

PUIG BRUTAU, José: "La Jurisprudencia como fuente del Derecho" (Interpretación creadora y arbitrio judicial). Barcelona. Bosch, S. A., 1951, 252 páginas.

La sola enunciación del título de la obra ya hace pensar que nos encontramos ante un trabajo de fina y punzante observación de la realidad. Así es, en efecto; el autor manifiesta su propósito en las páginas destinadas a Introducción: "llamar la atención sobre la realidad de que la Jurisprudencia y el arbitrio judicial son fuentes del Derecho, con un alcance muy superior al que suele admitirse". La Ley no contiene todo el Derecho que en la vida se necesita. He aquí el porqué de la importancia de la "aplicación creadora" de la norma jurídica y de la "interpretación" de la misma.

El trabajo del señor Puig Brutau viene dividido en cuatro capítulos, destinados, respectivamente, a tratar de: "La observación de la realidad jurídica", "el origen procesal del Derecho sustantivo", el "diverso alcance del arbitrio judicial según las clases de normas aplicables" y el "carácter progresivo de la Jurisprudencia española".

Digamos dos palabras en torno al contenido de cada uno de los capítulos. El capítulo I (págs. 15-77), como los restantes, está, a su vez, dividido en apartados. En el primero de éstos, después de referirse a unas ideas del juez americano Cardoso, señala que en toda aplicación de una norma se encierra un cierto anacronismo, ya que rara vez las circunstancias en que se aplica son idénticas a las que justificaron la creación de la norma cuando ésta se dictó. Se requiere, pues, una labor de adaptación de la norma a "los casos". Esta labor que llevan a cabo los profesionales del Derecho da lugar a una "creación jurídica permanente", al "Derecho de los juristas", que constituye la fuente primaria del Derecho objetivo.

Esta es la idea clave que preside la obra y toda ella se destina a mantenerla en la más alta posición.

Describe a continuación la tendencia del "legal realism" anglosajón, o doctrina de la realidad jurídica, cuya aspiración fundamental es demostrar a toda costa cómo son los Tribunales los creadores del Derecho.

En las páginas que siguen compara someramente el "legal realism" con la Escuela del Derecho libre y con la Jurisprudencia de intereses. Recoge ideas de Jerome Frank y manifiesta que, tanto en países de Derecho codificado como de Derecho del caso (case law), cabe perfectamente que en la aplicación de la Ley el juez *elija y cree* la premisa mayor a base de un principio de justicia y equidad. "Los jueces no son libres para resolver los casos de manera arbitraria..., pero, al mismo tiempo..., son y es preciso que en cierta manera sean libres para poder ser justos".

Hasta la terminación del capítulo continúa examinando los postulados del "legal realism" anglosajón. Entresacamos esta concepción. En la aplicación del Derecho o se trata de un caso subsumible plenamente en la norma, en cuya hipótesis estamos ante una mera aplicación mecánica, o, de lo contrario, se crea el Derecho para el caso particular.

Finaliza este primer capítulo con un amplio examen y glosa de la afirmación del ya citado J. Frank, de que no hay más Derecho subjetivo que el que reconocen los Tribunales, lo cual le da pie para fijarse en la verdadera esencia del proceso como lucha de astucia que ha sustituido a la lucha de fuerza.

Capítulo II (págs. 79-169).

A base de una inversión del aforismo "Ubi ius ibi remedium", por el contrario, "Ubi remedium ibi ius", recalca la importancia del "solvitur ambulando" y dice que el Derecho objetivo crece y se desarrolla estrechamente vinculado a la resolución de cada caso concreto...

Llegamos así a las páginas más interesantes de la obra: las destinadas a hacer un estudio comparativo del Derecho romano y el Derecho anglosajón, en cuanto a la aparente subordinación, que en ambos se da, de los derechos a las acciones. Se fija y coloca frente a frente estas instituciones: Legislación (Lex, Statute Law) y Derecho de juristas (Ius, Common Law); Ius Honarium o Ius Praetorium y Equity anglosajona; "Fórmula" del Procedimiento formulario romano y "Writ" del canciller anglosajón; y, por último, la acción concedida por el canciller "in consimili casu" y la actio in factum del pretor romano.

Refiriéndose al Derecho Codificado y al que llama "Derecho de juristas" (case law) recalca lo que ya páginas atrás quedó indicado: que el Derecho se forma gracias a la constante actividad creadora de los juristas prácticos. El creer, dice, que el juez sólo aplica el Derecho sin crearlo, es un hecho que diariamente desmiente la realidad. La adaptación del Derecho por los Tribunales al caso concreto en una sentencia es "creación" del mismo.

Precisamente por el respeto a la letra de la Ley y la falsa creencia de que ésta sobrevive al continuo evolucionar de la realidad, es por lo que la técnica de las ficciones ha contribuido decisivamente al progreso del Derecho.

En el capítulo III (págs. 171-220) estudia el distinto alcance del arbitrio judicial según la clase de norma a aplicar, recogiendo y explicando la clasificación de Roscoe Pound: reglas en el más estricto sentido, principios de Derecho o puntos de partida del razonamiento jurídico, conceptos o categorías de calificación jurídica, standards o prototipos de conducta.

A continuación se refiere a una clasificación de F. Robison que contrapone la orientación del Juez en un país de Derecho Codificado, y en un país de "case law". En el primero se orienta por proverbios generales; en el segundo, por parábolas, anécdotas o casos ilustrativos. En los países de "case law" no es que no existan principios generales; lo que sucede es que no se hallan adscritos a una determinada expresión verbal, sino que se inducen de una serie de casos ilustrativos (parábolas, de Robison).

El capítulo IV y último (págs. 221-237), después de atacar la excesiva valoración que se da al Derecho Codificado, la lógica formal y el doctrinarismo académico, afirma que el Juez no puede renunciar nunca a su función creadora ante el rígido verbalismo que "pretende ser" el Derecho. Refiriéndose ya en concreto a nuestra Jurisprudencia, ve en ella una auténtica y pri-

mordial fuente del Derecho. Cita algunas sentencias en apoyo de su aserto, y dice, para terminar: "En síntesis creemos poder afirmar que también nuestro Derecho civil es, en cierta e indudable medida, un Derecho hecho por los jueces, o, en un sentido más amplio, un Derecho cuya incesante evolución es obra de los juristas" (se refiere al "profesional" del Derecho).

Hasta aquí hemos intentado reseñar a grandes rasgos los aspectos más destacados de la obra del señor Puig Brotan. ¿Qué decir, en conclusión, de su trabajo? En conjunto se trata de una aportación meritoria a la que el autor dedica su profunda formación jurídica. Quizá en ella haya una excesiva supervaloración de la labor del jurista práctico, pero esto más que defecto es cuestión de punto de vista.

No dudamos que el libro ha de ser bien acogido en el terreno de nuestra producción científica. Sus páginas revelan, para su autor, una profunda cultura jurídica, un amplio conocimiento de la bibliografía anglosajona (reiterada y abundantemente citada a lo largo de toda la obra) y una infrecuente habilidad en la defensa de sus conclusiones. Un defecto, que para muchos no lo será, encontramos en el libro: es la exagerada indiferencia que en sus páginas se respira hacia el Derecho Legislado y hacia la Doctrina Jurídica.

El trabajo del señor Puig Brutau, mereciendo en conjunto el calificativo de "bueno", estimamos que ha de ser muy diversamente enjuiciado por los diversos sectores de la vida jurídica. Provocará entusiasmo entre los juristas profesionales, será estimado como se merece por el aficionado a "inútiles construcciones académicas" y será, quizá, recibido con recelo por un legislador celoso de su alta misión. A todos, sin embargo, recomendamos su lectura; tenemos la seguridad de que nos agradecerán tal recomendación.

Carlos MELON INFANTE,
Profesor ayudante de Derecho civil.

REVISTA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. número 5, mayo-agosto 1951.—Instituto de Estudios Políticos.

El quinto número de la Revista de Administración Pública sigue la trayectoria de los precedentes, conservando su misma estructura. Entre los estudios que publica, destacamos el de Fairén Guillén—El régimen de montes y la alera foral de Aragón hasta el Código Civil—por la vecindad del tema con el contenido del ANUARIO. La misma razón justifica la reseña de la monografía de Villar Palasí, sobre la eficacia de la concesión y la cláusula "sin perjuicio de terceros".

FAIRÉN GULLÉN, V.: *El régimen de montes y alera foral de Aragón hasta el Código Civil.*

Definido el derecho de alera foral por el art. 16 del Apéndice foral vigente para Aragón, como una servidumbre de pastos voluntaria, predial, discontinua y positiva, cuyos titulares son los pueblos o entidades socia-