

V A R I A

HOMENAJE A PAUL KOSCHAKER

Los amigos, discípulos y colegas del celeberrimo jurisconsulto, a quien tanto deben los estudios orientalistas, griegos, romanos clásicos, justinianeos y medievales, le han dedicado tres volúmenes para festejar el cumplimiento de los sesenta años (*bis sex lustris feliciter peractis*).

En el primero de los tomos que tenemos a la vista figuran los siguientes trabajos de Derecho romano:

I.—FUENTES.

ALEXANDER BECK, Profesor de Königsberg: *Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts*.

Vuelve sobre la orientación religiosa del Derecho romano, que se apoya mucho menos en las concepciones mágicas que en las profundas ideas transmitidas por las religiones asiáticas a los etruscos y en la íntima unión de los dioses y la ciudad, de *Juppiter optimus maximus* con el culto capitolino.

La palabra *religio* no se deriva de un mágico *ligare*, sino del *relegere* (recoger las tradiciones), y descansa en el pío temor de las altas potestades que dominan la Historia.

W. W. BUCKLAND, Profesor de Cambridge: *Ritual Acts and Words in Roman Law*.

Muchos, aunque no todos, los *negotia* del Derecho romano, requieren el cumplimiento de actos rituales con palabras ciertas y solemnes; pero no se trata de verdaderos diálogos, sino que en los actos

privados *intervivos*, los *certa et sollemnia verba* proceden siempre de la persona que ha de ser beneficiada o que reclama en derecho.

RUDOLF DÜLL, Doctor en la Universidad de Munich: *Triginta dies*.

La influencia de los cultos lunares y la fijación del curso de la luna en treinta días han dejado huellas evidentes en los ritos y normas de los pueblos primitivos, de los judíos, griegos, romanos y germánicos. La treintena (triginta dies) aparece como un plazo de purificación, reflexión o gracia, lo mismo en el Derecho público (declaración de guerra) que en el privado (cumplimiento de obligaciones, tiempo de luto, suspensión o demora por muerte).

PERIKLES K. BIZOUKIDES, Profesor en Salónica: *Algunas observaciones críticas sobre las obras de Gayo y las denominaciones o epígrafes de las mismas* (Aurea, Aureorum libri, Institutiones, etc.).

El texto, en griego, porque una enfermedad de los ojos ha impedido al autor hacer la traducción al alemán.

SIRO SOLAZZI, Profesor de Nápoles: *Sulle tracce de un commento alle Costituzione di Caracalla*.

El autor, que, en un estudio sobre el concurso de acreedores, había afirmado que dos rescriptos de Antonino Caracalla terminaban con una motivación espúrea, porque los emperadores decidían el punto dudoso, pero no añadían el principio jurídico en que se fundaban, se hace cargo de otros rescriptos que se cierran con justificaciones del mismo tipo. De 17 constituciones que emplean la palabra *nam* (porque), apenas cuatro son genuinas. No es verosímil que los compiladores del Código justiniano hayan añadido tantas explicaciones mal redactadas, inútiles, banales o contradictorias de las ideas clásicas, y hay que suponer que los textos imperiales iban ya acompañados de un comentario que pasó a formar parte de las mismas constituciones.

PAUL COLLINET, Profesor de París: *Le Fr. 5-Dig., 19,5, De Praescr. Verbis et in F. Act.: Application de la Méthode critique de Décomposition des Textes*.

Esta nota tiene por objeto poner de relieve uno de los aspectos

menos conocidos de la crítica de las fuentes: la descomposición de los textos en sus elementos originales (identificables o meramente hipotéticos).

Para ello, el autor considera compuesto el citado Fr. 5 de un trozo clásico, en el que Paulo plantea el problema jurídico (hemos convenido: yo emancipar a tu hijo natural, que es siervo mío; tú, emancipar a mi hijo natural, que es siervo tuyo), y de un desenvolvimiento marginal o interlinear hecho en las escuelas bizantinas por uno o varios glosadores, que han completado la doctrina de los contratos in-nominados (do ut des, do ut facias...).

ARTUR STEINWENTER, Profesor de la Universidad de Graz: *Utilitas publica-utilitas singlorum*.

El texto de Ulpiano, que sentaba la división del Derecho en *publicum et privatum*, según atendiera al Estado romano o a la utilidad de los particulares, ha sido sometido a una doble revisión en aras de la unidad del Derecho: de un lado, por los que apuntan la existencia de interpolaciones, ya que la idea de una distinción radical nunca encontró eco entre los jurisconsultos clásicos; y de otro, por los romanistas que, altamente impregnados de las nuevas orientaciones germánicas, se niegan a atribuir al dualismo de intereses la exagerada significación que el siglo XIX ha puesto de relieve. El principio fundamental así concebido y expresado es tan inexacto como antirromano, y debe cargarse en cuenta a los juristas postclásicos.

Nuestro autor, sin profundizar en la significación de ambos términos (público y privado), hace notar que la distinción griega entre comunidad (*coino*) e individuo (*idios*) no implicaba antinomia, y que sólo las corrientes de pensamiento menos elevadas tienden a emparejar derecho y utilidad (Carneades), e influyen en forma tal sobre el pensamiento romano, que Cicerón usaba profusamente los términos *communis utilitas*, *utilitas respublicae*, *communis salus*, aunque sin contraponerlos a la utilidad de los particulares. Plinio nos habla de que Trajano gobernaba bien la república *et ex utilitate omnium*, y se alaba la actividad de Adriano *pro humanis utilitatibus*. A la utilidad común vuelven Lactancio, San Jerónimo y San Agustín. La ampliación del pensamiento de utilidad llevó insensiblemente a reconocerlo como base de la división del Derecho en la reelaboración de las Instituciones de Ulpiano, hecha bajo orientaciones helénicas.

LUDWIG SCHNORR VON CAROLSFELD, Profesor de Königsberg: *Repraesentatio und Institutio*.

El valor jurídico de estos dos conceptos (representación e institución) era conocido por los antiguos, y se trata de averiguar hasta qué punto hicieron uso adecuado de las palabras. Para ello se examina un primer grupo de frases que se refieren a la aparición, representación, recuerdo o escenificación de lo que ya existió o todavía existe (siendo o no identificables ambos elementos), y un segundo grupo en que lo actual entra súbitamente en lugar de lo pensado con anterioridad. Pero en los raros casos en que el Derecho romano admite nuestro mecanismo representativo no emplea la palabra *representatio*, aunque no puede negarse la estrecha relación entre actor (que representa a un muerto) y persona (*repraesentatio personarum*), que más tarde se extendió a quienes no eran cómicos ni imitadores (Silla representaba a Aníbal). En cuanto a la palabra *institutio*, en un principio significaba doctrina o instrucción, y luego el cuerpo mismo o sistema enseñado (*institutio stoica*), el régimen u ordenamiento (*institutio Aequitatis*).

ANDREA GUARNERI CITATI, Profesor de Palermo: *Supplemento II all'Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*.

El afán, por no decir la manía, de buscar interpolaciones en la mayor parte de los textos romanos, explica la formación de estos índices de palabras, frases y construcciones, que los hacen sospechosos y que son verdaderos diccionarios, a pesar de que no comprenden los casos dudosos ni las formas o giros sospechosos solamente en particulares acepciones.

HEINRICH ERMAN, Profesor de Münster: *Zu Justinian*.

No se trata de una biografía, sino de una serie de observaciones sobre el infiel transmisor de la jurisprudencia clásica, que intentó la triple unificación de la ortodoxia, del Imperio romano y del Derecho (Codex legum et Codex juris).

II.—ESTADO Y ADMINISTRACIÓN.

HEINRICH SIBER, Profesor de Leipzig: *Die Wahlreform des Tiberius*.

Parte el autor de la afirmación, corriente entre los historiadores, de que el año 14 de la Era cristiana, Tiberio había transmitido al Senado la facultad de elegir magistrados, que correspondía a los comicios, y examina los textos de Tácito (I-14 y sig.), la recomendación del príncipe, la aclamación, el mecanismo de las elecciones en los tiempos de Augusto y Tiberio, y posteriormente hasta Trajano, y las elecciones sacerdotales, para concluir que no es sólo una mera apariencia, sino una forma de algún valor, la intervención del Senado en los nombramientos (*acclamatio*, *renuntiatio*).

FRANZ WIEACKER, Profesor de Leipzig: *Protopraxie und "jus pignoris" im klassischen Fiskalrecht*.

Las necesidades de la Hacienda de las antiguas Comunidades se remediaban con el arrendamiento en manos privadas de las contribuciones e impuestos, cuyas ventajas son innegables: no se soporta el riesgo de la insolvencia del contribuyente, se ahorran los gastos de recaudación y no hay necesidad de montar un imponente aparato financiero. Pero para asegurar la percepción era indispensable que el Fisco se proveyera de garantías (prenda, fianza) y privilegios contra los arrendatarios. De aquí las que hoy llamaríamos hipotecas generales, que permitían embargar el patrimonio de los deudores públicos, ya conocidas en las repúblicas griegas y en el Egipto Tolemaico (*protopraxia*) bajo forma registral. La responsabilidad real de los bienes presentes y futuros de los que contratan con el Fisco (*privilegium fisci*), sus características y su aproximación a la prenda romana (*pignoris vice*) son estudiados con gran erudición.

III.—PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO.

MARIO LAURIA, Profesor de Bari: *Ius gentium*.

Los juristas prestan particular relieve a una sola acepción del *jus gentium*: la de "conjunto de normas comunes a Roma y otros pueblos"; pero olvidan otros significados, limitándose a enumerar las ins-

tituciones en aquél comprendidas: compraventa, permuta, tradición, mandato, tutela, gestión de negocios, arrendamiento, sociedad, comodato, depósito, *aliaque similia*. En verdad, el *jus gentium* está en cierto modo incluido en el *jus civile*, pero se contrapone al *jus Quiritium*. No parece que el pretor peregrino fuese su creador, aunque era un Derecho aplicable a los extranjeros.

ALFRED MANIGK, Profesor de Marburgo: *Privatautonomie*.

No cree el autor que el concepto del *negocio jurídico* sea una creación de la técnica envejecida y caduca. En todas las fuentes de Derecho antiguas, desde el Código de Hamurabí, aparece llena de vida y fecunda la autonomía privada, y el negocio jurídico, con sus aplicaciones al derecho de cosas, obligaciones, familia y hereditario, se coloca en primer plano como creador de normas. El autor, que ha consagrado medio siglo al estudio de estos conceptos, apunta como jalones de la función cumplida por los actos autónomos las palabras *lex*, *contractus*, *negotium*, *nexum* y *actus legitimi*.

EMILIO BETTI, Profesor de Milán: *Bewusste Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts*.

Los negocios jurídicos en que las partes, con plena conciencia del significado y de la consecuencia de sus declaraciones, tratan de obtener una finalidad distinta de la que el tipo escogido enfoca corrientemente, rozan con las llamadas reservas mentales y los actos disimulados (donación oculta bajo una venta, por ejemplo); pero a veces se presentan como progresos de la autonomía privada, que intenta valerse de los cuadros legales para conseguir resultados específicos. El Derecho romano nos suministra casos notables de imitación de las antiguas instituciones, dotados de prodigiosa fecundidad (*mancipatio familiae*, *testamentum per aes et libram*, *emancipatio*), y abre el camino a nuestros negocios fiduciarios, que otorgan a uno de los contratantes poderes excesivos y desproporcionados con la finalidad perseguida (venta autorizada para asegurar un crédito). Para deslindar los campos, Betti fija cuatro puntos de vista, desde los cuales han de ser enfocados los supuestos en que las partes, consciente e intencionadamente, se separan de la finalidad perseguida por el negocio típico:

1.º El fin que aquéllos se proponen, ¿es lícito? 2.º ¿Es compatible con el objeto encubierto o disimulado? 3.º ¿Puede ampararse en la voluntad no expresada? 4.º Este acuerdo secreto, ¿adquiere vigor por virtud de consideraciones de equidad y buena fe? El Derecho romano atiende más a la *conducta* de las partes que a la teoría pandectista de la "voluntad verdadera".

ERICH-HANS KADEN, Profesor de Ginebra: *Die Lehre vom Vertragsschluss im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: Non videntur qui errant consentire.*

En el Derecho romano clásico, las declaraciones de voluntad que constituyen el cimiento de un negocio jurídico son apreciadas *objetivamente*, y en la interpretación del mismo no se busca la verdadera voluntad del declarante (*voluntas*) más que cuando existe ambigüedad en las palabras (*verba*). Pero las normas *interpretativas* han sido *transportadas* por los juristas al momento de la *celebración del contrato*, y se ha llegado a la consecuencia de que el contrato no nace cuando las declaraciones recíprocas, consideradas desde un ángulo *objetivo*, no se cubran. Con un magistral examen de las fórmulas "los que yerran no consienten" (*non videntur qui errant consentire*); "si hay error no hay consentimiento" (*error non habet consensum*); "la voluntad del que yerra es nula" (*errantis voluntas nulla est*), el autor llega a la conclusión de que la doctrina del error se ha desarrollado no a la sombra de la Ética a Nicomaco, sino con un marcado paralelismo y aproximación a la teoría de la violencia (*vis*) y del miedo (*metus*) como vicios del consentimiento, en un período postclásico.

AUGUST SIMONIUS, Profesor de Basilea: *Bemerkungen zur römischen Irrtumslehre.*

Frente a los especialistas del siglo XIX, nadie cree ahora que los romanos mantuvieran incondicionalmente el *dogma de la voluntad*, porque cuando la de uno de los contratantes era la consecuencia de un error desconocido para la otra, el texto del contrato se imponía como un *mandamiento* (*lex*) desligado de los precedentes que no se hubieran exteriorizado. Así la doctrina inglesa: quien por su conducta despierta en otro hombre razonable el convencimiento de que aprueba un contrato, queda obligado. Sobre esta base, el autor procura contestar

la siguiente cuestión: ¿En qué casos admitía el Derecho romano la ineficacia del contrato celebrado con error unilateral desconocido para la otra parte? Y pasa en revista el *error in materia, in substantia*, la venta de *acetum pro vino* (vinagre en vez de vino), *aes pro auro* (bronce por oro), el *error in corpore*, como contrapuesto al *error in nomine...*, y rechaza la idea de un contrato inexistente o viciado de nulidad absoluta cuando el error unilateral sea totalmente desconocido para la otra parte. Hasta los mismos juristas del tiempo de Justiniano eran menos partidarios del dogma de la voluntad de lo que se afirma, aunque se alejan del principio de la *confianza* en lo convenido.

IV.—DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE FAMILIA.

FERNAND DE VISSCHER, Profesor de Lovaina: *Aperçus sur les origines du Postliminium*.

El problema de los orígenes del *postliminium* no ha sido explorado. Esta institución arcaica aparece cabalgando sobre el Derecho de personas y el de bienes, o mejor dicho, es anterior a la división. La unidad combatiente primitiva (el guerrero, dos caballos y uno o dos esclavos) constituye la base de un privilegio concedido al padre de familias para recuperar las fuerzas sometidas a su mando y los elementos patrimoniales empleados en la guerra (esclavos, caballos, mulos y más tarde barcos). Cuando éstos eran aprehendidos por el enemigo (en tiempo de paz como en tiempo de guerra), bastaba que los hombres libres retornasen a la ciudad o que los otros *objetos* recayesen en la posesión del ciudadano (*intra fines*) para que se recobrase la posición jurídica perdida.

PIERRE NOAILLES, Profesor de París: *Juno, déesse matrimoniale des romains*.

Juno juega un importante papel en las bodas romanas y protege a las mujeres casadas. Su matrimonio con Júpiter es el prototipo de todos los matrimonios. El Derecho civil y la religión marchan estrechamente unidos en estos particulares. Las ceremonias nupciales (invocaciones, sacrificios) pertenecen a un culto privado, familiar o gentilicio y son muy distintos del rito público de la *confarreatio*. En los bajorrelieves, Juno aparece como *pronuba*, toma las manos de los

esposos y las junta (*dextrarum junctio*). A su lado figuran una serie de dioses conyugales (dii nuptiales) de menor cuantía o del momento, cuyas funciones y nombres (Juga, Domiduca, Interduca, Cinxia, Subigus, Prema, Pertunda, Perfica) escandalizaron más tarde a los Padres de la Iglesia, y también los dioses agrarios, como cuando se abre un nuevo campo al cultivo.

K. HARADA, Profesor de Tokio: *Zwei Quellenstellen zum Patronatsrecht*.

Examina dos textos justinianeos relacionados con el patronato sobre el *libertus orcinus* o esclavo emancipado directamente por el testador, y que solamente adquiriría el estado de libertad con la adición de la herencia.

V.—DERECHO DE COSAS.

GEORGES CORNIL, Profesor de Bruselas: *Du Mancipium au Dominium*.

El villorrio formado por las tres tribus (Ramnes, Tities y Luce-res), donde predominaba el elemento latino, de tipo indoeuropeo, patriarcal y agrario, se transformó hacia el siglo VII antes de Cristo en la ciudad (Urbs Roma), donde los etruscos, pueblo oriental de traficantes, piratas y guerreros, establecieron el centro de su autocracia. La antigua familia, unidad religiosa fundada por los antecesores y animada por los dioses lares y penates, comprendía la mujer e hijos. los clientes (más tarde, esclavos), las personas libres *in mancipio*, los predios (casa y campo), los animales domésticos (bueyes, caballos, mulas, asnos) y los derechos sobre fincas ajenas. El padre de familia era el titular de una potestad que tenía tanto de protectora como de autoritaria (*manus* o *mancipium*), y de un señorío sobre las cosas inanimadas (*possessio*), que le permitía disponer a su arbitrio de los objetos que tenían puramente un valor económico (*pecunia*). Esta organización latina fué transformada por las concepciones etruscas, autocráticas e individualistas; el poder tuitivo sobre los antiguos clientes se cambió en señorío total sobre los esclavos, y todos los otros elementos materiales descendieron a la categoría de mercancías (*res*). Así los dos órdenes de valores (*res Mancipi res nec Mancipi*), antes sometidos al *mancipium* y a la *possessio*, respectivamente, quedan asumidos en el *dominium*, poder arbitrario de disposición.

MAX KASER, Profesor de Münster: *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht.*

En los albores del Derecho romano, las servidumbres prediales (*iter, actus, via, aquaeductus*) no aparecieron como derechos reales en cosa ajena, sino como participaciones en la faja de terreno que cubre el camino o la conducción. Al asegurar Ulpiano que el lugar del predio no es del dominio de la persona a quien se debe, combate una concepción generalizada acaso entre los laicos. Su nombre, *jura praediorum*, su establecimiento por un acto de entrega (*dare*), su inclusión entre las cosas familiares (*mancipi*), etc., así lo prueban; y algunos autores llegan a establecer una propiedad solidaria entre el dueño del predio dominante y el del predio gravado por la servidumbre ajena. De igual modo en el usufructo, considerado como *pars dominii*, encontramos una demostración del carácter unitario de la propiedad que no sufre mermas por el derecho ajeno. La construcción de la propiedad como un haz o conjunto de derechos (*uti, frui*, etc.), agrupados en una mano, es totalmente contradictoria del desenvolvimiento romano. "El predio es mío, los frutos te pertenecen", se decía en un principio, y sólo en tiempos de la República se apoyó el derecho de usufructo sobre la distinción de la *species* y la *substantia*.

WALTER ERBE, Ayudante de la Universidad de Berlín: *Pfandverkauf und Eviktion nach Klassischen römischen Recht.*

En el año 1921 había publicado el célebre romanista italiano Guarneri Citati un estudio sobre los efectos del pacto de no responder por evicción (*pactum de non praestanda evictione*) y la regla que exime al ejecutante de la obligación de prestarla (*creditorum evictionem non debere*), llegando a la afirmación de que ni las fórmulas ni el fondo son clásicos. Al contrario, los juristas clásicos sólo liberaban al acreedor de esta responsabilidad cuando mediaba pacto expreso, y el comprador carecía de acción de retorno contra el deudor si era privado de la cosa vendida en virtud de la fiducia o de la prenda. Los bizantinos, añadía Citati, eximían al acreedor ejecutante y gravaban al deudor, que, por la venta, quedaba libre de su deuda, con las responsabilidades de la evicción. Para el autor, el título del Código (8-45): *Cred. evict non debere*, aunque haya sido formulado por Triboniano, reproduce el Derecho romano clásico. El comprador de

la cosa pignorada, una vez desposeído, nada podía exigir del acreedor pignoraticio, como si aquél hubiese asumido el riesgo de la operación. Se exceptuaban los casos de dolo del acreedor y prioridad de otro acreedor. Sobre estas bases, concluye, los bizantinos han traspasado las obligaciones por evicción al pignorante.

* * *

PEDRO DE APALATEGUI: "El pacto de reserva de dominio". *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núms. 4-5.

Como un caso de clínica jurídica presenta el veterano profesor, hoy encargado de la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad Central, un contrato de venta de material agrícola en el que la Casa constructora continúa siendo la propietaria de una máquina hasta que se satisficieren todos los plazos del precio, y el agricultor, depositario y usuario de la misma, y después de examinar el fondo del problema y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llega a las siguientes posiciones:

a) El vendedor pierde el disfrute de la cosa vendida, la libre disposición (porque sólo puede transmitir al comprador) y el puro derecho de reivindicar, mas puede vigilar la cosa e impedir su transformación o destrucción.

b) Al comprador corresponde la facultad de disfrutar y ejecutar todos los derechos de la propiedad, con la limitación exclusiva de la libre disponibilidad y transmisibilidad.

Queda, por lo tanto, centrado el pacto de reserva sobre la teoría de las prohibiciones de enajenar, lo cual equivale a colocar el problema en un terreno resbaladizo, porque son muchas las dudas que viven a la sombra de aquella teoría. ¿Es lo mismo prohibición de disponer que inembargabilidad? ¿Se trata de tipos negativos a los que no corresponde una titularidad real contrapuesta? ¿Pueden admitirse a la sombra del art. 1.255 del Código civil, con efectos reales, todas las figuras creadas por contratos? ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la extralimitación? Y esto, dejando a un lado los temas relativos al carácter de la condición (suspensiva o resolutoria), a los efectos de la quiebra del vendedor o del comprador, a las ventas realizadas, con la obligación de pagar el resto... y otros desenvueltos por el Sr. Candil en su monografía *Pactum reservati dominii*.

Es interesante seguir, en lo que va de siglo, la lucha de las distintas clases de acreedores para asegurar la efectividad de sus respectivos derechos. Los que llamamos *dinerarios* se colocan al amparo de la prenda, sin desplazamiento; los *suministradores* utilizan el pacto *reservati dominii*, y los Bancos conceden con frecuencia sus créditos sobre la garantía de una *cesión en seguridad*. Todos fuerzan los moldes del clásico Derecho civil, hacen caso omiso de las exigencias de la publicidad, y, en cierto modo, contrarían los desenvolvimientos jurídicos que la naturaleza de las cosas parece imponer en materia de garantías reales.

¿Se trata de facilitar la venta de mercancías, de adquirir un lugar privilegiado en el posible concurso de acreedores, de evitar la alarma de otros interesados o de engañar a los terceros con las operaciones clandestinas?

Lo cierto es que no en balde se fuerzan las leyes de la naturaleza y que las dificultades surgen a cada nuevo paso: cuando hay incorporación de las cosas *pignoradas* a otras libres, cuando se enajenan de buena fe (véase el art. 464 de nuestro Código civil) o cuando se llega al concurso o a la quiebra de uno de los contratantes sin haber ejercitado las respectivas acciones.

MIGUEL FENECH: *La posición del Juez en el nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*. (Espasa-Calpe, 1941. 219 páginas.)

El libro que tenemos a la vista, dedicado a Leonardo Prieto Castro, prologado por Jaime Guasp, y debido a la pluma de Miguel Fenech, reúne algunos de los más conocidos nombres de la joven ciencia procesal española, y atrae ya por ello irresistiblemente nuestra atención. Pero como si ello fuera poco, el mencionado estudio aborda uno de los temas más atrayentes de la actualidad: la posición del Juez en el nuevo Estado. Precisamente en esta REVISTA hemos puesto de relieve con frecuencia los perfiles nuevos que ya se esbozan vagamente en el horizonte jurídico político-procesal, y comprobamos con alegría y satisfacción que el Sr. Fenech, aunque nadie le gana en el conocimiento de la literatura extranjera, no ha descuidado por ello la bibliografía patria (1).

(1) Véanse, a título de ejemplo, las notas 221, 223, 231, 246, 248, 271, 274, 275, 287, 292, 296, 301, 307, 311, 345.

Fenech inicia su obra—librito según el tamaño, pero obra con arreglo a su contenido—con una introducción metodológica. Esta introducción adopta como método de trabajo la “teoría de los tipos ideales”, para la cual el material histórico sirve sólo de comprobación, pero jamás de refutación. La teoría de los tipos ideales no es, en realidad, sino una aplicación especial de nuestro método general de pensamiento. El pensamiento humano edifica con elementos reales segundas y terceras “capas del pensamiento”, que simplifican la realidad para hacer posibles cálculos sencillos. Después de haber llegado a ciertos resultados, se retransportan éstos a la realidad, lo que puede dar lugar a determinadas modificaciones (1). Pero sólo una discrepancia total de la realidad de los resultados del sistema intelectual motivará una rectificación del último, mientras que desviaciones parciales pueden ser explicadas como consecuencias de la impureza de la realidad. En esta medida, habiendo una discrepancia entre la teoría y la realidad, las palabras anecdóticas “tanto peor para la realidad”, atribuidas a Hegel, conservan todo su valor.

La primera sección trata del Estado liberal y de su justicia. El Estado liberal se caracteriza, en el entender de Fenech, por el reconocimiento de derechos individuales supraestatales, mientras que la división de poderes es sólo una institución accesorio, aunque suele existir en la realidad histórica. Fenech describe la separación de los poderes según la fórmula tradicional. No queremos dejar de mencionar que nos parece preferible la concepción de Hauriou (2), que distingue en la soberanía poderes políticos y jurídicos: los poderes políticos son el poder legislativo y el poder ejecutivo (a los cuales Hauriou piensa añadir el poder electivo); la jurisdicción es, en cambio, un poder jurídico. La jurisdicción es una forma de la soberanía del pueblo, en el ver de Hauriou (l. c. pág. 39), y no es un poder de gobierno. Al exponer la justicia liberal, Fenech distingue acertadamente al *Juez como funcionario de la actividad judicial*, investigando a continuación y separadamente las influencias del Poder legislativo y ejecutivo sobre la posición administrativa del Juez y sobre el contenido de su actividad. El liberalismo, conforme se expresa en la Historia, se opone resueltamente a cualquier influencia sobre la actividad judicial; en cambio, transi-

(1) Véase REVISTA CRÍTICA. 1941, pág. 649.

(2) *Principes de Droit Public* (segunda edición), Sirey. 1916, pág. 36.

ge en muchos países liberales con una influencia sobre la posición administrativa del Juez (nombramiento, traslado, destitución, etc.).

La sección segunda es consagrada al Estado totalitario y a su justicia. Dicha sección ocupa tres cuartas partes del libro, a diferencia de ciertos estudios extranjeros acerca del mismo tema, que prefieren una exposición detallada del sistema liberal bien conocido a la ardua exposición de la tierra incógnita de la teoría jurídica totalitaria. Pensamos, por ejemplo, en el libro de Tigges sobre la posición del Juez en el Estado moderno (1935). El Estado totalitario se caracteriza, según Fenech, en el aspecto interno, por ser *sintético* —frente a la tesis del Estado absoluto y la antítesis del Estado democrático—, *orgánico* —jerárquicamente organizado—y *democrático* —reconociendo la soberanía del pueblo; en el aspecto externo, el Estado totalitario se caracteriza por *aspirar a un Imperio* , es decir, un espacio vital hacia el que puede irradiar su idea misionera. Fenech examina luego los diferentes Estados totalitarios.

A continuación Fenech indaga la justicia en el Estado totalitario, distinguiendo de nuevo entre Juez “qua” funcionario y la actividad judicial. En el Estado totalitario, el Príncipe (el “Führer”, el “Duce”, el “Caudillo”, el “Conducator”, etc.), que no coincide siempre con el Jefe del Estado—piénsese, por ejemplo, en Italia o Rumania—, asume todos los poderes, y entre ellos también la jurisdicción.

Fenech evidencia su tesis, por ejemplo, respecto a Alemania. Además de la multitud de los argumentos esgrimidos por Fenech, podrían destacarse hoy día aún los siguientes: El “Führer” como Juez Supremo tiene el derecho de gracia, y puede abolir un proceso penal pendiente (Ley del 16-II-1934, art. 2.º, en combinación con la Ley del 1-VIII-1934 “über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs”). Según la Ley del 16-IX-1939 “zur Aenderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des Militärstrafgesetzbuchs”, se introduce en la legislación alemana un “ausserordentlicher Einspruch” (“oposición extraordinaria”) del “Führer” respecto a sentencias penales firmes (art. 3.º y segunda sección de la Ley). En virtud de esta Ley puede interponerse una oposición contra cualquier sentencia penal dentro de un plazo de un año después de la firmeza, si se estima necesario un nuevo debate y una nueva resolución a causa de graves objeciones contra el contenido de la sentencia. Una Sala especial del Tribunal Supremo resuelve luego de nuevo sobre

el caso. En asuntos militares se designa expresamente en la Ley, como titular del derecho a oponerse, al "Führer", mientras que en asuntos no militares la Ley atribuye dicho derecho al "Oberreichsanwalt" ("Fiscal del Tribunal Supremo"). Sin embargo, el "Oberreichsanwalt" actúa sólo por orden del "Führer". El mismo Freisler ("Deutsches Gemein-und Wirtschaftsrecht", 1941, pág. 224 y ss.) llama la atención sobre la importancia fundamental de esta disposición. Mencionemos de paso como otras expresiones del Estado totalitario el robustecimiento de las facultades del Tribunal, por un lado, hecho evidenciado, por ejemplo, por el art. 24 del Decreto del 1-IX-1939 (Reichsgesetzblatt I, pág. 1.660), que permite al Tribunal rechazar según su libre arbitrio cualquier proposición de prueba en el proceso penal (véase Schwarz, "Beweiserhebung und gerichtliche Aufklärungspflicht im Strafprozess", en "Deutsche Justiz", 1940, pág. 1.288), y la perforación de la santidad de la cosa juzgada, por otro lado, hecho este último ya demostrado por el mencionado derecho de oposición del "Führer" contra sentencias firmes y que se exterioriza asimismo en el Decreto del 21-II-1940 "sobre la competencia de los Tribunales penales", el cual admite la "Nichtigkeitsbeschwerde" (queja de nulidad) contra resoluciones judiciales firmes en materia penal. También merece mención la teoría alemana del Derecho procesal que quiere imponer al inculcado un deber de decir la verdad y se cristaliza en las célebres palabras de Thierfelder, aceptadas por Hegler: "El autor lucha al lado del Estado contra su propia conducta", tesis combatida por Erik Wolf ("Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren", en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1937, pág. 177 y ss.). Finalmente merece mención la Ley del 15 de julio de 1941 que permite la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles. He aquí la "publicistización" del proceso civil. En la esfera del Derecho penal destaca en Alemania sobre todo la abolición del principio "nulla poena sine lege", abolición contra la cual se expresaron en el Congreso de Derecho comparado en el Haya Bélgica, Italia, Austria, Rumania, Checoslovaquia, Hungría y los Estados Unidos, mientras que abogaban a su favor Alemania, Finlandia y Portugal (véase Dahm, "Richter und Gesetz auf dem Haager Kongress für Rechtsvergleichung", en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1937, págs. 737 y siguientes). El libro más importante en esta materia es el de Frank, bien conocido a Fenech, sobre "Nationalsozialistische Strafrechtspoli-

tik" (Munich, 1938) (La política nacionalsocialista en el campo del Derecho penal). El Partido nacionalsocialista, cuyo papel de portador de la concepción nacionalsocialista ha sido reconocido por el "Führer", crea las normas prohibitivas y preceptivas de determinadas conductas y subyacentes a los tipos legales en el Código penal, es decir, crea las normas en el sentido que Binding da a esta expresión (1. c. págs. 20, 21). Se puede distinguir a estos efectos el Partido, el Ejército y el Estado. La antijuricidad consiste en una infracción del Derecho penal del Partido, del Ejército o del Estado (1. c. págs. 30, 31). Finalmente, mencionemos el hecho de que el Decreto del 3 de abril de 1941 ha creado en Alemania el Tribunal Supremo administrativo del Reich. Sus miembros no están sujetos a instrucciones al dictar sus fallos, y emitirán su voto conforme a su conciencia y a la interpretación del Derecho, inspirada en el espíritu nacionalsocialista (véase Segismundo Royo Villanova, "Lo Contencioso-administrativo en los Estados totalitarios", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, pág. 323) (1).

Al hablar de España, hubiera podido ser mencionado el libro de Luis Legaz y Lacambra, "Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista" (Barcelona, Bosch, 1940). La Ley española sobre el testamento de José Antonio confirma la tesis de Fenech, según la que la Ley totalitaria no requiere como característica la generalidad.

Tal vez las partes más interesantes del libro sean aquellas que se refieren a la "Rechtsfindung" ("búsqueda y hallazgo del derecho"), puesto que investigan el problema de las fuentes y el de la interpretación del Derecho. Sin embargo, no podemos entrar en detalles so pena de excedernos de los acostumbrados límites de una reseña bibliográfica.

En resumidas cuentas: El libro de Fenech domina la inmensa bibliografía extranjera y patria y constituye la única tentativa de sistematizar las nuevas corrientes en tan importante materia. La obra es en todas sus partes original y profunda y una brillante aportación a la ciencia española. No creemos equivocarnos si profetizamos que el estudio de Fenech tendrá una gran influencia en la literatura jurídica, franqueando victoriosamente las fronteras de España.

LA REDACCIÓN.

(1) Véase también *Información Jurídica* (1941, núm. 8, págs. 22-23).