

MOREU BALLONGA, JOSÉ LUIS: *El legado genérico en el Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Recuerda GENY cómo el Código Civil francés surgió en los comienzos de una situación política fundada en bases completamente nuevas configurándose como una de las obras capitales de la misma. Ello ocasionó, según el citado autor, que en la opinión pública se generalizase una idea sobre la codificación que suponía atribuirle un concepto excesivo de su misión (cfr. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, 2.^a ed., Madrid, 1925, pág. 70). El propio GENY —para quien la codificación, al margen de la unificación que supuso, "no parece otra cosa que un trabajo formal, de simplificación y sistematización"— expone las consecuencias derivadas de magnificar la labor codificadora: la creencia de que al Código va ligado un espíritu exageradamente innovador y definitivo; la consolidación de la idea según la cual se había llegado a la cima del progreso; y, además de otras, la destrucción de cualquier unión entre el pasado y presente, junto con la pretensión de renunciar a todo apoyo tradicional (cfr. GENY, *op. cit.*, págs. 21, 70-71).

Y es que en efecto, con referencia al Código Civil francés recién promulgado, se escribió sobre el efecto novatorio del *Code*; efecto que se ponía en relación, no sólo con las leyes que dicho Cuerpo legal derogaba, sino también con el Derecho y la tradición jurídicas anteriores. Sobre estas ideas, en las que subyace la pretensión de identificar el Derecho con la norma codificada, escribió con ironía BOUTMY lo siguiente: "La palabra —codificación— es de gran resonancia; implica, en efecto, una especie de *licénciamiento* absoluto de la historia y de los historiadores. La codificación es un acto decisivo del legislador que desgaja, digámoslo así, el derecho de sus orígenes, lo fundamenta por entero en la razón, la justicia, el interés público, el acuerdo y la mutua dependencia entre los diferentes artículos; dispensa de buscar precedentes o justificación fuera de un documento auténtico anterior al día de su promulgación. A quien quiera ir más lejos, la misma Ley parece contestar ¡para qué! Hemos liquidado el pasado y comenzado una nueva era..." Y con referencia al modo de proceder que se deriva de la concepción anterior, el mismo autor concluye: "El «espíritu geométrico», tal como lo entendía PASCAL, se convierte en regla general..., se adquiere, ejerce y desenvuelve en grado eminente la facultad dialéctica. Pero toda superioridad se paga, y ésta se compra frecuentemente al precio del sentido histórico" ("Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques", en *Rev. Intern. de l'Enseignement*, 1889, 1.^o, págs. 222-223; citado por GENY, *op. cit.*, págs. 53-54).

No fue necesario que transcurriera mucho tiempo para que se olvidara la pretensión que suponía obviar al elemento histórico en la interpretación de la ley o la que conllevaba renunciar a la tradición jurídica a los efectos de elaborar construcciones dogmáticas del Derecho vigente. Años más tarde, el le-

gislador español introdujo, por medio del artículo 3.1 del Código Civil, el elemento histórico como canon a tener en cuenta en la interpretación de las normas en vigor ("antecedentes históricos y legislativos"). A este respecto y con ocasión de la reforma en el año 1974 del Título preliminar del Código Civil, el legislador fue consciente de la relevancia que reviste la dimensión temporal de las normas, tanto la precedente ("antecedentes históricos y legislativos") como la posterior a su entrada en vigor ("realidad social del tiempo en que —las normas— ha de ser aplicadas").

Con todo y en lo que concierne estrictamente a la interpretación de las normas, creo que no cabe extralimitar la función que cumplen los antecedentes históricos o la realidad social si se la compara con la que corresponde a otros elementos recibidos en el artículo 3.1 del Código Civil. Ello por cuanto que, a mi juicio, la consideración de la finalidad o del espíritu de una norma puede fundamentar una interpretación correctora de su sentido gramatical para acomodarlo a lo que resulte de aquellos cánones hermenéuticos. También porque, a lo que entiendo, el significado de una norma resultante del empleo del elemento sistemático prevalece sobre el derivado del uso exclusivo del canon gramatical. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los antecedentes históricos o con la realidad social. Estos cánones hermenéuticos carecen de entidad normativa y su función en orden a la interpretación de las normas es más limitada.

En concreto, el canon sociológico (crisis económica, paro, progresos técnicos, inflación, etc., por hacer referencia a los criterios comúnmente utilizados por la jurisprudencia al invocar la realidad social) puede fundamentar una interpretación extensiva o restrictiva de la literalidad de un precepto. Además el canon sociológico es un elemento que puede *cooperar en la justificación* de una interpretación de la norma que incluso corrija su significación literal —interpretación correctora—. Pero aun siendo así, el canon sociológico carece de entidad normativa para alterar por sí mismo el sentido que resulte de la literalidad de un precepto legal. Tal alteración deberá justificarse con referencia a otro criterio que, al inducirse de la propia norma y tener por tanto entidad normativa, permita fundamentar la corrección del sentido gramatical de un determinado precepto —*ratio legis*, espíritu o finalidad de la norma, elemento sistemático—.

También, en mi opinión, algo parecido sucede con la función que cabe asignar al elemento histórico recibido en el artículo 3.1 del Código Civil. A fin de interpretar las normas, el empleo del canon histórico puede ayudar a desvelar el sentido de un precepto, o aclarar su finalidad, o resolver problemas suscitados por la redacción otorgada al precepto, y asimismo puede servir para justificar la opción por uno de los varios significados que pudieran ser atribuibles a una norma. Pero careciendo de entidad normativa, el elemento histórico tampoco permite por sí mismo fundamentar una interpretación correctora del sentido gramatical de un precepto legal.

Así las cosas, la doctrina y —en menor medida— la jurisprudencia recurren al canon histórico por diversas causas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, la invocación de los antecedentes históricos obedece a la finalidad de interpretar las normas o de aclarar algún aspecto de la institución o figura jurídicas por ellas regulado o, también, a la finalidad de cotejar la norma en vigor con la derogada para detectar la singularidad o no del régimen jurídico vigente en el extremo debatido. En lo que atañe a la jurisprudencia posterior a la reforma del Título preliminar, el Tribunal Supremo invoca, por ejemplo: los anteceden-

tes históricos o el Derecho histórico en general (SS. 14 febrero 1976, civ.; 27 octubre 1981, soc.; 18 octubre 1985, cont., s. 3.^a; 18 junio 1986, cont., s. 4.^a, y 21 enero 1988, soc.); el Derecho romano, el germánico o el Derecho canónico medieval, también en forma genérica (SS. 12 septiembre 1985, crim.; 14 octubre 1985, civ.; 13 junio 1986, crim., y 17 junio 1986, cont., s. 4.^a); el *Digesto* o las Instituciones de Justiniano (SS. 17 mayo 1986, civ.; 2 diciembre 1986, crim.; 3 febrero 1988, civ., y 2 marzo 1988, crim.); El Fuero Juzgo (S. 2 marzo 1988, crim.); las Partidas (SS. 29 abril 1986, cont., s. 4.^a; 12 mayo 1986, soc.; 2 marzo 1988, crim., y 27 junio 1988, civ.); el Ordenamiento de Alcalá (SS. 17 junio 1986, civ.; 8 noviembre 1986, crim., y 30 septiembre 1988, civ.); la Novísima Recopilación (SS. 15 julio 1985, crim., y 8 noviembre 1986, crim.), o el proyecto de Código Civil de 1851 y los *Comentarios* al respecto de GARCÍA GOYENA (SS. 14 octubre 1985, civ.; 10 marzo 1986, civ., y 8 octubre 1986, civ.).

Por lo que concierne a los autores, casi parece ocioso insistir en la relevancia atribuida al canon histórico en el ámbito doctrinal. Y es que en sede doctrinal el recurso al elemento histórico no lo es sólo con el fin inmediato de indagar el sentido que debe asignarse a las normas vigentes. Antes bien, la relevancia más significativa de los antecedentes históricos se muestra cuando los autores lo utilizan para desvelar los orígenes de un precepto o el motivo determinante de una norma (*ocasio legis*); también cuando se le emplea como medio para detectar la tradición jurídica con la que el precepto legal enlaza y las construcciones doctrinales sobre la institución que la norma regula...; cuando, en suma, se le utiliza para fundamentar la dogmática otorgándole contenido histórico. Y es que no le falta razón al profesor SALVADOR CODERCH cuando escribe que muchos problemas dogmáticos que plantean los textos vigentes se disuelven si se atiende a la génesis de tales textos y su explicación (cfr. el "Prólogo" a *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985).

Así pues, construcción histórico-dogmática, pero asimismo valor relativo de los antecedentes históricos en lo que atañe —exclusivamente— a la interpretación de las normas. Lo anterior en el sentido de la imposibilidad de fundamentar en el canon histórico una interpretación correctora de las normas vigentes. Pues bien, es aquí, en el ámbito de una elaboración histórico-dogmática y con excelentes resultados, en donde tienen acomodo buena parte de los trabajos publicados por el profesor MOREU BALLONGA. El propio autor expresamente propugna y confiesa practicar una concepción historicista del estudio e investigación del Derecho civil (cfr. MOREU BALLONGA, "Comentario a la STS de 22 de enero de 1990, en CCJC, núm. 22, 1990, pág. 245). Dicha elaboración histórico-dogmática trasluce, sobre todo en su primera monografía, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980. Pero también la monografía que aquí se recensiona y que tiene a los legados genéricos como objeto de estudio obedece al planteamiento descrito. En particular el modo de proceder que el profesor MOREU asume en este trabajo consiste en examinar el régimen jurídico del legado genérico, recurriendo cuando ello es necesario o conveniente a los antecedentes legales o a las construcciones doctrinales previamente detectadas en cada caso por el autor, con las que enlazan las normas que en el Código Civil regulan tal clase de legado. Se compartan o no las opiniones del profesor MOREU, lo que a mi juicio no cabe discutir es el rigor, tanto del método seguido como de los argumentos empleados para fundamentar las soluciones que propone.

Ya con referencia al contenido concreto de la monografía, el aspecto cen-

tral de la misma —y, desde un punto de vista dogmático, acaso lo más relevante— está representado por el estudio que hace el profesor MOREU sobre la eficacia real u obligacional del legado genérico. La atribución de eficacia legal al legado genérico supone aceptar que la especificación mediante elección transforma en específico dicho legado, transmitiéndose al legatario la propiedad de la cosa legada desde la elección notificada. A su vez, la atribución de eficacia obligacional al legado genérico conlleva asumir que la especificación transforma dicho legado en una obligación específica, transmitiéndose al legatario la propiedad de la cosa legada mediante la entrega de la misma.

A primera vista, se advierte ya que buena parte del régimen atribuible al legado genérico resulta condicionado por la asignación al mismo de efectos damnatorios o vindicatorios. Entre otras cosas, porque de atribuir al legado genérico eficacia real sucedería que desde la especificación el legatario podría ejercitar las acciones características de la defensa del dominio o transmitir la propiedad de la cosa legada, o —desde la especificación también— los acreedores del legatario podrían dirigirse contra la cosa legada. Pero es que además y como justifica el autor, la eficacia real u obligacional del legado genérico incidirá en ciertos aspectos del tratamiento que se habrá de dar a los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa y, asimismo, a la trascendencia otorgable a la revocación de la elección.

Pues bien, al fin de determinar la eficacia obligacional o real del legado genérico, el profesor MOREU examina con carácter previo los orígenes y la evolución del problema referente a la adquisición del legado. Más en concreto, el autor estudia la dualidad *legatum per damnationem* y *legatum per vindicationem*, así como la opción ulterior al respecto en los diferentes códigos. Sobre este particular sucede que ciertos cuerpos legales asumieron la fórmula damnatoria del Derecho romano atribuyendo, como regla general, eficacia obligacional al legado (BGB, Códigos austríaco y suizo). Sin embargo, otros cuerpos codificados recibieron del Derecho romano la versión vindicatoria del legado asignándole, por tanto, eficacia real (Código General Territorial Prusiano y el Código portugués, tanto en su versión anterior como la vigente). El problema se suscita con referencia a ciertos Códigos que, reconociendo eficacia vindicatoria al legado específico de cosa propia del testador, no obstante dejan sin explicitar de forma expresa el carácter vindicatorio o damnatorio del legado genérico y del alternativo (Códigos francés, italiano y español).

Así delimitada la cuestión, el profesor MOREU refuta o relativiza los argumentos en que se ha fundamentado la teoría obligacional del legado genérico; entre otros la dicción del párrafo tercero del artículo 875 del Código Civil, la propuesta de asimilación del régimen del legado genérico al del legado de cosa ajena, la regulación del saneamiento por evicción con referencia a los legados genéricos (arts. 860 y 869.3.º CC) o el atinente a la vigencia en el Derecho español de una supuesta regla general de eficacia obligacional de los legados (arg. ex arts. 861-863, 874, 879-880 y 1.095 CC).

Desestimada la existencia de argumentos decisivos en favor del carácter obligacional del legado genérico, la opinión del profesor MOREU sobre la eficacia damnatoria o vindicatoria de tal legado pasa por la distinción entre los legados del género ilimitado —o con limitación que no excluya la elección de objetos ajenos al patrimonio hereditario—, y los legados de género limitado a bienes pertenecientes al patrimonio hereditario. Con la distinción anterior como punto de partida, el autor entiende, con fundamento en razones históricas y dogmáticas, que a los legados de género ilimitado se les ha de atribuir

eficacia *damnatoria* u obligacional. Es otro, sin embargo, el carácter que MOREU asigna al legado de género limitado a cosas pertenecientes al patrimonio hereditario y que, en buena medida, resulta condicionado por lo que el autor escribe en la página 78 de su monografía. En dicha sede el profesor MOREU afirma que no existiendo argumentos decisivos en favor de la eficacia obligacional o real del legado que examina, debe optarse por la teoría que solución de forma más satisfactoria el problema que subyace a la polémica suscitada —facultad o no del legatario para ejercitar la acción reivindicatoria tras la especificación por elección—.

Es acaso por ello por lo que el autor opta por defender la eficacia real del legado de género limitado a las cosas de la herencia, opinión que, en síntesis, supone lo siguiente: por una parte, la adquisición por el legatario de género limitado a las cosas de la herencia de un derecho de crédito cuyo contenido se integra por la facultad de pedir que se realice y notifique la elección y que le asiste desde la apertura de la sucesión; por otra, la adquisición por el legatario de un derecho real desde la elección notificada. La opinión expuesta la propugna el autor con fundamento en la interpretación que defiende en orden a ciertos preceptos del Código Civil (art. 874, *a sensu contrario*; arts. 877, 869, 884 y 885 CC), en la consideración de los precedentes remotos e inmediatos del Código Civil y en argumentos de lógica jurídica y sistemáticos.

Ello resuelto, el autor trata el régimen jurídico del legado genérico con referencia a tres epígrafes: la especificación mediante elección, el ámbito del legado genérico y, por último, el cumplimiento del legado genérico y la responsabilidad del gravado con el legado.

Por lo que atañe a la elección, el profesor MOREU subsume el derecho de elección en la categoría de los "derechos de formación o configuración jurídica". En su opinión, la elección se caracteriza por ser una declaración de voluntad —"acto jurídico"— irrevocable y no necesitada de aceptación, aunque recepticia. Las consecuencias que se derivan del parecer del profesor MOREU sobre la eficacia real del legado de género limitado a las cosas de la herencia, por una parte, y sobre la configuración de la elección en los legados genéricos, por otra, podrían resumirse con referencia a las conclusiones siguientes: la primera, que desde la elección notificada al legado genérico es ya un legado específico al que son de aplicación las normas que integran el régimen jurídico de esta clase de legado; la segunda, que desde la especificación del legado genérico el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada, y la tercera, que desde la notificación de la elección el legatario soporta los riesgos y deterioro de la cosa tiene derecho a beneficiarse de las mejoras y adquiere el derecho a los frutos que produzca la cosa legada. Este estudio se complementa con el examen del régimen jurídico de la elección en los legados genéricos (arts. 875 y 876 CC): capacidad, sujetos, forma y plazo para realizar la elección; el modo de atenuar las consecuencias que derivan de la dicción del artículo 876 del Código Civil, así como el análisis de los problemas que suscita la elección por tercero o la elección en los casos de concurrencia de pluralidad de personas.

Al tratar del ámbito del legado genérico, el profesor MOREU examina el requisito de la determinabilidad del objeto del legado genérico y delimita éste frente a otros legados: frente al legado de universalidad —legado específico—; frente al legado alternativo —adhiriéndose a la opinión de quienes relativizan la distinción entre legado genérico y alternativo, pero sin obviar las diferencias de régimen jurídico que, a su juicio, existen entre ambos: inaplicación a los legados alternativos del art. 875 y, acaso, de los arts. 860 y 884 CC—; frente

al legado de cosa ajena —asumiendo la opinión según la cual en el régimen jurídico de los legados genéricos del Código Civil no existe una presunción de que el género esté siempre limitado a las cosas pertenecientes a la herencia—, y también examina el legado genérico en relación con las donaciones de la misma naturaleza —defendiendo la validez de las donaciones genéricas tanto de muebles como de inmuebles—. Igualmente, en este ámbito el autor trata de las peculiaridades que presenta el legado genérico de muebles respecto del de inmuebles, con especial referencia a los problemas que plantea el artículo 875 del Código Civil, y se detiene en la consideración del legado de suma o de cantidad.

Por último, el examen del régimen jurídico del legado genérico concluye con un estudio referente a su cumplimiento y a la responsabilidad del gravado con el legado. En esta sede, el profesor MOREU analiza la responsabilidad por evicción (*ex art. 860 CC*), la responsabilidad del gravado en los casos de vicios ocultos de la cosa elegida y el momento de cumplimiento del legado genérico, proponiendo como regla general el de la liquidación y participación de la herencia.

MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

CÁATALA DE ROTON, MARIE CLAUDE: *Les successions entre époux*, Ed. Económica, París, 1990.

Hace ya algunos años que el maestro CARBONNIER publicó su *Sociologie de Droit des successions*, y sobre esta materia, desde entonces, han proliferado los estudios franceses. El epigrafiado es de alta calidad; mereció el premio del Consejo Superior del Notariado de Francia en 1987 y va prologado por su Presidente, JACQUES BÉHIN. La información que contiene la obra es sumamente interesante y no inferiores las deducciones que de ella obtiene la autora, que se hace amena a pesar del cúmulo de datos.

El tema, aunque intenta encuadrarse en un limitado esquema geográfico y social, le permite atractivas incursiones por el campo del Derecho comparado: aparecen desde el BGB hasta las recientes novedades japonesas y no faltan datos de las varias Autonomías en las que se está descomponiendo el reino de España, aunque dado el vertiginoso desenvolvimiento legislativo de las mismas hay que disculpar a la autora de no hallarse absolutamente al día en este extremo.

El *Anuario Estadístico de Francia* de 1982 le facilita valiosos datos. Redondeando cifras, en Francia, con una población total de 54 millones de habitantes, casi 3.850.000 son viudos, pero de ellos sólo pertenecen al sexo masculino 648.000. Hay, pues, casi un viudo por cada cinco viudas. Ciertamente que en los diversos segmentos de edad —que se detallan— la proporción varía, pero no en cantidades significativas. Las causas son diversas y no exclusivas de Francia: se habla de la diferencia de edad al contraer matrimonio y de las guerras que, a diferencia de las pestes, sólo afectan a un sexo principalmente. De todas formas, la baja selectividad del sexo femenino se mantiene en otros órdenes. Mientras solo uno de cada cuatro varones consigue superar los 80 años, más de dos de cada cuatro hembras los alcanzan.

Por ello madame CÁTALA estima que viudedad es sinónimo de viudedad femenina y, a pesar de los modestísimos índices actuales de fecundidad (que recuerdan los grandes males adyacentes en Sudáfrica), las viudas de edad temprana acostumbran a tener a su cargo hijos menores, pensiones reducidas y no muy abiertos horizontes laborales, por lo que su postura social es dura, difícil. Las estadísticas muestran que las distintas profesiones no afectan a la mortalidad, aunque el índice es algo más elevado en las inactivas o divorciadas. No hay especial análisis de las madres solteras.

Las encuestas realizadas lo fueron entre la gran masa, por una parte, y el Notariado; estas últimas constituyen el eje de muchas de las consideraciones que realiza CÁTALA. La primera de dichas encuestas tuvo lugar en 1965, a iniciativa del Ministerio de Justicia y en vistas a futuras reformas; corrió a cargo del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de París con un cuestionario encaminado a obtener posiciones psicosociológicas y determinación de problemas. Otra se desarrolló en 1980 bajo la dirección del "Institut de Sondage ARC-MC" ("Analyse, Recherche et Conseil en Marketing et Communication").

Antes de la citada encuesta notarial, diversas Convenciones de profesionales del Notariado habían ya abordado temas sucesorios regidos por normas poco adecuadas; fueron las de 1955, 1971 y 1975. Pero en 1979 y patrocinada por el movimiento "Jeune Notariat" se procedió a distribuir cuestionarios por los casi 7.000 notarios franceses, encuesta que se reiteró en 1981 por orden del Consejo Superior del Notariado. Sólo unos dos mil Notarios cumplimentaron dichos cuestionarios y las respuestas fueron tratadas informáticamente en la Universidad de Montpellier, y a pesar de observarse diferencias tanto en datos como en criterios entre los Notarios de diferente edad y radicación, o sea, tradición territorial jurídica, la homogeneidad alcanzó casi el 80 por 100.

La Revolución Francesa y el *Code*, pese a sus estridencias, consideraron al cónyuge sobreviviente como "el gran vencido", situándolo casi entre los parientes lejanos en el orden sucesorio. Pesaba mucho la tradición del *lignage*, sobre todo en ciertas regiones, y la familia como institución social; los bienes adquiridos por título hereditario acostumbraban a constituir la parte más considerable del patrimonio sucesorio y la sangre reclamaba sus derechos en aquel ambiente social. Verdad es, no obstante, que la práctica rectificó a la Ley, sobre todo a medida que se producía la industrialización y la reducción de la familia a la condición de nuclear. El régimen conyugal actuó durante muchos lustros como elemento colaborador, sobre todo en matrimonios con descendencia no emancipada. Y desde 1891 empezaron a traducirse en normas inquietudes sociales crecientes que, desde diversos ángulos, han favorecido al sobreviviente, en especial al femenino, a pesar de ásperos problemas dimanantes de la existencia de hijos de lechos anteriores a la equiparación de naturales o adulterinos a los legítimos. En los últimos decenios se acumulan las disposiciones en tal sentido con la nueva orientación de la jurisprudencia que ha sido parcialmente recopilada por Mlle. FAUCHEUX, que ofrece más de 500 supuestos de tal especie; se constata que en cada cuatro de cinco litigios sucesorios interviene la viuda, y los más conflictivos son aquellos en los que intervienen hijos de varios matrimonios. Se estima que el estadio de reformas legislativas todavía se halla en curso en Francia.

Excluyendo las *ab intestato*, los supuestos en que interviene la voluntad más frecuentes en Francia son: las donaciones de bienes futuros, las capitulaciones matrimoniales y los testamentos.

Las primeras ("donation au dernier vivant, tout tenant"), a pesar de su carácter sinalagmático, son revocables unilateralmente y, según estadísticas y encuestas, las más abrumadoramente practicadas y referidas. Incluso por los Notarios: los testamentos requieren la presencia de testigos, que pueden anular su condición secreta y además pueden ser fuente de responsabilidades para los funcionarios autorizantes. Aparte de ello, tales donaciones, en Francia, permiten simplificar las formalidades posesorias.

Los testamentos ocupan el segundo lugar, pero a considerable distancia. En el Congreso de Deauville se propuso, por algunos Notarios, la eliminación de los testigos, por lo menos en el acto del otorgamiento. En diligencia complementaría podrían constatar la declaración de otorgamiento de última voluntad y, en su caso, su criterio sobre la identidad y capacidad del testador. Actualmente muchos notarios aconsejan el testamento ológrafo aún confirmado o depositado notarialmente, evitando responsabilidades profesionales. En otro orden, algunas voces se han levantado en favor de la reinstauración de los testamentos conjuntos, pero su irrevocabilidad unilateral es obstáculo de gran peso. Jamás se olvidan, en estos trances, aunque no tienen el significado equiparable a otras sucesiones, los temas fiscales, cada vez más complejos e intensos.

Las capitulaciones matrimoniales, también afectas de irrevocabilidad unilateral en términos generales, gozan de poco favor, salvo en ciertas zonas, cada vez más reducidas, en las que la tradición tiene su importancia: las de derecho escrito y las de tradición romana son totalmente reacias. Normalmente se consideran operaciones quirúrgicas propias de matrimonios con alta diferencia de edad entre cónyuges y posibilidad de hijos de varios matrimonios.

Una de las disposiciones más frecuentes en los testamentos a favor del cónyuge es el usufructo universal, sin perjuicio de reservas o legítimas, y en los de las esposas no falta una alusión a la posibilidad de que el marido convuele a segundas nupcias. Es posiblemente el sistema más aconsejado por los Notarios en matrimonios con descendencia, sin perjuicio de completar el usufructo con otras disposiciones en plena propiedad.

La sucesión *ab intestato* debería ser supletoria y equivalente a la voluntad presunta del difunto, pero normalmente juegan otros factores: familia, propiedad, función social de la herencia... La historia nos muestra que el *paterna*, *paternis*, grado superior del espíritu conservador, casi feudal, aunque subyacente, ha perdido vigor: los bienes, a falta de hijos y cónyuge, se distribuyen sin distinción de línea de procedencia entre los parientes más próximos. Pese al valor de la sangre, el sobreviviente, presunto responsable del más profundo afecto, con esta base psicológica ha sabido sobreponerse a los lazos del parentesco. Sólo estados anormales, de disensión, o la posibilidad de que a través de ulteriores nupcias pasen a extraños bienes de *îgnage* moderan esta línea. Los tratamientos fiscales, por otra parte, no asumen las proporciones confiscatorias de otras sucesiones.

Después de la guerra de 1914 y la intensificación de la atomización familiar, además de que actualmente en los patrimonios juegan mayor papel los bienes adquiridos onerosamente que los heredados, la norma ha acrecentado su postura conyugalista, superando el *ménage* al *îgnage*. En 1958, con no excesiva aprobación doctrinal, se reconoció la condición de heredero del cónyuge sobreviviente con derecho a *saissine*, sin perjuicio de la posición de la descendencia. Esto en la sucesión legal. En la voluntaria, y a salvo las dona-

ciones de bienes futuros, el usufructo, con importantes matizaciones, continúa siendo el favorito. En todo caso se trata de proporcionarle condiciones de existencia similares a las que disfrutaba durante su matrimonio.

Pero las normas no pueden tener en cuenta todos los supuestos que la vida ofrece: las herencias con empresas mercantiles, incluso las que tienen la condición de bien común, de faltar armonía entre los sucesorios siempre se hallan en peligro de extinción y en forma ruinosa; en menor cuantía, en las agrícolas. Ello hace recordar la libertad de disposición —con escasas limitaciones— procedente de la tradición romana, las normas anglosajonas o belgas y ciertas instituciones de diversos países europeos. También hay que no echar en el olvido las llamadas "sucesiones irregulares", cuentas indistintas, indemnizaciones por accidentes, derechos de subrogación en arrendamientos que favorecen al cónyuge sobreviviente en forma considerable en determinados supuestos. La importancia que el valor afectivo asigna a mobiliario y equipo, y aun segundas residencias, que lo hace superior al real económico o material.

El testamento o la donación *post mortem*, en los momentos actuales parecen las soluciones más adecuadas para regular estas sucesiones en las que pueden intervenir diversos factores. Se trata de acomodar normas y autonomía de voluntad con el actual estadio social, en el que cultura, sentimientos y forma de vida tienen un relieve muy distinto al de hace muy pocos siglos.

JOSÉ M. PINOL AGUADÉ

SOLDEVILLA VILLAR, ANTONIO: *Derecho agrario (Lecciones para un curso)*, volumen I, Parte General, Valladolid, 1991. Un tomo de 299 páginas.

Nuestro compatriota Lucio JULIO COLUMELA, en *Los doce libros de agricultura*, se extrañaba de que aunque esta actividad es necesaria para subsistir y alimentarse los mortales, no conocía personas que la enseñaran ni discípulos que la estudiaran.

Eso ocurría en el siglo I después de Cristo. Veinte siglos después, la agricultura sigue sin estar demasiado boyante. Y mucho menos la española, después de las tarascadas que nos envían nuestros amigos europeos mediante esos dichosos planes que nos endosan.

Pero al menos ya sí hay alguien que la enseña y también quienes la aprenden y hasta la practican, aunque casi de puro milagro. Es cuestión de vocación y empeño de saber adaptarse a las cambiantes circunstancias, pues, como se dice en la presentación de este libro, en pocos años hemos pasado de las disposiciones sobre laboreo forzoso hasta los nuevos rumbos que nos quieren imponer el abandono de tierras y la supresión de ganados casi *manu militari*.

Ejemplo de vocación agraria es ANTONIO SOLDEVILLA, doctor en Derecho, Abogado en ejercicio... y agricultor en activo que lleva varios años ya empeñado en estas tareas de enseñar y practicar el agrarismo. En su día comentamos en estas páginas la aparición de su tesis doctoral que bajo el título "La empresa agraria" se editó en 1982. Allí trazaba un esquema completo de la regulación jurídica de la empresa, su doctrina general y sus tipos en el Derecho español en forma tan completa que todos hemos acudido a dicho libro al querer conocer cualquier aspecto de este eslabón fundamental de la explotación agraria.

Ahora el autor, que es profesor de esta asignatura en la Escuela de Inge-

nería Técnica Agrícola y en la Escuela Universitaria "Instituto Nevares de Empresarios Agrícolas" de Valladolid, ha escrito este libro con miras más amplias y un tanto ambiciosas. No sólo se limita a la exposición de la materia a los juristas, alumnos y agricultores, sino que también quiere justificar su estudio en estos momentos en que parece despertar otra vez la conciencia de nuestra vocación agraria, aunque sea supeditada a los nuevos rumbos comunitarios que ya no tenemos más remedio que afrontar.

La obra completa, tal como la anuncia el autor, pretende recoger, junto a esta parte general, una parte especial para tratar de la relación jurídica agraria con sus elementos y las legislaciones especiales de aguas, cultivos, medio ambiente, relaciones laborales, crédito, enseñanza y organización administrativa de la agricultura. Esta última parte (que aparecerá a lo largo de 1992, según se nos anuncia) completará un necesario Tratado de Derecho Agrario que se echaba en falta en nuestra bibliografía especializada. ALBERTO BALLARÍN publicó sus dos ediciones en 1965 y 1979, y JUAN JOSÉ SANZ JARQUE las suyas en 1975 y 1985, ésta sólo en el primer tomo. Ambos libros son fundamentales y básicos para el estudio del Derecho agrario español. Desde entonces, las tendencias, normas y doctrinas van evolucionando rápidamente y además las normas de las Comunidades Europeas han marcado nuestra agricultura de modo importante.

Por ello, este libro ha empezado a aparecer en momento oportuno y se nos presenta idóneo para actualizar la materia, cosa imprescindible para quienes por profesión, vocación o manía hemos de estar al día en las ideas jurídico-agrarias.

Y vamos con este volumen I, que constituye la parte general del Derecho agrario. El subtítulo "Lecciones para un curso" indica que va destinado preferentemente a los alumnos de las escuelas universitarias; así lo expresa SOLDEVILLA, diciéndonos que le han servido de base los apuntes y notas que utiliza en sus explicaciones de clase. Pero no obstante su inicial finalidad didáctica, el libro tiene un gran contenido y obtiene una apreciable línea doctrinal y normativa.

En la primera lección (así llama a los capítulos), y a título de introducción, da los conceptos generales del Derecho y en especial del Civil, centrándose en el español, con sus fuentes y eficacia en el espacio y en el tiempo.

En la segunda entra ya en la materia específica, estudiando lo que es el Derecho agrario en sus antecedentes históricos y en las concepciones modernas. Recoge las distintas tendencias doctrinales que han tratado de definirlo por sus notas y acaba aceptando el concepto descriptivo de SANZ JARQUE según el cual el Derecho agrario es el conjunto de normas que en ámbito de la ordenación del territorio regulan la propiedad de la tierra, la empresa agraria y la reforma y desarrollo agrario de las estructuras del campo. Después, SOLDEVILLA tercia en la cuestión, tan debatida como el sexo de los ángeles, de si el Derecho agrario es una rama especial y si goza o no de autonomía respecto al Derecho civil; todas las ramas del Derecho son más o menos interdependientes y se relacionan entre sí; por ello, tras recoger las diversas opiniones, el autor concluye sensatamente que aunque exista una especialización muy acusada, la falta de autonomía legislativa y jurisprudencial no permiten proclamar la plena particularidad del Derecho agrario frente al civil. Aunque hay corrientes doctrinales en Italia y Francia que pretenden elevar el Derecho agrario a la categoría de rama independiente, las tendencias actuales en España miran a que debe haber una total sincronización.

La reforma agraria ha sido considerada la materia básica del Derecho agrario, hasta el punto de que no faltan autores que identifican ambos conceptos. Por ello SOLDEVILLA le dedica atención, estudiando sus diversas concepciones y la evolución de los movimientos reformadores en España, desde Carlos III hasta la actualidad.

La dependencia de la normativa agraria respecto al Derecho civil se manifiesta en múltiples aspectos, cosa natural si se piensa que la tierra es el concepto básico de las normas privatistas y sus modos de llevanza constituyen la esencia de las normas agraristas. Por ello el autor dedica tres lecciones o capítulos del libro a estudiar la concepción social del suelo y las formas de su tenencia. Empieza, como es lógico, por la figura más clásica y estable, el paradigma de todo agricultor, que es el derecho de propiedad; estudia su concepto legal y doctrinal, sus facultades, acciones que lo protegen, sus limitaciones y los modos de adquirirlo y perderlo. A su lado, entra en los derechos de goce, garantía y adquisición sobre la tierra agrícola y las servidumbres legales, de gran relevancia en el ámbito rústico.

Junto a la titularidad típica del dominio hay en el campo otras figuras que expone SOLDEVILLA en las tres últimas del libro; primero se refiere a la posesión y el precario como situaciones más o menos fácticas; después, en los derechos reales del usufructo y los censos y la figura especial de la llamada concesión, típica de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Por último, en una lección entera se refiere a los arrendamientos y, en otra, a la aparcería; en ellas, lógicamente, se extiende todo lo que exigen la importancia y la frecuencia de estas relaciones contractuales en el ámbito agrario. Si hay problemas y pleitos en la esfera rural, estas dos relaciones suelen llevarse la palma, porque el labrador se aviene mal con toda situación de dependencia y quiere ser dueño de la tierra que trabaja. Por eso nos explica pormenorizadamente el autor los medios de acceso a la propiedad por los arrendatarios y aparceros, según la legislación vigente. Por cierto que, después de aparecer el libro, se ha promulgado una nueva Ley, ahora llamada de arrendamientos históricos, que viene a ampliar plazos y poner nuevos parches. Decididamente, la normativa agraria es cambiante como ninguna.

El libro, en su primera parte, es importante y ha recogido y actualizado todas las normas y doctrinas, y ahí está su gran valor práctico. Ahora, a esperar la parte especial que complete los conceptos generales que hemos visto. Para entonces estamos seguros que se confirmará la buena impresión que este primer volumen nos ha producido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO, y otros: *Derecho agrario autonómico*. Editado por el Comité organizador del II Congreso Internacional de Derecho Agrario, Oviedo, 1991. Un tomo de 535 páginas.

Este libro recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Agrario que se ha celebrado en Oviedo a finales de septiembre de 1991, organizado por aquella Universidad y la Asociación Española de Derecho Agrario, cuyos componentes han aportado los trabajos que vamos a resumir.

En la presentación del libro, el Notario de Gijón y buen agrarista JUAN

FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, hombre motor de la reunión, escribe, bajo el título *El futuro del Derecho agrario*, unas notas en torno a este Congreso, resumiendo los elementos que a su juicio dan forma al nuevo Derecho agrario, tales como la configuración de las explotaciones agrarias, la significación que se atribuye a la función social de la propiedad y la importancia creciente de las normas agroalimentarias, para acabar contemplando el fenómeno creciente de la llamada agricultura a tiempo parcial.

El objeto principal de este Congreso, igual que lo fuera el celebrado en Sevilla en 1987, ha sido estudiar la normativa autonómica en materia agraria. Por ahora esta es la fuente más frecuente y prácticamente la única en nuestra esfera, dadas las competencias que la Constitución atribuye a los entes regionales. Los ponentes aportaron los trabajos que resumimos brevemente.

La legislación agraria de la Comunidad Autónoma de Andalucía fue la ponencia de FRANCISCO CUENCA ANAYA, decano del Colegio Notarial de Sevilla, buen amigo nuestro y conocido por sus publicaciones y trabajos. Expone las actuaciones que se llevan a cabo en las comarcas de reforma agraria, la política forestal y de protección del medio ambiente, la transformación de grandes zonas, la concentración parcelaria y lo referente a mercados de productos agrarios como puntos principales de actuación.

Siguiendo el orden alfabético, la legislación agraria de Aragón es presentada por GABRIEL CANTERO, catedrático de Derecho civil y director del Instituto de Derecho Agrario de aquella región. Estudia primero las disposiciones aragonesas de ejecución del Derecho de ámbito nacional y pasa después a las normas privativas de Aragón. Repasa la ya derogada Ley del Banco de Tierras, que ha sido sustituida por la nueva Ley del Patrimonio Agrario de la Comunidad de Aragón de 25 de abril de 1991. El autor estudia los aspectos formales de esta Ley, su finalidad y principios básicos.

La legislación asturiana se presenta por el citado JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, tocando en especial la Ley de la Parroquia Rural que reconoce personalidad a estas entidades de convivencia inferiores al municipio, pero muy importantes en la vida rural del Principado. Repasa después las distintas materias en las que actúa la competencia autonómica, señalando el desarrollo legislativo del Estatuto asturiano, que se ha plasmado principalmente en la Ley de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural, que se expone ampliamente.

En las Islas Baleares la legislación agraria está teñida por el carácter predominantemente urbanístico de su suelo, y así lo expone MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, profesora en la Escuela de Ingenieros Agrónomos de Valencia, en su ponencia que recoge la regulación del medio ambiente natural en las leyes de ordenación del territorio balear, muy relacionadas con la Ley de Espacios Naturales y de Régimen Urbanístico.

En Canarias existen parecidas características y además tiene el toque de su singular régimen de las aguas. Todo lo expuso en el Congreso MARÍA DE LOS ANGELES EGUSQUIZA BALMAEDA, profesora de Derecho civil, que en su ponencia recoge la normativa insular anterior y posterior a 1987. Esta fecha es clave por ser la de promulgación de la Ley de Aguas canaria, objeto de diatribas y recursos, hasta su confirmación por el Tribunal Constitucional. Alrededor de esta Ley y su contenido gira la ponencia, muy certera.

El *Boletín Oficial* de Cantabria publicó el 9 de abril de 1990 tres leyes en las que se centra la normativa autonómica agraria de esta región, expuesta por LUIS ROJO AJURIA, profesor de Derecho civil. El estudio de dichas leyes constituye un buen trabajo recogiendo la esencia de estas disposiciones, que son:

— Ley de 23 de marzo de 1990 sobre concentración parcelaria, conservación de obras, unidades mínimas de cultivo y fomento de explotaciones rentables.

— Ley de 26 de marzo de 1990 de pastos en los montes de Cantabria.

— Y Ley de 21 de marzo de 1990 de capacitación agraria.

El catedrático de Derecho civil AGUSTÍN LUNA SERRANO, presidente de la Asociación Catalana de Derecho Agrario, ha expuesto en Oviedo la reciente legislación agraria de Cataluña, completando su ponencia de Sevilla en 1987 en la cual ya trazó un panorama general de aquella normativa existente por entonces. Como disposición nueva, recoge la Ley forestal de 30 de marzo de 1988 destacando sus principales aspectos. Igualmente estudia la incidencia que han tenido en el sector agrario las recientes leyes catalanas de materia civil, tales como las de censos y servidumbres, para acabar con los proyectos legislativos en preparación.

La legislación agraria de Castilla y León fue presentada por JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SAEZ, profesor de Derecho civil y también conocido agrarista, y su ponencia se centra en las leyes de concentración parcelaria y unidades mínimas de cultivo y en la Ley de Espacios Naturales de Castilla y León, ampliamente comentadas.

A Castilla-La Mancha, muy de pasada y como si fuera la cenicienta de las regiones, sólo se le dedica media página en este libro. La verdad es que únicamente tiene una norma autonómica con rango legal que es la Ley de Conservación de Suelos y Protección de Cubiertas Vegetales. Pero en materia agraria algo más se podría decir de la quijotesca pero fértil tierra de La Mancha, que tiene problemas estructurales y de regadío y el no menos importante de una viticultura en peligro por mor de la adhesión a las Comunidades Europeas. Creo que mi tierra habría merecido una mejor y más extensa atención.

JOSÉ RAMÓN RUBIO DE ROFFIGNAC, Abogado y agrarista extremeño de pura cepa, complementa aquí lo que ya expuso en Sevilla sobre la legislación agraria de Extremadura. Incide en contemplar las leyes de la dehesa y los regadíos, exponiendo sus resultados, bastante relativos porque encuentran bastantes dificultades en su aplicación. Completa su trabajo con unas notas sobre la Ley de Caza Autonómica.

La legislación agraria de Galicia es importante, tal como corresponde a una región predominantemente rural y se expone en toda su amplitud por JOSÉ M.^a FRANCO GARCÍA, dividiendo su estudio en dos quinquenios de funcionamiento autonómico. Dentro del primero estudia la Ley de actuación en parroquias rurales, la de Cámaras agrarias, concentración parcelaria y la de adaptación de la del suelo a Galicia. En el segundo quinquenio se recogen la Ley de Prórroga de Arrendamientos Rústicos, la Compilación de Derecho civil y la de montes vecinales en mano común, esta última muy característica de las tierras galaicas.

Madrid es también campo. Con esta afirmación muy acertada comienzan su trabajo los autores de la ponencia, que son JUAN SÁNCHEZ JEREZ y JUAN CARLOS GARCÍA ROLDAN, Letrados de la Dirección General del Medio Rural de la Comunidad de Madrid. Pero la verdad es que el fenómeno del urbanismo tinta toda su regulación, al igual que sucede en Cataluña, y por ello las normas tienen un carácter inevitablemente mixto. Así la defensa de las unidades mínimas de cultivo se hace a través de la Ley de Disciplina Urbanística y el

medio ambiente se gestiona a base de órganos más bien urbanos que rurales. Los autores de la ponencia defienden su trabajo y exponen todas las disposiciones existentes y en proyecto sobre el ámbito de esta agricultura peri-urbana que sobrevive entre los tremendos bloques de edificaciones.

La actividad agraria de Murcia tiene también importancia, pues no en vano la mejor parte de la huerta de España está junto al río Segura. La misma autora de la ponencia de Baleares, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART, se encarga de recoger la normativa murciana, que, por contraste, no tiene novedades llamativas. Ninguna norma de rango legal existe en el ámbito autonómico rural, lo que quiere decir que no consideran precisas normas distintas de las ya existentes de ámbito nacional; hay, sí, algunas disposiciones de rango administrativo sobre medio ambiente, hidrología, ganadería y contratos agrarios que se reseñan en la ponencia.

Navarra y La Rioja se estudian por el catedrático de Derecho civil PEDRO DE PABLO CONTRERAS. Respecto a Navarra se recogen las normas agrarias generales, caza y pesca, bienes comunales y montes. En La Rioja, a falta de normas legales, se reseñan las reglamentarias y orgánicas dictadas por la Autonomía.

La legislación de la Comunidad Valenciana fue presentada por LUIS AMAT ESCANDELL, catedrático de Derecho agrario, quien aportó una extensa ponencia, reproducida en este libro. Recoge las normas valencianas sobre estructuras agrarias, destacando la Ley sobre Arrendamientos Rústicos Históricos, que LUIS AMAT examina ampliamente. Termina su completo trabajo con la normativa sobre economía agraria, industrias agroalimentarias y sobre investigación y enseñanzas agrarias y pesqueras.

La exposición de la normativa autonómica vascongada cierra este abanico y es expuesta por JOSÉ LUIS ERRECACHO, quien nos dice que la producción de normas con rango legal ha sido escasa, limitándose a una Ley sobre infracciones en materia de caza y pesca y otra de Cámaras agrarias las cuales resume, relacionando también diversas disposiciones reglamentarias.

Además de las ponencias autonómicas hubo también en este Congreso Internacional de Derecho Agrario varias excelentes aportaciones monográficas. Nos resulta imposible comentarlas porque ello alargaría en demasía este resumen; nos limitaremos a relacionarlas:

1. "El régimen de las cooperativas en las legislaciones autonómicas españolas", por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE.
2. "Organización y contratos interprofesionales en materia de lácteos en Francia", por M. LOUIS LARVELLEC.
3. "La conservación del Derecho consuetudinario agrario en el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias", por JOAQUÍN ARCE y FLOREZ VALDÉS.
4. "La legislación agraria y la garantía constitucional de la propiedad", por el profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.
5. "El Derecho agrario y las regiones italianas", por EZIO CAPIZZANO.

Y con otras comunicaciones más, todas ellas interesantes, acaba el contenido de este importante libro que viene a recoger todo el entramado normativo agrario vivo emanando de las distintas Autonomías de España.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

CRISCUOLI GIOVANNI: // *contratto nel Diritto inglese*, Cedam, Padova, 1990.

Hace mucho tiempo ha dicho ya JENKS que sólo hay dos sistemas singulares de Derecho: el Derecho romano y el Derecho inglés. Lo que pasa es que en el continente europeo y en las naciones fuertemente influidas por el Derecho romano es posible distinguir dos corrientes: la germánica y la latina. Pero es evidente que el Derecho inglés es un derecho basado en precedentes legales y en los que se llaman *leading cases*, lo que se ha ido articulando como un derecho estatutario bastante compartimentado, mientras que el Derecho continental es un Derecho codificado, entendiendo por código un conjunto de normas ordenadas sistemáticamente y que regulan parcelas muy amplias del Derecho.

La originalidad del libro que comento es que, con un profundo conocimiento del Derecho inglés, el autor lo explica en una serie de capítulos esenciales que abarcan sistemáticamente los diversos epígrafes que debe tener el estudio de una institución jurídica como es el contrato (entendiendo por institución jurídica el conjunto de relaciones jurídicas que regulan las relaciones de una clase determinada según FEDERICO DE CASTRO); y el autor contempla el contrato en el sentido estricto de STOLFI, es decir, un convenio que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de carácter patrimonial, excluyendo del estudio los otros tipos de negocios jurídicos que existen.

El método de trabajo del profesor CRISCUOLI consiste en utilizar una técnica de Derecho continental explicando las diferentes partes del contrato en su aspecto abstracto, como sería un manual de una universidad italiana o española, pero apoya su estudio en los ejemplos significativos del Derecho inglés, que consisten en los *leading cases*, es decir, casos concretos que informan y se subsumen a la vez dentro de la teoría.

El capítulo primero se destina a la noción de contrato. Cita a los autores BUCKLAND McNAIR en el libro que éstos dedican al estudio comparativo del Derecho romano y del Common Law, aclarando que mientras los romanos no conocían más que formas típicas contractuales, en el Derecho inglés se puede inferir una ley general del contrato formado por principios comunes que si no están específicamente derogados, todos figuran en el contrato como elementos naturales de él.

No obstante, cita CRISCUOLI una serie de leyes concretas que tipifican y regulan contratos especiales. De todos modos, el sistema contractual anglosajón se presenta frente a otros sistemas con caracteres de profunda originalidad. En este primer capítulo, y puesto que no pretendo hacer un resumen del libro, se establece el valor de ciertos contratos documentados de una manera formal por su especial importancia y que se llama *deed*, y el autor hace un estudio muy profundo de la *consideration*, que es elemento esencial del contrato inglés que justifica el trasvase de un patrimonio a otro de ciertos bienes o derechos y que tiene que tener un contenido patrimonial, es decir, tiene que tener una "valuable consideration". No se puede obviar el estudio de la *consideration* si se quiere avanzar en el tema objeto de estudio, y por ello en el punto séptimo de este primer capítulo hace una exposición de relaciones jurídicas que no son contratos, terminando el capítulo con lo que en Derecho español llamamos las obligaciones nacidas de esa extraña figura, poco definida y quizá no unitaria, denominada "quasi contratos".

El capítulo segundo trata de la formación del contrato, que en castellano diríamos el perfeccionamiento del contrato, y en el que distingue entre los

contratos que no utilizan el esquema del *deed*, es decir, los contratos formales, y los contratos que se perfeccionan por la conjunción de la oferta y la aceptación. Esta conjunción sobre los términos esenciales del acuerdo (*agreement*) son la base de la relación contractual, y si falta esta conjunción de la oferta y de la aceptación sobre el objeto del contrato no hay consentimiento y, por consiguiente, no hay contrato. En este mismo capítulo se ocupa de la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, distinción que para nosotros, juristas continentales, apenas es digna de comentario; pero el profesor CRISCUOLI cita una serie de precedentes judiciales que iluminan la teoría general del contrato, que se forma por inducción de los precedentes legales y no por deducción de una definición, lo cual no deja de ser un estudio del contrato que recuerda mucho lo que los alemanes hicieron al construir la teoría del negocio jurídico partiendo de los contratos concretos de dicho ordenamiento jurídico. En este mismo capítulo estudia lo que podríamos decir en Derecho continental la revocación de la oferta y cuando ya no existe posibilidad de revocación; y estudia también el rehusé, que es el acto con el que la persona que ha recibido la oferta expresa su voluntad de no aceptar la oferta que le ha hecho el proponente y desprovee a la oferta de todo efecto jurídico.

En el estudio de la oferta se detiene en el desvanecimiento de dicha oferta por el transcurso del tiempo sin ser aceptada, es decir, si transcurre un término específico o pasa un tiempo razonable para aceptar, se considera que la oferta ha perdido su eficacia. También desaparece la efectividad de la oferta cuando concurre una falta o decae el presupuesto que ha motivado la oferta. En este sentido, la pérdida de utilidad de la oferta hace decaer su eficacia.

Sigue con un estudio muy detallado de la aceptación de la oferta por parte del que la recibe, puntualizando que para que haya negocio jurídico o contrato es necesario que la aceptación sea absolutamente congruente con la oferta, porque en cuanto varíe en algún punto el aceptante de la oferta ya no es una aceptación de la oferta, sino que es una contraoferta que debe ser a su vez aceptada por el proponente en términos idénticos a como se ha efectuado la contraoferta.

Y termina el capítulo estudiando los diferentes modos en que el proponente y el aceptante toman conocimiento de la propuesta y la aceptación para la perfección del contrato.

El capítulo tercero tiene un primer epígrafe que trata de la certeza del contenido contractual y tiene en esta materia la expresión de la autonomía de la voluntad, es decir, en principio puede ser contenido u objeto del contrato cualquier autorregulación de intereses patrimoniales que tenga carácter lícito; pero el profesor CRISCUOLI apunta cómo en el Derecho inglés y en el contenido del contrato encontramos cláusulas principales y cláusulas secundarias (*warranties*), y la importancia de un tipo de cláusula o de otro se muestra en que las cláusulas principales son absolutamente obligatorias, pero las cláusulas secundarias, a veces, pueden no ser objeto de cumplimiento sin que afecte al contenido esencial del contrato, si bien no parece que siempre está claro cuando nos encontramos ante una cláusula principal y una cláusula de importancia secundaria. En el tercer epígrafe de este capítulo estudia las cláusulas condicionales, y en realidad de él trasciende la similitud que en el fondo tiene el Derecho inglés con el Derecho continental.

En el cuarto epígrafe del capítulo habla de la integración del contrato, término que no es usual en el Derecho continental y que expresa la distinción entre las cláusulas explícitas y las estipulaciones implícitas, que quizá en el

Derecho continental podría hablarse de obligaciones o prestaciones accesorias o elementos naturales de un determinado contrato. Otro epígrafe del capítulo estudia las cláusulas de exoneración de responsabilidad, que son particularmente importantes en materia de contratación en masa, que puedan dar lugar a fechorías por parte de uno de los contratantes y que ha dado lugar a un derecho estatutario en el "Unfair Contract Terms Act 1977". Sigue el capítulo tercero con lo que el autor llama la integración anómala o contratos colaterales, que son producto de elaboración jurisprudencial inglesa madurada en los últimos cien años y que son muy difíciles de definir porque los dos tienen un contenido de cambio con estructura y valor obligatorio autónomo, pero diríamos que el contrato colateral sirve a la eficacia del contrato principal. El séptimo y último epígrafe de este capítulo lo destina el autor a la interpretación del contrato, expresando que el criterio de la buena fe es un *standard* jurídico inglés y el contrato debe tener esa línea de ser razonable típica de todo Derecho anglosajón. ANSON, un autor inglés, dice que "la construcción debe ponerse en términos que el contrato razonablemente pueda cumplirse, y no en los términos que una u otra de las partes escogen unilateralmente".

El capítulo cuarto se destina al estudio del contenido personal del contrato, distinguiendo entre los elementos personales que forman el acuerdo y los elementos personales ligados por la relación contractual, pudiéndose atisbar aquí un paralelismo entre lo que en Derecho notarial español significa distinguir entre comparecientes y otorgantes. Sigue estudiando los elementos personales cuando son plurales y, luego, la capacidad para contratar, con especial referencia a los menores, a los dementes y a los que se encuentren en situación de intoxicación etílica. Y, por último, habla de las personas jurídicas. Pero tampoco en el Derecho inglés se puede pretender prescindir del mecanismo de la representación y de su expresión exterior que es el poder, estudiando las diferentes formas que puede tener la representación incluso por medio de una convalidación por vía de ratificación (*ratihabito mandatum comparatur*) e, incluso, una especie de lo que nosotros llamamos gestión de negocios ajenos y que en inglés llaman "agency of necessity"; y también estudia la posibilidad de subapoderar, extendiéndose al mandato no representativo cuando el "principal is undisclosed". Termina el capítulo con un estudio de la extinción o revocación de la representación.

El capítulo quinto se destina a estudiar el consentimiento, y es tan largo que apenas puedo hacer más que una referencia a los diferentes temas tratados. El consentimiento, evidentemente, y como ha dicho HEDEMAN, es el momento de máxima tensión jurídica cuando por la concurrencia de voluntades los contratantes autorregulan sus intereses siempre dentro del marco permisivo de cada legislación. Pero el consentimiento puede no ser perfecto en el sentido de que se ha prestado con alguna tara en su constitución o estructura, y esto es lo que el profesor CRISCUOLI estudia con gran detalle.

En primer lugar trata del error en general, y dentro del error hay una subdivisión en su estudio bajo los siguientes epígrafes: El error de derecho; el error de hecho bilateral y común acerca de la existencia del objeto del contrato; el error bilateral y común sobre la existencia de los hechos que constituyen la presuposición básica del contrato (que en Derecho continental está perfectamente explicado por la teoría de la base del negocio o *grundgeschäftlage* de Karl Larenz); el error bilateral y común sobre la calidad del objeto del contrato; el error bilateral y común acerca de la naturaleza del objeto del contrato; el error bilateral y recíproco acerca de la naturaleza o identidad del objeto del

contrato; el error unilateral acerca de la naturaleza o identidad del objeto del contrato; el error unilateral acerca de la identidad del otro contratante; el error acerca del contenido del documento contractual suscrito; error material en el propio contenido escrito del documento.

También estudia el error inducido o engaño, que en inglés se llama "misrepresentation", que es cualquier falsa apariencia de la realidad creada por un contratante, personalmente o por mandato suyo, frente a la otra parte, que por ello permanece engañada en la conclusión del contrato. En este epígrafe se hace una referencia al silencio y a la buena fe, con la curiosa y poco jurídica afirmación, al mismo tiempo que pintoresca, del Juez BOWEN: "The state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion"; sigue estudiando el engaño inducido con dolo o el error cometido por negligencia.

Estudia lo que en Derecho continental se llama la confirmación tácita, es decir, la pérdida del derecho a actuar para obtener la anulación del contrato.

Luego sigue estudiando otra causa que vicia el consentimiento, que es la violencia, que equivale a lo que los romanos llamaban "vis física corpore illata", y sigue estudiando las situaciones en que un contratante acepta contratar por la compulsión que sobre él puede hacer y hace el otro. Dedicando el último epígrafe de este capítulo a un tema muy concreto: El remedio contra el abuso en los contratos de préstamo de dinero.

El capítulo sexto, y tendré que abreviar para no hacer esta recensión excesivamente larga, se destina al estudio de la forma. En principio, en Derecho inglés rige el principio de libertad de forma; pero cuando he tenido que referirme yo a los requisitos del contrato del artículo 1.261 de nuestro Código Civil, siempre he dicho que falta un requisito que es el de la forma, es decir, que los requisitos de un contrato son consentimiento, objeto, causa y forma, porque si de alguna manera no se exterioriza el intercambio de voluntades de los contratantes, no puede conocerse y probarse lo que se ha pactado. Cuando se ha dicho que en Derecho inglés "as general rule no formalities are required for the creation of a contract in English law", en realidad el autor que hizo esta afirmación se refería a formalidades determinadas y en alguna manera obligatorias para la validez o para la prueba de un contrato; pero la exteriorización de la voluntad es siempre necesaria, ya sea por escrito, ya por una conducta concluyente o por dos o tres combinaciones de los diferentes modos de expresarse el contrato. Hay contratos solemnes que tienen que expresarse en un documento público o *deed*, y luego otros en que la forma es mucho más flexible. En la página 291 aparece una forma curiosa de la fianza, y en la página 290 se estudia el significado de la "firma", elemento al que no se le presta atención científica y que yo solo había visto estudiado hace mucho tiempo en un libro francés sobre el testamento ológrafo.

El capítulo séptimo se destina al estudio del objeto del contrato y se exponen las exigencias que debe reunir el objeto, es decir, debe ser posible, lícito y determinado o determinable. En la sección segunda del objeto del contrato se estudia algo muy importante en la estructura del contrato inglés, que es la "consideration", normalmente de la "valuable consideration".

En el capítulo octavo es muy interesante ver, en la página 352, una explicación de lo que es el *trust*, que es algo pariente de nuestro negocio fiduciario.

El capítulo noveno se destina al estudio de las modificaciones subjetivas del contrato.

El artículo décimo se destina al estudio del cumplimiento, y llama la atención que diga que el cumplimiento extingue "fisiológicamente" el contrato,

porque realmente la palabra fisiológico, en castellano, parece referirse a algo en relación con la vida animal; y también en esta sección se estudia el cumplimiento del contrato por otra persona que no sea el deudor.

El capítulo once se destina al incumplimiento no imputable al deudor y estudia el tema de la frustración del contrato. Con especial referencia a los llamados casos de la coronación. El tema de la frustración del contrato, y ahora lo puedo decir porque la edición está agotada, fue en 1967 el objeto de mi tesis doctoral, brillantemente sugerida y dirigida por el profesor Díez-Picazo. Desde 1968 a hoy ha pasado mucha agua bajo los puentes del Támesis, y en muy pocas páginas el profesor CRISCUOLI hace una exposición muy clara, quizá más clara que la mía, de lo que es la frustración del fin del contrato; pero hay que tener en cuenta que mi tesis era un libro monográfico, mientras la materia tratada por el profesor CRISCUOLI no es más que un componente pequeño en su excelente monografía sobre el contrato inglés.

Para concluir esta recensión es obligatorio resaltar la magnífica técnica pedagógica del profesor CRISCUOLI, que eludiendo la forma inglesa de explicar los contratos, pero partiendo de los llamados *leading cases*, construye un libro de principios generales de acuerdo con la mejor técnica del Derecho continental.

Teniendo en cuenta que vivimos en un momento de germanización del Derecho de sociedades y de una gran influencia de contratos nuevos basados en el Derecho inglés, contratos no conocidos en los Derechos continentales y que se redactarán de acuerdo con las normativas y las influencias anglosajonas, y no pudiéndose prever cuál será el resultado de esta extraña combinación, la claridad y sencillez de la monografía que he comentado la convierte en un libro muy útil, tanto para los teóricos como para los prácticos del Derecho.

VICENTE ESPERT SANZ
Doctor en Derecho
Notario de Valencia

GÓMEZ, YOLANDA: *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1990, 408 págs.

El libro objeto de recensión constituye un detallado estudio de la familia y del matrimonio desde una perspectiva socio-jurídica en el que pueden distinguirse dos partes diferenciadas. De un lado, el origen de ambas instituciones y evolución hasta nuestros días, y de otro, la toma de postura de la Constitución española de 1978 y su incidencia en el Código Civil (1).

En mi opinión, quizá, la nota más significativa de la obra comentada sea la tesis sostenida por la autora acerca de la instrumentación que han sufrido la familia y el matrimonio en provecho de la situación de poder (político, económico y social) de cada momento; instrumentación a la que se opone radicalmente para propugnar, en su lugar, un modelo de "familia igualitaria" (2) basada en la afectividad.

(1) El sumario del libro señala tres partes: 1) Origen y evolución de la familia y el matrimonio; 2) Las sociedades actuales; 3) Las relaciones familiares en la Constitución española de 1978.

(2) *Obra reseñada*, págs. 152, 173 y sigs.

YOLANDA GÓMEZ inicia su estudio haciendo referencia al origen de la familia, cuestión que ha sido centro de preocupación constante por la doctrina tanto jurídica como sociológica (3). La familia surge en su devenir histórico como un grupo biológico cuyos miembros aparecen unidos "por los instintos más elementales de subsistencia y reproducción y sin otras reglas que las que derivan de estos dos principios" (4), para convertirse posteriormente en una realidad sociológica al serle asignadas una serie de funciones (sexual, reproductora, económica y socializadora) atendiendo a las necesidades del grupo social organizado con arreglo a unas determinadas normas. Estas funciones se revelan como una constante en la historia de la familia, aun cuando se ven reducidas con el paso del tiempo, afectando a la propia extensión de la familia.

El matrimonio, a su juicio, no puede ser calificado (como sucede con la familia) de "realidad biológica" utilizada posteriormente por el grupo, sino de una institución creada por la propia sociedad, lo que explica su necesidad de sanción pública y solemne.

Una vez expuestos el nacimiento y justificación de ambas instituciones, la profesora GÓMEZ describe detalladamente su evolución desde la Edad Antigua a la Edad Moderna, evolución en la que aparecen de modo invariables tres ideas fundamentales:

— Su subordinación a los dictados sociopolíticos del momento, siendo calificadas, en consecuencia, de "instituciones colaboradoras de la organización social y política" (5).

— La postergación laboral y situación de inferioridad de la mujer.

— El matrimonio como fuente de la familia y la consiguiente discriminación de los hijos nacidos al margen del mismo.

Dentro de la Edad Antigua, la autora centra su atención en el importante papel desempeñado en Roma por la familia desde un punto de vista social y, especialmente, político; familia que nace con el matrimonio y aparece constituida por un grupo heterogéneo de personas unido en torno al *paterfamilias*.

En la Edad Media es de resaltar la influencia creciente del cristianismo en la configuración de la familia, pese a lo cual son frecuentes las relaciones extramatrimoniales. La familia pierde la repercusión pública que había tenido

(3) El tema se aborda en obras generales de la doctrina civilista: J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. Derecho de familia. Relaciones conyugales*, t. V. vol. I, 11 ed., puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1987, págs. 46 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, t. IV, vol. 1.º, 3.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 11; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 1; L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 5.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 30. Estudios más específicos, también refiriéndose al origen y evolución posterior de la familia, son los de M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1989, págs. 16 y sigs.; L. Díez PICAZO, *Familia y Derecho*, Ed. Cívitas, Madrid, 1984, pág. 25; J. A. ALVAREZ CAPEROCCHI, *Curso de Derecho de familia*, t. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 17 y sigs.; E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 40 y sigs.

(4) *Obra reseñada*, pág. 21.

(5) *Obra reseñada*, pág. 32.

en Roma para constituir una "unidad de producción, reproducción y consumo" (6). También es reseñable la incorporación de las mujeres al mundo laboral, tanto rural como urbano, donde aparecen integradas en los gremios, lo cual no impidió su *minusvaloración* por parte de la sociedad medieval.

La edad moderna supone una época de cambios progresivos de gran repercusión de la familia —matrimonial— que, por una parte, es objeto de una cada vez mayor injerencia por parte del Estado fruto de su consolidación y, por otra, pierde su carácter de "unidad de producción" con la aparición de las primeras fábricas (en la segunda mitad del siglo XVIII), observándose en las ciudades una cierta tendencia hacia la familia nuclear. Estas transformaciones suponen asimismo la relegación de la mujer al hogar, ya patente en el siglo XV e incrementada en los siglos posteriores. La Edad Moderna llega a su fin con la Revolución francesa, que en los aspectos familiares, según matiza la monografía, tuvo poco de innovadora. Tal afirmación parece un tanto sorprendente si se confronta con la opinión doctrinal generalizada acerca de la labor de secularización de la familia y el matrimonio acometida por la Revolución. Resulta especialmente significativa al respecto la implantación del divorcio por Ley de 20 de septiembre de 1792 que ratifica la noción del matrimonio como contrato civil incorporada a la Constitución de 1791 (7).

Una vez concluido este recorrido histórico, la autora, insistiendo en la idea que constituye el hilo conductor de su obra, se propone demostrar cómo a cada uno de los "modelos de Estado" que se han sucedido tras la caída del Absolutismo corresponde un "modelo de familia diferente". Siguiendo el esquema de la obra, conviene aclarar que la doctora GÓMEZ enfoca esta cuestión haciendo primeramente una breve descripción de los diferentes tipos de Estado desde una perspectiva de Teoría Política (lo que denota claramente su condición de profesora de Derecho constitucional) para, a continuación, señalar las notas definidoras de la familia configurada por cada uno de ellos. Resulta de especial interés su exhaustivo análisis del Derecho constitucional comparado histórico y vigente, complementado, a su vez, por una relación de las declaraciones internacionales de derechos que se pronuncian sobre el tema.

En este sentido, las primeras Constituciones elaboradas por los Estados liberales del siglo XIX, a resultas de su postura al margen de la economía y sociedad, prestan gran importancia al reconocimiento de las libertades políticas y omiten, por el contrario, las cuestiones familiar y matrimonial (salvo la Constitución suiza de 1874), siendo reguladas por los Códigos civiles. La familia de esta época, calificada en el estudio reseñado de "liberal autoritaria", presenta rasgos muy similares a los de la familia de la Edad Moderna, entre los cuales la autora subraya el trato laboral y jurídico desfavorable que padecía la mujer (su gran preocupación por la causa femenina se manifiesta a lo largo de toda la monografía) y la plena autoridad del padre dentro del grupo

(6) *Obra reseñada*, pág. 59.

(7) Así, J. BONNECASE declara de modo tajante: "La responsabilidad de la Revolución francesa es tanto más grave a este respecto en cuanto que ha puesto una verdadera obstinación en dismantelar la familia (...) El 20 de septiembre de 1792 la Asamblea legislativa, con su célebre Ley del Divorcio, había aplicado ya la noción del matrimonio contrato civil y condenado a la familia". Vid. J. BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, 2.^a ed. Ed. De Boccard, París, 1928, pág. 85.

familiar (8). No obstante, hubiera sido deseable una referencia más pormenorizada de la situación de los hijos nacidos al margen del matrimonio, que, como reflejan los Códigos Civiles de la época, era notoriamente discriminatoria en lo que se refiere al establecimiento y efectos de la filiación y a la propia terminología empleada.

Ya en el siglo xx el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho (más intervencionista en atención al principio de igualdad) supone la consagración constitucional e internacional de los derechos económicos y sociales, entre los que se incluyen el matrimonio y la familia, con frecuente alusión a la protección de las madres e hijos. En este orden de cosas, la profesora GÓMEZ realiza la exégesis de los preceptos de los textos fundamentales anteriores y posteriores a la Segunda Guerra Mundial dedicados al reconocimiento (art. 29 de la Constitución italiana de 1947) y, en su caso, a la protección de la familia (art. 43 de la Constitución española de 1931 y art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949), extrayendo, entre otras, las siguientes conclusiones: la permanencia de la concepción de la familia matrimonial deducida del tratamiento conjunto de ambas figuras, lo cual no impide la introducción de modo generalizado del divorcio; la situación más ventajosa de la mujer, aunque todavía puedan apreciarse, se puntualiza en el libro, algunas disfunciones, sobre todo en el aspecto laboral; por último y como regla general, la equiparación de los hijos prescindiendo de su origen. Pese a ello, se mantienen distintas clasificaciones sobre filiación que la autora no duda de calificar de contrarias al principio de igualdad, crítica que mantiene cuando se refiere a nuestra vigente Constitución. Resulta difícilmente defendible esta aseveración dado que, si bien los todavía empleados términos de filiación ilegítima o natural son claramente peyorativos y repudiables, parece poco realista prescindir de la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio cuando la existencia o no del mismo es tomada en consideración por todas las legislaciones a la hora de regular la determinación de la filiación, al resultar ésta más sencilla cuando los padres están casados entre sí (9). Ahora bien, una vez establecida la correspondiente filiación respecto de uno o ambos progenitores, no creo justificable, y con ello me adscribo a la opinión de YOLANDA GÓMEZ, ningún distingo en cuanto a los derechos de los hijos, en el sentido de que no debe afectarles negativamente el hecho de que sus padres hayan decidido no contraer matrimonio.

Poniendo fin a su discurso evolutivo, la monografía considerada revisa con detenimiento la *constitucionalización* del matrimonio y la familia por los recientemente desaparecidos regímenes comunistas (10). Llama particularmente

(8) Son claros exponentes de este carácter patriarcal de la familia los primitivos artículos 60 y sigs. y el artículo 154 de nuestro Código Civil, dedicados respectivamente a la licencia marital y a la atribución de la patria potestad al padre a título principal.

(9) Corroborando esta afirmación, algunos Códigos Civiles (suizo, portugués y belga), aunque en principio prescinden de establecer categorías de hijos, se ven obligados a acudir tácitamente a las mismas en los preceptos dedicados al establecimiento de la filiación paterna. Sirvan como ejemplo los siguientes preceptos del Código Civil portugués: artículo 1.826.1 ("Se presume que el hijo nacido o concebido constante matrimonio tiene como padre al marido de la madre") y artículo 1.847 ("El reconocimiento del hijo nacido o concebido fuera del matrimonio se efectuará por *perfilhação* —reconocimiento voluntario— o decisión judicial en acción de investigación").

(10) Singularmente, el Derecho de familia de la mayoría de los países socialistas está contenido en Códigos independientes. Vid. sobre esta materia G. GARCÍA CANTERO,

la atención, en primer término, el fortalecimiento progresivo de la institución familiar como vehículo transmisor de la ideología del Partido y, en segundo lugar, la plena integración de la mujer en la sociedad protegiéndola en sus facetas de madre (se intenta elevar la baja tasa de natalidad) y trabajadora. Junto a las particularidades referidas, el arquetipo familiar de los países socialistas participa de los perfiles de la familia "formalmente democrática" propia del mundo occidental y definida en el párrafo anterior. Al margen de esta caracterización de la familia socialista, es innegable que los vertiginosos cambios políticos vividos por estos países repercutirán de modo importante en las relaciones familiares aunque resulte todavía apresurado delimitar su alcance.

La segunda mitad de la obra se dedica al tratamiento normativo de que son objeto las instituciones familiar y matrimonial en nuestro país. Tras referirse concisamente a su "instrumentalización" por el régimen franquista (11), se centra en la Constitución de 1978, más exactamente en los artículos 32 y 39, y en el desarrollo legislativo de estos preceptos por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 que modificaron globalmente el Código Civil en materia de Derecho de familia.

A este respecto, la posición del Ordenamiento jurídico español en la cuestión constituye la parte del libro que adolece de mayores dosis de subjetivismo, no exento de algunas imprecisiones terminológicas y de fondo en lo referente a los aspectos civiles. En este sentido, resultan paradigmáticas ciertas declaraciones que pueden ser consideradas un tanto desproporcionadas, tales como el calificar la obligación de convivencia conyugal establecida en el artículo 68 del Código Civil de contraria al derecho constitucional de libre circulación y residencia. Sin perjuicio de esta consideración, se trata de una lectura rigurosa que evidencia su profundo dominio de nuestra Carta Magna y de sus antecedentes parlamentarios.

Prescindiendo de lo anterior, conviene apuntar cómo la profesora GÓMEZ, a fin de delimitar el tema, se hace eco de la polémica doctrinal en torno a la discutida vinculación entre matrimonio y familia. Este debate, que entiendo impregnado de una importante aunque inevitable carga ideológica, se ha suscitado en las últimas décadas ante la profunda transformación de las costumbres sociales generadora de nuevas realidades familiares al margen de la tradicional familia nuclear (12). En España el problema adquiere una dimensión constitucional, debatiéndose sobre el tipo de familia protegido por el texto fundamental. La autora defiende la naturaleza negocial y estrictamente personal del matrimonio y, en consecuencia, la existencia de grupos familiares al margen del mismo. En apoyo de esta postura extrae argumentos de la propia Constitución: la diferente sede normativa del matrimonio y la familia que constituye una excepción en el Derecho constitucional comparado, la configu-

"El Derecho de familia en los países socialistas del este europeo", en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 615 y sigs.

(11) *Obra reseñada*, pág. 168.

(12) Sobre los cambios de la familia de la Comunidad Europea en las tres últimas décadas, consistentes básicamente en la disminución de la nupcialidad, reducción del tamaño de la familia e incremento de los nacimientos extramatrimoniales, vid. los datos estadísticos contenidos en *Retrato social de Europa*, Eurostat, Luxemburgo, 1991, págs. 21-30. También resultan de interés las conclusiones extraídas por SALUSTIANO DEL CAMPO en su libro *La nueva familia española*, Eudema, Madrid, 1991.

ración del matrimonio como un derecho y la ausencia de un concepto de familia.

Hecha esta opción, procede a estudiar por separado la regulación constitucional del matrimonio y la familia tomando como punto de referencia la definición de la Nación española en el artículo 1 de la Constitución como un Estado social y democrático de Derecho.

Por lo que atañe al matrimonio, YOLANDA GÓMEZ discrepa de su inclusión constitucional que estima fruto de la "inercia histórica", ya que, en su opinión, hubiera sido más respetuosa con la libertad individual, tal y como proponían algunas enmiendas, su sustitución por un "derecho a la afectividad" (13). Ello no obstante, puntualiza que el artículo 32 de la Norma Fundamental recoge el derecho a un peculiar contrato cuyos efectos vienen fijados por la Ley dejando un escaso margen a la autonomía de las partes. Se reincide en esta idea al hacer alusión a sus notas características (acuerdo de voluntades, monogamia y heterosexualidad, que no procreación) y a su contenido e, igualmente, al analizar, según su criterio, la relación de materias reservadas a la Ley civil por el párrafo 2.º del mencionado artículo, entre las que hace hincapié en la debatida cuestión del divorcio.

En este punto la autora se escuda en el citado carácter contractual del matrimonio para sostener categóricamente su escasa incidencia respecto de los hijos, con alguna matización en lo concerniente a la determinación del vínculo paterno-filial. Con análogo fundamento se declara no partidaria de la plena equiparación jurídica del matrimonio y las uniones de hecho, opinión que estimo no se aviene con su postura aperturista en otras cuestiones. Sobre este extremo y en idéntico sentido al libro reseñado se ha pronunciado *a posteriori* el Tribunal Constitucional al denegar la pensión de viudedad a los miembros de las uniones de hecho, solución, por lo demás, acogida con alguna excepción por la jurisdicción laboral (14).

Con referencia al artículo 39 de la Constitución, dirigido a la protección familiar, la profesora GÓMEZ aprueba la inserción del mismo dentro de los "Principios rectores de la política social y económica" —cap. 3.º del tít. I—, en tanto que lógica consecuencia de la actividad asistencial asumida por los poderes públicos en el Estado social. De igual modo, valora muy positivamente la omisión en su párrafo 1.º de una definición de la familia que le permite,

(13) *Obra reseñada*, págs. 244-245.

(14) Me refiero particularmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, que denegó la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social y la disposición adicional 10.2 de la Ley de 7 de julio de 1981 declarando en su fundamento jurídico 3.º que: "... siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento". Esta doctrina jurisprudencial se ha visto ratificada por ulteriores sentencias desestimatorias de otros tantos recursos de amparo: Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14 de febrero, y 29/1992 de 9 de marzo. Idéntica argumentación utiliza, por cierto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 1991 para denegar el reconocimiento del usufructo viudal aragonés a las uniones extramatrimoniales. Vid. sobre el tema L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Ed. Trivium, Madrid, 1992.

superando la *mens legislatoris*, una amplia interpretación de la misma más adecuada a la realidad social, como todo grupo humano unido por una relación de parentesco biológico o jurídico y, sobre todo, de dependencia. En particular, hace mención a la familia matrimonial y no matrimonial integradas por los dos padres y su descendencia. En este orden de cosas, se considera en la obra que la adopción está vetada a uniones de hecho por el artículo 172 del Código Civil, lo que no resulta del todo exacto si se acude a la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (15). Junto a estas dos estructuras familiares se incluyen (dentro de la noción aportada) tanto aquellas con un solo progenitor, ya sea soltero, viudo, separado o divorciado, como las integradas por parientes en grado no descendente. E, incluso, en un planteamiento que bien puede conceptuarse de radical, se admite la posible pertenencia de una persona a dos o más familias, situación derivada de la pluralidad de relaciones afectivas y sexuales. Sin embargo, se niega la posibilidad de considerar familia, desde la perspectiva del Derecho español, al grupo humano constituido por una pareja homosexual y a los hijos que puedan aportar.

Resueltas las cuestiones sistemática y conceptual que plantea el artículo 39.1, la autora se propone fijar el significado de la protección genérica otorgada por el mismo a la familia en los ámbitos social, jurídico y económico, enlazando con otros preceptos constitucionales, tales como el artículo 18.1 relativo al derecho a la intimidad personal y familiar, o el artículo 33 que consagra el derecho a la herencia. En síntesis, se entiende, de nuevo en conexión con nuestro modelo estatal, que la tutela de la familia por los poderes públicos debe ser jurídica e ir dirigida a todos los posibles grupos familiares.

El estudio del artículo 39 se completa con la exégesis de sus tres últimos párrafos. En esta sede normativa, YOLANDA GÓMEZ estima adecuada la distinción entre los términos "hijos" y "niños" por tratarse de conceptos netamente diferentes. Por lo que se refiere a los hijos, su protección viene encomendada en su perspectiva asistencial (incluida la educación dentro de las pautas democráticas que marca el art. 27.2 de la Constitución) directamente a los padres —art. 39.3— y, de modo subsidiario, a los poderes públicos —art. 39.2—; este deber, puntualiza la monografía, únicamente se extiende hasta la mayoría de edad, salvo en caso de minusvalía (16). Los poderes públicos también se obligan a "asegurar" legalmente la plena igualdad de los hijos. Sobre esta cuestión me permito discrepar, por las razones ya expuestas anteriormente, con la autora cuando afirma que esta exigencia de igualdad no ha sido respetada

(15) Declara literalmente la citada disposición adicional: "Las referencias de esta Ley a la capacidad para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal". Vid. M. A. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 168 y sigs.

(16) Esta interpretación de la autora acerca del alcance del deber de asistencia para con los hijos parece olvidar el tenor literal del artículo 142.2 del Código Civil relativo a la obligación legal de alimentos y la lectura que hace del mismo la jurisprudencia de diferentes tribunales. Resulta reveladora en este sentido la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20 de diciembre de 1988 al manifestar en su Considerando 2.º: "Que según se desprende claramente del párrafo segundo del artículo 142 del Código Civil, la simple mayoría de edad no es causa para el cese de la obligación de alimentos cuando el hijo no haya terminado su formación o estudios o no encuentre su primer empleo por causas no imputables a él..."

totalmente por la reforma del Código Civil en materia de filiación en cuanto mantiene todavía distinciones terminológicas y de determinación. El niño, como tal, se encuentra contemplado en el cuarto y último párrafo del artículo 39 que da entrada a la normativa internacional sobre el tema. Por otra parte, el libro reseñado pone de relieve la importancia de la declaración constitucional de igualdad y protección de las madres y de investigación de la paternidad que contiene, en estrecha relación con la protección de los hijos, el párrafo segundo del precitado artículo.

Cuestión muy interesante supone abordar desde una proyección constitucional la problemática planteada por las técnicas de reproducción artificial y, más concretamente, por la reciente regulación española sobre la materia (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida). La profesora GÓMEZ se sirve como eje del derecho a la procreación que entiende recogido implícitamente en la Constitución y predicable tanto de la mujer como del hombre. Asimismo acude, por un lado, a los principios de igualdad y protección de la maternidad para manifestar su avenencia con la posibilidad legal de utilización de estas técnicas por mujeres solas, y, por otro, apela al principio de veracidad biológica en favor de la prohibición de maternidad subrogada que establece el artículo 10 de la Ley analizada (lo que no conecta muy bien con su hipótesis de una virtual paternidad solitaria) y del "reconocimiento de la pluralidad de sujetos intervinientes" (17). El legislador, no obstante, reniega de este reconocimiento plural ya que ha preferido mantener el anonimato de los donantes femeninos o masculinos.

La obra concluye con un breve comentario de los artículos 48, 49 y 50 de la Norma Fundamental, que con idéntica ubicación sistemática que el artículo 39 se ocupan de los sectores específicos de la población (miembros, obviamente, de las correspondientes unidades familiares) integrados por jóvenes, minusválidos y ancianos. Se hace constar el desigual alcance de estos mandatos constitucionales, meramente participativo en el supuesto del artículo 48 —juventud— y asistencial por lo que respecta a los artículos 49 y 50 —minusválidos y tercera edad—.

En suma, la doctora GÓMEZ trata las implicaciones constitucionales de la realidad familiar examinando un sinnúmero de cuestiones relacionadas. El exhaustivo trabajo ha contado, por tanto, con dificultades manifiestas que la autora ha logrado vencer sin perjuicio de las discrepancias señaladas, construyendo una obra bien planteada y de evidente interés.

AURORA LÓPEZ AZCONA

(17) *Obra reseñada*, pág. 369.