



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelson, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

Citation

Juan Francisco Baltar Rodríguez, “Los ejercicios de oposiciones a profesor auxiliar de Salvador Minguijon”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 70-87 (available at <http://www.glossae.eu>)

LOS EJERCICIOS DE OPOSICIONES A PROFESOR AUXILIAR DE SALVADOR MINGUIJON

THE PROMOTION OF SALVADOR MINGUIJON TO ASSISTANT PROFESSOR

Juan Francisco Baltar Rodríguez
Universidad de Zaragoza

Resumen

Juan Salvador Minguijón fue catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Zaragoza en la primera mitad del siglo XX. Personaje destacado en la vida pública zaragozana del primer tercio de siglo. Antes de obtener la cátedra ganó, por oposición, una plaza de profesor auxiliar en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Los expedientes de los ejercicios de oposición que tuvo que realizar se encuentran en el Archivo General de la Administración, concretamente en las Cajas 32/7325 y 32/7330. Además de presentar la figura de un historiador del Derecho con una presencia destacada en la vida jurídica española durante la II República y la primera etapa del régimen franquista, la consulta de estos expedientes nos permite acercarnos al modo de provisión de plazas en la universidad española de comienzos del siglo pasado, rescatar aspectos biográficos y bibliográficos de Salvador Minguijón y exponer algunos de sus trabajos de los que hasta ahora teníamos escasa, por no decir nula noticia.

Abstract

Juan Salvador Minguijón was professor of legal history at the University of Zaragoza in the first half of the twentieth century and became a well-known figure in Zaragoza. Before he obtained his chair, he competed for and was awarded a teaching position at the university. The files of his examination for this position are found in the Archivo General de la Administración. In addition to presenting an important figure in the history of law in the legal life of the Second Republic and the first part of the Franco regime, these papers permit us to understand the method of filling academic positions in early twentieth-century Spanish universities.

Palabras clave

Minguijón, Historia del Derecho, Universidad de Zaragoza, sistema de oposiciones, profesores auxiliares

Keywords

Minguijón, legal history, University of Zaragoza, university positions, assistant professor



Sumario: 1. Breve biografía de Juan Salvador Minguijón y Adrián. 2. Obras. 3. Las oposiciones a profesor auxiliar en la Universidad de Zaragoza. Apéndice documental

1. Breve biografía de Juan Salvador Minguijón y Adrián

Natural de Calatayud (Zaragoza), nació el 23 de junio de 1874¹, ingresó como catedrático por oposición el 5 de mayo de 1911 en Historia General del Derecho Español en la Universidad de Zaragoza, cesando como profesor auxiliar del segundo grupo en la Facultad de Derecho de dicha universidad. En 1933 fue elegido miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales², cargo que ejerce hasta 1936 cuando vuelve a su cátedra zaragozana³. Durante la Guerra Civil recibe el nombramiento de magistrado del Tribunal Supremo el 10 de noviembre de 1938, por lo que pasó a excedente con reserva de cátedra⁴. Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas desde el 15 de junio de 1941⁵. Cesó en sus cargos por jubilación el 7 de julio de 1944 y falleció en Zaragoza el 16 de julio de 1959⁶.

Los estudios universitarios de Minguijón se desarrollaron en varias universidades: en la de Zaragoza donde se licenció en Filosofía y Letras con sobresaliente el 7 de diciembre de 1896, en la Universidad Central donde se licenció en Derecho igualmente con sobresaliente el 3 de julio de 1900, y en la que se doctoró en Derecho con nota de sobresaliente y con título expedido en 3 de diciembre de 1906. Su tesis doctoral versó sobre *La responsabilidad civil extracontractual*.

Fue notario por oposición de Sabiñán (Zaragoza) en 23 de junio de 1903 y, por permuta, de Brea (Zaragoza) en 24 de junio de 1905. Tras ejercer varios años como notario, se decantó finalmente por la carrera académica y docente en la universidad. Desde el 2 de enero de 1905 hasta el 30 de septiembre de 1906 trabajó como profesor auxiliar interino gratuito en la Facultad de Derecho de Zaragoza. En el curso 1906-1907 fue nombrado profesor auxiliar interino retribuido en la misma Facultad, pero no tomó posesión de ese puesto. Desde febrero de 1907 se hizo cargo de la cátedra de Historia General del Derecho español, y desde el 4 de abril del mismo año actuó como

¹ Díaz Díaz, G., *Hombres y documentos de la Filosofía española V, M-N-Ñ*, CSIC, Madrid 1995, pp. 529-531, afirma que nuestro jurista y sociólogo nació en Calatayud en marzo de 1874. En las hojas de servicio que he consultado aparece la fecha de 23 de junio de 1874.

² En 20 de octubre de 1933 cesó en el servicio docente por haber tomado posesión del cargo de vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales previa la debida elección y como representante de las Universidades. Quedó en excedencia, siéndole de abono el tiempo de dicha excedencia para todos los efectos.

³ En Burgos a 30 de septiembre de 1936, la Junta de Defensa Nacional acepta la dimisión del cargo de vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales de Minguijón y su reincorporación como profesor.

⁴ Orden de 10 noviembre de 1938 con el nombramiento de magistrado del Tribunal Supremo y excedencia reglamentaria del cargo.

⁵ <http://www.racmip.es/academicos/NUMERARIOS.CFM?ac=1&id=120&sc=i>.

⁶ Referencias de su carrera académica y profesional en AGA, Caja 31/1467, y en la nota necrológica que le dedicó D. José Orlandis en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIX, Madrid, 1959, pp. 763-766. Desde finales de los años 30, comienzos de los 40 fijó su residencia en Madrid, aunque solía visitar Zaragoza todos los años, camino de sus vacaciones de verano en Irún. Precisamente falleció en Zaragoza en esta circunstancia, y la capilla ardiente y los funerales por su alma se celebraron en la Universidad de Zaragoza.

vicesecretario de la Facultad de Derecho. Cargo y enseñanza que seguía ejerciendo cuando se presentó a la oposición en 1911⁷.

De ideología democristiana, estuvo muy interesado en la llamada cuestión social, punto de vista en el que coincide con otras destacadas personalidades del mundo jurídico aragonés vinculadas a la Facultad de Derecho de Zaragoza, como Inocencio Jiménez y Vicente, con los que colaboró en algunas empresas. Al igual que D. Inocencio, Minguijón tuvo oportunidad de conocer de primera mano las iniciativas que se venían desarrollando en Europa en el terreno social y en el ámbito cristiano. Por ejemplo, solicita en 9 de febrero de 1913 una licencia sin sueldo de 70 días para asuntos propios en el extranjero para conocer de primera mano esta realidad.

En el ejercicio de sus funciones como catedrático debió participar en diferentes tribunales de oposición. En 20 de febrero de 1915 solicita permiso para trasladarse a Madrid ya que había sido nombrado vocal del tribunal para proveer la vacante de profesor auxiliar del segundo grupo de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela. En abril de 1919 formó parte del tribunal de la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Murcia, y de nuevo en mayo de 1926 vuelve a participar en otro tribunal.

2. Obras

La producción científica de Minguijón es polifacética, como la calificó Orlandis. Al igual que su actuación pública su obra se orienta hacia diversos temas, entre los que destacan en un primer momento dos: el periodismo y la sociología. Como hemos dicho participó en los primeros pasos del catolicismo social aragonés y español junto con otros profesores de la Facultad de Derecho y destacas personalidades del ámbito zaragozano con los que puso en marcha publicaciones como *El Noticiero*, del que llegaría a ser subdirector. Intervino en la prensa regional y nacional con numerosos artículos, singularmente en la revista *La paz social* que contribuyó a fundar, y también colaboró con *El Debate*. Junto con otros personajes provenientes de una incipiente democracia cristiana –Severino Aznar, Inocencio Jiménez, etc.- se integró en el Partido Social Popular, que desaparecería con la llegada de la Dictadura de Primo de Rivera. Este grupo político, el propio Minguijón, no vio con desagrado la llegada de la Dictadura, colaborando con la Unión Patriótica. Posteriormente durante la II República formaría parte de la CEDA.

De su interés por las cuestiones políticas, periodísticas y sociales son las obras *Las luchas del periodismo IX*, Zaragoza 1908, 314 páginas, y *Hombres e ideas. Estudios sociales*, Zaragoza 1910, 132 páginas; *La crisis del tradicionalismo en España*, Zaragoza 1914; *Propiedad y trabajo*, Zaragoza, 1920; *Humanismo y nacionalidad*, Zaragoza 1929; *Al servicio de la Tradición*, Madrid 1930; *La función social de la propiedad*, Barcelona 1930; *La crisis de la libertad*, Madrid, Semanas Sociales de España, 1934; *La Democracia*, Barcelona 1934; *La Propiedad*, Madrid 1935, 28 pp.; *Los apologistas del siglo II*, Madrid, Editorial Pax, 1936, 125 pp.; *Los*

⁷ En 29 de octubre de 1910 había pedido permiso de traslado a Madrid para participar en los ejercicios de la cátedra de Historia General del Derecho en la Universidad de Valladolid.

intelectuales ante la ciencia y la sociedad. Discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas contestado por Severino Aznar, Madrid 1941, 135 pp.; *Ideario de Antonio Maura sobre la vida local*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1954.

Hacia 1911 Minguijón había publicado ya algunos trabajos para la enseñanza en Historia del Derecho, en concreto una serie de cuadernos de los que llegaría a publicar hasta 12 denominados *Elementos de Historia del derecho español*. Cuaderno 1º 112 páginas, y Cuaderno 2º 48 páginas. Destacó como autor de obras de conjunto sobre Historia del Derecho Español, especialmente su *Historia del Derecho español* que apareció por primera vez en la editorial Labor en 1927 y contó con sucesivas ediciones. García-Gallo exponía esta opinión acerca de los manuales elaborados por Minguijón: “Juan Salvador Minguijón Adrián (n. 1874), en la Universidad de Zaragoza, renueva el contenido de la Historia del Derecho español. Llega a la cátedra a los treinta y seis años, abandonando el camino trillado de los viejos manuales, carentes de todo valor, para seguir las huellas de Hinojosa. Sigue de cerca el manual y los estudios de este, recoge las conclusiones de las monografías españolas aprovechables y tiene en cuenta las más autorizadas obras de conjunto publicadas en Alemania, Francia e Italia. No es tampoco, propiamente, un investigador, pero busca en los fueros municipales y en los Códigos de la Edad Media los datos necesarios para bosquejar un cuadro de conjunto de nuestras instituciones. Su atención se orienta hacia éstas, con preferencia a las fuentes, y dentro de aquéllas hacia las del Derecho privado. Con esta orientación ha comenzado a publicar, en cuadernos, una *Historia del Derecho español*, dirigida a la enseñanza, en los que en forma sumaria recoge las conclusiones más aceptables, superando rotundamente todos los manuales en uso aunque no llegue a escribir el apetecido”⁸.

Otros trabajos de Minguijón publicados en obras colectivas y revistas son: “El sentido de la vida en la obras de Gracián”, *Baltasar Gracián escritor aragonés del s. XVII. Curso monográfico celebrado en la Universidad Literaria de Zaragoza*, Zaragoza 1926; “Sobre el Objeto de la Sociología”, *Revista Internacional de Sociología*, 4 y 6, Madrid, Instituto de Sociología Jaime Balmes, 1943-1944; “La Cuestión de Progreso”, *Revista Internacional de Sociología*, 8-9, Madrid, Instituto de Sociología Jaime Balmes, 1944-1945; “Lo racional y lo irracional en el mundo físico”, *Arbor*, 9, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1945; “Vulgarización Sociológica, Opinión y Masa”, *Revista Internacional de Sociología*, 19, Madrid, Instituto de Sociología Jaime Balmes, 1947; “En torno al Espacio”, en *Segunda Reunión de Aproximación Filosófico-Científica: El Espacio*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1959; “En torno a la Materia”, *La Materia: III Reunión de Aproximación Filosófico-Científica*, 2, Zaragoza Institución Fernando el Católico, 1961; “Don Juan Moneva y Pujol”, *Don Juan Moneva visto por sus contemporáneos*, Zaragoza Institución Fernando el Católico, 1983; “La obra social de Costa”, *Aragón*, Febrero, Zaragoza Sindicato de Iniciativa y Propaganda 1926.

Minguijón también realizó una tarea de traductor: *Filosofía medieval* de Martin Grabmann, Barcelona 1928, Ed. Labor, 159 pp; *Cultura del Renacimiento* de Robert. F. Arnold, Barcelona 1928, Ed. Labor, 173 pp. y 16 láminas; y *Santo Tomás de Aquino* de Martin Grabmann, Barcelona 1930, Ed. Labor, 178 pp. y 8 láminas.

⁸ Citado por Orlandis en su nota necrológica.

3. Las oposiciones a profesor auxiliar en la Universidad de Zaragoza

En el Archivo General de la Administración, en la Caja 32/7325, expediente nº 5, se encuentra la documentación sobre la oposición que Minguijón realizó para convertirse en profesor auxiliar del segundo grupo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. En concreto el expediente se titula: Auxiliar. Expediente de oposición a dos plazas de vacantes en las facultades de Derecho de las Universidades de Zaragoza y Valladolid. Nombrados: D. Juan Salvador Minguijón y D. Emilio Benavent.

Ambas plazas correspondían a profesores auxiliares de segundo grupo. Los ejercicios de oposición se celebraron en la Facultad de Derecho de Madrid. Comenzaron el día 5 de noviembre de 1906, día en el que se constituyó el tribunal, y terminaron el día 24 de diciembre, día en el que el secretario del tribunal remitió al Ministerio toda la documentación, es decir, los expedientes de los opositores y las actas del tribunal, con la propuesta de nombramiento que ya hemos señalado arriba.

Efectivamente, el tribunal se constituyó a las diez y media de la mañana del 5 de noviembre en la sala de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, según prescribía el artículo 13 del Reglamento de oposiciones a cátedras, escuelas y plazas de profesores auxiliares aprobado por R.D. de 11 de agosto de 1901. En principio este tribunal sólo iba a juzgar la plaza de profesor auxiliar de la Universidad de Zaragoza. Ocupó la presidencia el consejero de Instrucción Pública Matías Barrio y Mier, quien informó de la renuncia de Roberto Casajús (constaba renuncia firmada en Zaragoza en octubre de 1906) y Calixto Valverde (diputado a Cortes por Villalón, constaba renuncia en Valladolid a 3 de octubre de 1906), y que les sustituirían Cueva y Cabrera. El tribunal por tanto quedó constituido con los siguientes miembros: presidente D. Matías; vocales, Salvador Torres Aguilar, Tomás Montejo y Rica, Gregorio Burón y García, Juan Moneva y Puyol, Francisco Cueva Palacio y vocal secretario Manuel Cabrera Marleta. El tribunal según orden de la subsecretaría de 25 agosto de 1906, acordó que para el tercer ejercicio rigieran los programas de la Universidad Central, y cuando hubiere dos, el del catedrático más antiguo según escalafón general. Se convocó a los opositores a las diez y media del día 6 según anuncio de la Gaceta de 17 de octubre de 1906.

Siguiendo el acta del tribunal del día 6 de noviembre, sabemos que se reunieron en el salón de grados de la Facultad de Derecho de la Central. Constituido el tribunal, se procedió a llamar a los opositores y a leer los artículos 14, 15 y 17 del Reglamento de oposiciones⁹, así como la lista de opositores inserta en el anuncio de la subsecretaría del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de 12 de octubre, publicada en la Gaceta el 17 de octubre. De los veinte candidatos que firmaron la plaza, sólo comparecieron cinco: Juan Salvador Minguijón Adrian, José María Álvarez y Martín, Gregorio de Pereda Ugarte, Emilio Benavent y Hernández, José María Ventura y Pallas los cuales, a juicio del tribunal, acreditaron suficiente capacidad, declarándolos aptos y

⁹ Se referían a la obligación de los opositores de asistir puntualmente a los actos según los llamamientos del tribunal, el carácter público de los ejercicios, así como al derecho de los opositores a protestar por escrito ante el tribunal si consideraban que no se había cumplido lo dispuesto en el Reglamento.

al resto de candidatos excluidos por no haberse presentado. El secretario leyó orden por la cual se declaraba que los programas que regirían en la oposición serían los de la Universidad Central, quedando designados, por tanto, el programa de Historia del Derecho del Sr. Barrio Mier, el de Derecho Civil del Dr. Sánchez Román y el de Procedimientos y Prácticas del Sr. Torres Aguilar. Finalmente se fijó el día 8 de noviembre a las diez y media para el comienzo del primer ejercicio.

El día 8, en el salón de grados, se reunía el tribunal, y el presidente comunicaba que el día anterior a las nueve de la noche había recibido traslado de una Real Orden del 2 de noviembre por la cual se accedía a lo solicitado por los señores opositores a la plaza de profesor auxiliar de Zaragoza¹⁰ para que se autorizase al tribunal para llamar también a los opositores a la plaza de la Universidad de Valladolid, y así verificar las oposiciones en un mismo acto con los de Zaragoza, manteniendo en la calificación y propuesta el derecho respectivo de cada opositor a la plaza que solicitaron en tiempo y forma oportunos. Por lo tanto, el tribunal suspendió la celebración de la oposición de profesor auxiliar de Zaragoza hasta el 27 de noviembre a las diez y media, y convocaba también para ese día a los opositores para la plaza de Valladolid. Acto seguido se citó a los opositores y el secretario les leyó la Orden del día 2 y el acuerdo del tribunal.

Llegado el día 27 de noviembre, en el mismo lugar y hora, el tribunal ahora constituido para juzgar las dos plazas, la de Zaragoza y la de Valladolid, llamó a los opositores cuyo número había aumentado, es decir, de veinte habían pasado a veintitrés. El secretario leyó, como era preceptivo, los artículos 14, 15 y 17 del Reglamento, así como la lista de opositores inserta en el anuncio de 13 de julio de 1906, publicado en la Gaceta del 16. De los 23 opositores sólo comparecieron seis: Pedro Sanz y Boronat, Juan Salvador Minguijón y Adrian, José María Álvarez Martín, José María Ventura Pallás, Emilio Benavent y Hernández, y Gregorio Pereda y Ugarte. Todos acreditaron capacidad suficiente. El primero de ellos, Sanz y Boronat, sólo fue admitido a las oposiciones de la plaza de Valladolid. El tribunal declaró excluidos a todos los demás que no se habían presentado y dispuso el anuncio en la Gaceta de estas decisiones. En cuanto a los programas de las asignaturas, eran los mismos que ya hemos señalado más arriba. Finalmente, se anunciaba que el primer ejercicio se desarrollaría el día siguiente miércoles 28, a partir de las dos y media de la tarde.

No fue a las dos y media sino dos horas más tarde cuando se reunió el tribunal el miércoles 28 de noviembre. Quizá porque no pudo utilizarse el lugar habitual, el salón de grados, y tuvieron que reunirse en otro sitio: el museo laboratorio jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. Salvado este contratiempo logístico, se formó el tribunal, quedó abierta la sesión pública, y fueron llamados los opositores, compareciendo Álvarez, Benavent, Minguijón, Pereda, Sanz y Boronat, y Ventura. Se leyó el artículo 18 del Reglamento que determinaba la forma de realización del primer ejercicio. En un bombo se depositaron 108 bolas con los temas del cuestionario

¹⁰ La acumulación de ambas plazas había sido solicitada por Emilio Benavent y por Salvador Minguijón en instancia fechada en 25 de octubre, ya que ambas plazas habían sido anunciadas en la Gaceta en el mes de julio, el tribunal calificador era el mismo según apareció también publicado en la Gaceta del 16 y 17 de julio; sin embargo, en la Gaceta del 17 sólo se hizo llamamiento a los opositores de la plaza de Zaragoza para comenzar la oposición el día 6 de noviembre. Una Real Orden de 6 de julio de 1906 regía para las plazas de auxiliar la acumulación de plazas en las oposiciones igual que se aplicaba a las cátedras. Evidentemente era una medida que buscaba aminorar gastos y esfuerzos sin lesionar el derecho de los interesados, como exponía en su resolución el Ministerio.

aprobado por Real Orden de 1 agosto de 1903 para las oposiciones de auxiliares de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales, se resolvieron, y Álvarez, designado por sus compañeros, extrajo las bolas nº 37 y la 51 correspondientes a los temas *Concepto de la obligación y su paralelo diferencial con el deber*, y *Condición jurídica y legal según el Derecho civil de España de la prole llamada ilegítima-Legislación*. Los temas fueron copiados por los opositores, y a las cinco de la tarde quedaron incomunicados por cuatro horas para hacer sus trabajos escritos bajo la vigilancia de la mayoría del tribunal. Al terminar, entregaron sus escritos fechados y firmados al final y cada hoja, numerándolas con letra consecutiva. El secretario firmó las hojas, y después de rubricadas por el presidente, se incluyeron los pliegos en sus respectivos sobres, asimismo firmados por el secretario y rubricados por el presidente. Al no poder leer los opositores sus trabajos ese día ante el tribunal, se encerraron en una urna que quedó lacrada y sellada bajo la custodia del secretario, reservándose al presidente el sello. El tribunal anunció que al día siguiente, 29, a las tres de la tarde se procedería a la lectura de los pliegos de los señores Álvarez, Benavent y Minguijón.

El jueves 29 de noviembre regresaron tribunal y opositores al salón de grados para dar lectura de los trabajos escritos del primer ejercicio. El tribunal aprobó el acta anterior, y en sesión pública fueron llamados los opositores, se levantaron en su presencia los sellos puestos en la urna, se abrieron y extrajeron los sobres con los trabajos, y los opositores los leyeron sucesivamente por orden alfabético de apellidos según disponía el Reglamento. En la lectura invirtieron 23, 32 y 19 minutos respectivamente. Tras lo cual acordaba el tribunal que al día siguiente a las dos continuaría la lectura de los opositores restantes, advirtiéndole al presidente que los trabajos ya leídos quedaban a disposición de los opositores y del público. Luego se cerró y lacró de nuevo la urna y se levantó la sesión.

En el expediente que he consultado se encuentran a continuación los ejercicios de cada uno, el de Álvarez al contestar el tema 37 comienza citando el concepto de obligación que contienen las Partidas. El día 30 de noviembre se reanudaron las sesiones del tribunal a las dos de la tarde en el salón de grados, aprobando el acta anterior, y escuchando en sesión pública, la lectura de los ejercicios restantes, es decir, los de Pereda, Sanz y Boronat, y Ventura, que los leyeron en 24, 27 y 38 minutos respectivamente. Se fijó para el día siguiente a las tres de la tarde la realización del segundo ejercicio. Los trabajos leídos quedaron a disposición de los opositores.

El segundo ejercicio no se pudo verificar el día 1 de diciembre, por lo que fue trasladado al miércoles 5 de diciembre de 1906, a las tres de la tarde en el salón de grados. El tribunal se reunió, el secretario leyó el acta de la sesión anterior que fue aprobada y se abrió la sesión pública. Se leyó ante los opositores el artículo 19 del reglamento que regulaba el desarrollo del segundo ejercicio, consistente en la contestación oral durante no más de una hora a cinco temas extraídos del bombo. De los 108 temas se excluyeron los del primer ejercicio, es decir, el 37 y el 51. El primero en intervenir, por orden alfabético, fue Álvarez quien subió al estrado para extraer los cinco temas. Se resolvieron las bolas, y sacó las siguientes lecciones: el tema 2 *Concepto positivo de derecho civil español, común y foral*, el 7 *Situación de las legislaciones llamadas forales y orden de prelación de sus elementos antes y después de 1 de mayo de 1889*, el 10 *el Derecho consuetudinario según el Código Civil*, el 55 *Institución de heredero: sustitución y sus especies* y el tema 85 *Idea de lo contencioso-*

administrativo. Organización actual en España de la jurisdicción contencioso-administrativa. Álvarez habló por espacio de una hora sobre estos temas. Luego le tocó el turno a Benavent que extrajo los temas 36 *Innovaciones del Código Civil en materia de censos. Referencias al derecho foral. Problemas y solución de la cuestión de foros en Galicia y Asturias*; el 58 *Las vinculaciones civiles y las leyes desvinculadas*; el 72 *Desarrollo de la legislación foral en Aragón y Navarra*, el tema 94 *De los sistemas inquisitivo, acusatorio y mixto en materia penal*, y el 107 *El protocolo. Su historia. Su propiedad. Sus clases*. Al igual que su compañero opositor, habló durante otra hora, y con esto se dio por terminado el acto aquella tarde, siendo convocados el resto de opositores para el día siguiente a las tres de la tarde.

El acta del día 6 refleja las mismas actividades del tribunal: reunión a las tres de la tarde, lectura y aprobación del acta anterior, constitución en sesión pública y llamada de los opositores, lectura del artículo 19 del Reglamento. Le tocó el turno a Minguijón y le cayeron en suerte los temas 52 *El derecho de alimentos. Concepto caracteres y principales reglas jurídicas y legales de la deuda alimentaria*; el 57 *Sucesión intestada: sus principales reglas*; el 71 *El Espéculo. Su carácter, su contenido, libros de que debió constar*; el 77 *Examen del Código de las costumbres de Tortosa*, y el 100 *Materia respectiva de las providencias de los autos y de las sentencias. Reglas de su redacción*. A diferencia de sus compañeros se extendió durante siete minutos menos: invirtió 53 en su disertación ante el tribunal.

Le sucedió Pereda en el estrado. Contestó a los temas 8 *Sistemas para la organización y clasificación de las instituciones jurídicas calificadas de civiles españolas*, 24 *La ausencia como estado civil de las personas*, 32 *Doctrina legal y jurídica de la prescripción*, 47 *Concepto de la familia y del derecho de familia*, y al tema 99 *Influencia de las instituciones judiciales en la oratoria forense*. Habló por espacio de una hora. Terminado el acto, el resto de opositores fue citado para el día siguiente a las dos de la tarde. El viernes 7, Pedro Sanz y Boronat contestó al tema 61 *Criterio de transmisión según el Código Civil. Explicación de sus reglas generales. Enumeración de las especiales*, el 64 *Disposiciones del Fuero Juzgo acerca de la organización económica de la familia visigoda*, el 73 *Comparación entre la obra legislativa de Alfonso X el Sabio y la de los legisladores coetáneos del resto de la Península*, el 84 *De la jurisdicción del fuero y de la competencia*, y el 104 *Concepto del instrumento público. Sus elementos. Sus requisitos. Su clasificación*. Habló durante 42 minutos: fue el opositor que menos tiempo invirtió en su exposición.

José María Ventura subió al estrado después de Pedro Sanz y extrajo los temas 20 *La interdicción civil en sus aplicaciones a la vida civil*, el 34 *El usufructo según el Código Civil. Especiales indicaciones acerca del usufructo en las minas*, el 68 *Origen del feudalismo y su influencia en España durante la Edad Media*, el 82 *Reglas relativas al nombramiento de jueces y magistrados*, el 87 *Cuestiones de competencia entre la autoridad judicial y la administración, los tribunales eclesiásticos y los seculares y los tribunales seculares entre sí*. Habló durante una hora.

Terminada la sesión pública el tribunal acordó, primero, declarar por unanimidad aptos a todos los opositores para proseguir los ejercicios; segundo, que el tercer ejercicio comenzase el día 10 a las cuatro de la tarde para lo cual se habría de citar al Sr. Álvarez para que concurriera a las 8 de la mañana, ocho horas antes, con

objeto de tomar punto y quedar incomunicado¹¹; tercero, que dicho tercer ejercicio se verifique sorteando cada día previamente los programas de las asignaturas comprendidas en las oposiciones y después se haga un segundo sorteo para determinar la sección que dentro del programa elegido a la suerte haya de explicar cada opositor; cuarto, que se eliminen del sorteo las secciones de la 16 a la 20 ambas inclusive del programa de práctica forense por su carácter exclusivamente práctico. Todos los acuerdos se tomaron por unanimidad, aunque respecto al cuarto D. Juan Moneva expuso el criterio, que sostuvo con su voto, de que a su juicio debían eliminarse todas las secciones del programa de Práctica Forense. Se llamó a los opositores y se les comunicó lo acordado por el tribunal.

Según el acta del lunes 10 de diciembre de 1906, Álvarez Martín se presentó a las ocho y media de la mañana. Rindió cuenta de su lección ante el tribunal a las cuatro y media. En el sorteo de programas salió el de Procedimientos Judiciales, en un bombo con 85 bolas, Álvarez extrajo 3: la 59, 69 y 71, escogiendo esta última: el tema *El procesamiento. Identidad de los procesados. Señas de los procesados. Identificación antropométrica. Reconocimiento de las personas contra quienes se dirija algún cargo. Estado moral del procesado. Su edad. Su conducta. Sus antecedentes penales. Su discernimiento. Reglas para las declaraciones de los procesados. Declaraciones de los testigos. Personas exceptuadas de declarar como testigos. Personas exceptuadas de concurrir al juzgado. Reglas de la declaración de los testigos. El careo.*

A las nueve de la mañana fue incomunicado por ocho horas para preparar esta lección valiéndose de los libros que pidió y que constaban en la lista que había presentado y se unió al acta¹². Terminado el tiempo del encierro Álvarez fue puesto en libertad -así se expresa el acta- por el mismo secretario. El tribunal enterado, llamó a los opositores y tras leer el artículo 20 del Reglamento escuchó durante 68 minutos la exposición de Álvarez desde el estrado. Terminado el acto, el tribunal citó para el día siguiente a las seis en el mismo local a Benavent, que debía presentarse a tomar puntos a las nueve y media de la mañana.

El martes 11 de diciembre de 1906, en el sorteo de Benavent de entre los posibles salió el programa de Civil segundo curso, con 125 temas, luego igual número de bolas para el sorteo. Benavent extrajo los números 44, 74 y 124 y eligió la 74 correspondiente al tema *Constitución de la sociedad conyugal*. Al concluir sus ocho horas de encierro expuso la lección en 75 minutos. Había utilizado como material de apoyo: SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, LASTRES, *Conferencias populares sobre el Código Civil*, BURÓN Y GARCÍA, *Derecho Civil Español*, FALCÓN, *Derecho Civil Español*, GUTIÉRREZ, *Estudios fundamentales*.

¹¹ El artículo 20 del Reglamento de oposiciones establecía que el tercer ejercicio consistía en la realización de un trabajo elaborando una lección del programa y expuesta ante el tribunal durante una hora y cuarto como máximo. Se sorteaban los programas de las asignaturas, y del que le cayera en suerte el opositor extraía tres temas para elegir uno de ellos a desarrollar. El opositor quedaba encerrado durante ocho horas con libros y material que necesitase para la composición de esta lección.

¹² Pidió la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Alcubilla anuario de 1901, Gutiérrez Cañas, *Filosofía del Procedimiento. Técnica y moral del Foro*, Valladolid 1900, Lastres, *Procedimientos judiciales*, Madrid 1896, Álvarez Paladín, A.M., *Manual de Antropométrica Judicial*, Madrid 1899.

El miércoles 12 de diciembre de 1906 fue el turno de Minguijón que se presentó a las ocho y cuarto de la mañana para el sorteo. Tuvo suerte, salió el programa de Historia General del Derecho Español. Extrajo del bombo, con 90 bolas, los números 4, 5 y 60, eligió la lección 4 *De la Historia del Derecho Español. Su objeto y contenido. Principios que la informan. Elemento autóctono. Elementos romano y germánico. Elemento cristiano. Elementos tradicional y circunstancial. Influencias de varios pueblos extranjeros. Ojeada general sobre el desarrollo histórico de nuestro Derecho. Hechos capitales que ofrece. Clasificación consiguiente de épocas y periodos. Carácter propio de cada una de estas divisiones y subdivisiones. Críticas de las principales clasificaciones presentadas por los escritores.* A las ocho y cuarenta minutos quedó incomunicado, y a las cuatro y media expuso en 67 minutos su lección. Los libros utilizados fueron: *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif* por François Geny, Paris 1899; *Sumario de las lecciones de Historia Crítica de la literatura jurídica española* por D. Rafael de Ureña; *Historia del Derecho de propiedad (ensayo sobre la)* por D. Gumersindo de Azcárate; *Historia del Derecho Español* por D. Eduardo de Hinojosa; *Contestaciones al programa de Historia General del Derecho Español de conformidad con las explicaciones* de D. Matías Barrio y Mier; *Annales de Sociologie publiques par la societe belge de sociologie*; *La influencia semita en el derecho medieval de España* por Rafael de Ureña.

El jueves 13 de diciembre actuó Pereda¹³, y el día 14 Sanz y Boronat¹⁴. El 15, sábado, estaba reservado para Ventura que debía acudir por la mañana al salón de grados, y exponer a las cuatro y media de la tarde ante el tribunal. Pero el opositor no se presentó. El secretario del tribunal informaba que recibió certificación facultativa suscrita por el doctor Eusebio Álvaro Gracia, médico de la beneficencia general, haciendo constar enfermedad de Ventura por una infección gastrointestinal que le impidió abandonar el lecho. José María Ventura, de 37 años, se alojaba en Madrid en la calle Preciados 37, 2º centro. El tribunal teniendo en cuenta la causa justificada acordó suspender los ejercicios por los ocho días que autorizaba el artículo 14 del Reglamento, sin perjuicio de reanudar los ejercicios si se recuperara antes el opositor enfermo. Efectivamente, no se agotaron los ocho días y el jueves 20 de diciembre de 1906, Ventura pudo realizar su ejercicio. Le cayó en suerte el programa de Práctica Forense, de las 85 bolas extrajo las 32, 33 y 44. Eligió la lección 33 *Capacidad de la persona social para ser sujeto de los instrumentos públicos. Capacidad de los extranjeros para intervenir en los instrumentos públicos...* Empezó su ejercicio a las nueve y media y lo leyó a las seis y cuarto de la tarde. Los libros utilizados fueron: obras de Notaría: Fernández Casado, Sancho Tello, Zarzoso, Gonzalo de las Casas; obras de Derecho Civil: Sánchez Román, Burón, Gutiérrez; obras de Derecho Canónico: Golmayo, Gómez Salazar, Lafuente y Manjón.

¹³ Le cayó el programa de Práctica Forense, con 85 temas, extrajo las bolas 42, 60 y 67, y eligió la 60 *Instrumentos públicos referentes al contrato de sociedad. Escrituras de sociedad mercantil. Instrumentos públicos derivados del contrato de sociedad. Escrituras de liquidación y disolución de la sociedad. Instrumentos públicos correspondientes al contrato de seguro...* Expuso la lección en 68 minutos y utilizó como apoyo: Novoa, *Progreso del instrumento público*, Zarzoso, *Resolución de instrumentos públicos*, Fernández Casado, *Tratado de las notarías*, y sus *Apuntes*.

¹⁴ También le cayó en el sorteo el programa de Práctica Forense, extrajo las bolas 40, 45, 85 y eligió el tema 45 *El protocolo. Sus formalidades externas, archivos de protocolos, conservación de protocolos...* Su exposición duró 68 minutos, y utilizó la *Práctica Notarial* de Francisco Morcillo y León y el *Tratado de Notaría* de Miguel Fernández Casado.

El cuarto ejercicio se realizó el día 21 diciembre a las nueve de la mañana en el salón de grados. Según el artículo 23 del Reglamento consistía en una práctica que debía determinar el tribunal en su modo y forma. El tribunal acordó que se redactasen dos ejercicios: uno consistía en una demanda y una escritura pública, el otro era una contestación a una consulta de Derecho Civil. Estos dos temas A y B se sortearon entre los seis opositores divididos en dos grupos realizados por sorteo. Tenían como plazo de realización dos horas, terminado el cual cada opositor de uno de los grupos expresados hizo observaciones escritas durante media hora al trabajo de otro opositor del grupo opuesto. Los opositores contaban con media hora para responder por escrito a las observaciones realizadas. Se hicieron los sorteos y el tema A correspondió al grupo de Pereda con el nº 1, Álvarez con el 2 y Minguijón con el 3; el tema B al grupo de Benavent con el nº 1, Sanz con el 2, y Ventura con el 3. Por tanto Pereda y Benavent quedaron emparejados, Álvarez y Sanz, Minguijón y Ventura. Como durante ese día 21 no se pudieron leer todos los trabajos, se encerraron en una urna lacrada y sellada bajo la custodia del secretario y el presidente guardó el sello. Los opositores fueron citados para comparecer el día siguiente 22 a las nueve de la mañana en el salón de grados. El 22 leyeron sus trabajos por orden, primero el tema A y según el orden de los emparejamientos. Tras esto, el presidente declaró terminados los ejercicios de estas oposiciones y anunció que a las cuatro de la tarde de ese mismo día se verificaría la votación pública de las plazas conforme al Reglamento.

A las tres de la tarde se reunió el tribunal para leer y aprobar el acta de la sesión anterior. Hicieron uso de la palabra todos los señores del tribunal que consultaron y cotejaron sus notas; hubo la preceptiva comunicación de juicios entre los vocales, y quedó abierta la sesión pública a las cinco y media. Se leyeron los artículos 27, 28 y 29 Reglamento que regulaban el modo de hacerse las votaciones, así como la propuesta al Ministerio, y se procedió a la votación. En primer lugar, los señores Cabrera, Moneva, Montejo, Torres Aguilar y el presidente votaron a Minguijón, el Sr. Cueva votó a Benavent y el Sr. Burón a Ventura Pallás. Quedó por tanto propuesto Minguijón por cinco votos contra dos. En segundo lugar, los señores Cueva, Moneva, Montejo y Torres Aguilar votaron a Benavent y Hernández, los señores Cabrera y Burón a Ventura y el señor presidente a Sanz, por lo que quedó propuesto Benavent por cuatro votos contra tres. Luego, el presidente anunció que para la elección de las plazas de profesores auxiliares Minguijón y Benavent debían acudir el día siguiente a las once de la mañana. Con esto se levantó la sesión.

El domingo 23 de diciembre de 1906 a las once en el salón grados se reunió el tribunal, se leyó y aprobó el acta anterior, y seguidamente se procedió al acto de elección de plazas. Como es lógico Minguijón eligió Zaragoza y Benavent Valladolid. Esto es lo que propuso el tribunal al Ministerio para cubrir las vacantes de auxiliar de segundo grupo. Con esto el presidente declaró terminadas las oposiciones, y el acta fue suscrita por todos los miembros del tribunal.

Apéndice documental

Primer ejercicio de Juan Salvador Minguijón en la oposición a profesor auxiliar

Tema 37

Concepto de la obligación y su paralelo diferencial con el deber

El primer nexo, la más amplia base de conjunción que se ofrece entre la obligación y el deber consiste en que ambos son normas que regulan actividades libres. Y ya al llegar aquí se nos ofrece una cuestión que puede calificarse de previa y casi de previo pronunciamiento. ¿Existen actos en que la libertad humana de tal manera se encuentra desligada de toda regla que pueda determinarse en uno o en otro sentido sin que ninguna norma ni interna ni externa le marque el camino de sus decisiones? Los moralistas plantearon y plantean una cuestión íntimamente relacionada con esta: la de si pueden darse actos moralmente indiferentes, si pueden existir movimientos de la voluntad sin relación ninguna con toda idea de mérito o demérito y que ni aumenten el tesoro espiritual en este orden del mérito que dice relación a la recompensa ni signifiquen tampoco una falta, una infracción por leve que sea de la ley moral. No es esta ocasión de entrar en ese problema y seame sólo permitido para dar el primer paso en el contenido del tema que a mi juicio en el orden de las acciones humanas hay tal trabazón, tal solidaridad, tal riqueza de motivos que la voluntad puede adoptar en orden al bien que ningún acto reflexivo puede ser moralmente indiferente porque siempre cabrá a la voluntad realizar algún bien directa o indirectamente y esto sin recurrir a otra clase de razones de un orden más elevado en virtud del cual puede el hombre elevar con la sola intención a actos altamente meritorios las acciones más ordinarias de la vida.

Pero una cosa es preguntar si existen actos completamente extraños al orden moral y otra investigar si existen actos meramente permitidos y en los cuales pueda el hombre adoptar la resolución que le parezca sin falta a ninguna ley. Indudablemente que la ley se concibe como una limitación de la libertad y no como una absorción de ella cuando los jurisconsultos romanos definieron la libertad “*naturalis facultas eius cui quodque facere libet nisi quod aut vi aut iure prohibetur*” concibieron el campo extenso de las actividades que se desenvuelven espontáneamente. Pero no es sólo el derecho el que respeta la actividad en lo que no es necesario sujetarla. También la moral aun comprendiendo actos que escapan al derecho deja otros en que el hombre puede moverse sin ajustarse a una norma determinada, actos lícitos, permitidos que se verifican sin estar mandados ni prohibidos.

Pero de suyo la moral penetra en todos los campos en que la actividad libre se manifiesta; unas veces penetra ella sola porque sus preceptos son algo delicado, sutil, espiritual que descienden sobre la conciencia sin violentarla que no llevan detrás el fustazo de la coacción sino los regimientos callados pero insistentes del deber impreso en la misma alma; otras veces penetra juntamente con el derecho reforzándolo legitimándolo, santificándolo, dándole la más fuerte de las garantías.

La historia de la separación entre la moral y el Derecho se presenta en nuestros tiempos íntimamente ligada a la formación del derecho natural y a los desarrollos de la filosofía jurídica alemana. Para muchos es el primer paso de una obra que se prolonga a través del tiempo con cierto carácter secularizador. Grocio y Puffendorf quisieron marcar la distinta tendencia que había de informar ambas disciplinas. Kant creyó encontrar la línea divisoria en teoría de la coexistencia de las libertades individuales sentando como regla la de obrar de tal modo que la conducta individual pueda convertirse en regla general. Krause creyó resolver el problema con su concepto de la condicionalidad separando la actividad individual en dos órdenes: actividad que sólo cumple el fin individual y actividad que sirve de medio para que los demás cumplan el suyo. Y me fijó en estos aspectos de la cuestión porque entre el deber y la obligación no hay otra diferencia que la que existe entre la moral y el derecho y resuelto el problema de distinguir estos dos órdenes está resuelto el de diferenciar la obligación del deber.

Es el problema de la limitación del orden jurídico que en otros horizontes se renueva bajo el aspecto de las atribuciones del Estado. Pues bien: la doctrina de Kant, la que considera al Estado como un gran policía que no tiene más misión que guardar el orden evitando que los hombres se rocen y se estorben unos a otros lo que reduce a esto lo exigible, la materia de la obligación ha pasado ya a la historia barrida por una corriente de ideas contrarias que han hecho indiscutible el triunfo del intervencionismo. La de Krause, más duradera ha entrado juntamente con el ontologismo ético de Schilling los abusos de la estatolatría y en cuanto a la tendencia que pudiéramos llamar disgregadora de las almas que quiere organizar el derecho sin relación

ninguna con la moral es edificar sobre el aire: el fundamento de la eficacia de las leyes está siempre fuera de las leyes, más allá de toda norma externa hay siempre una conciencia dispuesta o no dispuesta a cumplirlas y que necesita ser ligada por un requerimiento de orden más íntimo.

La corriente de las ideas, el descrédito de los sistemas que han destilado en el campo del derecho privado las eficacias en que se apoyan los abusos de los fuertes contra los débiles han hecho que el campo de la libertad se restringiera, que la solidaridad humana se fortificara y que los deberes sociales fueran revistiendo formas jurídicas. Por eso se vuelve los ojos a aquella teoría escolástica del bien común y de la igualdad proporcional en las cargas sustentada por la Escolástica y muy brillantemente por el P. Suárez.

Qué es pues la obligación, qué es lo que se puede exigir en nombre de la ley externa. La obligación definieronla los romanos diciendo “*Obligatio est iuris vinculum qua necessitate adstringimur alicuius solvendo rei secundum nostro civitatis iura*”. No tiene más defecto esa definición que el matiz legalista, de derecho positivo con exclusión de todo fundamento natural. El defecto que se le achaca de materialismo, por usar la palabra *vinculum* expresiva a veces en Roma de ligamento material no tiene gran fundamento. Es una necesidad del lenguaje valerse de un sentido extensivo de las palabras y en esta materia de la obligación abundan los ejemplos; se llame *solutio* al pago, *nexum* a la relación jurídica, etc. podemos definir la obligación diciendo que es la necesidad de Derecho en que nos encontramos de dar, hacer o no hacer algo. Y ya están distinguidas en la definición las tres clases de obligaciones que pueden ofrecerse. Dar es decir transmitir una cosa. Y ocurre preguntar aquí ¿qué es lo que se transfiere al cumplir la obligación; el derecho sobre la cosa o la cosa misma? Cuando la obligación tenga un objeto determinado no se trasmite más que la cosa misma porque el derecho existía ya con anterioridad en el adquirente y estaba individualmente determinado faltando sólo el acto del adquirente que dé la posesión material. Pero cuando la cosa es genérica la elección del que paga, individualiza y actúa y determina el derecho del adquirente al transmitirle la cosa.

Otras veces el objeto no es una cosa sino un acto de un ser libre una prestación jurídicamente que unas veces es accidental y pasajera y otras veces puede adquirir la especialidad que destaca el contrato de trabajo de todos los demás contratos. Por último otras veces el objeto de la obligación es simplemente una abstención que sería permitida sin el vínculo, obligatoria y que puede redundar en interés y beneficio del que tiene a su favor el derecho.

En lo que se refiere al fundamento y a la naturaleza del vínculo podemos distinguir tres órdenes de obligaciones. Unas se derivan de la mera coexistencia humana. El estado social, la mera convivencia de los hombres dentro de una organización impone prestaciones y abstenciones que no existirían en el estado hipotético de naturaleza. Todo el inmenso cúmulo de limitaciones que se quieren fundar en la teoría del abuso del derecho tienen esta raíz. Dos fuentes de limitaciones se han señalado para circunscribir la libertad y ligarla, limitando el ejercicio mismo de un derecho. Una de orden interno: la intención del que obra. No se puede obrar, según esto, con la sola finalidad de molestar a otro sin utilidad propia. El dolo no puede estar nunca amparado por el derecho: “*malitiis non est indulgendem*”. No se puede levantar un muro aunque sea en terreno de la propiedad del que lo levanta sólo para quitar las vistas al predio vecino y sin que reporte al que lo levanta ningún beneficio. Ciertamente, hay aquí un criterio del cual podrán derivarse determinaciones legales, y algunas existen ya en la legislación positiva pero siempre será muy difícil, muy embarazoso para llevarlo a la práctica en su totalidad porque será difícil penetrar en la intención de los hombres y graduar la utilidad que consiste en ciertas satisfacciones íntimas, psíquicas, no sujetas a peso ni medida, y que pueden ser honradas y lícitas aunque no respondan a un interés jurídicamente apreciable. Y hemos nombrado ya el otro criterio de limitaciones, el interés que en realidad no representa otra cosa que una revelación de la intención. Donde hay interés el hombre puede procurarse el propio bien. Donde no hay interés y sí perjuicio puede conjeturarse que no busca más que el mal ajeno. Por eso Ihering define el derecho un interés jurídicamente protegido.

Pero los hombres no pueden permanecer en estado de mera convivencia, están unidos por vínculos más particulares y más estrechos que constituyen verdaderos estados civiles, situaciones de carácter más regular y permanente que dan origen a todo un orden de derecho

como dice Sánchez Román y que son comprensivos de multitud de relaciones jurídicas. El hombre tiene deberes especiales como hijo, como padre, como esposo, cuando se encuentra en esas situaciones. Esas situaciones engendran una multitud de obligaciones que nacen de la ley, del régimen que regula esos estados de derecho una vez que el hombre ha puesto las condiciones necesarias para que ese régimen legal pueda aplicarse, esas condiciones que llama Korkounov el contenido de las suposiciones de hecho.

Y todavía hay otras relaciones y obligaciones que responden a fines más exclusivos, más particulares y menos estables, de menor contenido ético y de un aspecto más individual y privado. Son las que nacen del libre acuerdo de las voluntades que se unen y coinciden en un punto, son las obligaciones contractuales por las cuales los hombres renuncian recíprocamente a una parte de su libertad en interés de ambas partes convirtiendo en necesidad jurídica lo que fue producto espontáneo de su libertad “*Quod ab initio es libertatis portea fit necessitatis*”.

Y aun podemos distinguir aquellas obligaciones que forman un conjunto predeterminado por la ley, porque obedecen a necesidades muy comúnmente sentidas uniformemente reguladas formando lo que se llaman contratos nominados, y a aquellas otras que no tienen cauce señalado ni norma legal y en que las partes tienen que expresar todo aquello a que se extiende el consentimiento, subdividiéndose las obligaciones, que forman el contenido de los contratos nominados en esenciales, naturales y accidentales.

Diferenciase, en primer lugar, la obligación del deber por la ley que les da origen. El deber nace de la ley natural impresa por Dios en la conciencia, es consecuencia del orden divino establecido según las relaciones que surgen de las esencias mismas de los seres. La obligación nace de la ley jurídica positiva que contiene una parte variable como eterno fundamento de justicia y otra circunstancial en que se refleja la obra del tiempo y la personalidad peculiar de los diferentes grupos sociales. El deber abarca las relaciones con Dios, consigo mismo y con los demás hombres, el derecho sólo las relaciones con los demás hombres porque si bien es cierto que hay un derecho para el orden religioso esto es en cuanto los hombres están organizados también para estos fines y las relaciones tienen carácter social colectivo y requieren prestaciones recíprocas y afectan al mismo derecho público en cuando forman parte del alma de las naciones.

El deber busca el bien por el bien y tanto más se eleva y más valor moral adquiere cuanto más se desprende de toda consideración de utilidad o de interés. La obligación como elemento jurídico marcha por los caminos del interés, busca el bien considerado bajo una relación, busca un bien para otro bien, no un bien puro, en que definitivamente repose satisfecho de haberlo practicado.

El deber no tiene sanción temporal establecida. Es una presión que subyuga la conciencia y que al ser rechazado deja en el hombre un descontento de sí mismo y un amargo recuerdo. El deber es una fuerza interior con horizontes de ultratumba. La obligación se encierra en el campo de los fines humanos exigibles por la coacción.

Pero no llevemos la separación demasiado lejos. Toda obligación se apoya en un deber, forma el contenido ético del deber su verdadera fuerza íntima. La obligación tiene que presentarse al hombre para que pueda ligar su conciencia a través de un deber. El hombre se pregunta primero que es lo que dice la ley y después si tiene el deber de obedecer esa y a la luz de los principios de la moral examina los fundamentos de la legitimidad del precepto externo. Unas veces el acto está prescrito directamente por la ley natural y además por la ley positiva como la obligación de alimentar a los hijos otras veces la ley natural no impone directamente el precepto mandado por la legislación positiva pero sí indirectamente en cuanto manda obedecer las leyes justas. A veces un hombre causa un perjuicio sin culpa moral pero la ley presume la negligencia y le condena a la reparación. Pues aun en este caso se unen el deber y la obligación porque la moral impone la sujeción a un precepto que en general tiende al bien común y que es igual para todos los hombres. “*Etiam ex culpa mere iuridica adesse potest restituendi obligatio*”, dice el P. Jury.

Condición jurídica y legal, según el derecho civil de España de la prole llamada ilegítima. Legislación

Hay hombres fuera de la familia legítimamente constituida pero que no han elegido su origen. Seres inocentes cuya existencia surge de un extravío y cuyos derechos y cuyo interés encuentra en su camino otros derechos y otros intereses: primero el interés social que pide que el matrimonio y la familia se mantengan como base de la sociedad, como campo en que se cultiva la formación primera de los individuos condensando su carácter y fortaleciendo la integridad de su conciencia en una larga época de desarrollo y de preparación para las luchas de la vida. La sociedad está interesada en que esta primera cohesión, la más fuerte y la más íntima donde los afectos desalojan a la coacción no desaparezca en la materia social amorfa, agitada al azar por los apetitos y las prevaricaciones. Y además está interesada la misma familia ya constituida en comunión de afectos de intereses y de fines que ha de mirar con recelo la penetración en el hogar de otros afectos de otros intereses y de otros derecho ajenos al grupo que se congrega en el hogar.

Resolver esta especie de conflicto determinada la medida de los intereses encontrados ha sido ardua labor de juriconsultos y legisladores. Y el primer punto en que el problema se manifiesta es la determinación del sujeto, la calificación de los hijos ilegítimos.

Las legislaciones establecen el concepto de los hijos ilegítimos principalmente por exclusión, es decir, determinando el concepto de la legitimidad. El Código español lo señala en el artículo 108 estableciendo una presunción jurídica “se presumirán –dice- hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los 300 días posteriores a su disolución o a la separación legar y efectiva de los cónyuges. Contra esta presunción –sigue diciendo el artículo- no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido de tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los trescientos que precedan al nacimiento del hijo”. Claro está que esta imposibilidad se resuelve en la impotencia o en la ausencia como lo enseña también la jurisprudencia del Supremo. Pero el Código no ha pensado que existe una forma de matrimonio que no permite la aplicación de la regla del artículo 108 porque daría resultados contrarios al pensamiento del legislador: tal es el matrimonio por procurador, caso en el cual los 180 días parece que deben contarse, no desde la celebración del matrimonio sino desde la unión de los cónyuges.

En lo que sí está acertado el Código es en derivar la prueba en contrario de la situación del marido y no de los actos de la mujer. “El hijo –dice- se presumirá legítimo aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad y aunque hubiese sido condenada como adúltera y en efecto la falta de la mujer lleva consigo la mera posibilidad de la filiación ilegítima pero no la exclusión de la filiación legítima.

Después de dar el Código la regla del artículo 108 la amplía concediendo el título de legítimos a los hijos nacidos dentro de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio siempre que se reúna alguna de estas circunstancias: 1ª haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de la mujer, 2ª haber consentido estando delante que se le pusiera su apellido en el acta de nacimiento, 3ª haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente. “Tales hijos más bien que legítimos son en realidad legitimados. Y es de advertir que sólo el marido y sus herederos pueden desconocer la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación siendo la acción de los herederos limitada a casos en que el marido no pudo en vida ejercitarla o dejó la acción entablada”.

Hay entre los ilegítimos, hijos que se equiparan en los derechos a los legítimos. Tales son los legitimados por subsiguiente matrimonio y los hijos de matrimonio nulo. En este segundo caso dispone el Código que si el matrimonio ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges surta efectos respecto de ellos y de los hijos, si solo hubo buena fe por parte de uno para ese y para los hijos surte efectos y si la mala fe estuvo de parte de ambos sólo respecto de los hijos. Y ciertamente que parece algo discutible esta última parte de la disposición porque si se considera únicamente la inocencia de los hijos habría que conceder la legitimidad a los frutos de todas las uniones, resultando que según el Código el que además de verificar una unión ilícita

profana el matrimonio y quebranta las leyes tiene hijos legítimos. El que se pone contra el derecho tiene un privilegio que no goza el que se coloca sólo fuera del derecho.

Vienen después por orden de derechos los hijos naturales. Son naturales, según el Código, los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse con dispensa o sin ella. Así dice el texto pero como quiera que puede reconocer separadamente uno dolo de los padres y que está prohibido en este caso revelar el nombre de la persona con quien se ha tenido bastando que el que lo reconozca tuviera al tiempo de la concepción la capacidad general para contraer matrimonio resulta que de hecho pueden ser reconocidos como naturales hijos nacidos de personas entre las cuales mediara impedimento no dispensable.

Lleva el Código el rigor de la prohibición de revelar el nombre del otro padre hasta imponer multa de quinientas pesetas al oficial que lo consigne en el registro u otro documento público mandando que se tachen de oficio las palabras que revelen a la persona con quien se tuvo el hijo. Pero surge una dificultad cuando el hijo esté todavía en el claustro materno es imposible el reconocimiento sin designar la madre. A pesar de esto creemos que en la práctica prevalecerá la mencionada prohibición.

Tienen derecho los hijos naturales, 1º a llevar el apellido del que los reconozca, 2º a recibir de él alimentos conforme al artículo 143 y 3º a la porción hereditaria señalada en el Código. Si comparamos estos derechos con los que se conceden a los legitimados por concesión real encontramos una equiparación casi completa. Y decimos casi porque existe una diferencia. No puede adoptar el que tenga hijos legitimados. Puede hacerlo –al menos el Código no lo prohíbe- el que tenga hijos naturales reconocidos.

Respecto de los alimentos los naturales tienen a todo lo que refiere al alimento vestido, asistencia, educación, etc. según la fortuna del que los da y las necesidades del que lo recibe. Los demás ilegítimos no naturales sólo tienen derecho por razón de alimentos a los auxilios necesarios para la subsistencia.

Otorgada por el Código la patria potestad sobre los hijos naturales a diferencia de lo que establecía la legislación no aparece extraño que se les conceda una porción sucesoria y efectivamente la tienen. Son herederos necesarios y herederos ab-intestato. Como porción legítima tienen derecho a la mitad de la cuota que corresponda a los hijos naturales. Si concurren sólo con ascendientes a la mitad de la parte de libre disposición o sea a un cuarto de la herencia. Si no existen ascendientes ni descendientes, perciben el tercio de la herencia. Los ilegítimos no naturales no tienen más derecho que los alimentos siendo transmisible esta obligación del causante a los herederos según el artículo 845.

Brevemente, porque el tiempo apremia, tocaremos la cuestión del reconocimiento forzosa, materia de discusión interminable entre los jurisconsultos. Alarmada la sociedad francesa por los abusos a que dio lugar la investigación de la paternidad ampliamente permitida consignó el Código de Napoleón una prohibición absoluta. Bigot Preamenen nos describe los males que había producido esa investigación exponiendo a las insidias de la codicia la reputación y el sosiego de los más honrados hogares. Sólo quedó permitida la investigación después del Código napoleónico en el caso de estupro que cae bajo la ley penal. Al discutirse el proyecto de Código civil en Italia, Vigliani defendió, en la exposición de motivos, la necesidad de prohibir la investigación de la paternidad como una garantía de la seguridad de las familias. Pero la legislación italiana admitió un caso más que el Código de Napoleón, añadiendo el de raptó. Vigliani afirmaba que la prohibición de investigar estaba establecida en casi todos los pueblos cultos pero respecto de la investigación restringida tiene algún fundamento. Laurent para afirmar que constituye el derecho común aunque con bastantes excepciones. La misma jurisprudencia francesa ha ampliado el criterio del Código. Hasta mitad del siglo pasado pocas demandas se presentaban por mujeres seducidas para reclamar de sus seductores y esas pocas fueron rechazadas. Pero una sentencia dictada por la Corte de casación de 1845 determinó una nueva orientación fundándose en un artículo del Código francés que condena a la reparación de los perjuicios a todo el que sea responsable de la infracción de una obligación condenó al seductor a la reparación o al reconocimiento y reputa bastante prueba de la seducción la promesa de matrimonio.

La solución que no hay tiempo de desarrollo parece estar en imponer especiales garantías a la prueba de estos hechos que la naturaleza oculta.