

queda resuelta de forma clara ya que la omisión de bienes afecta por igual a todos los coherederos, mientras que la hipótesis típica de rescisión se produce por una mala valoración de los bienes, aspecto que la acerca a los casos de saneamiento; en especial, a los supuestos de vicios ocultos, ya que estos provocan una disminución del valor del bien hereditario. Sin embargo, el autor aclara que la mala valoración no es igual a los vicios ocultos ni en su presupuesto ni en sus consecuencias jurídicas, pues no es lo mismo ignorar la existencia de un vicio que disminuye el valor de un bien que valorar de forma inadecuada un objeto; en este último caso, considera Espejo Lerdo de Tejada que debe imputarse al coheredero el posible daño por motivo de su negligencia, prefiriéndose la estabilidad de la partición en los casos de lesiones inferiores al cuarto. Muy completo es el estudio del régimen de la acción de rescisión por lesión de la partición, epígrafe en el que no solo se abordan las cuestiones relativas a la legitimación (tanto activa como pasiva), sino otras tan interesantes como la relativa a la extinción de la acción rescisoria, que van desde el supuesto regulado en el artículo 1078 CC, hasta las hipótesis de renuncia y transacción, que también han sido objeto de tratamiento en la doctrina y jurisprudencia. Concluye el análisis de la rescisión con las consecuencias derivadas de la estimación de la pretensión rescisoria, que se apartan del régimen general contemplado en el artículo 1295 CC, pues en este caso consisten en la atribución por el artículo 1077 CC de una facultad de elección a los coherederos demandados, quienes podrán optar entre indemnizar el daño o consentir una nueva partición, quedando por lo tanto de manifiesto, una vez más, el principio *favor partitionis* que está presente en la regulación de la partición. Por fin, cierra su estudio con una referencia a la posibilidad de los acreedores personales de los coherederos o del causante de acudir a la rescisión de la partición por aplicación de las normas generales de los contratos (p. ej. por fraude), aunque la existencia de remedios específicos aplicables a estos casos lleva al autor a considerar que la rescisión por fraude representa un remedio menos realista que los previstos en los arts. 1082 y 1084 CC.

En suma, nos encontramos ante un trabajo que sin lugar a dudas se convertirá en obra de referencia tanto en el estudio de la partición realizada por los propios coherederos como en la solución de los innumerables problemas prácticos que ocasiona. En él queda de manifiesto el tremendo esfuerzo que ha realizado el autor para ordenar de forma sistemática multitud de cuestiones que aparecen dispersas en distintos libros del Código civil –en particular, en el III y el IV, pero también en el II– en las que el prof. Espejo ha demostrado ser un verdadero especialista.

M.^a Elena SÁNCHEZ JORDÁN
Catedrática de Derecho civil
Universidad de La Laguna

GARRIDO MARTÍN, Joaquín: *Recepción de la Escuela Histórica. La «teoría de la convicción» en la ciencia jurídica española del XIX*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, xx + 131 pp.

Según indica el autor (p. 3), este pequeño pero denso volumen reproduce, con el añadido de gran aparato de notas, el texto presentado, sin indicación de fecha, en el Seminario «Montagsrunde» del Institut für Neuere Privat-

rechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte de la Universidad de Colonia. Refiere también que la versión alemana del mismo verá la luz en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (2019), y aunque no se especifica si en la *Romanistische Abteilung* o en la *Germanistische Abteilung*, debo suponer que se trata de esta segunda por la mención de gratitud que se incluye a Hans-Peter Haferkamp y a Joachim Rückert.

A su vez, el texto se integraba, a modo de capítulo extravagante, en la que fuera tesis doctoral del autor sobre *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*, leída en la Universidad de Sevilla el 4 de diciembre de 2017 y que está a punto de ver la luz en la Editorial Comares de Granada¹⁹. Directores de la misma fueron Alfonso Castro y Fernando Llano. Quien esto escribe formaba parte de la comisión juzgadora de dicha tesis doctoral, pero una circunstancia familiar de la mayor gravedad imposibilitó mi presencia física en el acto de defensa pública, lo que no fue sino en beneficio del doctorando, pues en mi lugar actuó Ángel López, uno de los máximos iusprivatistas españoles vivos y que, además, como más antiguo, presidió la comisión. A él se debe también el magnífico prólogo que sirve ahora de apertura al libro (pp. XI-XIX), situado exactamente en las antípodas de las tan habituales degeneraciones actuales del género prologal.

1. El libro se enmarca, pues, en una materia clásica de la tradición jurídica occidental: la Escuela Histórica del Derecho, fundada por Savigny (1779-1861) y que resulta históricamente inconcebible sin los cambios acontecidos en Alemania en la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX con el gran progreso, entre otros campos, de las ciencias históricas, de la filosofía (sobre todo Kant) y del derecho (sobre todo Hugo). Como es sabido, para esa Escuela el derecho es una de las expresiones y manifestaciones de la vida y de la conciencia de un pueblo, como puedan serlo el arte, el idioma o el folclore. El derecho no es, pues, resultado de la voluntad del legislador, sino expresión del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*): es fruto de la convicción o sabiduría popular generado para resolver necesidades comunitarias evidenciadas por la experiencia. En función de esa experiencia el derecho se va complicando y perfeccionado, gracias sobre todo a la labor de los juristas que paulatinamente lo tecnifican. De modo análogo, el legislador, cuando las circunstancias le fuerzan a intervenir, aprueba leyes, pero sin modificar la realidad jurídica, pues él no es sino expresión de la conciencia del pueblo. Así pues, el derecho no sería sino una creación progresiva del espíritu del pueblo, que está inmerso en una tradición.

Dentro de ese marco, Joaquín Garrido aborda en este libro una cuestión muy precisa: la de la introducción de la Escuela Histórica del Derecho en España, y más concretamente de la dogmática elaborada en el seno de la misma por uno de sus representantes más significativos: Georg Friedrich Puchta (1798-1846), discípulo directo de Savigny y su sucesor, en 1842, en la cátedra de Berlín cuando el maestro fue nombrado Ministro de Legislación por Federico Guillermo IV. Marginalmente quisiera referir que siempre que debo referirme a Puchta me gusta recordar que los juristas más grandes han solido ser tan precoces como longevos, y esa larga duración de sus vidas es la que les permite la elaboración y estabilización de una obra amplia en la que se asienta su reconocimiento. Puchta, que murió a la edad de cuarenta y siete años, constituye una de las excepciones históricas más relevantes, como tam-

¹⁹ El conocimiento del dato procede de estar integrada en una colección que dirijo en esa editorial..

bién lo es la principal de todas ellas: Bártolo de Sassoferrato, que tan solo contaba cuarenta y tres en el momento de su muerte.

En el presente libro se investiga si en la España del siglo XIX, y especialmente en sus regiones y tendencias anticodificadoras, existe rastro del concepto «puchtiano» de derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*) levantado sobre la «teoría de la convicción» (*Überzeugungstheorie*). Nacido el derecho de esas fuerzas anónimas y misteriosas del *Volksgeist*, no precisa de mucha explicación que la costumbre jurídica fuera un pilar capital en el sistema de fuentes de la Escuela Histórica, un sistema que supo oponerse al modelo francés del *Code civil* y que consiguió aplazar la empresa codificadora casi un siglo, pues el BGB no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 1900. Pero antes de abordar si hubo o no recepción del concepto de derecho consuetudinario alemán en el ámbito español (pp. 55-93), el autor dedica un capítulo a la «proyección» (quizá mejor que «recepción»: vid. p. 9) que la filosofía jurídica de la Escuela, condensada en su idea central, el *Volksgeist*, tuvo en nuestro país. Ese capítulo de apretada síntesis lleva por título *Savigny en España* (pp. 17-54).

2. Las primera huella de Savigny en nuestro país se encuentra en una recensión anónima publicada en *El Censor* (1820) sobre la nueva teoría de «Savigny» (así lo escribía su autor) defendida en el *Beruf*. En 1829 Collantes Bustamante, en su *Introducción al estudio del derecho romano*, ofrecía en su parte final «un análisis del autor del célebre tratado de la posesión del Sr. Savigny, 4.ª edición». En 1835, un editorial de *El Español* reivindica el mérito de Savigny. Pero mucho más importante parece, y así se suele reconocer, a los efectos de la introducción de las ideas historicistas de Savigny en España, un curso impartido entre 1841 y 1842 por Pedro José Pidal –Presidente de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación–; para la preparación del mismo había traducido la *Introducción a la Historia del derecho* de Lermnier, que presentaba una síntesis del historicismo de Savigny. Poco después, Álava y Urbina hacía mención a Savigny en el discurso de apertura del curso 1848-49 en la Universidad de Sevilla; Álava pudo conocer personalmente a Savigny en Alemania y, según Garrido, distintos indicios (pp. 25-26) inducen a pensar en una divulgación de las ideas de la Escuela Histórica por parte del romanista sevillano.

El motivo de tan lenta y penosa penetración en nuestro país obedece, sin duda, a un conjunto de razones, de las que quisiera destacar dos muy unidas entre sí: Una es la caótica y anticuada situación de los estudios universitarios en España, y en particular, por lo que aquí importa, de los jurídicos; la otra es muy simple y puede comprobarse su veracidad a través, por ejemplo, de la segunda edición del *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español* (Madrid, 1856), de Pedro Gómez de la Serna, uno de cuyos ejemplares, en dos volúmenes, reposa en mi biblioteca. Gómez de la Serna debe ser considerado como uno de los principales juristas españoles del siglo XIX, siempre dentro de los límites que marcaban las circunstancias de entonces. En la p. VII del muy extenso (y esclarecedor sobre la situación del momento) prólogo de la obra mencionada, dice lo siguiente: «Triste es el estado de nuestra bibliografía jurídica moderna, por doloroso que nos sea hacer esta confesión (...). Este mal [se refiere a la censura] era menos grave en sus consecuencias cuando los jurisconsultos, adoptando la lengua latina, formaban, digámoslo así, una república universal, en que todos escribían para todos los países; pero desde que los extranjeros han empezado a publicar sus obras en sus propios idiomas, una nueva barrera ha venido a levantar-

se entre ellos y nosotros, barrera que debemos todos esforzarnos en franquear para que no se repita lo que ahora nos sucede respecto a los estudios históricos de la Alemania, que tan lenta y tardíamente van penetrando en nuestra patria». Es decir, que, a sus ojos, que no eran los de cualquiera (en aquel momento Gómez de la Serna lo había sido ya casi todo en el ámbito jurídico y político español: menos Presidente del Tribunal Supremo, que lo sería más tarde, y menos Presidente del Gobierno, que no lo fue nunca), la barrera principal que impedía esa penetración no era otra que el idioma.

Precisamente Gómez de la Serna iba a ser, como sugiere Garrido (pp. 27-29), pieza clave de la primera importante penetración de la Escuela Histórica en España, como importante fue también su papel en la instauración del krausismo en nuestro país. Ello venía a coincidir con la oposición al movimiento político-jurídico de la Codificación, que ve en la Escuela Histórica un parapeto frente a la tendencia codificadora, y que encuentra terreno especialmente propicio para su desarrollo en Cataluña, donde, entre otras, es obligado destacar las figuras de Permanyer y de Durán y Bas. Pero, según opinión doctrinal muy extendida (p. 32), la recepción de la Escuela Histórica en Cataluña se habría limitado a la idea filosófica del origen popular del derecho, pues un análisis de las obras de los juristas alemanes nunca se dio. Se llega así al lugar, ciertamente común, de que ni en Cataluña, ni en general en España, hubo recepción de la Escuela Histórica, «todo lo más un sobrenombre cuya única significación habría sido la de resistir la culminación del proceso codificador» (Bartolomé Clavero, Antonio-Enrique Pérez Luño) (p. 39). A lo sumo, se ha hablado (pp. 34-36) en esta misma línea de una «recepción estética» (Antonio Serrano), asumido el nombre de Savigny y el de la Escuela para la catalana *Comisión española de la Fundación Savigny*, que tuvo a Durán y Bas como presidente y de cuyo trabajo apenas si ha quedado huella. Una referencia al jurista alemán que se explicaría por el enorme prestigio internacional que adquirió el personaje, pero que no habría tenido en España verdaderas implicaciones científicas ni intelectuales. Es, pues, opinión doctrinal muy extendida (pp. 36-40) que la Escuela Histórica se habría importado aquí vacía de contenido o como mito; los elementos esenciales de la filosofía de la Escuela se habrían perdido en su ajuste al ideario de las escuelas catalana, krausista o neotomista que lo asumen. Los que la defienden se habrían servido de las ideas del *Beruf* más por conveniencia que por convencimiento, y su finalidad básica habría sido la resistencia al proceso codificador.

Para quienes tuvimos trato científico habitual con José Manuel Pérez-Prendes, no puede resultarnos extraño el escepticismo que Garrido muestra sobre la corrección del referido planteamiento, tan común en España. Pero su distanciamiento lo efectúa el autor con suma elegancia, también por lo que implica de discrepancia del parecer de juristas muy relevantes en su propio ámbito hispalense. Sus dudas surgen, por una parte, porque la referida interpretación reduce el ámbito de esa recepción de la Escuela Histórica al concepto del *Volksgeist* y, por tanto, a la filosofía jurídica de la Escuela, y no a su derecho, a los conceptos o a la dogmática, que suelen quedar fuera del examen de recepción de los historiadores del derecho porque se da por sentado que aquí no hubo rastro de pandectismo. Por otra, porque, aun reduciendo el análisis a la recepción en España del *Volksgeist*, la conclusión compartida de que no hay tampoco «sincronía» entre la iusfilosofía alemana y española, por ser el ideario historicista de la Escuela Histórica incompatible con la ideología neotomista catalana o con la del krausismo, sería también equívoca, en la

medida, nos dice el autor (pp. 42-45), de que no puede hablarse de una teoría uniforme y fundamentada en Alemania, pues falta también en la Escuela Histórica una noción clara acerca de lo que en términos teóricos o filosóficos habría de significar el llamado «espíritu popular» (*Volksgeist*). Y es este un dato que el autor apoya (pp. 42-43) en juristas de la propia Escuela Histórica (Puchta, Bethmann-Hollweg), al margen de la, por lo demás, conocida afirmación hecha por el mismo Savigny en el *Beruf* según la cual el *Volksgeist* no se puede fundamentar porque su origen nos es inaccesible (p. 43-44). Una ausencia de base teórica que los propios seguidores habrían tratado de remediar mediante propuestas propias: religiosa (Stahl) o filosófica (Puchta) (p. 45). De modo que antes de preguntarse por una «recepción», orientada a una adopción nítida de contenidos, debe hablarse mejor, según el autor, respecto a la adopción del dogma del *Volksgeist*, de una «proyección», es decir, de un «contagio», concibiendo así la introducción en un sentido más amplio, que sirva al receptor con efectos claramente prácticos y no teóricos.

Se cierra así esta primera parte del libro con un distanciamiento de Garrido respecto a la lectura dominante en nuestro país sobre la recepción de la Escuela Histórica en España, que sirve al autor para dar paso a la segunda parte del denso volumen orientada a la introducción no de iusfilosofía sino de derecho: del concepto dogmático de derecho consuetudinario.

3. La crítica que hace Garrido al concepto de recepción para la introducción del *Volksgeist*—que, como se ha indicado, él prefiere evitar y sustituir por la de «proyección»— la invierte el autor para el examen de lo que da título al libro: la teoría de la convicción (*Überzeugungstheorie*) en la ciencia jurídica española del siglo XIX. Pues para comprobar si hubo o no adopción del concepto alemán de derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrechtbegriff*) apoyado en esta teoría de la convicción, interesa al autor descender al detalle de los textos españoles y buscar en ellos rastros del exitoso concepto del *Gewohnheitsrecht*; y para diferenciar esta asunción más nítida respecto de aquella «vaporosa proyección» del *Volksgeist*, Garrido prefiere hablar, ahora sí, de «recepción» de doctrina de la Escuela Histórica, pues se trata de comprobar si se produjo o no introducción de la dogmática alemana en España en este punto muy concreto. Para justificar esta línea de investigación diferente a la del *Volksgeist*, el autor se sirve de nuevo de la voz independiente de Pérez-Predes, quien sugiere otras vías de entrada o recepción de doctrina alemana junto a la trabajada (y manida) del espíritu popular. Tiene razón, pues, en este sentido Ángel López en el prólogo (p. XII) al afirmar que la mayoría de las veces esta pregunta de recepción de ciencia alemana se hace «desde planteamientos muy generales, cuando el actuar verdaderamente científico sería proceder a análisis singulares de hechos, doctrinas y normas, cosas que no siempre se hacen y es este libro se ha hecho».

Para examinar la recepción en España del concepto pandectista de derecho consuetudinario, comienza Garrido refiriendo los autores que dedicaron su atención en la España del siglo XIX a esta forma espontánea de manifestarse el derecho cual es la costumbre jurídica, apoyándose para ello en el elenco que Rafael Altamira ofreciera al lector francés en los años treinta del siglo pasado²⁰. Altamira destacaba ante todo la labor de Joaquín Costa, figura a la que sin duda debe atenderse en una investigación histórica sobre la costum-

²⁰ Con ocasión del homenaje a Gény, recopiló los trabajos fundamentales de derecho consuetudinario para conocimiento del país vecino: R. ALTAMIRA, «Le droit coutumier espagnol moderne», en *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de F. Gény* (Paris, 1934) pp. 269-276.

bre, y así lo hace el autor, que dedica la parte mayor y más relevante de este capítulo (pp. 70-93) a estudiar las coincidencias del «león de Graus» con Savigny y específicamente con la «teoría de la convicción» de Puchta.

La primera parte, y menor, de este segundo capítulo (pp. 61-70) la consagra Garrido a la escuela jurídica catalana, pues es en Cataluña donde mejor se inserta la noción, sobre todo en Durán y Bas, que asume el término y el concepto del derecho consuetudinario alemán, caracterizado por explicitarse en términos espirituales y volitivos, y no fácticos. El autor ofrece una exposición previa que resulta importante para distinguir el elemento específico de esta «teoría de la convicción» de la que Puchta es autor y principal exponente. Para esta doctrina, la costumbre no participa en la formación del derecho consuetudinario, sino que es sólo «signo visible» de su existencia, pues el hecho, el *usus* (la acción, *consuetudo*), no puede ser origen del derecho, que es una voluntad (espíritu, *Geist* del pueblo), sino que, a la inversa, solo un espíritu (popular) puede ser origen de una acción (consuetudinaria). Esta noción «espiritualista» del derecho consuetudinario la asumen Pou y Ordinas (aunque sin citar a Puchta) y Durán y Bas («la conciencia jurídica de cada pueblo no se manifiesta por medio de la costumbre como origen o razón del derecho, sino como expresión de él o como fórmula o regla del derecho positivo» [...]; es además «idea sobre la cual tengo necesidad de insistir, no solamente porque es una verdad científica, sino para restablecer en su verdad de exposición los principios de la Escuela Histórica: la costumbre no crea el derecho». «La costumbre no crea el derecho; la costumbre lo expresa» [pp. 65 y 67]).

Como decía, la última parte del libro está dedicada a Joaquín Costa (1846-1911), que para los que tenemos su mismo origen geográfico es una de las figuras históricas emblemáticas de Aragón y de un cierto modo de ser aragonés, como puedan serlo Servet, Gracián, Goya, Cajal o Buñuel. El autor expone con claridad la concepción del derecho en Costa y su relación con la ley, que para él no es más que «resabio de absolutismo jurídico, negación de soberanía popular»: razón por la cual «no hay más garantías de democracia [jurídica] que la propia costumbre» (pp. 73-80). El influjo que Savigny y su Escuela Histórica ejercen sobre Costa es reconocido por éste, pero la diferencia fundamental entre el «león de Graus» y la Escuela estriba en la investigación que hace Costa del momento (originario) productivo del derecho consuetudinario, investigación que Savigny no hace, como tampoco Puchta, pues el dato del origen de ese espíritu es, para éstos, desconocido, insondable para la razón humana. Costa, en cambio, en busca del elemento germinal del *Geist* lo encuentra en el sujeto individual, no en el pueblo. Esta es, en efecto, como dice Garrido (pp. 86-88), «la idea más importante de la costumbre en Costa, y la que diferencia más nítidamente su concepto de costumbre jurídica del de la Escuela Histórica: el carácter individual del que trae causa». Una diferencia que, como el autor advierte, no es menor. La costumbre nace siempre de la esfera individual, dice Costa, no colectiva, como afirman Savigny y Puchta. Según Garrido, esta concepción de Costa –que escribe cuando ha pasado ya más de medio siglo desde el *Beruf*– estaría en relación con el desarrollo de las ciencias naturales de su época y con el contagio de sus conceptos a otras disciplinas como la jurídica, valiéndose para ello de un lenguaje científico-biológico en el que las ciencias naturales y el darwinismo habían penetrado las demás disciplinas. No he estudiado el problema a fondo, a diferencia de lo que ha hecho Garrido, que no es aragonés; pero tengo para mí, sin

embargo, que la concepción de Costa pudiera estar en sustancia más próxima al individualismo aragonés que a la interpretación del autor.

Quizá, como se indica en la nota final (p. 95), es difícil dar una conclusión definitiva sobre la recepción en España del concepto dogmático de costumbre jurídica elaborado por Puchta. En cualquier caso, la conclusión a la que llega Joaquín Garrido, a la que se suma Ángel López en su prólogo (p. XVII), es que ese concepto, representativo de la Escuela Histórica, es en España bien recibido y resulta útil «como base de una argumentación anties-tatalista, que legitime el derecho desde “abajo”, en una concepción de la ley como poder absoluto, abstracto y tendencialmente despótico».

4. Termino. Mi juicio sobre el libro –escrito en un castellano conciso y sobrio, tan alejado del habitual barroquismo sevillano– y sobre su calidad queda claro en las páginas precedentes, más allá de alguna divergencia tan de matiz como irrelevante. No precisa, pues, de ulteriores adjetivos laudatorios ni de mayores glosas, como tampoco de alusiones al provecho que me ha reportado su lectura. En todo caso, cuando a uno «el sol comienza ya a darle en la espalda», y cuando se ha sido y se es tan crítico sobre el modo de trabajar que se ha venido imponiendo en ciertas áreas numéricamente no irrelevantes del romanismo español –y que, con certeza, tiene y tendrá su coste–, conforta comprobar resultados como el que representa este libro, que tampoco puede considerarse, desde luego, como un oasis en el desierto.

Al pertenecer el autor a la misma *koiné* que quien esto escribe, tanto por la procedencia de un tronco común como por mi vinculación, ya muy veterana, con la Facultad jurídica hispalense donde ejercí la docencia durante dos cursos académicos, quiero concluir parafraseando en cierto modo las palabras con que Ángel López cierra su excelente prólogo: Obras y autores como el de este libro, y como los que están detrás de él, constituyen un gran consuelo para quienes hemos procurado dedicar la vida, en la medida de nuestras menguadas fuerzas, a tratar de impulsar un modo que parecía acertado de entender, la investigación, la Universidad, el derecho y, en último término, la existencia.

Javier PARICIO
Catedrático de Derecho romano
Universidad Complutense

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: *La adopción en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 436 pp.

Con exhaustividad y rigor explica la profesora Mayor del Hoyo la regulación de la adopción en el Derecho común español tras las reformas introducidas por el legislador en 2015 (dejando, con buen criterio, fuera de su análisis la adopción internacional, salvando las referencias imprescindibles). Aunque los principios que inspiran estas reformas, que tocan casi todos los artículos del Código civil dedicados al instituto, no han cambiado en lo esencial, un tratamiento monográfico de la adopción no podía ser más pertinente, y así se explica en la clarificadora introducción que precede al cuerpo de la obra; en ella ya apunta la autora, reputada especialista en la materia, algunas críticas a estas reformas, que han debilitado en cierto modo la adopción como instrumento de integración familiar y no es indiscutible que respondan, en todo caso, al interés superior del menor. Las fuentes bibliográficas que maneja la