

CORSINO ALVAREZ CORTINA, ANDRÉS: *Violencia y miedo en el Código Civil. Su aplicación al matrimonio*. Oviedo, 1983. (Servicios de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.)

No negaré que me he acercado a este libro con muchísimo recelo. Se trata de un libro de mala presentación, de formato pequeño, con una horrible portada. En su título nos anuncia un tratamiento conjunto del consentimiento contractual y del consentimiento matrimonial, lo que parece augurar un tratamiento superficial de ambos. Además, es un libro escrito por un canonista que «invade» temas civiles. Por último, a mi juicio, el consentimiento matrimonial civil no merece el estudio de la doctrina, porque si los cónyuges pueden fácilmente divorciarse es absurdo que se enzarcen en discusiones «bizantinas» sobre el consentimiento. Pues bien, la ventaja de los buenos libros es la gran capacidad de sorprender al lector. No me cabe la menor duda de que estamos ante uno de los estudios importantes que ha producido la doctrina española en los últimos tiempos. Este libro, de presentación y apariencia «piojosa», ha echado por tierra algunas de las ideas preconcebidas (de los prejuicios) que yo tenía antes de leerlo. Frente a la idea de que la teoría del consentimiento contractual y del consentimiento matrimonial son dos áreas independientes, y en cierta manera irreconciliables, este libro me ha convencido de que sólo se puede entender la evolución de la teoría del consentimiento si se estudia desde la teoría del consentimiento en el matrimonio (pues influye decisivamente). Por esto mismo, por haber sido las categorías modernas formadas en el crisol del consentimiento matrimonial, sólo un canonista puede tomar perfecta autoconciencia, y exponer adecuadamente, las líneas generales y los principios evolutivos de la teoría del consentimiento. A mí lo que más me ha gustado del libro es que enriquece el Derecho civil con una interesante visión histórica y dogmática de las instituciones que trata. Es el suyo un apasionante estudio histórico, pero no de esa historia a píldoras o por instantáneas históricas desarraigadas que acostumbramos los civilistas, sino de una historia enlazada en la historia de las ideas y de su fundamento.

Yo creo que el autor es consciente de su valía, de la importancia de su trabajo, de sus tesis renovadoras y de la buena fundamentación de sus nuevas ideas. Esta seguridad del autor da una impronta característica al libro. Es llamativa la claridad y rotundidad con que dice las cosas; su crítica es directa y desinhibida, no importa la autoridad o importancia académica del autor criticado. Por otra parte, el doctor ALVAREZ CORTINA sólo cita a aquel autor cuya opinión es sustantiva (para sumarse a ella o criticarla) y todo lo demás es despreciado olímpicamente. El libro es

relativamente breve porque a pesar de la abundancia de los materiales empleados no está sobrecargado en citas. Se trata, sin duda, de un autor de gran formación humanista y la bibliografía, a pesar de la amplitud del estudio, está delicadamente seleccionada. Se estudia la evolución de las instituciones desde el Derecho romano hasta el moderno; la legislación y doctrinas francesa, italiana y alemana; el Derecho canónico en su perspectiva histórica y presente; el Derecho contractual y el matrimonial, y la jurisprudencia española. Todo ello, además, se estudia bien. Por eso el libro es una síntesis de nada fácil lectura y comprensión. Yo aconsejo al lector que empiece por el resumen que hace el propio autor en la página 126, y que tenga siempre a mano una tableta de aspirinas. La lectura del libro me ha dado a mí la impresión, además, de que el autor tenía poca fe en ser comprendido. Si el autor se deprime por no ser comprendido, yo le animaría diciéndole que lo mismo le pasaba a HEGEL, y que HEGEL se consolaba pensando que la evolución del espíritu llegaría en algún momento a la madurez suficiente para poderle comprender.

Lo que menos me ha gustado del libro ha sido su sistemática. Yo aventuro dos hipótesis: por ser excesivamente original ha sido sometido a la penitencia de una ordenación sistemática clásica o bien desprecia la sistemática, igual que desprecia la presentación. Su mala sistemática sólo es comparable con su mala presentación. En este libro, la sistemática no es servidora de las ideas, sino que las ideas son servidoras de la sistemática (lo que explica que el lector tenga que ir de safari a la búsqueda de las ideas). Hace la exposición a trozos, en distintos sitios y a saltos. Particularmente, en la primera parte, el tratamiento del miedo y la violencia en capítulos distintos sólo conduce a oscurecer la comprensión del tema.

Y tras esta introducción, voy a pasar a presentar dos aspectos principales del contenido del libro: la brillante exposición histórica, y el resumen de las opiniones sustentadas sobre la violencia y el miedo en el Derecho vigente.

El miedo en el Derecho romano no tiene un tratamiento específico, sino que está ligado a la violencia. La tutela negocial del miedo se hace por una acción penal: la *actio quod metus causa*. La tutela negocial existe sólo en los supuestos específicos en que el miedo procede de violencia externa penal. La concepción penal del miedo, el *metus a vis*, llega hasta la codificación (aunque a través de un complejo proceso de progresiva subjetivización). Por eso, la intimidación es un miedo que procede de violencia externa y los requisitos de la intimidación no son requisitos del miedo, sino requisitos de la violencia. En la evolución histórica, la teoría consensualista del matrimonio influye decisivamente en el tratamiento de la violencia y del miedo. El autor hace referencia específicamente a las decretales de GREGORIO IX, al decreto de GRACIANO y a los comentarios de BALDO. La doctrina consensualista del matrimonio, en el Derecho canónico, parte del principio de libertad de los contratantes, por eso enfoca la violencia y el miedo desde una óptica subjetivista y empieza a valorar las circunstancias del intimidado (especialmente su sexo). De una conducta ilícita del intimidador pasa a exigirse exclusivamente una conducta injusta del mismo. En esta evolución, el autor estudia especialmente las construcciones de los teólogos españoles del XVI influidos por la escolás-

tica y por SANTO TOMÁS. En los Códigos europeos del XIX, por la influencia de DOMAT, el miedo y la coacción pasan a considerarse como vicios del consentimiento. Aunque el *metus a vis* sigue siendo la base del sistema, la doctrina tiende a poner el acento en el miedo como vicio del consentimiento y no en la violencia; pero los requisitos del miedo son puramente dogmáticos, y el miedo para tener relevancia jurídica ha de provenir de una *vis*. En el Derecho histórico español, el *Liber iudiciorum* y el Fuero Real continúan la concepción romana, mientras que las Partidas parecen estar influidas por una corriente más subjetivista (en la que se distinguen la violencia y el miedo como figuras distintas). El Código Civil continúa la consideración del *metus a vis*, aunque los autores amalgaman conceptos encontrados sin darse cuenta de la contradicción. En la jurisprudencia española predomina la tendencia de la libre apreciación de las circunstancias en cada caso concreto.

Esta evolución dogmática de la doctrina del miedo, que, repito, para mí es lo mejor del libro, me ha interesado especialmente por su cercanía a la epistemología jurídica. Así, la concepción objetivista del Derecho romano corresponde a una tutela preferente de los principios universales a los particulares. El subjetivismo del tratamiento del miedo responde a la consideración subjetivista y particularista del Derecho, que iniciándose en la escolástica llegaría hasta el individualismo y subjetivismo cartesiano y al liberalismo. La evolución culmina en una visión hegeliana en la que se concibe la libertad como el supremo fundamento del Derecho. El autor nos anuncia, en este sentido, que el empeño último del libro es un sistema objetivo de valoración del miedo, que se basa fundamentalmente en la tutela de la libertad del comportamiento del contratante. Para completar la visión global y unitaria del libro, yo echo de menos el estudio del miedo en la doctrina iusrracionalista y en la pandectística, lo que nos podría dar la visión coherente de la codificación y de la influencia en el Derecho del idealismo alemán.

Voy a pasar, finalmente, a exponer, muy brevemente, las principales conclusiones del autor para el Derecho vigente.

La *violencia absoluta* no fue tenida en cuenta por el Derecho romano por su escasa incidencia práctica. La figura se elabora preferentemente por el Derecho canónico, en la teoría general sobre la ordenación y el bautismo a la fuerza, y la consumación violenta del matrimonio. En el caso de la violencia absoluta, para el doctor ALVAREZ CORTINA, no sólo no hay consentimiento, sino que tampoco hay declaración.

Hay una segunda forma de *violencia* (que según el autor es la que se recoge en el art. 1.267, párr. 2.º) *sobre el proceso deliberativo*. Por ejemplo, en caso de secuestro, de hipnosis inducida, de ingestión inducida de medicamentos, etc... En estos casos, según el autor, prevalece, como interés jurídico protegido, el castigo de la injuria inferida; por eso se produce la ineficacia del negocio aun cuando el contratante efectivamente consintiera. El autor estudia, como paradigma histórico, el rapto para obtener un consentimiento matrimonial, modalidad de violencia que no es necesario que produzca miedo para dar lugar a la ineficacia consensual. A partir de Trento esta forma de violencia se sustantiviza como impedimento matrimonial. La violencia sobre el proceso deliberativo se desarrolla por los glosadores que parten del concepto romano de libertad (consideran

que falta la misma cuando se está sometido a una voluntad ajena). Es una situación objetiva de violencia, más que una violencia puntual. Es una violencia que impide o dificulta la deliberación o la coarta, aunque efectivamente exista un consentimiento. Lo que importa no es que se tenga efectivamente miedo o que se cumplan los requisitos del miedo, sino el hecho objetivo de la situación de violencia, con independencia del miedo que de ella se derive.

Para el autor, la *intimidación* es un miedo a la violencia, pero dentro de una muy peculiar interpretación. A su entender, la recta exégesis del artículo 1.267 indica que el miedo debe ser producido por una causa extrínseca, pero en ningún caso que esa causa extrínseca provenga de amenaza humana y libre. Lo relevante es la amenaza, entendida ésta como la provisión de un mal (no hay por qué valorar el origen de la amenaza, frente a la que debe plegarse el varón recto). Existe el miedo como vicio del consentimiento, aunque no haya miedo como pasión psicológica. Lo que se tutela es la rectitud de conducta de aceptar el mal menor. El daño temido debe ser de tal naturaleza que sea razonable ceder ante la amenaza. El nuevo enfoque parte de considerar el miedo no desde el ángulo de la amenaza, sino desde el ángulo de la decisión. El sexo, la edad y la condición de la persona son reminiscencias de la subjetivización que sufrió la doctrina del miedo en el xvi, y que no hay inconveniente en admitir siempre que se parta de una recta interpretación del modelo de *vir constantissimus*.

El libro se cierra, finalmente, con una presentación del miedo en el matrimonio, que parece un epílogo. No es, en ningún caso, la razón de ser del libro, como podría presumirse por su origen.

A mí, reconociendo la importancia del libro, sus brillantes y originales tesis no me han convencido. El libro es un intento de buscar un principio unitario rector de la violencia y el miedo como vicios del consentimiento, que probablemente no existe. Además, en la búsqueda de ese principio unitario, no trata el error y el dolo, que también son vicios del consentimiento. Por otra parte, desde la concepción del autor, la violencia y el miedo no son vicios del consentimiento. Traiciona el autor su intención primera de tutelar la libertad del contratante, para pasar a tutelar preferentemente la rectitud de decisión. Pero ¿quién va a promulgar unos criterios objetivos de rectitud en las decisiones? El sistema propuesto quizá produciría una inseguridad en el tráfico patrimonial. El contratante que contrató con quien sufre el miedo tiene también derecho a tutela jurídica y los «motivos» de su contraparte le tienen completamente sin cuidado. Yo no creo, en definitiva, que el dolo y el miedo tutelan la espontaneidad de quien presta su consentimiento sin interferencias externas, porque los contratantes nunca viven en bolas de cristal y siempre tienen interferencias externas. La dificultad es, por tanto, calificar esas interferencias.

El libro, sin embargo, tiene aportaciones indiscutibles, no sólo su interesantísima construcción histórica, su brillante estudio de la intimidación como *metus a vis*, sino también su interesante interpretación de los requisitos del miedo (en donde demuestra, fuera de toda duda, que el único requisito es la gravedad de la amenaza externa, y que todos los demás son requisitos dogmáticos).

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO. Gabinete de Estudios. Doctrina Constitucional: I: *La ley de presupuestos y la reforma del ordenamiento tributario*, y II: *El Decreto-ley en materia tributaria*. 1983.

Llegan a mis manos, por gentileza del Gabinete de Estudios de la Dirección General de lo Contencioso, los dos primeros números de una nueva publicación que ha de formar colección sobre puntos esenciales vistos a través de la doctrina constitucional. La importancia de la publicación es apreciable desde cualquier enfoque que se adopte, pues lo que antes se estimaba como un ideal a conseguir hoy está ya en lo que podríamos llamar «dominio público». Me estoy refiriendo a la doctrina constitucional o emanada del Tribunal Constitucional, cuya literatura y estudios ha llamado la atención de infinidad de juristas que acuden con sus aportaciones a su estudio desde las diferentes parcelas del Derecho en que militan. El que ahora el Gabinete de Estudios de la Dirección General lance esta publicación, cuyo contenido, como veremos, es extremadamente valioso, no debe de extrañar a todos aquellos que conocen el esfuerzo que dicha Dirección ha hecho a lo largo ya de cuatro o cinco años por ofrecer temas constitucionales al estudioso. Entre ellos recuerdo los tres tomos publicados sobre el «Tribunal Constitucional», en los que participaron un conjunto de especialistas desarrollando unas ponencias básicas.

Creo que la publicación que manejamos cobra su más amplio valor no sólo por la temática que se utiliza, sino por el contenido que a ella se aporta. El tema del número primero se centra en el poder que la Constitución ofrece al Gobierno para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, siendo de las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación, todo ello conforme al artículo 134 de la Constitución. Y el desarrollo de esta materia se hace ofreciendo al lector y estudioso la Ley de Presupuestos Generales del Estado; el escrito de demanda del recurso de inconstitucionalidad contra ciertos artículos de la Ley; el escrito de constatación a la demanda que formula el Abogado del Estado, conforme al artículo 34, 2.º, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981. Pero el contenido de la publicación no queda ahí, pues para quienes sientan esa pereza que supone enfrentarse con la minuciosidad de alegaciones y argumentos que la demanda, la contestación y la propia sentencia suponen, se ofrece al lector un conjunto de trabajos que precisamente comentan el tema. Así, en el presente caso, se incluyen el de ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE titulado *Ley de Presupuestos e inconstitucionalidad*, el de ALFONSO MANTERO SÁENZ sobre *Las Leyes de Presupuestos y su proyección tributaria*, el comentario a la sentencia que se incluye y que es obra de EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA, al igual que el que hace sobre el mismo tema FERNANDO DíEZ MORENO. Cierran la publicación los trabajos sobre Leyes presupuestarias y su legitimación para la reforma de tributos, de los que son autores JUAN MARTÍN QUERALT y RAMÓN FALCÓN Y TELLA. Es decir, que en este primer tomo se brinda un estudio monográfico sobre un caso concreto, con sus antecedentes, sus realidades jurídicas y los estudios pos-

teriores, que iluminan y aportan puntos de vista en torno a una doctrina del Tribunal Constitucional.

Al igual que hemos expuesto el contenido del tomo I, lo haremos con el II, en el que se aborda la doctrina constitucional sobre el Decreto-ley en materia tributaria. Se reproducen los artículos 31, 36 y 133 de la Constitución; la parte de la Exposición de Motivos y Disposición Transitoria 2.ª, b), del Real Decreto-ley de 20 de julio de 1979; los documentos que constituyen la base del recurso de inconstitucionalidad promovido por la Sala de lo Contencioso del Estado de la Audiencia Territorial de Albacete; el escrito del Abogado del Estado en el Tribunal Constitucional; la Sentencia de 4 de febrero de 1983, y los trabajos doctrinales que estudian el caso, y que en el presente son los de JUAN MARTÍN QUERALT sobre *La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria*, el de CARLOS PALAO TABOADA sobre *Disminución retroactiva de bonificaciones fiscales y los Decretos-leyes en materia tributaria*, y el de FERNANDO DÍEZ MORENO con el título de *Doctrina del Tribunal Constitucional sobre Decreto-ley, especialmente en materia tributaria*.

Explicado el contenido, la consecuencia de su valor es inmediata, pues si, como antes apuntaba, al lector se le ofrecen los elementos de hecho y de Derecho y luego se le facilitan a través de una «recopilación» de trabajos publicados en revistas diferentes la bibliografía inmediata que existe sobre el tema, el conocimiento que puede adquirir de la materia es prácticamente exhaustivo. Aquí se viene a superar la posible utilidad del «banco de datos»; aquí no sólo hay datos, sino contenido con argumentación, con crítica y con textos básicos.

Dicho todo esto poco margen me queda para añadir más, aunque sí quisiera destacar la gran capacidad jurídica del español para, en pocos años, enfrentarse con la Constitución, elaborar una doctrina y ofrecer al mundo un numerosísimo conjunto de trabajos en una rama del Derecho tan poco estudiada y trabajada como es la del Derecho constitucional, pues aún recuerdo haber recensionado, no sé si en éstas o en otras páginas, la obra de FRAILE CLIVILLÉS en la que en su bibliografía española sobre la materia se ofrecían tres o cuatro nombres importantes: SÁNCHEZ AGESTA, PÉREZ SERRANO, LUCAS VERDÚ, etc., y ahora son legión, pues hasta yo mismo, desde mi parcela hipotecaria, he aportado algún comentario sobre la Constitución. Esto es como el milagro repetido de los panes y los peces, o como el mandato bíblico: *creced y multiplicaros*.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MAYANS Y SISCAR, G.: *Obras completas*, I. *Historia*. Edición preparada por Antonio Mestre Sanchis. Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva. Valencia, 1983, 623 págs.

El Ayuntamiento de Oliva ha publicado numerosos escritos de MAYANS Y SISCAR (1699-1781), muchos de ellos preparados y anotados por ANTONIO MESTRE. Ahora sigue en la brecha con esta edición de las obras castellanas

de aquel autor, que, sin duda, interesa para el conocimiento de la Ilustración. Su inmensa producción, así como el gran número de cartas y papeles que se conservan en el archivo del colegio del Corpus Christi y del Ayuntamiento de Valencia, son materiales indispensables para centrar su figura y la de numerosas personas que tuvieron relación —erudita o personal— con MAYANS. Los grandes temas de la Ilustración, en sus historiadores, como BURRIEL, o sus latinistas, como MARTÍ, se reflejan en su correspondencia, como también cuestiones jurídicas en la de NEBOT o en la del holandés GERARDO MEERMAN, que en la actualidad prepara MESTRE.

La colección de sus obras completas en castellano —las latinas tendrían, sin duda, menor interés para el público en la actualidad— nos proporciona un conjunto de escritos interesantes. Las ediciones del XVIII no son fáciles de conseguir —algunas son raras—, por lo que poner a disposición de los estudiosos estas obras es tarea encomiable.

En la introducción, con una breve semblanza de MAYANS, fija MESTRE los criterios de la edición. Recoge la obra histórica, que fue impresa durante su vida o poco después de su muerte, no las inéditas, que requerirían un estudio más detallado, como la *Vida del duque de Alba* o la *Vida de San Juan Bautista*. Edita los estudios de MAYANS en materia histórica o los trabajos que acompañan a obras editadas por él, como la *Vida de Antonio Agustín* o la de *Nicolás Antonio*, o el prefacio a las *Obras Chronológicas*, del MARQUÉS DE MONDÉJAR. En suma, un criterio flexible, que le permite traer a la imprenta escritos varios, interesantes, de GREGORIO MAYANS. Me permitiré un breve recorrido por las diversas obras coleccionadas en este volumen, que se continuará por otros en el futuro.

Las dos primeras, la *Vida de San Gil Abad* y la *Vida de San Ildefonso*, arzobispo de la santa iglesia de Toledo, de 1724 y 1727, son dos pequeños opúsculos que, escritos por piedad más que con rigor histórico, merecieron la crítica del deán MARTÍ. Mayor interés poseen, sin duda, las *Cartas de don Nicolás Antonio i de don Antonio de Solís*, de 1733, con una breve noticia de ambos personajes, que es la parte que se reproduce la que propiamente pertenece a MAYANS. Otro tanto hace el editor con las partes preliminares de la edición mayansiana de los *Diálogos de las armas i linages de la nobleza de España*, de ANTONIO AGUSTÍN, a los que acompaña una extensa y bien trabajada *Vida de don Antonio Agustín*, ambas de 1734. Es ésta una obra de importancia dentro de la producción histórica de MAYANS. La *Vida* de nuestro gran jurista del XVI —el único humanista jurídico de España en aquel siglo, en que florece esta dirección en las universidades francesas en especial— sigue teniendo interés hoy. La extrae MAYANS de sus propias obras y cartas, de NICOLÁS ANTONIO y algunos otros autores, como ANDREAS SCHOTUS. ANTONIO AGUSTÍN estudió en varias universidades hispanas, pero fue en Bolonia donde el magisterio de ANDRÉS ALCIATO, fundador de las corrientes humanistas o *mos gallicus*, le aparta del estudio de opiniones buscando el auténtico sentido del Derecho romano y la pureza de estilo de los humanistas. En Florencia, con otro discípulo de ALCIATO, JUAN METELO SEQUANO, perfeccionó sus estudios y cotejó la edición de HALOANDRO —el alemán MELTZER— con el manuscrito florentino o pisano, que por su antigüedad y perfección permitía conocer mejor el texto de las *Pandectas* o *Digesto*. Los escritos de AGUSTÍN le sitúan en esa línea nueva del *mos gallicus* o jurisprudencia elegan-

te. MAYANS conoce bien su obra y sus juicios sobre el arzobispo de Tarragona son certeros; no hay que olvidar que él pretendía imitarle mediante sus estudios jurídicos sobre jurisprudencias o sus *disputationes*, siguiendo también a FRANCISCO RAMOS DEL MANZANO y JOSÉ FERNÁNDEZ DE RETES, que habían enseñado en Salamanca a fines del XVII, con un sentido humanista e historicistas, el Derecho de Roma. En el XVIII son MAYANS y FINESTRES los más preclaros autores de esta dirección, que se cultiva en España tardíamente. En fin, no puedo describir toda la riqueza de esta obra, que ocupa una buena parte de estas páginas.

En el mismo año de 1734 escribe unos *Pensamientos literarios* dirigidos a PATIÑO, en que le ofrece todos los proyectos que bullen en la cabeza del joven bibliotecario real MAYANS. Algunos los llevaría a la realidad, pero en PATIÑO no encontró respuesta ni ayuda. Buena demostración de su conocimiento histórico es su *Censura a la «España primitiva»*, que hizo por orden del Consejo de Castilla. Era ésta obra de un académico de la historia, HUERTA Y VEGA, que la editó en 1738; recogía toda clase de leyendas y se apoyaba en algún falso cronicón, por lo que la crítica mayansiana es dura. Las *Constituciones de la Academia valenciana*, de 1742, en la que MAYANS puso grandes esperanzas para la publicación de obras de interés o el intercambio de ideas, que sólo en parte fueron realidad. La institución se quiebra con los problemas que surgen a nuestro autor por la publicación de la *Censura de historias fabulosas*, de NICOLÁS ANTONIO, en donde arremete contra los falsos cronicones —también se publican las partes que se deben a MAYANS de esta obra—. Una genealogía de un pariente suyo; el prefacio a las *Obras*, de MONDEJAR —sobre cronología histórica y la era—; una advertencia a JUAN DE MARIANA, al publicar asimismo sus *Obras*, con algunos escritos más, completan el volumen. La más interesante quizá de sus obras históricas en castellano, la *Defensa del rei Witiza*, obra de madurez en 1772, pone fin a estas páginas. Cualquiera que sea la realidad del penúltimo monarca visigodo, no hay duda de que MAYANS conoce bien las fuentes y crónicas a su alcance: desde ISIDORO PACENSE —o, en términos actuales, la *Crónica mozárabe* del 754—, tan contrario a Witiza, a otros posteriores. Hoy há avanzado bastante la crítica histórica, pero, en su tiempo, el esfuerzo de MAYANS denotaba sus buenos conocimientos y buen hacer historiográfico.

Esperemos que pronto vayan apareciendo los sucesivos volúmenes, que aunque reproduzcan obras impresas, han de ser de utilidad para quienes se interesan en la Ilustración española.

MARIANO PESET

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, y LUNA SERRANO, AGUSTÍN: *Parte General de Derecho Civil*, volumen II, *Personas*. Librería Bosch, Barcelona, 1983, 260 págs.

La Constitución española ha brindado a los juristas un proyecto sugestivo de quehaceres: la configuración de su normativa de desarrollo, desde un talante dinámico de perfectividad y mejora del Derecho positivo,

siempre orientado a conseguir mejores cotas de libertad, justicia, igualdad y pluralismo, como denota la expresión «propugna como valores fundamentales...», con que se produce su regla de apertura, a modo de una aspiración nunca acabada.

Mas este Derecho positivo sólo constituirá un ordenamiento jurídico modélico cuando previamente la doctrina científica haya decantado categorías y depurado esencias, libertándolas de excesos adherentes propios de los balbuceos, ingenuidades, ensayos preliminares y explosión de ilusiones que genera el comienzo de la construcción de una democracia. Y también cuando, *a posteriori* de su primigenia arquitectura, va corrigiendo el rumbo de los trazos erróneos, como único medio de obtener su consolidación.

Y el profesor LACRUZ, como sus colaboradores SANCHEZ REBULLIDA, DELGADO, RIVERO y LUNA SERRANO, todos ellos catedráticos de Derecho civil, vienen contribuyendo a estos planteamientos con serias publicaciones al hilo de las últimas e importantes reformas legislativas del Código Civil, entre las que se cuenta ahora el volumen II, que sigue la línea doctrinal iniciada en el anterior de estos mismos elementos, acertando a combinar airoosamente la teoría con la práctica, el Derecho sustantivo con un imprescindible soporte procesal, la tradición ya perdida en otras exposiciones con la más palpitante actualidad.

Aquel volumen I, aparecido en 1982, intentaba un vaciamiento del Derecho civil en los nuevos moldes constitucionales construyendo un sistema de fuentes en el que aparecían los ordenamientos forales en pie de igualdad con el general, conviviendo y enriqueciéndose mutuamente.

Este volumen II se ha escrito morosamente complacido en una especial sensibilidad, por cuanto la PERSONA es la razón determinante de todo el Derecho civil, y en él encuentra su natural sede. Se ha conseguido una pura exposición científica de Derecho privado, sin ceder a fáciles tentaciones de concesión política sectorial a las que el tema se presta. Es más, en aquellos puntos de imprescindible incidencia política ha sabido desvelarse su vertiente civilista en cabal coherencia con la naturaleza de la disciplina.

Y no es que el Derecho civil deba entenderse huérfano de ideología, o lo que es lo mismo, de espaldas a la realidad. Al contrario, debe proyectarse sobre el torrente ideológico social y político de fuerza vital permanente, destilando momentos concretos de ese proceso de desarrollo que son otras tantas categorías e instituciones. Son formas de vida, figuras de las cosas que responden a un punto de referencia ideológico, tanto más válidas y eficaces cuanto las muestran reunidas sean más expresivas de valores permanentes y necesidades generales sin puro afán sectorial.

El libro recoge ejemplos de la vida diaria, perfectamente acoplados al perfil de la realidad, y el sesgo histórico que hizo nacer o desaparecer las instituciones, señalando en letra diferenciada, textualmente, el Derecho positivo, principalmente Código Civil, con lo que resulta una expresividad tipográfica y de contenido que refuerza poderosamente su docencia y destaca de un derecho convencional de profesores.

Aparte estas consideraciones generales, el detalle de la temática se desglosa en dos vertientes: persona física y jurídica. A la primera se destinan dos terceras partes del total, lo que indica la primacía que se quiere

dar a los individuos; la exaltación de los valores humanos frente a las técnicas de personificación formal, que sólo sirven y se legitiman en cuanto instrumentos potenciadores de fines individuales y colectivos, dignificadores de la persona y no habilitadores de poder de dominación.

Los temas referentes a capacidades e incapacidades son tratados exhaustivamente porque a los aspectos tradicionales se agregan otros novedosos, como la eliminación siempre penosa de listados de actos que pueden o no realizarse, y la suerte que corren los efectuados sin capacidad por los menores, por cuanto el tráfico jurídico moderno tiende a concederla para aspectos auténticamente contractuales, exentos de relevancia.

Igualmente original el especial énfasis en la incapacitación y tutela de los deficientes mentales y subnormales, en los que afortunadamente está muy sensibilizada la sociedad actual, la graduación de la capacidad, la eficacia de los actos realizados antes y después de la incapacitación y toda una suerte de situaciones de normativa civil que han de servir de base a las numerosas normas administrativas de protección de estas contingencias que vienen apareciendo sobre ellas.

Esta doble vertiente, pública-privada, vuelve a reproducirse en sede de los derechos de la personalidad. Sobre la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, reguladora del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se intenta construir una teoría general de los derechos de la personalidad, abstrayendo lo que cumple exclusivamente al Derecho privado. Así, el derecho a la libertad se concibe como un principio general del derecho, con formulaciones concretas que aciertan a expresarse sectorialmente, como autonomía de la voluntad en la contratación, testamentifacción, etc.

Pero también el derecho a la integridad física ofrece peculiares relieves, de viva actualidad, al hilo de la Ley de 27 de octubre de 1979 y su Reglamento de 22 de febrero de 1980 sobre trasplantes de órganos, que, como toda la normativa postconstitucional relativa a los diversos temas del libro, se expone con detalle y comentarios oportunos.

La nacionalidad adquiere importancia relevante, a la luz de su reforma efectuada por Ley de 13 de julio de 1982, interpretada por la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1983, que se detallan sistemáticamente, con toda claridad, evidenciándose un profundo cambio en relación a la normativa anterior a fin de acoger los planteamientos constitucionales y las nuevas situaciones familiares que se derivan de las últimas reformas.

Al no haberse modificado, en cambio, la materia de vecindad, se han producido incoherencias, que resultan aún más en el contexto de las Autonomías. De ahí que el libro recoja cuantas críticas han aparecido en punto a estas contradicciones de los artículos 14 y 15 del Código en diversas Jornadas, Congresos, etc.

La ausencia aparece tratada con un encomiable sentido práctico, que sigue de cerca los imprescindibles trabajos de los profesores SERRANO y COSSÍO, de imborrable recuerdo. Superado el viejo esquema de fases, se pone el acento en la expresión «incertidumbre» como inspiradora de toda la regulación, con especial énfasis en los derechos eventuales del ausente y los efectos de su aparición, diferentes según la medida judicial en ese momento aplicada.

Finalmente, se da cumplida cuenta del Registro Civil, separando tres aspectos: organización, valor jurídico sustantivo y procedimiento, que denota una construcción lógica bien entramada, sólo propia de experiencias vividas profesoral y prácticamente en continuo contacto con la institución.

Ya en la segunda y última parte de la obra se concibe la persona jurídica como instrumento al servicio de fines personales dignos de protección por el ordenamiento, no como coartada para el fraude de Ley, principalmente la elusión de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.

Define con mucha claridad la tipología de estos entes, no siempre identificados por criterios ajustados a un preciso perfil de diferenciación, que aquí se apoya en estos parámetros fundamentales:

— Personas de Derecho público y Derecho privado.

— Personas de interés público y particular, si bien resalta que el legislador ha confundido el interés «público» con el «altruista» y el interés «particular» con el «ánimo de lucro». Sobre esta base podrá luego ir desgranando otras ramificaciones, de modo especial la corporación, asociación y fundación, a que se refiere el artículo 35 del Código Civil, ampliamente comentado.

La corporación no es un término sintético, pues comprende varios subtipos reconocidos en la Ley de Entidades Estatales, Colegios Profesionales y otras categorías atípicas en relación a las anteriores que se enmarcan en cauces ajenos al Derecho civil, por más que hoy se acogen al régimen de Derecho privado muchas Entidades públicas, desde RENFE al Banco de España, y con él toda la banca oficial.

La asociación se estudia al hilo del artículo 22 de la Constitución española, que ha derogado la parte más sustancial de la vieja Ley de 24 de diciembre de 1964, aunque ésta sirve en algunos aspectos de su formalización. El régimen jurídico se completa por analogía con lo establecido en la Ley reguladora del derecho de reunión de 15 de julio de 1983 y las sentencias de los Tribunales Supremo y Constitucional, posteriores las primeras a 1978. Todo ello, sin perjuicio de ciertos aspectos concretos de la asociación: partidos políticos; entidades sindicales, profesionales, etcétera, que reciben su propia normativa, la cual gravita fundamentalmente más en sede pública que privada. De todo este bloque ordinamental, se ha logrado extraer un cuerpo doctrinal de la asociación bastante completo, que está reclamando una Ley especial sobre la materia.

Y, por último, se ha cuidado de un modo especial el tema de fundaciones. Inserto en un contexto histórico, se desvela su dinámica conectada especialmente a las variaciones sufridas el siglo pasado y la incidencia que produjo la desvinculación y desamortización. Esta original idea se confiesa inspirada, según reza en nota bibliográfica, en la entonces inédita tesis doctoral de MALUQUER DE MOTES, ya aparecida.

Es interesante la toma de postura rigurosa en cuanto a que la fundación pública es inconciliable con el concepto genérico de fundación, toda vez que ni la Administración ni otras personas físicas o entidades subjetivas pueden ser sus titulares, a menos que aceptemos estar hablando de otro tipo de personificaciones que no contemplan un conjunto de bienes que siguen el rumbo marcado por una voluntad antecedente en ellos per-

petuada, al afectarlos a un fin concreto protegible por la Ley. Y muy interesante también el breve comentario a la fundación-empresa, de tanta utilidad en el mundo mercantil, que acaba siendo admitida por asimilación al comerciante individual.

Pero lo verdaderamente curioso de esta temática es que se trata la fundación en base, entre otras normas, a los Estatutos de Autonomía y las Leyes especiales sobre la materia de Cataluña y Galicia. Esta producción legislativa se refiere a puras normas administrativas de protectorado o comprende también Derecho civil.

Y lo importante es la convivencia en el libro de varios ordenamientos civiles, que es hora de asumir a fin de llegar a una síntesis de superación, brillantemente sugerida al preguntarse sus redactores: ¿No sería un logro importante unificar la legislación en la materia por convenio de los territorios?

Al utilizarse el sistema de convenio se respeta la potestad de autorregulación, no siempre aceptada por ciertos afanes centralistas. Mas, por otro lado, al unificarse la legislación, se evita la excesiva inflación foralista, que so pretexto de razones de identificación del pueblo encubren, a veces, simple carencia de regulación suficiente que debe ser atendida sin demora, pero también se enervan afanes foralistas exacerbados, nunca legítimos si son insolidarios, y, en todo caso, parciales si pretenden calificar de exclusividad lo que bien puede encuadrarse como de interés normal generalizado. Y esta depuración de obsesiones es, a la postre, la mejor lección del libro.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

PÉREZ LUÑO, ANTONIO E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 492 págs.

En el presente libro, el autor ha integrado, dotándolos de una interna coherencia y exposición secuencial, diversos trabajos publicados con anterioridad (1) actualizados, agregados o reelaborados, según los casos, de suerte que resulta un conjunto sistemático, que desvela cierta problemática de los Derechos Humanos y su discusión actual, disociada en tres planos o estratos que no pueden entenderse separadamente, sino como un acotamiento sucesivo de las distintas ópticas en que pueden contemplarse.

Se abre con un prólogo que, por sí mismo, es la mejor recensión de la obra, y allí habríamos de remitirnos porque nadie mejor que el propio autor para explicar los intersticios de su obra y los diversos objetivos que ella persigue. Pero es justo recensionarla aparte, no por un prurito de sorprender inexactitudes o espacios incompletos, sino todo lo contrario, porque el autor, juez y parte, omite con toda corrección científica las calidades de su aportación y la valoración crítica muy positiva que merece, como complemento a la función descriptiva que el prólogo contiene.

Las tres partes de la obra, expresadas en su título, se inspiran en una

(1) *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, que es un trabajo colectivo de Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979, y *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, en los artículos glosados por el autor, y otras publicaciones en revistas jurídicas.

peculiar posición doctrinal, el iusnaturalismo, si bien depurado de viejos sabores dogmáticos, metafísicos, ahistóricos, eternos e inmutables, y condensado en una esencia crítica que parte de la función histórica del Derecho natural, consistente en fomentar y difundir en la vida social los ideales de racionalidad y emancipación que conllevan necesariamente a despertar en la conciencia cívica el principio de un límite temporal impuesto al arbitrio de quien ejerce el poder y la consiguiente libertad de los ciudadanos.

A partir de ahí se genera una dinámica que arranca de la propia delimitación conceptual de los derechos humanos y se expresa en sucesivas etapas de positivación, desde balbucientes y luego acabadas categorías formales rígidas, hasta formulaciones abiertas que comprenden no sólo los derechos fundamentales originarios: libertad, igualdad, etc., sino el contexto económico-social que los hace posibles: derechos económicos, sociales y culturales.

Y de esta suerte, el autor demuestra cómo una postura doctrinal abierta, el iusnaturalismo decantado y moderno, puede sintonizar con otras variantes, si se quiere antagónicas, pero igualmente abiertas, que en un proceso constante de comunicación y ósmosis devienen en un consenso objetivo, derivado de esta *missio in communem*, que hace posible modelos normativos válidos y eficaces sobre derechos humanos, únicos hábiles para un grado aceptable de convivencia social.

Y la idea vuelve a repetirse como un efecto percusivo en la segunda parte del libro, exponente de sucesivas formulaciones del «Estado liberal de Derecho», que deviene en «Estado social de Derecho», hasta añadirse el vocablo democrático, como una adjetivación del anterior, matizando y superando la fórmula —tesis del autor—, o como una sustantivación, siguiendo una estructura autónoma, el Estado social y democrático de Derecho, meta sólo conseguida por la vía del socialismo —tesis de ELÍAS DÍAZ (2)—. Esta diversidad de posturas, su fundamento en doctrina comparada y un *excursus* sobre el artículo 1.º de la Constitución, que, a su entender, apoya el aserto, es uno de los pasajes más importantes e interesantes de la obra, toda vez que responde a la pregunta ¿cómo se manda?, de gran relieve en nuestra problemática constitucional.

Pero ello no es bastante. Hace falta saber, además, ¿quién manda? Responde una interesante explicitación de la soberanía popular, que la genera el pueblo desde las urnas, y no se agota ahí su función, sino que debe realizar el seguimiento del ejercicio del poder, controlando en cada momento las desviaciones con una auténtica participación, que no puede suplantarse, como fórmula de legitimación democrática, por una suerte de elitismo tradicional, la expertocracia, por mucho que se vista con ropaje tecnocrático y de eficacia, ni puede prescindir tampoco de los cauces normativos, de las formas y técnicas de Derecho, porque el principio democrático podría degenerar en un decisionismo, con menosprecio de la dimensión institucional del Estado de Derecho, en nombre de determinadas aspiraciones ideológicas que, cuando no van aunadas al respeto de esas «formas» institucionales, pueden traducirse en experiencias po-

(2) Vid. *Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, y antes *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

líticas contrarias a los derechos fundamentales, por más que a nivel retórico se afirme que se lucha por su implantación.

De ahí que el autor propugne como superación de los diversos intentos manipulatorios, el reforzamiento de los grupos intermedios, atribuyéndoles las funciones que le corresponden en el sistema político, toda vez que el principio de soberanía popular sólo adquirirá plena eficacia cuando la participación del individuo en la política general se realice a través de una pluralidad de entes intermedios, entrelazados de forma que los de grado inferior sean condicionantes y preparatorios de los más elevados, en una progresión que llegue hasta la organización central del Estado.

Mas podría pensarse que todo ello son puras elucubraciones teóricas, disecciones formales, que poco se compadecen con la realidad de la vida práctica, única que dota de sentido a cualquier institución o cauce jurídico y constituye la savia o nervadura íntima que puede acabar con su proceso de desvitalización. Y el autor apunta, como medio seguro de conjurar esta problemática, la fundamentación de los derechos humanos en un cierto consenso abierto y revisable, que lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades humanas básicas y radicales, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica.

Tales postulados desembocan en una interpretación peculiar de la Constitución, que se cifra no en un criterio formal de validez consistente en valorar las normas según hayan sido producidas, conforme a lo previsto en normas superiores, sino en un criterio material que orienta la hermenéutica hacia metas de contenido (valores y principios) como horizonte emancipatorio a alcanzar en un Estado pluralista, libre y democrático.

Consiguientemente, la interpretación de los derechos fundamentales ha de seguir la pauta iusnaturalista apuntada, con un sólido anclaje en las necesidades humanas. Y aquí cobra especial relevancia la función de la judicatura como colaboradora de primer orden en una sociedad democrática, ya que le corresponde nada menos que la tarea de mantener la confianza en el sistema, supervisando su funcionamiento y orientando la interpretación de las normas constitucionales de forma que se mantengan abiertos los canales del cambio y se facilite la representación de las minorías (ELY).

Esta tercera parte del libro, referida a la Constitución, se completa con puntuales e interesantes explicaciones sobre cuatro derechos individuales bien significativos en la actualidad: la intimidad, la propiedad, la calidad de vida en relación con el medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico.

La primera se interpreta en relación con el uso de la informática y su consagración constitucional, de forma que consigamos un producto normativo que proteja lo más ampliamente posible todas las manifestaciones de la intimidad que así lo merezcan. A este fin, el autor esboza las líneas fundamentales de un Proyecto de Ley Orgánica sobre el uso de la informática que la Constitución promete, fundado en el Derecho comparado vigente moderno y en el Convenio del Consejo de Europa de 1980, abierto a su ratificación por los Estados desde 1981. En este sentido, adquiere especial relevancia el uso que se haga de los Registros públicos de carác-

ter administrativo, a cargo del Estado, aunque con especial incidencia de las Comunidades Autónomas.

A partir de aquí, se explicitan con igual criterio los artículos 33, 45 y 46 de la Constitución española, enmarcados en un contexto histórico y de Derecho positivo español y comparado que da paso al proceso de su discusión parlamentaria y a un minucioso análisis sistemático de cada uno de sus párrafos.

Una interpretación progresista del primero supone para el autor concebir la propiedad:

— Como un derecho fundamental que no protege la libertad individual de apropiación exclusiva, excluyente e ilimitada, sino el derecho de participación en los frutos del proceso económico que garantice a todos el pleno desarrollo de sus capacidades (art. 33, 1.º, y normas conexas sobre los restantes derechos fundamentales). No se trata de un derecho a «excluir» a los demás del uso de los bienes, sino de un derecho a «no ser excluido» del bienestar económico.

— Como un instrumento de transformación de las estructuras socio-económicas que permita una más justa distribución y uso de la riqueza (artículo 33, 2.º y 3.º, y normas económicas conexas de la Constitución).

En directa coherencia con el modelo de propiedad que se propugna, la hermenéutica del artículo 45 comporta que al proteger un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, se hace eco de la inquietud contemporánea por ofrecer una alternativa al modelo de signo puramente cuantitativo del desarrollo económico y humano, de suerte que expresa un total rechazo de la lógica del «tener», centrada en la acumulación exclusiva y excluyente de los productos de una explotación ilimitada de los recursos humanos y naturales, en favor del modelo del «ser» que exige el goce compartido de los frutos de un progreso selectivo y equilibrado.

Y como una expresión concreta y significativa del medio ambiente, la tutela del acceso a la cultura y la protección del patrimonio histórico y cultural —artículo 46 de la Constitución española—, porque a través de sus distintas manifestaciones toman cuerpo y adquieren una estructura sensible los valores ideales del mundo y de las cosas, y es tarea del Estado democrático establecer mecanismos de tutela capaces de rescatar al hombre de la posesión de aquellos poderes que impidan la satisfacción de sus necesidades radicales.

Por último, el autor cumple sobradamente con señalar algunas metas y horizontes, explicitando las posibilidades insospechadas que una interpretación abierta y ambiciosa constitucional comporta en la consolidación democrática. Pero pasar de las buenas intenciones a una vivencia de la Constitución en todos los órdenes, haciendo válidos, reales y aplicables los valores que propugna su norma de apertura, es una responsabilidad irrepetible y apasionante de los españoles, que cuestiona nuestra prosperidad, calidad de vida y convivencia si no queda razonablemente intentada.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

RESCIGNO PIETRO: *Trattato di Diritto Privato, diretto de...*, vol. 7, «Propietà», I, Ed. Utet, Torino, 1982.

El volumen elegido para la presentación de esta importante obra no es el más reciente, pero sí el más representativo a los efectos de esta REVISTA. Ya en 1980, RESCIGNO nos ofreció su *Manual*, en el que se recogen las primicias que en plena cristalización aparecen en el enunciado «Trattato», y en el que prestigiosos juristas, algunos de primerísima línea, aportan las más recientes e interesantes inquietudes de la ubérrima dogmática italiana. Reciente no equivale a «progresivo», vocablo equívoco al que el paso de los años muestra su equivalencia a banalidad apta para incautos. Las vacaciones son fugaces y no alteran la dura vida ordinaria, y sendas que se emprenden con ilusión, se abandonan poco después al mostrarse erróneas, como las libélulas vagas. Algunos de los juristas colaboradores exhiben sin rubor la firmeza y el espíritu fuerte que produce el arraigo a la tierra, y hasta nos sorprenden al insertar en estridentes novedades las más sólidas y tradicionales recetas.

La propiedad privada es una de las grandes constantes sociales en la que convergen nociones tan primarias como trabajo y ahorro, y que aun en zonas en las que goza de poco prestigio subsiste sustituyendo el adjetivo «privado» por el «personal». RODOTÁ, en sonada obra de 1981 y recordando el calificativo que LUTERO aplicó al hogar terreno, la calificó «Il terribile diritto». Desprovista de interés político, propio del «Ancien Régime», conserva actualmente toda la fuerza esencial con que la conformaron las codificaciones posteriores a la Revolución francesa, y es instrumento económico tan escasamente susceptible de desarraigo que en el fondo de los idealismos o recetas infalibles que recubiertas de oropel claman por su extinción no es difícil constatar simples intentos de redistribución o accesibilidad, como proclama expresamente la Constitución italiana.

Se consideraba derecho natural y sus funciones eran exaltadas: estímulo a la iniciativa privada, refuerzo de la autorresponsabilidad, garantía de estabilidad económica, esquema de sólida estructura social, y hasta la primitiva Declaración de Derechos del Hombre la proclamó sagrada e inviolable y elemento indispensable para el ejercicio de la libertad y consiguiente goce de la vida terrena.

Pero frente a estas manifestaciones retóricas o enunciaciones filosóficas plasmadas en Constituciones, el *uomo qualunque* enlazó más profundamente con los Códigos que concretaban y hasta delimitaban derechos. En clave arquitectónica, la propiedad pasó a ser el eje de las codificaciones, en torno a la cual se trenzaron responsabilidades y riesgos, estática y dinámica de la vida, y hasta su perspectiva fue la fundamental para institutos que pasaron a ser complementarios de ella, como familia y sucesiones. La dogmática llegó a consagrar la propiedad como el prototipo de los derechos subjetivos, cubriendo con su técnica una ideología política y filosófica predominante.

Pero, como dice RESCIGNO en su maravillosa introducción al volumen, bienes y propiedad históricamente son las materias más sensibles a las variaciones de la escala de valores aceptada por los legisladores y en la que, como indica PIETRO BARCELONA, se reflejan casi inmediatamente las alteraciones barométricas del sentimiento público. Por ello, y en no exce-

sivos lustros, con el cambio del sentido funcional del Estado se ha mostrado constante el refluir de una navegación ideológica entre el Estado mínimo y el Estado totalitario, y las limitaciones, más o menos profundas, se han justificado con un ambiguo concepto, la «función social», que procedente de cristianos tipo MARITAIN o MOUNIER enlazó con la social-democracia plasmada en la Constitución de Weimar y ha sido recogida en la italiana.

Como consecuencia de la ampliación y detalle de limitaciones, en especial en el ejercicio, se ha asistido a una verdadera hemorragia de los Códigos, una actividad descodificadora que han glosado impresionantemente nombres como los de IRTI, NICOLÓ o SCHLESSINGER. Del tronco fundamental se han desgajado ramas actualmente tan frondosas como las urbanísticas, agrarias, arrendaticias, laborales. El Derecho privado, constante invariable de la cultura europea de estos últimos siglos, parece diluirse y los Códigos que lo representaban quedan convertidos en esqueletos que aún proclaman el reino de la libertad, pero su reino es minúsculo, el de la actividad microeconómica, casi doméstica. Y hasta parece que el mismo concepto de propiedad se ha difuminado. Por una parte, se habla de la del puesto de trabajo y, por otra, se hace temporal una propiedad simbólica y vitalicia, la dimanante de las relaciones conyugales, en las que se hablaba en posesivo del consorte. La nueva legislación de la misma ya no parece configurarla bajo el signo del *mutuum adjutorium* ni como un *ius in corpus* o *in corpore*. Prima el sexo y las relaciones personales se determinan fisiológica y patológicamente, mientras la familia llamada «nuclear» quiere sustituir lo que fue un poderoso elemento social. Y, por fin, la propiedad pública alcanza tan desmesuradas dimensiones que la privada queda contraída a la zona de la tolerancia.

El mismo RESCIGNO, en el *Manual*, llegó a plantearse el tema de si el actual estado de crisis permite todavía presentar a la propiedad como un valor en la conciencia común y en los sistemas políticos. Pero la vida, que parece rebullir en forma indisciplinada e indisciplinante, perdura ajena a tempestades en sus elementos esenciales. Las olas del mar, aún enfurecidas, sólo lamen las orillas. En el fondo, el movimiento es un remanso de las aguas vivas. Ni la propiedad ni la familia son instituciones perecederas.

Las notas que siguen se limitan a resaltar los extremos más interesantes del volumen objeto de recensión, destacando los momentos que se juzgan de mayor interés. El hecho de que en algunos puntos la glosa se extienda a la materia tratada y en otros se limite a enunciarla no implica diferenciación valorativa. El volumen es, íntegramente, de gran calidad y sólo es posible detenerse e iluminar algunos de sus elementos.

* * *

La Parte Primera, relativa a los bienes, es obra de CONSTANTINO, BEL-LANTUONO y PARDOLESI. Se inicia con una referencia al concepto de bien y alusiones a las fórmulas definitorias escolásticas de las que no escapó el Código de Mussolini y que, como todas, a la larga muestran su condición transitoria, perecedera y deficiente. La cosa, en sentido jurídico, el bien, escapa a la realidad material y limitada de las susceptibles de apro-

piación. El concepto se completa con la referencia a su utilidad económica y a las energías, en cuanto son controlables. Las cosas pasan a ser bienes en cuanto es posible su aislamiento y disfrute autónomo; la función económica es presupuesto, no causa, de la calificación jurídica.

Pero, con todo, esta delimitación no basta. Los intereses protegidos por la Ley son los que realmente determinan la condición jurídica de las cosas. Estos intereses, tipificados y ordenados en fórmulas ideológico-normativas, son los efectivamente tutelados por el derecho y las cosas no consisten, pues, en un «ser», sino en término de referencia objetiva de exigencias, intereses y necesidades amparadas por la norma. Y es que, como ha dicho NIGRO, todo el derecho privado descansa en una normativa de indudable condición pública.

A lo largo de la disertación aparecen interesantísimos problemas: si los micro-organismos deben ser incluidos entre los animales de posible apropiación con la consiguiente relación de la respuesta con los problemas de inseminación artificial y aborto; si las partes del cuerpo susceptibles de trasplante deben considerarse cosas en sentido jurídico, acotándose los estudios sobre ello realizados por PALOMBI, BADALANI, JOVANE y MARCAZZI. Se analiza, igualmente, la condición especial de los muebles sujetos a registración o posibilitados para ella y es especialmente interesante el examen de las energías —ya apuntado en el Código de 1942—, su naturaleza y modalidades de control, llegando incluso a estudiarse la posibilidad de protección interdictal de las ondas electro-magnéticas.

Hay, por último, una amplia referencia a los intereses protegidos que no tienen su base en derecho subjetivo concreto o en bienes singulares, apropiables o autónomos; las exigencias relativas a la fauna, flora, ambiente, hábitat y su protección general, materias de difícil encuadre en un mundo en el que reinan derechos reales y personales.

* * *

Los llamados Bienes Públicos constituyen el objeto de la Segunda Parte, que desarrolla la pluma fácil y amena de GIUSEPPE PALMA en forma profunda, aunque aparentemente deportiva, después de destacar la singularidad de esta aventura intelectual sobre lo que venía siendo considerado «ponderoso problema, neglecto e mal discusso». El viaje, romántico, se efectúa bajo el signo histórico, ya que los motivos histórico-políticos, las fluctuaciones ideológicas con su repercusión en el pensamiento jurídico han sido los postulados determinantes de la evolución de esta materia de imposible reconstrucción en base a abstracciones lógicas o dogmáticas.

El *excursus* remonta a la época de los bienes *extra-commercium*, los *nullius* o *communis*, a la confusión entre el *ius maiestatis* y la mera administración o bienes comunes, desenvolviéndose lentamente a través de los sucesivos derribos de las Murallas del Jericó jurídico hasta que el Estado, sucesor de la Nación francesa y del Soberano renacentista, incluye en su patrimonio tanto los bienes de uso general como los propios de los servicios públicos, susceptibles de fácil transformación en bienes disponibles, con los que su régimen no se distancia del de los particulares y dentro de ellos los que exigen gestión empresarial. Todos los lími-

tes son fluidos, como poco rígida es la alteración de los valores ideológicos. Los planteamientos, clasificaciones y subdistinciones no sólo se realizan en razón de perspectivas subjetivas u objetivas, sino que abarcan, incluso, las diversas formas de utilización o aprovechamiento.

Como es natural, el enfoque y examen de la norma positiva se dirige hacia Italia, que contaba ya con importantes elementos en su moderno Código. Pero la legislación, pese a sus deseos de adaptarse a las directrices de la vecina Francia, es dispersa, carece de estructura unitaria. Y no sólo se examinan el uso directo y las concesiones, sino otros aspectos que en Italia empiezan a tener repercusión notable: la dispersión administrativa en Estado, Regiones y Municipios. Con estas especialidades los trazos normativos son actualmente muy similares a los vigentes en el universo de la civilización occidental, por lo que prescindimos de detalle expositivo.

* * *

La propiedad, con especiales secciones dedicadas a la multipropiedad y los *procedimenti ablatori* (expropiación, requisa, monopolio y régimen de los bienes de interés histórico o artístico), constituye la materia de la Parte Tercera, obra de CONSTANTINO, CALLIANO y PALMA, que asumen, por su orden, las tres secciones enunciadas.

CONSTANTINO destaca la consideración exclusivamente económica de la propiedad en la Constitución italiana, que la reconoce y garantiza con las ya citadas ambigüedades de asegurar, con su ejercicio, su función social y su propósito de hacerla accesible a todos. El instituto ha dejado de ser un derecho natural o fundamental, superior a la Ley. Y la función social es el concepto-válvula sólo concretable a través de la actividad legislativa o judicial, lo que supone el juego de poderosas y hasta indiscutibles corrientes sociales concretadas en ideologías políticas o religiosas y hasta influencias económicas internas o externas ineludibles en algunos casos. Por esto el concepto ha sido calificado de «suprema ambigüedad ideológica» y no ha satisfecho a nadie. Unos hablan del propietario-funcionario y otros, como RADBRUCH, califican el dudoso concepto de «mentira convencional»: la propiedad no puede ser a la vez derecho y función. Y hasta desde el ángulo marxista la fórmula se reputa hipócrita, al no expresar que la propiedad debe ejercerse en interés exclusivo de la colectividad, lo que implica la consolidación de concepciones burguesas y liberales.

No obstante, ALPA y BESSONE, que han dedicado a ello muchas páginas y alta calidad, consideran innovadora la definición constitucional que consagra la propiedad con una finalidad de no exclusivo interés del propietario. Es clásica la cita de la «Companies Act» inglesa, de 1980, que dispone que los Administradores en el ejercicio de sus funciones tendrán tanto el interés de los socios como el de los empleados.

Pero la real consecuencia es la confusión que envuelve un concepto que ha dejado de ser «neutro» y sobre cuya naturaleza se realizan ejercicios dialécticos sin horizontes. CONSTANTINO desarrolla el tema de la función social especificando los relativos a los modos de adquirir la propiedad, su goce y su disposición.

El estudio que realiza CALLIANO sobre la multipropiedad es el más

extenso y el de más calidad de los aparecidos en Italia, donde ya empiezan a abundar e incluso ha constituido el tema de Congresos de Abogados y Notarios italianos en otoño de 1983. No es, sin embargo, el último publicado. Contiene abundante material bibliográfico, múltiples referencias comparatistas y plantea las diversas modalidades de este instituto, en el que la referencia a la propiedad es equívoca en ciertas ocasiones.

La normativa francesa ha planteado el tema en base societaria, en especial las sociedades civiles de atribución. A cada participación o acción va anejo un derecho de *sejour et d'usage* de uno de los apartamentos o *bungalows* destinados a residencia secundaria durante cierto período anual; en otras legislaciones la atribución es realmente en propiedad, bien de una participación indivisa que, a través de las normas comunitarias, conduce al propio resultado, bien a través de una específica propiedad horizontal temporal. Son construcciones que corren paralelas a los diseños de la llamada propiedad horizontal en zonas germanas y latinas. El «multi-uso» concede un derecho personal con el propio contenido y en especial en zonas anglosajonas, un seguro cubre los riesgos propios de derechos menos sólidos que la propiedad o el derecho real. La modalidad del *apparthôtel* es de origen suizo, y con el apartamento en tal uso se adquiría la titularidad de la industria hotelera. Con ello se eludían las restrictivas normas que impedían las inversiones directas inmobiliarias a los extranjeros y facilitaban las industriales. Ello permitió a muchos hoteleros con explotaciones deficitarias la continuación de la industria sin riesgos, percibiendo una retribución parciaria de ingresos brutos y sin riesgos. Una fácil financiación sin posibles pérdidas. Los abusos, no obstante, hicieron que los inversores, aun anónimos y dispersos, acudieran a cesiones arrendaticias para evitar responsabilidades ilimitadas ni siquiera cubiertas por el seguro, llegándose hasta a suprimir las estrictas explotaciones hoteleras, lo que motivó la consiguiente reacción administrativa, obligando que por lo menos durante extensos períodos anuales estuvieran destinados a explotación industrial.

Es materia ésta de la propiedad temporal de extraordinario desarrollo actualmente en gran parte del universo. En Estados Unidos, donde una empresa a ello dedicada ha llegado a editar una Enciclopedia de once volúmenes, no sólo se han celebrado múltiples convenciones, sino que varios Estados disponen de regulaciones más o menos completas y son constantes los intentos de una ley uniforme. Inglaterra no sólo ha sorteado las dificultades de su original legislación para adoptar el instituto, sino que es un verdadero nido de promotoras internacionales. En el Congreso celebrado en el Hyde Park Hotel de Londres en noviembre de 1983, ponencias y fórmulas internacionales alcanzaron la cúspide doctrinal. Bermudas tiene ya una legislación completa y también Portugal, del día último de diciembre de 1981, que en su deseo de dar facilidades a los inversores incluso autoriza la transmisión por endoso de los títulos representativos de derechos a la vez que los exonera fiscalmente.

La necesidad de una regulación adecuada se siente en muchos Estados, incluso en España, donde documentos notariales de Icod, Arrecife o Málaga de 1982 y 1983 revelan la superación del período paleo-jurídico, en especial para evitar abusos de administradores o gerentes de comunidades amplias desorganizadas y hasta inconscientes de sus responsabilidades.

* * *

Siguiendo la innovadora estructura del Código italiano, el capítulo cuarto está dedicado a la propiedad fundiaria. CESARI SALVI nos introduce en ella analizando las disposiciones de índole general, centrandó en la exclusividad, dentro del interés legítimo, la característica principal de ella. Las clásicas consideraciones sobre la extensión del interés respecto al subsuelo y al vuelo, aun dentro de la escala tradicional, tienen muy en cuenta lo que sea interés legítimo, determinado por Ley y criterio judicial, lo que le lleva a nuevas consideraciones sobre la función social en orden a inmisiones y su contraste con las exigencias industriales y empresariales: una disección, más que pulcra, magistral.

ANTONIO CARROZZA aborda la Sección Segunda, dedicada a la reordenación rural con elementos que son muy conocidos y muy gratos a los juristas hispanos, cuya bibliografía y construcciones cita hasta con carácter ejemplar en algún momento. Desfilan el fundo y su fluida delimitación como unidad económica, las unidades mínimas, el hambre de tierra de las masas no propietarias, el *remembrement rural* francés, con sus remedios preventivos y todo lo relativo a medidas antifraccionamiento, planificación y hasta detalles de las instituciones creadas y «clamorosamente fallidas». Son objeto de detallado análisis, en forma singular, las actuaciones en gran número de naciones iberoamericanas. Sus poco esperanzadoras conclusiones no se sienten alentadas por el traspaso de competencias a las regiones autónomas italianas. Es todo un mundo de control de titularidad, transmisiones *inter-ivos* o *mortis-causae*, de modalidades de explotación, el que hay que reordenar. Y construir un nuevo sistema orgánico es más obra social que jurídica.

* * *

El análisis de la propiedad urbana, edilicia, corre a cargo de uno de los más acreditados especialistas italianos, ANTONIO GAMBARO. Es instituto tradicionalmente excluido de las escuetas normas del Código y en el que es más viva la duda de si la función social equivale a la supresión de la propiedad privada. Los aspectos económicos y sociales, el descubrimiento de las «externalidades», con su valoración positiva y negativa, son elementos que se sobreponen a las tradicionales directrices jurídicas. La actividad privada queda reducida a compartimentos en los que la autonomía casi se asfixia y se deforma, imponiéndole, directa e indirectamente, considerables obligaciones de hacer.

Las tendencias actuales favorecen la titularidad del domicilio propio, la propiedad del mismo, pero alejan la inversión, que hace posible el *habitat* a aquellos incapaces de alcanzar la propiedad. Por ello el estado de insatisfacción es general y pese a una considerable actividad pública, siempre deficiente en múltiples aspectos, este sector es aquel en el que la miseria exhibida en el barraquismo se hace más patente. Se ha favorecido una generación para gravar a las que le siguen.

GAMBARO analiza las amplias normas urbanísticas y complementarias propias de este sector, en el que la legislación italiana, no siempre con acierto, ha querido anticiparse a otras europeas. Es imposible seguir su

examen de los instrumentos creados y sus consecuencias del más alto interés.

* * *

Las últimas secciones del volumen se refieren a las limitaciones legales de la propiedad —obra de RAFAEL ALBANO—, a sus modos de adquisición —FERNANDO SALARIS— y acciones en defensa de ella, del mismo autor. Son materias más clásicas, pero tratadas con extensión y delicadeza. Baste una simple referencia a ellas para no dilatar estas notas ya excesivamente extensas, que no quiere restar importancia alguna a la calidad de las aportaciones que no desmerecen, en forma alguna, de las reseñadas anteriormente.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ