

condición como requisito discriminativo), el sistema del llamado «matrimonio concordatario», la doctrina del renvío, y la del matrimonio canónico como hecho jurídico. Todas ellas son expuestas con gran detalle, agotando la bibliografía sobre la materia, finalizando con apreciaciones críticas.

Por último, expone y fundamenta su tesis: la celebración del matrimonio canónico es por sí causa unívoca y adecuada de la consecución efectiva de los efectos civiles, en cuanto que a esa celebración considerada como hecho jurídico atribuye el Estado tal eficacia, lo cual es aceptado positivamente por la Iglesia. Todo el sistema del matrimonio concordatario reposa en una combinada manifestación de voluntad de la Iglesia y del Estado que se actúa en tres momentos; por parte del Estado, el primero es el Concordato y las leyes de aplicación; el segundo es la orden dirigida al encargado del Registro civil para la transcripción —la cual no influye directamente sobre la producción de efectos civiles, que es consecuencia inmediata del primer momento—, y el tercero es la realización efectiva de la transcripción, que es un acto de la administración a través del Oficial del Registro Civil; por parte de la Iglesia, también ve el autor tres momentos distintos: la aceptación de la ley civil y el permitir la consecución efectiva de los efectos civiles en sede de derecho objetivo y vinculante, la instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos en la que se prescribe al párroco que contribuya a la transcripción mediante la transmisión oficial del acta de matrimonio, y —en tercer lugar— la actividad del mismo párroco, órgano de la Iglesia, que procede a la redacción del acta y a la transmisión de la misma, actividad también necesaria e insustituible para que la transcripción consiga su forma jurídica.

Por lo que se refiere al derecho concordatario italiano, la tesis del autor nos parece sostenible, y desde luego está sólidamente fundamentada (para el Derecho español ver la obra de Sancho Rebullida citada, págs. 173 y siguientes); únicamente echamos de menos algunas indicaciones sobre lo que puede llamarse «Derecho Concordatario comparado», pues, tanto en la doctrina portuguesa, como en la española, hay aportaciones doctrinales que hubieran sido útiles al autor.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

ESSER, Josef: «Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts». *Rechtsvergleichendes Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre.* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956. XX más 394 págs.

Con algún retraso, pero sin que haya perdido actualidad, se da cuenta de la publicación de este libro. Ha de interesar a quienes importe seguir el pensamiento de la moderna doctrina alemana y no puede desconocerlo nadie que se ocupe seriamente de la teoría general del Derecho. Obra importante, del grupo pequeño y escogido en que están las que aportan nuevas ideas y hacen pensar de nuevo los problemas de siempre, de las que enriquecen al lector, aunque se discrepe de sus conclusiones o se tachen de inexactas e incompletos ciertos datos o detalles.

El título «Principio y norma en el desarrollo judicial del Derecho privado» y el subtítulo «Aportación de Derecho comparado a las doctrinas de las fuentes del Derecho y de la interpretación», indican el objeto estudiado y el método de investigación seguido. Con este trabajo —se nos dice— inicia la Asociación Alemana de Derecho Comparado, sección de Investigaciones fundamentales, una serie de publicaciones sobre los problemas de la comparación de la doctrina general y sobre las cuestiones básicas de la comparación jurídica.

El profesor Esser ha pensado que la comparación jurídica de la jurisprudencia estaba destinada a salvar el abismo existente entre la Filosofía del Derecho especulativa y la comparación material positivista y, también, de camino —aunque no lo diga abiertamente— a renovar la doctrina sobre fuentes e interpretación del Derecho. Optimismo no sin bases, pues el profesor es autor de un importante tratado de Filosofía del Derecho (1), de una obra valiosa sobre Derecho civil (2) y ha podido utilizar las mejores bibliotecas alemanas y la del Instituto para la unificación del Derecho privado de Roma, especializadas en Derecho comparado.

El concepto de principio se determina conforme al método de la comparación jurídica, único científico, según el autor. Para ello, se tienen en cuenta las consideraciones «fundamentales» de la práctica y los principios, máximas y axiomas de la doctrina; reglas doctrinales, construcciones científicas, principios políticos, nacionales, los peculiares de una institución; de modo, que se incluyan en el mismo acervo, la subrogación real, el negocio jurídico, la publicidad, la accesoriadad de los derechos prendarios y las «regulae» acumuladas en los repertorios. La clasificación y tipificación de los principios se hace distinguiendo: los immanentes o propios de cada institución y los que son meras «guías»; los principios materiales y los principios técnicos o principios axiomáticos y heurísticos. Todos los principios se caracterizan por carecer de propia fuerza normativa. Su importancia resulta de que sirven para la formación o desarrollo del Derecho, del codificado y del «judge made law». En ambos sistemas, lo primario es el acto de volición («hunch») del Juez o Tribunal.

La idea central de la obra es la importancia decisiva de la función judicial para crear o desarrollar el Derecho. Los jueces continentales afirman hipócriticamente su «fidelidad a la ley», los del «common law» no se ocultan detrás de las leyes para afirmar las reglas que han creado; pero es lo mismo, la jurisprudencia es fuente jurídica, la que en verdad fija la realidad del Derecho, mediante la llamada interpretación de las leyes, el «leading case» y la formulación de principios. Los principios, por sí, son extrapositivos; adquieren fuerza normativa sólo al aparecer en el razona-

(1) Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie. Wien, 1949. Sobre este libro, extensa nota en Bibliografía de este ANUARIO, III, 3 (1950), págs. 773-777, 1950. Elementi di Diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico; Le garanzie della dogmatica del diritto e il cosiddetto formalismo giuridico; Metodo e tecnica d'interpretazione nella giurisprudenza; estudios interesantes por contener el germen de las ideas desarrolladas en la obra reseñada. Publicados en Nuova Ri. D. Comm.: 5 (1952), págs. 1, 284; 7 (1954), página 244.

(2) BGB Schuldrecht. Allgemeiner Teil und Besonderer Teil. Karlsruhe, 1949.

miento con el que se justifican los fallos judiciales. La casuística, la jurisprudencia constante, es la que da valor de «disposición jurídica», la que «positiva» al principio, haciéndolo institucional. Después, interviene la dogmática para «racionalizar» la regla creada por la casuística. Aquella será la que permita el desarrollo del pensamiento jurídico y que el principio objetivado sirva de base para el desenvolvimiento y formación de la tradición conceptual.

El estudio de la jurisprudencia continental y la de los países del «common law» hace pensar al autor que las diferencias entre ambos sistemas no existen como hasta ahora se había creído; al contrario, en casi todos los problemas planteados las soluciones coinciden y, respecto de ellas, se encuentran principios comunes. Con el método propuesto del pensar problemático respecto a la casuística, completado con la construcción deductiva dogmática, advierte Esser semejanzas tan grandes en todos los Derechos, que ellas le inducen a la afirmación de principios universales jurídicos. Se nos anuncia la formación de un nuevo Derecho común apolítico, cuya materia prima está en la casuística judicial comparada y cuya elaboración teórica compete a la doctrina de la comparación del Derecho. Puede contarse ya con la posibilidad de proporcionar así a la práctica unos principios universalmente reconocidos. Principios que servirían para resolver los problemas doctrinales y prácticos, hasta ahora creídos insolubles, en el Derecho internacional público, y en el Derecho internacional privado, que serán, además, las reglas aplicables por los Tribunales de arbitraje internacional. De este modo, se ofrece un próximo futuro optimista, un nuevo «milentium» de superación de nacionalismos, en el que vencida la tiranía legalista, reinarán principios jurídicos universales, creados por los jueces y formulados por los dogmáticos.

La exposición hecha, fría y esquemática, no puede dar una idea exacta de la obra, ni siquiera del pensamiento de Esser, pues se pierden en ella matices y transiciones, medias tintas, correcciones internas y también su tono personal, reprimida pasión que hace vibrar muchos de sus párrafos: tampoco se puede transmitir la impresión que origina la variada riqueza de sugerencias sobre las más diversas materias y la extraordinaria erudición exhibida. Estudio de Derecho comparado, se coleccionan muchos datos sobre legislación y doctrina de diferentes países, especialmente completos respecto al Derecho alemán y al estadounidense; en cambio, lamentablemente pobres e inexactos sobre el Derecho español. Libro muy extenso, mayor todavía de lo que parece por el número de sus páginas, gracias a su «letra chica» y a las numerosas notas; se extiende en digresiones sobre temas especiales, como significado de la retórica en el Derecho romano, enriquecimiento sin causa, responsabilidad por los riesgos creados, declaración de igualdad de los sexos en la Constitución alemana, y otros temas que han preocupado especialmente al autor.

El libro que se reseña, probablemente será objeto de controversia, pues los autores se verán forzados a tomar partido frente a sus extremas aserciones. Aquí también parece debida una apreciación crítica de las teorías de Esser; mas para hacerla documentadamente habría que salirte tanto de los límites señalados por la Redacción del Anuario para las notas biblio-

gráficas, que ha parecido preferible desglosar las consideraciones y observaciones ya preparadas y llevarlas a la sección de notas críticas, donde está permitida una mayor extensión y detenimiento en el comentario.

F. DE C.

FORSSIUS, Gustav: «Le Code Suédois du Mariage». Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955; 93 págs.

El derecho de familia de los países nórdicos —poco conocido, en general, en España— ofrece la interesante característica de una sensible uniformidad; tanto más de apreciar, cuanto que esta materia es de las de unificación más difícil. Como nos advierte el autor en el prefacio, el Código del Matrimonio, en vigor en Suecia desde 1921, es el resultado típico de una armonización legislativa entre los países escandinavos. Juristas suecos, daneses y noruegos fueron designados en 1910 por sus respectivos Gobiernos para elaborar un proyecto común de leyes reguladoras de la conclusión y disolución del matrimonio. Las legislaciones actuales de los tres países escandinavos en materia de matrimonio, resultado de esta colaboración inter-escandinava, no son enteramente idénticas, pero sus diferencias son insignificantes de suerte que se ha llegado a una cuasi-unificación legislativa. En el Derecho Internacional Privado ello tiene su reflejo en la Convención de Estocolmo de 6 de febrero de 1931 referente al matrimonio, a la adopción y a la tutela. A las indicaciones de Forssius debe añadirse que Islandia y Finlandia entran también en la órbita de los países antes citados (cfr. Boschan, «Europäisches Familienrecht», 2.^a edición, 1954, páginas 50 y 123).

La presente traducción nos ofrece, vertidos al francés, todos los preceptos del Código sueco del Matrimonio con las modificaciones habidas hasta 1954. Este Código fué promulgado con una ley de introducción de 11 de junio de 1920, y está en vigor desde 1.^o de enero de 1921. Dicta también normas en materia de derecho económico matrimonial. Consta de 16 capítulos referentes a los esponsales, a los impedimentos, a la publicación de edictos, a la celebración del matrimonio, a las disposiciones generales relativas al estatuto jurídico de los cónyuges, a los bienes de los cónyuges, a las deudas de los cónyuges, a las convenciones matrimoniales y otros actos legales entre cónyuges, a la separación de bienes, a la anulación del matrimonio, a la separación de cuerpos y al divorcio, a la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, a la partición de bienes, a la mediación entre los cónyuges, a las normas de procedimiento y a las disposiciones generales.

Sin entrar a exponer el contenido del derecho sueco del matrimonio, queremos hacer constar algunas particularidades sobresalientes. La existencia de los llamados «bienes matrimoniales» y la institución del «mediador entre los cónyuges». Los primeros están regulados en el capítulo VI, definiéndose en su artículo 1.^o como los bienes que un cónyuge posee al celebrarse el matrimonio o que adquiera posteriormente y que no se reputen