

1.º, la apariencia de un derecho unida; 2.º, el peligro de su insatisfacción (n. 12).

El primer requisito se satisface con un juicio de mera *probabilidad*—según la doctrina de Calamandrei, que él suscribe—. Cuanto al 2.º, la jurisprudencia portuguesa considera indispensable un juicio de *certeza*. Dos Reis juzga exagerada esta tesis, que interpreta demasiado a la letra el pensamiento de Calamandrei, quien tiene presente que un conocimiento completo y profundo pondría en grave riesgo de demora—incompatible con la urgencia de la medida—la providencia cautelar.

En los siguientes párrafos la doctrina sentada se aplica al derecho positivo de Portugal.

Valorado en conjunto, el trabajo del ilustre procesalista portugués es muy meritorio. Presidido por la claridad y por el espíritu de sistema, el análisis discriminativo es sumamente feliz, a la luz de las ideas de que se nutre.

La construcción del proceso cautelar, en sí misma, es lo que puede discutirse categóricamente. En general, se puede decir de la doctrina procesal, como de toda la doctrina jurídica, que está muy lejos de la sobriedad conceptual de la verdadera disciplina científica. Resulta difícil de explicar por qué los juristas se resisten a ir por el camino más corto. En lugar de reducir cada vez el núcleo de ideas fundamentales, la técnica del jurista es, desdichadamente, la contraria. Construyen cada capítulo como si fuese una ciencia independiente. Así se explica que veamos, de pronto, cómo una pequeña porción de cualquier disciplina se arroga una autonomía que está muy lejos de poseer y se separa del cúmulo de ideas originario.

Algo parecido está ocurriendo con la tipología procesal. Como faltan los criterios que permitan una ordenación racional, como no se establece un esquema lógico "a priori" que comprenda todas las clasificaciones posibles desde puntos de vista contenidos en la definición de Derecho Procesal, las cosas se ponen de tal manera que cada especie concreta de proceso requerirá muy pronto una ciencia nueva. Mejor que la tesis sustentada por la doctrina, estimamos distinguir el proceso "instrumental" del proceso "autónomo", según el fin material o procesal que desempeñen (*Proceso y Forma*, IV, 4, *Teoría del fraude en el proceso civil* pág. 66).

José Lois ESTEVEZ

GOMEZ MORAN, Luis.—“De la posición jurídica del menor en el Derecho comparado. Tesis doctoral de las Universidades de Madrid y Coimbra”.—Instituto Editorial Reus.—Madrid, s. f.; LIII + 445 págs.

I. Continúa el autor en esta obra la trayectoria de las que viene dedicando al Derecho de Familia con una preocupación práctica a la vez que vulgarizadora¹. El mismo nos indica en el prólogo los límites que,

1. Merece especial atención, en esta misma línea, “La Mujer en la Historia y en la Legislación”, Instituto Editorial Reus, Madrid, s. f., 658 + LIV, 34 págs. Este libro de ca-

en cuanto a la finalidad de su trabajo, se trazó; no trata de realizar una elaboración científica original ni de establecer una tesis general determinada, sino de recoger en lo esencial la regulación positiva de las materias a las que afecta el trabajo y ofrecerla, en lenguaje sencillo, al público no especializado y para el que, sin embargo, es necesario dicho conocimiento. Su finalidad primaria es que tal divulgación evite muchos litigios promovidos por ignorancia y que, en materia de Derecho de Familia, conduzca a resultados poco deseables por opuestos a la intimidad propia de las relaciones familiares, y aun a la moral familiar.

Las materias tratadas son, a grandes rasgos: clasificación de los hijos, legitimación, adopción, investigación de la paternidad, patria potestad, modos de terminación de ésta, capacidad jurídica del menor y efectos personales y patrimoniales de la patria potestad.

El método de exposición adoptado consiste en estudiar primeramente cada institución en el Derecho romano, hacer luego, si es necesaria, una referencia al Derecho germánico; pasar a continuación al Derecho histórico español y, finalmente, analizar los Derechos español, portugués, francés e italiano, a los que se contrae, por razones de utilidad y de espacio, el estudio comparativo.

El estudio versa especialmente sobre el Derecho positivo, haciendo abundantes referencias a la interpretación jurisprudencial en los distintos países, comentando brevemente los problemas y limitando muchísimo las citas doctrinales.

II. Entrando en un examen crítico de la obra, hemos de partir de la base de que la idea del autor es noble y digna de alabanza. Su trabajo, arduo a veces por la acumulación de datos, está lleno del mejor deseo. Pero no creemos, sin que esto suponga ignorar que la obra no carece de utilidad, que se trate de un libro logrado. Dado el propósito del autor, no cabe hacer una crítica inspirada en la falta de ideas originales o de una tesis general. Cabe hacer, no obstante, las siguientes observaciones:

1. El contenido de la obra no corresponde en modo alguno a su título. El deseo del autor de tratar el mayor número posible de problemas relacionados con el menor, y su predilección por el Derecho de familia, le llevan a una completa confusión de dos cuestiones: la filiación y los *status* que de ella derivan y la posición jurídica del menor. Dada la finalidad de la obra, es lógico que se haga referencia a los *status* correspondientes a los diversos tipos de hijos, ya que dichos *status* pueden matizar la posición del menor que se encuentre en cada uno de ellos; pero esto no justifica la extensión concedida a los problemas de filiación (más de la tercera parte del libro), y menos aún la confusión entre lo referente a filiación y lo

caracteres análogos al que ahora nos ocupa, es bastante más claro, tal vez por no emplear el método comparado.

Quizá extrañe el que el autor considere como incluidos en el Derecho de Familia problemas que, como los referentes a la posición del menor y a la de la mujer, no pertenecen, en sí considerados, a esa rama del Derecho civil, aunque tenga grandes relaciones con ella: de ello se derivan confusiones, como veremos al tratar de la obra ahora comentada: respecto a "La mujer en la Historia y en la Legislación", baste decir que en su mayor parte es más bien un estudio del matrimonio y de sus efectos, que de los problemas específicos referentes a la mujer.

relativo al menor en cuanto tal, confusión que se manifiesta, por ejemplo, en que se consideren comprendidos en el conjunto de derechos y deberes derivados de la patria potestad derechos que derivan de la filiación, sin hacer referencia a la posición específica del menor: así el derecho al apellido (pág. 383) y los derechos sucesorios (págs. 181 y 385). En el mismo sentido se confunde totalmente (págs. 338 ss.) el deber de alimentos que acompaña a la patria potestad y el regulado en los arts. 142 ss., C. c. Además se estudia la patria potestad y no la tutela, siendo ambas las instituciones civiles normales de protección a los menores; esto se debe también, sin duda, a la confusión con la filiación. En otras ocasiones se llega a más aún: por ej., algunas instituciones, como los alimentos (páginas 338 ss.), las legítimas (págs. 385 ss.), la desheredación (págs. 417 ss.), la preterición (págs. 420 ss.) y la colación (págs. 423 ss.), que ya de por sí no tienen nada que ver con el menor en cuanto tal, son estudiadas con una generalidad total, sin limitarse a lo correspondiente a los hijos.

2. El método del autor no nos parece muy adecuado. El método comparado, ya de por sí poco útil para una obra práctica, exige una ponderación de los principios inspiradores de cada ordenamiento, lo cual no se hace en esta obra, debido quizá, en parte, a estudiar la evolución histórica sólo en Derecho español. Al no elevarse de la cita, o de la breve exégesis, de textos y resoluciones, se olvida el concepto y significado general de las instituciones y la relación de éstas, en cada Derecho, con su evolución histórica. El no ver el sentido interno de cada institución se manifiesta, por ej., en que se fundamenta la irrenunciabilidad por parte de los padres a la administración de los bienes de los hijos (problema de Derecho familiar) en el principio del art. 1.737 C. c. español (problema de Derecho contractual) (pág. 366), y en que para decidir sobre la capacidad del menor para reconocer hijos naturales se acuda únicamente a su aptitud para la procreación (pág. 94).

Es cierto que late en la obra un gran respeto a los principios católicos en materia familiar, pero sin estructurarlos debidamente. Y sin hacer ver, en Derecho español, junto a los principios católicos los nacionales, tan esenciales en Derecho de familia.

La sistemática de la obra es deficiente, tanto en el desorden con que se tratan las materias como en la exposición: no se sigue muchas veces una línea clara, se repiten innecesariamente las citas y las ideas, se mezclan las cuestiones, se escinden otras que debían estar unidas, etc.

Tampoco la Jurisprudencia se estudia sistemáticamente y extrayendo sus principios directores. El autor se queja con frecuencia de las abundantes contradicciones en que incurre el T. S., pero sin hacer intentos de armonización y sistematización; a veces complica las cosas haciendo ver contradicciones que no existen (por ej., pág. 106, en que las sentencias citadas se refieren a asuntos distintos) o incluso citando erróneamente la doctrina de las sentencias (V., por ej., S. T. S. de 9 octubre 1908, pág. 329). Todo esto hace perder valor al meritisimo trabajo de recoger una jurisprudencia muy abundante.

3. Si bien el autor muestra, en general, un buen sentido jurídico y

una sana orientación doctrinal, hemos advertido en la obra errores que desmerecen de las virtudes antes citadas; por ej., la errónea transcripción del art. 59 C. c., que lleva al autor a no entender su contenido (página 232), el planteamiento de un problema falso por creer que el artículo 321 C. c. dice "hijas mayores de veintitrés años" (pág. 239), la aplicación de los arts. 111 y 112 C. c. a supuestos distintos de los previstos en ellos (pág. 58), la incomprensión respecto al juego de los arts. 1.261, 1.263 y 1.300 C. c. (pág. 251), la confusión entre hecho, acto y contrato, haciendo referencia al depósito (pág. 261) y la idea, poco sostenible, de que la prescripción es una renuncia tácita (pág. 373).

4. Finalmente, hemos advertido un cierto descuido en cuanto a pequeñas cuestiones, como abundancia de erratas no salvadas, falta de concordancia entre los títulos de algunos epígrafes y su contenido, etc. Preceden a la obra varios índices bastante extensos, pero que, por el criterio de su concepción, son de dudosa utilidad.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

JEMOLO.—"La coscienza giuridica".—Nápoles, 1947.

Frecuentemente se habla por juristas y no juristas de "conciencia jurídica" y de sus exigencias, sin ulteriores precisiones. El concepto, de por sí carente de contornos definidos, se esfuma todavía más cuando al tratar de concretarlo de algún modo se alude a la "conciencia jurídica de nuestro tiempo", o bien, a la "conciencia jurídica" de un pueblo determinado. De este modo, al fijar aquel concepto vago con referencias espaciales o temporales cambiantes, se acaba por tener una idea sin contenido serio. Y se corre el riesgo de encontrarnos con una frase hecha que no quiere decir nada. Por eso, se justifica un ensayo que tienda a precisar el concepto, primero, y a estudiar, después, sus diversas aplicaciones en los diferentes campos del saber jurídico.

Esto es lo que se propuso Jemolo, y lo consiguió en gran parte, con sus acostumbradas dotes de claridad, elegancia y finura jurídico-filosófica. Su ensayo, breve, pero seguro de trazos, supone una valiosa aportación. Las proporciones limitadas del estudio impidieron un mayor desenvolvimiento. Pero en él se sientan bases firmes que justifican el relieve del mismo.

Examina Jemolo previamente el valor de las expresiones, más o menos conexas con la idea de conciencia individual o colectiva: opinión pública, conciencia en sentido éticomoral y en sentido psicológico, conciencia nacional, conciencia profesional, "mentalidad jurídica", tradición jurídica, "genio nacional".

De este examen retiene el autor una nota como punto de partida: que es a la conciencia moral y no a la psicológica a la que nos referimos cada vez que se habla de conciencia jurídica, y a los imperativos éticos que dominan, o mejor, que pensamos que dominan, el campo del Derecho.

En realidad, para Jemolo, la conciencia jurídica no es otra cosa que