

La Scienza del Diritto nell'ultimo secolo. «Inchieste di Diritto Comparato». Parte 6. CEDAM, Padova, 1976.

MARIO ROTONDI, en su calidad de Director del Instituto de Derecho Comparado de Milán, interesó de destacados juristas de diversos países un conciso informe relativo al desarrollo de la doctrina jurídica en los mismos durante los siglos XIX y XX. Las 29 comunicaciones recibidas, en sus seis idiomas originales, constituyen esta obra que, en términos generales, permite obtener una visión de conjunto de la evolución de sistemas y doctrina aunque, como en una exposición de pinturas con tema determinado, el paralelismo de los estudios es muy relativo. La personalidad y formación del artista, su enfoque o perspectiva y aun sus propósitos, convierten en policromía lo que se proyectaba sinfónico. Juzgamos de interés una pincelada superficial, pero característica, de cada uno de dichos trabajos que agrupamos en unidades relativamente afines.

1.—CHINA destaca por su singularidad, y los apuntes de TSIEN TCHE-CHAO ofrecen una preciosa panorámica centrada en el tránsito de este país, en pocos decenios, del feudalismo al socialismo. Ya antes de J. C. se producen las luchas entre la Escuela de Confucio y la de las Leyes, conservadora y progresista, prevaleciendo la primera durante muchos siglos. La guerra del opio, en 1840, produce el primer movimiento de occidentalización al estimarse que China, en un exceso de idealismo, había prescindido de medios materiales, pero que obtenidos éstos su inmensa base espiritual le permitiría readquirir la prevalencia. Se cosechan grandes fracasos y aparecen los reformistas, la Escuela de las Leyes, con originálísimos proyectos de los que citamos el de Liang, Ministro de Justicia, que preconiza el matrimonio por plazo no superior a un año, sin perjuicio de tácita reconducción. Con Shen se obtienen algunos éxitos, pero es imposible evitar la revolución y las doctrinas de Sun Yat-Sen.

La anarquía eleva a Chiang Kai-Shek, del que es consejero el gran Escarrà quien, pese a su orientación occidentalizadora, inicia una vuelta a la tradición. Pero el marxismo y Mao han penetrado ya profundamente y la negación de la independencia judicial, la de la distinción del Derecho en público y privado, la presunción de culpabilidad del acusado y la consideración meramente instrumental del Derecho, al servicio de la clase dominante, el proletariado, son divisas de la intelectualidad que asume el nuevo Estado.

En 1957, y ya con toda la población agrupada en comunas, se produce lo que los observadores rusos califican de «chinización», vuelta al confucianismo con apariencia de apartamiento del socialismo revisionista ruso que se juzga no comunista sino simplemente dictatorial e imperialista, con

marxismo aparente. La inestabilidad política y doctrinal no permite codificación estable y aunque en toda su historia apenas si puede hablarse de producción jurídica, pues el concepto de «Derecho» en China es muy fluido, en el período actual la doctrina jurídica es nula. Pese a la citada revalorización del pasado, en 1966 se produce un confuso movimiento—apenas comprensible para una mente occidental, en el que se combate duramente a Confucio, el Kuo-Mi-Tang, los reaccionarios burgueses, el revisionismo soviético, Lin-Piao y otras cosas, todas ellas envueltas en el mismo saco.

2.—GRUPO GERMANICO: COING, destacado filósofo del Derecho, enfoca su informe de Alemania desde su particular perspectiva. Nos habla del Derecho romano vigente en la Alemania del siglo XIX, de Savigny, del renacimiento del Derecho privado germano, de la dogmática pandectista, la jurisprudencia de conceptos, la de intereses... todo ello con autores y obras más destacados. La Codificación, la primera guerra y la Constitución de Weimar son otros hitos en que encuadra actividades legislativas y doctrinales. Anota la jurisprudencia sociológica y el entronque de las corrientes alemanas con la filosofía utilitaria inglesa, para acabar resaltando la doctrina de su escuela: la postura valorativista, el Derecho natural variable.

Con procedimiento inverso, SCHWIND nos ofrece para Austria, debidamente clasificada, relación de doctrina, autores y obras. Una amplia parte dogmática y otra histórica, ésta con secciones romanista, germanista y canonista, le sirven de estructura.

Integrada Suiza por cantones con cuatro idiomas y singulares tradiciones cantonales y normas jurídicas, con la modificación constitucional de 1898 se abre paso a numerosas unificaciones, en especial en los ámbitos penal y procesal, culminando con el Código de Obligaciones. TROLLER enfoca su estudio con desfile de los más eminentes juristas desde VON KELLER hasta BURKHARDT comprendiendo, entre otras muchas, figuras tan señeras como HUBER y WIELAND. Hay una referencia a las más importantes revistas y en este patriótico y emotivo informe se realza la afirmación de MOTTA de que el más importante logro alcanzado con la Federación ha sido la unificación de amplias zonas del Derecho.

A partir de 1839, nos dice OZUNAY, se inicia la apertura de Turquía a Occidente, publicándose varios Códigos, simples calcos de los franceses. En otros (territorial, familia y sucesiones), aunque la forma externa es también occidental, su contenido se ajusta casi íntegramente a la tradición. La propia orientación europea tienen la doctrina y estudios superiores; hasta el Derecho romano adquiere destacada posición. A partir de 1923 se aceptan el Código de Obligaciones suizo, el Penal italiano y el Procesal alemán, pero, sobre todo, es el HGB el que influye en la revisión del de Comercio. Se contratan profesores extranjeros y con la emigración de los años 30 el predominio alemán es considerable. Los profesionales, además del nativo, acostumbran poseer otro idioma. Se lucha incansablemente por el nivel europeo.

Aun antes de la insurrección de 1821, bajo el dominio otomano, nos dice ZEPOS, en Grecia regía el Derecho romano-bizantino y el Código de Comercio francés, todavía no traducido al griego. Bajo Otón I se dictan normas profundamente influidas por el racionalismo dominante en los asesores germánicos de su corte, pero el auge de la Escuela Histórica

impide la elaboración del Código Civil. Con Jorge I se regulan numerosas instituciones mercantiles, con corte europeo. Algunas islas elaboran Códigos Civiles propios, pero el nacional no se completa hasta 1940, para empezar a regir en 1946. Su principal modelo es el BGB.

3.—GRUPO ANGLOSAJON: EHRENZWEIG, profesor de Berkeley, indica que en Estados Unidos, con escasas excepciones, durante muchos años apenas existe nada comparable a lo que se conoce como doctrina o ciencia del Derecho continental. El imperio judicial, la *dikastocracia*, apenas permite otra cosa que los *Casebooks*, *Restatements*, enciclopedias, digestos o colecciones legales o de casos concretos, con comentarios. El campo de la filosofía del Derecho constituye una excepción. Las escuelas de jurisprudencia sociológica, pragmática o experimental y nombres como los de HOLMES, R. POUND, CARDOZO, STONE, LEWELLYN y otros muchos, son comparables a los europeos. Alrededor de los años 50 empiezan a aparecer monografías sobre materias contractuales, administrativas, procesales, penales, etc., constituyendo un hálito doctrinal que revive las esperanzas de supervivencia del *common law*, cuya única progresión, en estos tiempos, parecía reducirse a la utilización de computadores en la compilación y clasificación de casos, lo que realmente constituye una pseudociencia.

En Inglaterra, nos dice STEIN, de Cambridge, la enseñanza del Derecho romano equivalía a la de parte general del Derecho civil y por ello en esta materia hay que anotar muchos tratadistas. La del Derecho inglés, iniciada en el último tercio del siglo XIX, motiva la aparición de bastantes obras y aunque alguna, como la de AUSTIN, contiene aspectos doctrinales, impera la jurisprudencia analítica. No obstante, van apareciendo monografías sobre Contratos, *Torts*, *Real Property*, *Equity*, etc. El informe contiene una amplia reseña de ellos, así como de obras relativas al campo de las compañías, internacional, penal, constitucional, administrativo y otras, y detalle de las principales revistas jurídicas.

El Profesor JORGENSEN analiza el tema en los Países Nórdicos que, aunque con influencias romanísticas y continentales, en especial germanas y francesas, se orienta decididamente hacia el Derecho anglosajón en el pasado siglo. Un marcado pragmatismo, realismo y funcionalismo impregna los estudios jurídicos. En lo doctrinal la Escuela de Uppsala tiene muchas raíces comunes con la del Derecho libre o la jurisprudencia de intereses.

DERRET, el informante de India, destaca que la ocupación europea, principalmente la inglesa, cegó las tradicionales fuentes hindúes e islámicas. La introducción del *case-law* incrementó considerablemente el número y actividades de los *Pleaders*, que demostraron dotes excepcionales para las materias jurídicas, incluso para el Derecho extranjero, de lo que es paradigma el caso de CUNHA GONÇALVES. Cara a la independencia renacen corrientes doctrinales no extinguidas totalmente en materias como familia y propiedad, aparte que en ciertos territorios, Punjab y Kerala principalmente, el Derecho consuetudinario había subsistido casi íntegro. Con la Constitución de 190 las sucesivas normas van apartándose del Derecho inglés, imitando al de Estados Unidos y a los europeos. No posee todavía Código Civil y el inmenso país debe considerarse como un laboratorio o campo experimental del Derecho comparado.

4.—GRUPO FRANCES: El Código de Napoleón que, con visión aquiliana, unificó las innúmeras disposiciones territoriales que torturaban y trituraban la nación de Francia, es un hito en la civilización moderna, aceptado universalmente. El maestro SAVATIER, en elegantes párrafos, destaca tal acontecimiento que produce eminentes exegetas que alcanzan hasta la aparición de figuras como PLANIOL, GENY, RIPERT y CAPITANT, con sus escuelas y seguidores. Su exposición penetra en las esferas de las disciplinas tradicionales y examina otras recién salidas a la luz y de discutible entidad y autonomía. Se detiene en el llamado Derecho económico o de los negocios y concreta los problemas jurídicos que juzga de más acuciante actualidad. Concluye interrogándose si el fabuloso monumento levantado sobre la base de dicho Código no habrá desbordado los límites razonables. La mecanización más que contribuir el engrandecimiento del arte jurídico preludia su desvalorización y decadencia.

En Bélgica, como indica RIGAUX, se adopta el Código francés ya en 1807 lo propio que sus comentaristas influyen en los belgas. Los detalles de disciplinas y los más importantes autores (PICARD, LAURENT, DE PAGE, DE VISSCHER, etc.), incluso su vida y milagros, constituyen el eje de su trabajo. Los estudios especulativos no han sido abundantes.

LANGMEIJER nos dice que aunque Holanda quedó desvinculada del Imperio Francés en 1813, sus cinco grandes Códigos continuaron rigiendo en ella hasta que los propios quedaron redactados, lo que no concluyó hasta 1938. Las influencias francesas alternan con las germánicas, cada vez más penetrantes. El informante se muestra muy preocupado por las actuales orientaciones de algunos profesores universitarios, sobre todo en el ámbito penal, relativas a hechos que juzga volcánicos o anárquicos.

También en Egipto es considerable la influencia francesa según detalla CHEFIK CHEHATA, en especial en el Código de 1948, aunque en materias de estatutos personal y familiar el predominio de la tradición musulmana es casi absoluto. Las penetraciones occidentales y otomanas datan de 1876, fecha de la instauración de los Tribunales Mixtos. Al Código Civil han seguido otros. Se observan tendencias socialistas en los clásicos campos del derecho de la propiedad y la autonomía contractual.

5.—GRUPO HISPANO-AMERICANO: El Profesor don JORGE CARRERAS, que asume el informe de España, después de breves consideraciones históricas, doctrinales y administrativas facilita relaciones de las más importantes obras de las diversas disciplinas jurídicas.

El mismo criterio sigue para Argentina BOFFI BOGERO, con detalle exhaustivo, precedido de notas sobre las influencias hispanas, francesas, germanas e italianas.

En cambio, FUEYO LANERI, para Chile, se concentra fundamentalmente en el Código Civil de ANDRÉS BELLO y su abundante exégesis. La producción jurídica no es excesiva, pero el Estado es joven y el futuro dilatado.

FIZ-ZAMUDIO y HURTADO MÁRQUEZ señalan las diversas etapas de la historia de Méjico y la considerable influencia ejercida por la revolución social y la emigración española de los años 40. El enunciado de publicaciones es abrumador y muy interesantes los comentarios que dedica a los esfuerzos de las nuevas generaciones y las actuales orientaciones jurídicas.

MELICH, en relación con Venezuela, se ensaña con la España absolutista y confesional que consideraba a su patria como una oscura colonia

y detalla los esfuerzos para la ruptura con tan ominoso pasado y la adopción de modelos italianos más adecuados para una sociedad liberal, laica e igualitaria como la de su patria. Ciertamente que la doctrina venezolana no es demasiado floreciente pero el alumnado de las Facultades de Derecho es muy importante y el futuro debe considerarse óptimo. No deja de señalar alguna influencia de los emigrantes de España, entre ellos MOLES, al que considera Catedrático de Derecho de Barcelona.

6.—GRUPO LUSITANO: Apenas terminada la lectura de dos recientes obras de NOGUEIRA PINTO y AMORIM DE CARVALHO, con los significativos títulos de *Portugal, años do fim* y *O fim histórico de Portugal*, se siente un cierto escalofrío al consignar el precedente grupo tan tradicional. ESPINOSA G. DA SILVA, con la colaboración de RIBERO, toma para Portugal, como fecha clave, el año 1867, en que se redacta el primer Código Civil: reseña los importantes exegetas y las enseñanzas que se imparten en la Facultad de Coimbra, con tantas resonancias positivistas que pasa a ser fortaleza de la jurisprudencia de intereses, y en la de Lisboa, creada en 1913, con CAETANO como figura señera, antipositivista y conceptualista. Con este esquema traza el desarrollo jurídico en las diversas esferas para terminar con el nuevo Código Civil de 1966 y la penetración de la jurisprudencia valorativista.

Consigna REALE que en el período imperial de Brasil (1822-89) se publican varios Códigos de influencia europea que comentan numerosos tratadistas, algunos de calidad excepcional. Con la república parece acelerarse la renovación de ideas y penetran las de las escuelas positivistas y naturalistas y a partir de 1940 irrumpe la jurisprudencia de intereses, el culturalismo jurídico con sus variantes fenomenológicas, el marxismo, el estructuralismo y hasta la llamada teoría jurídica tridimensional. Apunta la influencia de Estados Unidos en la moderna legislación procesal. El Código Civil de 1966 produce una pléyade de comentaristas. El informe, lamentablemente, no alcanza la modernísima Ley de Sociedades Anónimas, tan meritoria.

7.—GRUPO SOCIALISTA: El estudio, debido a la pluma de K. GRZYBOWSKI, da cuenta de que la influencia occidental penetra masivamente en Rusia a partir de 1860, si bien no llega a publicarse Código Civil: se estaba discutiendo en la Duma al iniciarse el período soviético. Con la estabilización de éste empiezan a aparecer juristas, incluso especulativos, entre los que destaca PASHUKANIS y su escuela, que sufren serios embates por parte de VYSHINSKII y otros que los consideran derrotistas o anarquistas, y algunos de sus seguidores son internados hasta el fin del período stalinista. STUCHKA, REISNER, YUDIN y otros son figuras de la propia ciencia especulativa, si es que puede llamarse tal lo que RECASENS SICHES ha calificado de «paisaje de indigencia y debilidad mentales... vacío mental, completa ausencia de pensamiento... pseudoteoría jurídica, titubeante y oscilante, elaborada por mercenarios». De HOIBARGH es la frase de que el Derecho es más opio del pueblo que la religión. En las publicaciones, como en las normas, predomina la influencia marxista-leninista, pero las constantes de la civilística occidental permanecen en su base.

Bulgaria, según ANDRÉEV, desde su constitución como Estado en 1878 sigue las corrientes germano-rusas, aunque la primera se acentúa consi-

derablemente, en especial en el período posterior a la primera guerra, en la que la producción jurídica es abundante. La instauración de la República Popular orienta las actividades hacia la edificación de la civilización socialista y los modelos rusos prevalecen.

SZABÓ se ocupa de Hungría, donde a partir de 1867 puede empezar a hablarse de derecho propio, no siempre escrito, pues la costumbre predomina. La doctrina, eminentemente burguesa, sigue las corrientes kantianas y neo-kantianas y las positivistas. En el período transitorio, 1945-49, la burguesía, bajo la capa de democracia, intenta defender sus privilegios, pero es aniquilada. Los modelos soviéticos pasan a primer plano y la producción jurídica, no ciertamente escasa, aparece con orientaciones sociológicas y comparatistas.

Nos dice S. GRZBOWSKI que Polonia inicia su reconstrucción jurídica a partir de 1918. Las universidades y la doctrina tienen profunda influencia francesa y germana. En 1945 unifica escuelas, pero no mengua la enseñanza universitaria ni la producción jurídica, que es considerable.

IONASCO expone la evolución de Rumania a partir de 1859 en que los principados de Moldavia y Valaquia se unen. El Código Civil de 1864, y calco del francés, y la Constitución de 1866 solucionan satisfactoriamente el problema de la diversidad de legislaciones que se reproduce al incorporarse otras regiones. A partir de 1944 se dictan el Código de Familia, el de Trabajo, las normas reguladoras de contratos de los entes económicos, las relativas a la propiedad personal dimanante de trabajo y ahorro, la propiedad socialista del Estado y las cooperativas, etc., todas ellas en la más pura ortodoxia marxista.

Checoslovaquia corre a cargo de KNAPP y LUBY. Su ciencia jurídica alcanza remotas profundidades, pero se desarrolla ampliamente a partir de 1918 en que empiezan las luchas universitarias: Praga es positivista, Brno neo-kantiana y Bratislava está ligada a las tendencias históricas y sociológicas, pero todas ellas son profundamente antimarxistas. En 1945 se produce la revolución democrático-burguesa que abre paso a la socialista de 1948 en que la doctrina y producción jurídica se acomodan a las directrices socialistas. Un intento revisionista de 1968 es duramente rechazado por el pueblo.

Indica PRETNAR que Yugoslavia nace en 1918 como una agrupación de pueblos no todos de cultura común o próxima, pero el clima unitario se va abriendo paso y la doctrina alcanza considerable desarrollo. A partir de 1946 se produce primero el socialismo estático, en que se forma el patrimonio del Estado, al que sigue el período dinámico con la llamada autogestión bajo la dirección y control del Estado. Los juristas, con notables obras, figuran entre los entusiastas arquitectos de la nueva edificación de la sociedad. Se publican seis revistas jurídicas.

8.—ITALIA: Merece capítulo especial el informe del propio ROTONDI relativo a Italia que nos hace penetrar en su mundo jurídico de inicios del siglo XIX acompañando los ejércitos revolucionarios franceses que imponen su Código Civil u otros en él basados. La pléyade de comentaristas y el florecimiento extraordinario que registra en todos los sectores la ciencia jurídica italiana hasta el Código Civil de 1942, es una de las más brillantes epopeyas de su historia jurídica y aun del mundo, pues su influencia es considerable. Imposible citar los innúmeros juristas de excepcional calidad y billantez increíble. No obstante, ROTONDI no es opti-

mista. El florecimiento se debió a la alta calidad de la enseñanza universitaria y del mismo fue consecuencia la excelencia de la administración de justicia. Hoy, pese a que existen más de 200 revistas consagradas al Derecho y que la producción no descende, ni la base citada ni su consecuencia tienen ya tal calidad. Difícil es juzgar lo contemporáneo; imposible predecir el futuro.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

FIESTAS LOZA, A.: *Los delitos políticos (1808-1936)*. Salamanca, 1977.

La tesis doctoral de ALICIA FIESTAS LOZA, convertida en monografía, nos trae en un estudio histórico el actual tema de los delitos políticos. La actualidad del tema para el recensionista tiene dos claras vertientes que trataré de precisar y así situar la monografía.

A primeros del año 1977 tuve que ir a dar unas conferencias en algunas capitales de América. Tenía que cuidar un poco las iniciaciones, pues en ellas había alusiones a personas, costumbres, legislaciones e historia de los sitios en que se estaba hablando. Precisamente la de Managua tiene en su comienzo una referencia a la dedicatoria que un gran jurista—padre de uno de los que motivó nuestra gira, IVÁN ESCOBAR FORNOS—estampaba en una de sus publicaciones. En el fondo la dedicatoria no hace al caso en este momento, pero sí era importante, pues la publicación en la que se contenía era nada menos que sobre un estudio del *Delito político* y en ella se percibía cómo ni en el Código Penal de 1891, ni en la Constitución de 1939 se regulaba el delito político, aunque en la última había una alusión al mismo para excluirlo como posible causa de extradición de extranjeros. Cuento la anécdota porque esta cita pudo ser—para un jurista que milita en el campo del Derecho privado—una especie de lujo, al igual que tomar vino en las comidas en aquellos países. El lujo sigue persistiendo debido al atrevimiento que supone esta recensión, pues dentro de mi limitado campo privado se hace patente mi falta de «soltura» en este ambiente.

Hablar en el año 1977 de delitos políticos creo que es importante y actual. Nuestro pueblo, aun con la «suelta de palomas» que puede haber significado la autorización de diversos partidos políticos, el voto libre y decisorio de mayorías gobernantes, los esfuerzos de culturizar la masa, de despolitizar las fuerzas armadas, de hacer aséptica la función judicial y de elaborar una pródiga Constitución en artículos y principios, es muy dado a los gritos de muera, aunque ellos se refieran a la misma España, la bandera, el Rey, la república o lo que sea. En este pueblo de contrastes donde se elimina la pena de muerte y se admite la despenalización del aborto, donde los símbolos son más importantes que las instituciones, donde nadie obedece y todos quieren mandar, bien está que detrás de la norma aparezca la amenaza del delito como fuerza coactiva para su cumplimiento. Mentalizar a la gente para el respeto de instituciones y principios es labor de siglos y como la cultura está en relación inversa con el derecho, a mayor cultura el derecho es menor porque se respeta

el de los otros y viceversa, se hace necesaria la amenaza del delito. Por eso apareció el fiscal. Así surge lo que yo llamo «la gran tristeza del ejercicio del Derecho».

La obra se prologa por FRANCISCO TOMÁS VALIENTE, Catedrático de la Universidad de Salamanca. El bien intencionado arranque del mismo, sin embargo a mí no me parece correcto, pues al utilizar el Derecho registral para encubrir la «finalidad política de la norma» se hace una afirmación que es incorrecta y criticable, pues se dice que el Derecho hipotecario descansa sobre una ideología socio-política que tiende a proteger ciertas formas de propiedad privada. No fue ésa la finalidad histórica ni crediticia, pues sea cualquiera la forma individual o social de concebir la propiedad, lo que el Registro de la Propiedad pretende es la seguridad jurídica en su versión del «tráfico jurídico», principio recogido en la mayor parte de las Constituciones mundiales. Puede ser, como dice el prologuista, que cuando el legislador tipifica determinadas conductas como delictivas por estimar que atentan contra el poder político establecido y en cuanto tal las pena, es evidente que ese poder se protege a sí mismo al punir tales acciones, pero lo que no es cierto o es poco feliz la referencia a la legislación hipotecaria.

El resto del prólogo me parece acertado en cuanto señala cómo en el estudio de la autora se demuestra la poca fijeza del concepto del delito político, la diferente valoración de que fueron objeto dichos delitos y de que es a la hora de aplicar una amnistía cuando sale a la luz qué es y qué delitos abarca la delincuencia política.

Ante estas ideas del prologuista viene a mi memoria aquellas frases con las que GONZÁLEZ PÉREZ termina uno de sus trabajos: «Lo grave no sería nunca un Gobierno de los Jueces, sino una Justicia de los políticos. Pues el peligro, el verdadero peligro, está en que, bajo la toga de Magistrado, se oculte un político que utilice la Administración de la Justicia para hacer política.» Tendremos que despolitizar, además de al ejército, al clero, a la justicia, a los funcionarios... y al final quedará, lo estoy viendo, el pueblo soberano.

El libro tiene en su estructura una división en cinco capítulos, aparte de una introducción, que marcan lo que podríamos considerar como etapas históricas de la exposición de un concepto. Se apoya en un sumario, contiene unas claves de abreviaturas y al final lleva un índice bibliográfico importante y muy útil. El trabajo se realizó en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de que hemos citado como prologuista. Descendamos ya a cada parte de las apuntadas.

1. LA ESPAÑA DE FERNANDO VII

La autora de esta monografía acerca al lector en una especie de introducción a lo que podríamos llamar teoría general de la historia del delito político, para poder enlazar el mismo con la llamada época decimonónica española, aunque esta época nunca pudo calificarse de creadora del delito, pues bajo uno u otro nombre, los delitos de tal naturaleza han existido en todos los lugares desde tiempos remotos y nuestro país no constituyó una excepción a este aspecto, aunque, desgraciadamente, la constituyera en muchos otros.

Resulta interesante leer historia y al mismo tiempo enterarse de una evolución de un concepto. Es el mismo estilo literario empleado por los grandes maestros de las biografías o de «los momentos estelares de la humanidad». Al mismo tiempo que se enseña, se deleita.

La España de Fernando VII va enlazada con las Cortes de Cádiz, dos etapas absolutistas y un trienio liberal. Es el primer capítulo que la autora nos dedica para exponer su temática. Quizá a Fernando VII la Historia le «puso así las cosas» para que se iniciara en España el Estado constitucional y se preparara un rodaje popular de dos importantes manifestaciones del delito político: la libertad de imprenta y lo que podía contener la Constitución de 1812.

Las etapas que la autora nos ofrece están constituidas por las Cortes de Cádiz, con su famoso delito de «infidencia» y de las infracciones de Leyes Fundamentales, así como el tema de la jurisdicción encargada o legitimada para juzgarlas, la primera etapa absolutista con las medidas represivas de Fernando VII contra los diputados de las Cortes gaditanas, los afrancesados y los liberales, el trienio liberal y la nueva década absolutista con sus disposiciones contra liberales y apostólicos, así como la amnistía del año 1832.

2. LA EPOCA ISABELINA

La etapa de 1833 a 1868 nos la cuenta la autora en forma abreviada y entretenida, para luego introducirnos en el tema del delito político que atraviesa, según ella, tres fases: en la primera de ellas, estuvo vigente toda la legislación absolutista, es decir, las normas sobre el crimen de lesa majestad y traición contenidas en las Partidas y en la Novísima Recopilación, así como las disposiciones que sobre estos mismos delitos dictó Fernando VII a lo largo de su reinado. La segunda se enlaza con el motín de La Granja que declara aplicable la Ley de 1821 sobre penas a los conspiradores e infractores de la Constitución, sin perjuicio de las remisiones a la legislación del antiguo régimen. La tercera fase por la que pasaron los delitos políticos en la época isabelina tuvo su origen en el pronunciamiento de 1843, que culminó con la promulgación del Código Penal de 1848, en el que se recogían los delitos contra la religión, contra la seguridad exterior del Estado, contra la seguridad interior y el orden público. A su lado existían los delitos de imprenta regulados por Real Decreto de 1844.

En esta época se regularon esos delitos y se determinó la jurisdicción de procedimiento y se dictaron disposiciones en contra de la posible extradición de extranjeros «perseguidos y procesados por hechos o delitos políticos».

3. EL SEXENIO REVOLUCIONARIO

El dibujo de la situación política es importante en esta fase en la que los dos platillos de la balanza van a reflejar el abandono de España por Isabel II y la subida al cenit de la Constitución de 1869 que al aceptar la monarquía como sistema de gobierno provocó la traída de un rey extranjero: Amadeo de Saboya. La renuncia de éste, la ya incipiente

Asociación de Trabajadores de carácter Internacional (AIT) y otros factores trajeron la República y a PI Y MARGALL que elaboró otro proyecto de constitución federal, pero entre Pavía y Martínez Campos acaban con la República y entra como Rey de España Alfonso XII.

Así las cosas históricas vienen a reflejarse en los delitos políticos. El Código Penal de 1848 se sustituye por el de 1870 en el que parecen distinguirse los delitos comunes de los políticos, aunque deben registrarse diversas disposiciones que recogen puntos concretos, así la Ley de 18 de junio de 1870 sobre materia de indultos, la de 31 de julio de 1870 sobre amnistía, la de 1873 sobre condiciones de presos políticos, etc. Igualmente el Código Penal recogía los delitos de traición, los que comprometen la paz o la independencia del Estado, los contra el derecho de gentes, contra la Constitución, contra las Cortes, sus individuos y el Consejo de Ministros, contra la forma de Gobierno, cometidos durante el ejercicio de los derechos individuales reconocidos por la Constitución (reuniones ilegales, asociaciones, enseñanza, imprenta, etc.) o por los funcionarios públicos (contra la división de poderes, detenciones ilegales, domicilio, correspondencia, etc.), delitos relativos al libre ejercicio de los cultos y delitos de orden público.

Este cuadro enumerativo es desarrollado por la autora con reproducción de artículos claves y comentarios ilustrativos. Igualmente se estudian los procedimientos y se culmina con un comentario sobre la llamada *cláusula del atentado* que no reputa delito el atentado contra los Soberanos de los dos Estados contratantes, cuando ese atentado constituyera el «crimen de homicidio y envenenamiento».

4. RESTAURACION Y CRISIS DE LA MONARQUIA PARLAMENTARIA

El período histórico se inicia con la figura de un nuevo Borbón en el trono de España y se cierra con las elecciones municipales de abril de 1931, que significaron el fin de la monarquía. En esta época, como señala la autora, es preciso distinguir dos fases bien claras que las separa el 13 de septiembre de 1923, fecha del golpe de Estado del General Primo de Rivera.

Durante la primera de ellas (1874-1923) continuó vigente el Código Penal de 1870 que continuó sin reformarse a pesar de los cambios políticos habidos. Se registraron numerosas disposiciones a este respecto, como la del establecimiento de los jurados, las de indultos, las amnistías, los delitos electorales, la Ley de reuniones de 1880, la de imprenta de 1883, la de asociaciones de 1887, etc. La segunda etapa la constituye la promulgación del Código Penal de 1928 que no definía los delitos políticos, pero que se descubren por la autora a través de las disposiciones sobre indultos y amnistías. Se suprimió el juego de los jurados y se trasladó a la jurisdicción militar los delitos políticos más peligrosos. Estudia también la autora la problemática de la extradición, el trato en prisión del preso político y lo que podría llamarse «delito social» y el derecho a la huelga, ingeniosamente calificado como «derecho a la pereza» por LAFARGUE.

5. LA SEGUNDA REPUBLICA

Hace falta mucha objetividad para recorrer este período de tiempo sin sufrir alteraciones nerviosas, pues la Historia que se cuenta nunca suele recoger el hecho vivido por una persona o grupos de ellas y, por ello, creo que lo mejor es aplazar lecturas como sucede con las películas eróticas: para cuando no hieran nuestra sensibilidad.

Como mi República fue de pantalón corto, puedo adentrarme en ese mapa de variopintos sucesos históricos que van desde la proclamación de la amnistía, hasta la «Ley de Defensa de la República», pasando por la Constitución, la Ley de Reforma del Ejército, la reforma agraria, el Estatuto catalán, la Ley de Congregaciones, la de responsabilidades políticas, la quema de conventos, la huelga de la Telefónica, el Código Penal de 1932, etc.

La autora va relatando estos acontecimientos para ir viendo cómo ellos influyen en el concepto y enumeración de los delitos políticos. Inevitablemente esta época tiene como protagonista del intento constructivo de la figura a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien al distinguir la delincuencia evolutiva de la delincuencia atávica, sitúa sólo en la primera al delito político, reduciendo el campo del delito político del cual quedaron excluidos los delitos contra las Cortes, sus individuos y el Consejo de Ministros, los delitos contra la forma de Gobierno, la rebelión, la sedición, el asesinato, homicidio, lesiones e incendio cometidos con móviles terroristas y los delitos cometidos por explosivos. Menos mal que en 1933, a través de la amnistía, se amplía el círculo de dichos delitos. A través de las amnistías de 1934 y 1936 se van dibujando por la autora los delitos políticos que durante esta etapa histórica se admitieron contenidos algunos en el Código Penal y otros en Leyes especiales.

Igualmente se estudian por la autora los problemas de jurisdicción, los del trato penitenciario a los presos políticos, la problemática de la extradición y la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA y los llamados delitos sociales.

Se termina la publicación con una reflexión final en la que la autora, que a mi entender ha dado muestras de una objetividad al relatar los períodos históricos y señalar las diferentes concepciones sobre el delito político, se pone nerviosa y se contagia de uno de los males de nuestro momento actual: la crítica negativa a cuarenta años de historia.

En mi calidad de jurista—hombre de Derecho y no hombre de Leyes—creo que es más importante la refacción que la obra nueva. Destruir para construir implica una total falta de imaginación. Es moral de albañil. Pero dejando a un lado la forma por la que se logre ese nuevo amanecer democrático, lo que sí me preocupa, al terminar la lectura de este libro, es si esos hombres que «parlan» en el Parlamento conocen algo de lo que la autora nos brinda, pues si es así podemos entender que el pueblo—además de soberano—ha sido sabio al elegirlos, pero si como preveo no es así, a lo más que podemos llegar es a una nueva y dramática improvisación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

OTAEGUI, JULIO C.: *Fusión y escisión de sociedades comerciales*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1976.

No sorprende, aunque sí inquieta, contemplar cómo jóvenes Estados del continente iberoamericano, sin siquiera apercibirse de ello, van acompañando sus estructuras jurídicas al ritmo de hegemonía que les impone la historia para un período inmediato. Es la sucesión a la capitania de aquella Europa débil, decadente, con escasas virtudes y sin nostalgia de lo divino, que abandonó los sentimientos primarios de patria y familia, se halla subdividida geográfica y espiritualmente y parece cabalgar velozmente hacia destinos de sombras y silencios.

Ayer nos ocupábamos del nuevo derecho de sociedades del Perú; hoy es noticia Brasil, con recién estrenada legislación de Anónimas que empezó a regir en enero de 1977 y recoge las más estridentes novedades: acciones sin valor nominal, acciones sin voto, sindicación con efectos vinculantes para la sociedad y los terceros adquirentes, depósito obligatorio de títulos, con el consiguiente reconocimiento de la propiedad genérica y transmisión por simple anotación en los libros del establecimiento depositario y, cómo no, la *cisão* o escisión.

El libro enunciado analiza este instituto, junto con su hermana mayor la fusión, en la normativa societaria argentina que desde su nueva formulación de 1972 está produciendo abundantes y cualificados comentaristas. La obra de HALPERIN «Sociedades Anónimas» es ejemplar y ha sido reimpresa reiteradamente. Sobre fusiones y escisiones en revistas jurídicas y económicas aparecieron algunos estudios, entre ellos los de OTAEGUI que con la obra objeto de recensión culmina un dilatado *cursus* de hiperespecialización. Sobre fusiones en España contamos con excelente literatura y, últimamente, han empezado a preocupar las escisiones habiéndose referido a ellas GIRÓN, DE LA CÁMARA, SÁNCHEZ CALERO, MENÉNDEZ y recentísimamente DUQUE, en el «Homenaje a Uría». En Europa sólo están consagradas legislativamente en Francia y esto desde la reforma del 66/67, aunque la existencia en varios países de regulación fiscal evidencia una cierta amplitud de tradición y práctica. En Argentina la Ley se ocupa de las fusiones en sus artículos 82 a 87 y a las escisiones dedica el 88.

Las fusiones tienen acusado interés en el ámbito empresarial, incluso internacional. El artículo 220 del Tratado de Roma y el 66 de la C.E.C.A. apuntan las posibles entre las sociedades de nacionalidad diversa e incluso el C. C. italiano parece autorizarlas pero exige reciprocidad, supuesto que no se ha producido. Para Hispanoamérica enfocó el tema Bustamante.

La materia es compleja, sugestiva, sobre todo en el campo doctrinal en el que el estudio de OTAEGUI no es profundo. Ciertamente incluye leves esbozos históricos y apuntes de derecho comparado, no faltando incursiones dogmáticas, pero el enfoque es fundamentalmente de cara a la praxis y aunque el campo es árido, una exposición diáfana que discurre por un ancho cauce poblado de una excelente casuística ejemplarizadora, hace plácidos y sinuosos los más quebrados perfiles. Cita los mejores autores hispanos, es exhaustivo en los americanos de lengua española,

no faltan franceses, italianos y anglosajones, pero se echa de menos el nombre de SANTAGATA y aun los de PEPE y GALGANO, además de una referencia a la actual doctrina mercantilista italiana o germana.

En Argentina la fusión se admite para todas las sociedades comerciales dotadas de «personería jurídica» sea cual fuere la sociedad resultante. A juicio de OTAEGUI la misma forma parte de una especie de «derecho familiar» de las personas jurídicas, lo que lleva a recordarnos a Yvonne Cheminade que nos habla de las «capitulaciones matrimoniales de fusión», el «Bureau de Mariages» o Sección de Grupos de la C.E.E. y aun las acciones convertibles y su condición de matrimonios a prueba.

Como muchas legislaciones y doctrinas, la argentina y nuestro autor hablan de la disolución que el instituto produce, que actualmente se puntualiza como extinción y aun desaparición formal y todo él, tal vez con más adecuado encuadre, como procedimiento liquidatorio que se practica por cuenta de los accionistas que son los que reciben las nuevas acciones. Se considera la fusión como un negocio autónomo, típico, operativo de una sucesión universal inter-vivos del que son simple secuela la desaparición de las absorbidas o fusionadas, sus efectos en los accionistas y otros problemas propios de este procedimiento simplificador, fórmula algebraica con efectos determinados por la Ley y que considerados individualmente, en el cielo de los conceptos clásicos, se ofrecen como un conjunto de engendros diabólicos. El orden de registración, salvo el caso de fundación de nueva sociedad en el que ésta tiene carácter constitutivo pese a las recientes lucubraciones de FIGA FAURA, es relativamente indiferente y aunque una Resolución de nuestra DGR de 21 de julio de 1971 solventó agudos problemas de sincronización, la misma parece adolecer de una concepción discutible, tal vez inmadura, de nuestro instituto.

Como es de rigor OTAEGUI plantea las clásicas distinciones de la fusión respecto a las más ágiles, pero menos intensas, fórmulas de aproximación económica *holdings*, venta-fusión, compra de capa, etc. y parece llegar a la consecuencia de que las sociedades en liquidación pueden fusionarse, oponiéndose a amplias corrientes que la juzgan inadecuadamente salvo remisión de la causa de disolución, cuando es posible. La legislación alemana, con su evolución, es altamente significativa.

Es sabido que no todas las legislaciones regulan la fusión en forma autónoma y en caso negativo existe una implícita remisión a la disciplina del aumento de capital, para las absorciones, y a la fundacional, en caso de fusiones estrictas o «consolidaciones» en la nomenclatura o léxico de OTAEGUI. Las que la regulan ofrecen las variantes de un solo procedimiento, con matizaciones, para ambas formas o dos distintos. No obstante, siempre se advierte que en la absorción late la concepción del aumento de capital con modificaciones estatutarias. Se eliminan balances de la absorbente, se reducen derechos de «receso» o separación o, de concederse, se fundan en el cambio de objeto, lo propio que otros derechos de socios o acreedores. Ello a pesar de anotarse que una fusión en pésimas condiciones económicas puede afectar considerablemente a la sociedad que absorbe, cuyos socios y acreedores merecen igual protección que los de la absorbida.

En Argentina, según la Ley, el balance debe redactarse tanto en los casos de incorporación como de consolidación. Pero OTAEGUI sigue a

ZABALA y estima que no procede en el primer caso y para la incorporante lo propio que los derechos de receso. Para la absorbente los *quorums* de aprobación son los mismos del aumento de capital.

En lo esencial el procedimiento es similar en todas las legislaciones. Acuerdo primario, *Verschmelzungsvertrag* en Alemania, *Projet de contrat* en Francia, *Piano di fusione* en Italia y *Boleto de Contrato* en Argentina o *Plan of Merger* en el mundo aglosajón cuyas instituciones, *Amalgamation*, *Reconstruction* o *Take Over*, no distan mucho de las continentales.

Al mismo sigue la ratificación de los organismos soberanos —en ciertas legislaciones y casos concretos de absorción para la absorbente basta actuación de la Administración— y amplia publicidad-tutela en la prensa, pues la registral no merece excesiva confianza de efectividad.

Transcurridos los plazos legales, que impugnaciones de acreedores pueden dilatar considerablemente, se llega al acuerdo definitivo. La Ley argentina no prescribe la escritura, pero la imponen la jurisprudencia y la Inspección de Personas Jurídicas.

Indudablemente podrían anotarse algunas especialidades en tal normativa pero no son excesivamente trascendentes; el curso del proceso se ajusta al clásico español. Apuntamos, no obstante, algunas consideraciones que sugiere la lectura de OTAEGUI:

Señala nuestro autor que en el compromiso primario es preciso incluir ciertos márgenes de seguridad, condicionamientos o «recaudos», que eviten excesivos desniveles patrimoniales entre el inicio y el fin del proceso de fusión, destacando los basados en determinados porcentajes de accionistas ejercitantes del receso o de acreedores que soliciten el pago. No incluye, en cambio, el que en España se ha puesto de moda desde la Ley de 1968: obtención de beneficios fiscales, condicionamiento no estrictamente técnico pues de alcanzarse el supuesto no se produce retroacción de efectos. Tal imprevisión de OTAEGUI no es de extrañar: Las fusiones argentinas están exentas de los Impuestos de Sellos y Ganancias y para el acosado «eurocontribuyente» Hispanoamérica es un reflejo del paraíso.

Que el procedimiento abreviado de 1968 ha dilatado todavía más las fusiones se comprueba acudiendo a la historia de la que ofrecemos solamente dos ejemplos:

a) El 12 de junio de 1973 las Juntas Generales de las Editoras Seix-Barral y Ariel acuerdan la fusión, condicionada a los beneficios fiscales. Estos se conceden por Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1974. Se publican los anuncios y los balances finales y escritura de fusión tienen fecha 23 de mayo de 1975.

b) En junio de 1974 se acuerda por los respectivos Consejos que la Sociedad A, poseedora de todas las acciones de la B, absorba a ésta; ratificado el acuerdo por las Juntas el mes siguiente, a reserva de los propios beneficios fiscales, se acuerdan éstos en diciembre siguiente. En enero se publican los anuncios y la escritura final la autoriza el Notario de Madrid De la Cámara, el 10 de marzo de 1975. A la misma se incorpora exclusivamente el balance de la absorbida, lo que VELASCO en su monografía «La separación del accionista» estudia y considera corruptela insostenible.

De lo expuesto parece deducirse lo siguiente: no es posible que en tan amplio paréntesis temporal pueda hablarse de bases inmutables; es anormal que los patrimonios discurran paralelos o hibernados, no sólo imponiendo inactividad a las empresas, sino inafectos a inmisiones exteriores. Realmente parece que la fusión se realiza con independencia de la representación practicada, formal cumplimiento de una normativa de escasa efectividad para los terceros y de vacuo contenido en el orden interno.

Algunas sugerencias podrían formularse para la reducción o eliminación de plazos, balances y trámites, sobre todo en los casos en que acuerdos unánimes hagan improcedente el ejercicio del acosado derecho de separación: siendo innecesario garantizar a accionistas disidentes, los acreedores quedarían mucho más tranquilos con un aval bancario que supliría anuncios, garantías y suspensiones.

Es de observar que los que ejerciten el derecho de separación difícilmente considerarán justo percibir el valor de sus títulos por el resultado de los balances; en defecto de convenio podría acudir a una velocísima *arbitration*, tipo anglosajón, que obligara a la adquisición de acciones sin reducción de capital.

La formalización de balances por la absorbente parece excesiva en casos en que se limite a eliminar pequeños satélites que navegan alrededor del gran astro. Y en otros muchos.

Pero volviendo a OTAEGUI indiquemos que el acuerdo final debe inscribirse en el Registro Público de Comercio cuyo Juez titular ordenará, asimismo, la inscripción en los otros registros procedentes, según la naturaleza de los bienes afectados. Sería el momento de plantear el problema de cuál es el momento de transmisión de los bienes, del valor constitutivo de los asientos de fusión, disolución y constitución según las diversas legislaciones. Pero ello es amplio y complejo y escapa a la finalidad de estas notas.

Volvamos al Registro. El argentino, como el inglés, funciona incorporando los duplicados de los documentos presentados. El Juez encargado superpone su rigurosa calificación a la desorbitada actuación de la Inspección de Personas Jurídicas, por lo que la inscripción no es nada fácil, lo propio que la consulta o certificación, pues los rudimentarios procedimientos hacen del mismo un verdadero cementerio en el que la localización, examen y remoción están sólo al alcance de cualificados expertos. El C. R. O. de Inglaterra en cuanto a procedimientos, y sin apenas calificación, parece de la era espacial, comparado con el paleolítico argentino. Ello no implica ningún elogio para los numerosos españoles (aunque, con escasas excepciones, casi todos meramente decorativos) con arcaicos procedimientos y en los que el deporte rey lo constituye la localización de tomos obligada por los infinitos pases. Un solo registro modernizado debería sustituir esta lujuriente vegetación de escasa efectividad.

Y para concluir hablemos de las escisiones argentinas. La Ley sólo se refiere a las denominadas «excorporaciones», vocablo opuesto a las incorporaciones o absorciones. Se trata de aquellos supuestos en los que la sociedad matriz continúa con vida, cuando se divide totalmente, léxico francés, se produce la operación inversa a la «fusión propiamente dicha». La sociedad primitiva desaparece. Aunque la ley no hable de ella,

OTAEGUI, siguiendo a otros autores argentinos, la reputa admisible. La regulación de estas instituciones se realiza mediante el oportuno reenvío.

Sin duda ni en Argentina, ni en otros países, las instituciones examinadas deben considerarse perfectas. Pero Argentina, para la que auguramos un pronto liderazgo, está obligada a superar rápidamente sus imperfecciones.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

UNGER, MAURICE ALBERT: *How to invest in Real Estate*. Ed. McGraw-Hill Paperbacks, New York, 1975.

Tal vez por reputarse una noción subyacente, un valor entendido, rara vez vemos reflejado en las informaciones el vertiginoso desarrollo de Estados Unidos y Canadá. Muchas poblaciones cuya partida bautismal apenas ha cumplido el siglo cuentan sus habitantes por centenares de millares o millones y su incremento industrial es apreciable en espacios temporales no dilatados. A primeros de septiembre de 1978 en una emisión de TV, en lengua española en Las Vegas, relativa a temas inmobiliarios, se expresaba que el valor de los inmuebles se acrecentaba mensualmente y que el poderoso ritmo de la construcción no podía atender el veloz aumento de población.

No es posible eludir un retorno nostálgico y recordar que hasta fines del siglo XVIII más de dos tercios de lo que hoy es EE. UU. era dominio español y que el mismo no había disminuido excesivamente en 1830. Una publicación onomástica muy reciente, que recopila los nombres hispanos de tal país, inserta mapas que hoy nos parecen escalofriantes.

La obra que pasamos a recensionar está dedicada al hombre de la calle y bajo el lema de quien no se arriesga no gana. Constituida por una serie de informaciones útiles, consejos y advertencias de un experimentado maestro, en su especialidad puede considerarse ejemplar, pues además es amena y está atestada de situaciones humorísticas y hasta cáusticas. Pero su autor es Profesor de Real Estate y Business Law, en la Universidad de Colorado y, como jurista completo, da a la publicación una estructura sólida en este aspecto y muy asequible a aquellos de nuestros juristas no versados en el derecho del mundo anglosajón y nos ofrece una verdadera descripción del quehacer diario en el mercado inmobiliario americano. Por ello juzgamos útiles unas breves pinceladas de su contenido.

Este se inicia con graves advertencias contra la inflación, uno de los inventos más infernales para ahorradores e inversores, a los que pretende encaminar hacia el «Real Estate», aproximadamente inmuebles —aunque del concepto estricto se excluyen los que exigen roturación anual— por estar a prueba de los riesgos corrientes. Sólo les afecta, fundamentalmente, la no liquidez. Por lo demás se ha demostrado repetidamente que tales inversiones se revalorizan en proporción superior a la curva de inflación, que no debiera tener tal configuración geométrica, pues rarísimas veces deja de tener sentido ascendente. Además es un

escudo utilísimo contra los impuestos, pese a que normalmente inmuebles e impuestos van tan unidos como tocino y huevos.

En el ámbito jurídico hay que referirse previamente al *deed*, documento mediante el que se transmite un *interest*, que puede ofrecer muchas variantes pero que, esencialmente, se concretan en tres tipos:

a) El *Quitclaim Deed* en el que se transmiten los «intereses» que correspondan al titular de una finca, si tiene alguno, de lo que no se responde.

b) El *Bargain and Sale Deed* que garantiza la titularidad de «algún» interés, aunque no se concrete.

c) El *Warranty Deed* que garantiza la existencia de un título legal, con posesión (*seizin*) material y jurídica que se incluye en la transmisión, evicción frente a tercero de mejor derecho; *covenant of further assurance* u obligación de proceder a la adecuada rectificación del título, caso de error; *covenant against encumbrances* o garantía por cargas, así como el *covenant of warranty tittle*, caso de aparecer un título mejor.

La propiedad puede ser colectiva y en este caso ofrece el siguiente catálogo de fórmulas:

1) *Tennancy in common* o propiedad indivisa.

2) *Joint Tennancy* o titularidad indistinta, situación similar a la de nuestros pactos de sobrevivencia. Al fallecer un titular su participación acrece la de los condóminos.

3) *Tennancy by entireties*, fórmula similar a la anterior pero convenida sólo entre esposos. La particularidad es que en caso de divorcio se transforma automáticamente en propiedad indivisa por igual.

4) *Community property* entre esposos equivalente a nuestros gananciales. En vida disponen ambos y al fallecimiento se liquida por mitad el patrimonio subsistente.

5) *Partnership Propiety* en régimen de sociedad civil, aproximadamente.

6) *Sindicate Property*, idéntica fórmula que la del apartado anterior pero con amplio núcleo de socios.

7) *Limited Partnership*, sociedad limitada y que, según UNGER, es una forma muy utilizada por la limitación de responsabilidad y tratamiento fiscal.

8) A través de una *Corporation* o sea, aproximadamente, una Anónima «persona artificial sin alma para ser condenada y sin espalda para ser azotada».

9) Mediante un *Investment Trust*, un REIT que sin ser *Corporation* admite muchos pequeños partícipes con responsabilidad limitada. Es el paralelo de nuestros Fondos Mobiliarios. Los Inmobiliarios en el derecho continental tienen amplio desarrollo en Suiza mediante los bonos de participación. En España en formas de Cuentas en Participación (que pasaban a ser las menos secretas de las sociedades) se hicieron varios experimentos en estos últimos años, en vías de absoluta transformación en anónimas corrientes. El esquema de los fondos no encaja en la doctrina jurídica romanista, aunque su utilidad práctica ha sido realmente importante.

La financiación tiene considerable papel. *No financing, no transaction.* Tiene un cierto interés la descripción de los sistemas más comunes:

a) La asunción de una *Mortgage* o un *deed trust* anterior. Este último, no permitido en todos los Estados, implica una especie de transmisión fiduciaria del *Deed* a un tercero en interés del prestamista. El tercero, según sea o no satisfecha la deuda, transmite el inmueble, en su día, al prestatario o al acreedor.

b) El *Contract for Deed*, financiación a cargo del vendedor. Se entrega el *deed* a un tercero, *escrow agent*, con el propio carácter fiduciario. Tiene por objeto evitar los inconvenientes dimanantes del fallecimiento o divorcio del vendedor mientras el precio aplazado esté pendiente. UNGER recomienda que la compra *on contract* se haga en forma «recordable» (registrable) y por tanto mediante documento firmado en presencia notarial que debe pasar inmediatamente por el Registro del *Clerk of County*, para evitar la doble venta: *first in time, first in right*.

Sugiere el propio autor que esta forma se utilice sólo en casos extremos y se tengan muy en cuenta cláusulas escritas en letra pequeña que contienen condiciones resolutorias en caso de impago de algún plazo y que aunque no gozan del favor de los Tribunales pueden ocasionar considerables *troubles* al adquirente.

c) El *Purchase-Money Mortgage* es cuando el vendedor acepta una hipoteca en pago de parte del precio. Para nosotros sería en garantía de precio aplazado, pero la versión anglosajona no es exacta. Se dice entonces que el inmueble se halla *hypothecated* (a fancy word for *hocked*).

d) La utilización de la opción de compra, en variadas fórmulas, se halla tan extendida como en España, donde sigue con vida lozana, pese a los anatemas de ROCA SASTRE.

e) El examen de los préstamos de las instituciones especializadas, lo relativo a las segundas *mortgages* y los préstamos con participaciones en beneficios no merecen un especial detalle, no obstante las pintorescas consideraciones con que los describe UNGER.

Uno de sus capítulos está destinado al análisis del *Leverage*, la utilización de dinero prestado para aumentar rendimientos. Más interesante es el que advierte a futuros adquirentes sobre el *zoning* o situación urbanística y las *nubes* o cargas que hay que investigar concienzudamente. Para analizar la real titularidad y cargas lo procedentes es encargar a un *Attorney* la redacción de un *abstract* en el que analice el estado jurídico de la finca hasta fechas alejadas de la más dilatada prescripción. Pero como el *Attorney* puede sufrir error lo mejor es obtener una póliza de seguro del título en la correspondiente compañía. Los aspectos económicos y agudos comentarios, sumamente orientadores.

Especial mención merece la parte de su estudio dedicada a la adquisición del propio domicilio o de otras inversiones inmobiliarias, pero recomendando la primera con el máximo interés de la misma forma que aleja a los compradores de los graves inconvenientes de residencias veraniegas que aparte de su reducida renta, limitada a unos meses, están administradas por unos *managers* que son *a band of ripoff artists whose directs ancestors were horsethieves, born on the wrong side of the*

sheets. Creemos que sin traducir el calificativo complejo es más aceptable.

La residencia propia tiene las enormes ventajas de su revalorización y los beneficios fiscales, en especial cuando existe precio aplazado o ésta grava con una *mortgage*. Los tres tipos bases de *mortgage* para la compra de tales residencias son:

1) El «FHA (Federal Housing Administration) Insured Mortgage» que garantiza los préstamos efectuados en determinadas condiciones y entre las que normalmente figura la variabilidad de los intereses según la alteración efectuada por uno o varios bancos.

2) El *VA-Guaranteed Mortgage* préstamos que garantiza la Administración cuando se efectúan a veteranos de guerra o sus familiares. Observemos que como en el caso anterior se trata de «garantías» dadas a prestamistas particulares. También deben ajustarse a predeterminados modelos.

3) La *Mortgage* convencional, sin garantía, que se diferencia de las consignadas en plazo, intereses y proporción de la cuantía del préstamo en relación con el valor de lo hipotecado. No hay inconveniente en estipular que la transmisión del inmueble dará lugar al vencimiento del plazo, ni en la revisión de intereses. La base del «Federal Land Bank» es la comúnmente señalada a tales efectos. Han aparecido ya Compañías privadas que, mediante la correspondiente prima garantizan estas *mortgages*.

Examina, con detenimiento, las inversiones de tipo comercial o industrial con destino al *lease* haciendo provechosas observaciones respecto al *Gross Lease*, el *Net Lease* y el *Percentage Lease*, los casos en que la inversión en *shopping centers* o locales de oficina ofrece interés y las inversiones en terreno urbanizable y granjas. Separa perfectamente el *land speculator*, del *subdivider* o parcelador y el *developer*, urbanizador-constructor. Las granjas sólo son aceptables en cuanto a plusvalía, no con finalidades de renta: mediante el contrato habitual —aparecería al tercio— apenas se cubren los gastos asignados al propietario.

Es curioso el apartado dedicado a la especulación en segundas *mortgages* y *deeds*. Los domingos, en la prensa, puede leerse numerosos anuncios ofreciendo *well-seasoned mortgage*, con primera ya pagada en parte y con descuento en el importe de la segunda. Señala que jamás el comprador de la segunda debe efectuar la adquisición sin que el titular de la primera señale la cuantía pendiente de la deuda, cuyo reconocimiento escrito constituirá un *estopped* en el caso de que se pretenda se halle pendiente el importe de la totalidad de la primera. Hay poca confianza en el Registro.

Finalmente, el tema de impuesto y tasas le ocupa amplio espacio. afectan a las transmisiones y a la plusvalía y deben ser objeto de la máxima atención por el inversor. El ejemplario es considerable y resalta una vez más la utilidad práctica de este libro, no muy extenso pero sí altamente recomendable.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, T.: *Causa y abstención causal en el Derecho Civil español*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1977.

Los que no hemos sido «buenos» opositores, porque ni la facilidad de palabra ni la memoria nos acompañaban, hemos soñado siempre con que en las actuaciones orales nos tocasen temas genéricos y conceptuales como el de la causa. Por supuesto, este deseo de que la suerte nos favoreciese con temas de tal clase era siempre frenado por la realidad viva que normalmente te hacía recitar los de foros, el de censos, las excusas de la tutela, especialidades de servidumbres en las legislaciones forales, el contrato de arrendamiento y aparcería, etc. Pero un buen día recuerdo que hasta la cara se me iluminó al ver que el primer tema a desarrollar era nada menos que la «causa». Era mi «momento estelar», el momento que deseé toda mi vida y aunque lo tenía «lejano» pensé que aquélla era «la mía» ... y desgraciadamente fue la mía, pues el segundo tema —también sacado a suerte— era el de los contratos abstractos. Había notado cierta sonrisa en algún miembro del Tribunal, cuando después de oírme durante veinte minutos el tema de la causa, pensó «vamos a ver lo que éste nos puede decir de los contratos abstractos» ... Después de bastante tiempo tuve que aprobar a pesar de tocarme —también en suerte— el tema del Catastro.

Si cuento esta anécdota es para comunicar al lector la conclusión a la que he llegado después de leer el libro, la monografía, de TOMÁS ZUMALACÁRREGUI: yo creí que sabía algo de la causa y la tesis doctoral del autor me viene a demostrar todo lo contrario. Yo no había llegado en mis incursiones sobre el tema más que a la afirmación de que fue el Código Napoleónico en su hecho histórico de haber elevado la causa a condición del contrato, el que provocó la discusión y confusión en torno a la teoría de la misma, viniendo a ser oscurecida la cuestión a través de la escuela histórica con su «contrato real abstracto», llegándose de una parte al sistema de la causa habilitante, que afecta a la esfera de la legalidad y al de la causa justificante que se refiere al de la legitimidad. En uno hay requisito, en otro justificación. De ahí no pasé y ya veréis como TOMÁS me saca «muchos cuerpos en la recta final».

La monografía va prologada por el ilustre hipotecarista ROCA SASTRE, el cual aconseja leer el libro con «generosidad y detenimiento». Ambas cosas las he cumplido en estos momentos de difícil logro. He sido generoso en horas, en tranquilidad de lectura y en el minucioso y habitual subrayado que me ayuda en la síntesis. Lo que sucede es que el autor al dedicarme particularmente el ejemplar espera de mí un «desapasionado juicio sobre el trabajo» y yo lo que voy a ofrecer al lector es una breve síntesis del contenido sin entrar ni salir en la tesis sustentada por el autor, pues para ello sería preciso una mayor dosis de conocimiento del tema y, de otra, un campo más idóneo que este de la recensión.

Estructuralmente el trabajo monográfico se divide en cuatro secciones o partes que vamos a respetar en aras de la claridad, contiene un

índice bibliográfico, un código de abreviaturas y un índice general sumarial. Ajustándonos a las diversas partes de la obra expondremos su contenido en esta recensión. Antes, sin embargo, habría que hacer una especie de juicio crítico del trabajo que, dicho sea para evitar olvidos, mereció el sobresaliente *cum laude* que normalmente adorna a todas las tesis que se publican. Estimo que el estudio ofrece un primer frontis de valentía, pues sobre el tema de la causa se ha escrito mucho y, a veces, muy bien. La valentía va, en este caso, rodeada del éxito, pues de la monografía no puede decirse más de lo que ya ha dicho Roca en su prólogo: «proporcionará y clarificará ideas, resolverá dudas y hará ascender al técnico lector e investigador jurídico un eslabón más en la sapiencia jurídica». TOMÁS ZUMALACÁRREGUI disecciona con su bisturí la teoría de la causa y aporta a ella, aparte de su sentido humorístico que resplandece en ciertos pasajes, una nueva proyección sobre todo referida a la inscripción y demás asientos que se practican en el Registro. Creo, por ello, que su tesis es importante y, por supuesto de necesario conocimiento para todos aquellos que ejercen la diaria labor de calificadores de legalidades, para los que el problema de la causa es crucial y decisivo. Por supuesto, si este libro hubiese existido, creo que cuando me tocaron aquellos temas de causa y contratos abstractos, yo hubiese sido Notario en vez de que Dios se apiadase de mí y me hiciera Registrador. Es lo del cuento conocidísimo del escritor americano y el sacristán.

A. EN TORNO AL CONCEPTO DE CAUSA

Creo que son cuatro los capítulos o apartados con los que el autor trata de llegar al lector para explicarle no sólo la postura de nuestro Código civil, sino las razones históricas de una evolución en la teoría, la postura objetiva y la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su labor interpretativa.

La causa en el Código civil es el primer ofrecimiento que el autor hace al lector, estudiando no sólo el aspecto del cual la causa puede ser elemento integrante, sino la multiplicidad de artículos y acepciones que contiene el Código en orden a dicha figura. De verdad, sin embargo, el autor se centra en el examen de los artículos referidos fundamentalmente al problema, para sacar la primera y gran conclusión: la regulación legal de la causa, en términos generales, peca más de omisión y oscuridad que de sinrazón. Esa oscuridad y esa omisión unidas a una evidente falta de unidad y uniformidad provocan serias dificultades al intérprete en torno a la anatomía, la fisiología y la patología de la causa (por ejemplo, el 1.275 y el 1.301 del Código civil). La causa es siempre lícita, la causa es a la vez un concepto jurídico y económico y la teoría de la causa en el Código civil ofrece el olvido de una regulación: el error en la causa. Si estas dichas pueden ser las primeras conclusiones, es evidente que el autor en su desarrollo va recorriendo diversos puntos fundamentales entre los que destacan los de la inexistencia de la causa, su ilicitud y el error.

Para exponer la llamada teoría clásica de la causa arranca, como no podía menos, del Derecho romano en sus dos etapas, pasando al intermedio, las aportaciones de DOMAT y POTHIER, nuestro derecho histórico,

el Code y el proyecto de Código civil. Es evidente el origen romano y es también evidente el origen francés de la discusión, aunque el autor apunta que el el Codice italiano donde la causa es considerada como elemento del contrato, pues la teoría clásica no pasó de estudiarla en el reducido marco de las obligaciones contractuales. Así se llegó a una separación entre causa y motivos, a la precisión de fraude, motivos y objetos ilícitos y se siguió hablando de «causa ilícita». Junto a ello examina otros temas como los de la causa «función social» y la extensión teórica de la teoría de la causa al campo del negocio jurídico.

Es ciertamente interesante el capítulo que se destina a exponer las diferentes posturas adoptadas por el Tribunal Supremo en orden a la teoría de la causa y aunque el autor advierte su restringida aportación a este respecto, lo que sí resulta cierto es que tocan los fundamentales problemas apoyándose en diversas sentencias que pueden constituir los vértices en los que se parte para ir delimitando conceptos.

B. EN TORNO A LA ABSTRACCION DE LA CAUSA

En todo buen tratado sobre la causa hay que hacer entrar en escena al fenómeno de la abstracción de la mano de SAVIGNY. La escuela histórica, decía yo en aquel tema de la causa, da un paso decisivo para oscurecer la teoría de la causa. Arrancando de SAVIGNY se construye sobre la antigua «*traditio*» romana el contrato real abstracto de transferencia desconectado de la causa, surgiendo así el sistema de la causa justificante. La causa es un elemento implícito y subterráneo que sirve a *posteriori* de justificación del desplazamiento patrimonial.

El autor al exponer tan fundamental materia se plantea inicialmente un problema sobre el tratamiento unitario de la abstracción causal, para llegar a la conclusión que ello ofrece más obstáculos que dificultades, por lo que procede a un análisis separado de lo que podría llamarse el contrato abstracto de transferencia (*traditio*) y ciertas manifestaciones del contrato abstracto de obligaciones (promesa de deuda). En el esquema de la *traditio* se acude a la trayectoria histórica romana, germánica, intermedia y española histórica, para luego hacer un desarrollo concreto en la doctrina germánica en su decisiva aportación sobre el tema, la postura española en la legislación, la doctrina y el Tribunal Supremo, para luego llegar al examen de las promesas autónomas de pago y sus reflejos y diferencias con los reconocimientos de deuda.

He preferido hacer esta exposición casi con concepto de índice, pues creo que lo importante es destacar la posición del autor que considera y opina «no a la abstracción causal». Así escueta y tajante, podemos resumir el sentido y capital pensamiento de nuestro Derecho, ahora y siempre, desde las Partidas y las Leyes de Toro, hasta el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento. En materia de actos traslativos de dominio, es más evidente que nuestro derecho se rige y ha regido siempre por la teoría del título y el modo. Ni basta el puro consentimiento, como en Francia e Italia, ni la concorde voluntad de adquirir y transmitir acompañada de la efectiva entrega o inscripción, como en Alemania. Ni sobre todo, cabe desligar la nueva titularidad de su «causa eficiente: cualquier irregularidad del acto o contrato dotado de inicial virtualidad traslativa repercute fatalmente en la legitimidad y supervivencia de la

entrega. Por otra parte, la entrega en sí es un acto de mera ejecución de una obligación anterior, es decir, la entrega es un pago».

Creo que estas frases pueden ser el testimonio más claro de la opinión del autor, que completa su exposición con la doctrina del Tribunal Supremo y el examen de las promesas autónomas de pago, que rechaza como admisibles en nuestro Derecho.

C. CAUSA Y ABSTRACCION CAUSAL EN EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

Pudiera ser que la motivación de la tesis, hecha monografía, que el autor nos ofrece tuviese en su origen esta parcela que aborda con singular desenvoltura, es decir, la proyección del tema de la causa y la abstracción de la misma al Derecho registral inmobiliario. Lo que sucede es que era imprescindible explicar antes la teoría general para aplicarla luego a este campo. Y para responder a ese reto del principio de abstracción en el mundo «tabular» del Registro de la Propiedad, lo primero que hace es un examen de los principios o instrumentos legales de que se vale la legislación para lograr la anhelada seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario. Inmediatamente después se plantea ya la problemática de hasta qué punto un asiento registral puede no mencionar aquella «relación básica» de que hablaba la doctrina alemana en orden a los actos relativos al dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles. Esto es, el llamado principio del consentimiento, en su doble versión material y formal. El autor es tajante en este punto: no sólo es necesaria la expresión de causa, sino que, además, ésta despliega todos sus efectos en la medida en que consta registrada.

En torno a esta postura aplica la misma conclusión a la teoría del asiento cancelatorio, con gran dominio del articulado y aportación de doctrina. Los tres temas siguientes que el autor trata son los de renuncia, alteración de rango y la constitución unilateral de hipoteca, que son virtualmente los tres puntos en los que la doctrina ha intentado hacer penetrar en nuestro ordenamiento la tesis de la abstracción causal. La exposición que hace el autor no puede ser más brillante y más valiente al defender situaciones contrarias a un criterio que parecía había tomado «carta de naturaleza», pues su conclusión final es que la modificación del contenido de un asiento no es, ni puede serlo jamás, un fin en sí mismo: si se quiere, se quiere por algo y, sobre todo, para algo. Culmina el estudio con una exposición del espíritu que anima a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado en estos temas fundamentales antes tratados.

D. RECAPITULACION GENERAL

En esta parte, última ya de la monografía, el autor hace un alarde de síntesis, condensando en breves páginas todo el desarrollo hecho a lo largo de la monografía. Repetir aquí sus ideas resulta ya innecesario, pues en los diferentes apartados creo que hemos dejado clara la postura que se sustenta.

Para nosotros también llega el colofón o «momento más temido» como dice el autor donde debe quedar nuestra «generosidad y detenimiento» en la lectura del libro, como exige ROCA SASTRE y donde debemos dejar claro nuestro «desapasionado juicio» que nos pide el autor. Ninguna, absolutamente ninguna, crítica negativa puede hacerse a la monografía como aportación al estudio de la teoría de la causa. Al revés, creo que toda la crítica ha de ser positiva. Puede ser o no discutible la tesis, pero lo que sí es cierto es que resulta punto de partida para posibles discusiones y aporta claridades en torno a un problema complejo y difícil. En esto no hago más que ratificar las ideas apuntadas al comienzo de esta recensión.

De la utilidad y el manejo que se haga de esta tesis pueden depender en un futuro mayores sutilezas de calificaciones registrales que se hagan, pero he de advertir que al ser la «teoría de la causa» una materia de difícil manejo hay que ser pródigos en profundidades no vaya a suceder como con aquella Resolución de la Dirección de los Registros de 27 de diciembre de 1973 donde a través del informe del Registrador y las alegaciones del Notario recurrente se mezclan de tal modo la teoría de la causa y los motivos con las ideas de perfección, consumación y ejecución del contrato, que más valiera no haber planteado el recurso ni solicitado la inscripción. Pero si de lo que se trata es de aplicar todo lo leído para interpretar esa «causa legítima» esa «justa causa» o esa otra «causa cualquiera» de que habla el Reglamento Hipotecario en su última y desafortunada reforma llevada a cabo por Real Decreto de 27 de agosto de 1977 y su Resolución de 12 de diciembre de 1977, las dificultades subirán de tono. Legislar mucho y malo, debe ser fácil, pero hacer Leyes o Reales Decretos de calidad, jurídica e idiomáticamente hablando, es tarea de pocos y muy elegidos. Por la causa y por su realización nacional calificadora.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ