

Las capitulaciones, los edictos imperiales, las ordenanzas arzobispales, las de los condes y duques no tenían influencia si no se acomodaban a estos principios y estos cambios y mudanzas no hubieran dejado una influencia duradera, de suerte que el carácter propio del Derecho había permanecido intacto durante el periodo franco-carlovingio, post-carlovingio y feudal. Durante estas últimas décadas, con distintos puntos de vista, muchos historiadores del Derecho francés, belga y holandés habían acometido con éxito esta concepción. Fustel de Coulanges y después De Blecour hicieron un estudio minucioso de las fuentes francesas que impugnaron muchas hipótesis elaboradas por la escuela alemana del siglo XIX, mientras otros autores han puesto de manifiesto el papel importante que han desempeñado los Derechos romano y canónico sobre la evolución del Derecho nacional belga.

Por último, la concepción que ha prevalecido es que todo ello tenía origen romano, o más remoto, antes de ser considerado como Derecho germánico. Este método se halla en el profesor Mayer, que ha llegado a esta conclusión con estudios notables, aunque no unánimemente aceptados, sobre el Derecho sucesorio, que subsiste y no tenía origen romano, sino que era un residuo de Derecho pregermánico, que se denominó Derecho ligurio, y basándose en estas conclusiones, en un artículo publicado en 1932 consignó que la idea admitida de la evolución del sistema penal que existió al final de la Edad Media era el sistema de las Composiciones tomado de las leyes germánicas.

DIEGO MOSQUETE

JOSEPH HÖFFNER: *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im Goldenen Zeitalter.* Trier, Paulinus Verlag, 1947.

El Dr. Joseph Höffner, ya conocido por un valioso estudio sobre la ética económica escolástica en los siglos XV y XVI (*Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert*, Jena, 1941), ha ofrecido recientemente, en el libro que comentamos (cuyo objeto se indica propiamente en el subtítulo), una amplia exposición de la ética colonial española del Siglo de Oro, que no vacilamos en calificar de magistral. Basado en un dominio sazonado de las fuentes y en una documentación tan amplia como sólida, constituye una aportación fundamental al conocimiento de un aspecto tan importante del pensamiento iusinternacionalista español clásico como es la ética colonial.

El interés principal de la monografía del Dr. Höffner estriba quizá en su amplio enfoque histórico-espiritual, que por una parte entronca la ética colonial de nuestros teólogos-juristas con sus antecedentes medievales remotos y próximos, y por otra la enmarca en conjuntos doctrinales más amplios (como el problema de la infidelidad), que la condicionan y explican. Es evidente que sin esta perspectiva abierta, la ética colonial española del Siglo de Oro quedaría en el aire y su sentido profundo podría escapársenos.

La conexión con el pasado se establece en la primera parte, dedicada a la «idiosincrasia del *orbis christianus* medieval» y que ofrece una excelente visión de conjunto de las concepciones medievales acerca de la ordenación del orbe. Si las soluciones presentadas entonces al problema de la estructura interna de la cristiandad son harto conocidas en sus dos corrientes tradicionales del universalismo papal e imperial, lo es menos la que en el siglo xv y a comienzos del xvi inician, sobre las huellas de Santo Tomás, hombres como Juan Gerson, Juan de Torquemada y Tomás de Vio Cayetano, los cuales, con la teoría del poder indirecto de la Iglesia en lo temporal, preparan el camino que recorrerá briosa la escolástica española y San Roberto Belarmino. Se subraya con acierto cómo en uno y otro caso la toma de posición está condicionada por la previamente adoptada en la cuestión de la relación entre la naturaleza y la gracia, la razón y la fe, la filosofía y la teología. Sabida es la contraposición, en este punto, entre el «agustinismo político» y el tomismo de impronta aristotélica. Esta misma divisoria reaparece en la teoría de la infidelidad. Si frente a la herejía y al judaísmo la uniformidad es mayor, la consideración de la situación de los paganos en relación con el *orbis christianus* pone de manifiesto nuevamente las implicaciones de aquel punto de partida: a los que con Egidio Romano niegan toda legitimidad a los Estados paganos, oponen los seguidores del Aquitanense que el dominio civil no es de derecho divino positivo, sino de derecho natural. El tema adquiriría, por otra parte, singular interés práctico por razón del estado virtualmente permanente de guerra entre el *orbis christianus* y el mundo infiel. Ello da ocasión al autor a ocuparse de este aspecto del derecho de la guerra medieval, no siempre tenido suficientemente en cuenta.

Una vez aclaradas las concepciones medievales acerca de la organización de la cristiandad y de sus relaciones con el mundo infiel, que aparecen realmente bien sintetizadas y sistematizadas dentro de su variedad de matices, pasa el autor a considerar en la segunda parte lo que con sugestiva expresión llama «choque de dos mundos». Se trata de un amplio cuadro de las condiciones del descubrimiento y la ocupación de América por los españoles. Este cuadro, rico de datos y noticias, se caracteriza por un sincero esfuerzo de objetividad histórica que es preciso señalar. Objetividad histórica no exenta, incluso de simpatía, y que en sus resultados generales se sitúa en la línea de revisión de la «leyenda negra» llevada a cabo por hispanistas extranjeros tan insignes como Ludwig Pfandl, Karl Vossler, William Thomas Walsh, R. Trevor Davies, entre otros. No es que se idealicen los hechos (que en ocasiones se presentan incluso a una luz sumamente cruda), pues no cabe contraponer a la «leyenda negra» una «leyenda rosa» no menos antihistórica y además superficial: se trata simplemente de no ocultar deliberadamente, como tantas veces se ha hecho, el anverso de una historia que (¿cómo no?) había de tener un reverso. Este equilibrio intelectual y sentimental da la tónica a la investigación del Dr. Höffner a lo largo de su libro, que rehuye por igual la censura malévol y el panegírico bapal, para valorar los acontecimientos en su verdadero alcance. Este es

más que suficiente por sí solo para poner de manifiesto la grandeza de la obra española en América.

No es que suscribamos sin reservas todas sus afirmaciones. Su referencia al «racismo» de la España del Siglo de Oro nos parece inadecuada, por lo menos en la expresión, ya que la «limpieza de sangre» se estimaba esencialmente como supuesto de una «limpieza de fe» profesada ininterrumpidamente a través de las generaciones. Tampoco nos atreveríamos a afirmar con él que la desaparición de los grandes imperios de los aztecas y los incas—no de las razas indígenas—ha sido una «pérdida irreparable» para la humanidad. En cambio, se caracteriza con certeros rasgos la idiosincracia nacional de la época, el espíritu misional y de cruzada, y la acción política de nuestros grandes monarcas, singularmente de Felipe II, «perseguido durante siglos—según palabras de Pfandl que el autor hace suyas—por las orgías del odio» de una truculenta propaganda antiespañola. Un acierto fundamental es, a nuestro juicio, el nexo que se establece entre la España del Siglo de Oro y el *orbis christianus* medieval, cuyos ideales hereda y defiende aquélla sobre una base nacional. Esta herencia explica el que los problemas tradicionales del *orbis christianus* sigan siendo entonces actuales en España y muevan a una consideración teológico-moral sistemática. También se valora debidamente la acción legislativa de España en las Indias, que surge en un duro empeño por poner coto a los innegables abusos de poder, dando lugar a la primera «legislación social» que merezca tal nombre.

Este generoso empeño por moralizar la conquista es, según el autor, brillante resultado de la «irrupción de la conciencia cristiana», a la que consagra la tercera y última parte del libro, con mucho la más extensa.

A la Orden de Predicadores correspondió la iniciativa de situar los acontecimientos bajo la crítica rigurosa de la moral cristiana. La cuestión de las encomiendas se hizo especialmente candente. Se relatan detalladamente las circunstancias que condujeron a las Juntas de Burgos y Valladolid, y sobre todo la famosa controversia entre Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda. No oculta el autor su simpatía por el primero, aun reconociendo que no estuvo desprovisto de apasionamiento. No le ocurre lo mismo con respecto al historiógrafo de Carlos V, en quien ve al «adversario teórico más peligroso del partido misional y el más hábil defensor de la ideología de los conquistadores». Por la fecha de composición del libro, no ha podido el autor tomar en consideración los trabajos españoles que en los últimos años han sometido a revisión aspectos importantes de la polémica, y en general de la personalidad de Las Casas y sobre todo de Sepúlveda (1).

---

(1) Recordemos, por ejemplo, entre otros importantes trabajos: V. D. CARRO, O. P., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, 2 vols., Madrid, CSIC, 1944; M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas referentes a las Indias*, Sevilla, 1944; T. ANDRÉS MARCOS, *Los imperialismos de Juan Ginés de Sepúlveda en su «Democrates alter»*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947; J. MANZANO Y MANZANO, *La incorporación de las Indias a la corona de Castilla*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1948; A. LOSADA, *Juan Ginés de Sepúlveda a través de su «Epistolario» y otros documentos*, Madrid, CSIC, 1949; C. BARCIA TRELLES, *Interpretación del hecho americano por la*

Lo cierto es que las discusiones en Burgos y Valladolid tuvieron un contenido doctrinal que preludia a la elaboración sistemática de los grandes escolásticos. El alcance de las bulas de Alejandro VI y la posible legitimidad de una intervención por razón de la «barbarie» de los indios fueron los dos puntos más controvertidos. Junto a las doctrinas de Las Casas y de Sepúlveda, examina el autor las de otros tratadistas y juristas, como los dominicos Matías de Paz y Bernardo de Mesa, Palacios Rubios, Gregorio López, Solórzano Pereira.

Con ello, la problemática ético-colonial había logrado una madurez que permitía una amplia elaboración sistemática. Esta elaboración sistemática fué obra de la escuela española del derecho natural y de gentes, encabezada por Vitoria. Muy bien destaca el Dr. Höffner la vitalidad de la escolástica renacentista española, cuya obra—escribe—puede parangonarse con las hazañas políticas y militares de la España imperial. Sabe darnos, tanto una adecuada visión de conjunto, como semblanzas individuales certeramente perfiladas: Vitoria, con su «formación teológica clásica» y su «predilección por las cuestiones de teología moral»; Domingo de Soto, que presidió con autoridad la discusión entre Las Casas y Sepúlveda; Luis de Molina, cuyo sentido de lo concreto y del caso particular es detenidamente analizado; Francisco Suárez, que resume y lleva a su término la discusión ético-social, aparecen nitidamente en primera fila, rodeados de toda una serie de autores, cuyos criterios tendrá en cuenta el autor cuando impliquen un punto de vista personal o especialmente característico: Melchor Cano y Domingo Báñez, dominicos, el «Doctor navarro» Martín de Azpilicueta, Diego de Covarrubias, los jesuitas José de Acosta, gran misionero e historiador de las Indias; Juan Azor, Alfonso Salmerón, Gregorio de Valencia y Juan de Salas, el franciscano Antonio de Córdoba y el carmelita descalzo Tomás de Jesús (Díaz Sánchez de Avila).

La ética colonial de la escolástica española del Siglo de Oro se caracteriza esencialmente por su punto de partida iusnaturalista y su reconocimiento del Estado nacional soberano. El primero implica la legitimidad de los Estados infieles, sustraídos por ende a toda jurisdicción papal, desvalorizándose con ello los argumentos teocráticos. El segundo hacía inoperantes los títulos derivados de un supuesto señorío universal del Emperador. De ahí que pasaran al primer plano títulos jurídico-naturales o del derecho de gentes, y en primer término el *jus communicationis*. Con razón señala el doctor Höffner la distinta amplitud de este derecho en unos y otros autores, y asimismo la común base objetiva que impide pueda acusarse seriamente a Suárez de «positivismo», aunque asegure un margen de acción más amplio a la voluntad del Estado.

Ahora bien: una exclusiva consideración del *jus communicationis* ha movido a no pocos expositores a exagerar lo que pudiéramos llamar «neutra

---

*España universitaria del siglo XVI*, Montevideo, Institución Cultural Española, 1949. Los Sres. Giménez Fernández y Losada preparan nuevas ediciones de Las Casas y Sepúlveda, respectivamente, sobre la base de nuevos hallazgos.

lidad» de Vitoria: unos, con James Brown Scott, para elogiarla; otros, como el distinguido romanista español Alvaro d'Ors, para censurarla. ¿Secularizó realmente Vitoria el derecho de gentes al sustituir la idea de la cristiandad, de fundamento religioso, por la idea del orbe, religiosamente neutra? Como ya en otra oportunidad tuvimos ocasión de indicar, no creemos pueda afirmarse, a no ser que se entienda por «secularización» la admisión de un orden natural de pensamiento y acción, distinto del sobrenatural, y regido por una ley cognoscible por la razón, mientras que el segundo lo es por revelación; en una palabra: la distinción entre un orden jurídico-natural y el divino-positivo. Pero de la misma manera debería entonces decirse que Santo Tomás secularizó el pensamiento, por cuanto admitió, junto al saber teológico fundado en la revelación, un saber filosófico que descansa en la evidencia racional. Una vez más comprobamos la dependencia en que tales problemas se hallan respecto del problema básico de la relación entre el orden de la naturaleza y el de la gracia, la razón y la fe, la filosofía y la teología. Por otra parte, el orden natural que, como consecuencia lógica de su premisa tomista reconoce Vitoria (y con él la escolástica española en su conjunto), no goza de una autonomía absoluta, y menos aún se opone al orden sobrenatural. Frente a Scott subraya el doctor Höffner el papel que la Iglesia sigue desempeñando en la concepción vitoriana del mundo, coincidiendo en parte en esta apreciación con la vigorosa toma de posición de Carl Schmitt en su reciente agudo diagnóstico de la fama de Vitoria (2).

Por encima de la comunidad internacional fundada en el derecho natural está un ideal superior, que, desde luego, espera todavía verse realizado en toda su grandiosidad: aquella comunidad que abarca el cielo y la tierra, y a la que Vitoria llama «toda la Iglesia». Consecuencia del poder indirecto de la Iglesia en lo temporal es el derecho de encomendar la predicación del Evangelio a un príncipe determinado, y en este sentido de establecer un monopolio misional interpretan los escolásticos las bulas alejandrinas. Admiten, por otra parte (con la excepción de Alfonso Salmerón), que el derecho de predicar el Evangelio puede hacerse efectivo coactivamente.

Con ella llega el doctor Höffner al derecho de la guerra en los clásicos españoles, en el que con razón destaca la importancia de la teoría de la guerra subjetivamente justa por ambas partes, desarrollada principalmente por Molina. Gracias a ella pudo mitigarse la dureza de la guerra, al excluirse en tal supuesto la culpabilidad del enemigo.

Con unas consideraciones acerca de los principios de administración y de política económica que pueden atribuirse a los teólogos-juristas y a las condiciones de la labor evangelizadora propiamente dicha (lamenta el autor no se formase un clero indiano numeroso, cuya acción pudo haber sido muy eficaz), y después de un elogio de las «reducciones» que surgen a partir de comienzos del siglo xvii, termina el autor este libro, cuya riqueza de in-

(2) *La justificación de la ocupación de un nuevo mundo (Francisco de Vitoria)*, en la «Revista Española de Derecho Internacional», Madrid, II (1949), págs. 13-46.

formación, exactitud expositiva y ponderación crítica no es preciso encarecer al lector de las páginas que anteceden. Se trata, como se ve, de un estudio que se sitúa en la mejor tradición científica alemana.

A. TRUYOL

MAX KASER: *Das altrömische "ius"*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949; 382 págs.

Como advierte el autor (p. 3), no se trata en este libro de una historia del Derecho romano primitivo, sino de una investigación sobre el más genuino concepto de *ius*, y, en relación con la esfera de lo religioso, de sus manifestaciones más antiguas hasta la proyección que alcanza en el desarrollo ulterior de las instituciones jurídicas de la etapa arcaica, cuyo término coloca el autor a mediados del siglo III a. C. Naturalmente, a lo largo de su densa y completa recolección de las distintas formas en que el concepto de *ius* se manifiesta, el autor tiene que recorrer todo el sistema jurídico romano primitivo; pero, aun así, no equivale su obra a una exposición del antiguo Derecho romano, ya que todas sus consideraciones gravitan, no sobre una idea de sistema ni tampoco de una distribución de materias, sino radicalmente sobre el concepto fundamental del *ius*. La sucesión de temas tratados depende, por tanto, de lo que el autor estimó que convenía mejor al desarrollo de su tesis. De esta suerte, el libro se divide en las siguientes partes:

Primeramente (pp. 7-100), estudia Kaser el desarrollo del concepto de *ius*, revisando las distintas acepciones y clasificaciones. Después (pp. 101-173), avanzando ya el concepto genuino sostenido por el autor, se examina el valor del *ius* como «fundamento de juicio» y como «contenido de juicio», esto es, de decisión judicial. En la tercera parte, que es la de mayor extensión, se estudia, bajo el título «La realización del *ius*», la acción conformadora de éste en las distintas instituciones primitivas. Por último, en la sección final (pp. 301-359), se analiza, volviendo al tema de la relación *ius-fas* ya tratada al principio, la intervención en el *ius* del formalismo y de los elementos religiosos.

Sobre este último tema, pero con ciertas referencias a otros puntos concomitantes, puede leerse del mismo Kaser la conferencia que pronunció en Catania, contemporáneamente a la publicación del libro, y se publicó en los *Annali del Seminario Giuridico* de aquella Universidad (III, 1948-49, pp. 77-98), en la versión italiana de A. Guarino, con el título *Religione e diritto in Roma arcaica*. Igualmente pueden considerarse lecturas complementarias de este libro otros muchos estudios monográficos del autor, especialmente su *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Weimar, 1943) y otros artículos recientes, así como también puede encontrarse un reflejo de sus teorías en su reciente *Römische Rechtsgeschichte* (Göttingen, 1950).

Todavía conviene advertir antes de nada que Kaser ha renunciado al comparativismo. En efecto, éste resulta tentador para todo el que trata de