

tención del testador sobre la otra es declarada ineficaz por cualquier motivo, aunque el testamento no deje entrever la intención del testador sobre la eficacia definitiva de esta última.

Creemos que el principal acierto del autor estriba en haber sabido elegir como tema de su estudio un problema lleno de interés que le ofreció una magnífica oportunidad de aplicar brillantemente la interpretación correctiva e integradora, tan propias de la *Interessenjurisprudenz*. El doctor Varela, formado e iniciado en la Jurisprudencia conceptual, se adentró pronto—sin abandonar ese mínimo de dogmatismo necesario a toda ciencia—en el campo de la Jurisprudencia de intereses, hoy predominante en la escuela de Coimbra merced al esfuerzo de dos grandes maestros: los profesores Andrade y Ferrer. Esta orientación metodológica, que ha producido ya abundantes frutos en Portugal, le permitió al autor abordar con éxito una de las cuestiones más intrincadas y trascendentales del moderno Derecho sucesorio.

Sin embargo, cabe oponer algunos reparos—de fondo y forma—al libro. En primer lugar, como ya advirtió el Prof. Andrade, el autor habla repetidamente, en términos generales, de ineficacia de las disposiciones testamentarias con referencia a los distintos supuestos tratados, sin decir de qué clase de ineficacia se trata, ni de explicar si es una misma la que actúa en todas y cada una de las hipótesis. Pero bien es verdad que el perfecto esclarecimiento de estos extremos exigía una investigación complementaria, que Varela con buen criterio dejó para un segundo volumen, ya en preparación. De momento, habrá que contentarse con las escasas y parcas referencias que dejó a lo largo de su obra.

En segundo lugar, el estilo del libro, condensado, extremadamente lógico y desnudo del imprescindible ropaje accesorio, lo hace de difícil lectura. Tal vez diluyendo más las ideas y trayendo al texto la rica colección de casos prácticos, que generalmente figura en notas, hubiera ganado mucho en claridad y colorido, al remachar las ideas y confirmarlas con la discusión de los ejemplos presentados.

Estos ligeros reparos no desmerecen en absoluto las numerosas excelencias de la monografía, puestas ya de relieve en el curso de esta recensión. Por ello felicitamos muy sinceramente al doctor Varela, esperando que, en breve, nos ofrecerá nuevas aportaciones científicas, tan valiosas como la que hoy reseñamos.

Juan Bautista JORDANO

DE AZURZA Y OSCOZ, P. J.: “Esquema de la misión notarial (tentativa de situación en el orden jurídico)”, separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Inst. Edit. Reus, Madrid, 1950, 91 páginas.

En armonía con el prestigio y la calidad científica alcanzada en los últimos tiempos por el Notariado español, ha surgido con frecuencia entre sus miembros la preocupación por analizar a fondo la esencia y el porqué de la función del Notariado; se trata, por una parte, del cauce en que

normalmente había de desembocar su pensamiento como hombres con ambición intelectual y con deseo de tener consciencia de su misión; por otra, de la necesidad de dar a ésta un encuadramiento y un rango dignos y elevados en el total mundo del Derecho, acabando con las ideas dominantes sobre el Notariado, con la consideración de éste como una categoría inferior, desde un punto de vista de calidad intelectual y de trascendencia moral, entre los profesionales del Derecho.

Una muestra más de esa preocupación, y un nuevo paso en el camino para satisfacerla, es la obra que ahora nos ocupa.

Se nos dice, en el epílogo: "Y al acabar, temo que entre mil intentos, sin éxito, de justificar cada paso, la misma primitiva idea haya desaparecido, oculta entre tanta hojarasca inútil." La modestia del autor ha exagerado, sin duda; no obstante, es cierto que la abundancia de citas de opiniones ajenas, la preocupación de que la labor constructiva propia se reduzca en muchas ocasiones a sugerir el enlace mental entre ideas dispersas de diferentes autores, el arrancar siempre de muy arriba, de ideas muy generales, hasta llegar a la concreción en la tesis del autor, todas estas causas, decimos, contribuyen a que resulte a veces difícil seguir una línea recta que nos lleve a la tesis básica de la obra; ésta tiene, pues, los inconvenientes, y también las indudables ventajas, de la obra que es preciso leer varias veces, meditar y reelaborar personalmente. Por ello, creemos necesario partir de nuestra propia reelaboración de la total línea interna a que cabe reconducir el pensamiento del autor.

Se arranca de la idea de intencionalidad inherente a toda actividad humana, de la necesidad, esencial a ésta, de la fijación de un norte vital; y más que en cualquier otro aspecto de tal actividad, es ello preciso en la profesional; se impone, pues, para el Notariado, el descubrimiento de ese norte, para que su profesión sea vivida con un sentido funcional. Para ello hay que partir de la noción misma de lo jurídico como una de las zonas en que mentalmente cabe escindir la vida; la dificultad, según los filósofos de la cultura, reside en que el fin último del Derecho es ajeno al Derecho mismo, pertenece al campo de lo social; mas para buscar una exacta fundamentación de lo jurídico se hace necesario acudir a la *philosophia perennis*, y, concretamente, a Santo Tomás; el Derecho surge de la vida humana a través de la necesidad de acoplamiento de seres racionales y libres, como medio, en último término, de lograr el fin inherente a todo ser creado: la gloria de Dios; este punto de arranque del Derecho es la norma; pero el Derecho, surgido de la vida, se realiza en esa misma vida a través del derecho subjetivo, la relación jurídica y el hecho jurídico (1). Esta realización del Derecho en la vida puede hacerse: a) por

(1) Derecho subjetivo, relación jurídica y hecho jurídico no son sino algunas de las más importantes entre la inmensa gama de figuras en que se plasma la eficacia constitutiva del Derecho; no es, pues, del todo correcto hablar de la bifurcación del Derecho en objetivo y subjetivo, como, siguiendo la corriente más común, hace Azurza; en realidad, se trata de dos distintos sentidos de la palabra; pero mientras el Derecho objetivo supone en lo jurídico el concepto básico, lógicamente anterior a todos los demás, el Derecho subjetivo es sólo una de las muchas manifestaciones de la eficacia constitutiva de aquél.

aplicación normal y pacífica; b) por decisiones arbitrales; c) por decisiones jurisdiccionales, y d) por calificaciones jurídicas. Para todas estas funciones es precisa una labor técnica que sólo puede realizar un hombre especializado, el jurista; modelo de este tipo de hombres fué el jurista romano, tan semejante, en muchos aspectos, al Notario actual. ¿Es éste un jurista? ¿Cabe encuadrar su quehacer en esa total tarea de realización del Derecho? La opinión dominante es afirmativa; en contra, ha surgido recientemente la tesis de González Palomino; se impone, pues, un análisis detenido del problema.

Lo esencial de la función notarial es la dación de forma de instrumento público a los documentos que autoriza el Notariado; la forma es una necesidad para la percepción y un determinante de vivencias que no pueden ser fácilmente modificadas por quien las vive; sobre tal base, es evidente su necesidad en el Derecho, que ha de valorar, en un ámbito social, voliciones y vivencias individuales; dado que lo jurídico surge de ser contemplados por la norma una serie de hechos de índole social, material, etc., la forma es el elemento a través del cual se realiza esta transformación; partiendo del concepto aristotélico de forma, se puede decir que la materia social, a través de la forma que impone el Derecho, se convierte en esencia jurídica. Así, pues, la forma en este sentido es algo distinto de la forma como requisito de la declaración de voluntad. Esta pertenece al Derecho civil u objetivo; la primera, al Derecho práctico en sentido amplio.

A través de esta dación de forma, el Derecho otorga su tutela, creándose situaciones con una cierta garantía y estabilidad; pero caben en ello muchos grados, desde la apariencia jurídica hasta la cosa juzgada, pasando por el instrumento público; éste supone la garantía normal, sin necesidad de acudir a la sentencia; pero esta garantía, para ser práctica, ha de cubrir no solamente la existencia material del hecho, sino su eficacia jurídica. No basta con que el Derecho presuma, sobre la base del instrumento público, que una determinada persona emitió una declaración de voluntad; es preciso que presuma también que tal declaración reunía los requisitos necesarios para ser válida y eficaz; esto viene impuesto por el artículo 1.218 C. c.; al hablar de "hecho", en vez del plural "hechos" de sus modelos francés e italiano, nuestro Código debe referirse, no a hechos materiales acaecidos ante el Notario, sino al hecho o acto jurídico total con validez y eficacia de tal (2).

Para que el Derecho atribuya tal eficacia al instrumento público, es preciso que imponga al Notario un previo cotejo entre la actividad de las partes y el Derecho prefijado; este cotejo, ordenado en nuestro Derecho por el artículo 145 del Reglamento Notarial, es el presupuesto de la prestación de funciones, es decir, de la autorización del instrumento como adecuación de medio al fin perseguido por las partes; en ambos aspectos,

(2) Siguiendo a Núñez Lagos, Azurza piensa que el artículo 1.218 es aplicable, si no con exclusividad, sí con preeminencia, al documento notarial (pág. 58).

la labor del Notario, aunque de momento no quepa adscribirla a la función administrativa ni a la jurisdiccional, está llena de contenido jurídico, henchida de juridicidad; el Notario, pues, es un jurista, y Notario y jurista aparecen plenamente ensamblados. Y precisamente es elemento esencial en el Notario y en su actividad el sentido jurídico, la intuición jurídica, tan valorada en términos generales por las modernas corrientes metodológicas.

La conclusión es que "el Notario es un perito en Derecho, facultado para imprimir forma jurídica a los actos y contratos, que el Estado pone a disposición de los particulares para que, en su propio interés y con utilidad general, puedan desplegar las actividades pacíficas al amparo de aquéllas dentro del orden jurídico que posibilita el fin ultraterreno del hombre en sociedad".

Entrando en una valoración crítica de la obra, hay que partir de un sincero elogio hacia el intento, lleno de noble ambición, de encuadrar la función notarial en el total orden jurídico, arrancando de la idea misma de Derecho; tal vez quepa pensar que no era preciso remontarse tanto; no obstante, satisface pensar, y no todos lo han hecho, en que la raíz de nuestra misión, como realizadores del Derecho, está en ese mismo entronque entre Derecho y vida que el autor destaca sobre la base de la más pura ortodoxia tomista; y también es de destacar con alegría que se lusingue para las teorías básicas del Derecho notarial (función notarial e instrumento público), tan propensas por naturaleza a caer en el positivismo, una fundamentación trascendente en armonía con la concepción católica del Derecho. Cabe, sin embargo, objetar que en tal fundamentación hay un corte excesivamente brusco; en efecto, después de presentarnos como misión esencial del jurista la realización del Derecho en la vida, idea que dimana directamente de la raíz misma de esa concepción, se nos rompe la argumentación para empezar a construir la esencia del quehacer notarial sobre la idea de forma; se podría pensar que se trata de conectar los conceptos de forma y realización del Derecho, en cuanto que la forma es el elemento que transforma la realidad social en realidad jurídica; pero si nos detenemos a pensar en ello, es fácil advertir que no cabe tal asimilación, ni creemos que el autor haya pensado en ella; en efecto, se trata de las dos facetas sucesivas en la vida del Derecho: mediante la forma, en la concepción que nos da Azurza (3), la realidad social se transforma en realidad jurídica; en cambio, la realización del Derecho supone la etapa ulterior, que es precisamente inversa: la realidad jurídica, extraída de

(3) Esta concepción está en gran parte inspirada en Carnelutti, al que el autor cita frecuentemente (vid., sobre todo, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, pág. 273, cit. por Azurza, pág. 46, n. 81). La idea de forma, en cuanto común a todo fenómeno jurídico, es frecuentemente formulada por la doctrina; pero suele ser desechada por su mismo carácter de generalidad, para fijarse en la forma como forma específica determinada por el Derecho para imponerla como requisito de la declaración de voluntad o como presupuesto de una especial eficacia de ésta; tiene interés la tesis de Azurza al ligar la forma notarial al primer concepto en vez de a éste.

la vida, se plasma de nuevo en la vida, se hace realidad social (4). Por tanto, el Notario, al realizar su quehacer funcional, al dar forma, no realiza el Derecho, sino que pone el supuesto de hecho para que el Derecho otorgue una determinada eficacia; en lo específico de esta eficacia es donde reside la cuestión; en efecto, si se quiere, como exactamente dice Azurza, que el instrumento público garantice, en la medida que le es peculiar, la validez y legalidad del negocio a él incorporado, es preciso que el Notario realice un previo control de la legalidad de tal negocio; y es en este control donde indirectamente el Notario contribuye a la realización del Derecho (5); ahora bien, el grado de eficacia del instrumento público viene a su vez determinado en cierto modo por la calidad jurídica del Notario; no todos los documentos públicos tienen la misma eficacia; y la interpretación que Azurza nos da del artículo 1.218 C. c. tal vez no sea aplicable en la misma medida a todos ellos, ni hubiera podido surgir probablemente si el Notariado actual fuera idéntico al anterior a la Ley Orgánica de 1862; no se trata, pues, de que la calidad de jurista (en el sentido de realizador especializado del Derecho) sea inherente a la función notarial en cuanto dación de forma, sino de que la especial eficacia del instrumento público exige una tarea previa que sólo un jurista puede realizar, pero teniendo en cuenta que esa eficacia no es esencial al documento notarial, sino que viene determinada en cada país y en cada momento por la efectiva calidad jurídica del Notariado (6) (7).

Tal vez todo lo dicho no esté en contradicción con el pensamiento de

(4) Recuérdese cómo De Castro separa y distingue, de un lado, la realización del Derecho, y de otro, la eficacia de la norma (vid. el distinto significado de estos conceptos en su *Derecho civil de España*, tomo I, 2.ª edición, Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1949, págs. 439 ss. y 521 ss.).

(5) Esta contribución tiene un doble aspecto: negativo en cuanto que se niega acceso a la especial eficacia dimanante del instrumento público a los negocios que no sean conformes a la ley; positivo en cuanto que influye sobre los particulares que, para obtener dicha eficacia, procurarán ajustar dichos negocios a la norma legal; aquí se prescindí de la actividad asesora del notario, que aconseja cuál es el cauce legal más adecuado a la voluntad de las partes; esto es ajeno, como veremos, a la función notarial propia, que se reduce a prestar su ministerio si el negocio es legal, o a denegarlo en caso contrario.

(6) Existe, pues, un círculo vicioso que, si bien enlaza la función notarial estricta a la función de jurista, impide afirmar que la segunda venga determinada en el notario por la primera; nótese cómo respecto de los agentes mediadores de comercio, que también son notarios (art. 93. C. de c.), el control previo se reduce, según el artículo 95, 1.º, C. de c., a la identidad y capacidad legal de las personas, en contraste con la amplitud del establecido por el artículo 145 del Reglamento Notarial; éste a su vez puede servir de base a la interpretación que da Azurza del artículo 1.218 C. c., porque parte de la alta formación jurídica del Notariado actual, lograda en gran parte por el sistema de selección del mismo que el propio Reglamento regula; hay que hacer constar que la tesis de que el instrumento público garantiza la validez y eficacia del negocio en cuanto a su legalidad de fondo se va imponiendo hoy día (en tal sentido, NÚÑEZ LAGOS: *Documento público y autenticidad de fondo*, en "La Notaría", 1948, págs. 69 ss., y el propio GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, tomo I, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1946, pág. 119).

(7) Consecuencia de lo dicho hasta ahora es que parezca preferible atenerse, con respecto a la forma notarial, al concepto de forma como forma, de ser o de valer, pre-determinada por el Derecho para actos determinados.

Azurza; pero, en todo caso, supone una aclaración a su tesis, que creemos necesaria a fin de hacer ver el carácter en cierto modo circunstancial del ensamblaje que él propugna entre Notario y jurista. Con esta salvedad, nos parece plenamente exacto, en lo sustancial, el pensamiento de Azurza; en especial su tesis básica de que el Notario es jurista en cuanto Notario, no al margen de su calidad de Notario, como sostiene González Palomino (7 bis); en efecto, de las tres funciones esenciales que hoy realiza el Notario, dación de forma, control previo de la legalidad del negocio y asesoramiento de las partes, las dos primeras las realiza en cuanto Notario; refiriéndonos concretamente al control de legalidad, le es impuesto reglamentariamente como tal Notario, y es presupuesto esencial de la eficacia que tiene, *actualmente y en España*, el instrumento público; y ya hemos visto que dicho control supone una función de jurista. No obstante, hay que hacer dos observaciones a la vista de la oposición entre la tesis de Azurza y la de González Palomino: de una parte, que el primero no toma en consideración esa otra tarea del Notario de asesoramiento de las partes, de afirmación y pedagogía de la voluntad de los particulares, tarea que es donde más resalta la cualidad de jurista del Notario, que éste realiza constantemente, y que, sin embargo, no le es inherente, ni esencial ni circunstancialmente, en cuanto tal Notario; el mayor mérito de la obra de González Palomino está en haber destacado esa labor del Notario como ajena a su cualidad de tal (8); sin que esto quiera decir que, además, no sea jurista el Notario al ser tal Notario. La segunda observación se impone como consecuencia de la anterior: se trata de que es necesario para fijar los términos de la discrepancia determinar lo que se entiende por jurista; para Azurza, parece ser decisivo el carácter eminentemente jurídico de la tarea realizada, si bien hace referencia también al concepto del que aquí hemos partido y que, en esencia, procede de De Castro (9): persona especializada en la realización del Derecho, y precisamente en aquellos aspectos que requieren una rígida especialización; en cambio, González Palomino parece restringir el concepto, tomándolo más bien del tipo del jurisconsulto romano; por eso lo asocia a esa labor de asesoramiento, y también de elaboración del fondo del negocio. Tal vez no se reduzca todo a una mera cuestión terminológica; pero es preciso estar advertido frente al peligro de resucitar viejas polémicas bizantinas en torno al carácter y cualidad del Notario (10).

(7 bis) Ob. cit., págs. 122 ss.

(8) El artículo 1.º del Reglamento Notarial, al conceptuar al notario como profesional del Derecho, en sentido análogo al aquí comentado, no impone este carácter a la esencia del notario, sino que se limita a recoger una situación de hecho.

(9) Ob. cit., pág. 485.

(10) "Hace ya muchos años—escribía González Rodríguez—que el lirismo suplantó a la investigación, y toda una generación de notarios se dedicó a hablarnos del Sacerdocio, de la Magistratura y del Profesorado, enredándose unas discusiones tartarinas sobre si éramos más sacerdotes que profesores, o más profesores que magistrados" (*Bases para una revista del Notariado*, en "Bocetos jurídicos", separata de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1946, pág. 82). Preguntémonos, hoy que parece superada esta etapa, si hay algo serio y de fondo detrás de la discusión, antes de gastar nuestro ardor polémico en torno a si somos o no juristas.

Prescindiendo de las comentadas discrepancias, que más bien son observaciones o aclaraciones al pensamiento de Azurza, la obra de éste es plenamente digna y seria, está correctamente construída y llena en muchas ocasiones de sugerencias interesantes y aportaciones de valor. Creemos, en definitiva, que no se deberá prescindir de ella en las futuras elaboraciones en torno a la dogmática de la función notarial.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

Notario

ESSER, Josef: "Einführung in die Grunbegriffes des Rechtes und Staates." Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie. Wien. Springer Verlag, 1949.

Dos causas principales parecen haber contribuído a la aparición de los numerosos y buenos libros publicados después de la guerra sobre introducción y fundamento del Derecho (1): una, ia necesidad sentida por el hombre de hoy de plantearse de nuevo y a fondo los problemas fundamentales de su vivir, y otra el haberse dado cuenta los maestros del Derecho de la singularidad de su saber y del caño que ha hecho y seguirá haciendo el que los juristas se eduquen desconociendo el verdadero valor del Derecho. Esta última preocupación hace decir a Esser que hay que rebelarse contra la consideración de la teoría jurídica como un lujo filosófico, pues esa "abstinencia espiritual" produce falta de amor a la profesión, y que a la crisis del estamento de los juristas ha colaborado el que no se les haya enseñado desde el principio a considerar el sentido social y ético de los conceptos del Derecho. De aquí la importancia de una adecuada guía al comienzo de los estudios jurídicos; de modo que se podría decir, en vez de "bueno es lo que bien acaba", "bueno es lo que bien comienza".

La obra reseñada se divide en cinco partes, que tratan de la esencia del Derecho y del Estado, doctrina de las fuentes jurídicas, grados de la realización del Derecho, las materias jurídicas, y vocación y estudios de los juristas. No todas son de igual interés ni están redactadas con igual cuidado; pero, no obstante esta desigualdad, el conjunto merece cumplidamente el calificativo de libro excelente.

La primera parte es seguramente la más sugestiva. Sin alardes de originalidad filosófica ni pedantería conceptualista, en un lenguaje expresivo y cálido, con frases de la vida ordinaria, oportunas metáforas y citas literarias, consigue presentar con emoción contagiosa un claro concepto del Derecho (2). Si el Derecho fuese "sólo un procedimiento y un instru-

(1) Recordando sólo extranjeritos, los de BURCKHARDT, BAUMGARTEN, DU PASQUIER, NAWIASKY, MEIJERS, ROUBIER, KRANENBURG, BRETHE DE LA GRASSAGE y LABORDE-LACOSTE.

(2) En la síntesis que sigue—de las páginas 1 a la 25—se ha pretendido conservar la línea principal del pensamiento del autor, traduciendo en lo posible sus mismas frases; desgraciadamente, al condensar, no se ha podido reproducir lo brillante del original.