

A. RESEÑAS

D'Ons, Xavier, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho romano* (monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, 54, Santiago de Compostela 1979), 120 págs.

No es una "memoria traslaticia" sobre concepto, método y fuentes de la asignatura que los candidatos a las cátedras en las Universidades españolas han de presentar por escrito y explicar, además, ante el tribunal sino, como escribe su autor, se trata de un trabajo programático en el que da a conocer las directrices generales sobre las que ha encauzado y piensa encauzar su propia investigación y docencia. El que suscribe ha sido "impulsor contra corriente" de la publicación de este breve libro que se lee con agrado por quienes estamos convencidos de que la actual utilidad del Derecho romano en la enseñanza universitaria "estriba en la peculiar *forma mentis* que debemos tratar de imprimir en nuestros alumnos" por cuanto los introduce de lleno en la mentalidad jurídica "lo que supone ante todo una compenetración del estilo terminológico, más que un conocimiento total del vocabulario, y una cierta intuición acerca de la lógica jurisprudencial".

El autor trata con soltura todos los temas propios de una "Memoria" de esta especie a la altura de los tiempos. He aquí puntos que más han atraído mi atención.

De acuerdo con las más recientes investigaciones, sitúa en los años del emperador Adriano el momento en que tiene lugar el giro hacia la concepción autocrática de la normatividad que implica un espectacular auge de la *cognitio extra ordinem*, determinadora, aparte de numerosas innovaciones jurisprudenciales a partir de la segunda mitad del siglo II d. C., de la aparición de obritas con las reglas esenciales que el ahora juez-funcionario ha de observar para decidir. La "canonización" de estas reglas es, sin embargo, tardía: Escolios Sinaíticos 17, emplea por vez primera la expresión "canonizar" respecto a un texto de Ulpiano. Los bizantinos construyen sobre dichas reglas su sistema jurídico acogido abiertamente por Justiniano y siglos más tarde, el Derecho Natural Racionalista las recibe como "dogmas".

El Derecho romano, como ciencia jurídica, exige un sistema conceptual sin olvidar el tratamiento histórico-crítico. El estudio depurado de los textos obliga a una revisión continua del orden sistemático vinculado a la historia. Este equilibrio renovable entre sistema e historia contribuye a crear una mentalidad jurídica capaz de abordar el estudio del derecho positivo actual conscientes de su contingencia.

Es partidario de la investigación por problemas textuales o por problemas indirectamente presentados por los textos, es decir, de la investigación *more germanico*; menos de la investigación por instituciones, tan abundante en la romanística italiana.

Enraizado en la más pura tradición de los juristas, insiste en la validez pedagógica del método casuístico, aunque no ignora que la burocratización de la jurisprudencia y la institucionalización de la enseñanza en la que ya no se intenta crear derecho, sino enseñar a aplicarlo, provoca, incluso en época clásica, la aparición de obras de *Institutiones*.

El autor no tiene por qué ocultar la tradición intelectual de su familia. "Todo lo que no es tradición, es plagio" escribía su insigne abuelo don Eugenio d'Ors. Califica humildemente el trabajo que comentamos de complemento a los *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, publicados por su padre don Alvaro d'Ors en 1943 que, como consta en la dedicatoria, ha enseñado a su hijo y a otros, profundamente agradecidos, la grandeza y servidumbre del oficio universitario. La comprobación de los esfuerzos profesoriales en la formación de los alumnos —aludidos asimismo en la dedicatoria— compensa con creces los mínimos sinsabores del mundo académico.

JESÚS BURILLO

VALIÑO, Emilio, *El comentario de Gayo al edicto provincial*. Edición, traducción y notas (Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, Valencia 1979), 145 págs.

El volumen contiene una edición palingenésica del enigmático comentario de Gayo *Ad edictum provinciale*, con texto latino en páginas pares y traducción castellana en las impares. Al primero se agregan notas del editor en que se consignan denuncias de interpolaciones en el texto, lugares paralelos o de algún modo relacionados, y anotaciones de diversa índole para la mejor comprensión histórica y jurídica de algunos pasajes, todo con referencias bibliográficas. La edición palingenésica sigue de cerca la de Lenel en su *Palingenesia iuris civilis* y la traducción castellana, la de D'Ors y otros en su *El digesto de Justiniano*. Dicha traducción, como ya su modelo, incorpora en el texto castellano mismo elementos para la mejor comprensión de la traducción que se reconocen por ir entre guiones. Precede a la edición una presentación del A. dedicada a dar cuenta de los pormenores editoriales y del estado de la cuestión en torno a esta obra gayana, a través de la relación de la moderna bibliografía romanística. Este libro va dedicado a los profesores y estudiantes, "principalmente españoles e hispanoamericanos, como instrumento de trabajo utilizable en seminarios, de pocos y selectos alumnos, con el fin de que puedan imaginar o descubrir nuevos puntos de vista o criterios relativos al enigma de esta obra de Cayo...". Es indudable que así puede ser y resulta deseable que, como lo dice el A., esta edición sirva para estimular los estudios en torno a esta pieza literario-jurídica de la antigua Roma, que, al igual que otros libros del mismo autor, plantea graves problemas, los cuales, por otro lado, comienzan por el autor mismo.

A. G.

VALIÑO, Emilio, *Instituciones de derecho privado romano* (Valencia 1978), 635 págs.

Se trata de un nuevo manual generado bajo el influjo poderoso (o mejor, autorizado) de Alvaro D'Ors, pues el A. pertenece a la vasta serie de discípulos españoles e hispanoamericanos formados en las enseñanzas de aquel maestro. La obra, en consecuencia, sigue la sistemática romanística orsiana, a saber: una parte relativamente reducida dedicada a la historia del sistema político y de las fuentes del derecho romano; otra, a las acciones y al procedimiento; y luego tres partes consagradas cada una, a la propiedad y los derechos reales; a la herencia, incluyendo aquí, como introducción, el tratamiento de la familia y las personas; y a las obligaciones y sus fuentes.

Salvo en contados casos, el manual carece de citas bibliográficas y de fuentes, pues él está dirigido al uso de los estudiantes y se trata, por lo demás, de una edición destinada a perfeccionarse con el transcurso de los años, lo cual evidentemente desaconsejaba la agregación de aparatos.

Es notoria la claridad expositiva del libro, la sólida y vasta doctrina que lo anima y su modernidad. El A. siente, en ocasiones, especial interés en establecer comparaciones entre realidades jurídicas romanas y contemporáneas y en ilustrar sus exposiciones con el recurso a ejemplos. En suma, es éste un muy recomendable manual de estudio romanístico para los estudiantes y un excelente instrumento para el profesor.

A. G.

B. NOTICIAS DE REVISTAS

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte rom. Abt., 95 (Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar 1978), 574 págs.

Del índice: BEHREND, O., *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*; FRIER, Bruce W. *Tenat's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law*; HONSELL, TH., *Gemeinwohl und öffentliches im klassischen römischen Recht*; KASER, M., *Zum römischen Grabrecht*; LIEBS, D., *Amterkauf und Amterpatronage in der Spätantike. Propaganda und Sachzwang bei Julian dem Abtrünnigen*; MEYER, H., *Die Strafklagekonsumption beim Repetundendelikt und die Rechtsregel, "bis de eadem re ne sit actio"*; WOLFF, H. J., *Polis und civitas*; DÜLL, R., *Zu Gaius, den iudicia der Leegisaktionen und zum Vorformularprozess*; RÖHLE, R., *Impraesentiarum*; SCHUBERT, W., *Windscheids Briefe an Planck und seine für Planck bestimmten Stellungnahmen zum Schuldrechtssystem und zum Besitzrecht der 1. BGB-Kommission.*

Red.

Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 3^e série, t. 25 (Bruxelles, Office International de Librairie 1978), 367 + dos págs.

Del índice: Droits de l'Orient ancien: BUCCI, O., *L'attività legislativa del sovrano achemenide e gli Archivi reali persiani*; DAUBE, D.: *Historical Aspects of Informal Marriage*; SZLECHTER, E.: *Les lois d'Eshnunna. Droit romain*: BAUMAN, R. A.: *Five Pronouncement by P. Mucius Scaevola*; EVANS-JONES, R.: *The Prefatory Section of D. 16,3: Depositum vel contra*; LEWIS, N.: *The Imperial Apokrima*; LITEWSKY, W.: *Les effets juridiques du pactum ne societate abeatur*; MAC CORMACK, G.: *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*; VAN DE WIEL, C.: *La légitimation para mariage subséquent, de Constantin a Justinien. Sa réception sporadique dans le droit byzantin.* La tercera parte está dedicada a crónicas.

Red.

**2. BIBLIOGRAFIA SOBRE HISTORIA DEL
DERECHO Y DEL PENSAMIENTO
JURIDICO**

A. RESEÑAS

ALVAREZ DE MORALES, Antonio, *La Ilustración y la reforma de la universidad en la España del siglo XVIII* (2ª ed. aumentada. Edersa, Jaen 1979), 301 págs.

Formando parte de un estudio más amplio que abarca la génesis y el desarrollo de la universidad española contemporánea, como el A. lo señalaba en la introducción a la primera edición, en la obra que reseñamos se aboca sólo a las reformas universitarias de la Ilustración española en los reinados de Carlos III y de Carlos IV. Esta segunda edición se ajusta fundamentalmente a lo que fue la primera, respetando su estructura, añadiendo lo que se ha considerado más importante en las nuevas investigaciones del A. sobre el tema, además de una puesta al día de la bibliografía y algunas matizaciones.

Dividida en cinco capítulos, en el primero se analiza la situación y causas de la decadencia de la universidad española en el siglo XVIII para lo cual nos esboza el A. el estado general de las universidades, señalando algunas de estas causas como el temor a la novedad, abandono de la docencia, la concesión de grados otorgados sin las mínimas exigencias científicas y lo que llama perniciosa influencia ejercida por los colegios mayores. El resto del capítulo lo utiliza para extenderse sobre el gobierno de las universidades, los estudiantes, los catedráticos, las facultades y los colegios.

Descrita la situación de hecho de estas casas de estudio en el siglo XVIII, el capítulo segundo lo dedica al análisis de los fundamentos de la reforma universitaria de Carlos III. Destaca en él, el planteamiento general sobre la nueva concepción de la universidad para la Ilustración que el A. resume en dos puntos: la centralización de la universidad en el Estado como toda cuestión de dimensión nacional y la misión que le corresponde en la sociedad en que vive, esto es, no sólo la enseñanza sino también la investigación.

El capítulo tercero, el más extenso, nos introduce ya en la realización de la reforma, su desarrollo y el fracaso de la misma entre cuyas causas se mencionan la fuerza de la reacción y la debilidad del equipo gobernante además de la falta de preparación de los reformadores. Finaliza aquí el capítulo con la reforma de los colegios mayores que seguirá la misma suerte.

El capítulo siguiente se dedica a la reforma extrauniversitaria, la que se llevará a cabo tras el fracaso de la universitaria. Los Reales Estudios de San Isidro, el proyecto de una universidad en Madrid y el impulso de los estudios científicos de las Sociedades de Amigos del País y otras instituciones

extrauniversitarias (Juntas de Comercio, Academias) son los temas aquí tratados.

El último capítulo trata de la política universitaria del reinado de Carlos IV. La transformación de las universidades en focos revolucionarios, la supresión de las cátedras de derecho Natural y de Gentes, los nuevos planes de reforma que aparecen bajo el reinado de este monarca (Jovellanos, Caballero) y el desarrollo del plan general de reforma de 1807 son los hechos en torno a los cuales se centra este capítulo con el cual finaliza esta obra.

C. S.

BRAVO LIRA, Bernardino, *Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile 1924-1973* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1978), 320 págs.

El autor estudia en este libro uno de los temas centrales de la historia contemporánea de Chile: las instituciones políticas del período 1924-73. La obra consta de una breve introducción, dos partes medulares tituladas: *De la nueva constitución al nuevo régimen de gobierno* y *De los partidos de cuño parlamentario a los partidos de cuño ideológico*, de una síntesis y conclusiones y de un epílogo.

La introducción está dedicada a presentar el objeto y método del trabajo. Se señala que sobre el tema existe una rica bibliografía jurídica, pero muy escasos y limitados estudios históricos. Lo cual es, por lo demás, del todo explicable dado que se trata de una época todavía muy reciente. Dentro del período indicado se distinguen dos grandes aspectos: la configuración institucional del régimen de gobierno entre los años 1924 y 1932 y su trayectoria institucional desde 1933 hasta 1973.

En materia metodológica se precisa que al estudiar las instituciones se las considera "como realizaciones históricas y no como simples modelos teóricos. Por eso la exposición se atiene a las diversas alternativas que suele ofrecer su trayectoria, tales como, conformación, consolidación, crisis, decadencia, resurgimiento, descomposición o restauración" (p. 12). Lo cual justifica, según el autor, el empleo de ciertas expresiones que no son usuales para referirse a la realidad institucional chilena, entre las cuales están: "gobierno de partido, estatismo presidencial, partidos de tipo parlamentario, partidos de tipo ideológico, oligarquías partidistas, gobierno fuerte" (p. 12). Respecto a esta última hay que hacer notar que ya fue empleada por Portales en el siglo pasado y es muy frecuente en la pluma de Alberto Edwards, el autor de la *Frontera aristocrática. Historia política de Chile*, aparecida en 1927.

La primera parte ofrece un panorama de los esfuerzos por configurar un régimen de gobierno entre los años 1924 y 1932. Se abre con un análisis de la transformación del parlamento en un instrumento de los partidos políticos bajo la constitución de 1833. Luego se entra en materia al tratar de la obra de los constituyentes de 1925, quienes, según el autor, se limitaron a reformar apresuradamente la referida constitución de 1833, para substituir el régimen parlamentario por el presidencial. A lo cual se opusieron los principales partidos políticos de entonces. Por eso, la constitución en definitiva fue impuesta contra su sentir. Tan es así que en el plebiscito a que fue sometida se abstuvo de votar el 55,1% de los inscritos. Carece pues de fundamento la afirmación tantas veces repetida sin mayor examen, de que la constitución fue aprobada por una amplia mayoría. Ella es consecuencia de considerar tan sólo los votos

afirmativos que sumaron ciertamente un 93% de los sufragios emitidos, pero que representaban únicamente un 42,2 de los inscritos.

Sin embargo la situación es más compleja todavía. Por una parte, de hecho la constitución no correspondió a las intenciones de los constituyentes, porque sancionó el manejo del parlamento por los partidos, mientras por otra parte, la oposición de estos últimos no se mantuvo después de su promulgación. Antes bien, desde ese momento se transformaron en campeones de su aplicación, porque esperaban que el restablecimiento del parlamento les permitiera recuperar su influencia.

Pese a lo anterior, no bastó la promulgación de la constitución en septiembre de 1925 para dar forma al régimen de gobierno. El examen de los cuatro intentos sucesivos de poner en práctica la constitución debe destacarse como uno de los trozos más logrados de la obra. El primero fue promovido por los partidos sobre la base de un presidente que correspondiera a sus ideales, Emiliano Figueroa, entre los años 1925 y 1927 y terminó en un fracaso. Llegó entonces la hora de un hombre fuerte, superior a los partidos, el Coronel Ibáñez, que gobernó desde 1927 hasta 1931 sin conseguir tampoco asentar un régimen de gobierno, aunque, como destaca el autor, su gestión fue eminentemente realizadora y tuvo una significación institucional superior a la constitución de 1925. A continuación se repitió en 1931 una tentativa de los partidos, con Juan Esteban Montero, análoga a la de 1925-27, que también fracasó.

Finalmente en 1932 se produjo un cuarto intento distinto de los anteriores: "No fue promovido tan sólo por un hombre con condiciones para asumir por sí solo el gobierno, como lo fue Ibáñez, ni tan sólo por los partidos deseosos de volver a dirigir el gobierno, como ocurrió con Figueroa y Montero. Esta vez se combinaron ambas cosas, porque los partidos se asociaron a una empresa al frente de la cual se colocó Arturo Alessandri" (p. 38). "De este suerte se reconstituyó en torno a Arturo Alessandri un núcleo muy semejante al que había sustentado al antiguo régimen parlamentario" (p. 37).

Pero, en último término, la razón de que esta cuarta tentativa obtuviera resultados es de orden institucional: "El hecho de que esta vez se hallara un modo de institucionalizar el juego entre la acción presidencial y la acción partidista, sin que el presidente tuviera que subordinarse a los partidos ni los partidos al presidente" . . . (p. 38). "En una palabra, se entendió que la gestión presidencial debía contar con respaldo partidista y, por tanto, que una parte importante y primordial dentro del papel del presidente como cabeza del gobierno consistía en buscar y obtener la colaboración de los partidos para llevarla adelante. De la misma manera se entendió que parte importante y primordial del papel de los partidos era concurrir a dar gobierno al país.

La aceptación de este principio dio forma institucional a la trilogía presidente-Parlamento-partidos, sobre la cual descansó el régimen de gobierno diseñado por los constituyentes de 1925. Suministró una manera permanente de conjugar esos tres elementos: un presidente encargado de dirigir el gobierno, un Parlamento manejado por los partidos y unos partidos que concurren al gobierno a través de negociaciones directas con el presidente. En cuanto esta fórmula se impuso como algo superior a las personas que se desempeñaron en la presidencia, en el Parlamento y en las directivas partidistas, constituyó un principio jurídico en el sentido más genuino de la expresión" (p. 41).

El análisis institucional del régimen se completa con una descripción de la figura institucional de este nuevo tipo de presidente, capacitado para negociar directamente con los partidos y de la forma en que la encarnaron cada uno de los ocho mandatarios que se sucedieron en el mando desde Alessandri hasta Allende en las cuatro décadas comprendidas entre 1932 y 1973. Finalmente se recalca el papel de los factores extraconstitucionales en la configuración del régimen de gobierno y en su ulterior descomposición. Todo este estudio institucional del régimen es notable por su penetración y revela as-

pectos hasta ahora inadvertidos o desconocidos, que en adelante constitucionalistas e historiadores deberán tener en cuenta.

La segunda parte de la obra es más extensa. En ella se analiza el papel de los partidos en la vida institucional del régimen. Se distinguen dos tipos de partidos, los partidos parlamentarios y los partidos ideológicos y se propone una división del periodo 1932-73 en tres etapas, a saber: época de estabilización del régimen 1932-1952, en la cual predominan los partidos parlamentarios; época de crisis del régimen 1952-63, en la cual decaen los partidos parlamentarios sin ser reemplazados todavía por los partidos ideológicos y época de descomposición del régimen 1963-73, en la cual predominan los partidos ideológicos.

El autor coincide con la reciente *Historia de Chile* de Fernando Silva Vargas, en hacer ver que la estabilización del régimen se debió a los partidos sobrevivientes de la época parlamentaria: conservadores, radicales y liberales principalmente. Es muy certera la descripción de estos partidos parlamentarios: "No tanto a causa de su preferencia por ese régimen de gobierno, ya de por sí bastante reveladora, como por su creencia en la virtud de la discusión, el poder de los argumentos y la ventaja de los compromisos" (p. 58). Un análisis de los resultados electorales permite fijar cronológicamente el predominio de estos partidos desde 1932 hasta las elecciones de 1950 y su progresivo desgaste en los años posteriores. Pero se echa de menos un estudio de las razones de su decadencia. A este respecto habría que haber analizado entre otras cosas, la división del partido conservador y el giro hacia la izquierda del partido radical después de las elecciones de 1950, a que se refiere el ex presidente González Videla en sus *Memorias*.

En cambio es muy novedoso el estudio de los partidos ideológicos, por la información que aporta, la minuciosidad con que analiza el contenido de sus documentos oficiales y su expansión en el campo gremial y electoral. Aparece en primer término que en el mismo año 1933 se reconstituye el partido comunista, se forma el partido socialista y nace el movimiento de la juventud conservadora, que luego se transformó en la falange nacional y finalmente en 1958 en el partido demócrata-cristiano. En segundo término, estos partidos tuvieron su principal fuerza en el campo gremial desde 1933 hasta 1963. Por último, en la década 1963-73 su poderío electoral superó a su poderío gremial, lo que permitió que se transformaran en partidos gobernantes, primero la democracia cristiana en el sexenio 1964-70 y luego los comunistas y socialistas en el trienio 1970-73. Es curioso observar que la votación de estos partidos se mantuvo sin mayores fluctuaciones desde 1965 hasta 1973, en un 50% de los electores inscritos, pues el retroceso porcentual de la Democracia Cristiana se compensó con un aumento de los partidos marxistas. "Entre 1967 y 1971 socialistas y comunistas aumentaron su caudal electoral en un 11%, pero con ello apenas hicieron otra cosa que reemplazar las pérdidas de la Democracia Cristiana, que bajó un 10%" (p. 122).

Según el autor la acción de estos partidos transformó el proceso electoral. "Sufragio popular y representación popular terminaron por adquirir una significación puramente numérica. En definitiva, los partidos y las oligarquías que los encabezaban midieron su fuerza y su poderío por la cantidad de votos que conseguían captar y por la docilidad de los parlamentarios y regidores que con ellos conseguían elegir... la subordinación de los representantes populares a estas oligarquías a las cuales debían su elección, tiene por precio el rebajamiento de electores y elegidos, que resulta de sobreponer el recuento mecánico de votos u opiniones al sopesar metódico de razones. Así se ve claramente en el Parlamento, donde la atención se desplaza de los grandes debates al estilo del siglo XIX a la elemental operación de dar el voto. Diputados y senadores abandonan la sala durante la discusión y acuden, en cambio, a la hora de la votación. No interesa escuchar razones, sino computar sufragios, pues

de ordinario los asuntos importantes están decididos de antemano por los dirigentes de partido. Este es un indicio más de la muerte del espíritu parlamentario y su reemplazo por la disciplina partidista" (n. 127-28).

Los contrastes entre estos partidos ideológicos y los antiguos partidos parlamentarios son múltiples. "Difieren de los antiguos en que su fundamento es una ideología y no una red de relaciones y contactos entre hombres de temperamentos y convicciones afines. Antes que militantes para el partido buscan adeptos para una ideología... El papel y la significación de la ideología son siempre los mismos, cualquiera que sean su contenido y sus portadores. *Esta suministra su fundamento último a la posición de los dirigentes dentro del partido y a la posición del partido dentro de la sociedad*" (p. 76, lo subrayado es nuestro). Como se ve el calificativo de ideológico no alude tan sólo a la presencia de un ideal político o de un planteamiento doctrinario, como el que tiene cualquier partido, sino a un elemento institucional fundamental, cuya "fuerza institucional radica en una identificación de la propia ideología con los intereses del pueblo... que convierte automáticamente a sus depositarios en guía del partido y al partido en guía del pueblo..." (p. 76). En consecuencia, estos partidos "tienen lenguaje, maneras, ceremonias, celebraciones y hasta tratamientos como el de *compañero* o *camaradas* reservados a ellos mismos, de los cuales no se puede prescindir sin desentonar. Tienen libros, maestros y héroes propios y practican el culto de sus fundadores, de sus profetas y de los muertos por su causa. Cuentan con centros de adoctrinamiento, donde defienden su propia concepción de la vida, instituciones de solidaridad mutua y una incipiente burocracia, todo lo cual supone, a su vez, presupuesto, financiamiento y recursos propios. Más aún, son capaces de mantener grupos armados o fuerzas de choque, como las milicias de los años 30 o las brigadas de los años 70. En suma, el partido puede llegar a ser para sus militantes una especie de patria en pequeño, con héroes, emblemas, instituciones, oligarquías y un inconfundible *partiotismo*, si se permite la expresión" (p. 82-83). Esta descripción —tan lograda— había adquirido mayor precisión, si el autor hubiera intentado ampliarla con datos sobre el financiamiento económico de estos partidos, lo que por cierto supondría una nueva investigación.

Además estos partidos ideológicos tienen una actitud distinta a los partidos parlamentarios frente al régimen de gobierno. "Su meta no es gobernar dentro del régimen establecido sino transformarlo: establecer una nueva fórmula de gobierno de partido, un régimen de monopartido, que excluya la negociación interpartidista y sancione el predominio temporal o perpetuo de un partido gobernante. De ahí que entre estos partidos no sea posible una acción conjunta para sostener el régimen de gobierno establecido, sino únicamente para alterar sus fundamentos. Por eso los avances de la democracia cristiana y del marxismo no se tradujeron en una renovación del régimen sino en un deterioro del mismo. Sería injusto acusarlos por ello. El predominio de estos partidos era incompatible con la subsistencia del régimen. Al menos sus ideólogos y dirigentes fueron lo bastante consecuentes para no ver en el gobierno sino un instrumento para imponer desde arriba sus propios ideales. Por eso centraron sus esfuerzos en la lucha por el poder y se propusieron llevar a cabo una revolución por la vía legal" (p. 72).

Después de estudiar la influencia de estos partidos en el campo gremial y electoral, esto último en unas páginas sobresalientes por su vigor y penetración, donde se expone el mecanismo de "descalificación de las minorías", "descalificación de las reformas" y "descalificación de los oponentes" (p. 128 a 131), se pasa a analizar su influencia en el régimen de gobierno.

"El manejo del gobierno por los partidos ideológicos culminó en un desplazamiento de la legalidad que escapó al dominio de sus oligarquías dirigentes. Al intentar imponer desde arriba, por las vías legales, su propia ideología, estas oligarquías gobernantes se encontraron con una resistencia más fuerte

y más generalizada que la que podían oponerles sus rivales en el campo electoral. Se encontraron con la resistencia de otra legalidad, anterior y superior a los partidos, que tenía sus representantes en las instituciones: las asociaciones no sujetas al dominio del partido gobernante; la judicatura, extraña a todo partidismo; las instituciones estatales y paraestatales, en cuanto contaban con personal de carrera ajeno al partidismo; y, por último, las Fuerzas Armadas, también opuestas a dejarse transformar en instrumento de un partido, aunque éste estuviera en posesión del gobierno.

Esta situación se fue haciendo cada vez más tensa hasta comprometer la subsistencia del régimen de gobierno. Por mucho tiempo estuvo en manos de las oligarquías rectoras del o los partidos gobernantes aflojar o aguzar esta presión ejercida desde el gobierno contra las instituciones establecidas. Aquí tuvo el presidente últimas oportunidades de asumir su papel de garante del orden instituido frente a esos partidos y sus oligarquías dirigentes. Pero en la medida en que él mismo se dejó arrastrar a la condición de ejecutor de un programa partidista, dependió sobre todo de las oligarquías el que la disociación de la legalidad llegara hasta el extremo de no hallar salida dentro del régimen de gobierno existente.

Por varios años las oligarquías partidistas creyeron que podrían resolver el problema anónimamente por la vía electoral, donde su dominio era incontestable. Así, en octubre de 1969, cuando el autoacuertelamiento del Tacna —*tacnazo*— todos los partidos, salvo el socialista, se apresuraron a expresar su respaldo al presidente Frei, sin duda por tener cifradas sus esperanzas en la próxima elección presidencial de septiembre de 1970... Pero la esperanza de una solución electoral se esfumó definitivamente con las elecciones parlamentarias de marzo de 1973, las últimas del período. En junio siguiente ni siquiera los partidos respaldaron al presidente Allende, cuando los tanques del Regimiento Blindado N° 2 llegaron hasta la Moneda —*tacnazo*—. Antes bien, se renovó entonces la acusación de ilegitimidad del gobierno, al que la Corte Suprema había representado públicamente hacía poco más de un mes, el 26 de mayo: 'no ya la crisis del Estado de Derecho, como se representó a S. E. en el oficio anterior, sino una perentoria e inminente quiebra de la juridicidad del país' y el Cuerpo de Generales y Almirantes en retiro, dos días después, había representado también públicamente el grave deterioro de la seguridad nacional, 'opinión que comparten quienes fueron nuestros subalternos', vale decir, los mandos de las Fuerzas Armadas en servicio activo... finalmente la propia Cámara de Diputados acordó denunciar también la destrucción de 'elementos esenciales de la institucionalidad y del Estado de Derecho'.

Así llegó el momento en que la decisión escapó a los partidos gobernantes, para los cuales la única razón de ser de su actuación en el gobierno era imponer su ideología. En la medida en que esto era imposible sin acudir a la fuerza, la decisión recayó sobre las instituciones armadas... Si las instituciones armadas se inclinaban del lado del gobierno, las oligarquías partidistas que disponían del mismo podrían transformar o desmontar violentamente, de acuerdo a su ideología y sin contracciones legales, las instituciones que se les oponían. Si por el contrario, las Fuerzas Armadas se inclinaban del lado del derecho superior a los partidos, representado por esas instituciones, las oligarquías ideológicas tendrían que abandonar su empresa y sus partidos, el gobierno" (p. 136-38).

En la síntesis y conclusiones se ofrece una visión panorámica de la evolución de las instituciones políticas de Chile desde 1924 hasta 1973. Merece destacarse la descripción institucional de la última fase del régimen que corresponde a la década 1963-73.

"Desde que llegan al gobierno estos partidos (ideológicos) substituyen la búsqueda del bien común por los dictados de su propia ideología. De ahí que gobernar no sea para ellos un tarea común de todos, en la que cada uno parti-

cipa según su propia condición, sino *la oportunidad histórica de un partido para imponer a todos un programa* trazado de antemano por sus dirigentes de acuerdo a su propia ideología. Como ejecutores del mismo, sólo se admite a quienes comparten su ideología y se subordinan a sus dirigentes. De esta manera, por primera vez se considera que las materias de gobierno y de Estado no son de la competencia de los partidos en general, sino asunto exclusivo del o los partidos gobernantes.

Se ingresa así en la última fase del régimen, en la cual el gobierno de partido adopta una nueva forma: desaparecen las antiguas negociaciones interpartidistas para dejar paso al monopolio de un partido o combinación de partidos gobernantes. Con ello, al gobierno compartido entre las oligarquías partidistas sucede el gobierno de una oligarquía dominante. En cuanto esta nueva forma de gobierno de partido descansa sobre una base monopartidista, pierde su razón de ser la tensión entre el presidente y los partidos. Así, a esta nueva forma de gobierno de partido corresponde un nuevo tipo de presidente: el presidente ejecutor de un programa partidista.

En la medida en que el presidente se subordinó efectivamente al partido o partidos gobernantes, el estatismo presidencial cedió paso al estatismo partidista. En contraste con el anterior, éste no se refiere tan sólo al régimen de gobierno, sino que aspira a proyectarse a todas las instituciones fundamentales. Su radio de acción no se limita al aparato estatal y paraestatal dependiente del presidente. Además pretende abarcar a la población entera a través de una red de organizaciones manejadas por el partido que cubran la totalidad de sus actividades. Con este objeto, los partidos gobernantes intentaron por una parte instrumentalizar en su favor el movimiento asociativo en sus distintas vertientes: laboral, cultural, gremial, deportiva, vecinal y demás. Por otra parte, intentaron agrupar nuevos sectores de la población dentro de una organización única, de adscripción obligatoria, como fueron los nuevos colegios profesionales y los registros nacionales. Asimismo, su acción se extendió a las corporaciones universitarias y municipales, amenazando con anexarlas a la Administración estatal, como instituciones dependientes de un Ministerio. En estas condiciones la subsistencia de la judicatura y de las Fuerzas Armadas como islotes marginados del gobierno partidista se tornó cada vez más precaria" (p. 175-6).

El epílogo se refiere a la situación institucional de Chile después de 1973 y concretamente a las bases para configurar un nuevo régimen de gobierno.

La obra está apoyada en un aparato crítico de gran solidez, que consulta cerca de 500 publicaciones, desde libros, memorias y folletos hasta documentos, artículos de diarios y revistas e información estadística. Dentro de este conjunto, verdaderamente impresionante, se echa de menos una revisión más minuciosa de la prensa del período. En todo caso habría sido de gran utilidad un índice de personajes y de obras citadas, que facilitara el manejo de la obra.

Finalmente, el libro incluye un importante anexo documental y cuadros de los resultados de las elecciones presidenciales de 1925 hasta 1970 y de las elecciones parlamentarias y municipales desde 1925 hasta 1973.

En resumen, se trata de una obra elaborada con sumo rigor metódico que constituye un avance apreciable en el conocimiento de un período de la historia chilena que recién comienza a estudiarse. Por su riqueza de contenido y la penetración del análisis recuerda a la ya mencionada *Fronza aristocrática* de Edwards, de la que constituye una continuación en el medio siglo comprendido entre 1924 y 1973. Sin embargo, presenta una gran diferencia con ella: en lugar de ser una historia política de Chile, es una historia institucional.

D'Ors, Alvaro, *Ensayos de teoría política* (Eunsa, Pamplona 1979), 306 págs.

Célebre como romanista, el Autor nos depara en esta obra diversos ensayos que a través de su vida universitaria ha ido realizando sobre temas de política, los más de teoría general, pero sin descuidar algunos de gran actualidad. Siempre perspicaces y agudos nos muestran estos *Ensayos* el pensamiento político de quien tras una larga experiencia —y unida a un trato constante y profundo de lo clásico— trata de aportar una renovación a los tan manidos temas de la política del diario vivir a través de ideas sencillas pero fundamentales, yendo a la esencia de los problemas y desmitificando tanta noción convertida hoy en mero “slogan” publicitario para el uso del vulgo.

Luego de un ensayo introductorio sobre la ubicación sistemática dentro del sistema de las ciencias de algunas de ellas, tales como el derecho, la política, la ciencia de la organización, y la sociología (poniendo de relieve a la Política como una ciencia humana —y no social— y prudencial, ciencia de la prudencia gubernativa en sus distintos aspectos, con todas las consecuencias que ello conlleva), entra D'Ors en los ensayos propiamente de teoría política. Entre éstos los hay en clara incidencia histórica, v.gr. “Guerra y política en la Antigüedad clásica” (33-56), “Cicerón, sobre el estado de excepción” (153-175), “Tyrannís” (177-192), y otros de tipo más conceptual, entre los que destacan por su agudeza “El problema de la representación política” (223-240), “Legitimidad” (135-152), “La libertad” (201-222), sin faltar algunos con claras resonancias actuales como “Autonomía de las personas y señorío del territorio” (241-259), o “Gabriel o del reino” (261-300); otros, en fin, conciernen a una temática por demás querida al Autor, tales “Sobre el no estatismo de Roma” (57-77), “Inauguratio” (79-94) y “En torno a las raíces romanas de la colegialidad” (95-109); completa el volumen un trabajo filológico sobre “Las traducciones de “exousía” en el Nuevo Testamento” (123-133) referente al vocable potestad, y uno brevísimo pero esencial para conocer en forma reducida pero en lo fundamental el pensamiento político de D'Ors, “Doce proposiciones sobre el poder” (11-121). Es sobre éste que quisiéramos detenernos aquí, pues incide sobre el meollo de lo político.

Comienza el maestro de Navarra señalando que llámase “poder” la disposición personal de los medios necesarios para organizar efectivamente la convivencia de un grupo social, efectividad de suyo ciertamente relativa y no perfecta.

Dado su eminente carácter directivo esa función del “poder” suele hábersele desde antiguo equiparada con la del timonel de una nave¹, de allí su nombre de “gobierno”, función directiva siempre personal, lo que conduce a la inmediata afirmación de la responsabilidad que ella implica.

Dicho “poder” se presenta en forma plural, sea que surja naturalmente con mayor o menor autonomía o resulte por delegación derivada de un poder más pleno: con ello se afirma así una ampliación de lo que podría ser el monopolio oficial que detenta el Estado, al reconocerse la existencia de poderes naturales (emanados o fruto de la naturaleza social del ser humano), y además —y ello aparece fundamental— que al presentarse ese poder en forma plural, importa tanto diferencias de plenitud y de modos de actuación cuanto relaciones de coordinación y subordinación, regidas por el principio de subsidiariedad. Aquí el A. no ahonda sobre este principio (tan actual entre nosotros) esencial en la adecuada perspectiva de la libertad política y sobre el cual el pensa-

¹ Ello lo ha puesto de relieve no ha mucho C. M. Moschetti, *Gubernare navem, gubernare rem publicam* (Giuffré, Milano 1966).

miento católico ha fundamentado su idea de organización social, pues lo ha desarrollado en otro lugar tiempo atrás ².

En tanto tal "poder" es aceptado por el grupo por él organizado, se llama "potestad", y en la medida que ella se constituya por la mera voluntad de quienes integran el grupo social se manifiesta éste como sociedad, regida exclusivamente por reglas convencionales y mudables, o sea por el principio de legalidad, pues presupone una simple sociedad de individuos; en tanto si la potestad deriva de una exigencia natural tradicionalmente impuesta —no dependiendo de la convención actual del grupo— este grupo se manifiesta como comunidad, regida ésta por el principio de legitimidad ³.

D'Ors plantea aquí su tesis central, sobre la que ha escrito numerosas bellas páginas en otras ocasiones ⁴: "el reconocimiento social del poder, que lo convierte en potestad, depende de la convicción expresada por su saber personal socialmente reconocido que se llama autoridad". Es en esta distinción —sobre la cual ha insistido un poco ⁵— donde cree hallar "la clave de la recta filosofía política" ("Legitimidad", 152), clave fundamental de toda organización humana y también de la política ("Inauguratio", 85), distinción primordial entre la autoridad del consejero, del que aconseja (consilium ⁶), y la potestad del gobernante, y cuya recta independencia permitirá una adecuada libertad política, allí donde precisamente parece fracasada hoy la llamada "separación de poderes", por lo irreal de su sostenimiento (idem 119). La autoridad viene a ser el saber socialmente reconocido, en tanto la potestad —cuya forma suprema fuera en Roma el imperium— es el poder socialmente reconocido: "El Estado moderno ha necesitado para imponerse eliminar esta distinción —nos advierte D'Ors— y fundir el poder con el saber: pero de esta eliminación de toda posible tensión entre potestad y autoridad ha sido consecuencia la pérdida de una verdadera libertad, por falta de posible apelación, diríamos, a la autoridad contra los abusos de la potestad" ("Inauguratio" cit. 85).

Esta distinción que D'Ors hace —trayéndonos a la memoria, como excelso romanista que es, toda la riquísima experiencia política de la Roma republicana, donde la auctoritas patrum venía a implicar un verdadero control superior de la actividad ejecutiva de los magistrados que ejercían a través de la potestas, del imperium— me parece que asume fundamental importancia en nuestra época si quisiéramos rectificar tanto camino desvariado en la estructuración política contemporánea: es notorio que la auctoritas no reside ya de modo alguno en los Parlamentos —cuya representación política no resiste el menor análisis ⁷ y cuya crisis es algo también indiscutible ⁸; en cambio sí apa-

² Vid. sus *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (Roma-Madrid, 1973), 109 ss.; en *Una introducción al estudio del derecho* (Rialp, Madrid 1963), 157-160, ya exponía brevemente este principio bajo la forma de un "guion para un coloquio" (2a. ed. Valparaíso, 1976).

³ En *Legitimidad*, 135-152 (que fuera publicado en *Revista de Derecho Público* (Santiago de Chile) 24 (1978) 43-57) realiza D'Ors un certero análisis de la legitimidad y de la legalidad, entroncándose ello con las ideas de autoridad y potestad.

⁴ *Introducción* cit., y en espec. *Escritos varios* cit.

⁵ Vid. v. gr. en estos mismos *Ensayos* los cap. IV: *Inauguratio*, V: *En torno a las raíces*, y VIII: *Legitimidad*.

⁶ En torno cit. 108s.; *Inauguratio* cit. 87.

⁷ *El problema de la representación política* cit. 223-240; también ahora en *Rev. de Derecho Público* 28 (1980). Sobre representación política vid. también el aporte fundamental de E. Voegelin, *Nueva ciencia de la política* (Rialp, Madrid, 1968), cap. I a III.

⁸ Vid. G. Fernández de la Mora, *La crisis del parlamentarismo*, en *Rev. de Derecho Público* 27 (1980), 53-81.

recería la judicatura (siempre que sea independiente, imparcial y docta, esto es sapiente, idónea) como la única posibilidad real de asumir hoy tal calidad de "autoridad": control de la potestas, por su saber calificado, su rol prudencial y su misión de velar por la justicia. En la medida que una judicatura —especialmente la suprema— tenga esas características habrá alguna posibilidad cierta de asegurar la libertad política de los ciudadanos y obtener el bien común de todos y cada uno de ellos⁹.

Para terminar, concluye el autor con una afirmación fundamental: para el recto desarrollo de la libertad personal de todo el grupo aparece necesario que la potestad tenga apoyo en la autoridad, pero no se confunda con ella, confusión que constituye uno de los excesos típicos del Estado moderno y que conduce normalmente a concebir la ciencia en instrumento de poder y fácilmente en instrumento de opresión, fecunda siempre en resultados totalitarios y aniquiladores de libertad (me atrevería a decir que Platón y la Europa oriental se maridan en este aspecto en paradójico ayuntamiento).

"El más grave problema de la vida política moderna estriba precisamente en no querer reconocer esta necesaria escisión entre la prudencia de la potestad y la de la autoridad... se pretende dar potestad al técnico como simple complemento del gobernante, en vez de mantenerlo en su propio papel de simple consejero... Prefiere tener al sabio como harúspice que como augur... Para que la libertad subsista, los sabios no deben gobernar, sino aconsejar con su autoridad, y controlar con su función de consejo, aunque no se lo pidan, los actos de la potestad. El abuso contrario es integrar al sabio en el gobierno, lo que con mayor o menor acierto, en cuanto a las ocasiones o personas, se ha venido motejando de "tecnocracia"... el abuso de la tecnología de hoy no es más que un nuevo aspecto de la pertinaz confusión entre la potestad y la autoridad".

Y en todo ello ha de campear la prudencia, esa virtud hoy tan desconocida, y sin embargo tan esencial para el recto entendimiento de lo político: prudencia del que gobierna, al elegir bien y realizar bien los consejos de la autoridad, prudencia del que aconseja aconsejando bien, esto es indicándole lo que resulta posible y más conveniente para el bien común, o sea el bien total del grupo.

Vuelve a los clásicos y serás eterno: la época actual, más inquieta por lo mudable que por lo sólido y permanente, no parece muy propicia para ello; pero ha de reconocerse que sólo volviendo a lo perenne de lo humano es que podremos continuar siendo humanos; lo contrario, sólo bestializa y aniquila. ¿No es esta obra de D'Ors una muestra de esa necesaria reacción que debemos asumir ante tanta vulgaridad incluso en lo político, obnubilado como está por ideas dieciochescas hoy enteramente obsoletas y probadamente fracasadas?

EDUARDO SOTO KLOSS

FIORAVANTI, Maurizio *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco* (Giuffrè, Milano 1979), 432 págs.

Suele decirse que el siglo XIX fue en Alemania un siglo jurídico, y de gran viveza intelectual, capaz de discutir sobre el método y sobre la finalidad del derecho en la realidad social; prueba de ello ha sido entre otras la escuela

⁹ Ciertamente ello parece un tanto improbable entre nosotros, por no darse en la debida medida aquello de "saber muy calificado".

llamada histórica, la pandectística, el surgimiento de la célebre escuela del derecho público, la figura cumbre de von Gierke y la idea de la *Genossenschaft*, etc.

La obra de Fioravanti, integrada a la colección que dirige el Prof. P. Grossi bajo el título "Para la historia del pensamiento jurídico moderno", tiene por finalidad estudiar, dentro del riquísimo material que depara el Ocho-cientos germánico, esa veta abundantísima de la presencia siempre vivaz de los juristas en la elaboración de una nueva teoría del Estado, y que originaría la famosa escuela alemana del Derecho Público, de tanta influencia incluso en el extranjero (v. gr. Francia con Carré de Malberg, o Italia con V. E. Orlando).

Señala el A. como una de las características que es posible observar en dicho siglo germánico la de que un numeroso sector de la reflexión político-jurídica pensaba que el paso del viejo al nuevo orden podría ser gradual y orgánico, diferenciándose así enteramente de la dramática experiencia francesa. Los portaestandartes de esta tendencia fueron precisamente en su gran mayoría juristas, que creyeron posible una visión exclusivamente jurídica del proceso histórico, ya permitiendo el desarrollo de una sociedad industrial, ya imaginando la construcción de un Estado constitucional. Y de la cual fue von Savigny el momento inicial y la pandectística tal vez su momento más feliz.

Fue en dos direcciones que esta *Rechtswissenschaft* adquirió desarrollo: en la ausencia de codificación, la cultura jurídica vendría a constituir el elemento unificante, y en especial dicha *scientia iuris* vendría a elaborar una relevante teoría del Estado. Es a este segundo aspecto que Fioravanti dedica su libro todo, ensayando de mostrar el modo por el cual los juristas alemanes del siglo XIX tuvieron un papel preponderante, de protagonistas en la elaboración de un pensamiento sobre el Estado.

Savigny fue sólo un punto de partida ya que su interés estaba siempre dedicado al derecho privado; valga recordar que incluso al referirse a las personas jurídicas sólo piensa en las privadas, excluyendo al Estado y a las que hoy conocemos como personas jurídicas de derecho público¹. Y es que para von Savigny no parecía posible entender el Derecho como simple acto de voluntad del poder político, o mero instrumento de reforma de los equilibrios existentes en la sociedad civil. Lo público, según él, no sería posible hacerlo objeto de ciencia o de consideración científica y que constituiría nada más que un medio de revolución social².

La conciencia jurídica, esa *Gemeinschaft*, se expresaría precisamente en el derecho privado, el cual si lograba un desarrollo sustancialmente unitario sa-

¹ Vid. al respecto F. Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi ed in F.C. Von Savigny*, en *Scritti giuridici minori* (Giuffrè, Milano 1936) II, 5-90. Ya en 1837 Albrecht, uno de los "siete de Göttingen", en la recensión a la obra de Maurenbrecher *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* veía al Estado como persona jurídica, atribuyéndole la soberanía, para escapar así tanto a la soberanía del pueblo como a la del monarca; ello según los claros ideales de los Germanistas de configurar un Estado nacional, armonizando rey y pueblo, en su visión organicista. Von Gierke, en este aspecto estudiaría detenidamente dicho organicismo, descubriendo sus raíces medievales (vid. en castellano v. gr. *Teorías políticas de la edad media* (Introducción de Maitland, Huemul, Buenos Aires 1963).

² Puede advertirse en ello cierta influencia kantiana en Savigny; esta primacía de lo privado se opondrá totalmente al pensamiento hegeliano y la primacía de lo público como consecuencia de la exaltación del Estado. Para Hegel, el Estado no es considerado ya como el marco histórico-orgánico al interior del cual se mueven los componentes de un determinado Volk, sino como un sujeto que ha de actuar activamente sobre las contradicciones de la sociedad civil: de allí la necesidad de su función mediadora, a través de la legislación y de la actividad administrativa.

bría ser un baluarte verdaderamente cohesionado de la colectividad frente a la disgregante voluntad del gobierno: ello sería un camino eficaz para evitar que los trágicos sucesos del 1789 se repitiesen en Alemania.

Con la ascensión del poder prusiano, hacia 1860, y su voluntad política de unificación alemana, los juristas advirtieron que no era posible dejar de lado el estudio también jurídico de lo público.

Aun si ya hacia la década del 1830 von Mohl —en una perspectiva opuesta a Hegel, pero tampoco en la línea sociológica de von Savigny— comenzaba a publicar sus trabajos dedicados a la *Polizeiwissenschaft* (2ª ed. ya en 1844/45) y al *Rechtsstaat*³, fue sobre todo con von Gerber (1865⁴) que adquirió el Derecho Público carta de ciudadanía en la *Rechtswissenschaft*.

Con rara lucidez advierte von Gerber —que había sido privatista y corifeo de la escuela histórica— que el antiguo esquema de Savigny lleva a la ruina, pues no se trata de oponer lo privado a lo público, el *Volksgeist* a la voluntad del gobernante: de seguir así, los juristas se transformarán en meros exegetas de la voluntad estatal y dejarían de asumir esa tarea central de portavoces de la conciencia jurídica del pueblo que habían desarrollado con sin igual brillo antes de 1848. De lo que se trata es, en cambio, de construir una verdadera noción “jurídica” del Estado, y que el Estado mismo se hiciere intérprete de dicho *Volk*, de aquella conciencia jurídica colectiva.

Corifeo de Savigny, lleva von Gerber al Estado el centro del sistema de relaciones de voluntad —tal como sucede en la visión privatista— en una perspectiva organicista, donde la sociedad civil es concebida no como sistema de necesidades sino en tanto comunidad orgánicamente desarrollada, identificada en el Estado persona: el Estado deviene así la nación jurídicamente organizada⁵. La realidad publicista, de esta manera, se traducirá en un sistema de relaciones de voluntad pero no al modo hegeliano sino impuesto sobre los datos histórico-culturales que no en los económicos, en una visión no de conflicto entre estado y sociedad sino de natural identificación⁶.

Puesto que se concibe la relación estado-sociedad no al modo de una lucha de intereses contrapuestos sino de integración para la unidad, la afirmación de la subjetividad estatal⁷ llevará a la ciencia jurídica —la *Rechtswissenschaft* ya ganada para lo público con von Gerber— a situarse nuevamente al centro del proceso constitucional, tomando de la realidad histórico-política

³ En 1855 publicaría *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*.

⁴ En dicho año publica su fundamental *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (Leipzig), donde plantea los lineamientos dogmáticos fundamentales de un derecho público común alemán (hay reedición Aalen, 1969). En 1852 el Gerber hasta ese entonces privatista publicaba su *Über Öffentliche Rechte*, donde negaba la posibilidad —dada la realidad existente en esa época— de una consideración científico-jurídica de un pretendido derecho público.

⁵ “En el Estado un pueblo obtiene el ordenamiento jurídico de su vida comunitaria”, siendo el Estado “el pueblo mismo en su configuración política”.

⁶ Debe ello ponerse en relación con esa “libertad germánica” de que hablaría el llamado liberalismo organicista alemán (vid. v.gr. E.W. Böckenförde, *La storiografía constitucional tedesca nel secolo decimonono* (trad. P. Schiera, Giuffrè, Milano 1970, cap. III, 111-135).

⁷ Para la construcción jurídica del Estado ha de vincularse necesariamente el hecho de darse relaciones de voluntad entre el Estado y los ciudadanos con la capacidad de los sujetos; de allí que el Estado ha de tener su propia capacidad de volición, su propia personalidad, por lo cual no será ya posible, entonces, concebir el derecho público sin su conexión necesaria con la personalidad del Estado. Esta personalidad significará una riqueza extraordinaria en el desarrollo posterior del Derecho Público, originando luego la teoría del órgano (von Gierke), el reconocimiento de los llamados derechos públicos subjetivos (Jellinek), la responsabilidad del Estado, la posibilidad de la contratación estatal, etc.

aquellos principios dominantes de la vida colectiva; así, la Constitución no será otra cosa que un sistema de principios jurídicos descubiertos en esa realidad por la conciencia jurídica y contruidos por ella.

Cierto es que la obra de von Gerber verá muy pronto una realidad muy distinta ya al darse la unificación alemana hacia 1871.

Laband, jefe de fila de la escuela publicística alemana del Imperio, con su método jurídico, devendrá el técnico del aparato de poder existente, dedicado tal vez de un modo pasivo a estudiar la manifestación de voluntad de dicho poder⁸. Con todo, esa idea originaria, organicista, de la sociedad como cuerpo político (individuo y pueblo, y autoridad) vendrá a ser sostenida por el célebre von Gierke, pero su opinión no será lo suficientemente poderosa como para poder triunfar frente a la cada vez más poderosa *Staatgewalt*.

Sin embargo, la realidad de fines de siglo muestra un proceso de desmembramiento de aquella tradicional constitución material decimonónica germánica, como una unidad histórico-político-cultural del pueblo, frente a lo cual los juristas —embarcados en la escuela de método jurídico— serían incapaces de asumir el rol preponderante que durante la mayor parte del siglo tuvieron; desaparecida esa homogeneidad de la sociedad y habiendo nacido y desarrollándose centros autónomos de poder buscando siempre nuevos espacios donde emerger, estos centros pronto influirán no sólo a nivel colectivo sin que devendrán asimismo componentes importantes del proceso de decisión política. Ante ello la Constitución material habría, quizás, debido más bien buscar puntos de equilibrio que no permitir su quiebre, como ocurriría años más tarde en los primeros decenios del 1900. Al no suceder así y no habiendo surgido juristas que pudieran repensar nuevamente la realidad a fin de adaptar debidamente la visión con que el Derecho pudiera “conducir” el proceso, el Derecho cesó de ser el aspecto preponderante con que se analizó y estudió el Estado y las relaciones sociales.

El positivismo labandiano sería incapaz de situarse siquiera frente a la desarticulación que venía produciéndose, ni siquiera en el intento de Jellinek por restaurar en alguna medida la concepción organicista del *Volk*.

La visión, así, del 1800 alemán mostraría más bien una línea parabólica que partiendo de von Savigny alcanzaría su máxima con von Gerber, para luego descender. Si el “método jurídico” asumiría una progresiva expansión en prácticamente las dos terceras partes del siglo habiendo sabido adaptarse hasta el punto de imaginar hasta la propia subjetividad del Estado, e integrar en él pueblo e individuo, autoridad y comunidad como lo hiciera von Gerber⁹, en adelante dicho “método jurídico” no logrará ya más en lo sucesivo el proveer soluciones a la cambiante realidad socio-política, agotándose en una mera exégesis descriptiva, y llegando a ser mera “tecnología” en Kelsen, vaciado el Derecho de todo contenido, o sea deviniendo el más exacerbado formalismo *pedissequo*¹⁰.

Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco estudia, pues, en sucesivos capítulos el “Papel de la escuela histórica en la primera mitad del siglo XIX” (Savigny y el rol central de la ciencia jurídica, el movimiento

⁸ Valga recordar que la doctrina iuspublicista de Laband obtendría rango de doctrina oficial (cfr. W. Wilhelm, *Metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1974, p. 177) y su *Staatsrecht des Deutschen Reich* (que ya en 1901 llevaba su 7ª edición) se convertiría en un modelo que imitar por aquella época, sin perjuicio de contribuir con sus estudios a configurar dicha doctrina oficial.

⁹ Para la aplicación del llamado “método jurídico”, por von Gerber, al derecho público, puede ser de utilidad la *ob. cit.* de Wilhelm, cap. IV, 141-172.

¹⁰ Sobre el derrumbamiento del positivismo, vid. entre otros, F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la edad moderna* (Aguilar, Madrid 1957), 457-520.

liberal y las alternativas de la propuesta savigniana, hegelianismo y escuela histórica, el debate interno de la escuela histórica: Beseler y Gerber), "Las primeras aproximaciones de los juristas a la teoría del Estado: los años 50" (el derecho privado y la novedad gerberiana, el debate sobre la ciencia de la sociedad, los juristas y la doctrina del Estado, Bluntschli y von Gerber), "La fundación del Reich: la doctrina del Estado entre organicismo y estatalismo" (la nueva fase del movimiento liberal: von Gneist, el modelo prusiano, Gerber y la reacciones frente a su *Grundzüge*), y "Hacia el nuevo siglo: la ciencia del derecho público entre certezas dogmáticas y reformulaciones" (von Gierke publicista, de Gerber a Laband, el éxito labandiano, la crítica de von Gierke y Hänel, el repensamiento de Jellinek).

Una obra muy rica en documentación, vastísimo manejo de la literatura jurídico-política germánica del 1800 tan rica en sus formulaciones, muy útil para mostrarnos la experiencia constitucional alemana del siglo XIX, experiencia que deberían conocer muy bien quienes han visto en este siglo XX si no parecidos al menos muchos puntos de contacto en nuestra realidad.

EDUARDO SOTO KLOSS

GARCÍA GALLO, Concepción, *Las Notas a la Recopilación de Leyes de Indias, de Salas, Martínez de Rozas y Boix* (Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid 1979), 282 págs.

La A. nos presenta la edición del manuscrito ubicado en la Sala Medina de la Biblioteca Nacional de Chile y que con el número 345 aparece en el catálogo impreso bajo el título *Libro anónimo que contiene anotaciones a las leyes de Indias, con las concordancias y adiciones desde su promulgación hasta fines del siglo XVIII*, obra de José Perfecto de Salas continuada posteriormente por su yerno Ramón Martínez de Rozas. Se agrega a lo anterior el texto de las notas puestas a la edición de la Recopilación de Indias, de Ignacio Boix en 1841, en la parte que no pertenecen a los dos autores arriba citados.

Las notas de unos y otro se refieren a las leyes ubicadas en los nueve libros de la Recopilación. Respecto de las primeras en el estudio preliminar la A. después de dar algunas noticias biográficas de Salas y Martínez de Rozas intenta diferenciar, en una labor que ella misma califica de difícil, el trabajo de cada uno de ellos para lo cual toma como base la fecha de la muerte del primero, la posible fecha del abandono del trabajo por parte de este mismo que ella sitúa a principios de 1775 y la consignación o no de los datos referentes al archivo de las disposiciones que se citan en las notas. En este mismo estudio y refiriéndose ya al segundo texto, junto con hacer presente que la mayoría de las notas aparecidas en la edición de Boix, de la Recopilación de las leyes de Indias de 1841, coinciden con las de Salas y Martínez de Rozas, hecho éste que ya puso en evidencia Aniceto Almeyda, trata de aclarar la interrogante planteada sobre la identidad del autor de aquellas que no aparecen en el Libro Anónimo. Refiere algunas hipótesis señalando en definitiva que es más que probable que su autor sea el doctor Miguel Juan Moreno y Morán, ya apuntada por el mismo Almeyda.

Al final se agregan tres índices, dos de ellos excelentes. El primero, de textos legales, civiles y canónicos del derecho Común y del derecho Castellano, y de disposiciones indianas de las autoridades centrales y de las criollas; el segundo, de los autores citados en las notas y el tercero, onomástico.

Se trata, en suma, de un trabajo cuidadosamente presentado que será un gran auxiliar para los investigadores y estudiosos de la legislación indiana

y que aparece al conmemorarse este año el tercer centenario de la promulgación de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias por el rey Carlos II.

C. S.

MASSINI, Carlos Ignacio, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1980), 109 págs.

El libro consta de un prólogo de Jorge Mosset Iturraspe, una Introducción, nueve capítulos, de los cuales el último está dedicado a las Conclusiones y de un Apéndice *Sobre la definición del derecho de Francisco Suárez*. Sigue un Índice de nombres y el sistemático.

El resumen de esta obra es el siguiente: intenta el A., por un lado, hacer una descripción de las notas más características del modo de pensar jurídico de la época moderna, que a su juicio son: racionalismo, sistematismo, normativismo, individualismo, abandono del finalismo y revolucionarismo; por otro, quiere él presentar las consecuencias que de tales notas se han seguido para la cultura jurídica, especialmente de la época contemporánea, que aparece como tributaria del modo moderno de concebir lo jurídico. Estas consecuencias son: el constitucionalismo, la dogmática y el deductivismo judicial, como también el voluntarismo en los contratos, la preterición de la justicia distributiva y la distorsión del derecho natural.

La exposición del A. es sustancialmente histórica, como no podía dejar de ser tratándose de obras del género; pero en ella está latente y en varias ocasiones expresada, una concepción del propio A. que le sirve para juzgar el carácter y alcance del ideario jurídico moderno. Esta concepción es la del derecho natural clásico en la interpretación que de él ha dado Michel Villey en sus numerosos escritos, profusamente citados por el A.

El centro temático de la exposición está en la escuela del derecho natural moderno, esto es, en el yusnaturalismo racionalista, con ocasionales incursiones hacia el humanismo y la escolástica, como sus antecedentes; y hacia la escuela de la exégesis del S. XIX, como su consecuencia; pero se echa de menos el tratamiento de la pandectística, mejor ejemplo de dogmatismo que la exégesis. En general si uno se sitúa en el punto de vista del A., sus exposiciones son aceptables y no es el caso aquí rectificar algunos errores, como el de que Grocio habría recibido el humanismo a través de Alberico Gentili, ya que, aparte que Gentili no fue humanista, sino al contrario, un gran defensor del *mos italicus*, el humanismo de Grocio es consecuencia de la tradición humanista que Holanda había recibido hacía mucho tiempo (esto, naturalmente, sin perjuicio de la reconocida influencia de Gentili sobre Grocio en lo concerniente al *ius belli ac pacis*). Este tipo de errores, que son de datos, no afectan la sustancia del libro, cuya finalidad crítica del pensamiento moderno y apologetica del clásico, está lograda. Lo que sí, al menos para un historiador, resulta menos aceptable es un cierto maniqueísmo que se observa en esta obra, aun cuando el A. cuide de señalar estar consciente de que no todo ha sido negativo en la época moderna y "si hemos cargado las tintas sobre sus aspectos menos positivos, ello ha sido con la sola intención de marcar más nítidamente el contraste con la concepción clásica" (p. 75). Aun así el lector no informado en la historia del derecho moderno puede incurrir en errores y desorientaciones. La tipología de características del pensamiento jurídico moderno presentada por el A. y sus consecuencias son certeras, pero no es suficiente el criticarlas, pues también sería necesario el explicarlas históricamente. Qué duda cabe que el exceso de sistematismo, p. ej., es un mal; pero

que también es cierto que el pensamiento sistemático moderno (ya con los humanistas) ha nacido como reacción al exceso de empirismo del derecho común y que la codificación, también en cierta medida considerable como un mal, fue el remedio encontrado para superar la incertidumbre, inseguridad e incerteza en que aquel mismo derecho había caído, como consecuencia de la crisis del mecanismo de la *communis opinio doctorum*, manifestada, entre otras cosas, en el aluvión de pareceres discordantes de los juristas, entre los cuales llegó a hacerse imposible discernir criterios ciertos para decidir contiendas.

Así, pues, aun cuando personalmente me inclino por estar de acuerdo con el A. en su diagnóstico, echo de menos en este escrito la morigeración propia del historiador. Ello no implica que no recomendemos su lectura (con la advertencia para el lector no informado que deriva de las notas críticas que acabamos de exponer), porque para el fin que persigue él mismo, resulta ser un trabajo logrado, premunido de información eficaz, claro y de fácil lectura.

ALEJANDRO GUZMÁN

MEIRA, Silvio, *Teixeira de Freitas, o juriconsulto do império. Vida e obra* (Livraria José Olympio Editora e Instituto Nacional do Livro, Río de Janeiro 1979), 625 págs.

El autor de este libro es una notable figura intelectual del Brasil, que a su calidad de civilista y romanista, de historiador y traductor al portugués de Goethe y Schiller, une la de novelista y poeta. Premunido de este arsenal, no es raro que el extenso estudio consagrado a la figura del jurista brasileño del pasado siglo, Augusto Teixeira de Freitas, resulte ser una obra de primer orden, por la magnitud de su información, en buena parte antes inédita y obtenida directamente por el A. en su búsqueda de seis años en archivos de su patria, Argentina y Uruguay; por la amplitud del diseño que va desde la vida del personaje hasta la influencia de su obra codificadora, p. ej., en el BGB. alemán; por la lograda trabazón de los argumentos y hasta por su lenguaje. En torno a la figura de Teixeira, el A. presenta uno de los capítulos más importantes de la historia jurídica brasileña.

Para quien quiera adentrarse en el conocimiento de la obra de este portentoso jurista americano, el libro de Meira resulta insustituible.

A. G.

B. NOTICIAS DE REVISTAS

Anuario de Historia del Derecho Español 49 (Madrid 1979), 857 págs.

Del índice: Rodríguez Alvarez, Luis: *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*; Clavero, Bartolomé: *Interesse. Traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI*; García-Gallo, Concepción: *La legislación indiana de 1636 a 1680 y la Recopilación de 1680*; Almeida Costa, Mario Julio, *Os contratos agrarios e a vida economica em Portugal na Idade Media*; Betancourt, Fernando: *La stipulatio iudicialis de dolo en el derecho romano clásico*; Bermejo, José Luis: *Los primeros secretarios de los reyes*; D'Ors, Alvaro: *La acción del menor restituido* (crítica a Kupisch); Martínez, Gonzalo: *Fueros de la Rioja*; Alonso, María Luz: *La compraventa en los documentos toledanos de los siglos XII-XV*.

Documentos: Rivera, Milagros: *Alfonso VIII y la Hermandad de villas de la Ribera del Tajo*; Cabanés, María: *Formularios diplomáticos para la repoblación valenciana*; Madurell, Josep: *Francesc de Borrás y Vinyals y su biblioteca jurídica*; Flores, Cándido: *Un estudio inédito de Antonio Agustín (1517-1586) sobre los Digestos*.

Miscelánea: D'Ors, Alvaro: *Cleopatra uxor de Marco Antonio?*; Freixas, Juan: *Una nota sobre la transactio*; Santa Cruz, José y D'Ors, Alvaro: *A propósito de los edictos especiales de iniuriis*; Arregui, Pilar: *Visitas en Indias*; Lalinde, Jesús: *Panorama incompleto de la iushistoriografía argentina*; Gibert, Rafael: *Braga da Ceuz, cien años de historia del derecho portugués*; Díaz, Antonio: *La prohibición de ser arrendatarios los clérigos*.

Sig.e una sección Bibliografía y otra de Varia (con noticias académicas).

RED.

Archives de Philosophie du Droit 23 (Sirey, Paris 1978), 474 págs.

El volumen está dedicado al tema de las *Formes de rationalié en droit* y los artículos que aparecen en él, de interés para el derecho romano, la historia del derecho y del pensamiento jurídico, que conforman las secciones de nuestra revista, son: M. VILLEY: *Préface historique*; J. FREUND: *La rationalisation du droit selon Max Weber*; Y. P. THOMAS: *Rhétorique et jurisprudence en Rome*; J. L. GARDIES: *La rationalisation du droit chez Leibniz*; M. THOMANN: *Un modèle*

de rationalité idéologique: le rationalisme des Lumières; A. DUFOUR: *Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du roit historique*; M. BASTIT: *La diversité dans les Institutes de Catius*.

RED.

Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici 8 (Edizioni Scientifiche Italiani, Napoli 1978-1979), 295 págs.

Este volumen de la revista *Index* está dedicado a las actas de un coloquio sobre *Ceti dependenti e schiavitù nel mondo antico*, celebrado en Camerino en enero de 1978 y promovido por el "Groupe International de Recherches sur l'Esclavage Antique".

Aparte de una breve introducción de Luigi Labruna, se publican los siguientes trabajos: IZA BIEZUNSKA MALOWIST: *La vie familiale des esclaves*; PIERRE BRIANT: *Contrainte militaire, dépendance rurale et exploitation des territoires en Asie achéménide*; LUCIANO CANFORA: *Immagini moderne della schiavitù di eta classica*; ROBERT ETIENNE: *Production vinicole et esclavage chez Columelle*; FRANCOIS FAVORY: *Clodius et le péril servile: fonction du thème servile dans le discours polémique cicéronien*; ENDRE FERENCZY: *Clientela e schiavitù nella republica romana primitiva*; VICENZO GIUFFRE: *Su i servi e la militia secondo il Codice Teodosiano*; JERZY KOLENDO: *Intellectuels et couches serviles: le cas des grammairiens chez Suétone*; LUCIANO LAZZARO: *Esclaves et affranchis en Belgique et en Germanie Supérieure: une approche d'après le maériel épigraphique*; MARIO ATTILIO LEVI: *Inseguimenti di nomadi e lavoro tributario*; ODDONE LONGO: *Schiavi e salariati in un diaolo platonico*; TADEUSZ LOPOZSKO: *Gesetzentwürfe betreffs des Sklaven im Jahre 53 v.u.Z.*; MARIE-MADELEINE MACTOUX: *Le systeme sémantique des termes désignant les esclaves chez Aristophane*; MARCEL MORABITO: *Ricerche sulla schiavitù attraverso il discorso dei giuristi nel Digesto*; GIUSPPE NENCI: *Il problema della concorrenza fra manodopera libera e servile nella Grecia classica*; ROBERTO ORENA: *L'elemento sociale nella storiografia sulla rivolta di Spartaco*; PHILIPPE ROUSSEAU: *Remarques sur la théorie aristotélecienne de l'esclavage*; ALESANDRA WASOWICZ: *Les serviteurs sur les monuments funéraires du Pont-Euxin. Eléments pour une enquête*. La sección *Materiali* da cuenta de diez volúmenes de actas sobre coloquios organizados entre 1970 y 1978 por el "Girea".

RED.

Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 7 (Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1978), 367 págs.

Del índice: PÉREZ MARTIN, A., *Büchergeschäfte in Bologneser Regesten aus den Jahren 1265-1350*; BUKOWSKA-GORGONI, KRYSZYNA, *Eine Studie zur Arbeitsmethode der italienischen Juristen des xv. Jahrhunderts: Die Traktate von Martinus Laudensis De dignitate und Bartholomaeus Caepolla De imperatore militum deligendo*; MACERATINI, RUGGERO, *Die Zitate bei Andreas Tiraquellus, untersucht anhand von 93 ausgewählten Passagen aus dem Traktat De nobilitate et de iure primigeniorum*; SCHERNER K. O., *Allgemeine*

Rechtsgrundsätze und Rechtsvergleichung im europäischen Handelsrecht des 17. und 18. Jahrhunderts; BÖHN, P., *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*; COING, H., *Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*; DÖLEMAYER, B., *Einflüsse von ALR, Code civil und ABGB auf Kodifikations-diskussionen und projekte in Deutschland*; BERGFELD, CH., *Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg von 1839*; BUCHHOLZ, S., *Die Quellen des deutschen Immobilienrechts im 19. Jahrhundert. Systembereiche, Entwicklungsformen und Rechtsgrundsätze*; SCHANZE, E., *Culpa in contrahendo bei Ihering*.

RED.

Revista de Ciencias Sociales 14 (Edeval, Valparaíso 1979): *Savigny y la ciencia del derecho*, 2 vols., 849 págs.

Del índice: Tomo primero: 1. Textos de Savigny: *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica*; *Sobre el Fin de la Revista de la Escuela Histórica*; 2. Lecturas sobre Savigny: von IHERING, R.: *Savigny*; STAMMLER, R.: *Sobre el método de la teoría histórica del derecho*. 3. Estudios: CHIAPPINI, J. O.: *La vida de Savigny*; CERDA, M., *El trasfondo histórico de la juventud de F. K. von Savigny*; VALLET, J., *Revolución, historicismo y Tradición en el Hallazgo, Conservación y progreso del Derecho*; HERNÁNDEZ GIL, A., *La escuela histórica. Iniciación de los métodos dogmáticos*; MANTILLA PINEDA, B., *La metodología jurídica de Savigny*; HERNÁNDEZ GIL, A., CIENFUEGOS, A., *La noción de sistema en Savigny*. Tomo segundo: HANISCH ESPÍNDOLA, H., *Sentido de las instituciones y del sistema jurídico en F. C. von Savigny*; PEDRO PASTOR, I., *La huella del derecho natural en Savigny*; SQUELLA NARDUCCI, A., *Savigny y su idea de la ciencia del derecho y de la labor de los juristas*; MANSON TERRAZAS, M., *Savigny, la ciencia jurídica y la lógica formal*; OLLERO, A., *Savigny: El legalismo aplazado*; LABARCA PRIETO, D. A., *Savigny, Thibaut y la Codificación*; SAGÜES, N. P., *Los ingredientes políticos en la polémica Thibaut-Savigny*; QUINTANA BRAVO, F., *Savigny, el romanticismo y la hermenéutica*; ZULEMA PUCEIRO, E., *Hermenéutica jurídica e historicismo*; PEDRALS, A., *En torno a los usos y la ley*; PETZOLD PERNIA, H., *Savigny y el artículo 4º del código civil venezolano*; CIURO CALDANI, M. A., *Savigny y el derecho internacional privado*; GESCHE MÜLLER, B., *El método de Derecho Internacional Privado de Savigny y el código de Bustamante*; LIMA TORRADO, J., *El pensamiento de von Savigny y su recepción por el krausismo español*; DE RIVACOBA, M., *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*.

RED.