

RECENSIONES

REVIEWS-REZENSIONEN

Benjamin HERZOG, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jehrning*, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Herausgegeben von der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, e. V., núm. 26, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 810 pp.

Auspiciado por el profesor Ch. Baldus, catedrático de Derecho romano en la prestigiosa Universidad de Heidelberg, un autor que ha traspasado las barreras de su disciplina para convertirse a todos los efectos en un jurista con mayúsculas, esto es, en un inmenso humanista de dimensiones europeas, quien, sin olvidar la tradición, realidad y dimensiones de la asignatura que profesa, ha sabido abrirse a diversos campos a partir de la misma, con originalidad, sin complejos y con un deseo de ir forjando una ciencia jurídica realmente actual y realmente útil (quizás sea eso la interdisciplinariedad, el único elemento que pueda salvar a las asignaturas llamadas «formativas» sin sacrificar sus contenidos, sino, antes bien, engarzándolos con otras), con los auspicios relatados, sale a la luz este amplio y notable trabajo de perspectivas

comparativas, el cual pone sobre el tapete la indiscutible e indispensable relevancia del así denominado «Derecho comparado» como método, forma y estilo dedicado al conocimiento jurídico en una versión completa y global, pero también poniendo de manifiesto la necesaria imbricación de otras disciplinas, esencialmente la Historia del Derecho, para que ese conocimiento no quede en agua de borrajas y no se muestre como algo disminuido. El pleno conocimiento jurídico exige una colaboración total del mayor número posible de disciplinas, sin excepciones. Bajo el patrocinio del profesor Baldus, que ahora adopta la forma de libro, Benjamin Herzog elaboró esta enjundiosa tesis que se ocupa, con perspectiva moderna, de cómo se crea o se da validez, términos no siempre parejos o sinónimos, al Derecho en las experiencias jurídicas de Portugal y de Bra-

sil; cómo se usa, se define o aplica, y cómo se procede a su final interpretación, acaso el momento definitivo, clave o cenital que toda norma jurídica tiene delante de sí para convertirse en eso, en auténtica norma jurídica, por cuanto se puede decir que la interpretación hace la norma, crea el Derecho, lo presenta en toda su extensión (pasando a ser eso mismo, plena norma, tras peregrinar anteriormente por el terreno de las meras y simples proposiciones normativas). Validez, establecimiento, creación y lanzamiento de ese Derecho que tiene impronta estatal, pero tras el cual se deja traslucir la propia idea o concepto del Derecho que se tiene detrás, y con la exégesis a modo de elemento determinante que provoca el enlace entre normatividad y normalidad, entre la norma y la realidad que trata de aprehender, acoger y regular en su conjunto y hasta sus últimas circunstancias. Por eso, el subtítulo es expresivo: se busca una investigación comparada (el método) que abrace los aspectos genético, funcional y posmoderno del fenómeno jurídico (el objetivo y los instrumentos), con una recomendación o alegato final que nos retrotrae al siglo XIX, ese siglo donde se sentaron los cimientos de la ciencia jurídica europea de acuerdo con los cuales estamos todavía respirando y viviendo. La reclamación final abogará por «más Savigny» y «menos

Ihering», es decir, más conceptos y menos intereses, más abonarse a la rocosidad y solidez de lo conceptual o ideal en vez de dejarnos atrapar por lo etéreo, voluble, mudable y fugaz de los intereses, más difíciles de definir, de capturar, de percibir. Más jurisprudencia de duros y concretos conceptos que jurisprudencia de intereses variables y difíciles de captar.

Para todo ello, para esa contraposición entre dos modelos de ciencia jurídica, de jurista y, por extensión, de Derecho, se emplea la comparación jurídica. La virtualidad del Derecho comparado reside en ese esfuerzo denodado por mostrar los aciertos extranjeros frente a los errores propios, y también viceversa, la excelencia de lo propio frente a la decadencia de lo extranjero o de lo externo. Lo virtuoso y lo defectuoso en armonía. De ahí que la simple confrontación de experiencias jurídicas se presente como algo saludable y recomendable, como algo positivo en suma, no sólo para la formación del propio observador, sino también por la trascendencia de los resultados tangibles que de ahí se derivan de cara a formar a otros observadores o, en última instancia, de cara a formar el criterio del legislador que será el encargado de convertir simples deseos, proyectos o propuestas en auténticas normas, textos con efectividad y obligatorie-

dad indiscutible. Ello es así porque en la comparación jurídica ejecutada de forma brillante y consciente, como en tiempos recientes ha indicado Luigi Moccia, no simplemente hallamos un método útil para conocer el Derecho, sino también —y de forma especial— un modo de concebirlo, de hacerlo, de forjarlo, conforme a la pluralidad y complejidad de sus manifestaciones. La comparación jurídica se acerca a lo más íntimo del Derecho, a su núcleo esencial, pero lo trasciende porque se nutre de toda una serie de disciplinas de estudio ligadas al saber humanístico que debe presidir esa forma global de acercamiento a lo jurídico. Hay piezas de la política, de la religión, de la economía, de la antropología, de la sociología, de la ética, etc., en el Derecho comparado. Con todas ellas, el comparatista elabora una aproximación culturalmente orientada al proceso de la vida del Derecho, observando y estudiando en la variedad y diversidad de sus contenidos normativos e institucionales, así como de los escenarios de referencia, los elementos que contienen ese Derecho y que son empleados para colocarlo, calificarlo, clasificarlo, analizarlo, en suma, *compararlo*, que es un poco todo lo anterior y desde todas las perspectivas citadas, dentro y fuera del Derecho mismo, en su base y al margen de aquél. El caso que nos ocupa trata de unificar las

tres perspectivas indicadas (genética o histórica, funcional o sistemática, posmoderna o constitucional), por lo que, a partir de ese método comparado que nos llevará sucesivamente a Portugal y a Brasil, podremos ver la virtualidad práctica de lo genético, esto es, del método histórico que busca en el pasado lo que ahora es el presente (su razón de ser así y no de otra manera), así como la relevancia del método funcional (el que ordena dentro de un marco sistemático de referencia) y posmoderno (con su concreta jerarquía), ejemplificados, respectivamente, en la idea de sistema interno y en la de la imparable efectividad del texto constitucional como primer elemento o primer motor, con aplicación indiscutible por encima de todas las normas, dirigido a la construcción de un nuevo Derecho privado y, por extensión, de todo un nuevo orden jurídico del que tal texto fundacional conforma su primera y angular piedra. El elemento aglutinante es la interpretación, interpretación que sitúa sobre el escenario cuestiones de una trascendencia enorme y vital, dado que es este proceso intelectual, el exegético, el que pone en funcionamiento a todo sistema jurídico como haz de piezas engarzadas entre sí de un modo armónico y equilibrado, el que las hace hablar, decir, avanzar, pronunciarse, extenderse o restringirse según los casos.

El que, en suma, hace que el sistema en su conjunto funcione y sea operativo. La interpretación hace, en definitiva, el Derecho.

A partir de o a resultas de la citada interpretación, encontramos cuestiones tales como los propios criterios interpretativos puestos en marcha (el cómo se ha de interpretar y con arreglo a qué pautas: histórica, literal o gramatical, cronológica, voluntarista, teleológica, etc.), las finalidades de la misma (para qué interpretar y con qué intenciones), sus fronteras o límites (hasta dónde llega, con qué barreras inaccesibles se puede topar, hasta dónde puede trasladar sus efectos), con las impagables y sempiternas cuestiones de la analogía y de las lagunas o vacíos legales (que no lagunas o vacíos jurídicos, toda vez que es admitido que tales ausencias o carencias no se pueden predicar del orden jurídico en su totalidad, sino de algunas de sus piezas particulares, dado el carácter integrador y completo de todo el orden jurídico, de todo sistema y, como tal sistema, con pretensión de totalidad, concebido como orden global y completo), o bien las influencias que se han trasladado de un lugar a otro, de un continente a otro, con Francia y Alemania (sus Códigos, sus leyes, sus doctrinas, su ciencia jurídica) como los modelos más admirables, extendidos y dignos de imitación. A su lado apa-

recen cuestiones propias relacionadas con la idiosincrasia jurídica de cada país, sus propias normas, sus propios impulsos jurídicos, su sentimiento de justicia, la disponibilidad y preparación de su ciencia jurídica y las realizaciones más relevantes de sus protagonistas, los juristas mismos, de cara a conjugar lo externo y lo interno, es decir, la idea de justicia y de Derecho nacionales, frente a las ideas de justicia y de Derecho foráneas. Interpretación es algo más que la simple exégesis de palabras o normas; su trascendencia es mucho mayor, ya que alcanza a todas y a cada una de las piezas normativas, a todos y cada uno de los elementos que comparecen formando el universo jurídico de referencia, uniéndolos entre sí y dándoles sentido individual y colectivo: con la interpretación lo que se produce es la puesta a punto de todo orden jurídico y, con ella, alrededor de la misma, se manifiestan la historia de éste, su sistemática interna y su posición constitucional (lo genético, lo funcional, lo posmoderno, una vez más), todo lo cual es lo que configura el objeto de análisis del presente trabajo, bajo la luz deslumbrante de la comparación jurídica, de la relación constante entre países, experiencias, jurisprudencias, valoraciones, decisiones, órdenes, sin importar tiempos ni espacios, períodos ni fronteras. El Derecho comparado

se presenta así como una suerte de ser sin tiempo que permite trasladarnos de una era a otra sin prácticamente cesuras o interrupciones, o viajar de un país a otro sin importar visados, fronteras o cupos para emigrantes. El Derecho se convierte, por obra y gracia del método, por ese método que detecta y localiza sus importaciones y sus exportaciones, lo genuino y lo adquirido, en una especie de franquicia universal y en un pasaporte que permite conocer todos los lugares y todas las épocas sin restricciones.

El libro que nos ocupa se divide en cuatro capítulos, acompañados de un prólogo (pp. 1-3) sobre el tema, siempre apasionante, de la ciencia jurídica alemana y la Unión Europea para una correcta imbricación de ambos mundos: una introducción (pp. 4-42) opera como glosario de los principales términos y conceptos que van a ser empleados, comenzando por el que se refiere a la función misma de todo Derecho, dirimida en la rivalidad o lucha agónica entre seguridad y justicia [conceptos de realización, doctrina de las fuentes, normas ligadas o integradas, fin de la interpretación, elementos de la misma, cierre analógico, sistema interno, estados de la cuestión, método de la comparación, métodos funcional y posmoderno, búsqueda de similitudes y de diferencias, recepción de Derechos ajenos o extraños y doctrinas

referidas a este hecho («trasplantes legales», «préstamos», «círculos jurídicos», «familias jurídicas», «tradiciones jurídicas», con especial referencia al caso portugués y al brasileño que ocuparán las páginas sucesivas)], al mismo tiempo que fija los destinos de la investigación (dividida en dos bloques a los cuales pertenecen dos capítulos respectivos, formando los cuatro finales resultantes: dos metodológicos y dos referidos al área lusitana con proyección de esos previos elementos de método y medida), y, por fin, un epílogo (pp. 749-750), donde se pregunta el autor si Europa está preparándose para un retorno al espíritu de Savigny o si, por el contrario, no sucede así, siendo esta pregunta más un deseo piadoso, un anhelo, que una descripción de la realidad actual. Cada capítulo, que ahora referiremos en sus contenidos mínimos, aparece rematado por un resumen que facilita de modo notorio la lectura y el avance en la misma gracias a los esfuerzos por hacerse entender que el autor no deja de proporcionarnos (así, pp. 170-171, 249-251, 491-493 y 716-718).

El primer capítulo (pp. 43 y ss.) se centra en el modelo del jurista prusiano arriba citado, F. C. von Savigny, para explicar el valor central de la Historia del Derecho de cara a dar sentido genéticamente al propio Derecho o a las insti-

tuciones en que éste se desglosa. Ligada al mismo y por su impulso decidido y el de sus investigaciones surge la jurisprudencia conceptual, la *Jurisprudencia de Conceptos*, que acaba desembocando en el positivismo, gran monstruo del siglo XIX tanto en su vertiente jurídica —más amplia— como en la legal —más restringida—, con Savigny en su base sustentadora que no hace más que aplicar los postulados kantianos acerca de la libertad (el *imperativo categórico*, en suma) al mundo jurídico. Discurren así las ideas claves sobre las que se articula el fenómeno del Derecho en su conjunto, como son «concepto jurídico», «relación jurídica» e «instituto jurídico», formas que el pensamiento emplea para captar ese mundo exterior que el Derecho quiere contener dentro de sí, pero, asimismo, aparecen alrededor de todas esas ideas las cuestiones relativas a las fuentes del Derecho o a la interpretación del mismo. Los autores que se han ocupado de Savigny desfilan en las páginas para matizar teorías y afirmaciones, siempre con el horizonte de la irresoluble dificultad de conciliar libertad ideal, democracia y Estado de Derecho. También aparecen discípulos capaces de llevar los postulados del maestro a su máxima expresión, caso de Puchta o Dernburg. Y, cómo no, una creación genuina de la Escuela Histórica y de su modo

de hacer o concebir el Derecho: el Código Civil alemán (el BGB). No sólo de Alemania vive el hombre y Francia tiene un pequeño espacio, pues allí se construye la idea de Código total, pleno, perfecto, y allí también se certifica el fracaso del modelo positivista. Llega el tiempo de Jhering y su revolución dentro de un orden (pp. 135 y ss.), con la *Jurisprudencia de Intereses* y su teoría de la voluntad, desarrolladas en sus conceptos principales y en sus más prominentes seguidores en las páginas que continúan el trabajo, centrándose en los tópicos que permiten marcar una contraposición más abierta con Savigny. La *Escuela del Derecho Libre* o la «*libre recherche scientifique*» procedente de Francia serían corolarios consecuenciales lógicos de tales primeros ensayos. Jhering habría dicho que los fines externos del Derecho serían los causantes de esos diferentes roles a seguir para el uso y la interpretación jurídicos, es decir, que el Derecho venía modificado por elementos ajenos al mismo, mientras que Savigny entendía que esos conceptos ideados por él y por sus continuadores (sobre todo, el de institución jurídica) creaban una coraza de tal espesura que solamente hacía posible su modulación por medio del acuerdo de voluntades, sin concesiones a fines o destinos ajenos a los sujetos intervinientes o al Derecho mismo. Visto el ele-

mento histórico, llega el turno a los métodos funcional y posmoderno, tratados en el capítulo 2 (pp. 172 y ss.), donde cobra especial protagonismo, de un lado, la noción de sistema como elemento indispensable para la ordenación-clasificación del material jurídico en su conjunto, y, de otro, el texto constitucional y la lectura cualificada del mismo efectuada por los tribunales superiores (de ese tipo, esto es, constitucionales) allí donde han existido y prosperado como decisivos, exclusivos y supremos intérpretes de la Carta Magna, de toda Carta Magna. Es el tiempo de Heck, Larenz o Canaris, entre otros, con sus invocaciones al conflicto de intereses, a los tipos y a los principios generales, o para las reflexiones sobre la hermenéutica, la tónica jurídica, la argumentación, los valores y principios éticos (pero asimismo jurídicos), etc., que ponen en tela de juicio el positivismo y también los elementos esenciales de cualquier doctrina general de cualquier ordenamiento jurídico en orden a su aplicación y exégesis.

Tras la clarificación conceptual y metodológica llega el turno de Portugal (cap. 3, pp. 252 y ss.), con estudio de su historia jurídica en sus variadas fases con el Derecho romano en el horizonte y el juego entre Derechos principal y subsidiario, tomando como punto de arranque las *Ordenações* alfonsinas, manuelinas y filipinas,

la jurisprudencia de los altos tribunales (*assentos da Casa da Suplicação*), la ilustrada *Lei da Boa Razão* en 1769 o los Códigos Civiles de 1867 y de 1966, hitos más reseñables, cada uno de los cuales incorpora una doctrina singular y propia sobre los hilos conductores del trabajo (uso, aplicación, interpretación). Surgen en el siglo XIX las influencias foráneas y una flamante jurisprudencia, al compás de los Códigos, antes, durante y después de su gestación, que mira preferentemente a tierras germánicas: son los tiempos de Corrêa Telles, Borges Carneiro y Coelho da Rocha, en los primeros compases del siglo, pero también los de Alves Moreira, Cunha Gonçalves, Cabral de Moncada o De Andrade, con los cuales llegamos a un Código del siglo XX, especialmente en sus arts. 9 y 10 (interpretación e integración), en perfectas condiciones para trazar una doctrina general sobre la exégesis que toma elementos debatidos, cuestionados, comentados, afirmados y rebatidos en la Alemania de la anterior centuria, pasados por el tamiz de una historia jurídica singularizada y de un cuerpo de jurisprudentes que no dan la espalda a su realidad nacional, a su idiosincrasia. Nueva pléyade de juristas acompañan la singladura del Código novedoso (Antunes Varela, Baptista Machado, Santos Justo, Oliveira Ascensão, Pinto Furtado, etc.).

Es tiempo también para Sistema y Constitución (pp. 426 y ss.), que marcan indefectiblemente una vertiente social, la cual condiciona de modo abierto el modelo de Derecho privado pretérito, difuminando sus efectos exclusivamente liberales o perniciosamente egoístas. Malos tiempos para el solipsismo dominical se podría afirmar. El Título Preliminar del Código Civil portugués y la Constitución de 1976 toman el lugar de la historia, la reemplazan y operan, con la mediación nuevamente de los juristas, cambios relevantes en la idea de relación jurídica o en la «constitucionalización» de la economía y, por extensión, del Derecho civil en su conjunto, postergando los viejos principios decimonónicos y capitalistas, y reemplazándolos por otros más acordes con los nuevos tiempos. Siguen idénticos elementos para el caso brasileño, la otra gran parte del trabajo y el otro elemento de comparación, integrado dentro de esa familia jurídica lusa, de cuya existencia es prueba inequívoca el texto de B. Herzog en su conjunto, si bien reconociendo singularidades y diferencias (cap. 4, pp. 494 y ss.): los protagonistas son los ya referidos, es decir, historia, códigos, jurisprudencia, juristas, sistemas, constitución, sus *Leyes de Introducción al Código Civil* (1942 y 2010), etc., en una panorámica que no desmerece las herencias lusitanas pre-

vias, que acoge, comparte y respeta, pero que se dota de su propia singularidad y traza su propio camino. La exposición da pie a la presencia de los elementos ya conocidos acerca del uso o aplicación del Derecho y acerca de su interpretación, y a las especiales problemáticas derivadas de las soluciones adoptadas en los Códigos brasileños. Hay espacio para los grandes juristas: Teixeira de Freitas, Bevilacqua, Ramalho, Lacerda, Coelho Rodrigues, Barbosa, Carvalho Santos, Ferreira Coelho, Merêa, Espínola, etc., por citar los más relevantes. La Ley de 2012 (de *Introducción a las normas del Derecho brasileño* y no sólo al Código Civil) demandará al juez acudir a los fines sociales de toda norma, destinadas como están todas ellas a las exigencias del bien común. Como había sucedido en el caso portugués, se certifica en ambos supuestos una progresiva superación o alejamiento de los esquemas liberales, tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial, y una paulatina suplantación de tales esquemas por otros más marcadamente sociales o socializantes (no sólo en lo dominical, también en lo contractual hay espacio para este nuevo enfoque), para lo cual Constitución y normas preliminares de todo el sistema desempeñan un papel fundamental. Amén de los juristas alemanes más celebrados de todo el siglo XX, Brasil

conoce una especial recepción del pensamiento jurídico angloamericano. Crisol de culturas también jurídicas, por tanto.

Libertad o destino, se pregunta nuestro autor en la parte final de las conclusiones (pp. 719 y ss.), con un alegato final que reivindica, como ya se ha dicho, mayor espacio para Savigny y menos para Ihering, mayor apertura a los conceptos como algo estable y permanente frente a los intereses, mudables y cambiantes, acompañado de una recapitulación sobre los principales asuntos abordados en las páginas precedentes (fuentes del Derecho, normas confederadas, meta, elementos y fronteras de la interpretación, problemática de las lagunas, analogía, sistema interno), para volver a cuestionar el método comparativo y formular un interrogante final que es clave: ¿puede el Derecho ser trasplantado? ¿Cabe hablar a día de hoy de «recepción»? ¿Tienen sentido los círculos jurídicos o las tradiciones legales, manejando la terminología de ciertos autores? ¿Son instrumentos operativos? Europa es el marco de referencia, la que plantea problemas y respecto de la cual se aportan soluciones. Acaso sería deseable una vuelta de esa Europa jurídica hacia el legado de Savigny, como se refiere en pp. 749-750: no se precisa tanto una interpretación teleológica, de fines, sino una búsqueda del «pensamiento»

de la ley, entendiendo por tal no tanto (o no sólo) los fines objetivos que aquélla persigue o demanda, sino los elementos subjetivos e históricos que marcan los caminos de la interpretación y la envuelven. Savigny supone más conceptos, pero también más historia, más tradición, más fuentes que la propia ley, más vida después y detrás del Código. No la cerrazón y la rigidez encorsetada de la ley decimonónica, sino una jurisprudencia, de los autores, de los juristas y de los tribunales, que contribuya a flexibilizar y a adaptar las normas ingentes que Europa no para de elaborar. Y eso es lo que probablemente Europa necesita en la actualidad. No tanto atender a fines, destinos u objetivos marcados en sus tratados fundacionales, sino reflexionar sobre el futuro que se quiere construir a partir de un pasado del que no se puede desprender y del que no se puede renegar. Saber de dónde viene para saber hacia dónde va. El acierto de B. Herzog radica, a nuestro modo de ver, en que no plantea Historia, Sistema y Constitución como realidades irreconciliables, antagónicas y, por ende, llamadas a luchar entre sí de forma agonística, sino como dispositivos que pueden trabarse e integrarse de modo equilibrado para conseguir captar la esencia real de cualquier orden jurídico y así explicarlo para poder comprenderlo. Una

selecta y completa bibliografía culmina la obra (pp. 751 y ss.), junto con un glosario de materias y personas citadas (pp. 807 y ss.), totalmente necesarios para trazar el itinerario recorrido por el autor en su intento de mostrar los perfiles de esta familia jurídica lusitana que parece, por

fin, existir y existir con vitalidad y salud, a pesar de sus diversidades políticas, históricas, sistemáticas y constitucionales.

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ
IMHCJ. Departamento de Historia
del Derecho. UCM

Pio CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche. Schweizerisches Privatrecht I/1* [=Erster Teilband. *Geschichte und Geltungsbericht*. Herausgegeben von Sibylle Hofer. Erster Band. *Schweizerisches Privatrecht*, Herausgegeben von Christine Chappuis, Daniel Girsberger, Sibylle Hofer, Peter V. Kunz, Thomas Sutter-Somm, Stephan Wolf. Das Schweizerische Privatrecht wurde begründet von Max Gutzwiller, Hans Hinderling, Arthur Meier-Hayoz, Hans Merz. Frühere Herausgeber. Christoph Von Greyerz, Jacques Michel Gorssen, Ernst A. Kramer, Paul Piotet, Roger Secrétan, Werner Von Steiger, Pierre Tercier, Frank Vischer, Roland Von Büren, Wolfgang Wiegand, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, 255 pp.

Acaso el mejor historiador del Derecho suizo y uno de los mejores, más influyentes y más relevantes de Europa, y, por extensión, del mundo, el catedrático emérito de la Universidad de Berna Pio Caroni, era el hombre más adecuado y propicio para trazar un completo panorama de la vida y vicisitudes del Derecho privado suizo a lo largo del siglo XIX desde el enfoque confederal unitario, un siglo que culmina en 1907 con el trascendental Código Civil debido a la pluma de Eugen Huber. Código

que, como se sabe, tiene un espacio propio y capital dentro de la historia jurídica europea derivado de su marcada y acentuada personalidad, por cuanto que supone la introducción de un *tertium genus* en el mundo de la codificación iusprivatística, colocándose a la misma distancia del *Code* francés napoleónico, del que rechaza su individualismo propietario feroz y egoísta, que del BGB alemán, apenas una década más joven, del que lo separa un lenguaje más cercano al pueblo y menos técnico, dirigido más bien