

ALVAREZ ROMERO, CARLOS: *Integración de lo postal en el universo jurídico*. Cuaderno dado a conocer en el Alcázar de los Reyes Cristianos, de Córdoba, en el acto de clausura del IV Seminario de la Unión Postal de las Américas y España, organizado por la Dirección General de Correos y Telecomunicación. Madrid, 1972.

He de confesar que esta conferencia, que el autor nos brinda en su separata, me ha sorprendido enormemente, pues de ella se deducen muchas consecuencias que entre líneas se dejan descubrir y afloran al comentarista infinidad de matices, que brindan al estudioso un amplio campo de actuación seminarial.

Para poder mantener la objetividad en la recensión y no perder la condición de amigo del autor—pues la de compañero activo sólo llegará con la jubilación o la desaparición, aunque también sabría la excedencia—es preciso acudir a LAFÍN ENTRALGO. Hace poco, y esto es del dominio de todos, LAFÍN ENTRALGO publica un sensacional ensayo sobre la amistad, y en una de sus conclusiones dice esta frase, que viene aquí como anillo al dedo: «Sólo realizándose socialmente—siendo, pues, 'para' y 'hacia' todos, no sólo 'para' y 'hacia' los amigos mismos—puede ser considerada real y verdaderamente valiosa una amistad.» Pues bien, esta recensión es para todos, aunque sólo la lean algunos; pero es una recensión de amistad, que obliga inevitablemente a una gran objetividad.

El problema eje con el que se enfrenta el conferenciante es el del encuadramiento—aunque él utiliza la terminología más en uso de «integración»—de lo postal en el universo jurídico. Intimamente ligado al problema está el de la relación jurídica postal, en la cual desempeña tanto papel preponderante el sentido de la intimidad.

En su exposición, el autor destaca cuatro partes, que nosotros aquí vamos a respetar para dar una versión lo más clara posible del contenido del trabajo.

a) *Localización de lo postal en el universo jurídico*.—Partiendo de RECASENS y lo que dicho autor denomina «la multiforme complejidad del universo», la primera labor que el jurista necesita realizar es situar la realidad jurídica dentro de esa complejidad. Aun reconociendo el autor que la denominación de Derecho postal puede ser excesiva, ya que no existen unos principios que justifiquen la creación de una disciplina autónoma, también podría admitirse con efectos limitados dicha denominación, al estilo de otra serie de parcelas que recientemente han cobrado brío y reclaman independencias.

Los dos grandes caracteres que se pueden predicar de lo postal son, de una parte, su universalidad (es decir, como forma de vida humana objetivada, en la que existe el hecho o relación social de comunicación y la norma que cristaliza u objetiva con determinados criterios esa forma de vida, transformando la simple relación de correspondencia en relación

jurídica postal) y la intimidad (frente a lo que en apariencia pudiera resultar, la relación postal no pertenece a las relaciones de distancia, sino a las de intimidad).

Rechaza el autor las construcciones que tratan de explicar la relación postal como una manifestación de la libertad de expresión (que pertenece a lo que él mismo denomina relaciones de distancia), en las que el término de la misma se caracteriza por su carácter amorfo o, al menos, fungible, y es considerado en atención a su situación social, cultural, política, económica o cualquier otra, pero no en función de circunstancias personales o específicas. Igualmente niega la posibilidad de una explicación a través de la teoría del derecho de propiedad sobre la carta, pues no hay que olvidar que en ella pueden distinguirse la materialidad de la misma o soporte material y la manifestación espiritual que aquélla incorpora y que constituye el único bien jurídicamente protegido en la relación postal. Por último, rechaza la tesis que trata de explicar la tutela de la relación postal sobre la base del derecho de autor, que al ser de exclusiva pertenencia del autor, cesionarios o causahabientes, elimina a uno de los términos de la relación.

Creo que en su construcción es donde el trabajo cobra relieve, pues aun reconociendo que los derechos derivados de la relación postal «son una proyección de la personalidad», avanza en su tesis para perfilar la naturaleza de la relación. La doctrina jurídica italiana, singularmente DE CUPIS, GALLI, MOSA, así como la francesa, representada por MAZEAUD y DECOCQ, han afrontado el estudio de los derechos de la personalidad coincidiendo más o menos en señalar como características generales la de representar, de una parte, un nexo con la persona tan íntimo que pudiera llamarse orgánico y, de otra, una identificación con los más elevados de los bienes susceptibles de señorío jurídico. Por sus características especiales no pueden ser patrimoniales ni estimarse pecuniariamente, aun cuando cabe un resarcimiento de daños no patrimoniales, que no tiene carácter de restitución, sino de compensación de orden marcadamente legal. De ahí que los derechos a la vida, a la integridad corporal; el derecho a las partes destacadas del cuerpo humano; el derecho sobre el cadáver; el derecho a la libertad en sus manifestaciones, tanto internas como externas; el derecho al honor y a la discreción; el derecho a la imagen, al secreto (frente al derecho de crónica), suponen, junto con la relación postal, un mundo jurídico aglutinado por el derecho de la personalidad, pero cada uno con matices diferenciales, que permiten construcciones como la que el autor nos ofrece.

En esa gran esfera de la personalidad los dos adelantos que la ciencia ha tenido en diversos estadios de su evolución, el teléfono y la informática, han creado estudios que tratan de encuadrar ambos fenómenos. MOSA estudió el problema del número telefónico en relación con el derecho de la personalidad y el derecho al reposo, y no hace mucho, HERVÁS CUARTERO (*Documentación Administrativa*, enero-febrero 1972) decía que «respecto de las libertades del ciudadano quizá sea la intimidad personal el punto polémico por excelencia. Se ha expresado en muchos países el temor de una posible vigilancia generalizada de los ciudadanos y la opinión pública reclama una legislación nueva, que impida la utilización abusiva de la información almacenada en los bancos de datos...», que la informática facilita, pues mientras en el Reino Unido la divulgación de datos sobre los impuestos pagados por un ciudadano puede parecer como una violación de la vida privada, en Suecia los informes fiscales son del dominio público.

DE CUPIS, al llegar a la precisión de estos derechos, no vacila en considerarlos accesorios del Derecho objetivo, pues piensa que si la persona tiene derecho a la vida, a la libertad, al honor, etc., depende, en todo caso, de la inclusión en el ordenamiento jurídico de reglas sobre

el respeto a la vida, a la libertad, al honor, etc. Puede suceder aquí con la relación postal lo mismo, ya que el autor nos dice que la norma jurídica postal es de garantía, de carácter tuitivo, de un valor metajurídico, que sólo es tomado en consideración por el Derecho para preservarle de los riesgos que constantemente le acechan. La norma y el ordenamiento jurídico imponen una actuación positiva para conseguir que la relación se establezca y una actuación negativa de respeto. El secreto de la correspondencia va más allá del profesional, constituyendo un auténtico sacerdocio.

b) *Breve apelación a la historia.*—Sin ánimo de hacer historia ni precisar etapa tras etapa de las evoluciones de la correspondencia, hace alusión a algunos hitos del correo entre América y España, la falta de regulación legal en Roma y la conclusión de que constituye una conquista o, si se quiere, una creación de la época moderna. Hasta la Revolución francesa, como muy acertadamente señala VITTORIO ITALIA, el secreto de la correspondencia no es considerado como un interés individual digno de ser protegido por los órganos del Estado.

c) *La correspondencia en las declaraciones y en los textos legales.*—Cita a este respecto las Declaraciones de 10 de diciembre de 1948, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y las del año 1950 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en las que se reafirma la tesis de la inviolabilidad de la correspondencia y se considera como un atributo indeclinable de la persona en su vida privada. También cita el Fuero de los Españoles, con su artículo 13, en el que se garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia, y como normativa específica postal añade la de la Ley de 22 de diciembre de 1953, la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 y el Reglamento de Servicios de Correos de 14 de mayo de 1964.

d) *Precisiones sobre el alcance de la correspondencia y su garantía.*—Como problema inicial estudia el de si la garantía del secreto e inviolabilidad se predica de todas las especies comprendidas en los envíos postales o confiados al Correo o solamente de algunos. Defiende la posición integradora y considera que en ambos supuestos queda garantizada la inviolabilidad.

Para examinar la posición de la jurisprudencia distingue, de una parte, a los funcionarios postales y, de otra, a los funcionarios públicos. Para los primeros juegan dos delitos o dos manifestaciones de un mismo delito: la infidelidad en la custodia (art. 364 del Código Penal) y la infidelidad impropia o delito de apertura (art. 366 del Código Penal). Ambos delitos comprenden toda clase de envío postal.

Respecto de los segundos, el artículo 192 del Código Penal tipifica la conducta ilícita de funcionarios no postales que atente a la inviolabilidad de la correspondencia. La idea de correspondencia debe interpretarse en estos casos en forma restringida.

Al filo de la lectura de esta conferencia aparece en uno de los periódicos de la tarde una reseña sobre un juicio por violación de correspondencia. Si lo cito es porque en una última instancia interviene un funcionario público. El director de una empresa abre una carta dirigida a uno de sus empleados, que en el momento de ser recibida había sido despedido, y como en la misma se vertían manifestaciones antiespañolas, la carta es entregada a la policía. Habría que conocer a fondo todo el contenido de las alegaciones que fiscal y defensor hacen en el juicio para sacar conclusiones; pero si prevalece la tesis de la existencia de un delito de violación de correspondencia, ¿puede basarse sobre el mismo una denuncia a la Comisaría de Policía y ésta proceder sobre esa base? La referencia periodística, naturalmente, no aclara estos puntos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Catalogación de conceptos de Derecho privado*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1968, 402 págs.

Difícil es, a primera vista, acertar a entender cuál podría ser la utilidad de este enorme esfuerzo de catalogar 9.044 conceptos ordenados alfabéticamente—ni siquiera por materias—sin que se diga nada acerca del significado de cada uno. Parecería un curioso capricho de coleccionista. Pero esta primera idea es falsa. Es falsa, puesto que la utilidad que una obra de tal naturaleza está llamada a prestar es inmensa. El propio autor nos previene sobre ello ya en su prólogo (pág. 11): la investigación científica, la docencia universitaria, la formación de nuevos códigos o leyes, la formación de una completa enciclopedia jurídica, los estudios de Derecho comparado, la catalogación bibliotecológica, los estudios de filosofía, etc., son algunos de los fines a cuyo servicio puede colocarse. Y, en efecto, si reparamos en que la idea inspiradora del trabajo del profesor FUEYO consiste en situar frente a cada concepto del Derecho privado los otros conceptos a los cuales va ordinariamente unido aquél, por un lado; los tópicos sistemáticos que permiten su adecuado estudio y análisis, por otro, y, finalmente, los meros temas, ramas o divisiones del Derecho con los que se relaciona, se obtiene un completo cuadro de afinidades conceptuales, que aun cuando el lector no lo quiera o busque, lo obligará al esfuerzo mental de ir reparando y ligando todas las modalidades y conexiones del concepto original.

Parece necesario traer algunos ejemplos extraídos, naturalmente, de la misma obra. Así, concepto número 1.876 (pág. 95): «Contrato». Frente a él aparecen ligados otros 244 conceptos de diversa naturaleza. El autor nos remite—siempre a vía de ejemplo—a los contratos administrativos—concepto número 1.883—, y dentro de él, a los variados contratos de esta clase y a toda su sistemática expositiva. La lista de contratos innumerados es completísima y, como era de esperar, aparecen todos conectados al concepto inicial. Pero conjuntamente con ello, el autor nos recuerda que en todo estudio acerca de los contratos es preciso tratar de la interpretación—concepto número 2.073—; la representación—concepto número 2.029—, que podría ser útil estudiarlos desde el punto de vista del *common law*—concepto número 1.902—, o de que es necesario clasificarlos—concepto número 1.897.

Dicho ejemplo nos muestra, en concreto ahora, la utilidad de esta catalogación. Ella se nos presenta como el punto inicial de todo estudio dogmático o sistemático acerca de cualquier tema del Derecho privado. El interesado podrá encontrar allí no sólo las materias que requiere tratar, sino, además, los temas que a propósito de tales materias es necesario abordar y la sede dentro del sistema general del Derecho privado a la que se encuentran conectadas. Volvemos con ello a la partida, pues aquel punto inicial se encuentra en el origen de la investigación, de la docencia, de la clasificación bibliográfica, de la formulación misma del Derecho.

La concepción de la obra excluye—como ya se acortó—la consignación de los significados de cada concepto. Y es que no se trata de una enciclopedia ni de un diccionario jurídicos. No obstante ello, la lógica interna del trabajo permite a menudo que en la referencia pueda el lector iniciado captar el significado de cada concepto mediante ella misma. Así, por ejemplo, concepto número 851, *astreinte*, la remisión es a «multa compulsiva», y este último deja en claro la esencia del concepto inicial de sanción no retributiva, sino destinada a impeler a alguien a la ejecución de un acto propio en beneficio de otro. Pero si no es la idea de *astreinte* que el estudioso busca, sino la de «multa compulsiva», en el concepto número 6.012, «multas compulsivas», se encontrará con que se le remite

a *astreinte*, y entonces sabrá que a propósito de aquélla le será necesario tratar de este último concepto.

Tal es el juego conceptual que el autor nos propone. Y la expresión juego creo que es la más adecuada para calificar la obra del profesor FUEYO. Hay trabajos que sólo tienen una forma de uso, una mecánica preestablecida y consagrada. Lo sorprendente de la presente catalogación está en que su uso queda entregado al conocimiento, habilidad e incluso inventiva del propio lector interesado. Me atrevería a compararla con el juego de ajedrez. He aquí 9.044 piezas interconectadas y con movimientos —referencias— dados, pero el resultado dependerá de lo que el usuario busque o de cómo las utilice. Aquél no es el único, no se encuentra inserto en la obra misma, como en el tratado completo y exhaustivo que agota un tema, sino que es del todo imprevisible objetivamente hablando y habrá de estar determinado por el manejo que haga el interesado.

La obra, como su título lo indica, no consiste en una catalogación de conceptos de un determinado ordenamiento jurídico nacional o del código de un país concreto: lo es del Derecho privado. Así se explica entonces que se encuentren catalogados conceptos del—para nosotros—Derecho extranjero y, más aún, del Derecho histórico. Gráficamente podríamos decir, en elogio del libro del profesor FUEYO, que es el índice analítico de una obra grandiosa, inexistente en la realidad, que vendría a ser un gigantesco e ideal Tratado general del Derecho privado universal.

Con todo, valga la pena decir, sin que ello desmerezca en lo más mínimo la envergadura y el mérito de este trabajo, que se echa de menos algunos conceptos importantes: a título de ejemplo, notamos la ausencia de conceptos como *solvens*, *accipiens*, *a contrario sensu*, *a fortiori* y otros, que tanta importancia teórica como objeto de estudio, aun para su cuestionamiento los últimos, al igual que práctica, poseen en el ámbito del Derecho privado. No es ello, sin embargo, un baldón del presente trabajo, porque el propio autor ha considerado el error de formular siquiera la idea de intentar un catálogo completo (pág. 9). Como se trata del primer intento de catalogación de esta naturaleza, producto del propio esfuerzo del autor, que no ha contado con catalogaciones previas, cualquier crítica que se haga en este sentido ve disminuido su valor.

Estimamos, pues, fructífero aporte a las tareas científicas este que nos ofrece el profesor FUEYO, y no trepidamos en considerarlo como instrumento idóneo y eficaz para el manejo, tanto universitario como práctico.

Prof. RAÚL LE ROY, L. R.
Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid, 1971. Tomo I: *Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión*.

No resulta cómodo ni fácil hacer una reseña de un libro sobre filosofía del Derecho y direcciones metodológicas, pues ello supone una gran dosificación de conceptos, que el recensionista no tiene y, de otra, una imposibilidad de ofrecer al lector una materia complicada en forma sencilla y apretada por la reseña misma.

Aparte de ello, cuando el autor de una obra de tanta trascendencia jurídica es «personaje» en el mundo del Derecho, jurista en el sentido de conocedor del mismo y pensador frente a la esencia que el mismo lleva consigo, la dificultad sube de punto. Es inútil tratar de presentar al

autor de la obra. Aquí sucede como en aquellas presentaciones sociales en que una persona trata de sorprender a un tercero ofreciéndole la de un amigo del que se siente orgulloso y cuando llega el momento del lucimiento personal, presentado y persona a quien se ofrece la presentación se dan un gran abrazo, profiriendo esa frase tan poco alentadora para el presentante: ¡Hacia tanto tiempo que no nos veíamos! HERNÁNDEZ GIL es autor que se abraza espiritualmente con todos los posibles lectores de esta recensión.

HERNÁNDEZ GIL en mis meditaciones hipotecarias ha sido pesadilla, aunque momentánea. Todos sabéis que en ciertas épocas de su actividad universitaria su tema preferido era la posesión. Yo no fui alumno suyo, pero los que lo fueron y vinieron a mí en fase de preparación especial notarial y registral traían conceptos difíciles de superar para mejorar aquella famosa frase de NÚÑEZ LAGOS de la «política del gruñido y del zarpazo» llevada a cabo entre el Registro y la posesión. La recensión que publiqué sobre su obra *La función social de la posesión* reflejaba, en cierto modo, esta inquietud, que aún no he sabido superar claramente.

Simultáneamente a esta obra que ahora recensiono, he leído del mismo autor una separata de una conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Universitarios de Madrid, el día 10 de marzo de 1972, y que lleva por título *La sentencia*. En el prefacio a la obra sobre la metodología, HERNÁNDEZ GIL dice que «la metodología—como disciplina del método a seguir en el operar con una materia científica, bien sólo con fines de investigación, bien, además, con fines de aplicación—entraña un autoconocimiento. Autoconocimiento de la ciencia de que se trate y autoconocimiento de su cultivador. En la investigación metodológica, la ciencia misma se torna objeto de nuestra reflexión. No se inquires el *qué* de los contenidos concretos de la disciplina en cuestión, sino el *cómo*; es decir, que se inquires el propio proceso seguido en la obtención y elaboración de los conocimientos científicos. La metodología, inicial y elementalmente, es una parte de la lógica, y los dos métodos fundamentales, el deductivo y el inductivo». Pues bien, en la conferencia citada, al tratar de las funciones que la cibernética puede representar en el campo del Derecho, ofrece al asombrado lector dos ideas. Una, la de que «mientras, por un lado, se está divulgando como el último grito de la actualidad que la sentencia no es concebible como obra del cerebro humano, sino del total y concreto hombre de carne y hueso—con cierta postergación de su entidad razonadora—, por otro lado, en cambio, se está trabajando de manera muy seria con vistas a la cooperación del automatismo electrónico en la operatividad jurídica...». Y otra, que «la iuscibernética puede actuar en niveles más elevados, como son: la determinación de las normas, la fijación de sus significados, las relaciones de afinidad, de antecedentes y consecuencia y oposición, etc. No faltan intentos de solución de casos jurídicos..., el tratamiento electrónico del Derecho requiere una base científica. Y esta base la ha de suministrar la moderna lógica deóntica simbólica... Tenemos, pues, que cuando muchos están celebrando las exequias de la lógica, ésta retorna renacida y renace también para el Derecho. La cibernética nos remite de nuevo a la lógica». La conclusión no puede ser más sorprendente: cuando la cibernética está llamando a nuestras puertas portando la lógica, se hace difícil regresar históricamente al Derecho natural y a las distintas direcciones metodológicas o teorías del método.

Así, pues, el libro de HERNÁNDEZ GIL es una aportación impresionante a un tema abandonado por la ciencia jurídica española. La edición que comentamos es reciente, pero no es más que una fiel reproducción de la que el autor lanzó hace veinticinco años y de la cual se siente seguro

al afirmar que se inclina más a la confirmación que a la discrepancia. Por tanto, se hace preciso ceñirse al texto y exponer en forma sintética su contenido.

La obra va dividida en once capítulos, a los que siguen unas conclusiones y precedidos de un índice sistemático y dos prólogos, que enlazan la primera y esta segunda edición. Creemos, y para ello nos apoyamos en las directrices del autor, que estos once capítulos pueden ser agrupados en los siguientes apartados: la doctrina del Derecho natural, la escuela de la exégesis, la escuela histórica, el positivismo, la revisión de los métodos tradicionales y los intentos de superación. Naturalmente que en cada apartado trataremos de comprender todos y cada uno de los capítulos que la obra contiene.

a) *Valor metodológico del Derecho natural.*—El arranque de la obra de HERNÁNDEZ GIL se realiza a través del estudio del Derecho natural, ya que ninguna consideración del Derecho es tan plena y trascendente como la emanada de la doctrina iusnaturalista. La razón estriba en que se desenvuelve en el marco de la filosofía, en el de la antropología y, en importantes sectores, en el de la teología. Si a esto se agrega que la más elevada y genuina filosofía española del Derecho es sólo Derecho natural, se comprenderá la apertura de la obra con esta materia. El Derecho natural no sólo constituye la más antigua concepción del Derecho, sino, sobre todo, es la base en la que se apoya el autor para fijar una posición con relación al mismo y adoptar una actitud crítica con respecto a cada una de las direcciones metodológicas. Naturalmente que el autor va recorriendo el camino de las concepciones a través de la filosofía griega, la concepción romana y las aportaciones de Cicerón, para luego pasar a la obra de la escolástica, Santo Tomás, Francisco Suárez, Domingo de Soto y llegar a la concepción racionalista del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII.

Sus conclusiones, partiendo de la concepción iusnaturalista al estilo de la escolástica tradicional, son que el iusnaturalismo no es una dirección metodológica, sino una concepción y fundamentación filosófica del Derecho; un freno contra las libertades amorfas del sociologismo; permite diferenciar Ley y Derecho; explica la conexión entre Derecho y justicia; otorga al Derecho la dignidad de lo racional; reclama la ordenación jurídica de la realidad social; actúa como vehículo y guía del progreso jurídico; armoniza, en orden al conocimiento, el apriorismo con el empirismo; confiere una formación jurídica completa y cumple, en fin, el alto cometido de mantener una unidad esencial en la filosofía y en la ciencia del Derecho.

b) *La escuela de la exégesis.*—Frente al iusnaturalismo surge el positivismo y las direcciones metodológicas que en él se asientan. El método exegetico, en su manifestación más pura, que es la escuela francesa de la exégesis, puede ser su más brillante manifestación. Así como el iusnaturalismo no es un método jurídico, aunque produzca consecuencias de este orden, sino una concepción filosófica del Derecho, el denominado método exegetico es, sí, sólo método, e incluso, en algún aspecto, meramente plan; pero responde también a una concepción filosófico-política y jurídica más amplia. En tanto allí se considera que hay un Derecho superior al Estado, aquí se exalta, sobre todo, el valor del Derecho positivo y, más concretamente, de la Ley escrita.

Previamente al desarrollo de la teoría el autor va haciendo una referencia a los glosadores (en su actitud puramente teórica, que degenera en desmedidos excesos dialécticos), los comentaristas (que abandonan el método literal para aspirar a una teoría general), para llegar a la escuela de la exégesis, que surge en Francia a partir de la publicación del *Code*

y se mantiene durante el siglo XIX, hasta que en su cima es contenida y eliminada por la escuela científica y, en particular, gracias a la obra provocadora y fecunda de GENY. Sus bases residen en los siguientes puntos: a) El Derecho positivo lo es todo, y todo el Derecho positivo está constituido por la Ley. b) La interpretación está dirigida al logro de descubrir la intención del legislador, dando a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica. c) Se niega valor a la costumbre, supliéndose las deficiencias legales por la analogía. d) Se tiene en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores. e) Se atribuye al Derecho un carácter eminentemente formal.

c) *La escuela histórica.*—Magistralmente el autor sitúa a la escuela histórica en el tiempo y en su esencia. El siglo XIX se abre en Alemania, en orden a la ciencia del Derecho, con la escuela histórica. Así como el racionalismo es el fondo sobre el cual se recorta la figura de la escuela francesa de la exégesis, su antítesis, el romanticismo irracionalista, es la concepción filosófica y cultural, que tiene como soporte y da impulso a la escuela histórica alemana. Una y otra se pronuncian en contra del Derecho natural, mas la primera sólo realiza una positivación del Derecho exaltando el escrito; la segunda rompe por entero con aquél y con cuanto signifique poner una traba al constante fluir del Derecho, cuya fuente inagotada e inagotable es la vida misma.

Si los tres grandes puntales de la escuela histórica son HUGO, SAVIGNY y PUCHTA, su actitud metodológica se cifra en poner de relieve como aspecto, si no único, esencial del Derecho y de la ciencia, el histórico; sin embargo, la aportación de la escuela histórica no consiste en haber cultivado la historia del Derecho, sino en haberla considerado formando parte integrante y esencial del Derecho. Son sus postulados generales: 1) Empirismo: el Derecho es algo externo cuyo conocimiento se deriva de la experiencia. 2) Causalidad y determinismo: todo fenómeno tiene una causa. 3) Irracionalismo y relativismo: el Derecho es un cuerpo orgánico, sometido a mutaciones, que nada respetan. Como necesaria consecuencia de tales ideas se presentan dos postulados importantes de la escuela histórica: el uno, de rango filosófico, representado por su oposición al Derecho natural; el otro, de índole más bien práctica: la repulsa hacia la codificación. El Derecho es uno de los aspectos de la vida del pueblo y, por consecuencia, la costumbre queda revalorizada. La Ley está al servicio del Derecho, es su eventual exteriorización y garantía. El legislador recoge lo que fluye de la conciencia nacional.

Junto al Derecho popular, que es el Derecho por antonomasia, en dependencia de él, la escuela histórica reconoce la existencia de un Derecho científico. El historicismo propio de la escuela de SAVIGNY, si bien entraña una negación del aspecto filosófico (metafísico) de la ciencia jurídica, no niega, en cambio, sino que valora el aspecto lógico y, más concretamente, el dogmático y el sistemático. Debe destacarse, igualmente, la postura crítica de la escuela histórica, pues si se hereda la verdad y el error hay que saber desentrañar una y otro. En cuanto a la interpretación no pasa de ser una operación intelectual, que tiene por objeto el reconocimiento de la Ley en su verdad.

La escuela histórica sienta las bases de la ciencia jurídica moderna, pero en su contra cabe señalársele la falta de profesión de fe filosófica. Con rara unanimidad comparten los autores la idea de que la filosofía del Derecho para nada cuenta en los estudios jurídicos. Lo que para ellos cuenta es su fe en el hecho. Por tal camino, la escuela histórica rompe con la ecuación establecida por la doctrina tradicional entre Derecho y moral. Se niega la vinculación de aquél a ésta. En la escuela histórica

hace crisis la metafísica jurídica y resurge la lógica jurídica. El fin propuesto no es ni más ni menos que la verdad, o mejor, las verdades históricas conseguidas por el camino del más correcto raciocinio. La escuela histórica, que parecía abocada a un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y un dogmatismo.

d) *El positivismo*.—El positivismo jurídico parte de la idea de que no hay más Derecho que el que cada ordenamiento jurídico impone como tal. Misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por aquél y elaborarlos, formando una unidad sistemática, mediante procedimientos lógicos. Estas ideas van a producir direcciones metodológicas de carácter dogmático y constructivo que arrancando de la escuela histórica imperan durante el siglo XIX, principalmente en Alemania e Italia. El positivismo, de otra parte, conduce al formalismo.

Para explicarnos la esencia de los métodos dogmático y constructivo el autor precisa su forma de proceder. Si el positivismo expresa que el ámbito de lo jurídico se reduce al Derecho positivo, el dogmatismo significa la vinculación inquebrantable del jurista a aquél. Lo en él establecido tiene que aceptarlo en calidad de dogma; se le impone sin más. Pero la dogmática jurídica hace referencia, asimismo, al modo como es tratado científicamente el Derecho positivo cuyo conocimiento se pretenda. En tal sentido, dogmática jurídica tanto quiere decir como lógica jurídica. La ciencia jurídica concebida exclusiva y agotadoramente como lógica: esto es, la dogmática. La dogmática tiene por objeto integrar el material positivo sobre que opera en conceptos jurídicos para fijar después los principios generales—es decir, los «dogmas»—que señalan las líneas del conjunto, primero inductivamente (partiendo de las disposiciones particulares) y luego deductivamente (se extraen las consecuencias). De tal forma que un Derecho positivo dogmáticamente tratado es un Derecho reducido todo él a categorías intelectuales.

Con esto llegamos al método de la construcción jurídica, construcción dogmática, jurisprudencia de conceptos, y estamos dando la mano a las tesis de juristas tan impresionantes como IHERING, WINDSCHEID y GIERKE, a los que pueden añadirse los nombres de Kelsen, Laband y Messineo. Es auténticamente tentador para el recensionista ir exprimiendo en esta parte la ordenada y clara exposición de las teorías y posturas de los diferentes autores que militan y especulan sobre el método dogmático y la construcción jurídica, pero la brevedad exige una simple cita para que el lector que pretenda acercarse sepa la genial exposición de la materia que le espera.

e) *La revisión de los métodos tradicionales*.—Frente a las direcciones metodológicas anteriormente señaladas surgen los criterios revisionistas dando entrada en la elaboración científica del Derecho, con más o menos radicalismos, a factores sociológicos, teleológicos y políticos. Las notas que pueden apuntarse, aunque no signifiquen una unidad de criterio, son la ponderación del elemento fin, acentuación de la misión práctica del Derecho, conexión con la realidad social, relación de la ciencia jurídica con la filosofía, todo lo cual significa, en el fondo, una tendencia a superar el estricto positivismo jurídico.

La gran sorpresa del gran jurista IHERING es su evolución, que se encuentra en una aguda crítica y superación de su actitud metodológica. La necesidad de revisar el método en que él mismo había incidido caracteriza toda una segunda fase de su actividad. En tres obras sensacionales, como son *El fin del Derecho*, *La voluntad en la posesión* y la *Jurisprudencia en broma y en serio*, ofrece su nueva postura. Ya había dicho en el *Espíritu del Derecho romano* que el culto a la lógica que pretende hacer de la jurisprudencia una matemática del Derecho, es un error que

descansa en el desconocimiento de la naturaleza del Derecho. En las tres obras señaladas apunta la idea del fin del Derecho o investigación del fin, basándose en las condiciones reales de la vida de la sociedad y el gran humor que significa la idea «del cielo de los conceptos».

Siguen a esta postura el criterio revisionista francés, representado por GENY (la ciencia jurídica, lejos de resolverse en un puro juego de silogismos, es una ciencia social, de aplicación a las realidades vitales), al que contribuyen ESMEIN y SALEILLES. Cabe también apuntar el método del Derecho comparado, que propugna una ampliación del círculo de lo dado para la elaboración y formulación de los conceptos jurídicos mediante el análisis de otros Derechos (históricos y vigentes), en el que militan SUMNER MAINE y BACHOFEN. A ellos se suma el método naturalístico de BONFANTE, el sistema filosófico de STAMMLER, la denominada escuela científica francesa representada por GENY, PLANIOL y THALLER y las cuatro posturas metódicas siguientes: a) Los métodos sociológicos, cuyos principales representantes son DUGUIT, HAURIOU, KANTOROWICZ y EHRLICH. b) Los métodos teleológicos y la jurisprudencia de intereses. c) El realismo jurídico representado, de una parte, por la concepción jurídica inglesa, que huye de las construcciones teóricas de carácter general de los conceptos y de los principios abstractos; la orientación fenomenológica, en la que frente a la teoría pura que otorga al método una facultad creadora de los conceptos, la fenomenología entiende que no los produce, sino que se los encuentra; la escuela de Upsala, cuya idea principal es la de que sólo aquello que se manifiesta en el tiempo y en el espacio es susceptible de observación científica; el anticonceptualismo y antiformalismo representado por los juristas italianos DE FRANCISCI y ANTOLISEI, a los que se une la jurisprudencia de los sentimientos de DAHM. d) El politicismo jurídico, cuyo punto vital reside en la trabazón entre ordenamiento político y jurídico, de modo que el segundo se considera como proyección del primero y viene determinado por él no sólo en el momento de creación del Derecho, sino en todo el proceso de su vida y en toda clase y fase de actividad jurídica, bien sea legislativa, judicial o científica.

f) *Intentos de superación.*—Para cerrar este primer volumen de la obra sobre la metodología, el autor perfila la situación reaccionaria frente a las últimas manifestaciones antes apuntadas diciéndonos que contra el estado de cosas creado por los movimientos revisores de la construcción jurídica, que suponen manifestaciones extremas de un positivismo sociológico, grandes concesiones al irracionalismo, crítica de los conceptos, antinormativismo, etc., se produce otro movimiento revisor, generalmente con propósitos integradores y conciliadores, que constituye si no la última etapa cronológica, sí el último giro sistemático en la evolución de la metodología jurídica.

Entre las direcciones más salientes nos ofrece la del neohegelianismo, que propugna que la filosofía del Derecho constituye el fundamento de la ciencia jurídica práctica y, por tanto, de toda la teoría del método jurídico. Los conceptos filosófico-jurídicos son estimados como decisivos para inquirir las normas. Por tanto, en cierto grado de aproximación, podría hablarse de método filosófico-jurídico. Sus representantes más genuinos son BINDER y LARENZ. También expone el ideal-realismo metódico de GURVITCH, que concibe la realidad jurídica como «hecho normativo»; la «ideología orgánica» de SAUER o filosofía de los valores y de la cultura, incrustando el Derecho en la sociología, y terminando con la tesis de CARNELUTTI, que sugestivamente nos ofrece en breves apartados. La metodología es para CARNELUTTI una especie de ciencia de la ciencia, un estudio de las reglas del obrar jurídico. Una vez determinado cuál es el campo en el que el jurista despliega su actividad, se precisan los tres

principios a que se debe ajustar el proceso de observación: el de la realidad, el de la institucionalidad del Derecho y el de la unidad del mismo. Una vez obtenida la imagen de los fenómenos jurídicos se procede a su ordenación, y para llevar a cabo ésta ha de acudirse, en primer término, a la comparación, y a ella ha de seguir la clasificación. A esta última, que es descomposición, ha de seguir la recomposición, mediante la cual, por abstracción de las especies, se obtienen los géneros. Mientras la especie es un fenómeno, el género ya es un concepto. Una vez formado el concepto quedan dos fases: la definición y la denominación.

Quedan sin rematar otros puntos de la tesis de CARNELUTTI, pero al lector le debe bastar este esquema primitivo que ofrezco para darse cuenta de la trascendencia e importancia de la publicación que comentamos. Por ella atraviesan las cabezas visibles de la ciencia jurídica y el autor sabe destacar la profundidad de sus teorías tomando posiciones frente a ellas. Culmina su trabajo con unas conclusiones en orden a la evolución metodológica, como en los puntos esenciales que sostiene como aspectos críticos. Solamente a estos últimos nos vamos a referir, pues son la gran aportación personal que el autor ofrece ante una obra de tanta trascendencia jurídica:

- La teoría del método implica una actitud previa ante el problema de la esencia, el origen y el fin del Derecho.
- Se cuenta con una filosofía del Derecho iusnaturalista; ha de tenderse hacia una ciencia del Derecho.
- Se requiere un conocimiento personal y directo de la actividad jurídica y una autorreflexión sobre la misma.
- El método no puede contenerse en el texto de una Ley ni constituir una teoría cerrada.
- La naturaleza del método ha de venir determinada por la del objeto a considerar.
- La realidad jurídica, por más que dotada de propia sustantividad, no es rigurosamente homogénea en su composición, ya que no se integra plenamente en la esfera de lo real ni en la de lo ideal.
- La realidad jurídica, asimismo, no es meramente formal, o mejor, no debe ser sólo formalmente considerada por el jurista.

A estas siete conclusiones añade otras ocho, en las que refleja la necesidad de un pluralismo metodológico; la de atender al primer plano que suministra el material normativo, que no agota la realidad jurídica, en la que hay que tener en cuenta un orden moral, social e histórico; utilización de cuantos medios de conocimientos sean aptos para inquirir el objeto a que se dedica: observación, interpretación, análisis y síntesis conceptuales. Por último, como la ciencia jurídica no es meramente descriptiva, sino también explicativa y valorativa, es preciso acudir a estos dos medios, aunque ello suponga a veces crítica, pues también podría contribuir a determinar el contenido y alcance de la realidad jurídica.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARTÍNEZ PEREDA, JOSÉ MANUEL: *Sanciones y responsabilidad en materia de caza*. Editorial Tecnos. Madrid, 1972.

Nos encontramos con una obra de 206 páginas, encabezadas por un índice y un prólogo, con un total de diez capítulos, concernientes a muy diversos puntos relacionados con la reciente Ley y Reglamento de Caza.

En el prólogo se nos indica que para comprender bien las cuestiones con las que hemos de encontrarnos a través de la lectura de la obra debemos considerar la caza como una zona polémica en la que actúan contrapuestos intereses, el titular del acotado y el cazador, por una parte, y de otra, el dueño del terreno de caza y el agricultor, que ve dañadas sus cosechas.

Siendo el aspecto penal el punto de mayor interés en la nueva Ley, es al que más actividad dedica en el libro, y por ello considera preciso traer a colación otros temas más o menos colindantes, tales como lo referente a la responsabilidad civil, las infracciones administrativas, enmarcándolo todo en un estudio general sobre la Ley y el Reglamento.

El capítulo I está consagrado a la nueva Ley y su Reglamento. La Ley de Caza de 1902 ha sido sustituida por la de 4 de abril de 1970. Refiérese el autor a las vicisitudes previas y a los problemas con los que el legislador se encontraba para la nueva regulación de la materia, constituida hoy por la citada Ley de 1970 y su Reglamento, aprobado por Decreto de 25 de marzo de 1971.

La nueva Ley pretende una simplificación legislativa, pero dados los términos en que aparece redactada la cláusula derogatoria se han suscitado no pocas dificultades. En efecto, además de las disposiciones que el nuevo texto deroga de forma expresa, total o parcialmente, existen otras muchas que regulan más o menos directamente la actividad cinegética. Esto obligará en muchos casos, a una verdadera labor de búsqueda de lo realmente vigente, resultando, por tanto, que la pretendida simplificación legislativa es sólo aparente.

La Ley tiene sus defectos y sus virtudes. El principal defecto lo ve el autor en la distinción que establece entre delito y falta, por una parte, e infracciones administrativas, por otra, introduciendo un organismo administrativo, extraño a la función de juzgar, como sancionador de muchas conductas, rompiendo una clara tradición judicialista exclusiva.

Como mejoras en relación al texto anterior cita la preocupación de la Ley por la seguridad de las personas, la desaparición de las responsabilidades subsidiarias de tipo penal, la mejora en la regulación del comiso y retirada de armas.

El Reglamento sigue en su estructura las directrices de la Ley. Muchos de sus preceptos son meras repeticiones de la misma, siendo, en realidad, poco lo desarrollado efectivamente por el Reglamento. A juicio de MARTÍNEZ PEREDA, adolece de precipitación y reiteraciones innecesarias, dejando, por tanto, sin llenar muchos huecos del texto legal y siendo criticable dentro de la técnica legislativa. Por todo ello—dice—va a ser preciso dictar un montón de disposiciones que desarrollen diversos extremos, y esto unido a otras muchas que quedan subsistentes por no alcanzarles la cláusula derogatoria de la Ley, va a suponer en poco tiempo un excesivo número de disposiciones de diverso rango, con lo cual la pretendida simplificación legislativa va a resultar ilusoria.

Concluyendo, pone de manifiesto que tanto la Ley como el Reglamento entraron ya incompletos en su vigencia; prueba de ello es la multitud de disposiciones que se han dictado con posterioridad en materia cinegética.

El capítulo II está dedicado a las infracciones. En él, después de poner de relieve las numerosas infracciones que se cometen en materia de caza, algunas de las cuales quedan impunes, se refiere a las clases de infracciones. Frente al criterio de la Ley antigua, que no conocía más que dos clases de infracciones: delitos y faltas, la nueva adopta un sistema tripartido recogido en su artículo 41, al indicar que el incumplimiento de las prescripciones de la Ley podrá ser constitutivo de delito, falta o infracción administrativa cuando así estuviere calificado en la misma.

El capítulo III recoge las disposiciones generales sobre delitos y faltas en materia de caza, separando las normas de carácter procesal de las penales.

En las de carácter procesal se refiere a la competencia sobre delitos y faltas en materia de caza, determinando primero la jurisdicción y la competencia objetiva, para después decir que la funcional y territorial siguen las reglas generales.

En cuanto al procedimiento cree que debe distinguirse entre el de faltas y el de delitos.

Pasando a las normas generales de carácter penal se destaca, en primer término, el carácter supletorio del Código Penal, establecido por la nueva Ley en su artículo 44, que viene también a regir en cuanto a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal—atenuantes y agravantes.

En capítulo aparte se habla de los delitos, en particular, partiendo de una previa introducción, para después hacer un examen del artículo 507 del Código Penal, respecto al cual examina su evolución con objeto de comprender mejor su contenido.

El capítulo V es una mera continuación del anterior en cuanto sigue hablando de los delitos, en particular, haciendo una exposición detallada de los mismos y recogiendo los diversos siguientes supuestos:

1.º Uso de cebos envenenados sin autorización, delito del nuevo texto legal recogido en el apartado *a)* del artículo 42, aunque entiende que el empleo de cebos envenenados sin autorización para constituir delito precisa que lo sea con fin de caza.

2.º Colocación, supresión o alteración de carteles indicadores de la condición cinegética del terreno. Este es el segundo delito que contempla la nueva Ley en su artículo 42, apartado *b)*.

3.º Cazar de noche con luz artificial y armas de fuego o accionadas por gas o aire comprimido. Totalmente nuevo en su redacción es este delito, sancionado en el apartado *c)* del tan citado artículo 42.

4.º Uso indebido de armas rayadas en zonas de seguridad. Este delito, recogido en el apartado *d)* del artículo 42 de la Ley especial, no exige para su perfección un peligro concreto y, por consiguiente, sólo comprende peligro abstracto.

5.º Entrada con medios prohibidos en terrenos de régimen cinegético especial. Señala MARTÍNEZ PEREDA que aunque los antecedentes de este delito son muy remotos y pueden vislumbrarse perfectamente en la Ley de 1902, su formulación actual es totalmente reciente. En torno a esta figura delictiva debe señalarse que comparando el antiguo texto con el actual resulta: *a)* el nuevo sólo alude a entrar, mientras el derogado hacía referencia a ser cogido o encontrado; *b)* el viejo texto, en referencia al lugar de comisión, aludía a «propiedad ajena», y el nuevo lo hace a «terrenos sometidos a régimen cinegético especial».

6.º Cazar sin permiso en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuyo antecedente puede encontrarse en el párrafo 3.º del ar-

título 50 de la Ley de 1902. Comparando el texto derogado con el vigente, aparte de otros distingos por el lugar y medios comisivos, resulta que en la Ley anterior la diferencia entre delito y falta corresponde a la distinción entre caza mayor y menor, al paso que en la nueva Ley se fija un límite cuantitativo de 2.500 pesetas, que es precisamente el límite entre delito y falta en las infracciones patrimoniales.

7.º Cazar teniendo retirada la licencia o encontrándose privado de obtenerla. Su antecedente hay que encontrarlo en la Ley de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor. El delito, en este caso, se comete teniendo retirada la licencia o estando privado de obtenerla, por lo que quedan fuera de dicho alcance otras actividades ilícitas contra lo dispuesto en la Ley especial, que no suponen actividad de caza.

8.º Transformación delictiva por reincidencia. El último delito que contempla la nueva Ley—como dice el autor—es el que aparece en el apartado *h)* del artículo 42, bajo la siguiente redacción: «El que cometa alguna de las infracciones comprendidas en el artículo siguiente habiendo sido ejecutoriamente condenado con anterioridad dos veces por delito o tres por faltas de las previstas en la presente Ley.»

El capítulo VI está dedicado a las faltas de caza. En introducción previa se pone de manifiesto que las catorce figuras que forman las faltas de caza, agrupadas bajo doce apartados del artículo 43, carecen de la necesaria homogeneidad punible. Muchas de ellas—continúa diciendo MARTÍNEZ PEREDA—son infracciones de nuevo cuño y otras no se explica cómo no han sido catalogadas como delito, pues presentan mayor entidad que muchas de este carácter.

Después de poner de relieve que intentar una clasificación resulta difícil por la ausencia de una sistemática interna en la creación de las figuras punibles, cree que para la clasificación pueden utilizarse diversos criterios, optando por separar en el examen de estas infracciones aquellas faltas que suponen actividad cinegética de las que son ajenas a esta actividad. A su vez, dentro de las primeras, las hay de dos clases o grupos: el primero de ellos exige un resultado y los demás, que no requieren resultado, constituyen infracciones formales o de pura actividad.

Para la mejor comprensión adjunta un cuadro sinóptico, que representa el orden a seguir en la clasificación.

Como se ha anticipado, son numerosas las faltas de caza que el autor contempla y expone a lo largo de diversos apartados de este capítulo VI. Considera las siguientes:

1.ª Cazar sin permiso en terreno sometido a régimen cinegético especial, siempre que el valor cinegético de lo cazado no exceda de 2.500 pesetas.

2.ª Falta de peligro concreto, o sea, cazar cuando la lluvia, nieve, niebla, falta de luz u otras causas similares reduzcan la visibilidad de forma tal que pueda producirse peligro para las personas o los bienes.

3.ª Uso indebido de escopetas de caza en zonas de seguridad.

4.ª Cazar en las proximidades de lugares concurridos o donde se estén celebrando actos públicos. En torno a esto dice MARTÍNEZ PEREDA que debe exigirse al autor de la falta el conocimiento de que caza en proximidades de lugar concurrido o en el que se celebra un acto público, pues de no ser así convertiríamos la actividad lícita de cazar en sancionable por la concurrencia de personas, hecho no abarcado por el dolo, creando así una condición objetiva de punibilidad, lo que no parece justo.

5.^a Cazar con armas que disparen ráfagas o provistas de silenciador. Aquí no importa para nada el lugar de comisión, pues su nota específica radica en el empleo de ciertos medios, y en caso de realizarse en lugar prohibido, se produciría un concurso de infracciones. La *ratio legis* de la falta consistente en cazar con armas que disparen ráfagas es tanto la seguridad de las personas como la protección de la riqueza cinegética, mientras que la de cazar con armas provistas de silenciador es sólo la seguridad de las personas.

6.^a Utilizar explosivos con fines de caza cuando formen parte de municiones o artificios no autorizados.

7.^a Cazar con municiones no autorizadas. Considera el autor que este precepto constituye una Ley penal en blanco y el Reglamento debiera haber llenado esta laguna indicando qué municiones no son autorizadas, pero directamente nada ha realizado al respecto.

8.^a Cazar en línea de retranca utilizando arma larga rayada. Debe advertirse que la Ley sigue conservando, entre las prohibiciones del artículo 31, como constitutiva de infracción administrativa, la de «cazar en línea de retranca, tanto si se trata de caza mayor como menor, fuera de los terrenos de régimen cinegético especial en los que tenga lugar un ojeo o batida». Resulta claro, afirma el autor, la existencia de una evidente diferencia en el alcance entre ambas infracciones. La infracción administrativa atiende sólo a evitar a los ajenos a la cacería el aprovechamiento y estorbo de aquélla y también impedir esquilmar la caza, mientras que la falta, como la mayoría de las de carácter cinegético, atiende al peligro que puede representar para los cazadores una línea de retranca con arma rayada larga, que debido a su alcance puede producir lesiones y muertes.

9.^a Cazar desde aeronave, automóvil o cualquier otro medio de locomoción.

10.^a Transportar en vehículos armas desenfundadas y listas para su uso, aun cuando no estuviesen cargadas. Esta falta ocupa un lugar intermedio entre las que suponen actividad cinegética y las que son carentes de dicha actividad, representando, en cierto modo, una actividad preparatoria de caza. La finalidad perseguida con esta falta es la seguridad de las personas, pero no está ajena tampoco la protección de las especies, para evitar así—dice el autor—la tentación, tal vez demasiado fuerte, de que teniendo la escopeta lista se aproveche para disparar desde el vehículo.

11.^a Comerciar con especies protegidas o piezas no permitidas. La actividad de esta falta está constituida por «comerciar». Por tal debe entenderse, a juicio de MARTÍNEZ PEREDA, la venta, la negociación y la transformación para la venta, señalando incluso que lo que prohíbe el precepto es comerciar, pero no la compra para el consumo propio o familiar.

12.^a Aprovechamiento de la caza ajena mediante artificios, o sea, abrir portillos en cercas o vallados o construir trampas, barreras o cualquier otro dispositivo que sirva o pueda servir para beneficiarse de la caza ajena. Esta infracción no constituye caza, ya que en el supuesto de que fuera con finalidad de caza y se emplearen tales medios se incurriría en el delito del apartado c) del artículo 42, en caso de terrenos sometidos a régimen cinegético especial, o la infracción administrativa número 18 del artículo 31 de la Ley.

13.^a Destruir o dañar instalaciones destinadas a la protección o fomento de la caza, así como los signos o letreros que señalicen el régimen cinegético de los terrenos.

En el capítulo VII se habla de las penas en materia de caza. Comenzando con unas normas generales, en las que se destacan las penas que sancionaba la antigua Ley de Caza y las establecidas por la nueva, y después de poner de manifiesto que la nueva Ley, al ofrecer al juzgador, tanto en delitos como en faltas, dos penas alternativas: una, privativa de libertad y, otra, pecuniaria, permite una mayor individualización y mejor adaptabilidad a las condiciones del hecho y del culpable; hace referencia a otra pena establecida por la vigente Ley con carácter general para los delitos. Se refiere a la retirada de la licencia o privación de obtenerla.

Otra pena que también estudia y que aparece establecida en la Ley especial, pero sólo para el delito previsto en el apartado c) del artículo 42, esto es, para los que cazaren de noche con armas de fuego o accionadas por gas o aire comprimido, auxiliándose con los focos de un vehículo o motor o con cualquier otro dispositivo que emita luz artificial, como facultad de los Tribunales, es la privación del permiso de conducir vehículos de motor. El precepto que establece esta pena es duramente criticado por el autor, que lo califica de desdichado, puesto que privar del permiso de conducir por supuestos ajenos a la conducción resulta—dice—hipótesis desorbitada.

En este mismo capítulo se estudian también otras consecuencias penales que pueden acarrear los delitos, faltas e infracciones administrativas en materia de caza. Se trata simplemente del comiso y de la retirada de armas.

El capítulo VIII está dedicado a las responsabilidades civiles. El autor pone de relieve cómo dentro de un amplio concepto de responsabilidad civil con relación a la Ley especial pueden contemplarse distintos supuestos. En primer lugar, una responsabilidad civil derivada del delito o falta en aquellos casos en que el hecho, además de constituir un ilícito penal, entre dentro del más amplio concepto del ilícito civil.

Ajeno a toda actividad ilícita penal o administrativa—continúa afirmando—existe una responsabilidad civil con base en la culpa extracontractual o aquiliana, que tiene su apoyo en el artículo 1.906 del Código Civil y se refiere a la obligación de responder que tiene el dueño de una heredad cuya caza cause daños en las fincas vecinas.

Finalmente, y en base también a la culpa extracontractual, existe una responsabilidad, nacida incluso del lícito y legítimo ejercicio de la actividad cinegética, cuando con motivo de dicha actuación se ocasionan muertes o lesiones a las personas y daños en las cosas.

Sólo en el primero de estos supuestos, dice MARTÍNEZ PEREDA, constituye una responsabilidad civil satélite o secuela de la penal, pues en los otros se trata de un principio de estricta justicia, consistente en reparar los daños causados con nuestra conducta o por las cosas de que debemos responder, porque las disfrutamos o nos aprovechamos de ellas con su utilización.

De esta forma trata, en primer lugar, de la responsabilidad civil derivada de infracciones a la Ley de Caza, después de la de los daños causados por los animales objeto de caza; en capítulo aparte, y como continuación de las responsabilidades civiles, de la procedente del ejercicio cinegético cuando con dicha conducta se causa muerte o lesiones a las personas o daños a las cosas.

Los principios generales de la responsabilidad del cazador han venido a completarse con las disposiciones del seguro obligatorio, que han tomado por modelo las establecidas para los vehículos de motor. Con ellas se pretende resolver la insolvencia real o presunta del autor del

daño. Por ello, la creación del seguro obligatorio, de que trata el autor, no puede merecer más que elogios, pues en otro caso la insolvencia real o presunta de los responsables haría ilusoria la obligación de reparar el daño causado, que el artículo 1.902 del Código Civil establece en toda amplitud y el párrafo 5.º del artículo 33 de la vigente Ley de Caza reitera y fortalece.

A juicio de MARTÍNEZ PEREDA, esta materia del seguro es lo mejor de la Ley de tantas innovaciones, llena una laguna dejada sentir, resolverá muchos problemas y evitará numerosos desastres familiares y, por ello, continúa diciendo, no debe merecer más que elogios en su conjunto.

El capítulo último de la obra está dedicado a las infracciones administrativas, que tanto en la Ley como en el Reglamento se definen con un doble criterio: positivo, acciones u omisiones voluntarias que vulneran la Ley o el Reglamento, y negativo, que no constituyan delito o falta de caza; son excesivas en número, demasiadas, muchas de ellas—afirma—carecen de la necesaria tipicidad, alguna tiene contenido delictivo y su colocación atendiendo a la gravedad no convence en todos los casos.

A continuación nos ofrece una detallada clasificación de las infracciones administrativas, que, por cierto, el apartado 3.º del artículo 48 de la Ley las clasifica en graves, menos graves y leves, pero el apartado I de dicho precepto abandona al Reglamento su clasificación.

Comienza a estos efectos haciendo una enumeración de las infracciones graves recogidas en el apartado I del artículo 48 del Reglamento y sancionadas con multa de 3.500 hasta 5.000 pesetas. Las menos graves se enumeran en el mismo precepto, apartado 2.º, y se castigan con multa de 2.000 hasta 3.500 pesetas. Finalmente, las infracciones leves aparecen definidas en el tan repetido artículo 48, apartado 3.º, sancionándose con multa de 250 hasta 2.000 pesetas.

Después de hacer una amplia y exhaustiva enumeración de las infracciones administrativas indica que la colocación de una infracción con uno u otro carácter tiene por consecuencia no sólo la cuantía de la multa, mas elevada según la gravedad, sino otras consecuencias, pues la reincidencia en infracciones graves o menos graves lleva consigo la retirada de la licencia de caza o la privación de obtenerla por un tiempo comprendido entre dos meses y un año.

MARTÍNEZ PEREDA termina su estudio con las disposiciones comunes y el procedimiento. A estos últimos efectos pone de relieve que la competencia corresponde al Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. El expediente puede iniciarse de oficio o por denuncia y la tramitación se rige por lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

A lo largo de la obra, debido a tratarse en muchos puntos de disposiciones totalmente nuevas y no poder encontrar antecedentes en textos derogados, el autor ha creído preciso utilizar el Anteproyecto, el Proyecto y sus enmiendas e incluso textos legales ajenos a la materia cinegética.

MARTÍNEZ PEREDA nos ofrece una obra muy completa sobre la nueva Ley y el Reglamento de Caza, amena en su lectura, sustanciosa en contenido, útil para los profesionales del Derecho y para todos cuantos se sienten interesados por estos temas. En suma, los aficionados a esta extendida actividad deportiva están de enhorabuena al encontrar en la obra de MARTÍNEZ PEREDA un magnífico manual de consulta para solucionar muchas dudas que en materia de caza puedan suscitárseles.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*. Universidad de Camerino. Escuela de Perfeccionamiento en Derecho Civil. Ed Jovene, 1971, págs. III-203.

Si alguna crítica hubiera de hacerse al libro de PERLINGIERI no podría nunca ser mejor ni más auténtica de la que el propio autor formula en unas frases iniciales, que podríamos llamar explicativas, de su obra: «En estas páginas han sido recogidas un cierto número de lecciones del curso de 'Derecho Civil' para el año académico 1969-1970. Se trata de consideraciones parciales y plagadas de lagunas, que en la forma conservan un tono de diálogo, con la finalidad de favorecer a los estudiantes, a quienes exclusivamente van destinadas.»

Estudiante, que es participio presente, me predico; como estudioso se me plantea el problema del crédito que haya de otorgarse a opiniones que versando sobre problemas jurídicos fundamentales no vienen contrastadas, al menos en el texto, con los estudios y los criterios del resto de la doctrina. Atención sí ha de prestarse por dos razones: en primer lugar, para que estas notas sean constructivas; en segundo, porque nos consta que cuando PERLINGIERI lo pretende sabe hacer un trabajo riguroso, agotando las citas doctrinales, favorezcan o no a su tesis.

Estando a la temática desarrollada, la importancia del trabajo es evidente: situaciones jurídicas reales y situaciones jurídicas personales; crítica de los tradicionales criterios diferenciadores (pág. 3); teoría de las fuentes (pág. 9); conexión entre la teoría de la propiedad y la teoría de la iniciativa económica (pág. 51); potestad, derecho subjetivo, función social e interés legítimo (pág. 79); norma definitiva y norma vinculante (página 81); noción de *status* (pág. 90); relación jurídica (pág. 94); *appartenenza* y *spettanza* (pág. 106); sucesión de los sujetos en la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas (pág. 119); crisis de la teoría de los bienes y de la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo (pág. 140); negocios unilaterales y negocios bilaterales: insuficiencia de la distinción (pág. 154); crisis de la dicotomía Derecho público-Derecho privado (pág. 158); concepto de goce (pág. 165); poder de disposición (pág. 168); crisis del concepto de sociedad (pág. 181); servidumbre: incorrección de la definición tradicional (pág. 192); actos de emulación (página 196).

El libro es, pues, como dirían los italianos, *impegnativo*, o lo que podría ser lo mismo, con la incorrección del traducir las palabras, de por sí incorrectas, un libro en el que el autor se empeña comprometiéndose. Siguiendo en esta misma línea, vamos a intentar descubrir, exponiéndolas con claridad, las ideas fundamentales, motrices, del mismo, en lo que gan de manifiesto los errores nuestros.

Las lecciones pueden dividirse en tres partes, conectadas entre sí. En la primera se considera el método a seguir y los aspectos a tener en cuenta para un estudio completo en tema de propiedad, prestando atención especial a las normas constitucionales sobre la institución; en la segunda se trata de precisar la definición de la misma; por último, se estudia en la tercera la teoría de los límites.

Hasta ahora—dice PERLINGIERI—la problemática de la propiedad había sido estudiada prevalentemente con relación a las normas del Código Civil. Tal perspectiva es unilateral. Para individualizar la noción (o las nociones) de «propiedad» es necesaria una atenta investigación del Derecho positivo, es útil el examen histórico del instituto, pero no basta, como no basta el examen de la sociedad en la que se hace presente el

instituto. Es necesario, además, recurrir al estudio analítico del entero ordenamiento jurídico vigente. Son las fuentes normativas las que dan juridicidad y consistencia al derecho de propiedad. Juridicidad, en cuanto es ciertamente configurable un ordenamiento jurídico que no contemple ciertas formas de propiedad. Consistencia, en cuanto el diverso sistema de las fuentes, la diferente jerarquía normativa que cada ordenamiento establece, tiene directa repercusión en tema de propiedad. Para el ordenamiento jurídico italiano, la Constitución es la norma primaria que, en su conjunto, debe encontrar inmediata vigencia. Vienen después las leyes ordinarias, nacionales, regionales, provinciales, los reglamentos, los usos.

En la Constitución, la propiedad viene regulada en el título III, que lleva el título de «Relaciones económicas». Las reflexiones más importantes apuntadas por PERLINGIERI, a la luz de las normas de la Constitución, son las siguientes: se aprecia en la Constitución una visión solidaria que no se identifica con el logro de una mayor productividad, sino que, por el contrario, se inspira en la realización de la persona humana, en el respeto de la dignidad del hombre. La Constitución garantiza, en consecuencia, la propiedad personal y la propiedad colectiva. La propiedad ha de ser estudiada en su aspecto dinámico, en relación con la empresa. El empresario no ha de ser necesariamente propietario.

El estudio de los preceptos constitucionales hace que PERLINGIERI ponga en tela de juicio o niegue la corrección de algunas afirmaciones comunes en tema de propiedad, tales como su carácter «real», «inmediato», «absoluto», «individual», «exclusivo» e «ilimitado», concluyendo con la afirmación de una crisis de la noción unitaria de la «propiedad». Se puede, en efecto, hablar de propiedad de un bien de producción, de una empresa de carácter o interés nacional, de una propiedad personal, comunitaria, colectiva, cooperativa, etc. El mínimo común denominador entre estas diversas figuras de propiedad es tan tenue, que al intérprete interesa subrayar las diferencias en vez de aquello que tengan en común.

Por lo que se refiere al concepto de propiedad, afirma el autor la necesidad de profundizar en el mismo sin contentarse con la definición recogida en el Código Civil. Según PERLINGIERI, la propiedad es SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA, si estudiada con referencia a la situación «propiedad», que, a su vez, hace referencia al sujeto titular; contemporánea y necesariamente, es RELACIÓN JURÍDICA, si estudiada en relación a las demás situaciones jurídicas subjetivas que no se refieran al titular de la propiedad. Es, además, INSTITUTO JURÍDICO, porque la propiedad constituye un conjunto de normas que se refieren a un hecho o situación socialmente relevante.

La propiedad es una situación jurídica subjetiva, pero no se puede reducir a un derecho subjetivo, en cuanto, además de situaciones activas o de ventaja, contiene también situaciones pasivas o de desventaja, concretizadas en límites, obligaciones, cargas, de distinta naturaleza. Es, pues, una situación jurídica subjetiva típica compleja—se dice que la historia de la propiedad es la del paso del derecho subjetivo a la potestad.

La propiedad es relación jurídica que, bajo el perfil estructural, es relación objetiva que se establece entre dos situaciones subjetivas, constituyentes cada una de ellas un centro de intereses, y bajo el perfil funcional, es la regulación que se establece del conflicto de estos intereses. Estas situaciones jurídicas se encuentran en una relación de cooperación, de colaboración, de interdependencia. Las expresiones «situación activa» y «situación pasiva» son sólo cuantitativas, no cualitativas ni caracterizantes de la institución. La noción de sujeto, por otra parte, no hace referencia a la existencia de la situación jurídica activa o pasiva, sino que se refiere solamente a la titularidad de la misma y a su ejercicio.

La propiedad, entendida como instituto jurídico, es la resultante de

un conjunto de normas. Ahora bien, ¿instituto unitario o pluralidad de institutos? PERLINGIERI afirma que existe un instituto madre unitario: la propiedad genérica, y, además, particulares formas de propiedad con autonomía, sea bajo el perfil de la tipicidad normativa, sea bajo el perfil de la tipicidad meramente social.

Las formas de propiedad, en realidad, tienen en común sola o prevalentemente el perfil estructural, en modo tal que se puede afirmar respecto de todas ellas que los terceros, o sea, todos los que no son titulares de aquella situación jurídica, están obligados a no interferir en el goce o la utilización del bien. Pero esto es sólo el aspecto negativo de la propiedad. No puede ser, por consiguiente, este solo aspecto estructural el que caracterice el derecho de propiedad. Aquello que caracteriza el derecho de propiedad es el interés que justifica la no injerencia, el aspecto funcional. Ahora bien, si el interés sirve de principio de individualización del instituto y la disciplina positiva muestra una multiplicidad de intereses, esta multiplicidad comporta una pluralidad de formas de propiedad.

Por lo que se refiere a la teoría de los límites, es éste un tema que, siguiendo a PERLINGIERI, sólo puede ser afrontado conscientemente después de haber realizado una investigación, de carácter más práctico que dogmático, con referencia a los conceptos de «goce», de «disfrute», de «límites».

La noción de «goce», en sentido estricto, implica la existencia de una relación de inmediatidad entre el bien y aquel que realiza el acto de disposición negocial o material. Por «disposición» se puede entender no sólo un acto negocial o voluntario—sea por lo que se refiere a la disposición que crea situaciones jurídicas favorables a terceros, sea por lo que hace referencia a las posibilidades de elección del destino económico que se ha de dar a un bien—, sino también un «acto de disposición material» preparatorio sin más de una disposición jurídica. Con referencia a cada una de las acepciones señaladas a estos conceptos se puede construir una teoría de los límites.

Ahora bien, ¿qué se entiende por límites a la propiedad? PERLINGIERI señala como tales los siguientes: el límite en sentido técnico, que es el instrumento mediante el cual el interés público o el privado circunscriben el derecho del titular, sacrificando su extensión y deteriorándolo; la servidumbre, entendida como la relación que encierra una utilidad para una situación jurídica subjetiva y un peso o desventaja para otra situación jurídica subjetiva—situación jurídica subjetiva dominante y situación jurídica subjetiva sirviente—; vínculos con contenido positivo que hacen referencia al objeto de la prestación—tributos, por ejemplo—; servidumbres legales; expropiación, requisición, confiscación, *ammassi*, prohibición hecha al propietario de oponerse a algunas actividades de los terceros que no tenga interés especial en excluir.

Hasta aquí las que hemos creído líneas fundamentales de la obra. Se puede o no estar de acuerdo con las posiciones mantenidas por PERLINGIERI. En todo caso, la lectura, reflexionada y crítica, de su libro, aparece provechosa.

CARLOS ROGEL VIDE

RANIERI, FILIPPO: *Rinuncia tacita e verwirkung*. Publicaciones del Instituto de Derecho Privado y Comparado de la Universidad de Milán. Padua, Cedam., 1971.

El libro consta de ocho capítulos. Capítulo I: PRINCIPIO DE BUENA FE Y FICCIÓN DE UNA VOLUNTAD TÁCITA. Se propone, como objeto

de la investigación, el estudio de un principio equitativo, en base al cual, si alguno espera un tiempo tal para hacer valer su propio derecho que, a causa de su comportamiento anterior, se origina en el sujeto obligado la legítima confianza de que el derecho no será ya ejercitado, aquél puede verse privado de la posibilidad de ejercitar el derecho mismo. En el Derecho alemán y en el suizo tal orientación se concreta en la doctrina de la *Verwirkung* (1), y encuentra su justificación y encuadramiento sistemático en la doctrina del abuso del derecho (*Rechtsmissbrauch*).

RANIERI se propone demostrar cómo en los ordenamientos latinos esta solución se esconde, por regla general, en el recurso a la ficción de un tácito acto del titular del derecho, renunciando a éste o prestando su aquiescencia a la violación.

El método oportuno para lograr este propósito no sería el de considerar, trasladándolas, las meras fórmulas doctrinales, sino el de estudiar comparativamente la praxis de los Tribunales.

Capítulo II: LA INSTITUCION GERMANICA DE LA VERWIRKUNG COMO HIPOTESIS DE ABUSO DEL DERECHO. Prescindiendo de antecedentes más o menos claros, es en relación con los llamados derechos a la revalorización monetaria, después de la primera guerra mundial, cuando se constata claramente en la jurisprudencia alemana la aplicación de la doctrina de la *Verwirkung*, que posteriormente se extiende al entero campo del Derecho privado. (La Ley permitió a los acreedores determinadas acciones dirigidas a revalorizar sus créditos (*Aufwertungsansprüche*). La jurisprudencia entendió entonces que no cabía admitir que el deudor, sobre todo cuando ya había pagado la deuda, tuviera que estar mucho tiempo esperando a saber si el acreedor pediría o no la revalorización, y que el derecho a solicitarla no podía ser ejercitado cuando el acreedor, con su inactividad, había permitido que el deudor creyera que la pretensión de revalorización no había de ser ya ejercitada.)

Para justificar teóricamente ésta se habla sucesivamente de la prohibición de causar un daño contrario a las buenas costumbres, de una interpretación según buena fe de las cláusulas contractuales, de renuncia tácita. Más tarde, abandonando todo esquema negocial, se hace referencia a una violación objetiva de la buena fe, a una prohibición del *venire contra factum proprium*; hoy es considerada como la hipótesis más importante del abuso del derecho por la doctrina alemana, que tiende a delimitarla sistemáticamente de la renuncia tácita, de la prescripción y de la caducidad.

Capítulo III: LAS APLICACIONES DE LA DOCTRINA DE LA VERWIRKUNG EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA. Hipótesis típicas de aplicación son delimitadas por los Tribunales en materia de derecho industrial, derecho del trabajo, casos de aquiescencia del acreedor a la prestación inexacta, arrendamientos y derecho al resarcimiento de los daños.

Capítulo IV: DOCTRINA DE LA VERWIRKUNG Y RENUNCIA TÁCITA. Según RANIERI, el rigor con que la noción de *Verwirkung* viene conducida al principio de prohibición del abuso del derecho es más

(1) "El término es de traducción muy difícil. En un sentido muy amplio y vulgar puede equivaler a "caducidad", pero, en rigor, la palabra caducidad expresa entre nosotros una figura jurídica muy concreta y precisa. Podría acaso traducirse por "preclusión", sin expresar tampoco demasiado exactamente esta idea... Una traducción literal nos llevaría seguramente a hablar de una "deseñecia". ("Wirkung" es efecto, eficacia; el prefijo "ver", que en alemán se utiliza con frecuencia como refuerzo de la raíz, posee aquí un sentido de privación.) Ello obligaría a crear un neologismo de muy difícil admisión. Se conserva por ello la palabra en su idioma originaria." Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pág. 94, nota 30.

aparente que real. No sólo en el plano terminológico, sino también en el dogmático, la noción de abuso se entrecruza con la de renuncia tácita. En efecto, la jurisprudencia no admite jamás la aplicación de la *Verwirkung* cuando falten los requisitos necesarios para configurar una renuncia tácita; teóricamente, en cambio, debería operar en los casos de sujeto incapaz o derecho indisponible. La teoría de la renuncia tácita planteaba dos problemas: la renuncia unilateral no es apta para extinguir un derecho de crédito (§ 397 BGB); el error sobre la declaración legitima siempre la anulación del negocio (§ 119 BGB). En el afán de superar estos inconvenientes se produce la superación del esquema negocial. No obstante, la idea originaria de la renuncia tácita, como se ha dicho, sigue latente.

Concluye RANIERI este capítulo señalando que con el instrumento de la *Verwirkung* se ha venido tipificando toda una serie de hipótesis preterlegales de pérdida de derecho, que se superponen a la reglamentación legal de la prescripción y la caducidad, lo cual puede minar en la base la seguridad de todo el ordenamiento jurídico.

Capítulo V: FICCION DE UNA RENUNCIA TACITA Y CADUCIDAD DE UN DERECHO EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOS. Dejando a un lado el problema del desarrollo en los ordenamientos latinos del principio general de buena fe y de la doctrina de la *Verwirkung*, propone el autor estudiar cuáles problemas sustanciales práctico-jurídicos sean resueltos mediante la doctrina de la *Verwirkung* y cómo los mismos conflictos de intereses hayan sido resueltos en los ordenamientos latinos. En una serie de sentencias, tanto los jueces franceses como los italianos, si bien manteniéndose en abstracto, fieles al principio en virtud del cual la renuncia ha de ser siempre un acto voluntario, aplican la institución de la renuncia tácita con gran amplitud, incluso en los casos en que la voluntad de hacer dejación del derecho, si bien afirmada en las sentencias, aparece dudosa. La individuación de un acto de renuncia en el comportamiento del titular del derecho responde, sin que los jueces se den cuenta, a la exigencia de tutelar aquella expectativa, aquella confianza suscitada en la otra parte respecto al abandono del derecho. En sustancia, y para RANIERI, no se trata del mismo principio en que concretamente se inspira la jurisprudencia alemana al aplicar la doctrina de la *Verwirkung*.

Capítulo VI: RENUNCIA Y AQUIESCENCIA TACITA EN LA PRAXIS DE LOS DERECHOS LATINOS. En las hipótesis típicas en que los Tribunales alemanes recurren a la doctrina de la *Verwirkung*: derecho del trabajo, aquiescencia a una prestación inexacta, aquiescencia a la violación de ciertos derechos, etc., la praxis francesa e italiana recurre a la noción de renuncia tácita, que se resuelve muchas veces en una ficción a la que se recurre para tutelar una situación de confianza en el abandono del derecho que su titular ha suscitado con la propia actitud. No obstante, y no puesto formalmente en duda el que un abandono del derecho no pueda producirse sino en fuerza de un acto de voluntad, se pueden constatar incoherencias y discontinuidad de la praxis.

Capítulo VII: AQUIESCENCIA Y DECADENCIA EN MATERIA DE DERECHOS SOBRE SIGNOS DISTINTIVOS. El ejemplo más significativo, del cual se puede constatar cómo a los juristas italianos y franceses sea en ocasiones absolutamente extraña la idea de la necesidad de tutelar el estado de confianza suscitado por quien, de manera ambigua, no ejerce el propio derecho, viene representado por la insensibilidad que muestran a la necesidad de tutelar la confianza surgida en el usuario de una marca, después de que el titular del signo no haya reaccionado durante largo tiempo frente al uso contrario a su derecho. No obstante,

RANIERI opina que el artículo 48 de la Ley sobre marcas italiana (*la valida del brevetto, quando il marchio sia stato pubblicamente usato in buona fede per cinque anni senza contestazione... non può essere impugnata per il motivo che la parola, figura o segno che lo costituisce può confondersi con una parola, figura o segno altrui, già conosciuto alla data della domanda, come distintivo di prodotti o merci dello stesso genere*) codifica la solución lograda en Alemania a través de la *Verwirkung*, eliminando muchos de sus inconvenientes.

Capítulo VIII: CONCLUSIONES. Tanto en el Derecho privado alemán como en el francés y el italiano, es un hecho constatable el abandono del dogma, según el cual un sujeto puede perder su derecho sólo como consecuencia de un propio y libre acto de voluntad (o de una precisa disposición legal). Este sacrificio del dogma de la voluntad, en favor de la tutela de la confianza suscitada, es realizado en los tres ordenamientos con instrumentos jurídicos distintos. En el Derecho alemán, el principio se ha concretado en la doctrina de la *Verwirkung*, encuadrada teóricamente en el abuso derecho; limitada, en la práctica, a las hipótesis en que sea posible, en vía de principio, un acto de renuncia del titular del derecho. En el Derecho francés y el italiano se ha constatado cómo recurriendo a la renuncia tácita, que se resuelve a veces en ficción, se llega a las mismas soluciones logradas con la *Verwirkung*. Los jueces alemanes se inclinan por una jurisprudencia de equidad, con los consiguientes riesgos de una confusión en el individuar los criterios de decisión y de una peligrosa desvalorización de la certeza del derecho. En el Derecho italiano y el francés, anclados los jueces al principio tradicional voluntarístico, se constata un fenómeno completamente opuesto. Es de este pre-concepto, a decir de RANIERI, del que se ha de prescindir; no se predica con esto la bondad de una «prescripción de hecho»; la inercia es ya objeto de una precisa valoración legal: la Ley determina cuál sea el tiempo necesario para que ésta comporte la pérdida del derecho. Problema distinto y autónomo se da cuando el titular de un derecho suscita con su propia actitud una justificada confianza, surgida en la otra parte. En este caso, como consecuencia del principio de la autorresponsabilidad, se justifica que se puedan poner a su cargo los efectos de un abandono del derecho, aunque no lo haya querido; naturalmente, la existencia de esta confianza ha de constatarse de modo riguroso.

NOTA CRÍTICA. Rigor en la investigación; método que se podría suscribir; resultados que, siendo encomiables, podrían ser más precisos. Esta es, en resumen, la opinión que nos merece la obra de RANIERI.

Correcto es, en efecto, el estudiar, a la luz de las decisiones jurisprudenciales, una institución que tiene un origen jurisprudencial. Lo mismo se debe hacer, y lo ha hecho el autor, para constatar o no la existencia de soluciones semejantes para idénticos problemas en los ordenamientos latinos.

Ahora bien, RANIERI, y lo dice al comienzo de su obra, se propone el estudio de una institución que, si operante, ha de tener un contenido, unas notas que es necesario conocer para identificarla.

Quizá esto no se haya hecho, limitándose a enumerar las decisiones de la jurisprudencia sin abstraer la esencia última de la institución. De la consideración atenta de la casuística recogida no parece fácil este propósito. Se dice, en efecto, que no es importante el transcurso del tiempo, sino la confianza suscitada (pág. 35); que se abandona todo esquema negocial (pág. 26) prescindiendo de la consideración de la voluntad del titular del derecho. Pero se dice también que es relevante no sólo la negligencia del acreedor, sino también el comportamiento de la otra parte, que ha de actuar de buena fe (pág. 28); que aun cuando la *Verwirkung* sea considerada hoy la hipótesis más importante del abuso

del derecho, su inclusión en esta teoría es más aparente que real (página 43), pues en la praxis, la jurisprudencia no ha admitido nunca un caso de *Verwirkung* cuando faltasen los requisitos necesarios para configurar una renuncia tácita (pág. 46). Afirmaciones, en fin, no demasiado claras, en algún modo contrapuestas, que no permiten por sí solas el formarse una idea clara de la institución, al referirse unas veces a criterios objetivos de apreciación; en otras, haciendo referencia a la consideración de la intención, negligencia, voluntad de tácita renuncia del titular del derecho. Poco claro resulta también el encuadramiento teórico de la *Verwirkung* en la doctrina del abuso del derecho, al afirmar el carácter meramente teórico de la misma. Así, pues, incertidumbre no superada.

Dudoso es, por otra parte, cómo de la constatación de una serie de sentencias en que los jueces franceses e italianos interpretaron de un modo no restrictivo la existencia de una tácita voluntad de renuncia, se pueda deducir que la solución a que se llega en Alemania mediante la *Verwirkung* se logra en los ordenamientos latinos recurriendo a un tácito acto del titular del derecho renunciando a ése o permitiendo su violación (pág. 2), sobre todo cuando se dice que la praxis judicial en estos países es incierta y discontinua en una serie de supuestos encuadrados en la *Verwirkung* (pág. 106), mientras que en otros no se admite esta solución (pág. 108).

A la *Verwirkung* se llega, y son palabras de RANIERI, mediante un artificio, en cuanto que originariamente el principio de buena fe del parágrafo 242 del BGB había sido formulado no para corregir o eliminar las normas del Código, sino simplemente para hacer más segura la interpretación y coordinación (pág. 62).

Mediante una jurisprudencia de equidad, con los peligros que lleva aparejados de genericidad y confusión en la individuación de los criterios de decisión, de peligrosa desvalorización de la certeza del derecho, a través de la figura que venimos considerando, se han tipificado toda una serie de hipótesis preterlegales de pérdida del derecho que se superponen a la regulación legal de la prescripción y la caducidad. En la medida en que esto suceda termina por ser comprometida e infringida, en daño del titular del derecho y de los terceros, la certeza de las relaciones jurídicas; viene así, en último análisis, a ser ignorada precisamente la finalidad en virtud de la cual la doctrina de la preclusión de la acción había sido elaborada (pág. 64). A esto quizá pudiera añadirse el origen histórico de la institución (pág. 14), que obedece a razones excepcionales que se han querido generalizar.

Decisiva, se dice (pág. 53), es la exigencia de tutelar, prescindiendo del interés del titular del derecho, el interés social de la certeza del derecho y, más específicamente, la confianza de los terceros, que el ambiguo comportamiento (positivo o negativo) del titular del derecho podría perjudicar. Se podría objetar que en ocasiones es la certeza en las relaciones jurídicas la que se ve perjudicada; respecto a la confianza surgida en los terceros cabe preguntarse, estando dentro de los plazos de ejercicio del derecho, en base a qué razones habría de surgir ésta, lo que equivale a proponer una interpretación restrictiva de los supuestos en que la confianza en no verse obligados a cumplir una obligación a la que estamos sometidos, confianza que surge con gran facilidad, ha de ser jurídicamente protegible. Más rigurosos aún se ha de ser para reconocer que esta confianza ha de privar sobre la posición del titular del derecho subjetivo, que no tiene simplemente confianza, sino, en principio, seguridad en que ser áptegido por la Ley para ejercitar las acciones derivadas del mismo dentro de los plazos legalmente establecidos.

Por el contrario, la jurisprudencia alemana y suiza, en la aplicación de la doctrina de la *Verwirkung*, frecuentemente ha mostrado una con-

descendencia excesiva con referencia al sujeto cuya confianza ha sido suscitada (pág. 119), a partir del párrafo 242 del BGB, entendido como expresión de un principio general del Derecho privado dotado de una eficacia normativa inmediata, en virtud del cual el juez puede obrar como legislador con la posibilidad de crear normas allí donde falten o de modificar efectos considerados inicuos de normas existentes (página 63).

En definitiva, y para concluir, lo que claramente parece constatarse con la doctrina de la *Verwirkung*, «especie de prescripción de hecho» (página 3), es la necesidad de agilizar, reduciéndolos, los plazos de prescripción, «sociológicamente superados». Tal solución parece apuntar el artículo 48 de la Ley sobre marcas italiana, que, a decir de RANIERI (página Institutos de Crédito a Medio y Largo Plazo y de las Cajas de Ahorro (la con la exigencia de la certeza del derecho, eliminando las dificultades de prueba y valoración a las que se ven abocadas las aplicaciones jurisprudenciales de la doctrina de la *Verwirkung*. Ahora bien, ésta no es misión del juez. Es tarea del legislador.

CARLOS ROGEL VIDE

SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Organización y control del sector empresarial público en España*. Instituto de Estudios Administrativos (Escuela Nacional de Administración Pública). Madrid, 1971, 278 págs.

El contenido de esta monografía constituye la tesis doctoral de su autor, leída en la Universidad de Valencia el 13 de enero de 1971, que obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*, según se expresa al principio de la misma.

La aparente dicotomía que nos sugiere el título de la obra se resuelve conforme avanzamos en su lectura, que nos revela la unidad esencial de los términos empresa pública y control—según el pensamiento del autor—. En una primera parte se estudia el marco legislativo de la empresa pública en España; se manifiesta la dispersa normativa y la falta de un régimen unitario; se reflexiona sobre las irregularidades, desde el punto de vista estructural y orgánico, que afectan al sector, y se esbozan unas líneas generales cara a un futuro estatuto de la empresa pública en España. La segunda y tercera parte de la obra se destinan al control y, respectivamente, a la teoría general del control y al control en España; para SOSA WAGNER, el punto más interesante para un estudio o análisis de la empresa pública desde la perspectiva del Derecho público es el control, que es lo que define el grado o *status* de publicidad de una empresa. La obra concluye con un anexo, en que se recoge un detalle de la participación del INI en las empresas en que es accionista a 31 de diciembre de 1970.

Mas veamos con algún detalle las líneas estructurales del libro:

En la primera parte, y tras una introducción en que se pasa revista a las diversas funciones de la empresa pública en el marco de las relaciones económicas, en un capítulo o apartado 2 se hace un examen del marco legislativo de la empresa pública en España a la luz de los principios constitucionales y de la legislación ordinaria.

La búsqueda de los principios constitucionales lleva a detectar la posición del legislador español ante el fenómeno Estado-empresario; hecho un examen concreto del principio de subsidiariedad, según puede inferirse del Fuero del Trabajo y de la Ley aprobatoria del I Plan de Desarrollo, concluye el autor que no hay obstáculo legal alguno para que el Estado

adopte una actitud de protagonismo económico cuando «lo exijan los intereses supremos de la nación».

Respecto de la legislación ordinaria se estudian: 1) los entes públicos encuadradores de empresas públicas—Instituto Nacional de Industria e Institutos de rédito a Medio y Largo Plazo y de las Cajas de Ahorro (la publicación de la Ley de 19 de junio de 1971 sobre Crédito Oficial obliga a diversas notas a pie de página)—; 2) la Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA); 3) la Ley del Patrimonio del Estado (LPE), en cuanto al capítulo V del título II y título III, y 4) la legislación del Plan de Desarrollo y su incidencia en las empresas públicas: articulación técnica del principio de subsidiariedad, despublificación de las empresas nacionales, modificación del sistema competencial (tutela técnica y tutela financiera), etc.

Visto el marco legislativo, en el apartado 3 el autor pretende dar un concepto de empresa pública que luego valga para el ordenamiento español y fijar cuáles son los estatutos o estatuto y tipos de estas empresas.

En este punto se hace referencia a los conceptos de GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO, VALERO AGÚNDEZ, GIANNINI, DECION y PUTNER, mas para el autor tal concepto ha de sacarse de un análisis del sustantivo «empresa» y ver cómo opera sobre él el adjetivo «pública». Se recogen los criterios de BROSETA en la línea de la coincidencia del concepto jurídico y el económico de la empresa, y en cuanto a que sea la empresa pública, SOSA WAGNER nos dice que «la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público», idea de control que remite a la posibilidad de que el ente público pueda, a través de órganos adecuados, incidir decisivamente en la formación de la voluntad y en la gestión de la empresa y conocer, sancionándolos, en su caso, sus resultados, aunque entendiendo tal publicidad como pasiva, esto es, que «el ente es sólo público en cuanto a su sumisión al ente de cobertura (aspectos organizatorio y de sujeción), pero no en sus relaciones con terceros que fundamentalmente se rigen por el Derecho privado». El apartado concluye con un esquema de las formas que la empresa pública puede adoptar en el ordenamiento español y la normativa aplicable en cada caso.

El apartado 4, y último, de esta primera parte se destina a una recapitulación y a las proposiciones sobre la organización del sector empresarial público español, distinguiendo los problemas de la necesidad de un estatuto para la empresa pública, de la reestructuración del INI y de diversos sectores económicos y de las empresas controladas por el Movimiento y la Organización Sindical.

* * *

La metodología que el autor utiliza en la segunda parte (destinada, como se dijo antes, a la Teoría General del Control) es la siguiente: organización del control—los distintos centros de poder desde los cuales se realizan las operaciones fiscalizadoras—, técnicas de control—las armas jurídicas de que dispone la autoridad controlante—y criterios de control—los distintos índices que utiliza el controlador para manejar las técnicas de que dispone.

Se inicia esta parte de la obra con el examen del concepto y finalidad de la estructura del control y su conexión con los controles de la Administración en orden a la salvaguardia de la legalidad y a la necesidad de que el ordenamiento general sea respetado por la Administración.

En la organización del control se distingue por el autor entre el parlamentario, el del poder ejecutivo, el del poder judicial, el de los Tribunales de Cuentas (sistemas de órgano independiente, órgano creado *ad hoc*

y órganos vinculados estrechamente al legislativo) y el ejercido por el personal o los usuarios de las empresas públicas. El control contable se concibe como de carácter mixto, esto es, ubicado en el marco del poder judicial, realizado por la propia Administración, aunque con carácter independiente, o que sirve, en definitiva, al legislativo.

Aparte los problemas generales de cada uno de estos tipos, se examinan en detalle las soluciones en Derecho comparado y con referencia a los ordenamientos jurídicos de Francia, Inglaterra, Bélgica, Alemania Federal, Italia, Austria, Estados Unidos y Yugoslavia.

Pasa luego el autor a examinar las técnicas de control en sus variedades de control orgánico—relaciones entre el Estado y las empresas de él dependientes en cuanto a la integración de los órganos rectores colegiados de las últimas y articulación de la presencia del Estado en el seno de la empresa—y control funcional en sus formas de previo y posterior.

En cuanto a los criterios de control, se estudian los de «legalidad» y «racionalidad» o «economicidad».

* * *

La tercera parte de la obra se destina al control en España.

En el apartado destinado al control de las Cortes Españolas y sus posibilidades se hace referencia, como instrumentos de control, a la aprobación del presupuesto, la del Plan de Desarrollo, la responsabilidad ministerial y el control de las empresas públicas y las comisiones parlamentarias.

En el apartado sobre el control del poder ejecutivo se examinan las situaciones respecto de los organismos autónomos empresariales sujetos a la LEEA y las especialidades de algunos de ellos, los organismos autónomos no regidos por la LEEA, las Cajas de Ahorro, las empresas nacionales y las empresas públicas de normativa especial, y en los extremos relativos a creación y extinción de las empresas, nombramiento de personal directivo, gestión (presupuestos, precios o tarifas, operaciones de crédito, inversiones, contratos—celebración, informes, autorización previa—, inspecciones, remisión de documentos contables), delegados del Gobierno, delegaciones especiales, suspensión de acuerdos de los órganos colegiados, directrices, etc. La falta de un estatuto unitario obliga en muchos casos a examinar entidad por entidad.

En el apartado destinado al control contable se distinguen las normas aplicables a los organismos autónomos empresariales sujetos a la LEEA, a los no sometidos a la LEEA, a las empresas públicas de normativa especial, y algunos aspectos generales, como son los medios de actuación del Tribunal de Cuentas y las recientes disposiciones sobre elaboración de cuentas económicas de las empresas públicas y sobre la Comisión de planificación contable.

En cuanto al control jurisdiccional, se examinan sus posibilidades respecto del control sobre la creación y disolución de las empresas, sobre los actos concretos de gestión, el control de las empresas públicas en los actos de la Administración tutelante y la exigencia de responsabilidad penal de los dirigentes empresariales.

Al tratar del control de los usuarios y trabajadores se nos dice que si en este punto el Derecho comparado se mueve todavía en el terreno de tanteos y experiencias incipientes, el Derecho español se encuentra todavía en una etapa anterior; en el apartado se examina someramente el sistema vigente y las perspectivas que abren la Ley del II Plan de Desarrollo y la Ley Sindical.

Concluye la tercera parte con un apartado destinado a las futuras formas de control en España. En él, tras unas consideraciones generales

sobre el Estado de Derecho, la idea de control en el Derecho administrativo y las dificultades y especialidades de las técnicas de fiscalización operantes en el seno de la Administración general frente al sector público industrial o comercial, se enlaza con los problemas del estatuto de la empresa pública, con que se finalizaba la primera parte de la obra, destinada a organización.

Y es que para el autor, como pasos previos a una mejora del control, aparecen la clarificación de las funciones de la empresa pública y la extensión del sector industrial público, y la clarificación del estatuto normativo de la empresa pública.

Como puntos en que deben polarizarse los mecanismos de control, se expresa por SOSA WAGNER, en primer lugar, que la aprobación del Plan general de desarrollo económico y, como concreción de él, los planes sectoriales constituyen el marco que va a dar pie para ejercer las funciones de un adecuado control; se sugiere luego la necesidad de evitar la multiplicación y proliferación de los llamados controles *a priori*, pareciendo más útil el mantenimiento de los poderes de nombramiento—y revocación, en su caso—de los dirigentes empresariales en manos de los ministros responsables de la tutela técnica; se resalta cómo debe garantizarse el examen de las cuentas de las empresas públicas a través de un órgano absolutamente independiente; se estima que el cierre del circuito fiscalizador es de la lógica competencia de las Cortes, y se hace referencia a cómo pueden incidir en la materia la participación de los trabajadores o personal y usuarios de la empresa y la inserción del Estado en áreas supranacionales.

Con lo anterior puede tenerse una visión panorámica del plan de la obra y de su contenido; añadamos que es particularmente destacable el buen uso de la bibliografía sobre el tema, tanto española como de los diversos sistemas jurídicos nacionales antes citados.

La monografía constituye una interesante aportación al estudio del Derecho de la empresa—y más en concreto, de la empresa pública—, imprescindible para quienes en lo sucesivo se ocupen del tema. Es de destacar el gran esfuerzo del autor para moldear jurídicamente las exigencias de la realidad, pasando de las necesidades sociales al plano de la construcción dogmática, en este difícil campo del Derecho administrativo económico, dejado en muchas ocasiones al casuismo y la improvisación.

Concluyamos esta recensión señalando que la monografía tiene un gran nivel informativo y de profundización sobre el estado actual de la organización y el control de la empresa pública, con una serie de planteamientos sugerentes de las cuestiones tratadas, y que resulta atractiva no sólo para los estudiosos de estas materias o para los prácticos cuya actividad profesional hace necesaria la consulta de obras de esta naturaleza, sino también para cualquier jurista preocupado por los diversos matices de la intervención del Estado en la vida económica y sus perspectivas en la sociedad moderna.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO