

Revista de Derecho Privado

PUBLICACIÓN MENSUAL

Para el estudio de las cuestiones prácticas del Derecho español civil, mercantil y administrativo.

DIRIGIDA POR LOS SEÑORES

F. Clemente de Diego.

José M.^a Navarro de Palenciá.

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Madrid.
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

Doctor en Derecho, Oficial de la Dirección general de los Registros.
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE LOS ESPECIALISTAS EN LA MATERIA

Año IX Núm. 99.

Suscripción: España, semestre, 11 ptas.—Año, 20.—Extranjero, 25 año.

15 Diciembre 1921.

SUMARIO: *Aviso importante*, pág. 353.—*Otón von Gierke*: necrología; W. Rocés, Doctor en Derecho, pág. 353.—*I. El Derecho y su realización. Problemas de Legislación y de Filosofía del Derecho*. Segunda parte: I. El orden en la comunidad.—II. Derecho y Libertad.—III. Derecho y Fuerza.—Tercera parte: I. La estructura del Derecho.—II. Los reales en la Legislación.—III. La aplicación del Derecho.—IV. El pensamiento jurídico; F. Rivera y Pastor,

Profesor A. de la Universidad de Madrid, pág. 356.—**II. JURISPRUDENCIA DEL T. S.:** *Códigos civil y mercantil*; J. Castán, Catedrático de la Universidad de Valencia, pág. 378.—*Enjuiciamiento civil*; Dr. Paulo, página 380.—**DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS:** *Registro civil. Hipotecaria*; J. Domínguez y Barros, Registrador de la Propiedad, pág. 383.—*Avisos de la Administración*, pág. 384.

Aviso importante.

Con el presente número termina su suscripción a esta Revista; por lo cual le suplico haga el favor de remitir el importe de la renovación (20 pesetas por año, y 11 pesetas por semestre, en España; 25 pesetas en el Extranjero) antes del 15 de Enero próximo, para que no sufra demora, por nuestra parte, el envío de números.

La renovación puede hacerla: 1.º, por giro postal, cuidando de imponerlo a nombre del suscriptor, aunque sea otra persona la que se encargue de tomar el giro; 2.º, por cheques o letras sobre cualquier banco de Madrid; 3.º, por sellos de 0,20 certificando la carta en que se remitan, y 4.º, por conducto de nuestros Corresponsales, si tiene usted la costumbre de hacerlo en esta forma.

Todos los envíos deberá dirigirlos a mi nombre, Pozas, 12, Madrid (X).

Confianto en ser complacido, le anticipo muy expresivas gracias, deseándole felicidades en el año próximo.

El Administrador,
ESTANISLAO MAESTRE,

Otón von Gierke.

Con GIERKE, muerto el día 16 de Octubre último, la ciencia jurídica alemana pierde a su primer representante y a su maestro más eminente de estos últimos tiempos; el Nestor del Derecho alemán.

Y no es sólo una ancianidad venerable lo que la muerte viene a truncar en este caso: GIERKE, octogenario, trabajaba en su *Deutsches Privatrecht* hasta los últimos momentos reuniendo y ordenando los materiales para el tomo del derecho de familia. Su vida, como la de los grandes hombres, supera en ejemplaridad de enseñanza a las enseñanzas de su obra de coloso.

Cuáles sean los momentos perdurables de esta obra y cuál su significación para la ciencia del Derecho, con un alcance universal, difícilmente podría analizarse en estas líneas, que no quieren ser sino un homenaje y un recuerdo.

La personalidad de GIERKE empieza a desenvolverse bajo los horizontes de la Escuela

histórica, y, como ésta, tiene en la filosofía de Hegel la raigambre de su ideología.

De BESELER, su maestro (en cuya cátedra de Berlín había de sucederle pocos años más tarde), recoge GIERKE la orientación hacia la germanística o se consolida en ella, y los estudios de BESELER sobre la *Genossenschaft* son los que le dan el punto de partida para las investigaciones de su obra capital: *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913). En cuatro voluminosos tomos, GIERKE va siguiendo la idea corporativa y su actuación, a través de los siglos, hasta el derecho actual (1).

La teoría organicista es la concepción central que domina esta obra, monumento de la ciencia del Derecho, la doctrina del organicismo de todo ente social, desde la más humilde asociación hasta las que constituyen la Iglesia y el Estado. Para GIERKE hay un *alma* en toda agrupación corporativa, una esencia de substantividad, corporizada en el mecanismo de su organización, con vida propia y propias facultades volitivas y de obrar, que fundamentan su responsabilidad ante el Derecho. Y las individualidades en quienes encarna la actuación de sus funciones, no son simples representantes; para él, son verdaderos *órganos*, análogos, jurídicamente, a los de la fisiología de la persona natural (2).

Lo que la teoría de la *Genossenschaft* significaba, era una reconstrucción fundamental de toda la doctrina sobre la naturaleza jurídica de las personas sociales; y a lo que GIERKE tendía era a superar, con la restauración de los valores del Derecho germánico, las categorías romanas todavía dominantes de *universitas*, *societas* y *communio*, y el «fantasma» de la *persona ficta*, arraigado en la teoría de SAVIGNY.

(1) Una recapitulación de la vasta materia la ofrece su *Die Genossenschaft und die deutsche Rechtsprechung* (Berlín, 1887).

(2) Del discurso rectoral de GIERKE, en Berlín, sobre la «Naturaleza de las asociaciones humanas» hay una traducción al español por NAVARRO DE PALENCIA (José M.*).

No se pretende que la concepción de la *Genossenschaft* sea exclusiva a GIERKE ni a la doctrina del Derecho germánico; esencialmente, aparece ya formulada en romanistas como BARON, RUDORFF, WACHTER, PERNICE y ZITELMANN. Pero esta concepción llevará siempre el nombre de GIERKE, porque él es el que la conduce a la victoria, relegando a hecho histórico la teoría pandectística de la ficción.

La transcendencia de esta concepción que se ha titulado de *mística* —fácilmente se echa de ver su trabazón con la filosofía hegeliana—, es fundamental en el campo del Derecho público, para la definición de una idea del Estado. Y quizá en este punto es donde la personalidad de GIERKE destaca más vigorosa, como la encarnación de una fase histórica y de un pueblo. Es la idea del «Estado de autoridad» lo que GIERKE aspira a restaurar con la nueva savia de su cooperativismo «sobre una base especulativa democrática». Dentro de su doctrina, el Estado no es «una mera suma de hombres, mantenidos en cohesión por vínculos de descendencia, de idioma, de cultura, por instituciones administrativas comunes y por una unidad de aspiraciones»; es un organismo con existencia propia, *sobrepuesto* a los miembros que lo integran y sustraído a sus decisiones. A la colectividad corresponde la función del establecimiento de un orden jurídico, pero la de su actuación reside en la jerarquía imperativa jurisdiccional. Es la «idea germánica del Estado», la única —pretende GIERKE— que mediante esta fusión de la libertad del pueblo con los factores jerárquicos imperativos, fundamenta la existencia de un Derecho público. «GIERKE proclama, hace ya casi medio siglo, que la concepción de un Derecho público es una creación de la ideología germánica» (GOLDSCHMIDT).

Dentro del Derecho privado, y por lo que afecta sobre todo al derecho patrimonial, la teoría de la *Genossenschaft* descansa sobre la gama de conceptos «originarios y eternamente jóvenes» del Derecho germánico: la insti-

tución de la «propiedad mancomunada» (*ingesamnter Hand*) es la piedra angular aquí, sin que los conceptos romanos de *condominium* y *societas* queden en absoluto desterrados.

Esta ideología germánica, la conciencia de la vitalidad del Derecho germánico por sobre todo otro derecho, por sobre el romano especialmente, es la entraña de toda la obra de GIERKE, la noble pasión de su laborar infatigable, el «fuego sagrado de sus investigaciones». De su pluma van brotando páginas formidables, en reivindicación para el Derecho germánico de conceptos e instituciones reducidos a los moldes jurídicos romanos por una larga tradición. Con la virtud creadora de su genio, evoca el «espíritu del Derecho germánico», sacando de un pasado muerto la masa de sus instituciones, sojuzgadas por varios siglos de «Derecho de Pandectas», un Derecho extranjero «recibido», para darles nueva vida en contacto con las necesidades del presente.

Así, GIERKE se sobrepone a la germanística tradicional: lo que él investiga no es mera *historia*, es un sistema del Derecho con exigencias de *validez actual*, una *dogmática* jurídica, construida sobre los valores nacionales postergados. Su supremo afán, «saber amonedar el oro de los ricos filones del pasado en tesoros de conceptos jurídicos», para la circulación del Derecho vigente, es ya en gran parte obra consumada por su propio esfuerzo.

El campeón del Derecho germánico se nos muestra fogosamente en el fuerte movimiento de protesta contra el primer Proyecto (1) para un Código civil alemán, de contenido romanístico preponderante (obra sobre todo de un pandectista como WINDSCHEID). La voz de GIERKE es la que destaca más poderosa, entre otras muchas voces de reprobación, y no en vano: los resultados de sus investigaciones, si no llegan a instaurarse de un modo abso-

luto, deciden en buena parte sobre el giro de la redacción definitiva.

De estas investigaciones histórico-dogmáticas surge su *Deutsches Privatrecht*, edificio imponente, que la muerte viene a dejar incompleto, por desgracia. Son tres los volúmenes que quedan publicados (I. Parte general y derecho de las personas; II. Derecho de cosas; III. Derecho de obligaciones) de este libro ya clásico apenas nacido, contribución gigantesca a la ciencia del Derecho privado, que sólo una tal vida de laboriosidad inagotable y un genio como el de GIERKE hubieran podido llevar a término.

A través de la trama del Derecho romano recibido, y de otras corrientes jurídicas medioevales, GIERKE va desentrañando las instituciones y los conceptos típicamente germánicos, analizándolos y sistematizando su estructuración dentro del Código civil en función de la nueva vida social con nuevas necesidades y exigencias.

Ciertamente que en la obra de GIERKE no podemos ver la obra de una individualidad aislada, confiada al azar de sus propios medios, por poderosos que éstos sean: es una obra que va germinando y madurándose en un ambiente de floración científica y es el producto de una fuerte tradición. No en otra cosa consiste la significación de las verdaderas personalidades, como los balances o las grandes cifras de un estado social que, en hora propicia, sabe recoger los afanes de su época para consumarlos, incorporándolos como valores definitivos a lo que queda perdurablemente. Muerto GIERKE, su nombre y su personalidad seguirán siendo para el mundo lo que en vida era su persona: el símbolo de la moderna ciencia jurídica alemana en la cumbre de su florecimiento, y el más genuino representante de varias generaciones de juristas.

W. Rocas,
Doctor en Derecho.

(1) GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgl. Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (Leipzig, 1889).