

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 Grundbegriffe 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, la 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.

mento de la lucha social" (Gumplovicz) no sería un bien cultural, porque éste siempre ha de tener un *sentido*; decir que es Derecho el mandato de la autoridad es lo mismo que afirmar: poder + arrogancia = Derecho. La medida de lo que es Derecho como de lo que es Arte está en la consciencia, pues querer obtener el Derecho de la experiencia sería lo mismo que—como el Barón de Münchhausen—intentar salir del pantano tirando de su propia coleta. Es preciso considerar al Derecho como idea, realidad ontológica, contenido *a priori*, núcleo del cristal de lo jurídico; la idea del Derecho, que se contrapone a su concepto como la Belleza al concepto de Arte. Existe una verdad jurídica que se manifiesta en la Historia, no ciertamente como parte de las leyes biológicas, sino como parte de las leyes de valoración del ser humano; la infracción jurídica no provocará una catástrofe natural como la de una ley física, pero sí dará pie a una catástrofe social, al despreciarse valores y fundamentos de valores inviolables. La idea del Derecho exige que haya un orden y un orden en un *determinado sentido*, un orden justo. La Moral y el Derecho tienen el mismo origen, el Derecho se forma en la misma consciencia moral, pero se le ha dado una organización externa, forma y medida; es la moralidad formada para fines de uso, simplificada y conreccionada.

La necesidad de la ciencia jurídica resalta para Esser de: a) la pluralidad y renovación espiritual de las cuestiones del orden social; b) la insuficiencia del sentimiento jurídico ingenuo; c) la necesidad de una garantía real, no sólo personal, para la justa formación jurídica objetiva; d) la necesidad de hacer asequibles en general los conocimientos jurídicos y de enseñar el trabajo jurídico (p. 45). La investigación científica tiene cometidos en el sentido del diagnóstico y de la terapéutica, que clasifica en cinco apartados: 1. La investigación social (sociología jurídica y disciplinas auxiliares: comparación antropológica, psicología, etc.); 2. Aclaración del Derecho (dogmática jurídica de *lege lata*, doctrina de la materia positiva); 3. Formación del sistema ("doctrina del Derecho natural", teoría jurídica, filosofía del Derecho); 4. Investigación de las fuentes (Historia del Derecho, doctrina histórica de la materia); 5. Mejoramiento y nueva formación (desarrollo del Derecho, política jurídica de *lege ferenda*) (p. 46).

Bajo el título "Historia del estilo del Derecho y del Estado", hace una escueta y brillante exposición de las concepciones filosóficas del Derecho. Entiende por estilo el sello común propio a todas las instituciones y manifestaciones culturales de una época (3). Pero así, la ingeniosa y atractiva denominación utilizada por Esser tiene el peligro de sugerir que el ser mismo del Derecho (4) es un producto cultural, cuya naturaleza cambia radicalmente en el curso de la Historia (5). Causa de ello es

(3) Lo define también: "espíritu acuciado, que viviendo se desenvuelve", p. 50.

(4) Sería según los tiempos, manifestación de la "lex aeterna, mandato de la autoridad, juicio de la razón, resultado del juego de las fuerzas sociales, producto de los instintos. &".

(5) Lo que está también en contradicción con el pensamiento del autor. Compárese además su crítica de las concepciones racionalistas, imperialistas, como grave equivocación sobre la naturaleza del Derecho y del hombre, p. 94.

el abuso ya corriente del término estilo (5). Se emplea bien cuando nos referimos a modos externos del vivir; pero cuando se trata de la postura del hombre frente a un valor o a una idea, no se puede hablar sólo de estilo o forma, sino primariamente de justeza y de verdad. En la frase "estilo de las culturas" se encierra generalmente otro equívoco, confundir la mera moda, lo típico o llamativo con lo general o lo esencial. El observador de la vida social atiende más a lo brillante y superficial que a lo menos visible, y que es, precisamente por serlo, lo que más hondo cala. El historiador de teorías propende además, por habitual antropomorfismo, a ver una evolución, una sucesión, en la que siempre la nueva teoría desplaza a la anterior; con lo que se desconoce u olvida que en cada momento histórico actúan siempre y enconradamente las principales actitudes sobre la vida y que la teoría que parece más característica, la que se dice que da estilo a la época, es sólo la de moda, por ser la más nueva. Ejemplo claro de esto lo ofrece la historia de la filosofía del Derecho. Es indudable que desde la predicación del Evangelio la idea cristiana del Derecho quedó formulada clara y definitivamente, y desde entonces ha habido siempre autores que la han mantenido y hombres que han vivido y han muerto para defenderla; aun admitiendo la existencia y sucesión de un estilo renacentista, racionalista, de la "Aufklärung" y de todos los demás que Esser enumera, hasta la crisis contemporánea del positivismo materialista, sería necesario reconocer su coexistencia con el estilo que denomina "cristiano medieval" (7); mas esta corrección sería aún poco expresiva de la realidad, porque esos estilos o modas transitorias, (8) no han sido las que han dado tono a la cultura, ya que, de modo expreso o latente, ha sido el espíritu cristiano el que ha caracterizado a la civilización europea y dado sentido a su Derecho. La crisis actual, que con tan vivos colores retrata Esser (9), es el resultado de que la concepción escéptica y materialista, que hasta tiempos recientes fuera sólo moda, se haya impuesto como modo de vida de diversos pueblos y, precisamente, las nuevas direcciones que buscan asentar el vivir y convivir de los hombres sobre unos fundamentos objetivos y justos no son, en el fondo, otra cosa que muestras de la perenne vitalidad del sentido cristiano de la vida.

La función que compete al jurista se deriva, para Esser, de la función social del Derecho; por eso, después de señalar la necesidad del pen-

(6) Las frases, "el estilo es la fisonomía del alma" (SHOPENHAUER) y el alma de una época o de una cultura, llevadas hasta la superposición de metáforas en las del estilo de una época o cultura, parecen hacer olvidar su originaria referencia a lo externo.

(7) ESSER dice con nostalgia: "en verdad, desde la caída de la imagen del mundo medieval el reino de los sentimientos sociales se hace cada vez más sombrío", p. 94.

(8) Eran creencias externas, decires, que no tocaban al propio vivir; las minorías descreídas mismas siguen ajustando su vida personal, familiar y social, a los patrones tradicionales del cristianismo.

(9) Véase su referencia al "fariseísmo arreligioso y social" del S. XIX y su descripción de la tragedia ocasionada por la pérdida de toda creencia, incluso de lo que dicen los cinco sentidos, y que lleva a los hombres a creer en cualquier absurdo, páginas 90-91.

sar conceptual, advierte lo peligroso del hábito de pensar formalmente, el que las *gafas jurídicas* anquilosen la fuerza de su visión social (p. 180). La interpretación debe hacerse (y así entiende el artículo 6 A. B. G. B.) buscando la "ratio legis" objetiva; el juez no está al servicio de la investigación histórica, sino de la formación de la propia vida jurídica y conciencia jurídica de su tiempo; toda interpretación ampliadora, restrictiva o correctoria es una mejora de la regulación histórica, desde el sentido del orden objetivo, actual (p. 184). El juez, así, no está sometido exclusivamente a la Ley, sino al Derecho; es órgano, comisionado de la comunidad jurídica, no su conductor (p. 185).

También merece señalarse la opinión de Esser sobre las dotes que debe reunir el buen jurista: 1, sentimiento del Derecho y sentido de lo social; quien no conozca el ansia de fomentar los valores de la vida, de proteger a los débiles e indefensos, de establecer el orden sobre el arbitrio y de ayudar a todos a obtener su derecho, ése no es jurista; 2, ha de tener sentido y amor por los valores de la existencia, pues tiene que conocer y saber juzgar de las cualidades de los hombres y de las cosas; 3, ha de tener juicio propio y no sólo sobre cuestiones jurídicas, sino de hecho (sobre si un puente está firme, una cicatriz desfigura, corresponde al estilo un edificio, una escalera es peligrosa, un conductor debió conducirse de otra manera, etc.); pero, sobre todo, juicios de valor (si se pudo prever un peligro, si un matrimonio está insanablemente desunido, un trabajo es cuidadoso, etc.); 4, consideración del Derecho positivo, para lo que hace falta saber pensar conceptualmente; 5, el arte de saberse comunicar, viviendo los casos y en el trato con las personas y el público (pp. 272-273). En correspondencia con ello, su idea de la preparación del jurista no corresponde a la de "los hombres serios", pues aparte de los libros jurídicos y de participar ampliamente en la vida universitaria (filosofía, historia, arte), recomienda la lectura cuidadosa de algún gran periódico (y, si posible, la parte económica), de poesías y de novelas, para librarle de la estrechez espiritual que le amenaza (p. 275).

En obra de tan amplio contenido no es de extrañar que—aparte de las orientaciones generales indicadas—se encuentren afirmaciones o ideas con las que no se puede estar conforme; así, por ejemplo, cuando el autor acepta la distinción entre ley formal y material (p. 126), al caracterizar a la relación jurídica como relación de la vida ordenada por el Derecho (p. 145), al utilizar un concepto del negocio jurídico tan poco técnico que dentro de él se comprenden las facultades y el ámbito de lo lícito que deja el derecho dispositivo (p. 148), al no distinguir el derecho subjetivo de las facultades (10) y al admitir deudas sin responsabilidad (p. 168).

Al tratarse de la distinción entre Derecho privado y Derecho público, después de criticar y rechazar las teorías, generalmente mantenidas, dice que se puede continuar utilizando aquella pareja de conceptos, con la reserva de que "se trata sólo de escalonamiento gradual entre dos polos: iniciativa privada y autoadministración privada, organización soberana y

(10) Define al derecho subjetivo: "derecho de decisión vinculado socialmente", página 153.

orden administrativo" (p. 197). Esta reserva supone un notable avance doctrinal, pero su formulación no es del todo aceptable (11); pues no sólo da por presupuesta la distinción en los criterios diferenciales o polos (lo privado, la soberanía), sino que se restringe excesivamente el sentido de cada polo del Derecho, separando su radio de acción de modo mecánico y sin que se advierta que ambos informan—aunque con distinta intensidad—a todas las instituciones y ramas del Derecho (12).

En resumen, puede decirse que el libro reseñado habrá de contarse entre las mejores "Introducciones" publicadas en los últimos tiempos; escrita para los que comienzan el estudio del Derecho, los juristas ya formados no encontrarán novedades en la exposición esquemática hecha de las distintas disciplinas jurídicas (13), pero en las demás partes de la obra hallarán materia para meditar de nuevo seriamente sobre las más fundamentales cuestiones de la ciencia jurídica.

F. de C.

GARCIA GALLO, Alfonso: "Curso de Historia del Derecho Español". Tomo II, "Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal", Volumen I, Conceptos generales. La persona natural.—Madrid, 1950; 140 páginas.

Los civilistas españoles han repetido constantemente, en los comienzos de sus obras, que la Historia del Derecho Privado Español estaba aún por hacer, que faltaba un verdadero Tratado o Manual de esta materia. He aquí ya un prometedor Manual de la Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal, a juzgar por el contenido de este primer volumen, dedicado al derecho de personas; su autor es el catedrático D. Alfonso García Gallo.

Era, sin embargo, cierta la objeción señalada por los civilistas. España caminaba con evidente retraso en dichos trabajos, ya que en otras naciones, desde fines del siglo pasado, comenzaron a publicarse interesantes manuales sobre la Historia del Derecho Privado. ¿Quién no recuerda los de Hübner, von Schwerin y Planitz, en Alemania; los de Roberti, Leicht y Torelli, en Italia, o los de Brissaud y Viollet, en Francia, entre otros?

En España, hasta la fecha, cabría sólo citar los loables intentos de los profesores Altamira, Minguijón, Beneyto y Rianza, sin que sus obras nos diesen una visión completa de nuestra materia. Existía, y aún existe, una

(11) Se advierte aquí una notable coincidencia con F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, ed. 1942, págs. 68-70; ed. 1949, págs. 90-96; aunque quizás como se advierte en el texto, más externa que interna.

(12) Lo que aparece más claro en el cuadro que hace de todas las ramas jurídicas, en la pág. 194, en donde quedan en la zona intermedia el Derecho agrario, el Derecho de la economía y el Derecho de los menores, mientras lleva a la zona exclusivamente privada al Derecho de familia (¡el de la iniciativa privada!) y a la zona exclusiva del Derecho público al Derecho internacional público (¡el de la organización soberana y ordenación administrativa!).

(13) Al menos en lo referente al Derecho privado. Interesarán, en cambio, los esquemas del apéndice, en especial los muy ingeniosos sobre formas de incumplimiento del contrato, obligaciones de acreedor y deudor y sobre responsabilidad del poseedor, páginas 301-307.