado a su conocimiento la existencia de formas diversas para definir, como la genética o la dialéctica.

El segundo de tales esquemas es el que estima el derecho como un orden coactivo de conducta. No todos los autores adscritos a esta dirección expresan con igual pulcritud metódica el postulado de la coerción, pero el mismo -- aflora con mayor o menor nitidez en sus respectivas elaboraciones. La mayoría de los investigadores que admiten tal principio lo combinan con otro u otros de los que estamos

apuntando.

Como tercer esquema, englobador de una gran cantidad de concepciones del derecho, tenemos al de los autores -- que lo consideran como una parte de la naturaleza, bien sea de carácter divino bien de tipo racional, y lo afirman como un orden justo ya terminado e invariable, o como un orden que tiende a realizar la justicia y se encuentra en permanente elaboración y ajuste a las circunstancias históricas.

Por último, existe un variado grupo de tratadistas -- que miran al derecho como un objeto o ser causal, por cuanto afirman que sólo o que también es derecho el orden que realmente acata la comunidad, es decir, las normas que tienen eficacia --aunque sea una poca o, al menos, pertenezcan a un orden eficaz en lo general-. O en otras palabras: que debe ser lo que es o lo que, de alguna manera, puede llegar a ser.

Fuera de las cuatro direcciones fundamentales del pensamiento del derecho que hemos apuntado, solo podría existir una concepción diversa: la que lo entendiera como "orden bilateral (imperoatributivo) de la conducta" (León Petrazisky y Giorgio Del Vecchio).

Lo anterior demuestra que la jurisprudencia, como disciplina científica, no se encuentra tan perpleja como pudiera estarlo si, frente a cada autor, tuviera necesidad de renovar su análisis del punto de partida fundamental de la investigación jurídica: el concepto de derecho.

A) SIGNIFICACION GRAMATICAL

La palabra derecho viene de "directum", vocablo latino que, en su sentido figurado, significa lo que está a la regla, a la ley; es decir, lo que no se desvía a un lado ni otro, lo que es recto.

En las diversas lenguas modernas, germánicas y latinas, se usa indistintamente la palabra derecho y la palabra recto, para significar el Derecho. Así, en inglés, se dice right; en alemán, recht; en holandés, recht; en francés, droit; en italiano, diritto; en rumano, dreptu, etc.

La palabra fundamental según el Diccionario de la -- Lengua Española de la Real Academia Española, significa: que sirve de fundamento o es lo principal de una cosa.

B) CONCEPTOS DOCTRINALES

SUS DOS SENTIDOS FUNDAMENTALES. La palabra derecho - se usa en dos sentidos. Significa: Una facultad reconocida al individuo por la ley para llevar a cabo determinados actos, o un conjunto de leyes, o normas jurídicas, aplicables a la conducta social de los individuos. En el primer caso hemos dado a la palabra su sentido fundamental. Cuando decimos, por ejemplo, que una persona tiene un derecho de propiedad sobre un bien, estamos afirmando que el propietario tiene la facultad o poder (el derecho) de usar y disponer de dicho bien para su propio provecho con exclusión de los demás, y que esa facultad le está protegida y reconocida por la ley. Lo mismo ocurre cuando hablamos de patria potestad, o del derecho de arrendamiento, o de hipoteca, etc.; en estos últimos casos, el titular del derecho, es decir, la persona que está en posesión del mismo, tiene la facultad de ejercer poder sobre el menor (patria potestad), o usar el bien (arrendamiento), o hacer suyo el bien hipotecado, en caso de que la obligación garantizada con dicho bien no se cumpla (derecho hipotecario), etc. La ley reconoce y protege dichos derechos a quien es titular de ellos.

El derecho, en su segunda acepción, significa el conjunto de reglas o disposiciones que rigen la conducta de los hombres en sus relaciones sociales. Por tanto, el conjunto de normas jurídicas, vigentes en un lugar y época determinadas, se les llama el derecho, y según la época o lugar, se agrega a la palabra un calificativo; por ejemplo: el Derecho Mexicano, el Derecho Francés, el Derecho Romano, el Derecho de la Edad Media o Medieval, etc. Visto bajo los aspectos expuestos, tenemos que en el primer caso - significa una facultad, y en el segundo, un mandato o conjunto de mandatos.

DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL. Se define el Derecho Positivo, diciendo que es el conjunto de reglas o normas jurídicas en vigor, en un lugar y en una época determinados. Por ejemplo, el Derecho Positivo Mexicano es el conjunto de normas (Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc.) vigentes actualmente en nuestro país. Se les llama "conjunto de normas positivas" porque forman un grupo, materia de estudio concreto y cierto, contenido en colecciones llamadas códigos.

El Derecho Positivo es un producto social y por tanto mutable, es decir, varía en el tiempo y el espacio. Como toda institución humana es perfectible, es decir, capaz de

perfeccionamiento; el Derecho Positivo de los pueblos antiguos era menos perfecto que el actual, y éste, a su vez, aspira a ser mejor. Varía en el espacio, esto quiere decir que el Derecho Positivo no es el mismo en todos los pueblos, sufre variaciones de un país a otro, reflejando en esta forma la vida social de cada lugar; así, se habla del Derecho Alemán, del Derecho Italiano, del Derecho Mexicano, etc., y aunque todos tienen un fondo común, puesto que son obra humana, varían, sin embargo, en determinados aspectos que los distinguen.

El Derecho Natural surge de la naturaleza misma del hombre (por eso se llama natural), permanece esencialmente el mismo, puesto que la naturaleza humana es siempre la misma; lo constituye un conjunto de normas o reglas anteriores a toda ley escrita y nace de la conciencia de los individuos.

Estas reglas, reveladas por la razón misma, preceden al Derecho Positivo; aun antes de existir éste, ya los grupos humanos se regían por reglas de Derecho Natural nacidas de la propia conciencia individual, y que en realidad se confundían con las normas morales.

El Derecho Natural tiene un carácter general, es decir, es común a todos los hombres y a todos los pueblos, es inmutable, esto quiere decir que no cambia de un pueblo a otro ni de una época a otra; constituye el ideal de lo justo, inclina la voluntad humana a dar a cada uno lo que le pertenece. Sus principios se imponen al mismo legislador, ejerciendo una influencia decisiva en la legislación positiva.

Podríamos definir el Derecho Natural diciendo que es un conjunto de máximas fundamentadas en la equidad, la justicia y el sentido común, que se imponen al legislador mismo y nacen de las exigencias de la naturaleza biológica, racional y social del hombre.

En todas las legislaciones existen principios como éstos: protección a la libertad de los hombres, castigo para quienes dañan o destruyen el orden social, protección a los bienes de los individuos, reconocimiento de derechos y deberes dentro de la organización familiar, etc. Todas éstas son normas del Derecho Natural.

DEFINICION DEL DERECHO POSITIVO. Sobre esta cuestión se ha discutido y opinado mucho; existen múltiples definiciones que, si bien es cierto que varían en cuanto a la

forma, en esencia son semejantes. Sin pretender una nueva definición, diremos que el Derecho Positivo es un conjunto de normas que regulan la conducta social de los individuos, susceptibles de recibir una sanción política, y que inspiradas en la idea de justicia, tienden a realizar el orden social.

Debemos aclarar que la definición anterior no abarca al Derecho en sus dos aspectos, de que ya hemos hablado, sino únicamente lo considera en su aspecto objetivo.

Al decir que el Derecho es un conjunto de normas, queremos significar que se trata de un agrupamiento de órdenes o mandatos.

Al afirmar que regulan la conducta social, nos referimos al hecho de que las reglas jurídicas se han creado no para la conducta privada de los individuos, sino para condicionar su vida dentro de la colectividad. El hombre aislado de los demás hombres no necesita del Derecho; éste aparece cuando entran en conflicto las actividades antagónicas de los individuos.

Decimos que las reglas de Derecho son susceptibles de ser sancionadas políticamente, porque el poder público interviene para hacerlas cumplir mediante el empleo de la fuerza si fuere necesario, llegando hasta la imposición de un castigo, en el caso de que la norma jurídica sea violada.

Señalamos, por último, que las reglas de Derecho inspiradas en la idea de justicia tienden a realizar el orden social.

La Justicia significa la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece. Las normas de Derecho, a fin de realizar el orden social, necesitan forzosamente estar inspiradas en la idea expuesta; de otro modo, la coordinación de la vida en colectividad, finalidad suprema del Derecho, quedaría aniquilada.

a) IRRACIONALIDAD DEL DERECHO

Marcadé expone que el derecho es un arte y no una ciencia: el arte de distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo 36. En la misma dirección Demanté considera contradictoriamente que el derecho, "como ciencia", en el arte de distinguir lo justo de lo injusto 37.

36 Explication Theorique et pratique du Code Napoleón, 6a. edición, Tomo I, p. XXX. núm. I, 1869.

37 Cours analytique du Code Civil, tomo I, cap. primero.

Los juristas mencionados sostienen en sus concepciones, de manera expresa el primero e implícita el segundo, que el derecho es incognoscible. Esto es, un irracional por no poderse reducir a concepto. Marcadé niega directamente la calidad de objeto de conocimiento objetivo o científico al derecho. Demante expresa una incongruencia: que una actividad racional (la ciencia del derecho) es arte empírica (habilidad de la voluntad subjetiva para diferenciar lo que dogmáticamente se estima valioso de lo que siente o cree no valioso).

Autores más sagaces, como García Rojas, sostienen la imposibilidad de definir (concebir) al derecho, por entender que el procedimiento aristotélico de precisar un género próximo y una diferencia específica del objeto que se estudia, no puede ser satisfecho en el caso del derecho 38.

Efectivamente, el derecho no es conceptualizable a partir de un género supremo: la normatividad o deber ser, pues no existe ningún criterio objetivo de lo universalmente debido desde el punto de vista axiológico o estimativo. Luego, si el derecho es deber ser y resultara posible conceptualizarlo (definirlo) científicamente, entonces el deber jurídico sería el único criterio racionalmente necesario y universalmente exigible de normatividad. Puede afirmarse que si el derecho es algo racional constituirá un género supremo, un predicamento como dirían los seguidores de la lógica clásica.

Y si esto fuese así, resultaría un falso problema el de tratar de distinguir entre el derecho y otras supuestas especies normativas. Ahora bien, ¿tendrán razón quienes, conscientes o inconscientemente, postulan al derecho como un irracional, si el mismo no es racionalizable (definible) por género próximo y diferencia específica? Desde luego que no están en lo correcto, porque existen otros procedimientos para definir: el genético y el dialéctico, y por que sí es conceptualizable el derecho en términos precisos.

b) LA POSTURA COERCITIVISTA

Baudry-Lacantinerie y Chéneaux sostienen que el derecho es el conjunto de preceptos que rigen la conducta del hombre en relación con sus semejantes y merced al cual es posible, a la vez que justo y útil, asegurar su cumplimiento mediante la coacción exterior 39. En sentido similar se

38 García Rojas Gabriel, "Sobre la indefinición del Derecho", Jus, núms. 1, 2 y 3.

39 Baudry-Lacantinerie, con la colaboración de G. Chéneaux Précis de droit civil, 4a. edición, 1891, p. 1.

afirma por Zacharías, que la noción que se inscribe en reglas en las que lo característico es que su observación -- puede ser impuesta al hombre por vía de coacción exterior o física, es el derecho 40. En idéntica línea, Aubry y Rau expresan que el derecho es el conjunto de preceptos o reglas de conducta, a la observancia de las cuales está permitido sujetar al hombre por una coacción exterior o física 41.

Con parecida orientación a los anteriores, Bufnoir -- concluye que el derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida, bajo la sanción del poder social, la libertad del hombre en conflicto con la libertad de otro 42; Falck asienta: entendemos por derecho un conjunto de preceptos y reglas, a los cuales los hombres que viven en un estado o sociedad civil, están sometidos de tal modo, que pueden, en caso de necesidad, ser constreñidos a observarlos por la aplicación de la fuerza 43; y Gastón May dice -- que el derecho es un conjunto de preceptos que todos los miembros de la sociedad reconocen como regla de sus relaciones recíprocas, y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la sanción 44.

Francois Geny, en dirección diversa, extensamente expone que el derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de una sanción social, necesariamente coercitiva, y son o tienden a ser dotados de semejante sanción y se presentan bajo la forma de mandamientos categóricos, que dominan las voluntades particulares para asegurar el orden de la sociedad 45.

Para Ihering, el derecho es la forma que reviste la garantía de las condiciones vitales de la sociedad, funda-

40 MC. S. Zacharías, Cours de droit civil francais, Es- - trasburgo, 1839, traducción de Aubry y Rau.

41 Cours de Droit Civil Francais, tomo I, París, 1897, p. 2.

42 A son Cours de droit civil, 1888.

43 Cours d'introduction generals a l'etude du droit, 1841, p. 9.

44 Eléments de droit romain 11a. edición, París, 1913, p. 4.

45 Geny, Francois, Science et technique en droit privé positif, primera parte, número 16, p. 51.

da en el poder coactivo del estado 46. León Duguit concluye que el derecho es la línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación 47.

Georg Jellinek opina que el derecho es el conjunto de reglas para las acciones humanas, que se refiere a las relaciones externas y mutuas de los hombres, y que proceden de una autoridad exterior reconocida, y cuyo carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores 48. Levy-Ulmann asienta que el derecho es el deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen libertad de hacer o de no hacer, sin incurrir en una condena, en un embargo o en una acción particular de la fuerza 49.

Del Vecchio expone que el derecho es la coordinación de la libertad bajo forma imperativa 50.

Kelsen afirma que el derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta 51.

García Maynes expresa que el derecho es una regulación bilateral, predominante exterior y coercible del comportamiento humano 52.

Los juristas cuyas concepciones se han transcrito señalan, con mayor o menor énfasis, a la coercibilidad (enlace por la norma de una sanción a la realización de un cierto supuesto) como elemento de sus nociones del derecho. Naturalmente, que entre ellos, existen variantes muy profundas, pues los hay que destacan fundamentalmente el carácter coercible del orden jurídico, otros como Baudry-Lacantinerie, Chéneaux y Geny que subordinan tal carácter a la idea de justicia de los contenidos normativos, y otros más, como García Maynez, que dan a la coercibilidad carácter predominante pero no esencial.

Entre los autores mencionados hay algunos para quienes el concepto de coercibilidad no es totalmente claro, como -

46 Der Zweck im Recht (El fin en el derecho), traductor L. Rodríguez, Madrid.

47 L'Etat, le Droit objectif et la loi positive, París, 1901; y Traité de Droit constitutionnel, París, 1927.

48 Teoría general del Estado, traductor Fernando Ríos Urruti, 2a. Ed., Cía. Editorial Continental, México, 1958, p. 274.

49 La definición del Derecho, traductor César Camargo Martín, Madrid, 1925, p. 182.

50 Lezioni di Filosofia del Diritto, 5a. edizione, A. Guiffré, Milano.

51 Teoría general del Estado, traductor Luis Legaz y Lacarra, Editora Nacional, S. A., México, 1951, pp. 68 y 142.

52 La definición del derecho, ed. mimeográfica de Octavio Calvo, Marroquín, México, 1950.

Baudry, Lacantinerie, Chéneaux, Bufnoir, Falck, Gastón May, Gèny, Duguit, Jellinek, pues hablan indistintamente de coacción exterior al sujeto, sanción del poder social, aplicación de la fuerza física, poderes exteriores. Pero en lo general, sus concepciones son reductibles dentro del amplio rubro de tesis coercitivistas.

c) PRINCIPALES CONCEPCIONES IUSNATURALISTAS

La actividad histórica que llamamos iusnaturalismo es el equivalente en el campo del conocimiento social, de la metafísica. Se caracteriza en términos generales porque, -- consciente o inconscientemente, postula al derecho como una parte de la naturaleza, bien en su totalidad, bien en sus principios supremos. El derecho natural es, en esta dirección, un orden justo e invariable, o bien, un orden que -- tiende a realizar la justicia mediante el constante ajuste de la diversidad de las circunstancias históricas a los -- principios universales e inmutables que, junto con aquéllas, lo constituyen en su expresión normativa concreta.

Esta segunda corriente iusnaturalista afirma como variable no al derecho natural mismo, sino a sus diversas creaciones históricas, en las que existen dos elementos: la absoluta justicia de sus primeros principios y la circunstancia accidental a que éstos se conjugan, dando lugar a diversos enunciados justos de un mismo principio.

El problema fundamental a que siempre se han enfrentado todos los iusnaturalismos, es el de la determinación inequívoca del concepto de justicia, que no podrá ser resuelto en tanto se persista en considerarlo como anterior al -- concepto de derecho.

Entre las más importantes nociones del derecho a que -- ha dado lugar la corriente iusnaturalista, aparte de las ya transcritas de Baudry-Lacantinerie, Chéneaux y Gèny, podemos señalar en primer término la producida por Inmanuel -- Kant, para quien "El derecho es la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la de otro, según una ley universal de libertad" 53. Aquí la justicia se identifica con la democracia contractualista de Rousseau.

En el mismo sentido, Tanon expresa que:

El derecho es el orden que tiene por objeto la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y de cooperación de los hombres entre sí, de acuerdo con sus intereses individuales y colectivos y con las ideas de justi-

53 Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, y Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797.

cia grabadas en la conciencia social 54.

Este autor añade a la noción Kantiana de Coexistencia contractualista, la de cooperación que es, según él, esencial y característica de toda sociedad.

Gustav Radbruch sostiene que:

El derecho, como realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la Idea del Derecho, a la Justicia; es el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común 55.

Y, por último, la conocida fórmula de Rudolf Stammler que afirma: Das Recht ist das selbstthrrlich, unverletzbar verbindende Wollen ("El derecho es el querer autárquica e inviolablemente entrelazante") 56.

Conviene aclarar que el querer o voluntad a que Stammler se refiere, no pasa de ser una voluntad subjetiva, porque tiene carácter causal y, por ende, no posee ninguna diferencia esencial con la voluntad psicológica, individual. Decimos que la relación teleológica constitutiva -según este autor- del querer o voluntad, es la propia relación de causalidad, porque:

Realizar un fin no es otra cosa que producir un efecto deseado; pero un efecto sólo puede ser producido mediante un proceso causal y necesario, ya que no hay efecto sin causa... La afirmación de que una acción futura es representada como fin, cuando dicha acción no se realizaría sin la intervención del sujeto, es falsa, pues nada nos autoriza a colocar nuestra actividad fuera del proceso causal de la naturaleza 57.

d) EL SOCIOLOGISMO

a) Goodhart. Ehrlich. Holmes. May. Richard. Charmont.-Pound. Arthur L. Goodhart sostiene que el derecho es el conjunto de deberes respecto de los cuales los destinatarios de los mismos reconocen su obligatoriedad. Este autor, aparte de sostener una tesis de rasgos anarquistas, afirma implícitamente que es derecho la regla eficaz por cumplirse voluntariamente.

54 L'Evolution du droit et la conscience sociale, 1900, p. 138.

55 Filosofía del derecho, traductor José Medina Echeverría, Madrid, 1933.

56 Tratado de filosofía del derecho, traductor, Wenceslao Roces, editorial Reus, Madrid, 1930.

57 Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho positivo, cap. -- III.

En forma similar, Eugen Ehrlich define al derecho como la ordenación u organización de la conducta humana, de acuerdo con la cual los hombres efectivamente se conducen. El causalismo de este escritor es notorio por cuanto expresa que es jurídica la norma que se cumple, o sea, que debe ser lo que es. Afirma que:

Es enteramente obvio que cada hombre vive en innumerables relaciones y que, con pocas excepciones, cumple de manera voluntaria los deberes que en virtud de esas relaciones le corresponden 58.

Concluye que únicamente respecto de esas excepciones entran o pueden entrar en acción las normas que aplican -- los tribunales, cuando ha sido violado un deber jurídico, y que sólo con relación a estas normas es fundamental la sanción, pues el cumplimiento forzado de todos y cada uno de los preceptos del derecho, no podría ser logrado por -- ninguna organización estadual. Este pensador pasa por alto la distinción radical entre conocimiento natural y conocimiento normativo, por cuanto pretende que algo que es propio y exclusivo de la esfera del ser (los motivos psicológicos de la conducta efectiva de los hombres), puede ser explicado en la esfera peculiar y también exclusiva del deber (la existencia o inexistencia de una obligación jurídica). El objeto de estudio de la ciencia del derecho es como deben conducirse las personas, no como se conducen realmente. Esto es, que la jurisprudencia estudia al derecho como conjunto de normas válidas de conducta, y no la representación psicológica de los contenidos jurídicos en relación con la conducta de los hombres.

Oliver Wendell Holmes postula una tesis que entiende al derecho como "Conjunto de profesías sobre lo que los -- tribunales harán realmente cuando un hombre se conduzca en determinada forma".

Gastón May dice que el derecho es un conjunto de preceptos que todos los miembros de la sociedad reconocen como regla de sus relaciones recíprocas, y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la sanción. Esta tesis viene a ser esencialmente idéntica a la de Goodhart.

Buscando como la experiencia puede engendrar una determinada noción del derecho, Gastón Richard alude a éste como "Constreñimiento a deberes que, aun antes de conocer su naturaleza, no los presentamos a priori como exigibles" 59.

58 Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*; citado por Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 25

59 *Essai sur l'origine de l'idée du Droit*, París, 1892, p. 247.

Para Charmont el derecho es:

El conjunto de medios con la ayuda de los cuales cada grupo se protege contra las perturbaciones suscitadas por alguno de sus miembros o contra la hostilidad de los demás grupos, reduciendo la concurrencia vital al mínimo indispensable 60.

"Control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza", de la sociedad políticamente organizada. Así define al derecho Roscoe Pound, quien agrega:

Una norma social es jurídica si su infracción o su observancia provocan la aplicación -como amenaza o de hecho- de la fuerza física por parte de un individuo o de un grupo que posee el privilegio socialmente reconocido de dicha aplicación 61.

b) Kelsen, Verdross. Ya hemos visto que para Hans Kelsen el derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta, por lo cual su pensamiento parece estrictamente encuadrable en el ámbito de la corriente coercitivista. Sin embargo, no es así. Con todas las reservas y limitaciones que su innegable talento le permiten acumular, Kelsen implica que el deber ser jurídico está subordinado al ser causal, lo cual, aunque se resista la conclusión, hace que aquél forme parte de éste, no obstante reservársele una específica movilidad dentro de él. En efecto, el jefe de la Escuela de Viena expresa que:

Si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay sin embargo -- una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que -- pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz.

A continuación aclara, escolásticamente, que, "la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma" y que la:

Relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, empero, desde el punto de vista de una teoría dinámica del derecho, que se ocupe en el problema de la razón de la validez y en el del concepto de orden jurídico 62.

60 L'Esprit juriste (le Droit et l'esprit démocratique), 1908, pp. 120-121.

61 E. A. Hoebel, The law of Primitive Man, p. 28.

62 Kelsen, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 43.

En Alfred Verdross, "un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza", 63. Así, la posibilidad del derecho constituye una jerarquía de actos de individualización: creación de una norma por aplicación de otra norma más general que la primera del mismo derecho, el cual, de este modo, es un sistema regulador de su propia producción (formación y ejecución). Y no se diga, con Kelsen, que es "una ilusión creer que de ese modo la positividad dejaba de ser un problema inmanente del sistema jurídico", por replantearse en cada grado del orden jurídico el problema de las relaciones entre el derecho como norma y el de la realidad adecuada a la norma, como realidad de la naturaleza; pues positividad es referencia del deber ser el ser que constituye la realidad jurídica, diversa de la realidad natural; además, lo anterior no es la postulación de un dualismo metafísico, sino la constitución simultánea de dos realidades, similar a la existente entre la naturaleza creada por la física clásica y la determinada por la física relativista; y la totalidad de los fenómenos normativos es plenamente comprensible sin necesidad de recurrir a la naturaleza, a las relaciones de causalidad, a la "eficacia" de las normas, pues éstas sólo y si, con el deseo de evitar esas consecuencias normativas, se piensa que en algunos casos tal finalidad sólo se obtendría con la realización de actos bien necesarios, bien imposibles dentro de la relación acusal, estaremos frente a un doble error: 1. El de confundir la auténtica norma jurídica, la que sanciona, con la regla técnica que ella implica para eludir su actualización, o sea, la que expresa la conducta que habrá de observarse para realizar el supuesto de la norma, y 2. - Que ningún acto es causalmente necesario o imposible en el terreno de la realidad social, que sólo se constituye mediante declaraciones de obligatoriedad, las cuales valdrán normativamente por muy absurdas que parezcan a una mentalidad ligeramente versada en el conocimiento natural, si se producen en la forma jurídicamente prescrita para pronunciarlas.

El propio Kelsen admite que, para el punto de vista de una teoría estática del derecho, no viene en cuestión el problema de la eficacia y que la naturaleza del derecho sólo puede captarla ese punto de vista estático y totalizador del fenómeno jurídico, que no es una norma aislada sino un conjunto de normas que poseen el tipo de unidad a que nos referíamos cuando hablamos de un sistema.

c) Doctrina romano-canónica. La doctrina tradicional, denominada teoría romano-canónica, considera que el derecho no sólo está compuesto por las normas que el estado mantiene en vigor o reconoce como jurídicas, sino también por -

63 Verdross, Alfred, citado por Kelsen, Teoría general del Estado. p. 327.

aquellas que, aun cuando carecen del reconocimiento estatal, reúnen las características de inveterata consuetudo y opinio iuris seu necessitatis. Inveterata consuetudo es, para tal doctrina, la reiteración relativamente constante de ciertas formas de comportamiento, y opinio iuris, la convicción engendrada en el ánimo de quienes practican esas formas de comportamiento o costumbres, de que las mismas son fuentes jurídicas de obligaciones y facultades. Se ha objetado a esta tesis que el derecho es deber ser y que la inveterata consuetudo, en tanto acaecer causal y la opinio iuris, en cuanto convicción psicológica, pertenecen al campo del ser, de la naturaleza, por lo que no son elementos idóneos para caracterizar a lo jurídico.

De que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, mas nunca que otra cosa deba ser. Lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando, empero, como algo obligatorio (Kitz).

Concepto de Derecho según el Lic. Manuel Carrión Tizca reño 64: "Es un conjunto de normas imperativo-atributivas de contenido abstracto y de aplicación general previstas de sanción, tendientes a obtener la justicia social".

A). Conjunto de normas. La palabra normas suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto; en sentido amplio es toda regla de comportamiento; en sentido estricto corresponde a la que impone deberes o derechos, por lo tanto, aquí la palabra norma se refiere al sentido estricto.

B). Imperativo-atributivas. Significa que la norma jurídica a la vez que nos impone una obligación, correlativamente nos concede un derecho, ejemplo el de comprador y vendedor.

C). De contenido abstracto y de aplicación general. Significa que la norma jurídica, jamás se va a dirigir a un solo individuo o a persona determinada, sino, por el contrario, a todos los miembros de una determinada jurisdicción colectiva.

D). Prevista de sanción. Se comprende que si una norma jurídica se infringe, se viola, existe la posibilidad de una pena, de una sanción, en la medida de la violación.

E). Obtener la justicia social. Es decir, jamás la norma jurídica buscará una justicia particular, para beneficiar a determinadas personas, sino, por el contrario, tenderá siempre al bien común, al bienestar de la sociedad, o lo que es lo mismo, dar, atribuir o reconocer a cada quien lo

suyo.

La Enciclopedia Omeba define al derecho como el conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza.

C) CONCEPTO QUE SE PROPONE DE DERECHO

Según Francisco Ursúa 65, el concepto de Derecho es - pues, como realidad fenoménica, la conciencia colectiva social de una fuerza directriz que abarca las relaciones que están sujetas, por virtud de una generalización consciente, a una reciprocidad necesaria entre todos los miembros de la comunidad que rige.

A este concepto subjetivo de la humanidad, o de cada - grupo social, que se aplica tanto al derecho en general como a cada una de sus normas y nociones, corresponde el Derecho objetivamente considerado, que no es sino la manifestación y el producto real y viviente de este concepto: la expedición de leyes, el ejercicio de las funciones judiciales, la celebración de contratos privados, de tratados internacionales, y las infinitas actividades y formas de exteriorización de este concepto inmaterial, fuerza directriz resultante de las innumerables componentes de la sinergia social.

5. CONCEPTO DE DEBERES FUNDAMENTALES

A) SIGNIFICACION GRAMATICAL

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la palabra deber proviene del latín *debere*. Tr. Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.

La palabra fundamental según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: Adj. que sirve de fundamento o es lo principal en una cosa.

El Diccionario Larousse dá un significado parecido a - la palabra fundamental: Adj. que sirve de fundamento // - - Principal, que es lo más importante de una cosa.

La Enciclopedia Jurídica Omeba habla del fundamento jurídico: El fundamento de algo, sostiene, cimienta, generaliza

65 Derecho Internacional Público, Editorial Cultura, México, 1938, pág. 26.

za, enraiza ese algo. Es una metáfora tomada de la arquitectura muy usada en el Derecho. En materia jurídica cumplen menesteres fundamentadores los argumentos que racionalizan, aclaran o generalizan la interpretación y aplicación del Derecho o de los métodos jurídicos. En el fundamento jurídico, descansa la plenitud del ordenamiento jurídico y cuanto este sustenta. Fundamentar algo jurídicamente, importa develar el sostén o la razón de ser de ese algo, como así también, determinar el origen y el sentido de lo que se pretende fundar jurídicamente-socialmente.

B) CONCEPTOS DOCTRINALES

EDUARDO GARCIA MAYNES 66 nos habla del concepto de deber: Los juicios normativos se definen como reglas de conducta que imponen deberes o conceden derechos. Ahora bien: todo deber es deber de alguien. O, expresado en otra forma: los impuestos por un imperativo son siempre deberes de un sujeto. Este recibe el nombre de obligado. Obligado es pues, la persona que debe realizar (u omitir) la conducta ordenada (o prohibida) por el precepto.

En su fundamentación de la metafísica de las costumbres, define Kant el deber diciendo que es "la necesidad de una acción por respeto a la ley" 67.

El filósofo emplea el término ley como sinónimo de norma. Pero la palabra necesidad, que encontramos en la definición, no debe entenderse en el sentido de forzosidad que generalmente se le atribuye. Lo que Kant quiere expresar cuando habla de la necesidad de una acción por respeto al deber es simplemente el carácter obligatorio de las exigencias morales.

En nuestra opinión dice Eduardo García Maynes no es posible definir el concepto del deber, aún cuando todos sepamos, gracias a una intuición inmediata, en que consiste. - - "Tanto el ser como el deber ser - escribe Jorge Simmel - son categorías primarias; y así como no puede describirse qué son el ser o el pensar, tampoco existe una definición del deber ser".

EL DEBER SER

La normatividad

El pensamiento tradicional no ha conseguido definir el

66 Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, pág. 8.

67 M. Kant, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, trad. Manuel G. Morente, Madrid, Ed. Calpe, pág. 33.

concepto de normatividad, de deber ser, aun cuando lo ha intentado desnaturalizándolo al pretender determinarlo como deber ser axiológico. Lo valioso debe ser, lo antivalioso debe no ser, se afirma no obstante la inexistencia de un criterio objetivo de lo valioso. Decir que la normatividad, el deber ser, es la categoría primaria que expresa la obligación que tiene el hombre de realizar lo valioso, lo justo, lo bueno, es quedarse a la vera del camino, pues nada nos enseña ni puede enseñarnos, ya que al hablar de valor, justicia y bondad, se están manejando conceptos ideológicos que carecen de validez universal. Por otra parte, sostener in genere, sin especificación histórica alguna -- que lo valioso debe ser, en tanto que lo antivalioso debe no ser, equivale a expresar una tautología, como la de que lo bueno es lo bueno o lo justo es lo justo. Igual cosa le ha ocurrido al pensamiento idealista crítico cuando ha tratado de erigir como norma suprema de conducta la máxima socrática de lealtad a las propias convicciones o el conocido imperativo categórico del Kantismo: "Obra siempre de tal suerte que la máxima de tu acción puede ser elevada, por tu voluntad, a principio de universal observancia", pues tales fórmulas vacías son incapaces para permitirnos reconocer cuáles son las convicciones o las máximas de conducta valiosas, frente a las no valiosas.

LA NORMA FUNDAMENTAL HIPOTETICA

¿Por qué una cosa debe ser para todos? y también ¿por qué ciertas conductas deben no ser? A estas interrogantes no podemos contestar que debe ser lo bueno, lo justo, lo noble, y debe no ser lo malo, lo injusto, lo innoble, pues cada quien, con igual derecho histórico que los demás, puede tener sus personales convicciones al respecto. Lo universalmente debido no podemos encontrarlo en ninguna moral, ni, tampoco, en ninguna religión, y menos en los convencionalismos sociales. Sólo nos queda el derecho positivo, el derecho del Estado, como el único factum donde podemos encontrar el concepto del deber ser, de la normatividad. ¿Por qué debe ser lo que manda el orden jurídico? Una respuesta provisional y de factura popular podría ser: Porque si no es, nos hacemos acreedores a una sanción. El derecho puede mandar algo que nos parezca justo, o bien, algo que estemos injutsto, pero tan jurídicamente obligados estamos a hacer lo primero como lo segundo; igual si tememos la sanción que si no la tememos.

Ahora bien, ¿por qué lo mandado por el derecho positivo debe ser? Porque todos suponemos en nuestra vida cotidiana

na que el legislador primario tiene autoridad para dictar - las normas supremas del orden, de las cuales derivan su validez las que rigen nuestra diaria existencia.

Este supuesto que todos admiten, aunque muchos en forma inconsciente, es la "norma fundamental hipotética", de la que podemos decir que constituye "una hipótesis lógica - indispensable para poder entender como aplicación de normas válidas, los hechos jurídicos de la experiencia cotidiana". Esta mal llamada norma no es un hecho como se ha creído. En primer lugar, porque no es ni puede ser una norma positiva, ni escrita ni consuetudinaria, ya que si lo fuera necesitaría para valer como tal, de otra norma que le diese esa validez, es decir, que la norma básica no puede valer normativamente ella misma. Su función es exclusivamente determinar lo que es el deber ser, pero no lo que deba ser en concreto, toda vez que vale teórica y necesariamente, dando origen al deber ser mismo como método del conocimiento jurídico, mas no es obligatoria para la conducta, sino sólo necesaria para pensar jurídicamente. El contenido de esta "norma" suprema lo constituyen, así, los hechos jurídicos de todos los días, y no es por ende una mera invención del jurista, sino que es algo inmanente a toda experiencia jurídica, a los actos que diariamente realizan los prácticos del derecho (litigantes, jueces, procuradores, notarios), por cuanto los realizan bajo el supuesto de que aplican un orden válido, aun cuando no todos los preceptos de este orden les parezcan personalmente justos y buenos.

SER Y DEBER SER

Hans Kelsen, el propio creador del concepto lógico de deber ser, admite la existencia de una "antinomia inevitable" entre el ser y el deber ser, porque según él, entre el contenido de uno y de otro tiene que ser posible cierta antinomia, ya que "una norma cuyo contenido estuviese de tal modo determinado por el contenido del ser, del acaecer efectivo, que jamás estuviese en contradicción con aquella, como la norma debes hacer lo que quieras, habría perdido su sentido normativo específico" 68. O, en otras palabras, la normatividad sólo tiene sentido respecto de una conducta posible por una parte y no necesaria por la otra, pues no se puede estar obligado a realizar lo imposible ni, menos, lo que forzosamente ha de suceder. De esta errónea afirmación Kelseniana extrae Heller la consecuencia absurda de que ser y deber ser sí se relacionan en alguna forma, por cuanto resulta indispensable que, como dice Kelsen 69, se dé una tensión permanente entre ambos para que haya normatividad.

68 Kelsen, Hans, Teoría general del Estado, México, 1951, pág. 24.

69 Kelsen, Teoría general del derecho y del Estado, pág. - 124.

Ahora bien, la tesis del jefe de la Escuela de Viena - es en verdad la responsable de esta consecuencia, ya que según la misma el ser condicionaría el deber. Y aún cuando Kelsen pretende disimularla, diciendo que la eficacia del derecho es únicamente *conditio sine qua non* y no *conditio per quam* de la validez del orden jurídico, esta distinción entre el tipo de condicionalidad que ejerce el acaecer causal sobre la normatividad, no por ello elimina la subordinación ilegítima del deber ser frente al ser de la naturaleza. El positivismo del profesor austríaco olvida su propia distinción metódica entre norma jurídica primaria y norma jurídica secundaria, de las cuales sólo aquella es auténtica y originariamente jurídica. La verdadera norma de derecho es así la que sanciona (verbigracia, el que roba debe ser castigado) y no la que, por mera consecuencia, enuncia el deber del súbdito (por ejemplo, no se debe robar), de lo que se desprende que el precepto no obliga normativamente al particular, al que debe abstenerse de robar, sino al órgano del Estado, al que debe imponer la sanción, la cual se enlaza así a la realización de un supuesto, de un hecho jurídicamente declarado como acaecido.

En consecuencia, entre ser y deber no existe ninguna antinomia inevitable, pues todo fenómeno jurídico se explica plenamente sin necesidad de recurrir a la conducta efectiva de los hombres. Y no se diga que la validez del derecho es inexplicable, sin hacer siquiera la referencia kelseniana de la totalidad del orden a un *mínimum* de eficacia, pues ésta es otra desviación metódica del autor de la teoría del derecho. En efecto, sostener que las normas de un derecho histórico, por ejemplo, ya no son válidas, porque en general ya no es eficaz el orden total a que pertenecen, es algo completamente absurdo, por cuanto equivale a decir, verbigracia, que la validez de las reglas aritméticas de la adición depende de la existencia actual de los efectos de comercio a que se aplican. Si se indaga por qué existe o existió una norma positiva, entonces ya no se pregunta por ella como un deber sino como un ser y, por ende, la cuestión no se plantea en el ámbito de la jurisprudencia ni respecto de la norma, sino en el campo de la sociología jurídica y con referencia a un hecho causalmente determinable.

LA NORMA DE LA CONDUCTA

La norma, el deber, se caracteriza por implicar una relación de obligatoriedad para la conducta. Es decir, sólo se puede estar obligado a determinada conducta en cuanto es posible realizar la conducta contraria, en cuanto se es necesariamente libre frente al deber prescrito. Por esto se -

dice que la relación de imputación normativa descansa sobre la hipótesis de la libertad, pues ésta es necesaria para -- concebir al deber ser lógico como tal deber, ya que si el mismo se cumpliera necesariamente expresaría un ser y no un deber. Esto es, sólo puede estarse obligado a una conducta cuando el mandato implica y postula la posibilidad de que - se realice la conducta contraria. Y aquí es conveniente - - afirmar que no hay para el conocimiento ninguna otra clase de deber, pues el llamado deber ser axiológico únicamente - podría objetivarse a través del deber ser lógico.

De lo expuesto resulta que la norma de la conducta, como regla de la técnica, no admite excepciones, en tanto que la ley de la naturaleza si las acepta. En efecto, la primera no puede tenerlas por cuanto las consecuencias normativas son, siempre y en todo caso, enlazadas a la realización del supuesto, independientemente de que esas consecuencias se hagan o no reales y efectivas, pues todo es algo que ya no interesa a la normatividad como deber sino a la realidad como ser. Si se realiza un robo (supuesto), inexorablemente se produce el deber de sancionar dirigido a un cierto órgano del Estado (consecuencia normativa), con lo cual ha concluído la jurisdicción del deber, sin que para tenerlo por cumplido, en el ámbito de la jurisprudencia, haya necesidad de investigar si el ladrón fue efectivamente castigado o pudo eludir la acción del derecho, pues esto ya no interesa a la ciencia jurídica, sino a una investigación natural causa lista.

C) CONCEPTO QUE SE PROPONE DEL DEBER

Según el diccionario Larousse, el deber es aquello a - que está uno obligado: ejemplo: cumplir con sus deberes de ciudadano.

6. CONCEPTO DE DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS

DERECHO: Según el Diccionario Larousse proviene de la - palabra latina *directum*. Conjunto de leyes y disposiciones que determinan las relaciones sociales desde el punto de vista de las personas y de la propiedad.

DEBER: Según el Diccionario Larousse, proviene de la -- palabra (v.t.) lat. *debere*. Aquello a que está uno obligado.

FUNDAMENTALES: Según el Diccionario Larousse: Adj. que sirve de fundamento // Principal, que es lo más importante - de una cosa.

A) DIVERSOS CONCEPTOS DOCTRINALES

CARACTER DE LOS DERECHOS INTERNACIONALES

Al pasar al examen de los derechos y deberes, nos vemos enfrentados, una vez más, a un gran número de problemas doctrinarios, planteados por la actitud de los juristas y también de algunos gobiernos, que han tratado de aplicar a los Estados los principios de conducta vigentes entre los hombres que los habitan. El hecho de que los más antiguos tratadistas de derecho internacional, tales como Grocio, Zouche, Pufendorf y Vattel, hayan insistido tanto sobre la vigencia de los principios morales generales, y de las reglas específicas del derecho civil, influyó, naturalmente, sobre la tendencia que llevaba a clasificar los derechos y deberes de los estados con el mismo criterio y nomenclatura empleados en el derecho nacional 70.

DOCTRINA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La clasificación de los derechos de los estados ha sido encarada en dos formas principales que reflejan, en mayor o menor grado, la actitud de cada escritor con respecto a la naturaleza del derecho internacional. La mayoría, siguiendo la clasificación de Vattel y de otros juristas adeptos a la tradición del estado de naturaleza, establecieron ciertos derechos de los estados que fueron considerados como fundamentales, esenciales y absolutos, además los cuales había otros de carácter secundario, derivado o relativo. -- Los derechos fundamentales eran considerados como inherentes a la verdadera naturaleza del Estado, como la condición esencial de su existencia, derivados, por inferencia directa si es que podía decirse que derivaban de algo, de esa -- "soberanía e independencia" que constituían la piedra fundamental de todo el edificio del derecho internacional. Se hicieron distintas enunciaciones de estos derechos fundamentales de los estados; algunos autores consideran incluidos entre los mismos el derecho a la existencia, a la independencia, a la igualdad, al respeto y al territorio, mientras -- que otros derivaban los distintos derechos fundamentales de los estados; algunos autores consideran incluidos entre los mismos el derecho a la existencia, a la independencia, a la igualdad, al respeto y al territorio, mientras que otros derivaban los distintos derechos fundamentales del derecho -- esencial a la existencia. Pensadores de tendencia constructiva, hicieron sus propias clasificaciones.

70 Los estudiosos deben tener presente el título del Tratado de Vattel, que ejerció tan gran influencia sobre los tratadistas posteriores, "The Law of Nations and of Sovereigns". Ver pág. 63. Las relaciones entre las dos ramas del derecho han sido admirablemente tratadas por Lauterpacht en *Private Law Sources and Analogies of International Law*.

CONCEPCION ABSOLUTISTA DE LOS DERECHOS

Dentro del grupo mencionado arriba, se encuentra un cierto número de escritores que muestran una marcada tendencia a atribuir un carácter absoluto a los derechos fundamentales de los estados, considerándolos dotados del mismo carácter, definitivo e inalienable, que poseen los derechos del hombre en su calidad de ciudadano de un Estado particular. Algunos de estos escritores establecieron una analogía muy estrecha entre los derechos del hombre y los del Estado, considerando la personalidad colectiva del Estado tan sagrada como la individual de cada ser humano. Lo que resulta más extraño, es que esta actitud haya sido puesta de manifiesto por escritores que estaban muy lejos de atribuir al Estado un carácter absoluto en relación a sus propios ciudadanos. Al parecer, sólo deseaban proteger a los estados más débiles contra el predominio de las grandes potencias, y consideraban que si se atribuía a algunos derechos de los estados un carácter absoluto, se disminuía el peligro de que los mismos fuesen violados 71.

POSTULADOS DEL DERECHO EXISTENTE

Otros autores, aunque también respetan la tradición de los derechos fundamentales de los estados, tienen un concepto más realista de los mismos, considerándolos, simplemente, como supuestos o postulados que durante los últimos trescientos años fueron aceptados como condiciones esenciales de la participación en la comunidad internacional. Por efecto de la costumbre, se llegó a considerar que los estados eran dueños de esos derechos, y que, en consecuencia, eran parte del derecho internacional de la época. Pero no existía razón alguna para asignar a los mismos un carácter inherente o absoluto. El Estado estaba hecho para el hombre y no el hombre para el Estado. Mientras el derecho internacional continúa siendo la ley de los estados soberanos, los derechos tradicionales de éstos, deben, lógicamente, integrarlo. Pero no existe una necesidad imperiosa de que el derecho internacional sea siempre un derecho de estados soberanos ya que algún día puede llegar a convertirse en el derecho de una comunidad soberana de estados. Los estados encuentran una justificación a su existencia en el hecho de que los pueblos que los componen los consieran como una expresión de su sentido de unidad nacional y como un medio que les permita promover sus intereses comunes. Pero no existe nada definitivo o absoluto en el carácter colectivo de un Estado en particular. Si el pueblo de dos o más estados encuentra en una unión federal --

71 Esta fue, claramente, la intención de la Declaración formulada por el Instituto Americano de Derecho Internacional.

una expresión mejor de su sentido de unidad, y un medio más conveniente de promover sus intereses comunes, el Estado federal puede absorber los estados individuales, sin violar ninguno de los derechos inherentes a los mismos. En consecuencia, puede concebirse que el total de estados llegue a formar una unión federal internacional, sin que por ello se violen ninguno de los principios fundamentales del derecho internacional.

DERECHOS QUE DEPENDEN DEL RECONOCIMIENTO

Para un tercer grupo de escritores el problema de la clasificación de los derechos en fundamentales y accidentales, absolutos y relativos, primitivos y secundarios, carece totalmente de importancia. Los juristas de la llamada tradición "positiva" 72, considerando los hechos de la vida internacional, y los miembros de la comunidad internacional, tal como los ven, no encuentran razón para introducir concepciones doctrinarias en el curso de sus discusiones sobre la práctica corriente. Los derechos son derechos por la simple circunstancia de ser reconocidos como tales, y un Estado puede reclamar sólo los que han sido establecidos por la costumbre o prescriptos, específicamente, por los tratados. El consentimiento era la base del derecho internacional, y bastaba que los miembros de la comunidad internacional mostrasen su aquiescencia, o su acuerdo directo, con respecto a la afirmación de derechos hecha por otros estados. Además, muchas veces era difícil establecer diferencias entre los derechos fundamentales y los que no lo eran. Resultaba más simple discutir los derechos ya aceptados de los estados clasificándolos de acuerdo a su asunto y al carácter intrínseco alegado. En la práctica, la actitud de los gobiernos era más pragmática que la de los juristas. Los estados pequeños eran los que más insistían sobre los derechos fundamentales, a consecuencia del deseo de protegerse contra cualquier posible intrusión de los más importantes. También los estados más grandes solían recurrir a argumentos basados sobre los derechos fundamentales, en especial cuando el problema planteado les parecía de bastante importancia. La distinción establecida por Vattel entre derechos "perfectos" e "imperfectos", perdió -

72 Oppenheim no adoptó una posición rígidamente "positivista" pero se mostró de acuerdo con los que pedían "que los derechos fundamentales de los estados desapareciesen en forma total de los tratados de derecho internacional", *International Law*, I, ap. 112. Compárese con la conclusión de Kelsen, quien afirmó: "los llamados derechos y deberes fundamentales de los estados, lo son sólo hasta donde han sido estipulados por el derecho internacional general, que tiene el carácter del derecho usual". *General Theory of law and State*, 249.

vigencia en lo que respecta a la terminología, pero continuó teniendo una gran influencia práctica sobre la actitud de los gobiernos. Valía la pena luchar por la defensa de los derechos fundamentales, y ningún Estado podía hacer -- concesiones en relación a los mismos, sin sacrificar, al mismo tiempo, su posición dentro de la comunidad internacional. Con respecto a otros derechos era factible hacer -- concesiones, y las disputas suscitadas alrededor de los -- mismos podían ser cometidas a arbitraje, sin que esto implicara una pérdida de prestigio, ni planteara dudas sobre la personalidad legal del Estado. Si en las distintas reclamaciones planteadas por los estados en defensa de sus "intereses vitales" estaban involucrados, o no, sus derechos fundamentales, era problema que, a criterio de los gobiernos, podía abandonarse a las discusiones de los círculos académicos.

B) CONCEPTO QUE SE PROPONE

Propongo los conceptos que da el Diccionario Larousse, ya anotados. Considero que la mejor clasificación de los Derechos y deberes de los Estados es la que hace Hildebrando Accioly 73.

Alejandro Montiel Argüello 74 nos da una definición de derechos fundamentales: los derechos fundamentales son aquellos que se derivan del solo hecho de la personalidad internacional de los estados como miembros de una comunidad.

73 Tratado de Derecho Internacional Público. Traducción de José Luis de Azcárraga, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 225 y sigs.

74 Manual de Derecho Internacional, Editorial Alemana, Managua, Nicaragua, 1969, pág. 55.

CAPITULO III

LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS EN LA DOCTRINA

1. LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS, EN LA DOCTRINA EXTRANJERA

A) SEGUN HILDEBRANDO ACCIOLY 1

El derecho de gentes, regula los derechos y deberes de los estados, como personas internacionales. ¿Cuáles son esos derechos y deberes? Mucho se ha escrito sobre el asunto, pero todavía son grandes las divergencias, parece no poder negarse que los Estados, como cualesquiera otras personas morales o jurídicas, tienen derechos y obligaciones. Este por lo demás, es derivación natural del hecho de que los Estados no viven aislados, y sí en relación unos con otros. Esta relación crea necesariamente derechos y deberes, que se regulan por la ley social de la comunidad interestatal. Desde el momento en que existe una sociedad internacional, que ha de subordinarse a normas jurídicas, éstas han de reconocer derechos e imponer obligaciones a sus miembros. "El Estado es una personalidad internacional -dice Kelsen 2-" porque es su objeto de derechos y derechos internacionales".

SECCION I. - DERECHOS DE LOS ESTADOS

Una teoría abandonada ya desde antiguo, pero que predominó en los siglos XVIII y XIX, sostuvo que los Estados, en calidad de miembros de la familia de las naciones, poseen derechos fundamentales 3, absolutos, por así decirlo, originados en su propia naturaleza y constitutivos de la verdadera base, del verdadero fundamento, del derecho internacional positivo.

Muchos autores contemporáneos, reaccionando contra semejante doctrina, han negado que los Estados puedan tener derechos fundamentales o esenciales, y hasta evitan toda referencia a derechos de los Estados, prefiriendo hablar de competencias. En realidad derechos y competencias en ese sentido, son equivalentes entre sí, y no parece haya razón para que se deje de hablar de derechos, en el caso en cuestión.

1º. Derecho de defensa y conservación

El derecho de defensa y conservación es esencial para el Estado, si éste ha de existir. Como toda persona moral, o

1 Obra citada, pág. 225

2 "Principales", p. 152

3 V. supra, núm. 26

como ser físico, el Estado posee indiscutiblemente ese derecho, aunque limitado en su ejercicio por el derecho a la existencia y a la conservación, de los otros Estados 4.

Algunos publicistas, llevando demasiado lejos el derecho de conservación, llegan a justificar cualquier acto que la conservación de un Estado exija: *salus populi suprema lex est*. La necesidad, según tal opinión, absolvería todas las faltas, permitiría todas las injusticias.

Aceptar esta doctrina sería negar el derecho. Sabido es, por lo demás, que el criterio de necesidad es muy arbitrario y, por tanto, peligrosísimo.

Los excesos que tal doctrina entraña fueron explícitamente condenados en la Declaración de derechos y deberes de las naciones, adoptada por el Instituto americano de D. I. el 6 de enero de 1916, y cuyo artículo 1º resa así: "Toda nación tiene derecho a existir y a proteger y conservar su existencia; pero ese derecho no entraña la facultad, ni justifica el hecho de que un Estado cometa actos ilegales contra Estados inocentes e inofensivos, para protegerse o conservar su existencia".

El proyecto de declaración de la Unión jurídica internacional, de 11 de noviembre de 1919, dice en su artículo 4º que "el derecho de cada Estado tiene como límite el derecho de los demás Estados". La declaración propuesta al Instituto de D. T. en 1921 es más precisa en lo tocante al punto que ahora nos interesa, al decir que ningún Estado, "ni aun para salvar su propia existencia", tiene derecho de emprender lo que fuera contra la existencia de otro Estado que no le amenace.

A su vez, la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 11, declara que el derecho de un Estado a proteger y desarrollar su existencia" no le autoriza a practicar actos injustos contra otro Estado".

Evidentemente, nada de esto es contrario al derecho de legítima defensa. Esta se admite en el orden internacional, de igual forma que en el orden interno.

Conviene, sin embargo, no olvidar que el derecho de legítima defensa existe únicamente ante "una agresión injusta, contraria al derecho y contra la cual el uso de la

4 Le Far (Précis", núm. 657, p. 386).

violencia es el único recurso posible" 5.

El derecho de defensa y conservación comprende todos - los actos necesarios al Estado para preservarlo de los enemigos internos o externos y repeler cualquier agresión. Figuran entre tales actos la adopción de leyes penales, la organización de tribunales represivos, ciertas providencias - de índole política, la expulsión de extranjeros peligrosos o perjudiciales al orden o a la seguridad pública, la exigencia de pasaportes, la prohibición de entrada de indeseables, la reglamentación de la inmigración, la emisión de de terminadas medidas referentes a la policía sanitaria, así - como la celebración de alianzas defensivas o pactos de asis tencia mutua, la adquisición o el armamento de navíos de - guerra, etc.

Entre las medidas preventivas que un Estado puede adop tar en el ejercicio del derecho de defensa y conservación, puede incluirse la prohibición de paso de armas y otros me dios de agresión, inclusive por vías fluviales que se hayan abierto al tránsito internacional.

En 1902, con ocasión de la cuestión de Acre, el Brasil prohibió temporalmente el tránsito por el río Amazonas de - material bélico destinado a Bolivia.

Posteriormente, en 1904, cuando el gobierno del Perú - estableció puestos militares en las regiones del alto Juruá y del alto Purus, usó de medida análoga respecto de este úl timo país. En nota fechada el 16 de mayo de 1904 y dirigida a la legación peruana en Río de Janeiro, el barón de Río -- Branco -entonces ministro de Relaciones Exteriores del Bras il- explicó que la libertad de tránsito por el Amazonas se aplicaba sólo al tránsito inocente, "y de ningún modo al pa so de medios de agresión y de guerra que vayan a utilizarse contra el Brasil y sus nacionales". Y añadía lo siguiente: "El gobierno brasileño, con esta prohibición, usa del llama do derecho de seguridad o de propia conservación, al que -- prudentemente se pueda recurrir antes de emplear las repres alias".

2° DERECHO A LA LIBERTAD, O DERECHO DE INDEPENDENCIA

El derecho a la libertad, llamado también derecho de -

5 Fauchille, I, 1, p. 421. El derecho de legítima defensa, individual o colectiva, fue reconocido en el art. 51 de la Carta de las N. U. y en el art. 12 del referido proyecto de Declaración, de la Comisión de D. I. de las N. U. - La Carta de la OEA, en el art. 18, admite el recurso del uso de la fuerza en caso de legítima defensa.- Acerca de la legít^u ma defensa, véase más adelante el número 523.

independencia, es fácilmente comprensible. En efecto, no se puede concebir que un Estado viva y se desarrolle sin libertad; ésta es condición imprescindible de su existencia; --- constituye, por decirlo así, una cualidad inherente, ajena al Estado, como persona internacional.

Tal derecho entraña, necesariamente, los de soberanía interna y externa.

La noción de soberanía ha suscitado las más encendidas controversias, hoy bastante calmadas ante doctrinas que van imponiéndose de modo creciente. El vocablo es antiguo y parece que lo introdujo en el derecho público, o, al menos, - en las ciencias políticas, Jean Bodín, publicista francés - del siglo XVI, autor de "Les six livres de la République"; lo definía como "el poder perpetuo y absoluto, dentro de un Estado". Era la suprema potestad, o summum imperio, del soberano sobre el territorio y sus habitantes 6. Aquello significaba, al mismo tiempo, una reacción contra el sistema feudal, según el cual el rey estaba subordinado a las teorías y prácticas del orden feudal 7.

Ese concepto, en una época en que se consolidaba el absolutismo del rey, propagose fácilmente entre escritores, filósofos y juristas, adaptándose por fin al poder del Estado. Al principio, es decir, en los siglos XVI y XVII, sosteníase que dicho poder supremo, incontrastable, residía en la persona del monarca. En tal sentido, Hobbes fue más allá que Bodín, porque, mientras éste admitía que por encima de la soberanía estaban los Mandamientos de Dios y el Derecho natural, aquél sostenía que el soberano no tenía límites en su poder y estaba situado por encima de todo, hasta de la religión 8.

6 Acerca de la vida y, sobre todo, de la obra de Jean Bodín, así como su influencia en el desarrollo del derecho internacional, véase André Gardot, "Jean Bodín: Sa place parmi 'les fondateurs du droit international'", R. de C., 50, - 1934 -IV, páginas 549-747, (las páginas 611 a 628 de ese curso están dedicadas a las ideas de Bodín sobre la soberanía).

7 Cf. Heinrich A. Rommen "The State in Catholic Thought", St. Louis (Missouri) & London, 1947, p. 392. ^

8 Cf. Marc St. Korowicz, "La souveraineté des Etats et l'avenir du droit international". p. 17; A. Truyol, "Fundamentos de D. I. P." p. 19; Le Fur, "les grands problèmes du droit", p. 289.- A. Gardot (loc. cit., p. 628), dice que, según Bodín, "la soberanía de los Estados no solamente no está en oposición al derecho internacional, sino que además sólo se define y precisa merced a una serie de limitaciones que están en la base misma de ese derecho".

En el siglo XVIII, la idea de soberanía, en Rousseau, no difería esencialmente de la de Hobbes sino en que él se basaba única y exclusivamente, en el pueblo.

En todo caso, fue con los principios fijados en tiempos de la Revolución Francesa, fue quizá sobre todo con -- las ideas sustentadas por los filósofos alemanes de comienzos del siglo XIX, como se llegó de hecho a la teoría de -- la soberanía absoluta e ilimitada 9.

Durante el siglo XIX surgieron nuevas doctrinas. Pero, con Hegel y sus continuadores, predominó el concepto del -- absolutismo del Estado 10, que habría de resucitar en este siglo XX, con las doctrinas fascista y nacional-socialista, hoy aplicadas de cierta forma por los gobernantes y juristas de la Rusia soviética.

Algunos autores modernos -queriendo conciliar el derecho con la supuesta voluntad omnipotente del Estado- crearon la teoría de la autolimitación, hoy completamente abandonada.

El más ilustre, acaso, de los defensores de esta teoría fue el jurista alemán G. Jellinek. Para éste, el poder soberano del Estado es un poder que no conoce superior y -- la señal de la soberanía del Estado es sólo depender de la propia voluntad. En el mismo orden de ideas, el referido autor declaraba que el derecho de gentes existe para los -- estados, y no los estados para el derecho de gentes.

Verdrose, demostrando la falsedad de esa teoría, probó según ya dijimos también -que la misma era antigua en -- su esencia". Ese concepto de la soberanía" -dice el ilustre maestro vienés 11- "se remonta al principio del siglo XVI. Maquiavelo libertó a su "Príncipe" (que para él encarnaba al propio Estado) de todas las prescripciones del derecho, de la moral y de la religión". Y, en otra forma, -- esa idea es la misma que luego encontramos en Spinoza y en Hegel.

Sea como fuera, lo que en los tres o cuatro últimos -- siglos se ha entendido por soberanía es un poder supremo, o, como lo definió Le Fur 12" el derecho de mandar u ordenar, de tomar una decisión definitiva; es la competencia de la competencia, como dicen en Alemania".

9 Le Fur, ibidem.

10 Cf. Ch. Rousseau, "L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international", P. d. C., 73, 1948 - II, p. 182-183.

11 "Le fondement du droit international", R. d. C., 16, -- 1927 -I, p. 309.- Sobre la teoría de la autolimitación, -- véanse más atrás los núms. 23 y 24.

12 "La théorie du droit naturel depuis le XVII "sicle et la doctrine moderne", R. d. C., 18, 1927-III, p. 409.

Este poder supremo, tal como se admite en el concepto clásico de la soberanía absoluta, ha sido -conforme a la --acertada expresión de Brierly 13- "un principio de anarquía internacional" y, por ello mismo, un obstáculo constante, no sólo para una perfecta cooperación entre las naciones, -sino también para el progreso del derecho de gentes 14. En verdad, en el sentido genuino de la palabra, la soberanía -entraña" un derecho, que es natural e inalienable, a un poder supremo" 15, y, por tanto, está por encima de cualquier otro derecho. Es pues, como dice Marc St. Korowicz 16, "una negación evidente del derecho internacional", o, según la -expresión de Maritain 17, un concepto "intrínsecamente falso" 18.

Esa es la razón de que varios autores contemporáneos hayan condenado el empleo de la palabra soberanía, juzgándola impropia y ambigua, y han procurado sustituirla por otra, más adecuada a la idea que con ella se pretende expresar. -Charles Rousseau 19 y Kelsen 20, por ejemplo, entienden que admitir una noción de soberanía limitada constituye una contradicción de términos: la soberanía, por naturaleza o por -el concepto propio, ha de ser ilimitada. Algunos entre ellos el mismo Rousseau 21, prefieren, por eso, designar esta idea con la palabra independencia. Maritain 22 estima más conveniente la de autonomía. Otros, no obstante, aunque rechazando la idea de la soberanía ilimitada, mantienen la palabra, "a falta de otra mejor" 23.

Lo más importante, sin embargo, es que no se conserve para el vocablo en cuestión el concepto erróneo que de él

13 "The Law of Nations", p. 46.

14 Según J. T. Delos ("La société internationale et les principes du droit public", p. 319), "la doctrina clásica de la soberanía absoluta destruye la organización internacional, por suprimir su fundamento objetivo, la idea de un bien común, natural, inmanente y trascendente, que señala a los Estados asociados su meta y su finalidad" (de ellos).

15 J. Maritain "Man and the State", p. 15.

16 Op. cit., p. 28.

17 Op. cit., p. 29.

18 Es en este sentido de poder absoluto, sin contraste, como se puede aceptar la afirmación de un jurista griego contemporáneo (S. Calogeropoulos-Stratis, "la souveraineté des Etats et les limitations au droit de la guerre", Atenas, --1949, p. 3, según el cual "el principio de soberanía es inadmisibles en una sociedad organizada; constituye un contrasentido".

19 "L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international", R. de C., 73, 1948-II, p. 196.

20 "Principles", p. 114.

21 Loc. cit., p. 213.

22 Op. cit., p. 213.

23 Messineo (op. cit., p. 387).

podría desprenderse 24.

De hecho, lo que hoy se entiende por soberanía es una autoridad máxima, que permite al Estado gobernarse libremente, bajo las normas del derecho, y le provee de fuerza coercitiva; es un poder supremo en su orden 25; es la independencia respecto de cualquier otro Estado; es, en fin, como dice Le Fur, "el derecho de mandar en última instancia, no arbitrariamente, bien entendido, sino con vistas al bien de la colectividad" 26, y hemos de insistir siempre según el derecho de gentes 27.

Puede afirmarse, así, que dos elementos esenciales la caracterizan: 1º, es una autoridad suprema, capaz de regular y decidir los conflictos de intereses dentro de la sociedad a la que preside 28; 2º, sólo se debe ejercer dentro de los límites trazados por el derecho internacional 29.

Estos conceptos están ya aceptados largamente en la doctrina y en la jurisprudencia contemporáneas, pero aún topan con fuerte oposición en las relaciones intergubernamentales y en la opinión dirigida de juristas sometidos a gobiernos totalitarios, lo que dificulta enormemente no sólo

24 Guggenheim, "Les principes de droit international public", R. d. C., 80, 1952 -I, p. 84, dice: "... pensamos que la soberanía, en el sentido de sumisión de una entidad jurídica al orden jurídico internacional, es idea suficientemente clara para que la doctrina la retenga".

25 Messineo, op. cit., p. 388 y 389. - Basdevant ("Regles générales du droit de la paix". R. d. C., 58, 1936 -IV, p. 578) expresó muy bien esa idea, en estos términos: "Al hablar de la soberanía del Estado, no se pretende afirmar que el Estado escapa a la autoridad de toda norma de derecho, si no solamente que por encima del Estado no hay autoridad humana establecida. Ahora bien, la situación es ésta: el Estado es la autoridad más alta en el orden jurídico actual; esa autoridad es, pues, la autoridad suprema; "hay razón para que se le llame autoridad soberana, por no existir autoridad establecida que sea superior a ella".

26 Le Fur, "Les grands problemes", p. 292.

27 Salvioli ("La regle de droit international", R. d. C., -73, 1948-II, p. 398 defínela simplemente como "la competencia del Estado según el derecho internacional".

28 Cf. H. Rommen, "The State in catholic Thought", p. 401-402.- "La afirmación de que el Estado es la suprema autoridad, o sea, de que es soberano dentro de cierto territorio dice Hans J. Morgenthau ("Politics among Nations", p. 245) implica por encima de él. Como consecuencia, cada Estado es libre de dirigir sus asuntos internos y externos según su propia discreción, en lo que no fuere limitado por tratados o por lo que llamamos derecho internacional común.

29 J. A. P. Francois, "Regles générales da droit de la paix, 661938-IV, p. 66.

el progreso del derecho de gentes, sino también el establecimiento de un régimen estable de paz, dentro de la comunidad de los Estados, con la desaparición del recurso a la -- fuerza en las relaciones internacionales. Todavía hace poco más de veinte años observaba Georges Scelle, precisamente a propósito de la detestable teoría de la soberanía ilimitada de los Estados, que "los gobiernos manifestaron una tendencia, hasta aquí insuperable, a sobreponerse al derecho o a considerar solamente como fuente del derecho normativo las exigencias del interés nacional inmediato, generalmente con fundido más o menos conscientemente -con su propio interés"³⁰

Favorecen esa tendencia, todavía persistente, los -- egoísmos nacionales, el nacionalismo sobreexcitado y agresivo, que muchas veces asume el aspecto de un complejo de inferioridad y que tanto daño hace a las relaciones pacíficas de los pueblos y a la cooperación internacional, tan necesaria o verdaderamente indispensable, en los días que corren³¹.

También a esa tendencia obedece la conservación del -- principio de unanimidad en las asambleas internacionales y el mantenimiento del voto en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En la doctrina dirigida, ya se había señalado, desde - 1933, el caso de los juristas nazis, en Alemania. Pero el - ejemplo típico nos lo suministra ahora la Rusia soviética. El gobierno de Moscú mantiene íntegro el anticuado dogma de la soberanía absoluta, sustentado permanentemente por sus - representantes en las asambleas internacionales³². Por - otra parte, obedeciendo a las directrices gubernamentales del régimen totalitario allí vigente, sus juristas han proclamado y siguen proclamando, de Korovia a Pasukanis, de Pasukanis a Rapoport, de Rapoport a Vichinsky y Kozevnikof, el principio de la soberanía ilimitada- "barrera ideológica", escribió Poliansky (uno de los internacionalistas soviéticos de la escuela predominante), "levantada contra todas las tentativas hechas por el Estado capitalista para impedir al Estado de los trabajadores realizar la construcción socialista"³³.

30 Scelle, "Regles générales du droit de la paix", R. d. c., 46, 1933- IV, p. 332.

31 Sovereignty and International Cooperation A. J., 48, -- 1954, p. 241.

32 "... la insistencia de la doctrina y de la política soviéticas sobre el carácter fundamental de la soberanía en -- las relaciones internacionales", dice Jean - Yves Calvez, en su documentadísimo libro titulado "Droit international et -- souveraineté en U.R.S.S.", no es menos sorprendente, después de los asaltos que la idea y la realidad de la soberanía sufren desde hace medio siglo" (op. cit., p. 12).

33 Apud J. Y. Calvez, op. cit., p. 219-220.

Obsérvase, sin embargo, por varios lados, cierta reacción contra semejantes ideas, realmente retrógradas y muy perjudiciales en época como la nuestra, en que la interdependencia de las naciones es un hecho inevitable.

La manifestación más importante de esa reacción surge en Constituciones nacionales, en las que se han admitido ya, expresamente, limitaciones a la soberanía del Estado. Mencionaremos en este sentido: la Constitución de la república francesa, de 27 de octubre de 1946 (preámbulo y artículos 26 y 28); la Constitución italiana, de 27 de diciembre de 1947 (artículo 11); la Constitución alemana de Bonn (art. 24); la Constitución de Holanda, revisada en 1952 34; la Constitución de Dinamarca, aprobada el 28 de mayo de 1953, por un plebiscito.

Después, no podemos dejar de señalar el gran paso que dio en éste sentido el Tratado Interamericano de Asistencia Mutua, firmado en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947.

I. SOBERANIA INTERNA

En la esfera de la soberanía interna, examinemos las soluciones que la doctrina y la práctica internacionales han admitido, en relación con los principales derechos en ella comprendidos.

a) Derecho de organización política.- Compete a cada Estado escoger la forma de gobierno que le convenga, adoptar la constitución política que le agrade; establecer en fín, libremente su organización política y alterarla, a discreción, siempre que no ofenda los derechos de otros Estados.

Declaran sin embargo, algunos autores que no se debe reconocer a un Estado el derecho de adoptar una organización política contraria a las bases o a los principios de la civilización moderna, o una forma de gobierno que no signifique realmente un gobierno y sea sólo pura anarquía 35.

34 Ya en 1930, en respuesta fechada el 30 de junio de -- aquel año, al memorándum Briand (de 17-5-1930), sobre la creación de una "Unión europea, el gobierno de Holanda se expresó así: "Un concepto de soberanía que no deja sitio a la voluntaria aceptación de ciertas limitaciones de los poderes de los Estados, debería a juicio del Gobierno de su Majestad, ser rechazado como incompatible con la naturaleza esencial de las relaciones internacionales" (fascículo núm. 265 de la "International conciliation", con el título de "European Federal Union", p. 131.

35 Fauchille, I, 1, 432; Antokoletz, I, p. 386.

En resolución de la Conferencia de Cannes, fechada el 6 de enero de 1922, las potencias aliadas declararon que - las naciones no pueden reivindicar el derecho de dictarse unas a otras los principios según los cuales debe organizarse internamente el gobierno de cada una. Y añadieron: - "Compete a cada país escoger para sí el sistema que pro- - fiera a este respecto".

No obstante, en memorándum de 6 de febrero del mismo año, entregado al gobierno británico, el gobierno francés, refiriéndose precisamente a la resolución de Cannes, dijo que el derecho de soberanía gubernamental de los Estados no debería respetarse sino cuando su ejercicio no fuese " peligroso para el mantenimiento de la paz" 36. Y el hecho es que el año anterior, las grandes potencias y los Estados de la llamada Petite Entente intimaron al gobierno húngaro a oponerse a la restauración de Carlos I en el trono de Hungría, so pena de intervención en interés de la paz general, lo que constituía, sin duda, verdadero abuso de poder.

b) Derecho de legislación.- Todo Estado tiene derecho a formular sus leyes propias, y aplicarlas a sus súbditos, y, en los límites de su territorio, hasta a los extranjeros. Es evidente, sin embargo, que este derecho no podía ser ilimitado. Ante todo no puede haber derecho contra derecho. Hácese preciso, pues, conciliar a este respecto los derechos de los Estados entre sí.

Clóvis Beviláqua, en la Introducción a su "Theoria - Geral do Direito Civil", indicó los principios esenciales que deben regular la eficacia de la ley en el espacio. En tre estos principios, vale citar los dos primeros, que -- son fundamentales: 1º. La ley tendrá eficacia extraterritorial, siempre que tuviere como fin principal la protección de los individuos. Es lo que se llama ley personal - 37. 2º. La ley tendrá eficacia, exclusivamente dentro del territorio del Estado que la decretó, si fue creada con el designio particular de garantizar la organización social. Es la ley territorial" 38.

Pero estas reglas no son absolutas. Sufren restricciones.

36 Apud Fauchille, I, 1, p. 435.

37 En este sentido puede decirse que la competencia legislativa del Estado acompaña a sus nacionales, dondequiera que estos se hallen (v. Scelle, "Précis", I, p. 89).

38 C. Beviláqua, op. cit., p. 25.

c) Derecho de Jurisdicción.- Consiste el derecho de jurisdicción en la facultad, reconocida a todo Estado soberano, de administrar justicia, esto es, someter a la acción de sus tribunales las personas y cosas que estén en su territorio. Este derecho entraña también el de organización judicial.

La jurisdicción no va, en principio, más allá de los límites del territorio del Estado, pero abarca a nacionales y extranjeros.

Las sentencias de los tribunales deben respetarse -- por los gobiernos extranjeros, que, en general, sólo tendrán derecho a presentar alguna reclamación a favor de -- los nacionales de los respectivos Estados, en casos de manifiesta denegación de justicia.

El derecho de jurisdicción también sufre derogaciones. Así, por ejemplo, en virtud de una ficción jurídica, o por conveniencias recíprocas, admítase en general que ciertas personas o cosas situadas en un territorio han de quedar exentas de la jurisdicción territorial, o, como pretenden algunos autores, deben ser consideradas como si estuvieran fuera de ese territorio, o sea en el territorio del país a que pertenecen. Es el caso de la llamada extraterritorialidad, en el que se comprenden los soberanos o jefes de Estado, los agentes diplomáticos, los representantes de Estados -Miembros y ciertos funcionarios de organizaciones internacionales, tropas extranjeras en ciertas condiciones, los buques y aeronaves de guerra y sus oficiales y tripulantes. En el régimen denominado de capitulaciones, ya virtualmente extinguido en todas partes, la extraterritorialidad extendíase a simples particulares, y los Estados de que éstos eran súbditos podían ejercer actos de jurisdicción en el territorio sujeto a tal régimen.

En virtud del derecho de igualdad, según luego veremos, la competencia jurisdiccional del Estado tampoco se extiende en principio a los actos de otro Estado.

En caso de ocupación o travesía, por tropas de un Estado, de territorio de otro Estado, consentida por éste último, el primero está en general autorizado a ejercer actos de jurisdicción en el mencionado territorio 39.

Conviene subrayar, desde luego, que esa situación se distingue fundamentalmente, no sólo de la ocupación bélica, sino también de la de fuerzas militares meramente de

39 Sobre este asunto consúltese, especialmente, G. P. Barton, "Foreign Armed Forces: Immunity from Supervisory Jurisdiction", B. Y. B., 27, 1950, p. 186-234.

visita. En la ocupación bélica hay como una sustitución -- del ejercicio de soberanía. En el caso de simple visita de tropas de país amigo, éstas sólo podrán ejercer autoridad sobre sus propios miembros 40.

En cuanto a la ocupación o travesía autorizada o consentida, tiéñese por admitido que el consentimiento "implica la obligación de permitir a los tribunales administrativos (service courts) y a las autoridades de la fuerza visitante el ejercicio de la jurisdicción en materias de disciplina y de administración interna, sobre miembros de dicha fuerza, tal como se deriva de sus propias leyes" 41. Sobre este punto parece haber unanimidad de opiniones 42.

d) Derecho de dominio.- No hay Estado sin territorio. La posesión exclusiva y completa de éste es un derecho primordial del Estado.

II. SOBERANIA EXTERNA

En el exterior como en el interior, el Estado es independiente y mantiene su libertad de acción respecto de los demás miembros de la comunidad internacional.

Estados hay que ni siquiera disfrutan íntegramente de soberanía, o, mejor dicho, no ejercen todas las atribuciones de la soberanía y, en ciertos aspectos, están bajo la dependencia de otro u otros Estados. Son llamados semi-soberanos 43.

Los que se dicen, sin embargo, plenamente soberanos no están exentos de limitaciones en el ejercicio de su soberanía. En todo caso, esto no quiere decir que no sean independientes, o que se deba suprimir el principio de independencia de los Estados. Por otra parte, según dijo el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en sentencia pronunciada sobre la cuestión de "Lotus", "no pueden presumirse restricciones a la independencia de los Estados" 44.

Del derecho de soberanía se derivan, otros varios, entre los que sobresalen: el derecho de ajustar tratados o convenios, el de legación o de representación, el de igual

40 Barton, cit. artículo en el B.Y.B., 27, 1950, p. 193.

41 Barton, cit. artículo en el B.Y.B., 26, 1949, p. 412.

42 Cf., por ejemplo, Fauchille, I, 1, p. 448; Podestá Costa, "Manual", 2a. edición, p. 47; Maurice Travers, "Le droit penal international", II, p. 346.

43 V. supra el núm. 184.

44 T.P.J.I. Serie A, núm. 10, p. 18.

dad, el de respeto mutuo. Nos ocuparemos aquí de los dos últimos dando las nociones más necesarias.

Derecho de igualdad.- Mucho se ha discutido modernamente sobre la igualdad de los Estados, que, aceptada por gran número de autores y considerada hasta como dogma intangible, es negada por otros, o admitida apenas como simple ficción.

Según Strupp 45, la igualdad representa uno de los -- más importantes derechos fundamentales de los Estados. Sería quizá más acertado decir, con Meye 46 que la igualdad de los estados resulta lógicamente del derecho de independencia, porque, una vez admitido que los Estados son independientes entre sí, sin reconocer ninguno la autoridad de otro, no habiendo entre ellos superior ni inferior, esto -- equivale a admitir que todos son iguales.

Pero no basta afirmar que los Estados son iguales entre sí. Ante todo, es preciso no olvidar que al declararse ese principio no se piensa más que en los llamados Estados soberanos. Además, conviene que nos entendamos sobre el sentido de tal igualdad: ¿en qué consiste ésta? Para Fauchille, por ejemplo, "es el derecho que los Estados poseen de exigir que ningún otro Estado se arrogue, en las relaciones mutuas, derechos más extensos que los que ellos mismos disfrutaban, ni se libere de ninguna de las obligaciones impuestas a todos por el hecho de pertenecer a la comunidad internacional" 47. Es aceptable la definición. Pero con claridad y sencillez mayores se expresó Clóvis Beviláqua al decir: "Todos los Estados soberanos son iguales ante el Derecho internacional. La igualdad jurídica de las naciones consiste en que todas ellas tienen los mismos derechos y deberes en la comunión internacional" 48.

Bien sabemos que los Estados, igual que los individuos entre sí, presentan diferencias de uno a otro. En el tamaño, en la fuerza, en el poderío, en la constitución, en las aptitudes, la desigualdad es patente muchas veces. Pero como miembros de la comunión internacional, todos son iguales", todos son igualmente señores en su casa e independientes de los demás Estados" 49.

45 Strupp, I, p. 117.

46 Meye, p. 115-116.

47 Fauchille, I, 1, p. 463.

48 Beviláqua, I, § 16, p. 90

49 Le Fur, "La théorie du droit naturel", R. d. C., 18, 1927 - III, p. 426.

La igualdad no será, pues, de hecho, sino jurídica 50.

Negar esa igualdad será disputar que la comuni3n internacional se asienta en la libertad de los Estados y es recogida por principios jur3dicos 51.

El principio de igualdad jur3dica de los Estados ha sido proclamado, desde antiguo, por juristas y estadistas, y hace mucho m3s de un siglo que ya figuraba en importantes -decisiones judiciales. En 1812, por ejemplo, en el caso de la goleta "Exchange", decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Chief Justice Marshall ya proclamaba la "perfecta igualdad y absoluta independendencia" de los Estados soberanos 52; y, a3os despu3s, en el caso del "Antelope", el mismo Marshall dec3a: "Ning3n principio de derecho general es m3s universalmente reconocido que el de la perfecta igualdad de las naciones. Rusia y Ginebra tienen derechos iguales. Resulta de esa igualdad que ninguna puede, l3g3tamente, imponer norma a la otra " 53. Por otra parte, en la Gran Bretaña, en 1817, Sir William Scott, en el caso del nav3o franc3s "Le Louis", juzgado por el Alto Tribunal del Almirantazgo brit3nico, tambi3n se refer3a ya a la "perfecta igualdad y entera independendencia de todos los Estados", consider3ndolas como el principal fundamento del derecho internacional 54.

A pesar de esto, tal principio no ha dejado de ser impugnado por algunos autores, y, en la pr3ctica de las naciones, no siempre es reconocido.

Nadie pretender3 negar que, en la vida internacional, hay numerosos ejemplos contrarios a dicho principio. Hasta puede decirse que las llamadas grandes potencias, en general, procuran hacer que prevalezca su voluntad, en las relaciones con los dem3s Estados, sentando as3 cierta desigualdad entre los miembros de la comunidad de las naciones.

Esa especie de primac3a, reivindicada por las grandes potencias y testimoniada en varias circunstancias, fue lo que indujo a dichos autores a discutir la existencia del derecho de igualdad de los Estados. Lawrence, por ejemplo, enti3ndia que, en ese asunto, el aspecto jur3dico y el aspecto pol3tico del problema no pod3an quedar separados, porque en

50 James W. Garner, en curso realizado en la Academia de la Haya sobre el desarrollo y las tendencias del derecho internacional, no se apart3 de ese punto de vista.

51 Cf. Bevil3qua, I, p. 91.

52 Fenwick, "Cases", p. 365; H. W. Briggs, "The law of Nations", p. 414.

53 Fenwick, *ibidem*, p. 11; Wilson, p. 66.

54 Fenwick, *ibidem*, p. 85.

el derecho de gentes, cuyas normas -a su entender- dependían solamente del consentimiento general, "lo que es práctico es jurídico, una vez que esto se adopte y practique generalmente". Y añadía que la autoridad de las grandes potencias había sido constantemente reconocida: tan constantemente, que "se transformó en una parte del orden público en Europa 55.

Pero esto era confundir la igualdad política con la igualdad jurídica, cosas muy distintas. Políticamente, la desigualdad es flagrante y se deriva en general, de condiciones materiales. Pero querer aplicar este mismo criterio al derecho sería negar la existencia de éste.

Contra esto, en 1097, en la II Conferencia de la Haya, luchó Yuy Barbosa, con gran fuerza y brillantez.

Sea como fuere, no se puede decir que la desigualdad - de hecho, pero de carácter político, surta el efecto de destruir el principio de la igualdad jurídica de los Estados, que, por lo demás, parece hoy indiscutible 56.

La Carta de San Francisco proclamó este principio, al afirmar en su preámbulo la igualdad de derechos de naciones grandes y pequeñas, y al declarar que la Organización de las N. U. "se basa en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros".

En verdad, sin duda, que, en la composición y en las normas de funcionamiento del órgano principal de dicha Organización, no se respetó el principio en cuestión; pero ello fue más bien resultado de contingencias políticas.

Por otra parte la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 6°, afirma que "los Estados son jurídicamente iguales, gozan de iguales derechos y de igual capacidad para ejercerlos, y tienen deberes iguales". Y añade: "Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponen para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como personalidad jurídica internacional" 57.

55 Lawrence, p. 252.

56 El Pacto de la SDN no contenía nada a ese respecto, pero el principio se proclamó más de una vez en el seno de aquella organización. Por ejemplo, en marzo de 1925, al tratarse de la admisión de Alemania, como miembro de la SDN, el Consejo de esta declaró consideraba "ese principio de igualdad, que acarrea obligaciones iguales y derechos iguales para todos, como uno de los elementos esenciales de la Sociedad de Naciones" (S. d. N., Off., VI, 1925, p. 490).

57 El mismo principio se había ya afirmado en el artículo 4° del Convenio interamericano de Montevideo, sobre derechos y deberes de los Estados.

Por último, el artículo 5° del ya mencionado proyecto de Declaración de derechos y deberes de los Estados, elaborado por la comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, dice que "todo Estado tiene derecho a la igualdad jurídica con los demás Estados".

Las principales consecuencias de la igualdad jurídica de los Estados son, en principio, las siguientes: a) en cualquier cuestión que deba decidirse por la comunidad internacional, cada Estado tendrá derecho de voto, y el voto del más débil valdrá tanto como el del más fuerte 58; b) ningún Estado tiene derecho a reclamar jurisdicción sobre otro Estado soberano: *par in parem no habet imperium* 59.

El Instituto de D. I., en la sesión de Aix-en-Provence, de 1954, adoptó nuevas normas, que parten del principio general de la inmunidad del Estado extranjero por actos de poder jurídico por él practicados (art. 1°). Admitió, empero, la renuncia del Estado extranjero a tales inmunidades. Esta renuncia no ha de ser dudosa, pero puede ser expresa o tácita (art. 2°).

Aun en lo tocante a la inmunidad de jurisdicción, es principio generalmente aceptado el de que la renuncia puede ser expresa, por medio de tratado o convenio internacional, o mediante declaración especial del Estado extranjero, o puede ser tácita. Se considera, en general, que será tácita: 1) cuando el Estado instaura una acción ante tribunal extranjero; 2) cuando, demandado ante tribunal extranjero, no alega la incompetencia de éste; 3) cuando posee bienes inmuebles en país extranjero y la acción judicial se refiere a éstos; 4) cuando la acción tiene como fundamento algún acto practicado por el Estado extranjero como persona privada, en calidad de poseedor o explorador de una empresa comercial, industrial o financiera en el territorio del otro Estado; 5) cuando la acción se refiere a la adquisición por el Estado extranjero, por donación o sucesión, de bienes sujetos a la jurisdicción del otro Estado.

Un caso de renuncia tácita, fue, por ejemplo, el ocurrido en 1895, en el proceso intentado por la legación brasileña en Buenos Aires contra un periódico de aquella capital, -

58 Oppenheim - Lauterpacht, I, § 115, p. 263; Strupp, I, p. 111. A esto lo llamó Strupp el principio democrático, en derecho internacional público. - En realidad, ese principio; en la práctica internacional no siempre es obedecido.

59 Oppenheim - Lauterpacht, I, § 115 a), p. 264; Strupp, I, p. 118.

titulado "Le Petit Journal".

Dicho diario publicó fuertes injurias contra el Brasil y contra el pueblo brasileño, y por ello le procesó la legación.

Surgió entonces el siguiente preliminar: ¿sería la legación persona legítima para dar queja, y podría estar en juicio la República de los Estados Unidos del Brasil?

Por sentencia de la justicia local, pronunciada el 24 de agosto de 1895, dicho preliminar fue resuelto afirmativamente.

El principio según el cual los tribunales de un Estado no tienen jurisdicción sobre un Estado extranjero es aplicable a las subdivisiones políticas de éste; sean Estados federales o provincias, o municipios, los cuales, como dice Rodrigo Octavio 60, "tienen igual naturaleza que el propio Estado y cuya reunión constituye materialmente el Estado". En verdad, la acción promovida contra cualquiera de estas subdivisiones, ante una justicia extranjera, será dirigida a fin de cuentas contra el Estado soberano de que la entidad en cuestión forme parte o sea uno de los órganos, pues en las relaciones externas quien representa a las subdivisiones políticas es el propio Estado 61.

b) Derecho al respeto mutuo. -La declaración de los derechos y deberes de las naciones, adoptada por el Instituto americano de D. I., contiene un artículo que dice así: "Toda nación investida de un derecho por el Derecho Internacional puede exigir que el mismo sea respetado y protegido por todas las demás naciones porque derecho y deber son correlativos, y así, donde hay derecho para una, existe para todas el deber de observarlo".

Por su parte, la Unión jurídica internacional, en la correspondiente declaración de noviembre de 1919, afirmó que los Estados "están limitados en su derecho por la obligación de respetar el derecho de los demás Estados".

En los principios que así se enuncian está consignado el derecho al respeto mutuo, entre Estados. Ese respeto, sin embargo, no se restringe propiamente a los derechos, sino que alcanza también a las cuestiones de dignidad moral y personalidad física o política de los Estados.

60 "Le droit international privé dans la législation brésilienne", p. 112.

61 Cf. Beviláqua, I, p. 99; A. Weiss, loc. cit., p. 539.

Así, se dice que todo Estado tiene derecho a ser tratado con consideración por los demás miembros de la comunidad internacional. Ninguno de éstos ha de tratar a cualquier otro de manera ofensiva. Los honores convencionalmente usados, así como los símbolos nacionales, deben respetarse.

En lo tocante a la personalidad física, el respeto a las fronteras por los Estados limítrofes es una de las formas más citadas en ese derecho de respeto mutuo.

En cuanto a la personalidad política, es corriente que los Estados han de respetar las instituciones políticas de otros Estados.

El derecho al mutuo respeto ha sido ya objeto de cláusulas de tratados o convenios. En este sentido era bastante expresivo el artículo 10 del Pacto de la SDN, según el cual los miembros de la misma se comprometieron a respetar y mantener, contra toda agresión externa, la integridad territorial y la independencia política de todos los miembros de ella.

Por otra parte, el desconocimiento de ese derecho ha producido ya varios conflictos e incidentes diplomáticos.

En la propia historia diplomática brasileña pueden mencionarse algunos casos de esta índole.

En junio de 1846, el encargado de negocios del Brasil en Caracas no fue acatado, y el pabellón imperial sufrió insultos, por la población, que asistía a una corrida de toros, frente al edificio de la legación brasileña.

En agosto de 1896, una bandera italiana fue quemada por estudiantes en la ciudad de Sao Paulo, durante un motín allí habido. El hecho, relacionado con otras violencias practicadas contra miembros de la colonia italiana, determinó una reclamación del cónsul italiano en aquella ciudad y, luego, de la Legación de Italia en Río de Janeiro. En proyecto de nota, que no llegó a expedirse porque el incidente se encaminaba ya hacia una solución amistosa, el vizconde de Cabo-Frío, entonces director general de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores del Brasil, escribió lo siguiente: "Una bandera, oficial o común, tiene significación únicamente cuando la iza quien tenga de-

a hacerlo 62.

Sin embargo, aunque no izada por quien tenga autoridad para ello, la bandera, como cualquier otra propiedad particular, no debe ser objeto de maltrato. En este sentido se ha pronunciado el Secretario de Estado norteamericano, Foster, en nota de 13 de julio de 1892, dirigida a la Legación de Francia en Washington, a propósito de injurias sufridas por dos banderas francesas, izadas por un ciudadano francés en su casa, en una localidad del Estado de Pensilvania, hecho ocurrido el 30 de mayo de aquel año. En dicha nota se lee lo siguiente: "Aunque la bandera no sea emblema nacional sino cuando la iza autoridad competente, es propiedad particular, que no debe ser maltratada en circunstancia alguna, por un agente de policía o por cualquier otra persona, en tiempo de paz" 63.

Aunque la bandera se ize por quien tenga autoridad para ello, el desacato de que sea objeto no acarrea forzosa^{mente} la responsabilidad del Estado extranjero en cuyo territorio suceda el hecho. O, mejor dicho, el grado de responsabilidad de tal Estado puede variar según las circunstancias hasta desaparecer.

El siguiente caso ilustra esta hipótesis: el 26 de julio de 1935, estaba el paquebote alemán "Bremen" atracado a los muelles del puerto de Nueva York, cuando un grupo de individuos, en manifestación hostil al régimen nazista rasgó la bandera alemana izada en uno de los mástiles del buque. El Encargado de negocios de Alemania dirigió vehementemente protesta al Departamento de Estado, "contra aque serio insulto al emblema nacional alemán, y expresó el deseo de que las autoridades americanas castigasen debidamente a los autores de la ofensa".

En respuesta a lo anterior, el Departamento de Estado indicó que las autoridades locales habían tomado anticipadamente precauciones especiales para evitar la manifestación de desagrado, y que no había prueba de negligencia por su parte. Al mismo tiempo el Subsecretario de Estado

62 La minuta no concluída, de este proyecto de nota, se hizo según declaración al margen, el 29 de agosto de 1896 y se halla en el archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil.- A finales de enero de 1916, la bandera del Consulado de Alemania en Lausana sufrió un ultraje. El culpable según leemos en Guggenheim (II, p. 20, nota 1) fue condenado por el Tribunal Federal suizo, por acto contrario al derecho de gentes. Además, el Consejo Federal presentó disculpas al gobierno alemán.

63 Apud Moore, "Digest", II, p. 139.

(en nota publicada en la prensa) declaraba ser lamentable que, a despecho de los sinceros esfuerzos de la policía para prevenir cualesquiera desórdenes, el emblema nacional alemán no hubiera sido tratado, durante los disturbios habidos, con el respeto que merece.

SECCION III. - DEBERES DE LOS ESTADOS

En la sociedad internacional, entre los Estados -de igual forma que en la sociedad civil entre individuos-, los deberes, en principio, son correlativos de derechos: a cada uno de éstos corresponde el deber de respetarlo.

Decimos que en principio, porque la regla admite algunas excepciones. De hecho, los Estados, en ciertos casos, tienen deberes sin derechos correlativos. De ahí, la distinción -comúnmente aceptada- entre los deberes jurídicos y los deberes morales de los Estados: estos últimos no corresponden a derechos y, por ello, son sólo moralmente obligatorios; los primeros poseen carácter jurídico y su cumplimiento puede exigirse por medios coercitivos. Algunos autores han dado a estos últimos la denominación de deberes perfectos, y a los otros la de deberes imperfectos.

En la práctica, no siempre es fácil determinar si un deber pertenece a esta o a aquella categoría. Y, a veces, por una práctica constante, o mejor dicho, por la formación de una costumbre general, o por efecto de un tratado internacional, ciertos deberes morales asuman carácter jurídico 64.

1° Deberes morales

El principal es el de asistencia mutua, que se manifiesta en varias formas:

Entre éstas se pueden citar las siguientes:

a) El abrigo concedido por un Estado, en sus puertos, a buques extranjeros que, acosados por el mal tiempo o averiados, buscan refugio.

b) Los socorros marítimos en caso de naufragio, incendio a bordo o cualquier otro siniestro.

c) La asistencia y cooperación para la administración

de justicia, tanto en materia civil como en materia penal, comprendiéndose en esta última la adopción de medidas adecuadas para facilitar la acción social contra el delito.

Algunos de estos deberes ya figuran, para mayor claridad y eficacia, en algunos convenios internacionales, adquiriendo así carácter jurídico. Es el caso, por ejemplo, de la asistencia y salvamento marítimos, que fueron objeto de un convenio firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 65. Es también el caso de medidas o providencias para la -- protección de la salud, ora en el ámbito regional, ora en el universal, y que consten en diversos convenios internacionales 66. Respecto a la cooperación para administrar justicia, existen igualmente varios acuerdos o tratados internacionales: unos referentes propiamente a la asistencia judicial; otros, relativos a la extradición de delincuentes - 67.

En esferas distintas, hay otros deberes morales que -- han figurado ya en tratados o convenios internacionales. -- Por ejemplo, admítase comúnmente la existencia del deber moral de los Estados de impedir que, dentro de los respectivos territorios, se preparen o emprendan agresiones contra otro u otros Estados. A este propósito pueden mencionarse, además de algunos acuerdos bilaterales, la Convención Interamericana firmada en La Habana en 1928, sobre derechos y deberes de los Estados en casos de luchas civiles, por lo -- cual cada parte contratante asumió, entre otros, los siguientes compromisos: emplear los medios a su alcance para evitar que los habitantes de su territorio tomen parte en -- lucha civil contra el gobierno de cualquiera de las demás -- partes contratantes; evitar que, bajo su jurisdicción, se -- equipe, arme o adapte a uso bélico cualquier embarcación -- destinada a operar a favor de la rebelión 68.

Los siguientes hechos son ilustrativos del respeto a -- la obligación moral de impedir actividades agresivas contra otro Estado.

En enero de 1934, el gobierno argentino, a petición -- del gobierno del Brasil (por conducto de la Embajada brasileña en Buenos Aires, decretó el internamiento en ciertas -- localidades del Territorio de las Misiones y de la Provincia de Corrientes, de varios ciudadanos brasileños, emigrados políticos, acusados de participar en un plan revolucio-

65 C. Accioly, "Actos internacionales", I. p. 68-70.

66 C. Ibidem, p. 163 y sigs.

67 Sobre extradición, aparte de numerosos tratados bilaterales pueden mencionarse algunos.

68 V. Accioly, "Actos internacionales", I, p. 127-128.

nario que las autoridades del Estado brasileño de Río Grande do Sul habían descubierto.

El gobierno brasileño, en la misma época y a petición del gobierno argentino, internó a su vez, en el Estado de Minas Gerais, a varios ciudadanos argentinos que estaban en ciudades fronterizas brasileñas y habían sido acusados de actividades revolucionarias contra el gobierno argentino. En un comunicado suministrado a la prensa el 13 de enero de 1934 y que se publicó al siguiente día, el ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil declaró que el gobierno brasileño aseguraba a los citados ciudadanos argentinos la máxima libertad, inclusive la de partir hacia algún país extranjero, donde, más lejanos de su patria, ocasionasen menores aprensiones al gobierno argentino; y les proporcionara todos los recursos que necesitaren para subsistir decentemente, aunque sin permitirles que al socaire de esa libertad, practicasen en el Brasil actos contrarios a la tranquilidad de otro Estado, transformando así la hospitalidad recibida en una especie de complicidad del Brasil con cualquier actividad contra el gobierno de un país amigo 69.

Se suele preguntar, no obstante, si la mera tolerancia de la propaganda hostil o subersiva, contra otro Estado o su gobierno, constituirá falta o sea obligación moral de los Estados.

A este propósito hay que distinguir entre propaganda hecha por órganos o agentes del propio gobierno, o con la conveniencia de éste, y la que proviene de simples particulares.

En lo concerniente a la primera, la opinión corriente es que de ella tiene que responder el Estado; es decir, entendiéndose que a éste incumbe el deber de impedirla, y hasta que tal deber llega a asumir carácter jurídico, confundiéndose con el de no-intervención 70.

Si se trata, en cambio de actos individuales, de manifestaciones sediciosas o no, en que no tomen parte, directa o indirectamente, agentes del gobierno y en los cuales éste

69 Sobre el internamiento, véase la parte relativa a los Derechos de los neutrales.

70 Lauterpacht ("Regles générales du droit international", R. d. C., 62, 1937-IV, p. 366) dice ser principio establecido el de que el Estado que se entrega a la propaganda o a maniobras subersivas contra un Estado extranjero "comete una infracción flagrante de derecho internacional".

no tenga la menor participación, hay divergencia de opiniones: a unos les parece que el Estado tiene obligación de impedir tales actos, mientras que otros creen que no existe semejante obligación 71.

2° Deberes jurídicos

No es fácil, según ya subrayamos, decir hasta dónde llegan los deberes morales de los Estados, y dónde empiezan los jurídicos.

En todo caso, puede afirmarse que estos últimos se resumen en la obligación de respetar los derechos primordiales o esenciales de las demás personas internacionales y los compromisos propios, así como las normas de derecho internacional, admitidas por el consenso general 72.

Así, pues, los Estados están obligados a respetar la soberanía o independencia de los otros Estados y, por ello, no se puede admitir la injerencia de uno de ellos en los negocios internos o externos de otro 73. De donde se deduce que el deber de no-intervención es una de las obligaciones jurídicas de los Estados.

La libertad de un Estado no puede ir más allá del punto en que empieza la libertad de otro Estado. La esfera de acción de uno no puede sobrepasar la de otro. De ahí la conclusión de que todo Estado ha de regular sus propios actos de manera que estos no perjudiquen a los demás. Recíprocamente, todo Estado, lesionado o amenazado por otro en sus derechos esenciales, tiene derecho a defenderse.

I.- La no-intervención

En el sentido en que el derecho internacional público

71 Una comisión especial nombrada por el Consejo de la Organización de Estados Americanos llegó a elaborar un proyecto de protocolo adicional al Convenio de La Habana, de 1928 sobre contiendas civiles.

72 El preámbulo del Pacto de la SDN decía que las partes contratantes deben "observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional, reconocidas como regla efectiva de los gobiernos, hacer reinar la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados". - El artículo 2°, párr. 2, de la Carta de las N.U. determina que todos los Miembros de la Organización cumplen de buena fe, las obligaciones por ellos asumidas", de acuerdo con la Carta.

73 Este deber está inscrito en el art. 3° del proyecto de Declaración sobre derechos y deberes de los Estados, elaborado por la Comisión de D. I. de las N. U.

utiliza la palabra, denominase intervención la injerencia - de un Estado en los asuntos internos o externos de otro Estado, que no depende de él, con el propósito de obligar a - este último a proceder de acuerdo con la voluntad del primero. Es, como dice Lafayette Pereira 74, "una sustitución de soberanía de la nación que la sufre, por la de la interventora", o, según añadió el mismo autor, "una verdadera usurpación de atribuciones".

De la idea indicada se puede deducir que la intervención comprende los siguientes elementos constitutivos:

1° Es un acto abusivo, por el que se pretende usurpar atribuciones soberanas ajenas.

2° Tiene como fin la imposición de voluntad extraña.

De ahí se deduce que no es la intervención, propiamente dicha, el acto de injerencia del Estado protector o señorial en los negocios del Estado protegido o vasallo. No es tampoco la oferta de buenos oficios o mediación, en un litigio entre dos o más Estados. Por lo demás, tal oferta está prevista en las convenciones de La Haya, de 1899 y 1907, como acto lícito. Tampoco constituyen intervención en el sentido indicado, los actos de injerencia autorizados expresamente por un tratado preexistente. Por ejemplo, el tratado de 1903 entre Cuba y los Estados Unidos declaraba que "el gobierno de Cuba consiente en que los Estados Unidos puedan ejercer el derecho de intervenir para preservar la independencia cubana". De igual forma, es perfectamente legítimo que un Estado garante intervenga para hacer respetar la neutralidad amenazada o violada del Estado cuya neutralización permanente se aseguró mediante tratado. También hay que excluir de la denominación susodicha los actos practicados en el ejercicio del derecho de legítima defensa o no uso del derecho de represalias. Por último, tampoco es intervención, en el sentido en que aquí consideramos el vocablo, la acción emprendida por una organización internacional respecto a - - cualquiera de sus Miembros, al efecto de mantener la paz y la seguridad de todos 75.

Por el contrario, hay intervención: a) cuando un Estado pretende imponer o impone a otro una forma de gobierno de terminada o ciertas instituciones políticas, o la sustitución del jefe de Estado, del soberano o de la dinastía; b) cuando un Estado se opone a actos lícitos de otro, tales co-

74 Lafayette Pereira, I, p. 93.

75 Cf. F. V. García Amador, "El reconocimiento de gobiernos de tacto", A. J. I., 1919, p. 56.

tales como el aumento de sus riquezas, el desarrollo de su comercio, la adopción de tal o cual régimen económico, etc.; c) cuando un Estado pretende obligar a otro o llega a obligarle a revocar ciertas disposiciones de su legislación interna, a suspender sus relaciones diplomáticas con tercera potencia, a aceptar o no aceptar tal o cual alianza, a seguir esta o aquella política, a admitir la interferencia de autoridad o autoridades de otro Estado en su administración de justicia o en actos cualesquiera de su competencia exclusiva, etc., etc.

La intervención puede presentarse en distintas formas. De ahí sus denominaciones de: diplomática, cuando se practica por medio de representaciones verbales o escritas; armada, cuando se apoya ostensiblemente mediante fuerzas armadas; individual, cuando parte de un solo Estado; colectiva, cuando se lleva a cabo por varias potencias, aunque a veces éstas se pongan de acuerdo para delegar poderes en una sola, como agente de ejecución. Hay autores que, además, clasifican la intervención en clara o abierta cuando se hace claramente; oculta o disimulada, cuando se hace furtivamente; directa o positiva, cuando consiste en actos de injerencia efectiva; indirecta o negativa, cuando equivale a impedir la intervención de otro u otros Estados.

La intervención diplomática puede ser oficial u oficialsa, conforme se manifiesta por actos públicos o a los que se da publicidad, o bien por observaciones hechas discretamente, sin publicidad. No es raro que la intervención diplomática se transforme en intervención armada.

No hay que confundir esta última con la guerra, aunque muchas veces sea ésta su resultado.

Sea como fuere, el deber de no-intervención constituye principio jurídico generalmente admitido por la doctrina internacional, especialmente en los países americanos, donde el mismo está consagrado por algunos tratados multilaterales en vigor 76.

Algunos autores europeos lo aceptan francamente. Además la Sociedad de Naciones, por resolución de su asamblea, de 10 de octubre de 1936, reconoció precisamente que "todo Estado tiene el deber de abstenerse de cualquier intervención en la vida política de un Estado extranjero" 77. Y la Carta -

76 En los países latino-americanos, el principio de no-intervención se lleva a veces a exageraciones perjudiciales para las buenas relaciones internacionales y contrarios a los principios de interdependencia hoy dominantes.

77 S. d. N. J. OH; supl. especial núm. 153, octubre de 1936, p. 12.

de las Naciones Unidas, en el párrafo 7 de su artículo 2º, prohíbe la intervención de dichas Naciones en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados, aunque permita el empleo de medios coercitivos contra cualquiera de los Miembros de la Organización en casos de amenaza a la paz, ruptura de ésta o acto de agresión.

Varios autores, han admitido ciertas excepciones al principio, aunque no siempre estén de acuerdo sobre la índole o alcance de ellas. Las más invocadas fueron o son -- aún las siguientes:

a) Intervención en nombre del derecho de defensa y conservación.- Esta excepción tiene por base un equívoco, porque la simple aplicación estricta del referido derecho no constituye intervención.

Evidentemente, esto no quiere decir que la mera alegación de la existencia de una amenaza a la defensa o conservación de un Estado baste para justificar una intervención propiamente dicha. El Estado que se sienta amenazado podrá, sin duda adoptar en su territorio o en la esfera de sus atribuciones las medidas que estime convenientes para su defensa, pero no deberá ir más allá, o sea, no deberá invadir la esfera de atribuciones ajenas o procurar imponer su voluntad a otro Estado.

b) Intervención por motivos de humanidad.- Es la que se dice determinada por crueldades practicadas por un Estado contra individuos o colectividades que en él estén.

La razón es respetable; pero, en lo pasado, sirvió de pretexto a muchos abusos, encubriendo a veces designios -- egoístas.

Como no hay Estado que tenga derecho a erigirse en juez de los demás, la intervención por los referidos motivos sólo podría justificarse por obra de una organización internacional, como la de las Naciones Unidas, o, mejor, cuando se lleve a organizar la defensa efectiva de los derechos humanos.

c) Intervención para la protección internacional de los derechos del hombre.- Esta modalidad de intervención viene a confundirse con la anterior. Ella creó tal vez nuevos títulos con el reconocimiento --en documentos internacionales recientes, inclusive la Carta de las N. U.-- de los derechos --del hombre. Fue precisamente alegando la necesidad de protección de tales derechos como el gobierno uruguayo propuso, en 1945, la intervención colectiva de las repúblicas americanas en la Argentina.

La simple alegación de un Estado contra otro Estado, - de que este último viola los referidos derechos, no ha de - bastar para justificar una intervención, por el mismo motivo arriba enunciado contra las llamadas intervenciones humani- - taristas.

Sin embargo, con la tendencia existente, favorable a - la garantía de los derechos del hombre y a la creación de - una jurisdicción internacional para juzgar los crímenes con - tra esos derechos, la comunidad internacional se encamina - hacia la adopción de medidas coercitivas contra el Estado - infractor de los mismos. Esto, sin embargo, ya no será pro - piamente intervención, en el sentido jurídico de la palabra.

d) Intervención en caso de guerra civil.- Aunque la pi - da una de las partes en lucha, parécenos que no es admisi- - ble, porque siempre sería un atentado contra la soberanía - del Estado de que se trate, o sea, contra su derecho de es - coger el gobierno y las instituciones que le parezcan más - convenientes. Y constituiría una injerencia injusta, pues - equivaldría a la tentativa de imposición de una voluntad ex - traña en resolución de un conflicto interno.

e) Intervención para proteger derechos o intereses le - gítimos de nacionales en país extranjero.- La protección de los nacionales, donde quiera que estén, es no sólo un dere - cho del Estado, sino también un deber. No siendo, pues, ac - to abusivo, fáltale uno de los elementos constitutivos de - la intervención.

Así, todo Estado puede y debe tomar la defensa de los intereses de sus nacionales, residentes o de paso en terri - torio extranjero. Incúmbele, por tanto, el derecho de recla - mar contra cualquier injusticia que sufran, así como el de pedir reparación adecuada por los daños de que hallan sido víctimas. Naturalmente, si sus reclamaciones o peticiones - no fueron atendidas, puede surgir un conflicto internacio - nal, para cuya solución, en la imposibilidad de un acuerdo por medios amistosos, el Estado reclamante podrá legítima - mente apelar a los recursos coercitivos de la Organización de las N. U. o de la institución regional a que eventualmen - te pertenezca. En tal caso, empero, no habrá intervención - propiamente dicha.

Sería al contrario, si el Estado reclamante exigiese, para sus nacionales, una situación privilegiada, o, más - - bien, una situación por encima del mínimo de derechos que - los Estados deben asegurar a los extranjeros o, en fin, de - rechos que no le competen. En este caso habría interven- - -

ción, y, como tal sería ilegítima.

Doctrina Drago.- Inspirado, ciertamente, en los principios del compatriota suyo: Carlos Calvo, el argentino, ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Luis María Drago, lanzó la condenación formal del cobro coercitivo de las deudas públicas, en famoso mensaje dirigido el 29 de diciembre de 1902 al ministro argentino de Whashington, para que se comunicase al gobierno de los Estados Unidos 78.

La doctrina formulada en aquel mensaje -y desde entonces conocida con el nombre de su autor- consiste, en esencia, en repudiar el recurso a la fuerza para obligar a un Estado a pagar sus deudas públicas.

Con ocasión de la Cuarta Conferencia internacional americana, realizada en Buenos Aires, se concluyó otro convenio sobre reclamaciones pecuniarias, con fecha 11 de agosto de 1910, en virtud del cual las Partes contratantes se comprometieron a someter al arbitraje toda reclamación por daños y perjuicios pecuniarios que fuere presentada por sus respectivos ciudadanos y que no pudiese resolverse amistosamente por la vía diplomática, siempre que tales reclamaciones sean de importancia suficiente para cubrir los gastos del proceso arbitral. Este convenio fue ratificado por trece repúblicas americanas, entre ellas el Brasil.

En la Conferencia interamericana para consolidación de la paz, celebrada en Buenos Aires en diciembre de 1936, la delegación argentina pretendió, sin éxito, dar forma convencional a la doctrina Drago. La delegación del Brasil impugnó el proyecto, manifestando que sólo lo aceptaría si se le añadiese una disposición en la que se declarase que, en caso de controversia sobre el cobro de deudas o reclamaciones pecuniarias, y en el supuesto de ser imposible un acuerdo por los medios diplomáticos usuales, las partes litigantes se obligaran a recurrir al arbitraje o a la decisión de un tribunal de justicia internacional 79. Es curioso señalar que el propio Drago, en el mensaje donde formuló su doctrina, no se oponía en modo alguno al recurso a la solución arbitral, advirtiendo solamente que, antes o después del arbitraje, no se utilizase la fuerza para cobrar la deuda pública del Estado.

78 El texto de este mensaje está en la R.G.D.I.P., XIV (1970) p. 252-255; en Antokoletz, I, p. 459-465; en A.N. Vivot, "La doctrina Drago", p. 371-379, y en el R. d. C., 8, 1925-III, p. 85-91. En el cit. vol. de la R.D.D.I.P., p. 251-287, hay un artículo del propio Drago, sobre su doctrina, titulado: "Les emprunts et leurs rapports avec la politique internationale".- Sobre la diferencia entre la Doctrina Drago y la doctrina Calvo, véase A.N. Vivot, op. cit., p. 62-66.

79 V. Accioly, "Relatório sobre os trabalhos da 1ª, 2ª, e 3ª. comissões de Conferencia interamericana de consolidacao da paz", p. 80-82.

Así es que, en el Convenio sobre derechos y deberes de los Estados concluido en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, con ocasión de la VII Conferencia internacional americana, se estipuló (art. 8°) que "ningún Estado tiene derecho a intervenir en los asuntos internos o externos de otro", y, en la Conferencia interamericana de consolidación de la paz, realizada en Buenos Aires en diciembre de 1936, se adoptó un "Protocolo adicional relativo a la no-intervención", cuyo artículo 1° dispone lo siguiente: "Las Altas Partes contratantes declaran inadmisibles la intervención de cualquiera de ellas, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquiera de las otras Partes. La violación de las estipulaciones de éste artículo dará lugar a una consulta mutua, para el intercambio de ideas y la búsqueda de procedimientos de acuerdo pacífico".

II.- La doctrina Monroe.

Sin embargo, como documento básico de la tesis no-intervencionista, en el Continente americano, cítase todavía con frecuencia el Mensaje de James Monroe, quinto presidente de la república de los Estados Unidos, dirigido al Congreso de su país el 2 de diciembre de 1823. Ciertos principios allí proclamados han venido llamándose desde entonces doctrina de Monroe, que consistió esencialmente en las tres proposiciones siguientes: 1ª., el Continente americano no puede ser objeto de futura colonización de ninguna potencia europea; 2ª., es inadmisibles cualquier intervención de los países americanos; 3ª., los EE.UU. de América no intervendrán absolutamente en los negocios pertinentes a cualquier país europeo.

La doctrina enunciada por Monroe en 1823, de la que se dice fue John Quincy Adams el principal inspirador, no representaba, pues, sino la continuación lógica de los principios que habían guiado a sus antecesores. En ella se contenían, por lo demás, ideas que se completaban coherentemente: la política de no-intervención de los EE. UU. en los asuntos de Europa tenía como complemento necesario la prohibición de que Europa interviniese en los negocios del Continente americano.

En la práctica norteamericana, la doctrina Monroe sufrió ciertas deformaciones o transformaciones que -y ello no es extraño- despertaron fuertes críticas en países iberoamericanos y hasta en los Estados Unidos. Es innegable, con todo, que durante muchos años ella fue, según escribe un intervencionista venezolano, "la suprema garantía de la integri-

dad territorial y de la independencia política de las repúblicas americanas" 80.

B) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS SEGUN Kelsen 81

De acuerdo con una idea predominante en los siglos - - XVII y XVIII y sostenida aún hoy por algunos autores, todo Estado tiene -en su calidad de miembro de la familia de las naciones- algunos derechos fundamentales. Estos derechos no estarían establecidos por el derecho internacional consuetudinario general o por convenios internacionales como los demás derechos y deberes de los Estados, sino que se originarían en la naturaleza del Estado o de la comunidad internacional. Se supone que las normas que constituyen estos derechos fundamentales de los Estados son la base última y la -- fuente del derecho internacional positivo y, en consecuencia, que tendrían mayor fuerza obligatoria que las normas de derecho internacional positivo creadas por la costumbre o por -- los tratados.

a. La doctrina del derecho natural como base de los "derechos fundamentales del Estado". La idea de los derechos -- fundamentales del Estado deducibles de la naturaleza del Estado o de la comunidad internacional, es la aplicación de la doctrina del derecho natural a las relaciones entre los Estados. Según la doctrina del derecho natural 82, el individuo tiene -independientemente de todo orden jurídico positivo- algunos derechos que pueden ser deducidos directamente de la naturaleza en general y, en particular, de la naturaleza - - creada por Dios, de modo que los derechos en cuestión aparecen como establecidos por la voluntad de Dios. La naturaleza de la que son deducidos estos principios se considera principalmente como la naturaleza del hombre mismo y, en especial, de su razón. En consecuencia, se habla de derechos innatos o inmanentes, en contraposición a los derechos conferidos al hombre por un orden jurídico positivo. A veces la que se considera fuente verdadera de estos derechos fundamentales del hombre es la naturaleza de la relación del hombre con otros hombres, es decir, la naturaleza de la sociedad. Según casi todos los partidarios de la doctrina del derecho natural estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la propia conservación.

80 S. Planas-Suárez, "La política europea y la Sociedad de las Naciones", pág. 525

81 Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario. Traducción de Ariel Peralta García. Colección "Ensayos", Cuernavaca, Mor., México. 1962, pág. 128 y sigs.

82 Conf. infra. pp. 208, 265 y s. 269 y s.

Un análisis imparcial de la doctrina del derecho natural muestra que es imposible deducir un derecho cualquiera de la "naturaleza", pues el derecho de un individuo supone la obligación de otro individuo, y la naturaleza, esto es, el complejo de hechos determinados por las leyes de la causalidad, no impone obligaciones y, por tanto, no confiere derechos a los hombres o a otros seres. El conocimiento de la naturaleza es el conocimiento de los hechos en su relación causal. De la proposición de que algo "es" -y de acuerdo con el principio de causalidad debe ser necesariamente o probablemente será- nunca se sigue que algo "debe" ser o -- que es la obligación o el derecho de alguien comportarse de una determinada manera. Es imposible pasar por medio de una conclusión lógica de la esfera del "ser" a la esfera del -- "deber ser". Las obligaciones y los derechos suponen la -- existencia de un orden normativo, de un sistema de normas -- que prescriben o permitan determinado comportamiento humano y este orden normativo, de un sistema de normas que prescriban o permitan determinado comportamiento humano y este orden normativo sólo puede ser establecido por actos de seres humanos. Sólo los seres humanos son capaces de crear normas, es decir, reglas que obliguen y faculten a los hombres. En la medida en que se suponga que las acciones humanas son -- producidas por un fenómeno psíquico llamado "voluntad", se considera que las normas son creadas por actos de voluntad. La voluntad humana que crea las normas podrá manifestarse en actos conscientemente dirigidos a la creación de normas, a saber en órdenes, en actos legislativos, etc.; o en la -- costumbre, es decir, en el comportamiento habitual o usual acompañado de la convicción de que los hombres deben actuar de esta manera. La naturaleza no tiene "voluntad". La concepción de la naturaleza dotada de voluntad, que está implícita en la concepción de la naturaleza como autoridad legislativa, de una naturaleza que impone deberes y confiere derechos, es más bien un animismo mítico que una interpretación científica de los hechos. Empero, los actos de voluntad de seres sobrehumanos están más allá de la ciencia humana y en particular más allá de la ciencia jurídica.

Los derechos son siempre conferidos por un orden normativo establecido por actos de seres humanos, esto es, por un sistema positivo de moral o por el derecho positivo. Si se sostiene la existencia de los derechos "naturales" debemos distinguir dos posibilidades diferentes; o bien estos derechos son realmente conferidos por un orden positivo, y entonces la afirmación de que estos derechos son "naturales" o "fundamentales", es decir, que son deducidos de la naturaleza, es en sí misma científicamente incorrecta y sin senti

do pero tiene la función política de justificar el otorgamiento de estos derechos; o bien los derechos caracterizados como "naturales" o "fundamentales" no son conferidos por un orden positivo, y entonces la afirmación tiene el carácter de una petición dirigida al legislador para conferir dichos derechos, y tal pedido podrá ser realizado -en el campo del derecho- por una reforma constitucional o por una revolución.

b. Los derechos fundamentales como principios presupuestos por el derecho internacional. La clara distinción entre las obligaciones y los derechos positivos y las simples ideologías o postulados políticos es de la mayor importancia para la presentación científica del derecho. Cuando un autor trata de sostener la teoría de los derechos fundamentales de los Estados argumentando de la siguiente manera, ello es sólo otra versión de la vieja doctrina del derecho natural: en todo orden jurídico es necesario distinguir los derechos conferidos por este orden y los principios jurídicos presupuestos por el mismo. Los llamados derechos fundamentales de los Estados serían los principios jurídicos que constituyen las condiciones sobre las cuales es concebible el derecho internacional o los principios jurídicos sobre los que está construido el derecho internacional positivo. Podríamos describir estos principios por el análisis de la naturaleza del derecho internacional. Esta es la misma idea que la expresada más arriba mediante la proposición de que los derechos fundamentales de los Estados son el fundamento último o la fuente del derecho internacional positivo y que, por lo tanto, tienen mayor fuerza obligatoria que las normas del derecho internacional positivo.

Esta versión de la doctrina del derecho natural es lógicamente tan imposible como la versión clásica de esa doctrina. Los principios jurídicos nunca pueden ser presupuestos por un orden jurídico; y sólo pueden ser creados conforme a este orden. Porque únicamente son "jurídicos" en tanto y en cuanto estén establecidos sobre la base de un orden jurídico positivo. El único principio que podrá y deberá ser presupuesto es el principio fundamental que determine la primera constitución del orden jurídico, entendiendo por "constitución" las normas que determinan los métodos por los cuales ha de ser creado el derecho. Estos métodos son la costumbre, la legislación y los tratados 83. Ciertamente la creación de derecho sustantivo no es una creación de la nada. La legislación así como la costumbre están gobernadas por algunos principios generales. Pero estos principios son morales o políticos y no jurídicos y, en consecuencia, no pueden imponer obligaciones

83 Conf. infra. pp. 259 y ss.

jurídicas ni conferir derechos subjetivos a los hombres o a los Estados, en tanto esos principios no estén establecidos en la legislación, en la costumbre o en los tratados. Como principios jurídicos, ellos no son la fuente o el fundamento del orden jurídico por el que están establecidos y, por el contrario, el orden jurídico positivo, a menos que éste les otorgue una mayor fuerza obligatoria haciendo más difícil su abolición o su modificación. Esto es imposible si el orden jurídico tiene como el derecho internacional general el carácter de derecho consuetudinario, o sea, si las normas de este orden adquieren y pierden su validez por la costumbre.

c. Los derechos fundamentales deducidos de la personalidad del Estado. Los llamados derechos fundamentales de los Estados son derechos de los Estados sólo en la medida en que estén establecidos por el derecho internacional general, que tiene el carácter de derecho consuetudinario. Esta es la única doctrina que puede ser sostenida desde el punto de vista del positivismo jurídico. Pero aun autores que, en principio, aceptan este modo de ver, vuelven a caer en la doctrina del derecho natural tratando de deducir los derechos fundamentales de los Estados de la naturaleza del Estado como persona internacional. Sin embargo, la "personalidad internacional del Estado" significa solamente que el derecho internacional general impone obligaciones y confiere derechos a los Estados (y ello quiere decir, a los individuos como órganos de los Estados). El Estado es una persona internacional porque es sujeto de obligaciones y derechos internacionales. Esta afirmación no dice nada acerca del contenido de estas obligaciones y derechos. El concepto de personalidad jurídica es un concepto enteramente formal. Por tanto, del hecho de que el Estado sea una persona internacional es imposible deducir determinados derechos del Estado, tales como el derecho de igualdad jurídica, el derecho de respeto (o dignidad), el derecho de independencia (o soberanía), el derecho a la existencia (o de conservación), el derecho de no intervención de parte de otros Estados, el derecho de jurisdicción. Estos estados son los derechos presentados usualmente como derechos "fundamentales" de los Estados.

La idea de derivar estos derechos de la personalidad internacional del Estado presupone dar por sentado que el Estado existe como persona, es decir, como sujeto de derechos, antes de su ingreso a la comunidad internacional y que entra voluntariamente a esa comunidad sólo a condición de retener estos derechos, especialmente el derecho de igualdad y el derecho de independencia (soberanía). Como el ingreso a la comunidad internacional implica el sometimiento al derecho interna-

cional y esto lleva implícita una cierta restricción de la libertad natural del Estado, esto es, de la soberanía, se supone que el Estado entra en la comunidad internacional, es decir, consiente esta restricción de su soberanía, sólo a -- condición de que los demás Estados acepten la misma restricción de sus soberanías. Un elemento esencial de este modo de ver es la idea de que la comunidad internacional o el orden jurídico que la constituye, esto es, el derecho internacional general, está fundado en el consentimiento común de los Estados o, lo que es lo mismo, en un contrato entre los miembros de esta comunidad. Esta doctrina, difundida entre los autores de derecho internacional, tiene exactamente el mismo carácter que la doctrina del derecho natural relativa al fundamento del Estado o, lo que es igual, a la razón de validez del orden jurídico nacional. Según esta teoría los hombres son, en su estado de naturaleza, libres e iguales. El Estado o el orden jurídico nacional, comienza a existir por el hecho de que los individuos libres e iguales convienen en un acuerdo relativo a un orden social que regule su conducta recíproca. Cada individuo restringe voluntariamente su libertad en el interés de todos los demás individuos, a condición de que éstos restrinjan su libertad de la misma manera. Este es el llamado contrato social. Tal acontecimiento, empero, nunca ha tenido lugar. El orden social no es el resultado de un contrato celebrado por los individuos que van a estar -- obligados por el orden social; es el resultado de la fuerza y de la costumbre. Y el individuo no está obligado por el orden social porque preste a éste su consentimiento. Está obligado sin su voluntad y aun contra su voluntad. Él nace en el seno de una comunidad y desde el momento mismo de su nacimiento está sometido al orden social que constituye esta comunidad. De ahí que la doctrina del contrato social sea una ficción cuyo propósito no es el de explicar el origen del Estado, o lo que es lo mismo, la existencia del orden jurídico nacional, sino el de justificar este hecho, es decir, justificar el hecho de que los individuos estén sujetos a un orden jurídico que les impone obligaciones y les confiere derechos. Esta justificación presupone que la igualdad y la libertad son los más altos valores. Si los hombres son iguales y libres por su misma naturaleza, sólo pueden estar obligados -- por un orden social basado en su consentimiento, es decir, -- establecido por un contrato celebrado voluntariamente entre aquellos que quedarán sujetos al mismo.

d. El consentimiento común de los Estados como fundamento del derecho internacional. Pero realmente los hombres no son por su naturaleza ni libres ni iguales; y aunque fuesen libres e iguales por su naturaleza, están obligados sin su consentimiento, por el derecho, a comportarse de una manera determinada.

La teoría del consentimiento común de los Estados que ingresan voluntariamente a la comunidad internacional, como fundamento de esta comunidad o del derecho internacional que la constituye, se apoya sobre la misma ficción. Los Estados están sujetos al derecho internacional general sin su voluntad y aun contra su voluntad. Así, por ejemplo, tan pronto como un nuevo Estado comienza la existencia tiene todos los derechos y todas las obligaciones establecidas por el derecho internacional general, sin que sea necesario ningún acto de reconocimiento del derecho internacional general por parte de este Estado. Puede admitirse que el derecho internacional se hace aplicable a una comunidad recién establecida cuando esta última es reconocida como Estado por los demás Estados. Tal reconocimiento comporta la constatación de que la comunidad llena los requisitos para ser un Estado en el sentido del derecho internacional 84. Entre estos requisitos, empero, no está la condición de que el nuevo Estado se someta al derecho internacional existente - 85. Así como el individuo no se somete voluntariamente al derecho del Estado que lo obliga sin su voluntad y aun contra su voluntad, un Estado no se somete voluntariamente al derecho internacional que lo obliga, ya sea que reconozca o no a este derecho. Ningún Estado puede retirarse de la comunidad internacional o, lo que es lo mismo, del derecho internacional que constituye esta comunidad; y mientras no sea miembro de esta comunidad, es decir, mientras el derecho internacional no le sea aplicable, no es un "Estado"; es jurídicamente inexistente. En verdad, cuando se presenta a los llamados derechos fundamentales del Estado como deducidos de la naturaleza de la comunidad internacional o de la naturaleza o personalidad del Estado, se los supone establecidos por una especie de derecho natural internacional que confiere estos derechos a la comunidad nacional antes de su ingreso a la comunidad internacional, en el momento en que la comunidad nacional existiría en un "estado de naturaleza" análogo a ese estado de naturaleza en que el individuo existe -según la doctrina del derecho natural- antes de entrar en la comunidad nacional, o sea, el Estado. En la teoría del derecho nacional esta ficción fue abandonada hace mucho tiempo; en la teoría del derecho internacional es todavía sostenida -consciente o inconscientemente- en especial respecto a los más importantes de los derechos fundamentales: el derecho de igualdad y el derecho de soberanía.

e. La igualdad y la soberanía como derechos fundamentales de los Estados. Sin embargo, la igualdad y la soberanía

84 Conf. infra, pp. 228 y ss.

85 En cuanto a la doctrina de que el derecho internacional debe ser reconocido por el Estado para que lo obligue, conf. infra. pp. 268, 370 y ss.

no son derechos de los que el Estado esté dotado cuando ingresa a la comunidad internacional. Los Estados son jurídicamente iguales en cuanto al derecho internacional general los trate de este modo, es decir, en cuanto al derecho internacional general imponga a todos ellos las mismas obligaciones y les confiera los mismos derechos. Sin embargo, éste no es evidentemente el caso. Los Estados ribereños tienen conforme al derecho internacional general obligaciones y derechos que no tienen los Estados mediterráneos 86, lo mismo que los hombres tienen según el derecho nacional - - otras obligaciones y derechos que las mujeres. La desigualdad jurídica de los Estados no es incompatible con la regulación jurídica de las relaciones interestatales. En realidad, hay tratados por los que se confieren privilegios a alguno de los Estados contratantes que no son conferidos a los demás, los cuales, por dicho tratamiento no pierden su calidad de Estados. La Carta de las Naciones Unidas confiere a cinco grandes potencias el privilegio del llamado derecho de veto, sin violar el principio de igualdad que se pretende establecido por el derecho internacional general. Y a pesar de la desigualdad jurídica de los Estados en la Carta, esta última proclama en su artículo 2, párrafo 1: "La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros". Evidentemente, lo que se quiere significar por el derecho de igualdad, atribuido a los individuos así como a los Estados por la ciencia jurídica, a pesar del hecho de que tanto los hombres como los Estados son realmente desiguales, no es la igualdad en el derecho sino la igualdad ante la ley. Pero existen diferencias que el derecho hace y diferencias que el derecho no reconoce como relevantes. La igualdad ante la ley significa que al aplicarla, los órganos de aplicación no deben hacer una diferencia que no esté reconocida por la ley, que ésta será aplicada tal como ella intenta ser aplicada. La igualdad ante la ley significa aplicación de la ley conforme a la ley: legitimidad, legalidad. Es un postulado dirigido a los órganos de aplicación de la ley. No es un "derecho" de los sujetos. A veces, ciertos principios de derecho internacional positivo, tales como el de unanimidad (en contraposición al principio del voto de la mayoría) y especialmente el principio de que los tratados sólo obligan a los Estados contratantes o el principio de que ningún Estado tiene jurisdicción sobre otro Estado, son presentados como consecuencias del "derecho de igualdad". En la medida en que prevalezcan estos principios, podrá admitirse la igualdad de los Estados en el derecho. Pero, como se mostrará al referirnos a otro tema, estos principios sólo son válidos con importantes limitaciones 87.

86 Conf. infra, pp.

87 Conf. infra, pp. 294 y ss.

No hay y no puede haber un derecho fundamental de soberanía de los Estados si ese término es tomado en su sentido original de autoridad suprema 88. Como sujetos de derechos internacionales, los Estados están sometidos al derecho internacional aun si se considera a éste como parte del derecho nacional. Así, pues, los Estados como sujetos a derechos son tan poco "soberanos" como es "soberano" el individuo en el derecho nacional. La autoridad del derecho internacional, está establecida por encima de los Estados, al igual que la autoridad de la comunidad nacional -el Estado- está establecida por encima de los individuos. Si la llamada soberanía -del Estado se considera compatible con el derecho internacional, ella solamente puede significar, como fue señalado, que el Estado en el sentido del derecho internacional está jurídicamente sometido sólo al derecho internacional -al derecho internacional general consuetudinario o al particular convencional- y no al derecho nacional de otro Estado, la soberanía podrá ser considerada como una cualidad esencial del Estado. Desde que el Estado como comunidad nacional está constituido por un orden jurídico nacional, es más correcto formular el principio correspondiente mediante la proposición de que un orden coercitivo constituye un Estado en el sentido del derecho internacional, si sólo está subordinado al derecho internacional.

No es del todo correcto presentar como un "derecho" de soberanía el principio de que una comunidad es un Estado o, lo que es lo mismo, que es "soberana" en el sentido del derecho internacional, si sólo está sometida al derecho internacional. En este sentido la soberanía no es el derecho de un Estado puesto que es una condición bajo la cual una comunidad es un Estado y tiene los derechos de un Estado conforme al derecho internacional. La idea que la soberanía es un "derecho" del Estado puede ser -y es realmente- mal utilizada para impedir el establecimiento de ciertas instituciones internacionales consideradas incompatibles con este derecho, - como por ejemplo, el establecimiento por un tratado, de un tribunal internacional que tenga jurisdicción en asuntos de derechos humanos o con jurisdicción obligatoria en todas las controversias que surjan entre los Estados que sean partes -contratantes en el tratado. Un Estado puede negarse a concertar dicho tratado, pero no puede justificar su actitud por su "derecho" de soberanía. Del derecho de soberanía se ha deducido la facultad jurídica de un Estado de retirarse por un acto unilateral de una comunidad internacional, pese a que el hecho de que el tratado que constituya esta comunidad no confiera tal derecho a los miembros 89. Pero tal facultad no puede ser deducida del pretendido "derecho" de soberanía.

88 Conf. infra, pp. 378 y ss.

89 Conf. infra, pp. 304 y ss.; 381 y s.

El derecho internacional impone a los Estados la obligación de respetar ciertos intereses de los demás Estados. La violación de ciertos intereses de un Estado protegidos de ese modo por el derecho internacional, especialmente la violación de su integridad territorial, es caracterizada -- usualmente como la violación de su integridad territorial, es caracterizada usualmente como la violación de su derecho de soberanía. Pero no existe diferencia esencial entre ésta y cualquier otra intervención ilícita por un Estado en la esfera de los intereses jurídicamente protegidos de otro Estado en la esfera de los intereses jurídicamente protegidos de otro Estado; y los actos ilícitos internacionales correspondientes podrán ser descriptos sin el uso del término -- equívoco de "soberanía".

f. Otros derechos fundamentales. La cuestión de si los demás llamados derechos fundamentales, tales como el derecho de existencia, el derecho de respeto, el derecho de no intervención de parte de los demás Estados y el derecho de jurisdicción existen y en qué medida, no puede ser respondida mediante la presuposición ficticia de que el Estado al ingresar en la comunidad internacional retiene estos derechos, si no sólo mediante un análisis del derecho internacional positivo 90.

C) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS, SEGUN CHARLES ROUSSEAU 91.

a) El aspecto negativo del derecho de libre determinación consiste en el derecho de una población a no ser canjeada ni cedida contra su voluntad (derecho a la independencia) 92.

b) El derecho de libre disposición tiene a su vez, un aspecto positivo que reviste la forma de un derecho de secesión, entendiéndose por tal el derecho que tiene una población determinada a cambiar de gobernantes; es decir, a separarse del Estado a que pertenece, bien sea para incorporarse a otro, o para formar un Estado autónomo.

90 En cuanto al derecho de conservación, conf. supra, pp. 51 y s., y al derecho a la no intervención, supra, pps. 55 y s.

91 Derecho Internacional Público, traducción Fernando Giménez Artigues, Editorial Ariel, Barcelona, 1961, pág. 86.

92 La institución del plebiscito (infra, números 341-344) representa la más importante consagración de este derecho en el campo de la técnica jurídica.

OBLIGACIONES DE LOS TERCEROS ESTADOS.- La principal -- obligación que incumbe a los terceros Estados es puramente negativa y consiste en no menoscabar la neutralidad perpetua del Estado sujeto a este régimen. Aparte esta obligación pasiva de respeto, algunos Estados, llamados garantes, pueden asumir una obligación suplementaria, comprometiéndose por un tratado especial, a garantizar la neutralidad perpetua del Estado interesado; es decir, a intervenir por la -- fuerza para restablecer su estatuto en caso de que sea violado 93.

PRINCIPIO DE NO INTERVENCION.- Con la formulación de este otro principio, los Estados Unidos, como reacción contra los designios, reales o supuestos, de la Santa Alianza, declaran su oposición a cualquier tentativa de intervención de las Potencias europeas en el continente americano.

En su aceptación inicial, implica para los Estados europeos la prohibición de: a) extender su sistema político (es decir la Pentarquía) al continente americano; b) atentar contra la independencia de los Estados americanos, y c) combatir o suprimir las libertades que disfruten los pueblos de los nuevos Estados.

EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE NO INTERVENCION.- El problema presenta dos aspectos: uno negativo y otro positivo.

A. LOS ESTADOS UNIDOS ANTE LA INTERVENCION DE LAS POTENCIAS EUROPEAS EN EL CONTINENTE AMERICANO.- Se observa aquí una doble orientación de la política norteamericana.

a) Por una parte, existe una tendencia a la aplicación estricta de la doctrina inicial, que conduce a la exclusión de toda intervención de las Potencias europeas sobre el continente americano, cualquiera que sea el pretexto y la modalidad que se adopte.

b) Por otra parte, se observa una tendencia a suavizar la doctrina, lo que lleva a distinguir entre dos categorías de intervenciones: La intervención ilícita (que está prohibida) y la intervención lícita (que puede ser tolerada).

93 Así lo hizo, por ejemplo, Inglaterra, en 1914, como consecuencia de la agresión contra Bélgica.

B. LAS INTERVENCIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL CONTINENTE AMERICANO.

Conviene seguir, en su examen, un orden cronológico:

a) Hubo al principio intervenciones de orden estratégico, limitadas a la zona del Caribe- el "Mediterráneo anti-llano"- realizadas por medios militares y que aparecen como la aplicación de una política de expansión territorial 94.

b) Las intervenciones de policía fueron una aplicación de la política del big stick, fórmula empleada por el presidente Th. Roosevelt en un mensaje de 4 de diciembre de 1904 ("Hablad con suavidad, pero llevar una buena tranca, e iréis lejos"). Esta política ha sido aplicada sobre todo bajo las presidencias de Th. Roosevelt (1901-1909), Taft (1909-1913), y Coolidge (1923-1929), en dos zonas distintas: en América Central, en relación con Nicaragua (en 1909, 1912, y 1928), y en la zona del Caribe, en relación con Cuba (entre 1906 y 1916). Parece haber sido repudiada tras la publicación, en marzo de 1930, del memorándum Clark preparado, el 17 de diciembre de 1928, durante la administración de Hoover, a petición del departamento de Estado 95; pero, en 1965, la intervención militar en la República Dominicana ha marcado un retorno a la política tradicional.

c) Sitúanse en último lugar las intervenciones de orden financiero, características de lo que se ha llamado la diplomacia de dólar y cuyo objeto ha sido proteger las inversiones privadas americanas, valiéndose al efecto del establecimiento de un control financiero, más o menos duradero, en el país afectado. También aquí pueden distinguirse dos grandes zonas de aplicación: 1°. En América Central, en relación con Honduras (tratado de 10 de enero de 1911) y con Nicaragua -- (tratado de 6 de junio de 1911), la intervención fue relativamente limitada y quedó reducida al control de las aduanas, 2°. en las Antillas, en relación con la República Dominicana, en 1941; en Haití -donde, hasta los acuerdos de 5 de agosto de 1931 y 7 de agosto de 1933, estuvo acompañado de una ocupación militar- subsiste todavía en forma atenuada 96.

94 Véase S. Bonsal, *the American Mediterranean*, Nueva York, 1912; J.E. Rippey, *The Caribbean danger zone*, Nueva York, - - 1940; W. Callcott, *the Caribbean Policy of the United States, and the Baltimore*, 1942; D. Perkins, *The United States and Caribbean*, Cambridge (EE.UU.), 1947.

95 Véase J.R. Clark, *Memorandum on the Monroe doctrine*, Washington, 1930.

96 Véase W. Feuerlein y Eliz. Hannan, *Dollars in latin America*, Nueva York, 1941, y H. Feis, *The diplomacy of dollar*, Baltimore, 1950; B. Wood, *The making of the good neighbor policy*, Nueva York, 1961. Consúltese, también la bibliografía citada supra, en nota al n°. 415.

D) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS SEGUN ALFRED VERDROSS 97.

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS.

Hay en D.I.P. una serie de derechos llamados fundamentales. Pero no se trata de derechos cuya modificación sea más difícil, ni tampoco de derechos de libertad, puesto que estos presuponen la existencia de un poder legislativo central, que falta en la esfera internacional. Solo en una comunidad internacional organizada serían posibles tales derechos fundamentales 98.

Sin embargo, hay, según el D.I. común, derechos fundamentales de los Estados, si por ellos se entienden los derechos que a los Estados corresponden inmediatamente por su calidad de sujetos del D.I., siendo así que todos los demás derechos dependerán de la existencia de otros supuestos. Por ejemplo, el derecho diplomático presupone la designación de agentes diplomáticos; el derecho de guerra, la existencia de la guerra, la existencia de la guerra; el derecho relativo al territorio, la existencia de determinadas relaciones especiales. Por el contrario, los Estados poseen sus derechos fundamentales "simply as international persons" 99 ya que sin ellos sería imposible una convivencia internacional pacífica. La supresión de estos derechos equivaldría a la supresión del propio D.I.

El derecho de autoconservación no constituye un auténtico derecho fundamental, por no existir un deber universal de los Estados de garantizar la subsistencia de los demás 100.

De ello se desprende que si el D.I. común no conoce un derecho fundamental del Estado a la autoconservación, admite en cambio, un derecho fundamental al respeto de la independencia, de la supremacía territorial y del honor de los demás Estados, porque todos los Estados tienen la obligación de no violar estos ámbitos en los demás. Pero estos derechos guardan íntima conexión entre sí, expresándose en todos ellos la idea de que los Estados tienen el deber de respetar se unos a otros como miembros de la comunidad internacional 101.

97 Derecho Internacional Público, traducción por Antonio -- Truyol y Serra, Editorial Aguilar, Madrid 1957, pág. 167.

98 Posición acertada de K.B.Graf. Un germen de tales derechos fundamentales es el art. 2º., punto 7º. de la Carta de la O.N.U. (XXII, C).

99 OPPENHEIM-LAUTERPACHT, I (1955), 261.

100 Un deber de garantía solo se funda en los tratados.

101 En este sentido establece el art. 2º. de la Declaración de Chapultepec, de 3 de marzo de 1954, que todo Estado tiene derecho al respeto de su individualidad e independencia por parte de los demás miembros de la comunidad internacional.

B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR

I. EL RESPETO DE LA INDEPENDENCIA POLITICA

a) Fundamento de este principio.

a) Según el D.I. común, los Estados tienen el deber recíproco de respetar su independencia política y su ordenación interna. Encontramos una formulación expresa de este principio en el artículo 10 del Pacto de la S. d. N., por el que los miembros se comprometían también "a respecter l'indépendance politique" de todos los demás. Por independencia política se entiende la facultad de los Estados de decidir con autonomía acerca de sus asuntos internos y externos en el marco del D.I. Independencia política no significa, pues, independencia con respecto al D.I., sino independencia con respecto al poder de mando de otro Estado. En este sentido, dice el T.P.J.I. en su dictamen sobre el proyecto de unión aduanera entre Alemania y Austria que un Estado es independiente mientras siga siendo dueño de sus decisiones ("restand seul maître de ses décisions") 102. Y ello es así en el caso de todos los tratados normales, pues todo Estado ha de decidir en primer término y con independencia qué disposiciones se desprenden, para él, de un tratado 103.

b) La independencia política de los Estados abarca tanto su política interior como su política exterior. El D.I. obliga a los Estados a respetar por igual ambas esferas 103a.

Lo que el D.I. realmente prohíbe a los Estados son intervenciones de autoridad, o sea, las que van acompañadas de la fuerza o de la amenaza de uso de la fuerza, permitiendo, en cambio, las meras intercesiones. Claro está que en concreto la delimitación no será siempre fácil, ya que las recomendaciones de los poderosos van muchas veces acompañadas de acción oculta. Dependerá de las circunstancias concretas el

102 A/B, 41, pág. 45. Asimismo ANZILOTTI en su "opinion individuelle": "... les limitations de la liberté d'un Etat... n'affectent aucunement, en tant que telles, son indépendance. Tant que ces limitations n'ont pas pour effet de mettre l'Etat sous l'autorité légale de l'autre Etat, le premier reste un Etat indépendant..."

103 Cf. en este sentido la sentencia del árbitro KAECKENBEEK de 10 de julio de 1924, relativa a la interpretación del tratado germano-polaco sobre minorías, A.D., 1923/24, número 117.

103a [Cf. art. 3º. de la Declaración de derechos y deberes de la O.N.U.,: "Todo Estado tiene el deber de abstenerse de intervenir en los asuntos internos o externos de cualquier otro Estado"].

que estemos ante una intervención ilegítima o ante una intercesión que no rebasa el límite de lo lícito. En cambio, el ofrecimiento de un Estado de prestar a otros buenos servicios o de mediar entre ellos en una controversia, no podrá nunca ser considerado como acción no amistosa 104.

Se da también una intervención ilícita cuando un Estado desencadena o fomenta disturbios en otro Estado por medio de agentes, de la prensa o de la radio, o cuando tolera en el ámbito de su soberanía una propaganda de esta índole 105. Y por eso, el Estado afectado tiene el derecho de prohibir la escucha de tales emisiones y perturbarla con interferencias. En aplicación de este principio, el Convenio de 2 de abril de 1938 sobre el uso de la radiodifusión en interés de la paz, prohíbe, en su artículo 1º., las emisiones que alteren el orden interno o la seguridad de los Estados firmantes 106.

c) De la intervención en sentido propio, hay que distinguir el ejercicio del derecho de protección diplomática de un Estado en favor de sus súbditos residentes en el extranjero, que a veces recibe también el nombre de "intervención" en el lenguaje de las cancillerías.

d) Hay que establecer una distinción entre la intervención prohibida por el Derecho Internacional y el derecho, convencionalmente concedido al protector o cuasi-protector, de intervenir en la política exterior o interior del Estado protegido o cuasi-protegido (XIV, E, II).

e) De la independencia política de los Estados se sigue que son jurídicamente iguales entre sí 106a, por lo que el principio de igualdad de los Estados no es un derecho fundamental autónomo. Tampoco significa que todos los Esta-

104 Art. 3º., párr. 3º., del Convenio de La Haya sobre solución pacífica de los litigios internacionales, de 1907.

105 PREUSS, "International propaganda against foreign States", A. J., 28 (1934), 649; VAN DYKE, "The responsibility of States for international propaganda", A. J., 34 (1940), 731.

106 HUDSON, VII. p. 409; asimismo, A.J., 32 (1938), supl.

113 [Sobre este convenio, suscrito el 23 de septiembre de 1936 en una conferencia internacional promovida por la S.d. N., y que entró en vigor el 2 de abril de 1938, v. también G.B.KRAUSE: "Der Rundfunkfriedenspakt von 1936", J.I.R., 9 (1959/60)33-57.

106a ["Todo Estado tiene derecho a la igualdad jurídica -- con los demás Estados" (cit. Declaración de derechos y deberes de los Estados, art. 5º.)].

dos tengan derechos iguales: quiere decir tan solo que ningún Estado soberano está subordinado a otro 107.

EL ESTADO COMO TITULAR DE DERECHOS DE SUPREMACIA Y DERECHOS PRIVADOS

A) La independencia de los Estados unos frente a otros tiene, entre otras consecuencias, la de que ninguno de ellos, en cuanto sujeto de D.I., esté sometido al ordenamiento jurídico de otro. Es el viejo principio: "Par in parem non habet imperium" 108. Esta inmunidad es absoluta (cap. XII, C, IX), pues en la medida en que un Estado aparece como titular del poder público 109 no está sometido a la legislación de otro Estado ni a su administración, sino única y exclusivamente a D.I.

B) Otra cosa es cuando un Estado aparece como sujeto de derechos privados en el extranjero. Es verdad que la antigua práctica judicial eximía de la jurisdicción extranjera a los Estados incluso como sujetos de derechos privados (fisci), a no ser que se hubiesen sometido a aquella libremente.

Pero es un hecho que la judicatura italiana estimando - desde 1886, y la belga desde 1903, que un Estado extranjero en calidad de titular de derechos privados puede ser llevado ante los tribunales como cualquier otra persona privada; con excepción a la que se han adherido paulatinamente otros Estados de la Europa continental, que también se limitan a excluir de la jurisdicción los actos que los Estados realizan jure imperii y no los que llevan a cabo iure gestionis 110 debiendo resolverse según la lex fori la cuestión de si se -

107 BILFINGER, "Zum Problem der Staatengleichheit im VR.", Z., 4 (1934), 481; BOGAERT, "Considérations sur la théorie de l'egalité des Etats", R.G., 59 (1955), 85-98; SCHAUMANN: Die Gleichheit der Staaten (1957).

108 Ya BARTOLO: Tractatus represaliarum (1354), quaestio 1/3, 10, escribía: "Non enim una civitas potest facere legem super alteram, cuia par in parem non habet imperium". Ultimamente, A. King: "Sitting in Judgment on the acts of another Government", A.J., 42 (1948), 811, y VERDROSS: "Nichtige und Strafbare Staatsakte im Völkerrecht", Jur. Bl., 71 (1948), 57.

109 En este sentido, el Tribunal de Arbitraje de La Haya, en su sentencia de 11 de noviembre de 1912 en el litigio ruso-turco, habla de "States as public powers".

110 En este sentido también la sentencia fundamental, del Trib. Supr. austriaco de 10 de mayo de 1950 en el as. Hoffman c. J. Dralle, Oesterr. ZöR, 4 (1951), 90.

trata de un acto jure gestionis 111. También los EE. UU. se acercan a esta concepción 112 así como la República Federal Alemana 113 únicamente los países del common law británico siguen adheridos al principio de la inmunidad general de los Estados extranjeros 114, quedando excluidas del mismo únicamente las reclamaciones contra sociedades mercantiles en las que participa un gobierno extranjero, pero que constituyen personas jurídicas autónomas 115. [También España se sitúa en esta línea tradicional 115a].

Por su parte, la Convención de Bruselas sobre inmunidad de los navíos públicos, de 10 de abril de 1926, abandona parcialmente el antiguo principio, al equiparar los buques mercantes públicos a los privados en atención a las reclamaciones relativas al envío de los mismos o al transporte de los cargamentos (pero no en lo que atañe a otros litigios, p. -- ej., sobre propiedad o posesión 116, una vez que ya la U.S. Public Vessel Act, de 3 de marzo de 1925, hubo reconocido la sumisión de los buques mercantes de carácter público de los EE.UU. a la jurisdicción extranjera.

EL RESPETO DE LA SUPREMACIA TERRITORIAL

a) Siendo los Estados corporaciones territoriales, el principio del respeto debido exige ante todo que no intervenen

111 Tribunales di Roma, 15 de noviembre de 1951, as. Floridi c. Sovexportfilm, A.J., 49 (1955), 98. Asimismo Institut de Dr. I., 1954, art. 3º., 2º. (Ann., 45 (1954), II, 294).

112 A.J. 47 (1953), 93. En el asunto N.Y. and Cuba Mail SS. v. Republic of Korea, 13 de julio de 1955, se admitió, sin embargo, una inmunidad general para la propiedad pública extranjera, A.J. 50 (1956), 130.

113 Kammergericht de Berlín, 25 de febrero de 1955, J.I.R., 7 (1958), 398 s. Sin embargo, el Oberlandesgericht de Schleswig, 26 de marzo de 1957, niega la jurisdicción si la pretensión privada guarda conexión estrecha con la actividad pública (loc. cit., 402 s.)

114 Cf. por ej. S.C. de Queensland (Australia), en el caso U.S. of America v. Republic of China (15 de febrero de 1950), Arch. VR. 7 (1958), 296. Incluso una sumisión del Estado - - afectado no se reconoce sino dentro del procedimiento.

115 Así, en el asunto Ulen c. Bank Gospodarstwa Krajowego, en A.J., 36 (1942), 695.

115a [El Ministerio de Asuntos Exteriores viene reconociendo con carácter general la inmunidad de los Estados extranjeros, aceptando los tribunales las respectivas declaraciones, sin entrar en el fondo].

116 Así, la sentencia británica de 3 de marzo de 1938 en el litigio Naviera Vascongada The Hai Hsuan (22 de mayo de - - 1950), Arch. VR., 7 (1958), 296.

gan en los espacios reservados a los demás 117.

Van contra el principio de respeto de la supremacía territorial, la realización de actos preparatorios y el ejercicio simbólico del poder del Estado en el extranjero, p. ej., el uso de uniformes, y asimismo los actos de carácter público encubiertos en territorio extranjero. Un acto de esta índole es, p. ej., la detención y secuestro de una persona por agentes secretos que obran por encargo de un Estado extranjero 118.

b) Pero el D.I. no prohíbe tan solo injerencias en la supremacía territorial del soberano territorial; las prohíbe también en la supremacía territorial ejercida sobre un territorio estatal ajeno (XII, C, II). O sea, que el D.I. protege la mera posesión.

EL RESPETO DEL HONOR

a) El D.I. obliga también a los Estados y demás sujetos suyos a que se abstengan de toda afrenta al honor ajeno. Ningún Estado puede lícitamente tolerar que sus órganos traten a un gobierno o un pueblo extranjero de una manera despreciativa o despectiva. La afrenta al honor ajeno puede consistir en denigrar símbolos públicos de la soberanía estatal, como escudos, banderas y uniformes 119. Según el de-

117 [Sobre recientes incidentes ocasionados por vuelos de aviones militares estado-unidenses sobre territorios de Estados comunistas, cf. Q. WRIGHT: "Legal Aspects of the U-2 Incident". A.J., 54 (1960), 836-854; LISSITZYN: "Some Legal Implications of the U-2 and RB-4 Incidents", A.J., 56 - - (1962), 135-142. V. en general COHEN-JONATHAN y KOVAR: - - "L'espionnage en temps de paix", A.F., VI (1962), 239-255.]

118 Cf. el cambio de notas entre Suiza e Italia en el asunto Cesare Rossi, Z, I, parte 2a. 280 Y entre la República Argentina e Israel en el asunto Eichmann. V. sobre el incidente y el subsiguiente juicio contra Eichmann en Israel -- por crímenes de guerra: ROUSSEAU en R.G., 64 (1961), 771 ss; Gilda RUSSOMANO: "A competencia de Israel no julgamento de Eichmann", Rev. da Faculdade de Direito de Pelotas, VI, núm. 8 (nov. 1961), 215-229.

119 Según la sentencia de la Dirección alemana de Patentes, de 22 de mayo de 1936, no es lícito, según el D.I., emplear las efigies de jefes de Estado extranjeros para fines comerciales, A.D. (1935-37), núm. 24. Cf. el art. 6º. del Convenio de la Haya de 6 de noviembre de 1925 sobre protección de la propiedad industrial, en HUDSON, III, pág. 1770.

I. común, el Estado responsable de semejante acción debe satisfacción al que fuera víctima de ella. Contra las ofensas a emblemas extranjeros cabe incluso, en ciertas circunstancias, la legítima defensa del honor 120.

La práctica internacional nos revela que los Estados son particularmente sensibles a cuanto atañe a su honor. Y este derecho fundamental no queda suspendido sin más en tiempo de guerra. Por eso, el ministro húngaro de Comercio, durante la Primera Guerra Mundial, suspendió un acuerdo de la Cámara de Comercio de Presburgo, que autorizaba la inscripción en el Registro de un licor con la marca "Dios castigue a Inglaterra", alegando que ello infringiría los principios fundamentales del D.I., basados en el respeto mutuo 121.

b) Pero los Estados no solo tienen la obligación de abstenerse de ofender a otros Estados y pueblos, sino que además han de considerar como delito, y castigar a instancia del gobierno ofendido, los ataques desconsiderados a Estados y gobiernos extranjeros que en su territorio formulen personas privadas (nacionales o extranjeros).

E) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS SEGUN OPPENHEIM 122

Hasta las dos últimas décadas del siglo XIX, la opinión general era que la condición de miembro de la comunidad internacional confería a los estados 123. Los llamados derechos fundamentales. Tales derechos se denominaban derechos de existencia y de conservación, de igualdad, de independencia, de soberanía territorial, de posición y adquisición de territorio, de relación 124 de buen nombre y reputación.

Esta situación dio lugar a que se abordara el examen del problema en su totalidad. Muchos Autores 125 se han manifesta

120 Las antiguas disposiciones sobre servicio a bordo, de 9 de octubre de 1925, en Kraus.

121 Rec. 30 (1929-V), 421.

122 Tratado de Derecho Internacional Público. Traducción de J. López Oliván y J.M. Castro Rial, Bosch, Barcelona, España, 1961, 1961, tomo I, Volumen I, pág. 276 y ss.

123 Sobre los deberes fundamentales de los Estados véanse Brierly en B. J; 1926, pp. 20, 21 y Pearce Higgins en A.S. Procee Lings, 1927, pp. 17-22.

124 González-Honoria (Tratado de Derecho Internacional Público) denomina "Derecho al complemento exterior y a la libre contratación" (n. del t).

125 Véanse Stoerken Encyklopädie der Rechtswissenschaft, de Holtzendorff, 5a. edic. (1890) p. 1291; Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte (1892), p. 302; Brierly, pp. 50-52.

do en éstos últimos tiempos en favor de la desaparición -- del Derecho Internacional del concepto de derechos fundamentales de los Estados.

LA INDEPENDENCIA Y LA SUPREMACIA TERRITORIAL Y PERSONAL COMO ASPECTOS DE LA SOBERANÍA

La soberanía como autoridad suprema, esto es, independiente de cualquier otra autoridad terrenal, tiene diferentes aspectos 126. En tanto en cuanto excluye la dependencia de otra autoridad y especialmente de la autoridad de otro Estado, la soberanía equivale a independencia.

DERECHOS DE RELACION Y DE COOPERACION ECONOMICA

En el período siguiente a la primera Guerra Mundial, varios estados limitaron también la libertad de migración reduciéndola a una proporción insignificante en comparación con la que se practicaba antes de 1914, 127.

Se firmó en Ginebra, en octubre de 1947, entre veintitrés países, un acuerdo general sobre tarifas y comercio. Dicho acuerdo que incorpora las cláusulas pertinentes, de la Carta de La Habana, tiene por objeto proteger al comercio de aquellas naciones que, como consecuencia del acuerdo se comprometieron a reducir sus tarifas 128.

Además de dicho acuerdo y de la Carta de La Habana, las diferentes organizaciones especializadas de las Naciones Unidas, constituyen una amplia base de la relación internacional y de la cooperación económica en otras esferas. Al crear, dentro del marco de la carta, el consejo económico y social como uno de los organismos más importantes de las Naciones Unidas 129 sus miembros pusieron de manifiesto la importancia que tiene una cooperación organizada para el logro de las condiciones exigidas por el proceso social y económico.

126 Sobre un examen por los tribunales de dichos aspectos véase *Rex. v. Jacobus Christian* en B.Y. 1925 pp. 211-219, en J.C.L. 3a. Ser; 6 (1924), pp. 245-254.

127 Véase Tomo I, vol. II, 296.

128 (1947) Cmd. 7258.

129 Véase *Infra* 168 m.

2. AUTORES NACIONALES

A) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS SEGUN: FRANCISCO A URSUA 130

LA LIBERTAD EN DERECHO INTERNACIONAL

La Noción de Libertad. Diversas Formas de Aplicación.

Ella puede concebirse en diversas formas:

1º Como atributo del sujeto humano al cual se aplica (libertad individual). En lo general, ésta forma parte del Derecho Interno de cada Estado, el cual otorga esa garantía a todos sus habitantes, y la protege con medios propios en que el Derecho de Gentes solo excepcionalmente interviene.

2º Como atributo de un agrupamiento humano sin clasificación dentro de la división política del mundo, o grupos no especificados por nacionalidad o residencia, que pueden ser de una tribu salvaje, o de una raza de nacionalidad indefinida, a quien no alcanza la protección del Derecho Interno de cada Estado, y a los cuales va penetrando lentamente la acción del Derecho Internacional.

LA LIBERTAD ESTATAL (SOBERANIA)

.- EL PROBLEMA DE LA SOBERANIA.- El Gobierno Supremo de un Estado, a la vez que es la culminación de la organización política que se ha establecido y desarrollado dentro del mismo, representa la exteriorización de la personalidad del Estado ante las demás personalidades semejantes, es el órgano de esta exteriorización, y como tal constituye el vehículo obligado, en el actual estado de la civilización, entre los componentes humanos de diversos pueblos, en el ejercicio de sus derechos, y en el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas recíprocas.

EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCION

1.- PRINCIPIO GENERAL.- La libertad estatal (soberanía) tiene como corolario necesario el principio de no intervención por parte de los Estados en los asuntos interiores de uno de ellos, sin el cual aquélla no podría existir.

Este principio es absoluto, y no admitiendo limitación alguna, solamente es necesario distinguir la intervención de otros actos que indebidamente se han considerado a veces con este título.

LA IGUALDAD EN LAS FORMAS DE CORTESIA (RESPETO MUTUO)

El derecho de respeto mutuo, expuesto por muchos autores como un concepto distinto de los demás del Derecho Internacional no viene a ser en realidad sino una consecuencia necesaria del principio de igualdad de los Estados. En efecto, el respeto de cada Estado a los demás, no es distinto de aquél que se considera acreedor a recibir de -- ellos. Es, en el fondo, la expresión misma de la reciprosidad necesaria en materia de dignidad estatal. En la forma, la costumbre ha venido a dar testimonio de ciertos actos y fórmulas que se consideran adecuados para exteriorizar el respeto de cada Estado hacia los demás.

B LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS, SEGUN ROBERTO NUÑEZ Y ESCALANTE 131

Este es un tema acerca del cual los autores no han -- llegado a ponerse de acuerdo, especialmente aquellos que pretenden sacar conclusiones de la práctica internacional sobre la materia. Sin embargo, si recurrimos a los precursores del Derecho de Gentes como Vittoria y Suárez, encontramos el enunciado fundamental de estos principios.

a) DERECHO DE CONSERVACIÓN

El estado tiene derecho a existir y por tanto de conservar su existencia, lo cual supone primeramente el derecho de autodeterminación de los pueblos para constituirse en estados soberanos y a poseer un territorio como base de su acción jurisdiccional.

b) DERECHO DE IGUALDAD

La igualdad jurídica de los Estados, o como la denomina la Carta de San Francisco, la igualdad soberana de los estados, consiste en el derecho que tienen todos los estados a entrar en las relaciones internacionales con los demás

estados, mediante el ejercicio de los derechos de legación activa y pasiva, y de participación en las organizaciones y organismos internacionales.

c) DERECHO A LA INDEPENDENCIA

No es suficiente que los estados gocen del derecho de conservación va que su existencia misma como Estado está basada en la posibilidad de autodeterminarse en lo jurídico y en lo político.

d) DEBER DE NO INTERVENCION

La abstención de realizar actos que puedan impedir a otro Estado el libre ejercicio de sus derechos constituye el principio de no intervención.

e) DEBER DE COLABORACION

La vida social igual entre los individuos como entre los Estados requiere de una acción conjunta para resolver problemas comunes: la multiplicación del número de Estados libres, la velocidad en las comunicaciones, y muchos otros factores provenientes principalmente del progreso de la ciencia, hacen que los Estados no puedan vivir aislados, y que cada día sus relaciones sean más estrechas. Aún en los casos de ausencia de relaciones diplomáticas entre dos Estados, los pueblos de éstos siguen manteniendo sus relaciones comerciales y turísticas.

f) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS SEGUN MANUEL J. SIERRA 132

Derecho a la existencia. Diferiendo en la forma de expresión, puede decirse que domina un criterio unificado para admitir que no hay sino un derecho fundamental del que se derivan los demás: el derecho a la existencia, del que nacen para su ejercicio otros complementarios, siendo el más importante el de conservación, que viene a ser en principio la base de todas las reglas de aplicación, pues responde a un instinto que aparece en los diversos organismos vivientes; y el de libertad, subdivididos, respectivamente: el de conservación en derecho de perfectabilidad, defensa y seguridad, y el de libertad en los de soberanía e independencia (Fauchille).

Conservación.- El Estado tiene, como el individuo, un discutible derecho a tomar las medidas tendientes a asegurar su propia existencia, tanto en lo que se refiere a su integridad física como en lo que respecta a su integridad moral, intelectual o artística, pero sin poner en peligro la existencia de los demás Estados.

Defensa y seguridad.- El concepto de legítima defensa en el Derecho de Gentes es tan justificado y comprensible como entre los individuos. Su complemento es el derecho de los Estados de preparar esta defensa oportunamente, organizando ejércitos, constuyendo fortificaciones, concertando alianzas como en los diversos casos históricos conocidos, incluso en nuestro continente. Se ha discutido vivamente si un Estado se puede oponer al aumento excesivo de la potencia militar de otro Estado, asunto que cae más bien dentro del terreno de la política. La práctica internacional tolera en casos excepcionales la posibilidad de una demanda de explicaciones.

DERECHO A LA LIBERTAD

El derecho a la libertad es un derecho fundamental; su existencia es indispensable para crear la responsabilidad de los Estados, cualidad necesaria, a su vez, para que un Estado pueda figurar como miembro de la comunidad internacional. El derecho a la libertad se descompone en el derecho a la soberanía interior o autonomía y el derecho a la soberanía exterior o independencia.

Soberanía.- Desde un punto de vista general la soberanía es la facultad de mandar. Para interpretar este principio existen dos tendencias contradictorias. De conformidad con una de ellas, la soberanía es absoluta. A fines del siglo XVIII y durante casi todo el siglo XIX triunfaron las teorías individualistas, según las cuales antes del Estado social había existido un período de aislamiento, del que no había salido el hombre sino por medio de un contrato renunciando a ciertos derechos en favor del Estado.

Legislación.- Cada Estado, como un acto exclusivo de su soberanía, posee el derecho de legislar con absoluta libertad dentro de su territorio, que comprende a todos los individuos que en él habitan, nacionales o extranjeros. Se pretende que este derecho no es absoluto y que, en su ejercicio, el legislador debe tener presentes no las obligaciones contractuales que prácticamente llegan a formar parte de la legislación interior, sino los principios del Derecho Internacional.

Jurisdicción.- El derecho de jurisdicción es la facultad del Estado de someter a la acción de sus tribunales y leyes a las personas y cosas que se encuentran dentro de su territorio, no importando, por lo que respecta a los individuos el que éstos tengan una nacionalidad extranjera. Se exceptúan de este derecho los agentes diplomáticos, buques de guerra y fuerzas armadas, y se ejerce no sólo sobre la tierra dentro de sus fronteras, ríos, lagos, mares internos y territoriales, bahías y puertos y espacio aéreo, sino sobre todas las personas y cosas que se encuentran dentro de él.

La igualdad jurídica no debe confundirse con la igualdad política, que es una cuestión de hecho. Las grandes potencias no disfrutaban de ninguna superioridad de derecho. Sin embargo, esta situación material fue reconocida por la Sociedad de Naciones al designar como miembros permanentes del Consejo a Inglaterra, Francia, Italia, el Japón y más tarde Alemania 133.

Respetuo mutuo.- Existe entre los Estados, por razones de dignidad, una obligación de consideración y respeto recíproco. Los actos que corresponden a la libertad de prensa y de palabra y que pueden referirse ofensivamente al gobierno de otro país o sus funcionarios solo puedan ser imputables en la medida en que el gobierno ejerce su control sobre los órganos de la prensa o sobre los individuos separadamente. Es siempre penoso que la prensa critique rudamente a las autoridades de un país amigo, pero en los Estados donde la libertad de prensa existe y es respetada sólo queda para el ofendido, en caso de difamación u otro delito, la acción ante los tribunales.

Concepto de intervención.- Es el de intervención uno de los problemas más graves del Derecho Internacional, y depende su situación jurídica de la tesis que se adopte al condenar o admitir como legítimos los actos de ingerencia por parte de un Estado en los asuntos internos o externos de otro, actos cuya influencia ha podido fijar, en ocasiones, el destino de los pueblos.

D) LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS SEGUN CESAR SEPULVEDA 134

133 La Convención sobre Deberes y Derechos de los Estados, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en su artículo 4º dice: "Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos, tienen igual capacidad para ejercitarlos. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de derecho internacional.

134 Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa México 1974, pág. 79.

SOBERANIA Y DERECHO INTERNACIONAL

El vocablo "soberanía" ha jugado un papel demasiado importante en la teoría política y en la doctrina del derecho internacional. Pero desgraciadamente, el contenido de esa palabra ha sido oscurecido y deformado las más de las veces. Como dice con fortuna ROSS (op. cit., p. 34) no sólo sucede que hay tantas definiciones del término "soberanía" como hay autores, sino que no hay acuerdo sobre cuál es el objeto buscado por este concepto en el Derecho Internacional.

CAPITULO IV

LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS
EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

1.- PACTO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES

Las altas partes contratantes.

Considerando que, para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad, importa:

Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra;

Mantener a la luz del día relaciones internacionales, fundadas sobre la justicia y el honor;

Observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional, reconocidas de aquí en adelante como reglas de conducta efectiva de los gobiernos;

Hacer que reine la paz y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados;

Adoptan el presente pacto, que instituye la Sociedad de las Naciones.

Artículo 12²

1. Todos los miembros de la Sociedad convienen en -- que si surge entre ellos algún desacuerdo capaz de ocasionar una ruptura, lo someterán al procedimiento de arbitraje o arreglo judicial, a al examen del Consejo. Convienen además en que en ningún caso deberán recurrir a la guerra antes de que haya transcurrido un plazo de tres meses después de la sentencia de los árbitros o de la decisión judicial o del dictamen del Consejo.

1 Para el texto completo del Pacto, es decir, los artículos 1-26 del Tratado de Versalles, ver. am. Journal, Vol. 13 (1919), Supp. 151; Foreign Relations of the United States, 1919, XIII, 57.

2 Las palabras impresas en bastardilla fueron agregadas como enmiendas por votación de la Asamblea en 1921 y entraron en vigencia el 26 de septiembre de 1924.

2. En todos los casos previstos en este artículo, la sentencia de los árbitros o la decisión judicial deberá ser dictada en un plazo razonable, y el dictamen del Consejo deberá ser redactado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le haya encargado resolver del desacuerdo.

Artículo 13³

1. Los miembros de la Sociedad convienen en que cada vez que surja entre ellos cualquier desacuerdo, susceptible, a su juicio, de ser resuelto por arbitraje o arreglo judicial y que no pueda resolverse de manera satisfactoria por vía diplomática, la cuestión será sometida íntegramente al arbitraje o al arreglo judicial.

2. Entre los desacuerdos susceptibles de ser resueltos por arbitraje o por arreglo judicial se declaran comprendidos todos los relativos a la interpretación de un tratado, a cualquier punto de derecho internacional, a la realidad de cualquier hecho que, de ser comprobado, implique la ruptura de un compromiso internacional, o la extinción o naturaleza de la reparación debida por dicha ruptura.

3. La causa será sometida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional o a cualquier otra jurisdicción o tribunal designados por las partes y previstos en sus convenios anteriores 4.

4. Los miembros de la Sociedad se comprometen a cumplir de buena fe las sentencias o decisiones dictadas y a no recurrir a la guerra contra un miembro de la Sociedad que se somete a dichas sentencias o decisiones. En caso de incumplimiento de la sentencia, el Consejo propondrá las medidas que hayan de asegurar el efecto de aquélla.

Artículo 15⁵

1. Si surgiere entre los miembros de la Sociedad cualquier desacuerdo capaz de provocar una ruptura, o si

3 Ver artículo 12, nota.

4 Este párrafo reemplaza al siguiente párrafo del texto original: "para la consideración de cualquiera de estas disputas, en la Corte de Arbitraje ante la que se presente el caso será la Corte escogida por las partes en conflicto o estipulada por cualquier convenio existente entre las mismas".

5 Ver Art. 12. nota 1.

este desacuerdo no fuese sometido al arbitraje o arreglo judicial previsto en el artículo 13, los miembros de la Sociedad convienen en someterlo al examen del Consejo. A este efecto bastará que uno de ellos de aviso al secretario general, el cual tomará las disposiciones necesarias para que se proceda a una información y a un examen completo.

2. En el plazo más breve posible, las partes deberán comunicar al secretario general la exposición de su causa, con todos los hechos pertinentes y piezas justificativas. El Consejo podrá disponer la inmediata publicación de estos documentos.

Artículo 16⁶

1. Si un miembro de la sociedad recurriere a la guerra, a pesar de los compromisos contraídos en los artículos 12, 13 ó 15, se le considerará ipso facto como si hubiese cometido un acto de guerra contra los demás miembros de la Sociedad. Estos se comprometen a romper inmediatamente toda relación comercial o financiera con él, a prohibir toda relación de sus respectivos nacionales con los del Estado que haya quebrantado el pacto y a hacer -- que cesen todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de dicho Estado y los de cualquier otro Estado, sea o no miembro de la Sociedad.

2. En este caso, el Consejo tendrá el deber de recomendar a los diversos gobiernos interesados los efectivos militares, navales o aéreos con que los miembros de la Sociedad han de contribuir, respectivamente, a las fuerzas armadas destinadas a hacer respetar los compromisos de la Sociedad.

2.- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS

a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles,

a reafirmar la fe en los derechos fundamentales -- del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,

6 Para las enmiendas propuestas por la Asamblea en 1925, pero aún no vigentes en 1933, ver, Hudson, International Legislation, I, 29 y ss.

a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional,

a promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Y CON TALES FINALIDADES

a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos,

a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos,

HEMOS DECIDIDO AUNAR NUESTROS ESFUERZOS PARA REALIZAR ESTOS DESIGNIOS

Por lo tanto, nuestros respectivos gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas.

CAPITULO I

PROPOSITOS Y PRINCIPIOS

Artículo 1°

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz, y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones susceptibles a conducir a quebrantamiento de la paz.

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basada en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

CAPITULO VI

ARREGLO PACIFICO DE CONTROVERSIAS

Artículo 33

1. Las partes de una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

CAPITULO VII

ACCION EN CASO DE AMENAZAS A LA PAZ, QUEBRANTAMIENTOS DE LA PAZ O ACTOS DE AGRESION

Artículo 39

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales.

CAPITULO IX

COOPERACION INTERNACIONAL ECONOMICA Y SOCIAL

Artículo 55

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al -- principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente - para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos, y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo, y

c) el respeto universal a los derechos humanos y a -- las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la -- efectividad de tales derechos y libertades.

3.- CARTA DE LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS

CAPITULO IV

DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS

Artículo 9

Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de derecho internacional.

Artículo 10

Todo Estado Americano tiene el deber de respetar los derechos de que disfrutan los demás Estados de acuerdo con el derecho internacional.

Artículo 11

Los derechos fundamentales de los Estados no son susceptibles de menoscabo en forma alguna.

Artículo 12

La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aun antes de ser reconocido el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer su conservación y prosperidad y, por consiguiente de organizarse como mejor lo entienda, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción, competencia de sus habitantes; el ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al derecho internacional.

Artículo 13

El reconocimiento implica que el Estado que lo otorga acepta la personalidad del nuevo Estado con todos los derechos y deberes que, para uno y otro, determina el derecho internacional.

Artículo 14

El derecho que tiene el Estado de proteger y desarrollar su existencia no lo autoriza a ejecutar actos injustos contra otro Estado.

Artículo 15

La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros.

Artículo 16

Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.

Artículo 17

El respeto y la fiel observancia de los tratados constituyen normas para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre dos Estados. Los tratados y acuerdos internacionales deben ser públicos.

Artículo 18

Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de ingerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos económicos y culturales que lo -- constituyen.

Artículo 19

Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza.

Artículo 20

El territorio de un Estado es inviolable, no puede -- ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de -- fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente -- cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cual- -- quier otro medio de coacción.

Artículo 21

Los Estados Americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo -- el caso de legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes en cumplimiento de dichos tratados.

Artículo 22

Las medidas que de acuerdo con los tratados vigentes se adopten para el mantenimiento de la paz y la seguridad, no constituyen violación de los principios enunciados en los artículos 18 y 20.

CAPITULO V

SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

Artículo 23

Todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en esta Carta. Antes de ser -- llevadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

CAPITULO VI

SEGURIDAD COLECTIVA

Artículo 27

Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado Americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados Americanos.

4. CONVENIOS DE MONTEVIDEO

La Conferencia de Montevideo de 1933, fue el punto de partida de la acción oficial. Se adoptó una Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados 7, en la cual los Estados signatarios convenían, siempre dentro de ciertas limitaciones y calificaciones, que la existencia política de los Estados era independiente de su reconocimiento 8, que los estados eran jurídicamente iguales, que los derechos fundamentales de los estados no podían ser afectados en forma alguna 9, que el reconocimiento de un Estado sólo significaba la aceptación de su personalidad 10, que ningún Estado tenía derecho de intervenir en los asuntos internos o externos de otro, 11, que los nativos y los extranjeros estaban protegidos en igual forma por las disposiciones legales que los extranjeros no podían reclamar derechos distintos o más amplios, que los de los nacionales del país 12, que las disputas tenían que ser solucionadas por métodos territoriales, ni las ventajas especiales de cualquier índole, obteni

7 Internacional Conferences of American States. 1933-1940, pág. 121.

8 El significado de este artículo es elusivo (3): Constituye un esfuerzo para oponerse al procedimiento de reconocimiento que prevalecía en la época en que se crearon los estados americanos, pero lleva a una confusión del derecho internacional y del constitucional.

9 Este artículo (5) debe interpretarse como si considerara que, por el simple hecho de ser estados poseen algunos derechos fundamentales. De otra manera, contradeciría, lisa y llanamente, toda la concepción del derecho internacional.

10 Este artículo al igual que el 3, mencionado anteriormente, es contrario a la actitud de los estados que pretenden imponer condiciones a su reconocimiento. Pero, de acuerdo a lo resuelto en 1933, resulta difícil darle un contenido práctico.

11 Este artículo significó un triunfo para los opositores del secretario Hughes, en 1928. Ver Bemis, op. cit., cap. XV.

12 Este artículo plantea el problema de si existe una norma internacional de justicia.

das por la fuerza 13. Muchos de estos principios fueron reafirmados en la Conferencia de Buenos Aires 1936 14, y en la Conferencia de Lima, de 1938 15. En 1945, en la Conferencia sobre Problemas de guerra y paz, celebrada en la ciudad de México, se adoptó una resolución, destinada a preparar una "Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre", debía ser agregada a la nueva Carta del Sistema Panamericano 16.

5. CONFERENCIA DE BUENOS AIRES

La Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, Buenos Aires, se reunió en la ciudad de Buenos Aires del 1° al 23 de diciembre de 1936. Fue convocada por los Estados Unidos en vísperas de elecciones presidenciales sin aparente justificación en el orden internacional, pues los temas tratados en la misma, económicos y jurídicos, pudieron haber sido examinados por la VIII Conferencia Interamericana, citada para Lima.

Las convenciones aprobadas fueron:

Mantenimiento, afianzamiento y restablecimiento de la paz. Protocolo adicional relativo a la no intervención. Prevención de controversias. Buenos oficios y mediación, coordinación, ampliación y cumplimiento de los tratados existentes.

13 Este artículo (11) se vincula con la Doctrina Stimson de 1931, y con la actitud adoptada en la Conferencia de Washington, de 1932, pero en su redacción se nota una marcada tendencia a controlar la política intervencionista de los Estados Unidos.

Al firmar, y al ratificar la Convención de Montevideo, los Estados Unidos dejaron constancia de que, a partir del 4 de marzo de ese año el gobierno de los Estados Unidos había puesto en claro que apoyaba el principio general de no intervención, pero que consideraba necesario preparar "interpretaciones y definiciones de estos términos fundamentales" a fin de evitar diferencias de opinión con respecto a su aplicación. *International Conferences of American States, 1933-1940*, págs. 123-124.

14 Ver resolución XXVII, Declaración de Principios de Solidaridad y Cooperación Interamericana, op. cit., pág. 160.

15 Ver resolución XIV, Declaración de Principios de Solidaridad de América, op. cit., pág. 308.

16 Ver Resolución IX, Reorganización Consolidación y Fortalecimiento del Sistema Interamericano. El 17 de julio de 1946 la Unión Panamericana sometió a la aprobación de los gobiernos americanos un proyecto de declaración de los derechos y deberes de los estados americanos.

Fomento de relaciones culturales. Intercambio de publicaciones. Facilidades a exposiciones artísticas. Orientación pacífica de la enseñanza. Facilidades a las películas educativas o de propaganda.

La más importante aportación de esta Conferencia fue la aprobación del Protocolo de No Intervención, presentado por México, y el cual fue suscrito por Estados Unidos sin reservas 17.

6. CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONOMICOS DE LOS ESTADOS

Durante la Tercera Reunión de la Conferencia de Comercio y Desarrollo de Naciones Unidas, UNCTAD, en Santiago de Chile, el 19 de abril de 1972, el presidente Echeverría expresó en un discurso la tesis de que debiera redactarse por la UNCTAD una carta en la que se definieran los derechos y las obligaciones de los Estados en materia económica, determinando con ello la vigencia de un régimen legal, a fin de que al intercambio comercial, y en general, las relaciones económicas entre los países industrializados y las naciones en desarrollo se desenvuelvan sobre las bases justas, certeras y uniformes y de acuerdo con normas obligatorias de comportamiento económico, con validez universal, y que propicie un mecanismo de cooperación para el desarrollo equitativo del mundo y para contribuir al equilibrio político del orbe. Para ello, propuso el funcionario mexicano, sería conveniente que un grupo de trabajo de representantes dentro de la misma UNCTAD, o en otros organismos internacionales, preparara un anteproyecto de carta sobre estos importantes puntos.

17 La Delegación mexicana fue presidida por el Sr. Dr. -- Francisco Castillo Nájera, y formaron parte de ella los licenciados Alfonso Reyes y Ramón Beteta.

CAPITULO V

ESTUDIO PARTICULAR DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS

1. DERECHO DE IGUALDAD

Durante mucho tiempo los tratadistas han considerado al "derecho de igualdad" como a uno de los derechos fundamentales de los estados.

INFLUENCIA DE VATTEL

El principio de la soberanía e independencia de los estados que tuvo su primera expresión en el Tratado de -- Westfalia, aunque no imponía necesariamente, la creación de una comunidad internacional en la cual cada Estado fue se el equivalente legal de cada uno de los otros 1, estaba destinado con el correr del tiempo a llegar a esta conclusión. Como no se reconocía a un superior común debería deducirse que todos los estados se encontraban en el mismo pie de igualdad. Esta era la situación cuando Vattel comenzó a insistir sobre el principio fundamental.

CONCEPTOS DIVERGENTES DE LOS JURISTAS MODERNOS

Los juristas, al tratar de conciliar la teoría con - la práctica, adoptaron las posiciones más divergentes. Algunos atacaron el principio, considerándolo una tradición marchita que había llegado a constituir un obstáculo para el progreso internacional 2, otros demasiado realistas para aceptar un principio legal en contradicción tan evidente con los hechos de la vida internacional, trataron de establecer distinciones entre la igualdad política y la legal para salvar el principio de las inconsistencias que le son inherentes 3. Por otra parte muchos juristas lo defienden enérgicamente, considerando que en él está involucrada la condición esencial de un orden internacional justo, una condición tan vital como lo es la de la libertad del individuo bajo una constitución democrática moderna 4. La confusión doctrinaria, tan frecuente, se produce porque los tratadistas suelen discutir distintas aplicaciones - prácticas del principio, como si tuvieran la misma trascendencia que el principio en sí.

1 Dickinson señala que es infundada la afirmación de que Grosio fue quien formuló "el principio de igualdad de los estados".

2 Ver P.J. Baker, La Doctrina de la Igualdad de los Estados, British Year Book, 1923-24, págs. 1-20.

3 Ver Dickinson, op. cit., cap. IV

4 En especial los juristas latinoamericanos.

IGUALDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS

Para aplicar la regla de igualdad de los derechos sustantivos de los estados es necesario establecer distinciones que, que aún cuando pueden parecer sutiles, -- tienen una aplicación muy frecuente sobre los derechos de los ciudadanos que se someten a la ley nacional. Puede decirse que los estados tienen "los mismos derechos y las mismas obligaciones" cuando todos, y cada uno de ellos, -- están en condiciones de apelar a las mismas reglas de conducta para la solución de los reclamos que puedan formular, o que sean formulados contra ellos 5. Lo que uno puede reclamar, puede reclamarlo también el otro. De esta manera, cada Estado tiene el mismo "derecho" a la seguridad nacional, y la misma obligación de respetar la seguridad de los otros; cada Estado tiene el mismo "derecho" a la independencia, vale decir, a determinar su política interna y externa, sin interferencias, y a ejercer su jurisdicción dentro de límites prefijados, pero también todos tienen la misma obligación de no interferir o "intervenir" -- en los asuntos domésticos de los otros estados. Cada uno de los estados dispone del mismo derecho de adquirir o ceder territorio, de usar libremente las aguas de alta mar, de enviar o recibir agentes diplomáticos, y de negociar acuerdos que puedan redundar en beneficio mutuo. En el caso de la "Goleta Exchange c/ McFaddon" 6, el juez Marshall, se refirió a la perfecta igualdad y absoluta independencia de los estados soberanos "como a una de las razones que los llevaban a reclamar el ejercicio de una jurisdicción territorial exclusiva en el caso de los barcos públicos de otro Estado, anclados en sus puertos". Pero, al mismo tiempo, se ha aceptado que los estados pueden obligarse, por medio de tratados, a una limitación en el ejercicio de algún derecho específico, sin que esto signifique que renuncien al derecho en sí.

IGUAL CAPACIDAD LEGAL Y DISTINTA CAPACIDAD FISICA

El derecho internacional afirma que los estados, a pesar de las diferencias de extensión, fuerza y recursos, poseen en común ciertos derechos fundamentales, no obstante las divergencias puestas de manifiesto en los objetos

5 Dickinson considera, sin embargo que la expresión igualdad ante el derecho, debería aplicarse a la protección de los derechos más que a su sustancia. Pág. 251.

6 7 Granch 116 (1812). Fenwick, Cases, 326; Dudson, Cases, 524.

sobre los que se ejercen esos derechos 7.

IGUALDAD CON RESPECTO A LA ADOPCION DE NUEVAS REGLAS DE DERECHO

El tercer aspecto de la igualdad se relaciona con el papel desempeñado por los estados en la adopción de nuevas reglas de derecho, y, en este terreno particular la regla de igualdad subsiste y se aplica, aunque, según la afirmación de muchos, con muy desagradables consecuencias prácticas. En primer lugar, no debemos olvidar que ningún Estado es obligado por una nueva regla de derecho, a menos que la haya aceptado, explícita o implícitamente. En el caso del "Antelope" 8, el juez Marshall, sostuvo que, como el tráfico de los esclavos era considerado legal dentro del derecho internacional, no podía ser condenado por una nación -- como piratería, ya que en esa forma se limitaría el derecho de los otros estados. "Ningún principio de derecho general es aceptado tan universalmente como el de la perfecta igualdad de las naciones. Rusia y Ginebra tienen los -- mismos derechos, y de ésta igualdad se prende que ninguna puede imponer legalmente una norma a otra. Unos cuantos -- años antes la Corte Suprema del Almirantazgo Británico había adoptado una decisión similar en el caso del barco -- francés "Le Louis" 9. En la misma, Sir William Scott se refirió a la "perfecta igualdad, e independencia total de -- los distintos estados", considerándolos como la base más -- importante del derecho público. En otro caso, en el que el principio tenía una aplicación menos directa, "Goleta Exchange c/ McFaddon" 10, el juez Marshall, se refirió a la perfecta igualdad y absoluta independencia de los estados soberanos", como a una de las razones que los llevaban a reclamar el ejercicio de su Jurisdicción territorial exclusiva, en el caso de los barcos públicos de otro Estado, anclados en sus puertos". En el caso del "Scotia" la corte afirmó, explícitamente, que "ninguna nación puede cambiar el derecho marítimo. El derecho impone una obligación

7 Por ejemplo un Estado con pocos recursos materiales puede no ofrecer interés para una negociación recíproca de favores, dentro de un tratado comercial. Recuérdese, sin embargo, la disposición del Art. 4º de la Convención de Montevideo, que afirmaba: "Los estados jurídicamente iguales, disfrutan de los mismos derechos y tienen igual capacidad para su ejercicio".

8 10 Wheaton 66 (1825), Fenwick, Cases, pág. 7.

9 2 Dodson 210 (1817), Fenwick, Cases, pág. 67.

10 7 Cranch 116 (1812), Fenwick, Cases, 326; Hudson, Cases 524.

universal, y las leyes de uno o de dos países no pueden crear obligaciones para el resto del mundo. Como todas -- las leyes de las naciones, se basa en el consentimiento común de las comunidades civilizadas 11. La doctrina aplicada en estos casos, continúa siendo una norma útil de de recho, siempre que se la limite, estrictamente, al campo de las nuevas obligaciones.

PRIMACIA DE LAS GRANDES POTENCIAS

El Congreso de Berlín, de 1878 y 1885, actuó como un cuerpo judicial y ejecutivo, de facto, en lo que respecta a la reconstrucción de los estados balcánicos y a la partición de Africa. La Conferencia de Algeciras, de 1906, solucionó el problema de Marruecos. La Conferencia de Embajadores, de Londres, intervino en la situación balcánica de 1913, y tomó a su cargo la emancipación de Albania 12.

2. EL DERECHO AL HONOR O DE RESPETO MUTUO

El derecho al honor equivale al respeto mutuo que deben guardarse los Estados. En la Edad Media y aun a principios del siglo XIX se daba gran importancia al rango en tre los Estados y se admitía que unos gozaban de honores reales y otros no. En la actualidad se prefiere el orden alfabético y en el caso de tratados se recurre al alterna do, o sea que cada Estado firma primero el ejemplar que le corresponde. La ODECA ha adoptado el orden geográfico de Norte a Sur. En las reuniones interamericanas el orden se fija por medio de sorteo.

El derecho al honor se viola por los actos del Go- - bierno pero no por los de particulares, cuando aquél no puede ejercer control sobre ellos, como los ataques en la prensa en los países en que goza de libertad.

3. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCION

En su mensaje al Congreso, de 2 de diciembre de 1823,

11 14 Wallace 170 (1871), Fenwick, Cases, pág. 18

12 Dupuis, en su texto *Le droit des gens et les rapports des grandes puissances avec les Autres Etats le pacte de la Société des Nations*, estudia en forma exhaustiva, la - primacía adquirida por las grandes potencias, durante el siglo XIX y comienzos del XX.

Monroe decía: "No hemos interferido ni interferiremos dentro de las colonias y dependencias actuales de ninguna potencia europea, pero en cuanto a los gobiernos que han declarado su independencia, manteniéndola, la cual hemos reconocido, previa consideración debida ateniéndonos a los principios de la justicia, no podemos tolerar interposición alguna, con el propósito de oprimirlos, o controlar bajo cualquier forma su destino, por parte de ninguna potencia europea, sin al mismo considerarla como una disposición animosa contra los Estados Unidos 13.

La violación del principio de la no intervención por los Estados imperialistas. Después de su ascensión al poder y la consolidación de su dominio, la burguesía principió a violar los principios históricamente progresistas que ella misma había venido proclamando en otro tiempo 14. Por ejemplo, la burguesía francesa repudió el axioma de la no intervención durante las agresivas guerras napoleónicas.

La U.R.S.S. y el principio de la no intervención. -- Desde los primeros días de la Gran Revolución Socialista de Octubre, el Estado soviético se ha opuesto a la política intervencionista en los asuntos interiores de los demás países, rechazando cualquier tentativa contra la independencia de todo Estado, grande o pequeño. Los tratados concluidos por el gobierno soviético con Irán, Turquía y Mongolia, en 1921, conceden primordial importancia en su articulado al punto según el cual todo pueblo tiene derecho a regir su propio destino. "Reconociendo un derecho de todo pueblo a la determinación libre y sin obstáculos de su propio destino -dice el artículo 4° del tratado soviético- iraní del 26 de febrero de 1921-, cada una de las altas partes contratantes repudia y se abstendrá rigurosamente de toda intervención en los asuntos domésticos de la otra parte" 15.

13 Charles Hyde, El derecho internacional, fundamentalmente según es interpretado y puesto en práctica en los EE. UU., vol. I, párrafo 87, "El mensaje del presidente Monroe", pág. 285.

14 Véase K.A. Baginyan, La violación del principio de no intervención por los Estados imperialistas, Moscú, 1954.

15 Colección de tratados, acuerdos y convenios vigentes concluidos por la U.R.S.S. con los Estados extranjeros, vols. 1 y 2, Moscú, 1935, pág. 38.

4. EL DERECHO DE EXISTENCIA NACIONAL: AUTODEFENSA Y DEFENSA COLECTIVA

A.- NATURALEZA Y ALCANCE DEL "DERECHO DE EXISTENCIA"

A veces es mencionado, como "seguridad nacional", o como "derecho de autodefensa", "derecho fundamental", "el primer derecho de la naturaleza" al cual están subordinados todos los demás 16.

En vísperas de la Primera Guerra Mundial, todos los estados poseían en igual grado, el derecho de existencia, La existencia de cada uno era tan inviolable como la de -- cualquier otro. Todos tenían el mismo derecho a mantener -- su personalidad colectiva, a proteger y conservar los elementos de su vida nacional, a hacer, como lo había señalado Vattel un siglo y medio antes, todo lo necesario para -- su autopreservación 17.

B. EJERCICIO DE LA AUTODEFENSA CONTRA EL ATAQUE DIRECTO

Como consecuencia de este sistema de autodefensa la -- distinción existente entre actos de agresión y actos de -- defensa 18 ha perdido toda significación real. Los principios generales pueden limitar la autodefensa dentro de -- los términos de la resistencia al ataque; pero las consideraciones prácticas obligan muchas veces a un Estado a -- anticiparse al ataque de otro, golpeando primero. De esta manera, el más flagrante de los actos de agresión puede -- ser considerado por el Estado que lo comete como una medida sabia y defensiva, de simple precaución frente al futuro 19.

16 En una carta dirigida por el secretario Seward a Adams, en 1861, le decía: "Estas (las posiciones asumidas por los Estados Unidos) son simples sugerencias del instinto de -- autodefensa, el derecho esencial de toda acción humana, la ley de los individuos tanto como de la vida nacional". Fontes juris gentium, Ser. B, Sec. I, T. I, 317. Ver cap. XI, nota 4.

17 Droit des Gens, cap. II, ap. 18.

18 Ver pág. 263.

19 Cuando Napoleón llegó a las puertas de Moscú en 1812, consideró que su ataque contra Rusia era una guerra defensiva.

No pudo encontrarse una respuesta legal para el problema de la responsabilidad, y las conclusiones de la Comisión encargada de determinar la responsabilidad de los que intervinieron en la guerra, establecida en París en 1919, deben ser consideradas como parte integrante de -- una decisión política, más que jurídica 20.

AUTODEFENSA EN TIEMPO DE GUERRA

Dado que el conflicto bélico, en sí mismo, fue considerado como una manifestación normal de autodefensa, -- llegó a plantearse el caso de que, en el transcurso de -- una guerra, un beligerante violase los derechos de otros estados, neutrales al conflicto, so pretexto de necesidad militar. En el año 1807, como el gobierno británico tenía sus razones para suponer que Francia y Rusia ejercían presión sobre Dinamarca para que ésta se les uniese en la guerra que se estaba llevando a cabo, o que en -- cualquier caso, Dinamarca no podría impedir que Napoleón se apoderara de su flota, se dirigió al gobierno de ese país, solicitándole la entrega de la misma, bajo la promesa de que le sería devuelta al finalizar la guerra; Dinamarca no accedió a esta demanda, y el gobierno británico se consideró autorizado para bombardear el puerto de Copenhague, para apoderarse de la flota 21. La invasión de Corea por el Japón, durante su guerra con Rusia en -- 1904, para evitar que dicho territorio cayese bajo el -- control del enemigo, se justificó partiendo de principios similares de autodefensa 22.

INVASION DE BELGICA POR ALEMANIA EN 1914

La violación de la neutralidad de Bélgica por Alemania en 1914, representa un caso extremo de esta forma de manifestación de autodefensa. El acto debe ser juzgado, tanto por las obligaciones emergentes del Tratado de -- 1839, como por las disposiciones generales de derecho internacional. Indudablemente la ofensa más grave fue la -- violación del tratado de 1839, hecha con evidente mala -- fe; no debe olvidarse que el tratado había sido celebrado para prevenir que se produjeran circunstancias tales como

20 Para el informe de la Comisión, ver Am. Journal, vol. 14 (1920), 95.

21 El acto fue comentado de distintas maneras por los -- tratadistas, algunos, como Hall y Westlake, lo disculpan, otros lo condenan. Ver Stowell, Intervention in International law, pág. 409.

22 La justificación debe ser analizada a la luz de los -- hechos posteriores de Corea.

las que habían llevado a los alemanes a repudiarlo. Pero, además del Tratado, existía el viejo derecho de la neutralidad que, fuera de la autoridad derivada de su largo uso, había sido sancionado formalmente por la Convención de La Haya, realacionada con los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales durante la guerra terrestre. Al desechar ambas formas de obligación, Alemania afirmó las bases del principio de "necesidad", basado sobre el derecho esencial de autopreservación 23.

DEFENSA CONTRA GRUPOS IRRESPONSABLES

En el año 1837, durante el transcurso de una rebelión en Canadá, el gobierno canadiense, a fin de anticiparse a un posible ataque de los insurgentes, acuartelados en las islas del río Niágara, por donde pasa la línea limítrofe entre Canadá y Estados Unidos, enviaron una fuerza a través del río, hasta un punto del territorio norteamericano donde se abastecían los rebeldes; en el trayecto dicha fuerza capturó y destruyó un pequeño barco, llamado "Carolina", matando en el acto a dos de sus tripulantes 24. Al responder a la protesta del gobierno norteamericano por la invasión de su territorio, Gran Bretaña recurrió al argumento del imperativo de autodefensa, que exigía una acción inmediata 25.

C.- AUTODEFENSA CONTRA UNA AMENAZA INDIRECTA DE ATAQUE

En vísperas de la Primera Guerra Mundial, el secretario de estado Root afirmó que esa actitud estaba sustentada por el principio que autorizaba, "el derecho de todos los estados soberanos a protegerse a sí mismos, evitando que los asuntos internacionales llegasen a un punto en el

23 La afirmación del canciller Von Bethmann-Hollweg, ha llegado a tener carácter histórico. Hablando ante el Reichstag, el 4 de agosto, dijo: "¡Caballeros, nos encontramos ahora frente a un estado de necesidad, y la necesidad no reconoce leyes. / Nuestras tropas han ocupado Luxemburgo, y quizás ya se encuentren pisando suelo belga.

24 Moore, Digest, II; ap. 217.

25 La afirmación de Webster, de que en tales casos la necesidad de autodefensa debe ser "instantánea, abrumadora, y no permitir la elección de medios ni dar tiempo para la deliberación", ha llegado a adquirir suma importancia, pero no puede ser aplicada en su forma literal.

cual esa autoprotección les resultaba posible 26.

AMENAZA DE LOS ARMAMENTOS DE LOS ESTADOS VECINOS

Grocio denunció, enérgicamente, "la intolerable doctrina de algunos escritores, quienes afirman, que, de acuerdo a las normas del derecho de las naciones se está autorizado a tomar las armas contra una potencia en desarrollo, y cuyo crecimiento puede llegar a convertirse en un peligro". Sostenía que el concepto de equidad se oponía, totalmente, a la idea de que la posibilidad de ser atacados nos daba el derecho de atacar; sólo cuando otros elementos y circunstancias hacían pensar, justificadamente, en una posibilidad de guerra, podía considerarse lógico que el poderío creciente de un rival influyese sobre la decisión de declarar la guerra. Vattel opinaba de la misma manera en relación al problema abstracto, pero agregaba en forma muy ambigua que si el vecino, cuyo poder iba en creciente aumento, daba muestras de injusticia o ambición, infligiendo un daño, aun el más leve, a otro Estado, su actitud bastaba para justificar cualquier anticipación a sus posibles designios 27. Esas eran las teorías de los juristas.

LA AUTODEFENSA EN RELACION CON LA LIGA DE LAS NACIONES

Las disposiciones del Artículo 11, que consideraban a la guerra y a la amenaza de guerra como un motivo de preocupación común de toda la Liga, podían considerarse como la manifestación inicial de un sentido de responsabilidad colectiva, destinada a poner fin a la paradójica situación de las grandes potencias, que permanecían neutrales frente a actos de agresión. Los procedimientos contemplados para la solución pacífica llegaban casi a transformar la guerra en un acto ilegal, mientras que las normas para la aplicación de sanciones, incluidas en el artículo 16, reducían la necesidad de autodefensa a sus más estrechas limitaciones 28.

26 Para una discusión de principios, ver. A.S. Hershey, "Incursions into Mexico and the Doctrine of Hot Pursuit". Am. Journal, Vol. 13 (1919), 557.

27 De jure belli ac pacis. Trad. Ing. V. II, Cap. I, ap. XVII.

28 Lo que se ha considerado como un claro del artículo 15 del Pacto, no hubiera llegado a tener importancia real, si los miembros de la Liga hubiesen podido mantener un frente unido en la defensa de los otros principios del Pacto. El artículo 11 cubre, prácticamente la deficiencia.

5.- DERECHO DE INDEPENDENCIA Ó DE LIBERTAD

INDEPENDENCIA INTERNA

Hasta hace muy pocos años, este derecho era considerado por los gobiernos en términos de la Libertad del Estado del control de cualquier otra nación. Sólo últimamente los juristas han llegado a relacionar la independencia del Estado con la autoridad suprema de la comunidad internacional, y, desde este punto de vista el derecho a la independencia interna puede, quizá, ser mejor descrito como el -- "derecho a la autonomía nacional" 29.

INDEPENDENCIA EXTERNA

En contraste con la independencia interna, la "independencia externa" implica el poder supremo del Estado para determinar cuáles son las relaciones que desea mantener con los otros estados, sin que interfiera ninguna otra nación.

INDEPENDENCIA Y SOBERANIA

El término "soberanía" se usa en forma indistinta al de independencia cuando quiere darse énfasis especial a la independencia del Estado, como una forma de resistencia a la intrusión. En este terreno, la soberanía puede definirse como una manifestación de la personalidad independiente del Estado en sus relaciones con los otros miembros de la comunidad internacional 30. Considerado en esta forma, se lo suele vincular con la igualdad de los estados dentro -- del derecho internacional; y este alcance, familiar en las resoluciones y declaraciones de las conferencias interamericanas, ha sido confirmado ahora por la disposición de la Carta de las Naciones Unidas, que dice que la organización se basa en el principio de la "igualdad soberana de todos sus miembros" 31. Los juristas de la generación anterior ma

29 En tiempos de la generación anterior se hubiera considerado que el término "autonomía" correspondía más a los miembros de una unión federal, como la de los Estados Unidos, que a los miembros de la comunidad internacional.

30 El uso del término "soberanía", como expresión de la independencia del Estado en relación con los otros estados, debe diferenciarse del uso derivado empleado con referencia al dominio del Estado sobre cierto territorio, como -- cuando se dice que un Estado reclama soberanía sobre algunas regiones árticas en particular.

31 Artículo 2.

nifestaban un criterio unánime con respecto a que el término "soberanía", usado durante tanto tiempo por los estados como afirmación de una completa libertad de control, como una especie de derecho definitivo y absoluto del Estado para determinar la legalización de todos los actos dentro de su territorio, debería ser considerado como incompatible con el derecho internacional 32.

LIMITACIONES A LA INDEPENDENCIA

En el campo de la independencia interna son numerosas y detalladas las restricciones a la libertad de los estados, pero tienen menos importancia intrínseca. Se decía -- apenas hace una generación que un Estado tenía derecho a organizar su gobierno en la forma que creyera más conveniente 33. En nuestros días, la comunidad de naciones se inclina a negar a sus miembros el derecho de establecer -- gobiernos que tengan carácter fascista o totalitario 34. -- Si es que puede decirse que esos gobiernos fueron alguna vez "establecidos" por la libre voluntad del pueblo. En la generación anterior, un Estado podía tratar a sus ciudadanos en la forma que le placía, sin que la comunidad interfiriese, salvo en los pocos casos en que la persecución de las minorías llegaba a sacudir la conciencia algo endurecida de las grandes potencias. En la actualidad las Naciones Unidas imponen en su Carta la necesidad de estimular el -- respeto universal por la observancia de los "derechos humanos y las libertades fundamentales" 35, aunque todavía no se ha adoptado disposición alguna para reforzar estos derechos por medio de una maquinaria internacional.

32 Ver J.W. Garner, "Limitations on National Sovereignty in International Relations", Am. Pol. Sc. Rev. XIX (1925), I; Ward Sovereignty -- A study of a Contemporary Political Notion; J.L. Brierly, Recueil des Cours. Vol. 23 (1938-III), 467, 523.

33 Así lo afirman la generalidad de los autores de derecho internacional, p. e., la segunda edición de este tratado.

34 Compárese el ataque llevado a cabo por los miembros de las Naciones Unidas al gobierno de Franco en España, en -- 1946, y la insistencia de Estados Unidos y Gran Bretaña de que se cumplieren elecciones libres en Polonia y otros estados. Véase también la prohibición de las actividades antidemocráticas impuestas a Italia y los estados satélites, por los tratados de Paz de 10 de febrero de 1947.

35 Carta de las Naciones Unidas, Art. 55.

6. DERECHO DE SOBERANIA

IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE SOBERANIA.- El principio de la soberanía igualitaria de las naciones viene, junto con otros axiomas fundamentales, expresamente afirmado en el estatuto de las Naciones Unidas. El artículo 2 declara que la Organización "está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros".

Es la soberanía un principio unánimemente reconocido del derecho internacional.

7. DERECHO DE CONSERVACION

Puesto que todo Estado, por el hecho mismo de su existencia tiene el derecho a conservarse, puede proveer se, salvo las limitaciones establecidas por vía convencional, de los medios necesarios para atender a su propia defensa, sea contra los enemigos internos, sea contra los externos, y puede tomar toda medida que se dirija a la tutela de la incolumidad de la propia población 36. La conferencia de 1899 no pudo, en efecto, a este propósito, hacer más que formular un voto simplemente platónico en el que se declaró "ser deseable se ponga un límite a los gastos militares que pasan actualmente sobre todo el mundo" 37. Asimismo cuando fue presentada nuevamente, por iniciativa de Inglaterra, la propuesta para la limitación de los armamentos a la segunda conferencia de La Haya de 1907, aun cuando fue apoyada por otros Estados que tenían gran importancia política, no pudo dar lugar más que a la formulación de un segundo voto, tan platónico como el anterior. No obstante, conviene notar que el 28 de mayo de 1902 entre Chile y la República Argentina, al mismo tiempo que un tratado general de arbitraje, se estipuló un convenio que tenía por objeto la limitación y disminución en los dos Estados de sus armamentos navales, por un período de tiempo de cinco años 38.

36 véase el Protocolo firmado en Roma el 6 de noviembre de 1937 por Italia, Alemania y Japón para la defensa contra la internacional comunista (al que se ha adherido posteriormente España).

37 Consúltese, De Lapradelle. La Conférence de la paix (Revue Générale et de d. int. pub., 1899, pág. 659 y - sig.).

38 Estas limitaciones, especialmente por lo que respecta a Alemania, han venido a desaparecer después del advenimiento del nacionalsocialismo en dicho Estado.

No hay que olvidar que en los tratados de paz siguientes a la Gran guerra, además de imponer a los Estados vencidos notabilísimas limitaciones de sus armamentos 39, fue también inserta en el Pacto de la Sociedad de las Naciones una disposición especial (art. 8) por la cual los Miembros de la Sociedad reconocen que el mantenimiento de la paz exige la reducción de los armamentos al mínimo compatible con la seguridad nacional y con las obligaciones internacionales impuestas (por el Pacto) para una acción común. La teoría del equilibrio político, por otra parte, como lo indica su nombre mismo, pertenece más al campo de la política que al del derecho 40.

Un Estado está autorizado jurídicamente a excluir toda relación con los países extranjeros. Tal manera de obrar, que fue seguida por la China y el Japón hasta la mitad del siglo pasado 41, aunque signifique un impedimento para la difusión de la civilización, no constituye la violación de ningún deber internacional.

8. INVIOLABILIDAD DEL TERRITORIO NEUTRAL

La Convención (V) relacionada con los derechos y deberes de los países y personas neutrales en la guerra terrestre, declaraba que, "el territorio de los países neutrales es inviolable, mientras que la Convención -- (XIII) relacionada con los derechos y deberes de los países neutrales en la guerra naval, establecía la misma regla en términos del deber del beligerante de "respetar los derechos soberanos de los países neutrales", y de "abstenerse de cualquier acto que de ser autorizado por cualquier país constituiría una violación a la neutralidad" 42. En ambas convenciones se hacía constar, específicamente, que el derecho del país neutral de re-

39 Véase Rolland, en la Revue Générale de droit international public, 1903, página 547 y sig.

40 Véase Ch. Dupuis. Le principe de l'équilibre et le concert européen de la paix de Westphalie à l'acte d'Algeras. París, Perrin et C. Ed., 1909.

41 Algunos puertos chinos fueron abiertos a los ingleses por el tratado de Nanking de 1842, y a los franceses por el tratado de 1844. El Japón abrió algunos puertos, estipulando convenios en especial con Inglaterra en -- 1854, con Francia en 1858; a partir de 1899 el Japón dio libre acceso a los extranjeros en su territorio, al -- igual que los Estados europeos.

42 Para los textos de las convenciones, ver Treaties and Conventions, II, 2290, 2352.

sistir por la fuerza cualquier intento de violar su neutralidad no constituía un acto hostil 43.

JUSTIFICACION DE LA AUTO-DEFENSA

El gobierno británico alegó motivos de autodefensa para justificar la demanda planteada a Dinamarca en 1807, sobre la rendición de la flota neutral danesa a Gran Bretaña, a fin de impedir que la misma fuese usada por Napoleón en su contra. Como Dinamarca no acatará el pedido, se dieron órdenes para capturar la flota 44. Otros casos, menos graves, de la violación de las aguas territoriales neutrales, como medida de autodefensa, fueron aquellos en que los comandantes beligerantes actuaron bajo su propia responsabilidad, con el apoyo posterior de sus gobiernos. En 1814 el buque corsario norteamericano "General Armstrong", se defendió en aguas territoriales portuguesas contra el ataque de un barco británico, y Estados Unidos, no sólo consideró que el acto era justificable, sino que presentó una reclamación contra Portugal por daños causados por falta de protección 45.

En el caso del crucero confederado "Florida", que en 1864 fue capturado en aguas brasilenas por el barco de guerra de los Estados Unidos, "Wachusett", este último admitió que la captura representaba "un ejercicio no autorizado, ilegal, e indefinible de la fuerza naval de los Estados Unidos, dentro de un país extranjero, en oposición a su gobierno establecido y debidamente reconocido" 46.

9.- LEGITIMA DEFENSA

El derecho a la propia conservación comprende el de la legítima defensa. El Art. 51 de la Carta de la ONU reconoce ese derecho al decir que "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mante-

43 Convención V, Art. 10; Convención XIII, Art. 26.

44 Moore, Digest, VII, pág. 1090. Fontes, juris gentium, tomo 1, parte I, 952. Ver también "El Florida", 101 E.U., 37 (1879). Fenwick, Cases, 743.

45 Moore, Digest, II, ap. 210, donde pueden encontrarse nuevos casos para ilustración.

46 Ver Hershey, The International law and Diplomacy of the Russo-Japanese War.

ner la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". También la Carta de la OEA en su Art. 13 dice que "los Estados Americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados".

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, HILDEBRANDO. Tratado de Derecho Internacional Público.
- ARELLANO GARCIA, CARLOS. Práctica Jurídica.
- BODENHEIMER, EDGAR. Teoría del Derecho.
- CARRION TIZCAREÑO, MANUEL. Nociones de Derecho.
- CROSSMAN, R. Biografía del Estado Moderno.
- DE LA CUEVA, MARIO. La Idea del Estado.
- DIENA, JULIO. Derecho Internacional Público.
- DIEZ DE VELASCO, MANUEL. Instituciones de Derecho Internacio--
nal Público.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.
- DICCIONARIO LAROUSSE.
- ENCICLOPEDIA OMEBA.
- FENWICK G., CHARLES. Derecho Internacional.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho.
- HELLER, HERMANN. Teoría del Derecho.
- KELSEN, HANS. Principios de Derecho Internacional Público.
- KOROVIN, C.A. Derecho Internacional Público.
- MAQUIAVELO, NICOLAS. El Príncipe.
- MARGADANT, GUILLERMO FLORIS. Derecho Romano.
- MARGADANT, GUILLERMO FLORIS. Introducción a la Historia Uni--
versal del Derecho.
- MONTIEL ARGUELLO, ALEJANDRO. Manual de Derecho Internacional.
- MORENO QUINTANA, LUCIO M. Tratado de Derecho Internacional.
- MOTO SALAZAR, EFRAIN. Elementos de Derecho.
- NUÑEZ Y ESCALANTE, ROBERTO. Derecho Internacional Público.
- OÑATE LABORDE, SANTIAGO. El Estado y el Derecho.
- OPPENHEIM, L. Tratado de Derecho Internacional Público.
- PANTOJA MORAN, DAVID. El Estado y el Derecho.
- ROUSSEAU, CHARLES. Derecho Internacional Público.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO. El Contrato Social.
- SEARA VAZQUEZ, MODESTO. Derecho Internacional Público.
- SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional Público.
- SIERRA, MANUEL J. Tratado de Derecho Internacional Público.

- STADTMULER, GEORG. Historia del Derecho Internacional Público.
- URZUA, FRANCISCO. Derecho Internacional Público.
- VALLADO BERRON, FAUSTO E. Teoría General del Derecho.
- VERDROSS, ALFRED. Derecho Internacional Público.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Los derechos fundamentales son aquellos que se derivan del solo hecho de la personalidad internacional de los Estados como miembros de una comunidad.

SEGUNDA.- No se puede concebir que un Estado viva y se desarrolle sin libertad: Esta es una condición imprescindible de su existencia, constituye por decirlo así una cualidad inherente aneja al Estado como persona.

TERCERA.- Todo Estado tiene derecho a ser tratado con -- consideración por los demás miembros de la comunidad internacional, ninguno de estos ha de tratar a otro de manera ofensiva.

CUARTA.- El Estado tiene derecho a existir y por lo tanto de conservar su existencia, lo cual supone primeramente el derecho de autodeterminación de los pueblos para constituirse en Estados soberanos y a poseer un territorio como base de su acción jurisdiccional.

QUINTA.- El derecho de independencia es el que permite a cada Estado, darse a sí mismo la forma de gobierno que considere más conveniente y de variarla cuando lo crea oportuno.

SEXTA.- El Estado tiene como el individuo, indiscutible derecho a tomar las medidas tendientes a asegurar su propia existencia, tanto en lo que se refiere a su integridad física como en lo que respecta a su integridad moral, intelectual o artística, pero sin poner en peligro la -- existencia de los demás Estados.

SEPTIMA.- Sólo dando un contenido adecuado a la soberanía del Estado se puede llegar a reconciliar la existencia de un Estado soberano con la presencia de un derecho internacional que regula las relaciones entre Estados. Y ello se logra con una implicación a la idea de comunidad internacional y a la función que desarrolla el Estado en esa comunidad.

OCTAVA.- El Pacto de la Sociedad de Naciones surgió para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad.

NOVENA.- Uno de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas es mantener la paz y la seguridad internacionales.

DECIMA.- Nobles son los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y otros documentos internacionales de evitar la guerra, pues mediante la paz se evita el enorme sufrimiento que causan los enfrentamientos armados entre las naciones.

DECIMAPRIMERA.- Los Estados Americanos consagran en la Carta de la Organización de los Estados Americanos la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración.

DECIMASEGUNDA.- Importante es el derecho de igualdad -- porque mediante él todos los países participan con iguales derechos en las relaciones internacionales.

DECIMATERCERA.- Los Estados tienen el mismo derecho a mantener su personalidad colectiva y conservar los elementos de su vida nacional, a hacer todo lo necesario para su autopreservación.

DECIMACUARTA.- El equilibrio de las fuerzas es una verdadera necesidad para la coexistencia de los Estados y es una condición requerida para la seguridad e independencia de cada uno de ellos.

DECIMAQUINTA.- El cumplimiento de las exigencias del principio de soberanía no obsta en modo alguno la cooperación entre los Estados, más aún, hace que ella rinda mejores frutos y dé resultados mejores.

I N D I C E

Pág.

PROLOGO	1
-------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS

I) El mundo antiguo y medieval	2
1.- El mundo griego y romano.	2
A) La polis	39
B) La civitas	43
2.- La Edad Media	49
II) El Estado moderno	82
A) Los orígenes del Estado moderno	82
B) Los caracteres del Estado moderno	85

CAPITULO II

CONCEPTOS

1.- Concepto de Estado	91
A) Significación gramatical	93
B) Conceptos doctrinales	94
C) Concepto que se propone	99
D) Elementos del Estado	99
2.- Concepto de Derecho subjetivo	104
A) Significación gramatical	105
B) Conceptos doctrinales	106
C) Concepto que se propone	111
3.- Concepto de deber jurídico.	112
A) Significación gramatical.	112
B) Conceptos doctrinales	113
C) Concepto que se propone	121

	Pág.
4.- Concepto de derechos fundamentales	122
A) Significación gramatical	123
B) Conceptos doctrinales.	124
C) Concepto que se propone	136
5.- Concepto de deberes fundamentales.	136
A) Significación gramatical	136
B) Conceptos doctrinales.	137
C) Concepto que se propone.	141
6.- Concepto de derechos y deberes fundamen- tales de los Estados	141
A) Conceptos doctrinales.	142
B) Concepto que se propone	145

CAPITULO III

LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS EN LA DOCTRINA

1.- Los derechos y deberes fundamentales de los estados en la doctrina extranjera.	146
A) Accioly	146
B) Kelsen	175
C) Charles Rousseau	183
D) Alfred Verdross	186
E) Oppenheim	192
2.- Autores Nacionales	194
A) Francisco Ursúa	194
B) Roberto Núñez y Escalante	195
C) Manuel J. Sierra	196
D) César Sepúlveda	198

Pág.

CAPITULO IV

LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS
ESTADOS EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

1.- Pacto de la Sociedad de Naciones	200
2.- Carta de las Naciones Unidas	202
3.- Carta de la Organización de los Estados -- Americanos	205
4.- Convención de Montevideo sobre los dere- - chos y deberes de los Estados	208
5.- Conferencia de Buenos Aires	209
6.- Carta de derechos y deberes Económicos de los Estados	210

CAPITULO V

ESTUDIO PARTICULAR DE LOS DERECHOS Y DEBE--
RES FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS

1.- Igualdad	211
2.- Respeto recíproco	214
3.- No intervención	214
4.- Derecho a la existencia	216
5.- Derecho a la libertad o independencia . .	220
6.- Derecho a la soberanía	222
7.- Derecho a la conservación	222
8.- Inviolabilidad de territorio	223
9.- Legítima defensa	224
BIBLIOGRAFIA	226
CONCLUSIONES	228
INDICE	230