

ALONSO LAMBÁN, MARIANO: *Formulario de actos extrajudiciales de la
súblime arte de la notaria*. (Anónimo aragonés del siglo XVI).
Centenario de la Ley del Notariado, sección 4.^a, volumen III,
Instituto Editorial Reus (CXXXIX y 298 págs., Madrid, 1968).

La obra se abre con un prólogo de GARCÍA ATANCE, breve y emotivo. El Derecho aragonés, más que vivido después de escrito, puede decirse que se ha escrito y aún hoy se está escribiendo, después de vivido, por eso los Protocolos de los Notarios aragoneses historian la aplicación del Derecho aragonés hasta en sus más mínimos detalles. Además el Notario aragonés, durante siglos, ha tenido una organización y profesionalidad original y distinta de la de los demás Notarios españoles y ha hecho aportaciones felices a la doctrina jurídica aragonesa.

Quizá la mejor crítica de esta obra se encuentre en las siguientes palabras del autor del prólogo: "su primer acierto... estriba en considerar previamente la circunstancia histórica general". La obra refleja exactamente la personalidad del autor; por ejemplo, su modestia. En varios pasajes se disculpa por no haber realizado éste o el otro trabajo, ésta o la otra investigación. El libro aporta a la Historia del Derecho una novedad fundamental en la demostración convincente de que MIGUEL MOLINO no pudo ser el autor del Formulario, pese a la opinión contraria, unánime al respecto. ALONSO no llega a averiguar quién fue el autor, pero deja la investigación en punto muy a propósito para poder llegar a conocer con exactitud el verdadero autor de la obra. Son muy curiosas las ideas del autor del Formulario sobre política, Abogados, Jueces, Notarios y llenas de agudas observaciones.

El Formulario no es sólo una colección de fórmulas. Va precedido de un no breve prefacio en que junto a reglas de carácter jurídico sustantivo, se ordenan otras de carácter moral. El estilo literario es recargado y a veces retorcido y oscuro, pero hay que tener en cuenta el momento en que se escribió.

En la brevísima presentación, el autor se excusa: "ni hemos pretendido, ni hemos hecho un estudio histórico-notarial del mismo" (Formulario). "Ha sido audacia para el presentante, aceptar el honor de presentar" y obediencia no debida, sino querida con gusto, al deseo del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza y específicamente al de su Decano don MANUEL GARCÍA ATANCE.

Se abre ahora el magnífico estudio preliminar en 124 páginas de apretado contenido ideológico. ALONSO LAMBÁN divide este trabajo en tres partes. En la primera, se ocupa de la circunstancia de tiempo y lugar; la segunda, tiene por objeto estudiar el autor del Formulario y, la tercera, se titula Portada para una presentación de la obra.

I. MARIANO ALONSO, en las dos densas páginas epigrafiadas: "La circunstancia histórica. Panorama general" nos sitúa, casi mágicamente, en el mundo contemporáneo del autor del Formulario, mediante un juego hábil de fechas y unas pinceladas de fuerte carga histórica.

Se ocupa, después, de la ciudad y las clases sociales, de la gran transformación de Zaragoza, de sus nuevas edificaciones, del rápido aumento del nivel de población, del éxodo de judíos conversos y de la trascendencia de la evolución de las clases sociales. La aristocracia de la sangre pierde fuerza, la riqueza y el saber dan acceso a puestos preeminentes y una burguesía ciudadana se va abriendo paso con gran empuje. Tras estudiar detenidamente el impacto de los judíos y conversos en la vida municipal, sus avatares y su expulsión, se ocupa de los mudéjares, de menor importancia para nuestro propósito.

En el tema de la vida pública y económica, se detiene en "el movimiento redencionista de los vasallos respecto de los señores". En el gobierno de la ciudad no interviene la aristocracia. Zaragoza está dirigida por ciudadanos, burguesía enriquecida y miembros de las profesiones liberales. La ciudad tiene una floreciente vida mercantil coincidiendo con el declive de Barcelona. Los Protocolos notariales muestran una gran actividad de la contratación. En la ciudad se concentra la riqueza en numerario y se produce la desvalorización. Domina el patrón oro en la ciudad, pero el salario se mide por patrón plata. Se construye "una casa de contratación para evitar las reuniones en la Seo y otras Iglesias" y Zaragoza crece, atrayendo artistas de otros lugares.

Se detiene ALONSO LAMBÁN en estudiar a la tierra aragonesa como "tierra de impresores y juristas" y se ocupa, después, de la corrupción social y su reflejo en el Derecho. Estudiando el envés, habla de un Aragón pobre, a veces casi atávico, lleno de demasiado leguleyismo. "En las clases elevadas, si había saber faltaba virtud y en las bajas faltaban saber y virtud". Se produce "una habilísima y funesta revolución con las fuentes" y los juristas "se apoderarán prácticamente del poder legislativo", introducirán solapadamente el Derecho romano y actuarán "contra el genuino y puro espíritu del Derecho de Aragón". A partir del último tercio del siglo XIV los Justicias se convierten en corruptores de la Justicia y las libertades son subterfugio para campar los malos. El legalismo, en esta época, llega a su obsesión. Se busca remedio en aquello de "todo tiempo pasado fue mejor" y se produce el doble fenómeno de un arcaísmo sobre viejas formas y un legalismo que es más leguleyismo romanista.

II. La atribución del Formulario a MIGUEL DEL MOLINO es, según MARIANO ALONSO, relativamente reciente y quizá sea LATASSA quien primero siguió esta línea, pero tras él todos adoptan idéntico derrotero. En páginas sucesivas se ocupa, con cierto detalle, de "este jurista, quizá aragonés, padre putativo de la obra". Se detiene en un breve estudio de las cuatro obras atribuidas a MOLINO y en la *Comunis opinio* sobre la paternidad. Alonso sienta dos afirmaciones como "clarísimas": todos los libros fueron escritos por una misma mano y ésta no fue la de MOLINO. Para lo primero se basa en el paralelismo de contenido que es absoluto, pero sobre todo en la identidad del estilo literario de las cuatro obras. Para lo segundo se apoya en la disparidad de estilos entre el Formulario y el Repertorio (que es indudablemente de MOLINO). En el prologuillo a la "Pro utilitate" del Formulario, se hacen unos elogios de MOLINO y de su repertorio, inadmisibles en la pluma del propio elogiado, que no podía tacharse de soberbio o vanidoso. Quizá se le atribuyó la obra por su título, que leído correctamente proclama a MOLINO autor del Repertorio, lo que es verdad. El propio Formulario se refiere al Reper-

torio como cosa ajena, "debemos, pues, concluir que ni el Formulario ni las otras obras las escribió *micer* MIGUEL DEL MOLINO.

¿Quién las escribió? MARIANO ALONSO deja este problema a la erudición histórico-bibliográfica, pero resalta algunos rasgos característicos de su autor: fue evidentemente persona muy cultivada e incluso erudita, acaso fue clérigo o persona muy formada en materia religiosa y que visitó Alemania. Después se aborda al autor del Formulario, "a través de sus ideas sobre ciertos profesionales", bajo las rúbricas: "los políticos vistos por nuestro autor", "los abogados ante nuestro jurista", "sus ideas acerca de los jueces" y "el oficio de la fe pública".

III. El Formulario apareció en Zaragoza en 1923. El impresor fue Coci. ALONSO trata del aspecto externo de la obra y de su sistemática. El estilo es recargado, retorcido y oscuro, abundante en sinónimos e ideas paralelas, no pobre en vocabulario. Su sintaxis es descuidada en ocasiones. A causa de ciertos giros y construcciones la lectura se hace un tanto fatigosa en ciertos momentos. "Cuando no redacta documentos incide en lo doctoral y admonitorio", pero ofrece al lector "los considerandos de sus advertencias o recomendaciones y (va) desgranando constantemente refranes o frases hechas". Esto no significa una crítica desvalorizadora y "algunos de sus párrafos (los pudiera haber escrito un BALTASAR GRACIÁN)", dice MARIANO ALONSO.

La obra va precedida de un no breve prefacio del que, en frase de ALONSO, puede extraerse un "catecismo notarial". En este terreno MARIANO ALONSO sintetiza el Prefacio y se ocupa: del Notario y su estatuto (el Notario jurista y hombre culto, cuestiones de competencia, selección del notariado, deberes del Notario, responsabilidades, retribución e identificación de los actuantes); el instrumento público (su concepto y reglas generales y estructura del instrumento); los testigos, las copias y el protocolo. Como final se ocupa, MARIANO ALONSO, del tema más espinoso, pero uno de los de mayor interés: "noticias sobre el alcance del instrumento, según los datos contenidos en este catecismo de Derecho notarial aragonés". La doctrina de nuestro autor se limita al punto de la llamada adverbación, pero no se ocupa de la adverbación propiamente dicha, sino del procedimiento de defensa del documento impugnado.

Como final ALONSO LAMBÁN se lamenta de las faltas del trabajo, sugiere un proyecto y formula una invitación, pero "un estúpido accidente de caza" truncó los proyectos e ilusiones y dejó un hueco importantísimo en la bibliografía jurídica aragonesa.

Después se transcribe el texto del Formulario: "Prefatio". Instrucciones, Intitulationes, Introitos, Cláusulas y las Formas, propiamente dichas. La obra concluye con la "Tabla por alfabeto de las precedentes formas", parte utilísima para los Notarios de la época y de gran utilidad para el historiador actual.

MARIANO ALONSO LAMBÁN (q. e. p. d.) ha hecho del "Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría" una pieza viva del mundo del derecho. El notariado aragonés y los historiadores del derecho le deben especial gratitud. Esta recensión sólo quiere ser un acicate a una lectura reposada y útil de la obra en cuestión. Conseguirlo será nuestra mejor recompensa.

E. I. M.

ARNAUD, ANDRÉ-JEAN: *Les origines doctrinales du Code civil français*, Prefacio de Michel Villey, Paris, 1969, 326 págs.

Un libro espléndido que —cosa poco frecuente— ha de interesar tanto al historiador como al jurista. Un estudio realizado desde la filosofía del Derecho, con un método estricto y rigurosamente histórico. Trata de precisar la conexión de la doctrina con ese gran monumento legislativo que significa el Código civil francés del año 1804. Una obra de tanta envergadura no se improvisa y fue posible a los revolucionarios liberales, gracias a una larga tradición de pensamiento jurídico de los siglos XVII y XVIII. Era un código nuevo, con forma y contenido muy distintos a lo anterior, pero sus raíces se entrecruzan y nutren en los esfuerzos de dos siglos, al menos. Si algún día se estudia con detenimiento las fuentes e influencias de nuestro Código civil de 1888-1889 el método de trabajo será muy distinto. Las bases de su contenido, de sus artículos, serán buscadas en los códigos europeos posteriores, además, de algunos preceptos de nuestra legislación patria. Esta es la forma certera en que García Goyena pulsó las fuentes del proyecto de 1851 en sus *Concordancias*. A fines del siglo XIX los diversos códigos inundan Europa, América. En contraste, el Código de los franceses es obra nueva, cabeza de serie. Y sus antecedentes —aparte los proyectos anteriores— no son los Códigos, por tanto. En verdad que en él se encuentra presente el Derecho romano, como las costumbres francesas y las Ordenanzas generales de sus reyes, pero —como muy bien comprueba Arnaud— todo este material está elaborado, sistematizado y modernizado por la doctrina francesa anterior. La jurisprudencia doctrinal fue muy distinta a la actual, no sólo en Roma, sino también en los tiempos anteriores a los Códigos. Ante textos dispares y fragmentarios, restos del pensamiento romano y de costumbres muy diversas, apenas enderezados por algunas prescripciones de las leyes reales, los juristas tenían una tarea muy vasta, que se extendía desde el comentario a la sistematización, desde la concordancia de disparidades hasta el intento de lograr unos principios de solución única, respetando algunas excepciones. Todo este amplio conjunto de la doctrina francesa anterior al *Code civil* es el substrato en donde éste puede hallar explicación.

El Código francés es una creación de la Revolución de 1789. Evidentemente los nuevos principios políticos del liberalismo son decisivos para llegar a una legislación civil simple y clara, general para todos los franceses, inspirada en nuevas concepciones individualistas de la propiedad y de la persona. Pero este aspecto no es el que busca el autor. Por ello no le interesa la obra de Rousseau, ni tampoco Montesquieu en este sentido. Porque, aparte esta novedad del Código como leyes aprobadas en unas Cámaras, su interés persigue los antecedentes de esta masa de materiales que se estructuran en forma precisa y ejemplar en el Código civil. Esta obra revolucionaria se asienta sobre una copiosa tradición de pensamiento jurídico perteneciente a más de dos siglos. Pues bien, la determinación de la evolución progresiva de la doctrina es su objeto. El profesor Villey, en sus palabras preliminares, aventura que quizá el estudio de los grandes juristas del XVI —Connan, Doneau, Althusius— perfeccionaría el intento. La historia siempre pide seguir investigando hacia tiempos más antiguos.

Desde otro punto de vista también admira este estudio, por la amplitud y buen manejo de la bibliografía disponible, que reúne en cerca de cincuenta páginas. Mientras nuestros Códigos apenas han sido estudiados, la bibliografía francesa —aunque no toda sea histórica—

muestra una abundancia admirable. Por ello —aparte su consulta directa de las fuentes citadas, sea Pothier o Vinnio— el autor puede trazar un cuadro vivo, suficiente y atractivo de este período de la historia jurídica francesa. Puede seguir líneas e influencias en la literatura jurídica de los siglos XVII y XVIII, cosa para nosotros —para España— todavía en ciernes. Puede apoyarse —o revisar— estudios y trabajos, depurando una certera visión de la evolución doctrinal y de su influjo sobre los redactores del primer Código liberal de Europa.

Les origines doctrinales du Code civil français orienta su búsqueda desde tres perspectivas. Ante todo —en la parte fundamental, el libro primero—, traza un cuadro general de todas las tentativas de unificación del Derecho, en los distintos autores. Después considerará, en forma más específica y breve, sus influencias en la sistemática del *Code* y de dos de sus principios cardinales, el derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad. Este es el núcleo central del estudio de André-Jean Arnaud. Pero antes de entrar en estas tres partes o libros, nos ambienta en el problema con una introducción y coloca un título preliminar —al igual que el *Code*— en donde presenta a los artífices del Código Napoleón. La riqueza de la bibliografía le permite describir su origen social y personalidad, sus estudios de Derecho y, en suma, su vida a través de los azarosos años de la Revolución. Tronchetti, Bigot-Préameneu, Portalis y Maleville cobran vida, juntamente con otros, Cambacères, Merlin, Berlier, Treilhard y el mismo Napoleón, que tanta parte tuvieron en la obra civil del Consulado. En su mayor parte son juristas, hijos de juristas y —cualesquiera que fueren los avatares de sus vidas— Arnaud descubre en ellos un sentido de moderación, que les permite atravesar horas tan aciagas y les acerca a Bonaparte, apenas éste se adueña del poder. Son también liberales. hombres de ideas nuevas, capaces de alcanzar un escalón más en la historia del derecho. Para precisar su formación expone la situación de los estudios y las Universidades en la Francia del XVIII. La enseñanza de la jurisprudencia —desde el edicto de 1679— comprendía tres años de Derecho romano, con algunos aditamentos de canónico y de Derecho francés. Las cátedras de Derecho francés se crearon en aquella fecha, pero, si bien los profesores eran designados por el rey, éste no atendía a su sustento, por lo que no resulta muy gloriosa la tradición de aquellos profesores; unos eran romanistas que se asomaban al derecho de las costumbres y Ordenanzas reales, otros hacían compatibles sus lecciones con la necesidad de dedicarse a la práctica; por fin, algunas Universidades les asimilaron a los restantes profesores, dando algunas altas figuras como Merlin de Douai o Berlier. Para completar la personalidad de los redactores del *Code*, se refiere a su práctica en despachos, a sus viajes o tertulias que frecuentan, incluso, en lo posible, atisba en sus bibliotecas. Pero este preliminar sobre los hombres del Código sólo es el cabo último de su estudio, que se interesa por toda la longitud del hilo que conduce hasta ellos.

Grandes movimientos de ideas se ciernen sobre Europa entre los siglos XVII y XVIII. La doctrina jurídica no es ajena a ellos. La Reforma precipita en una escuela de grandes iusnaturalistas —desde Grocio a Puffendorf— de pensamiento racionalista, laico. En el siglo XVIII, en Alemania, el Código prusiano de 1794, iniciado por Samuel Coccejus en 1753, es resultado de esta dirección. En Inglaterra Hobbes o Locke remueven asimismo la ciencia jurídica, mientras Francia recoge inspiraciones racionalistas en su ciencia jurídica, con influencias jansenistas que la caracterizan. El autor nos construye un magnífico cuadro de la doctrina francesa, como precedente del Código. Le interesa, pues, en

tanto significa un esfuerzo de unificación, que culmina en 1804. Prescindiendo de los diversos juristas que se ocuparon de esta o aquella costumbre, para referirse a los que, con base en el Derecho de aquéllas o en el romano, quieren obtener una síntesis completa. Los tratadistas de la costumbre intentan esta unificación reuniendo y sistematizando sus soluciones, tal como hiciera Loysel, mientras los esfuerzos unificadores desde la elaboración del Derecho romano se deben a Doneau o Douaren. Pero advierte el autor, no es posible entender los problemas de esta época, como enfrentamiento entre el Derecho romano y las costumbres francesas, tal como han querido los historiadores del Derecho —Olivier-Martin, Van Kan—, sino, concediendo a esta cuestión toda su importancia, es preciso diferenciar corrientes antiguas y modernas —el racionalismo— para mejor comprender la evolución que lleva hasta el Código civil. Pues figuras como Pothier utilizan a un tiempo costumbre y Derecho romano en su intento sistematizador.

Los tratadistas de costumbres procuran a lo largo del siglo xvii una unificación de ellas, apoyados especialmente en la costumbre de París. Estas tareas de concordar y conciliar están presentes en la *Institutiones consuetudinarias* de Loysel, en Ricard, en Le Brun y logran su cima en los *Arretés* de Lamoignon, aparecidos en 1672. Se trataba de alcanzar un derecho común de Francia, inspirado en la costumbre de París. Cuidadosamente va reuniendo los textos y las dificultades, las contradicciones existentes en esta costumbre. Dos ayudantes los preparan para discutirlos en una conferencia de amigos juristas de Lamoignon, presidente del Parlamento de París. Con este procedimiento los depura y publica, logrando gran éxito. Incluso pedirá al rey que le otorgue carácter oficial, pero la reciente aparición de la ordenanza civil de 1667 hace preferible no duplicar textos legales. En 1689 aparecían *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de Domat, que significaban cosa muy diferente. Es el inicio del racionalismo. En ella se intenta poner orden al *Digesto*, con un espíritu cristiano inspirando las soluciones. Domat era de Clermont, uno de los enclaves de la Costumbre de Auvernia, donde rige el Derecho romano y, además, cree que sólo de la perfección y extensión del Derecho de Roma es posible extraer un derecho común para Francia toda. Sólo en él es posible hallar la razón escrita y la equidad, sin perjuicio de apartarlo cuando sus soluciones no fueren justas, cristianas. A fines de siglo un nuevo género se suma al esfuerzo por la unificación: las Institutas de Derecho francés. Claude Fleury escribe una, no publicada hasta el siglo xix, pero que sirve de modelo e inspira la de Argou, editada en 1692. Ya existe una exposición conjunta del Derecho francés, que, para ellos, está compuesto del derecho escrito y el uso. El primero no es tan sólo el Derecho romano, sino, además, el canónico, las costumbres y estatutos particulares, las Ordenanzas de los reyes. «El uso —dice Fleury— es todo cuanto se observa entre nosotros sin estar escrito, de cualquier lugar que proceda. Está inspirado, en su mayor parte, en el Derecho romano; tiene muchas máximas del Derecho canónico, de las glosas y de los comentarios de los viejos autores. Este uso se aprende en la lectura de decisiones, de comentarios de costumbres y tratados de los escritores más modernos...» Romano y costumbres se hermanan con las Ordenanzas para dar vida al nuevo Derecho francés. Otros autores procuran la unificación en uno u otro sentido; en todo caso se perciben aires nuevos, incluso en la *Bibliothèque des coutumes*, publicada por Berroyer y Lauvière en 1699, magna compilación de ellas. La consideran indispensable para después poder celebrar conferencias o reuniones en donde se perfilen principios generales, con sus excepciones y peculiaridades para los diversos países y provincias.

Todavía en el siglo XVIII este empirismo apegado a las costumbres se mantiene y pretende la unificación por la concordancia conciliadora, por la organización de vastos materiales del Derecho francés anterior. Las ideas de Bouhier, presidente del Parlamento de Dijon, encajan en esta dirección, pero con indudable originalidad. Para él el Derecho francés se apoya en el romano, cuya superioridad es indiscutible. Este Derecho romano, en cuanto está modificado por las ordenanzas, los edictos y las costumbres —las fuentes propiamente francesas— proporciona un sistema amplio y completo. El mismo trabajará en este sentido sobre las costumbres de Borgoña: un devoto suyo, Collet, lo hará sobre otras. En todo caso el proyecto no será realizado por completo. Otras obras sobre estos antiguos rieles se deben a Pocquet de Livonnière y a Prévôt de la Jannés.

Pero el siglo XVIII ve el triunfo del racionalismo. Un nuevo sentido del derecho se manifiesta en los discípulos de Domat o en los epitomes y obras didácticas de los profesores del Derecho francés. En Montesquieu, tan buen conocedor del iusnaturalismo alemán. Equilibrado hasta el punto de parecer contradictorio entre su deseo de una codificación que exige el principio de separación de poderes y su aprobación del abigarrado panorama de diversas costumbres en Francia, por razón de sus diferencias climáticas. Todas estas direcciones las recoge Arnaud en un cuadro sinóptico de influencias y escuelas que van avanzando hacia el Código. En los últimos lugares, los más cercanos, que recogen líneas de Lamoignon, Fleury-Argou y Domat fundamentalmente, entre otros muchos figuran Bourjon, Daguesseau y Pothier, que hacen triunfar definitivamente el racionalismo en la doctrina francesa.

En 1747 publica Bourjon *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes*. El Derecho común francés es para él el contenido en las ordenanzas, más partes del Derecho romano muy extendidas. Unirlas a la costumbre de Paris parece vía ensayada, pero la novedad de su intento radica en buscar exponerlos en principios evidentes, simples. La escolástica, decía, perdió de vista la equidad y la simplicidad del Derecho, entre cuestiones frívolas y disputas. El atiende a estas finalidades, tratando la costumbre parisiense, como Domat hiciera con el Derecho romano. El canciller Daguesseau interesa porque es el maestro de Pothier, pero también por su intervención en las ordenanzas de Luis XV, que tanto influirán en el Código civil francés. Hombre religioso y austero, se conecta con Domat, así como con el jansenismo, al par que conoce bien la escuela del derecho natural. Pero su mayor importancia estriba —resalta el autor— en su influencia sobre Pothier, quien realizó ideas suyas, mientras que el canciller no las pudo poner en letra, por sus tareas legislativas en Paris. Desde Orleáns, el padre del Código civil, le dedica ordenación de las Pandectas, conforme al deseo que expresó Leibniz y el intento de Domat. Y en esta, como en posteriores obras, sabe unir el Derecho romano con la costumbre y, sobre todo, con los nuevos postulados e ideas del racionalismo iusnaturalista de allende el Rhin. En suma, la materia queda preparada para hacer posible el Código civil. La unión del Derecho romano y el francés, juntamente con las orientaciones del Derecho natural eran sus bases. Pero, sobre todo, el enorme esfuerzo de Pothier, que supo reelaborarlos lenta y concienzudamente. En el año 1761 aparecía su *Traité des obligations*, y hasta su muerte, en 1772, publica incansablemente múltiples tratados sobre diferentes partes del Derecho civil. Es, pues, sin duda, el padre del Código civil, si bien como heredero de una tradición varia, larga. Tras él vienen todavía otros, Jarcourt, redacta el artículo «Loi» en la Enciclopedia, Linguet se preocupa de la

teoría de las leyes civiles, justificándolas en la voluntad general, no en el Derecho natural, y Olivier prepara un Código privado. La doctrina de Pothier queda en espera de la Revolución.

Las dos segundas partes de este libro —libros segundo y tercero— buscan concretar las líneas generales trazadas, sobre las influencias recibidas por el *Code français*, en cuestiones específicas. La demostración completa, de las influencias —en cada artículo, en cada materia— sería interminable trabajo de años y años. El autor, sin embargo, no se resigna a presentar sólo líneas e influencias doctrinales en general y, por ello, estudia con detenimiento el origen de la sistemática del Código civil —en el libro segundo— y de dos principios o institutos fundamentales de su sustancia jurídica, de su contenido; el derecho de propiedad, recogido en el artículo 554, y el de autonomía de la voluntad del 1.134. 1.º Dos normas fundamentales del Código son lugar muy adecuado para entender influencias y orígenes. León Duguit en alguna ocasión dijo que su contenido podía reducirse —excluidas sucesiones— a tres reglas fundamentales; y dos de ellas son las que le sirven a Arnaud para sus análisis. El panorama doctrinal que constituye la parte básica de esta aportación histórica se ciñe ahora en unas consideraciones más apretadas sobre sistema y fondo de algunos artículos del primero de los Códigos.

El estudio de la sistemática del derecho es singularmente interesante. Por de pronto, mostrará influencias formales de los distintos autores en la que llegará a ser la ordenación de materias del Código civil de los franceses. La forma determina frecuentemente la materia, el sentido de las soluciones. El autor empieza su análisis desde sus bases, desde Descartes y la lógica de Port-Royal, desde los esfuerzos de ordenar mediante el sistema de Gayo, en sus versiones de los siglos xvi y xvii, o en los planes expositivos modernos de los iusnaturalistas de la Escuela del derecho natural. A continuación —con mayor detalle— va examinando las variaciones de la sistemática jurídico-civil en Francia, hasta desembocar en el *Code*.

Descartes, a través del *Discours de la Méthode* da impulso indudable a las matemáticas y sus métodos, como vía certera para el conocimiento humano. Las reglas fundamentales de la evidencia, el análisis, la síntesis y la inducción influyen decisivamente en un planteamiento racional y de principios. La celebrada *Logique* de Port-Royal desenvolverá sus indicaciones metódicas en torno a la definición, los axiomas, las demostraciones, al método, en suma. El pensamiento jansenizante aboca hacia un método racionalista y axiomático. Pero en derecho posee mayor relieve el intento sistematizador de los iusnaturalistas de la Europa central. Unos juristas optan por ordenar las materias, siguiendo la *Instituta* de Gayo —*omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*—, debidamente adaptada al cambio de los tiempos. Ya el francés Doneau (*Donellus*) sustituyó la última de estas partes —*actiones*— por los modos de adquirir la propiedad. Leibniz continúa esta dirección con una clasificación de las materias jurídicas más completa y articulada. En cambio, los iusnaturalistas racionalistas fletan nueva ordenación de materias, que modifica la anterior y desborda los límites del derecho civil o privado. En Puffendorf —por traer un ejemplo— el sistema se construye ya sobre la idea de los derechos subjetivos y los correspondientes deberes, propia de esta dirección doctrinal. Los deberes del hombre se distribuyen entre los individuales —respecto Dios, él mismo y los demás— y los deberes en sociedad —en familia o en la ciudad—. En los deberes respecto de los demás, se engranan las convenciones u obligaciones, así como la adquisición y ges-

tión de la propiedad. La ciencia jurídica era perfectamente internacional en estas épocas, por lo que las construcciones de la Europa central entraron sin grave problema en Francia. Y se gesta paulatinamente la sistemática del *Code*, con cierta preferencia por el plan multisecular de la *Instituta* imperial, adaptado, modernizado por los romanistas y los autores del Derecho francés.

Domat, en 1689, presenta su ordenación de las leyes civiles del *Digesto* en un orden natural, lógico y semejante al de los iusnaturalistas centroeuropeos, pero esencialmente distinto en sus concretas partes. Además su espíritu profundamente cristiano se aparta del laicismo de aquéllos e influye en su plan o sistema. La materia jurídica se agrupa en los vínculos o lazos sociales entre los hombres, determinados por el amor, por la caridad —familiares o nacidos del trabajo— y, por otra parte, las sucesiones como vehículos de perpetuación de la sociedad. Ya en el siglo XVIII Francia se acerca más a las construcciones del derecho natural moderno, con el canceller Daguesseau —cercano también a Domat— o con Prévôt de la Jannès. Pero, a la larga, prevalecería la vieja tripartición de la *Instituta*. Ya en los tratadistas de costumbres —Loysel o Lamoignon— existe un deseo y unas realizaciones, que introducen el viejo Derecho francés en los cuadros de las instituciones de Gayo, que se les antojan más certeros que la ordenación —tan varia— de las costumbres. En Lamoignon, la costumbre de París se organiza en personas, bienes, acciones y obligaciones, derechos que dependen del matrimonio y, en quinto lugar, sucesiones y testamentos. En la obra de Fleury se percibe ya claramente la división tripartita moderna del sistema de Gayo; divide el derecho civil en personas, cosas y obligaciones, dejando aparte cuanto concierne a los aspectos procedimentales del derecho civil. También Bourjon importa en su orden de materias, fácilmente comparable al del Código. Pero, sobre todo, es en Pothier donde se recoge toda esta tradición y se propone como casi definitiva para los redactores del Código. No sólo recoge Pothier esta sistemática central, sino además proporciona —en contacto con el iusnaturalismo racionalista— conceptos centrales para la ordenación futura. La idea de derechos subjetivos entra decididamente en la configuración de la parte destinada a las cosas; su ordenación de las obligaciones está ya dispuesta en causas —contrato y otras causas, diferentes clases de obligaciones, extinción, prueba de las obligaciones—. Los *Principes du Droit civil romain*, de Olivier, aparecidos en 1776, y el proyecto del año VIII son los eslabones últimos para la sistemática del Código de Napoleón.

En el libro tercero realiza el autor dos análisis muy concretos y apretados de sendos artículos del Código. La definición del derecho de propiedad en el Código francés, en primer lugar. No parece de Pothier, y el mismo Maleville en su comentario afirmaba que tenía su origen en los textos romanos. Ahora bien —aparte un error en la referencia al texto romano en Melville—, no puede sostenerse esta idea, aceptada por algunos. Los romanos no usaron el concepto de derecho subjetivo. El autor repasa las definiciones de derecho de propiedad de Bártolo, Connan, Grocio y su escuela, Domat, Fleury, Pothier, etc. Y concluye que las definiciones de los iusnaturalistas, con reflejo fuerte en las Constituciones francesas, puede ser el origen. Más todavía, analiza cada una de las partes de la definición —en especial su frase «de la manera más absoluta»— para detectar su originalidad, posiblemente de Portalis, y las influencias en que se apoya. A continuación se ocupa con la misma detención del artículo 1.134, 1.º, del Código: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites», principio de autonomía que no puede encontrarse en Roma ni en el Derecho

francés anterior. Evidentemente —Maleville lo señaló— existen textos romanos que expresan la misma idea, pero sin este sentido general de la teoría de los contratos del Código civil. También los textos canónicos muestran reglas análogas, pero, sobre todo, en Domat se halla casi en los mismos términos que el Código emplea. Pothier, asimismo, rechaza la solución romana y sigue la más moderna, racionalista. Sus ideas —recogidas de Grocio y Puffendorf— se plasman ampliamente en el Código, siendo compatibles con el principio de autonomía del 1.134. porque en él está presente. Los proyectos anteriores al Código recogerán sus ideas, juntamente con el axioma fundamental de autonomía, redactado a semejanza de Domat.

Al final del libro de André-Jean Arnaud se establecen algunas conclusiones sobre las fuentes del Código, su plan y el papel de Pothier en su origen. Luego los índices, abundantes y ricos, que facilitan la consulta desde cualquier ángulo, ya que lleva los usuales de materias y nombres de lugares y de personas y, además, las fuentes y bibliografías ordenadas sistemáticamente, el citado cuadro sinóptico como gráfico de las influencias doctrinales que conducen del siglo xvi al xviii, una lista cronológica de autores citados, desde Grocio al Código, un diccionario biográfico de los principales juristas citados, un índice referido a los cuadros que hay en el texto sobre el plan o sistemática de diversos autores y, por fin, el índice general. El cuidado en la elaboración es, pues, tanto como la penetración del estudio. Ante este libro de Arnaud —y para terminar— se me ocurre una pregunta sencilla y triste: ¿Cuándo nos será dado a nosotros, españoles, leer algo semejante de nuestra codificación civil?

MARIANO PESET REIG.

BENZO MESTRE, FERNANDO: *La Organización de la Hacienda española*, Ediciones Deusto, Bilbao, 367 págs.

El autor realiza un concienzudo estudio de una materia ingrata para el escritor teórico. Agavilla en un tomo de 368 páginas el variado mundo de la organización hacendística. La estructura del libro es la de un cuerpo compacto (la por él llamada segunda parte) precedido y continuado por pequeños apéndices denominados por Benzo con la rúbrica original de Primera, Tercera y Cuarta parte, que están constituidos cada uno de ellos por un solo parágrafo. El contenido de estos capítulos preludiales y finales cubre perfectamente los flancos de la monografía. Que comienza —primera parte— con trece páginas dedicadas a estudiar «el contenido de la Hacienda Pública». Y culmina con el estudio de «La organización territorial de la Hacienda Pública» (tercera parte) y «los medios personales» (cuarta parte).

Repasar la organización del Departamento y pasar revista a la prolija nómina de unidades administrativas es como sumergirse en el barroquismo botánico de una selva tropical. La organización fiscal española es un mundo complejo en el que se entrecruzan los troncos y las lianas de los distintos servicios con tal profusión que, a veces, producen una cierta sensación de asfixia administrativa. Habría que podar este complejo enramado para que penetrase mejor el oxígeno, que casi no circula entre tanta estratificación burocrática.

Sin entrar en el detalle nominal de los distintos órganos, sino, por él contrario, recorriendo a grandes pasos la estructura hacendística

«española, nos tropezamos desde el arranque con una plural terminología cuya enumeración esquemática aquí dará clara idea del ingente formato montado, con sólo tener presente que la singularidad expositiva de una Dirección General se traduce —en el organigrama legal— en la existencia de once Direcciones Generales. Quede claro que nosotros nos quedamos sólo con la esencia alusiva y, sin embargo, aun dentro de estos estrechos límites nos agobia una plural terminología. El Departamento es de una riqueza semántica fabulosa y en su prolijo organigrama nos encontramos con la existencia de Juzgados, Tribunales, Jurados, Direcciones, Intervenciones, Fábricas, Consejos, Cajas, Tesorerías, Inspecciones, Subsecretarías, Gabinetes, Secretarías, Servicios, Oficinas, Bancos, Juntas Consultivas, Delegaciones del Gobierno, Institutos, Monopolios... Tal vez se haya exacerbado en los últimos tiempos la importancia de este Departamento, en el que se han involucrado los controles fiscales con verdaderas iniciativas políticas y donde las intervenciones contables han rebasado los cauces que les son propios.

Benzo ha tenido el acierto de incrustar, en el árido tejido de la obra emprendida, la curiosidad de una referencia al derecho comparado. La reseña es interesante. Nos permite parangonar y sacar conclusiones edificantes, por cuanto estamos más en condición de aprender que de enseñar. Particularmente aleccionadoras son las páginas consagradas al estudio de la Inspección General de Finanzas. Para relieves estas observaciones conviene tener presente que —son palabras de Benzo— «el control de la oportunidad del gasto —necesidad, conveniencia— no está institucionalizado en nuestra organización administrativa». Y ahora que empieza a preocupar en España la temática del coste y rendimiento de los servicios públicos, resulta aleccionador ver cómo en otros paisajes de la geografía europea se aborda seriamente el problema de la economicidad del dispendio público. En Bélgica funciona un inspector de Finanzas «como consejero financiero del ministro ante el que ejerce sus funciones, al servicio de la programación económica, como elemento esencial para la toma de decisiones en el marco de la política gubernamental».

Desde hace años el Consejo de Estado luxemburgués viene reiterando la necesidad de una vigilancia más estrecha de los gastos públicos. En su informe sobre el Presupuesto del ejercicio de 1953, el Consejo manifestó: «¿No sería necesario organizar desde ahora una más estrecha vigilancia de los gastos públicos?» En este tenor ya la Ley de 24 de diciembre de 1946 había creado la Comisión de economía y realización. En el seno de la Cámara de Diputados se dijo a este respecto: «Los inspectores de Finanzas constituirán para el contribuyente la garantía de que el dinero del Tesoro se gasta lo más económicamente posible». El presidente del Gobierno, ministro de Estado y Finanzas, Pierre Werner, el 16 de febrero de 1963 decía: «Existe un medio de conseguir nuevas disponibilidades: la limitación del gasto público». Se prevé que la Inspección de Finanzas Luxemburguesa se encargará de examinar el fundamento, economicidad y oportunidad de los proyectos presupuestarios.

Es difícil juzgar doctrinalmente esas 230 páginas que constituyen el esqueleto de la obra, denominado por el autor con el encasillamiento de «segunda parte». Porque no cabe ninguna dosis de subjetivismo enunciativo en la exposición fría y descomprometida del organigrama minucioso del Departamento. El libro de Benzo recorre una escala adjetiva, de limitada ambición, que —sólo en estos estrechos cauces— puede resultar convincente en tanta mayor medida cuanto mayor sea su apego a la falsilla organicista del Departamento.

Estudia por extenso cada una de las Direcciones Generales, la Secretaría General Técnica, la Intervención General de la Administración del Estado, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, el Servicio Nacional de Loterías, la Organización del Crédito y la Banca y los órganos jurisdiccionales. Desde este último enfoque analiza la Jurisdicción económico-administrativa, la Jurisdicción de contrabando, los Jurados Tributarios, con especial referencia a los Jurados de Estimación de las Provincias Africanas y el Tribunal de Cuentas del Reino.

Este cuaderno fiscal, como les acontece a todos los libros divulgadores de estructuras, destaca más por el esfuerzo que ha realizado su autor que por el contenido del mismo. Entre las páginas estudiadas queda la momificación de cientos y cientos de disposiciones legislativas y ordenancistas que dejan entrever, entre las frondas de unidades administrativas, el arduo trabajo del autor.

JOSÉ MENÉNDEZ

DE ANGEL YÁGUEZ, RICARDO: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la Legislación civil*, Madrid, Tecnos, 1969, 216 págs.

I.—EL AUTOR: Dentro de la serie jurídica con la que la Editorial Tecnos va enriqueciendo el acervo cultural español, y enmarcada como aportación de autor aún no consagrado, se presenta a nuestros ojos esta obra que parece ser la primera importante de su autor. Este, en plena juventud, dedicado a la enseñanza en la Universidad de Deusto, nos ofrece una muestra espléndida de lo que el brio y entusiasmo pueden lograr, unidos a una paciente y cuidada investigación depurada de dogmas usuales y atenta a lo que la realidad diaria y las necesidades económico-sociales están demandando del Derecho. Y lo que es más sorprendente, la aportación resulta fundamental para la práctica pese a ser una obra teórica y de investigación.

II.—ANÁLISIS DE LA OBRA: La obra está dividida en cuatro capítulos, cada uno de los cuales trata de un artículo concreto del Código civil y que, respectivamente, son: 1.597, 1.600, 1.922-1.º y 1.923-3.º y 5.º: En este breve recorrido panorámico iré resaltando aquellos aspectos más interesantes, a mi juicio, de cada capítulo.

Capítulo primero: La acción directa del artículo 1.597 del Código civil.—Después de tratar del origen en el primer apartado, trata a continuación de la *naturaleza jurídica de la acción que dicho artículo concede*: dadas la redacción del precepto en estilo negativo y su formulación enigmática, el autor analiza las conocidas posturas doctrinales antitéticas de si es una modalidad de la subrogatoria general del 1.111 o si, como excepción, es una acción directa: para lo cual el autor precisa la diferente regulación de la subrogatoria en los Códigos francés y español y las finalidades distintas a que cada uno de los respectivos preceptos responde; sentada esta premisa, utiliza el criterio o canon *histórico* para fijar la diferencia entre el precepto del 1.597 y el del 1.111, y el canon *finalista* para interpretar el silencio legal en orden a los requisitos de ejercicio de la acción, proponiendo una distinción en la eficacia u operatividad del 1.597 *antes* y *después* de que los créditos

que ampara sean exigibles al contratista, lo cual le permite ver claramente en el precepto dos *funciones*, una "pre-ejecutiva" a modo de medida conservativa del patrimonio del contratista, y otra cual acción directa de origen legal a ejercitar llegado el momento de exigibilidad de los créditos. Pasa a estudiar la cuestión de si los créditos amparados por el 1.597 tienen o no carácter privilegiado, calificando de infructuosas las tentativas doctrinales a tal efecto (1): parece claro que en el precepto lo privilegiado es el acreedor y no el crédito.

Estudia después el *fundamento jurídico de la acción directa del 1.597*, o sea, el *porqué* del favor legal, analizando las posibles y variadas teorías doctrinales aportadas al efecto, cuyas soluciones—mandato, representación, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa...—cree infundadas por partir de un punto equivocado cuál es el del pretendido encaje en una figura conocida. Parte del estudio del dogma de la restringida eficacia del contrato y de los motivos del legislador para establecer esta acción, comparando la posición de los acreedores (por trabajo y suministros) en el supuesto contemplado en el 1.597 y en el caso de que hubieren contratado *directamente* con el propietario de la obra.

En el siguiente apartado estudia el *momento y condiciones de nacimiento de la acción*, partiendo para ello de las dos *funciones* que el autor percibe en el precepto, según lo antes dicho. En cuanto a su función como *medida conservativa*, examina las cuestiones: de si será o no necesaria la insolvencia del contratista, de cuáles créditos pueden hacerse valer por la vía del 1.597, y de si los créditos han de ser o no ya exigibles. Identicas cuestiones examina luego en cuanto a las *condiciones de nacimiento* de la acción directa.

Los apartados siguientes tratan de los legitimados activa y pasivamente en orden al ejercicio de la acción directa, o sea, *titulares* y *contra quienes cabe ejercitarla*. En cuanto a los *titulares*, hace ver cómo la misma amplitud legal en la enunciación de los beneficios de la acción favorece la labor interpretativa y permite eludir las múltiples cuestiones surgidas al interpretar precepto similar de textos extranjeros; examina las cuestiones especiales: de si el precepto alcanza o no a los *subcontratistas*—analizando la posición del Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de junio de 1936 (2)—, de si el subcontratista podrá o no dirigirse contra el propietario en uso de la acción (3) y de qué ocurrirá, caso de reclamación *conjunta* por trabajadores y suministradores, en el supuesto de *insuficiencia* del crédito del contratista contra el propietario. Examina luego las cuestiones derivadas de la *legitimación pasiva*, más allá de la mera literalidad del precepto, estudiando el problema de si puede haber o no *dos o más legitimados* pasivamente (4) y de los supuestos normales de *encadenamiento* o escalonamiento de créditos intermedios, con la posibilidad de que alguno de tales créditos no existiere o fuere insuficiente; la argumentación, brillante, del autor demuestra cómo el Código civil con las palabras "dueño" y "propietario" quiere designar lo que técnicamente debiera ser "comitente" (5).

El apartado relativo al *ejercicio procesal de la acción directa del 1.597* es trascendental para todos aquellos que se mueven dentro del ámbito forense, detallando con claridad y precisión todas las posibles

(1) Así, MANRESA: *Comentarios al Código civil*, art. 1.597.

(2) Uno de sus *obiter dictum* incide en este punto cuestionado.

(3) El ejemplo propuesto por el autor—la construcción naval—es, *per se*, bien significativo, y cabe aducir muchos otros que la realidad nos ofrece.

(4) El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de ocuparse de un supuesto de este tipo.

(5) Desde ahora, entiéndase así, conforme a la terminología propuesta por el autor.

incidencias del pleito y las especiales características, a los efectos del Derecho procesal, de la *acción* ejercitada y de la *posición del contratista*. Estudia, por tanto, el contenido de la demanda y el desarrollo del proceso en sus distintas fases.

En el siguiente apartado trata de los *límites de ejercicio de la acción directa*, que nacen, unos, del mismo precepto legal, y otros, de la eventual colisión con derechos ajenos o con los actos jurídicos que, al darlos nacimiento, excluyen en todo o en parte la posibilidad de ejercicio fructífero de la acción contra el comitente. Dentro de los *límites legales* estudia el autor diversas cuestiones de enorme interés, cuáles: la de la determinación de qué créditos del contratista pueden justificar la acción directa, o de otro modo, si los titulares de la acción pueden ejercitarla en base a un crédito del contratista contra el comitente de *origen distinto* al contrato de ejecución de obras que entre ellos existe (6); la de la prueba de la existencia de ese crédito del contratista contra el comitente, entendiendo que lo correcto en orden al criterio jurisprudencial debería ser exigir a los actores la prueba de la existencia de *hechos que ordinariamente dan lugar a un crédito*, cuál es el "indicio" de la realidad de la "obra" ejecutada por el contratista; y la cuestión de la determinación en el proceso de la cuantía *real* del crédito.

Dentro de los *límites derivados de la colisión con derechos ajenos*, el autor analiza algunos de los supuestos especiales de *extinción* del crédito, como el pago, la condonación, la compensación y la cesión de créditos. Dentro del *pago*, distingue los pagos anteriores y posteriores a la interposición de la demanda y los pagos *anticipados* (7)—verdadero problema, dada la práctica usual de estos pagos hechos por el comitente al contratista ofreciendo éste a cambio una compensación de cualquier tipo, lo que se presta a fáciles confabulaciones (8)—. En la *condonación*, el autor no distingue entre las anteriores o posteriores a la interposición a la demanda, sino que comprende *toda* convención entre contratista y comitente *posterior* a la que originó la primitiva relación jurídica entre ellos: y por similitud, todo negocio jurídico que tienda a disminuir, sin base real, la deuda del comitente al contratista. Vuelve a distinguir el autor entre supuestos anteriores y posteriores a la demanda en materia de *compensación* y de *cesión* de créditos.

En cuanto a los posibles supuestos de *colisión con otros procedimientos*, es decir, respecto de la posible *insolvencia* del contratista, plantea y resuelve el autor los casos de ejercicio de acciones posteriores a la interposición de la demanda por acción directa, y los de ejercicio de la acción directa posteriormente a un *embargo ya solicitado* en ejecución singular o universal o a un *embargo trabado pero pendiente* de sentencia de remate: cómo conseguir la exclusión de una reclamación previa, y su consiguiente embargo preventivo, ya entablada contra el contratista (9).

Finaliza el estudio, completísimo en todos los aspectos, de la acción directa del artículo 1.597 con dos apartados, dedicados uno a los *efectos* de dicha acción y el otro a la relación de tal acción con la autonomía de la voluntad (supresión o extensión convencional de la acción).

(6) Especial interés ofrece un supuesto que expone el autor: deuda al contratista por dos conceptos, construcción de un edificio y elevación de nave industrial.

(7) Véase, por todos: Díez Pícazo, *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 260; y su estudio sobre el tema publicado en «R. D. M.», 1959, núm. 73.

(8) Véase art. 1.405 del C. c. portugués (*sic*), nos dice el autor.

(9) En la práctica es esta cuestión importante, dada la normal situación de insolvencia en el contratista que suele originar el ejercicio de esta acción directa.

Capítulo segundo: El Derecho de retención del artículo 1.600 del Código civil.—Estudia el autor el problema, difícil por cierto, de los *antecedentes históricos* del precepto: parece que no hay manera de saber de dónde lo sacó GARCÍA GOYENA al elaborar el Proyecto de 1851, que lo creó.

Estudia después, con detención y fino análisis de la norma, la cuestión de la *naturaleza jurídica del derecho establecido* en tal precepto. Inevitablemente el equivoco texto legal origina la necesidad de una interpretación adecuada. Sin embargo, observa agudamente el autor cómo en la doctrina patria hay una imprecisión general al comentar el precepto—a excepción de MUCIUS SCAEVOLA—, sobre todo al enfrentarse con las palabras “en prenda”. Es enormemente curioso la influencia que en autores posteriores han tenido los anotadores de ENNECERUS, hasta en autor tan realista como PURG BRUTÁU. Por ello el autor examina los distintos *supuestos* en caso de obra sobre cosa mueble, según sea propiedad del contratista, del comitente o de tercero (10). Acude el autor a los posibles cánones interpretativos, gramatical, lógico, histórico, etc., y encuentra lo que MUCIUS SCAEVOLA calificaba de glosa “microscópica”, enormemente expresiva en su brevedad: la primera y única remisión, que GARCÍA GOYENA hace en sus Comentarios al Proyecto del Código civil, de 1851, es a los artículos 432 (actual 453 y 1.926-1.º (hoy 1.922-1.º)). Esta curiosa remisión le sirve al autor para enfrentarse con la cuestión de si la cosa es propiedad de *tercero*, tercero al que afectará un contrato ajeno en virtud de la *Ley*: ésta quiere que la *detentación* sea merecedora de uno de los medios protectores de la posesión cuál es la *retención* (11). Se muestra decidido partidario de configurar el derecho derivado de este precepto cual verdadero derecho de retención, lo que encaja con la interpretación finalista de la norma.

En el siguiente apartado analiza los *efectos* de este derecho de retención, distinguiendo según se oponga a la acción del propietario comitente o de propietario no comitente: en el primer caso, la retención asegura al contratista la medida complementaria a ésta contenida en el artículo 1.922-1.º (12); en el caso de tercero propietario, la retención actúa en su calidad de tal, sin ninguna otra función, como medida de coacción al pago, con los inconvenientes que apunta M. SCAEVOLA de reivindicación por el dueño. *Quid*, en este último caso, respecto de la *usucapción* extraordinaria. Posibilidad que plantea interesantes problemas en orden al concepto en que se posee, el abandono por el propietario, a la *intervessio possessionis*. etc. (13).

Finalmente, estudia el *fundamento jurídico* de este derecho de retención, bien frente al propietario comitente, bien respecto del tercero propietario reclamante.

Capítulo tercero: El privilegio mobiliario especial del artículo 1.922-1.º del Código civil.—Estudia el autor, en primer lugar, el *origen histórico* del texto legal, que agrupa los números 1.º y 7.º del artículo 1.926 del Proyecto de 1851. En realidad, el actual precepto engloba en un solo número dos *títulos o causas de preferencia* totalmente distintas: una, la nacida por ciertas actividades recaídas sobre cosa mueble del deudor y establecida a favor del que las ejecutó; y otra, la surgida a favor del

(10) Véase el art. 647 del B. G. B., que exige que la cosa sea propiedad del comitente.

(11) Con mayor claridad que en el nuestro, véase Código portugués, artículos 754 y sigs., en el que aparece la retención como una «garantía especial de las obligaciones»: cap. VI del tit. I del libro II.

(12) Recuérdese la remisión de G. GOYENA en su breve comentario.

(13) Problemas eliminados por el Código civil italiano—buen modelo a imitar aquí—en su art. 2.576-3.º.

vendedor en virtud del precio no pagado de cosa mueble comprada por el deudor.

El *fundamento jurídico del privilegio* lo estudia a continuación el autor, que acepta la afirmación de GULLÓN BALLESTEROS (14) de que "las opiniones respecto a la *causa jurídica* en que se apoya este derecho de preferencia están directamente determinadas por las dicciones de los respectivos Cuerpos legales". Para el autor, no se trata de equiparar o no el privilegio a una prenda legal, sino de hallar las razones que justifican ese derecho. Para lo cual, siguiendo de cerca el texto legal, distingue entre créditos por *conservación* y por *construcción*, ya que la finalidad no es la misma en uno y en otro caso.

Al efectuar el análisis detenido del precepto en el apartado siguiente —*supuesto que contempla el precepto*— examina las cuestiones relativas a: significado de la palabra "los créditos"; sentido de la frase "por construcción, reparación o conservación"; alcance exacto de la palabra "bienes muebles". Dentro de la segunda de las cuestiones examinadas, estudia el interesante problema de los créditos en caso de *mejora* de un bien mueble, así como de los relativos a trabajos u obras de *transformación* de cosa mueble. Plantea el supuesto clásico del *buque*, en cuya construcción—según práctica usual, nos dice el autor—se suele asegurar al constructor mediante una hipoteca constituida sobre el buque mismo, lo que altera el artículo 580 del Código civil en el sentido indicado en los artículos 31 y siguientes de la Ley, de 1893, de Hipoteca Naval (15).

El siguiente apartado lo dedica el autor al estudio sobre el *privilegio y la posesión de la cosa mueble sobre la cual recae*, englobando unitariamente en este lugar una serie de problemas que quizá debieran delimitarse en una serie de sub-apartados, según los presupuestos subjetivos u objetivos necesarios para que actúe el privilegio. Siguiendo el orden del autor, aparecen examinados los problemas de si el privilegio actúa cuando la cosa haya pasado a poder del *deudor* que encargó la "construcción" o "conservación", a poder del que sobre ella *ejecutó* la obra o a poder de un *tercero*; los relativos a los requisitos objetivos de la cosa, y el referente al supuesto de que la cosa mueble se haya *convertido jurídicamente en inmueble*, sea por *destino* sea por *incorporación*; y el supuesto en que el comitente de la obra *no es* el propietario de la cosa. De toda esta interesante problemática, que en conjunto no creo se haya abordado hasta hoy en nuestro país, y cuyo comentario excede con mucho de los estrechos límites de una breve recensión, me parece oportuno resaltar la cuestión de las *pertenencias* cuyo estudio tampoco se ha efectuado entre nosotros con la profundidad y atención que el tema merece; lo hace el autor, siguiendo en su punto de partida la noción de "pertenencia" del profesor GULLÓN (16), sentando como *premisas* fundamentales para una solución de las posibles cuestiones: la indemnidad del tercero con mejor derecho, y el que la *incorporación* (o el *destino*) no haya desnaturalizado la existencia y valor independientes de la cosa, o sea, que ésta se pueda separar física y económicamente del inmueble a que el propietario la destinó.

(14) Véase su interesante obra *La prelación de créditos en el Código civil*, página 34.

(15) Véase, respecto a otra región española para la práctica de Huelva, el brillante trabajo de mi compañero FOSAR BENLOCH, en el núm. 475 de esta *Revista*, pág. 1.535, en el que se sientan bases distintas: el constructor naval puede *privarse* del derecho de retención mediante la *entrega* de la posesión al comitente propietario del buque.

(16) La toma de sus «Explicaciones de Cátedra», sin dar más datos de ello, aunque también da por buena la de ANDREOLI, *Le pertinenze*, Padova, 1936, página 3.

Respecto de la interesante cuestión sobre qué ocurre si la cosa está en poder de un *tercero*, el autor combina los posibles supuestos con el hecho de que el precio de la adquisición de la cosa por el tercero pueda o no estar ya pagado en el momento de ejercitar el crédito privilegiado y distingue los casos siguientes: desposesión de la cosa por el deudor por un título que *no* supone desprendimiento de propiedad; transmisión de la cosa por compraventa; venta con la cosa ya entregada al comprador, pero éste no ha pagado el precio; venta de la cosa, que conserva todavía en su poder el deudor-vendedor por no haberse efectuado la *traditio*, haya o no cobrado el precio estipulado—en cuyo supuesto *subdistingue*, a su vez, dos posibles supuestos procesales, según la acción sea ejercitada por el acreedor privilegiado o por el comprador—; y venta de la cosa con precio percibido y la cosa ya entregada al comprador (17).

Finaliza el estudio del derecho de retención con dos apartados, dedicados, uno, a los *supuestos de concurrencia*, y el otro, al *privilegio en el caso de quiebra*.

Capítulo cuarto: El privilegio inmobiliario especial de los créditos refaccionarios.—Estudia, lógicamente, en primer lugar, el *origen histórico* de lo dispuesto en el artículo 1.923-3.º y 5.º: parece indiscutible la rai-gambre romana de la protección a estos créditos, con la consiguiente e ininterrumpida tradición legislativa patria, que engarza con el Código de comercio de SAINZ DE ANDINO (art. 596-8.º) y el Proyecto de 1851 (artículo 1.927-2.º, con remisión a los artículos 1.874 y 1.875 del mismo). La *terminología legislativa* de créditos “refaccionarios” aparece por primera vez con la Ley Hipotecaria de 1861, cuya regulación *formal* des-cansa en la hipoteca legal poco clara de “Las Partidas”, aunque *sustan-tivamente* basada en la formulación usada por el Proyecto de 1851 del que incluso tomaba la mecánica puramente registral (18).

El apartado dedicado a continuación por el autor a *concepto del crédito refaccionario* es uno de los logros clave de la obra, en el que brillan las dotes de análisis, profundidad, raciocinio, labor desmitificadora, claridad de exposición y depurada síntesis de DE ANGEL YÁGUEZ. Hay en la rama hipotecaria de nuestro Derecho privado demasiada frondosidad, bastantes dogmas con pretensiones absolutistas, un mucho de arrastre de conceptos intocables: uno de éstos es precisamente el de crédito *refaccionario*, pero me temo que a partir de ahora el autor de esta obra dará guerra en los ámbitos registrales al haber logrado depurar de añadidos superfluos un concepto genuinamente civil. El tema es importante, ya que no hay texto legal que defina el concepto y contenido de crédito refaccionario, a lo que cabe agregar las oscuras definiciones de los hipotecaristas y de los civilistas. El autor pone de relieve cómo es casi absoluta la unanimidad en la doctrina patria en considerar al crédito refaccionario como consecuencia de un contrato de préstamo, así como que, si en el aspecto meramente civil ha sido objeto de poca atención de la doctrina, no ocurrió así respecto del procedimiento verdaderamente *accesorio* establecido para su constancia en el Registro de la Propiedad: con ello, y a la luz de nuestra realidad económica *actual*, reconsidera la cuestión de manera *total* y en profundidad por medio de un razonamiento lógico y desprovisto de prejuicios. Acen-túa el autor la incorrección del tratamiento doctrinal, en cuya interpretación del concepto de Crédito Refaccionario cabe observar una *trasposición* de fuentes, ya que siendo un concepto *estrictamente civil*

(17) Especiales dudas plantea el caso de que el comprador lo sea *de mala fe*, o sea, conociendo la existencia del privilegio.

(18) Aunque es seguro que el origen del calificativo «refaccionario» se debe a GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias*.

se acude para delimitarlo a una Ley accesoria o secundaria cual la Hipotecaria: a ello cabe agregar un uso incorrecto del criterio *histórico* en la interpretación de los textos legales.

El autor, situado en la perspectiva de intérprete actual, acude a las normas o *cánones* tradicionales de la hermenéutica: 1. El criterio meramente *gramatical* acerca de "refacción" nada nos aporta, pero si convence de que en ningún caso cabe apoyar en él una posición restrictiva. 2. El criterio *histórico* es manejado por DE ANGEL con gran soltura, partiendo de una precisión o *premisa fundamental*: la de que "la Ley Hipotecaria en ningún caso puede ser considerada como antecedente histórico del Código en materia civil; dicha Ley es parte de la llamada por DE CASTRO 'legislación complementaria' del Cuerpo legal fundamental, por lo que ha de tomar de este sus conceptos básicos, limitándose a desarrollar el cometido *específico* que la justifica: el mecanismo registral de ejecución puramente formal de un principio fundamental, el de *publicidad* en materia inmobiliaria...". En consecuencia, en lugar de recurrir a la Ley Hipotecaria para interpretar la ambigüedad del Código civil, antes bien es preciso extraer *del Código civil mismo—integrado*, en su caso, con una función hermenéutica completa—los conceptos que la Ley Hipotecaria haya lugar de desarrollar en el estricto sentido de facilitarles un molde, formal de constancia pública. Por lo cual el autor acude a los usuales medios de interpretación, o sea, a los *precedentes históricos* del propio Código civil, tomando el mandato de la Base 1.^a preparatoria del Código, la que de forma clara remite al Proyecto de 1851, que consagra en forma *amplia* estos privilegios, cuyo origen claro es el Código francés. Todo lo cual lleva al autor a entender que el criterio *histórico* de interpretación conduce a un concepto *amplio* de crédito "refaccionario" (19). 3. El criterio *lógico* entronca con el tema del *fundamento jurídico* del privilegio, determinante de la *voluntas legis*: la finalidad debió ser la de proteger especialmente la actividad constructiva, en si o en consideración a los concretos factores de producción que normalmente intervienen en ella, de modo que la protección quedaria en un nivel de ineficacia si solamente rehace sobre los créditos derivados de un préstamo. 4. El criterio *sistemático* se deduce de una consideración del Privilegio Mobiliario del artículo 1.922-1.º, de donde hay que concluir que lo mismo quiso la Ley para idénticos supuestos sobre cosas inmuebles, con la sola diferencia de dar a estos últimos créditos un nombre propio —"refaccionario"—que los identifique globalmente sin recurrir a la enumeración del 1.922-1.º: se deduce lo mismo de la Ley de Hipoteca Naval, cuyo criterio es claro en orden a los créditos refaccionarios como algo *distinto* de los créditos nacidos de un simple préstamo de dinero o efectos. 5. El criterio *teleológico* o *finalista* es recogido por el autor, quien trata de buscar la verdadera *finalidad* de las Leyes de forma *dinámica*, integrando aquella serie de factores que revelan y complementan las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico: atiende, por tanto, a la realidad económica actual, en que tal finalidad de la norma debe encauzarse a través de la protección de los créditos que suponen la realización de lo que es *causa* del privilegio (plusvalía, auge, construcción, etc.). Concluye el autor con la *definición* de "crédito refaccionario" como aquel nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble (20).

(19) Idéntico criterio en el anteproyecto del Código civil, de PEÑA, que remite al art. 1.927 del Proyecto de 1851.

(20) Criterio ya sustentado por el clásico autor CANALES E IBAÑEZ: *Legislación hipotecaria española*, Granada, s. d., II, pág. 29.

Dentro del mismo apartado analiza la cuestión de la posibilidad de encaje de tales créditos *dentro* de la regulación registral hecha en la Ley Hipotecaria. Distingue, al efecto, entre el ámbito *civil* y el *hipotecario*; respecto del primero, no parece haber problema en cuanto al encuadre de tales créditos en el número 5 del artículo 1.923, pero para anteponerlos al número 3 habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; el mecanismo de anotación e inscripción nada nos dice sobre cuál sea la idea de la Ley Hipotecaria sobre tales créditos, pero su terminología *parece* mostrar que está estableciendo una regulación basada en el concepto *estricto* de crédito refaccionario de préstamo con destino a la refacción, aunque ello conduzca a extrañas situaciones como le ocurre al maestro Roca SASTRE (21) al aludir al contratista. La postura *amplia* sostenida por el autor lo es *como regla general* y no como excepción.

Estudia también el *tipo de contratos* que se anotan en el Registro de la Propiedad, por lo general, contratos *consensuales* en los que, además, existe la "consumación parcial" en virtud de la prestación precisamente de *la parte* que va a ser, por ese mismo hecho, acreedor refaccionario. Distingue, a estos efectos entre dos *momentos* de la vida del crédito refaccionario: el de su anotación y el de su eficacia.

El siguiente apartado, dedicado al *mecanismo registral sobre estos créditos*, comprende un somero estudio de la dualidad anotación-inscripción y de los supuestos de anotación y bases de su regulación.

Finaliza con un apartado sobre *visión actual del crédito refaccionario*, cuya garantía registral en forma de anotación es prácticamente desconocida, ya entre los particulares (cuya posible explicación intenta) ya entre los organismos oficiales de crédito—lo que ya no es explicable—.

III.—COMENTARIOS CRITICOS: Desde un punto de vista meramente *formal*, la obra está escrita con un lenguaje claro y realista, basándose en la contemplación de los distintos supuestos de hecho a la hora de analizar y enjuiciar las posiciones jurisprudenciales. La obligada construcción de la obra, a base de cuatro capítulos, referentes cada uno a un precepto del Código civil, lleva a una cierta descompensación en el tratamiento de cada tema, resultando, por tanto, supeditado el contenido e importancia de cada capítulo a la visión personal del autor. Aquí, en concreto, toda la primera mitad de la obra se refiere al estudio del artículo 1.597 del Código civil, que en principio parece al autor de mayor trascendencia que los restantes preceptos tratados. He creído observar algunas erratas, cuáles son: las referencias al Código portugués, en sus artículos 1.405 (22) y 1.407 (23); las consideraciones a la sentencia de 30 de diciembre de 1896 sobre qué es "un pronunciamiento dictado *antes* de la vigencia del Código civil" (24); la remisión en la nota 324 a la nota 81, que no parece referirse al mismo supuesto; la perplejidad que ofrece—en tema de *pertenencias*—la crítica a la tesis de LAURENT, ya que por un lado las críticas de este autor respecto a la *inmovilización* de dichas pertenencias parecen a DE ANGEL YÁGUEZ "razones atacables", y por otro lado nos dice a continuación que "son efectivos e insalvables los inconvenientes que a su propia tesis plantea LAURENT".

Desde un punto de vista estrictamente *sustantivo*, el único reparo que quizá cabe plantear al autor es la casi absoluta omisión de la

(21) Véase *Derecho Hipotecario*, ed. 1954, III, págs. 550 y sigs.

(22) Hoy habrá que estar al art. 614 del nuevo Código, que declara impugnables las obligaciones todavía no exigibles.

(23) Hoy lo establece con carácter general el art. 754 del nuevo Código: véase antes nota 11.

(24) La vigencia del Código civil data desde 1889, como es notorio.

normativa y planteamientos doctrinales de los países germánicos y anglosajones (25), salva la alusión al artículo 647 del B. G. B. En lo demás, las distintas posiciones que ofrece el autor me parecen progresivas y dignas de tenerse en cuenta bien por el legislador bien por la jurisprudencia.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el concepto pristino de la palabra "crítica", como he expuesto en otro lugar (26), y tratamos de llegar a una auténtica depuración del contenido de la obra comentada, me parece insoslayable apuntar algunas observaciones muy matizadas sobre determinados puntos que trata el autor.

Dentro del capítulo *primero*, al referirse a la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil, quizá habría podido aclarar e insistir en la función *ejecutiva* de dicha acción, que al decir de Díez PICAZO (27) establece un orden de prelación en la ejecución y aparece como un complemento del embargo de derechos. En tema de *pagos adelantados*, me parece indudable la inclusión de tales pagos entre los fraudulentos, conforme al artículo 1.292 del Código civil, sin perjuicio de que quepa a los acreedores por la acción directa del 1.597 la prueba de la *certeza total* de la fecha del pago *anterior* a la interposición de la demanda. Lo que cabría plantearse es si tal pago adelantado viene o no a ser una novación del contrato primitivo o una modificación accidental de los elementos "temporales" de la obligación (28).

Parece que no sería superfluo aludir, en tema de extinción del crédito, a algunos supuestos de *novación* anteriores a la interposición de la demanda (29), así como al supuesto de *cesión del contrato* especialmente importante en nuestro derecho en orden a las obras públicas (30).

En tema de *insolvencia* del contratista, quizá habría que matizar si, más que insolvencia no se trata de "insolvabilidad" como hace notar Díez PICAZO siguiendo a PROVINCIALI (31).

Respecto al artículo 1.597 del Código civil, pueden plantearse en la práctica—como yo mismo he tenido ocasión de comprobar en mi práctica profesional—complejos problemas en caso de insolvencia del *comitente*, con engarce a su vez con el tema de "riesgos" de la obra: el *periculum obligationis* y el *periculum rei* adquieren así una enorme amplitud y relieve en este contrato (32).

En orden al *Derecho de retención*, creo con Díez PICAZO (33) que se trata de una polémica mal planteada la discusión de la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de tal derecho, al no tratarse de un derecho subjetivo autónomo, sino de una facultad conferida al acreedor que en puridad es un *poder de rehusar* la restitución, o sea, es una excepción frente a la pretensión de restitución. Que esta facultad se reconoce unánimemente al contratista está reconocido en todos los

(25) Véase para el Derecho alemán, arts. 631 y sigs. del B. G. B., y los Comentarios de la doctrina: ENNECERUS, II, págs. 291 y sigs.; LARENZ, II, páginas 305 y sigs. En cuanto al Derecho inglés, puede verse la obra de CHITTY, II, páginas 199 y sigs.

(26) Véase el núm. 469 de esta REVISTA, pág. 1.571.

(27) Véase *Lecciones de Derecho civil*, II, págs. 342 y 343.

(28) Véase Díez PICAZO, op. cit., en nota precedente, pág. 260.

(29) Véase la interesante sentencia de 3 de octubre de 1967 (ponente señor Beltrán de Heredia), en el núm. 474 de esta REVISTA, pág. 1.353.

(30) Véase, por todos, Díez PICAZO, op. cit., págs. 415 y sigs. Véase el nuevo Código civil portugués, arts. 424 y sigs.

(31) Véase, op. cit., pág. 319.

(32) Véase SOTO NIETO, *El caso fortuito y la fuerza mayor*, pág. 269; y el perfecto resumen de Díez PICAZO, op. cit., págs. 429 y sigs.

(33) Véase op. cit., págs. 355 y sigs.

Ordenamientos (34). Incluso en los supuestos en que la cosa hubiere pasado a poder de *tercero*, en que el autor argumenta a favor de la admisión de la retención dada la poca locuacidad del legislador, la práctica anglosajona lo admite claramente con el instituto denominado *lien* (35). Se plantea el autor, en cuanto a la eficacia de la retención frente al tercero propietario, la posibilidad de tales supuestos y su *frecuencia*: puedo asegurarle que en las Baleares, ante la enorme avalancha de inversores extranjeros, cuya insolvencia aparece solamente pasado cierto periodo de tiempo, los problemas son enormes y los conflictos de intereses se radicalizan sin una fácil solución y siempre en perjuicio de la parte más débil, o sea, el artifice o ejecutor de la obra encargada. Finalmente, defiende el autor la posibilidad de la retención en caso de que el contratista actúe de *mala fe*, o sea, sabiendo antes de comenzar la obra que la cosa no es del comitente: que la solución no es tan sencilla nos lo demuestra el nuevo y progresivo Código portugués, que en su artículo 756-b) excluye el derecho de retención en los casos de mala fe; parece, por tanto, que la admisibilidad dependerá de que sea exactamente esta "mala fe" y de lo que en cada caso sugiera la equidad.

En zona de *privilegios*, quizá podría y debería profundizarse algo más en qué cosa sea el privilegio: siguiendo una vez más a Díez Picazo (36) creo que en esencia todo privilegio es una *facultad* de ciertos acreedores para reclamar un cobro preferente frente a otro acreedor, o sea, una cualidad de determinados créditos.

Toda la especial y compleja problemática que plantea la construcción naval es meramente aludida por el autor. Sin embargo, en este punto concreto, creo debiera haber profundizado un poco; como ya he apuntado de pasada, en otro lugar (37), no estamos muy sobrados de elaboraciones doctrinales acerca de lo relativo a la construcción del buque y los problemas jurídicos que plantea. Constituye una notable excepción la brillante aportación de mi compañero FOSAR BENLLOCH, "Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima", publicada en esta misma REVISTA (38), en que aparecen estudiados todos los puntos en conexión con el tema del buque, su construcción, créditos, sean o no privilegiados, etc.

En el caso en que la cosa *mueble* afecta al privilegio haya pasado a poder de un *tercero*, parece lógica la posición negativa—en principio—del autor, con el que coincide Díez Picazo (39) si bien no en forma rotunda. La solución del autor, a base de enumerar casuísticamente los posibles supuestos según se haya o no pagado el precio de la cosa por el tercero, me parece técnicamente correcta y difícil de reducir a una formulación genérica; que esto último no es imposible nos lo evidencia la perfecta técnica del nuevo Código portugués, en sus artículos 749 y siguientes.

Finalmente, en tema de *privilegio inmobiliario especial de los créditos refaccionarios*, no me parecen excesivos los juicios del autor acerca de la falta de profundidad de la doctrina patria sobre la noción de

(34) Véase la curiosa regulación del Derecho inglés a través del *lien*, en CHITTY—on—contracts, tomo II, pág. 203. Para los sistemas latinos, puede verse, por todos, la completísima normativa del Código civil portugués en arts. 751 y sigs.

(35) Véase CHITTY, op. cit., II, pág. 206.

(36) Véase op. cit., pág. 321.

(37) Véase mi *recensión* a la obra de G. AURITI, *La nave in costruzione*, en esta REVISTA.

(38) Véase el número 475, págs. 1503 y sigs., en especial las págs. 1512, 1526 y sigs.

(39) Véase su tantas veces citada *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 322.

tales créditos; incluso un autor como Díez Picazo toma prestada (40) la definición de Roca Sastre y trata de escapar a la estrecha configuración tradicional exigiendo los requisitos—que deberán darse *conjuntamente*—del destino previsto y de la efectiva inversión de la cantidad prestada.

Una precisión importante entiendo debe hacerse a alguna afirmación del autor en este punto de “créditos refaccionarios”: alude en un lugar de la obra—pág. 183—a que “el Proyecto de 1851, *sobrepasando* su finalidad, había establecido la regulación puramente registral de tales créditos en sus artículos 1.874 y 1.875, *a falta* de Ley Hipotecaria”; y en otro lugar, algo más adelante—pág. 194—dice “el Proyecto de 1851 completa su normativa *invadiendo* un campo que estrictamente no le es propio: la regulación hipotecaria del mecanismo de publicidad que justifica la preferencia en cuestión (arts. 1.819 a 1.889)”. Ello, no obstante, entiendo que aquí el autor utiliza un razonamiento equivocado, al tomar como cierta una premisa menor que es cuando menos cuestionable: la de que el Código civil *no puede* contener la regulación registral de los créditos refaccionarios, o de otro modo, que la regulación registral de estos créditos *solamente* se debe contener en una Ley Hipotecaria especial. Creo procedente traer aquí el criterio *histórico* tan caro al autor y del que tan buen uso sabe hacer para llegar al concepto *civil* de crédito refaccionario; en efecto, si nuestra perspectiva pudiera retroceder en un momento algo más de un siglo hallaría ante sí la debatida cuestión de la Codificación del derecho patrio, que pretendió resolver GARCÍA GÓYENA con el Proyecto del Código civil de 1851: sin entrar aquí en las causas de su fracaso, si cabe notar que era un Proyecto de *código general* uno de cuyos componentes era precisamente la ordenación de todo el tráfico inmobiliario (41). La redacción de los artículos 1.782 y siguientes y 1.819 y siguientes fue debida a LUZURIAGA, de quien son también los Comentarios a estos artículos, y sobre esta base del articulado del Proyecto de 1851 se elaboró la primera Ley Hipotecaria. Nació ésta, como otras varias *Leyes generales sobre materias especiales* (según la denominación de don FEDERICO DE CASTRO), por causa del fracaso del Proyecto de 1851, como bien es sabido. Por todo lo cual, estimo infundadas las razones de DE ÁNGEL YÁGUEZ sobre que el Proyecto de 1851 “había invadido un campo que no le era propio y había sobrepasado su finalidad”. Para mayor abundamiento, suele observarse como una de las *características* esenciales de la Ley Hipotecaria de 1861, al decir de SANZ FERNÁNDEZ (42) que era “una Ley en cierto modo provisional, ya que estaba destinada a desaparecer refundiéndose sus preceptos en el Código civil”.

En lo que estoy plenamente de acuerdo con el autor es que “de ningún modo cabe considerar a la Ley Hipotecaria como *antecedente histórico* del Código civil en materia civil”. También de acuerdo en la concepción del autor acerca de los créditos refaccionarios, en sentido *amplio*, lo que permitirá en la práctica una mejor defensa y garantía de los créditos de los contratistas y una adecuada traslación desde el *nullum* jurídico actual de las correspondientes anotaciones preventivas a las necesidades de la realidad económica de hoy. En mi experiencia profesional he podido observar esta necesidad, apremiante en casi todos los casos, de protección del contratista, y hace algo más de un año la práctica notarial intuyó esta posibilidad que ahora defiende brillantemente el autor de esta obra, siendo bien acogida la sugerencia en el Registro de la Propiedad.

(40) Véase op. cit., pág. 325.

(41) Así, en DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, pág. 212.

(42) Véase sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, pág. 80.

IV.—RESUMEN: De todo lo expuesto acerca de la obra podrá deducirse su importancia y trascendencia, ya que mis observaciones no pueden añadirle interés a la obra. Siendo obra de juventud, no cabe decir que sea fragmentaria ni incompleta; siendo obra de investigación, no se puede decir que no sirva para la práctica; siendo obra de un civilista, no vale excluirla para los restantes campos del Derecho. Por todo lo cual la juzgo indispensable para la práctica profesional; constructores, asesores, abogados, jueces, registradores, notarios, etc., y para todos quienes se muevan dentro del campo de los contratos de ejecución de obra, cuyo hilo directriz sirve al autor de unión de todos los capítulos o entramado de la obra.

J. C. G.

DÍEZ PICAZO, LUIS: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen segundo (las relaciones jurídico-reales. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones), Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 927 págs.

En el año 1966 publicó el profesor DÍEZ PICAZO el primer volumen de sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. El libro, que venía a llenar un gran vacío en nuestra bibliografía jurídica, se reveló en seguida como un trabajo utilísimo y ha tenido una enorme difusión en correspondencia con su innegable calidad (1). Recientemente ha aparecido el segundo volumen de estos *Estudios*, dedicado ahora a las restantes partes del Derecho civil que no habían sido objeto de atención en el tomo primero, es decir, a las Relaciones jurídico-reales, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Comprende así los temas que se estudian en los actuales cursos cuarto y quinto de la Licenciatura universitaria en las Facultades de Derecho. Con ellos se completa el panorama global del Derecho civil y de su extenso contenido de problemas, a través de la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal Supremo.

El actual volumen recoge la exposición de 221 sentencias del Tribunal Supremo, ordenadas numéricamente y agrupadas por materias alrededor de los respectivos capítulos que integran aquellas grandes ramas o partes del Derecho civil. Así, la cuarta parte de la obra total—primera de este segundo tomo—, relativa a las Relaciones jurídico-reales, se divide en los siguientes capítulos: 1. El derecho de dominio: su extensión y su alcance. 2. La protección del dominio y las acciones dominicales. 3. La reivindicación mobiliaria y el artículo 464. 4. La ocupación de los bienes mostrencos o vacantes. 5. La teoría de la posesión. 6. Usucapión. 7. Accesión. 8. Comunidad de bienes. 9. Aguas. 10. Propiedad intelectual. 11. Usufructo. 12. Servidumbres. 13. Los derechos reales de garantía.

Dentro del Derecho de Familia—quinta parte de la Obra—, las sentencias se ordenan en torno a estos capítulos: 1. Los alimentos entre parientes. 2. Matrimonio. 3. El régimen de bienes en el matrimonio. 4. Las relaciones paterno filiales.

En fin, el Derecho de Sucesiones encierra un nutrido repertorio de sentencias, cuyos capítulos sistemáticos de exposición son los siguientes:

(1) Vid. la noticia que dimos de él en esta misma REVISTA, núm. 460, mayo-junio 1967, págs. 920-927.

1. Introducción. 2. Legítimas. 3. Mejoras. 4. Reservas. 5. Los testamentos y sus formas. 6. El contenido del testamento. 7. La sustitución pupilar y ejemplar. 8. Las sustituciones fideicomisarias. 9. Las disposiciones de residuo. 10. Los legados. 11. La interpretación del testamento. 12. Los ejecutores testamentarios. 13. La sucesión abintestato. 14. Comunidad hereditaria y división de la herencia.

El método de exposición de las sentencias es el mismo seguido en el volumen primero: Indicación de la fecha de la resolución y del nombre de los litigantes, extracto de los hechos, transcripción de los considerandos en que se contiene la doctrina jurisprudencial, y jugosas notas de Comentario a la mayor parte de las sentencias redactadas por DIEZ PRCAZO. Al margen del innegable valor que el repertorio jurisprudencial tiene, de recopilación de problemas y de justificación de sus soluciones, solamente la cantidad y calidad de los Comentarios del autor del libro, su preciso enfoque de los temas y su depurada crítica constructiva hacen recomendable, por lo sugestiva que resulta, la lectura de este volumen.

Facilmente se comprenderá que en una breve noticia como la presente, no podemos entrar con detalle en la consideración de las sentencias analizadas, dado el amplio horizonte de Derecho civil que su exposición abarca. A título de ejemplo recordemos, entre otras, las sentencias relativas a la interpretación jurisprudencial del art. 464 C. c., artículo este de tanta importancia práctica y objeto de tantas discusiones y polémicas doctrinales; el problema de los bienes mostrencos y el derecho del Estado a su ocupación; el tema de la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio y la concurrencia de sus requisitos —buena fe, justo título ad-usucapionem y su delimitación, interrupción de la posesión, bienes prescriptibles—; el problema, siempre delicado y de tanta trascendencia social y moral, de la validez de los matrimonios civiles, su celebración en el extranjero, la prueba de la acatolicidad de los contrayentes y sus relaciones con el matrimonio canónico; la célebre sentencia de 1 de julio de 1955 (Borbón c. Patiño), sobre ineficacia de las capitulaciones matrimoniales celebradas por menor de edad; la evolución de la doctrina jurisprudencial respecto a los requisitos del reconocimiento de la filiación natural, de su reclamación y de su impugnación; las diversas sentencias que inciden sobre la interpretación de la reserva lineal contenida en el art. 811 C. c.; los diferentes casos en que se plantea la modalidad testamentaria de la institución condicional de heredero y las formas de esta última; las disposiciones testamentarias de residuo; el problema, hoy ya anticuado para las regiones en que están vigentes las nuevas Compilaciones, del régimen de la sucesión *ab intestato* en los territorios forales, etc.

En relación con el estricto campo de los Derechos reales y sus conexiones con el Registro de la Propiedad, temas ambos de más preferente atención para los lectores de esta REVISTA, podemos traer a colación entre otras, las siguientes sentencias: La de 25 de junio de 1945 (Tarré Deulonder c. Tarré Soler) sobre limitaciones de dominio, prohibición de disponer impuesta a cargo del padre donante en una escritura de capitulaciones matrimoniales y su inscribibilidad; la de 1 de diciembre de 1966, sobre reconocimiento de propiedad particular en la Zona Marítimo-Terrestre y en las playas. Es particularmente interesante el comentario de DIEZ PRCAZO a esta sentencia, relativa a un tema actual de tanta virtualidad práctica, por la importancia económica de la explotación de las playas a causa del turismo, aunque el problema ha quedado ya quizá resuelto en la reciente Ley de Costas de 26 de abril de 1969; la de 10 de febrero de 1909 (Jordán c. Mateos), acerca de los

requisitos que la jurisprudencia señala para que tenga lugar la tradición instrumental que sanciona el art. 1.462 C. c.; la de 1 de junio de 1948 (Sánchez c. Cortés), sobre interpretación del art. 1.473 C. c., eficacia de la inscripción registral, aplicación del art. 34 L. H. y valoración de la buena fe; la de 30 de junio de 1962 (Lorido Lorenzo c. Mejías Rodríguez), que trata de la necesidad de título y modo para la transmisión de propiedad en el derecho español, la inscripción derivada de la titularidad del derecho real adquirido y no del mero contrato de opción de compra, y las formas de legitimación para la rectificación del Registro; la de 5 de enero de 1963 (Gisbert Sans c. Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos y FET y de las JONS), que versa sobre un problema de doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad; la de 10 de marzo de 1947 (Alonso Martínez c. Cimarra Urosa), sobre mancomunidad del crédito garantizado hipotecariamente e indivisibilidad de la hipoteca; la de 4 de mayo de 1961 (García-Casarrubios Campo c. García de Pedro), en que se recoge el problema, quizá sólo planteado esta vez ante el Tribunal Supremo, de la suerte de los arrendamientos de fincas urbanas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, etc.

Asimismo se recoge la famosa sentencia de 25 de junio de 1966, relativa a la donación de las fincas de su propiedad hecha por el conde de Sástago a los vecinos del pueblo, y la posible usucapción a favor del Ayuntamiento si se estimaba inválida la donación por no haber plasmado en escritura pública. Me parece especialmente interesante el comentario que Díez Pícazo hace del art. 633 C. c. en esta sentencia.

La lectura del libro de Díez Pícazo despierta en el lector una serie de reflexiones. Tan intensa es su eficacia de incitación mental.

El volumen se sitúa en esa línea metodológica, siempre presente entre los tratadistas españoles, pero especialmente patente en el momento actual, según la cual el estudio de la instituciones jurídicas sólo puede ser rectamente enfocado a partir del examen pormenorizado de los casos de la vida real en que aquellas instituciones cristalizan. Es el viejo y siempre renovado tema de las necesarias conexiones entre teoría y práctica jurídica, sobre el cual no vamos a insistir ahora. El Derecho es una realidad casuística. La técnica jurídica pretende encontrar la respuesta más justa, dentro del orden jurídico vigente, para cada una de las colisiones de intereses que en la vida social se plantean. La ciencia del Derecho sólo será rectamente construida en la medida en que pueda explicar, con toda humildad pero con todo rigor, los fenómenos jurídicos que son objeto de su contemplación intelectual. El planteamiento de los problemas jurídicos sólo puede hacerse a partir de la irrepetible singularidad de cada caso, de sus perfiles sociales y de los intereses concurrentes. Así lo exige el enfoque realista de la realidad jurídica, siempre viva, siempre en tensión por fuerzas sociales que a ella subyacen. He aquí una de las dificultades, realmente dramática, que ha de superar el intérprete: coordinar en un mismo plano la específica individualidad de cada caso, humanamente distinto a cualquier otro, con la necesaria generalidad de la norma que lo disciplina abstractamente.

En este libro encarna de manera ejemplar esa idea, ya expresada por el propio Díez Pícazo antes de ahora con una frase feliz: la inaprehensible relación que existe entre la teoría y la práctica del Derecho. Idea evidente, especialmente fecunda, y a la cual no son

ajenos algunos de los mejores estudios publicados con posterioridad sobre el fenómeno jurisprudencial (2). El Derecho como algo que no está dado previamente en las normas, sino que hay que buscar, investigar cada día. Para lo cual el estudio de las decisiones jurisprudenciales, y de los valores sociales que en su resolución afloran, resulta tarea imprescindible.

La creciente atención que a las sentencias del Tribunal Supremo se viene dando en los mejores libros actuales aparecidos en nuestra patria sobre problemas jurídicos, pone de manifiesto la importancia que el estudio crítico de la jurisprudencia tiene para el examen riguroso de las cuestiones. Y abre nuevos rumbos a la investigación jurídica.

Pero el volumen del cuál estamos dando noticia no agota su importancia en el campo de la metodología científica del Derecho. Antes al contrario, proyecta su eficacia sobre otro terreno igualmente importante: la pedagogía jurídica y la enseñanza del Derecho. Las proyectadas reformas universitarias, actualmente en trance de realización en nuestra patria, apuntan, entre otras, a dos finalidades bien concretas, especialmente relevantes para los estudios de Derecho: la reorganización de los planes de enseñanza y la revalorización de la pedagogía en los estudios de Derecho. Limitándonos a este último aspecto, se trata de poner al día la enseñanza de las disciplinas jurídicas, de estudiar junto con los conceptos y las teorías los problemas sociales que unos y otras tratan de esclarecer; de aprender las instituciones jurídicas, como realidades sociales que son, de la mano de los planteamientos de hecho en que plasman, de los casos concretos en que adquieren relieve y vigor. En otras palabras: estudiar los conceptos al mismo tiempo que las resoluciones jurisprudenciales. Concebir las teorías como instrumento técnico para la explicación de los casos. Aparte otras necesarias revisiones de nuestra pedagogía jurídica vigente, parece claro que sólo puede enseñarse y aprenderse el Derecho adecuadamente partiendo de los casos en que se realiza y de las razones que han servido para su resolución en cada uno de ellos. Sin ese realismo que brinda el planteamiento de los problemas concretos y la jurisprudencia de intereses, mal podremos enseñar a los estudiantes la realidad social que cristaliza en el mundo del Derecho.

Pues bien, desde esta concreta perspectiva pedagógica, el libro de Díez PICAZO nos parece insustituible. Por su extensión temática, que comprende todo el panorama del Derecho civil; por la adecuada selección de problemas; por la finura de sus comentarios, que revelan la mentalidad de un verdadero jurista; y porque es la primera obra de este tipo aparecida en España para ser utilizada en clase como libro complementario del Manual. Sólo a través de esta oportuna utilidad docente, el libro que comentamos encuentra su justificación más cumplida.

También este libro puede —y debe— encontrar resonancia en otros grupos de destinatarios: los profesionales y prácticos del Derecho. Porque también para ellos, en su diario bregar y buscar por los caminos del Derecho civil, resulta práctico, cómodo y orientador este amplio repertorio jurisprudencial, reflejo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre tantos problemas que surgen en la vida diaria, y de la evolución que esa doctrina ha experimentado en la interpretación de aquellas materias.

Con el presente volumen segundo se cierra esta obra del profesor Díez PICAZO. Contemplándola en su conjunto resulta tan armoniosa, útil

(2) ENRIQUE LALAGUNA: *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 1969.

y manejable que no comprendemos cómo no se haya realizado antes en nuestra patria una obra semejante. Quizá porque entre las muchas páginas y la letra menuda de estos dos volúmenes, quedan enterrados muchos cientos de horas de paciencia y esforzado trabajo. De todo lo dicho hasta aquí se desprende claramente que, para el autor de estas líneas, no hace falta insistir sobre la utilidad y el valor de este libro. En cualquier biblioteca sería sobre temas de Derecho privado creemos que debe tener reservado un lugar de excepción. Por su necesario uso frecuente y su instructiva consulta. Especial gratitud merece Díez Picazo por tan valioso trabajo, que ha venido a honrar la ya brillante «Colección de Estudios Jurídicos» de la Editorial Tecnos.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Capacidad jurídica de la mujer casada*, Salamanca, 1969.

La reforma de 1958 y la Ley de 1961 vinieron a completar la equiparación ante la Ley del hombre y la mujer soltera.

La equiparación de la mujer casada no solamente no se logró con el régimen instaurado por estas normas, sino que, insertadas éstas en el sistema tradicional del Código, que no desaparece, vinieron a complicar el régimen jurídico de la mujer casada, hasta el punto de que junto a problemas tradicionales en tema de su capacidad, surgen otros cuya solución lleva a la doctrina a considerar la conveniencia de una nueva reforma del régimen jurídico de la capacidad de la mujer casada.

Los efectos de la reforma han sido analizados por la doctrina a través de una serie de interesantes trabajos, a los que viene a unirse el de don Diego Espín Cánovas, que vamos a comentar seguidamente.

Espín analiza en primer lugar someramente el régimen jurídico de la capacidad de la mujer a través del Derecho histórico... Siempre es curioso recorrer la trayectoria de la incapacidad de la mujer, porque los fundamentos de la misma responden a un condicionamiento social que, a su vez, es consecuencia, como se ha dicho repetidamente, de una educación de la mujer deformada a través de largos siglos de cultivo de su «imbecilidad».

Sobradamente conocida es la vejatoria situación de la mujer en el Derecho romano, sometida a tutela en atención a su «ligereza», ligereza de juicio —«levitas animi»— que, sin embargo, dice Gayo, es «una razón de apariencia más que de verdad». Y se ha resaltado siempre la proyección del cristianismo en la condición de la mujer, aunque en el terreno jurídico no fuera demasiado estimulante de una equiparación que sólo muy cerca de nuestros días comenzaría a reconocerse.

Es especialmente aleccionador, porque tuvo tan gran influjo en los demás Ordenamientos jurídicos, el régimen de la condición de la mujer en el Código civil francés. El Código civil francés mismo sufrió las consecuencias de la intervención en la redacción de Napoleón, quien, aun no teniendo ninguna autoridad moral, como es bien conocido, para imponer su criterio sobre la familia y el matrimonio, sí que tenía la autoridad política que le permitió proyectar su opinión en el texto legislativo. El primer cónsul decidió así la suerte de la mujer no sólo en el Derecho francés, sino en tantos otros como en el nuestro, cuando no había podido en la vida real decidir la suerte de sus propias mujeres,

su propio matrimonio, su propia familia. Creo que fue Bertrand Russell quien escribió una vez que el hombre tiene de la mujer aquella opinión que ha llegado a formarse a fuerza de convivir con la propia...

Como quiera que fuese, en este momento histórico se da la gran paradoja de que bajo principios revolucionarios va a iniciarse —como dice Espin— el Derecho privado moderno bajo un signo de sujeción de la mujer al marido, que resucita bajo nueva forma la primitiva sujeción de la «manus» en Roma.

Lógicamente la reacción daría lugar a la aparición de un movimiento feminista que se acentuaría después de la primera guerra mundial. El movimiento feminista pretende llegar a la equiparación absoluta de los sexos.

Va a permitirme el señor Espin que califique de divertido su escándalo ante la afirmación de «Jorge Sand», de que no sólo era absurdo el deber de obediencia de la mujer al marido, sino que también lo era el deber de fidelidad. Durante muchos siglos el marido «protegido» por la benignidad o la desigualdad de trato de las leyes —pensemos en el régimen legal del adulterio—, sin escándalo de nadie, dejaría de cumplir con reiterada frecuencia con el «deber de fidelidad a la mujer».

Lo cierto es que habremos de llegar a fecha muy reciente para encontrar en las leyes el resultado de una lucha iniciada desde hace tantas décadas en favor de la equiparación de los sexos. En la desigualdad de trato ante la Ley del hombre y la mujer coincidían todos, conservadores y liberales, retrógrados y extremistas. No deja de ser curioso.

Recoge Espin muy resumidamente el estado de la cuestión en el Derecho comparado. El resumen sirve para llegar a algunas conclusiones: en primer lugar el constatar la uniformidad de criterio en las legislaciones anteriores a la reforma de nuestros días sobre el régimen de incapacidad de la mujer. En segundo, el triunfo de la equiparación en las nuevas leyes. En tercero, y ya en terreno de la realidad de los efectos de la reforma, su distinto alcance, en algunos países, como en la República Federal Alemana, Italia, Bélgica, con mayor amplitud, cuando menos formal; en la de Francia y especialmente en la portuguesa, con carácter más moderado.

Pero lo que sí que es cierto, y aquí no podemos cuestionarnos si en la práctica estas reformas han conseguido eliminar las incapacidades de la mujer casada, en cuanto que no podemos conocer su proyección en sus respectivos sistemas, es que las reformas, todas, se llevan a cabo coincidiendo en esa preferencia por la capacidad «natural» del marido para decidir las cuestiones de la comunidad familiar. Hoy día, cuando en muchas ocasiones la mujer no sólo tiene una capacidad intelectual igual a la del hombre, sino que aporta al matrimonio por razón de su profesión o sus negocios más económicamente que el marido, sigue pareciendo absurdo que en todo caso, sin distinguir situaciones, sea el marido el que ostente el poder decisorio último, por mucho que se arbitre para la mujer el recurso ante los Tribunales. Es cierto que la mujer en general no está capacitada para ostentar la jefatura familiar, que la mayoría de las mujeres pertenece todavía al género madre de familia, pero no lo es menos que, un cada vez más amplio número de mujeres casadas, están sobradamente capacitadas para decidir sobre los problemas personales y económicos de su matrimonio. Incluso leyes como la de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1943, que deroga el poder de jefatura marital y la patria potestad subsidiaria de la madre, atribuye el poder decisorio al marido, y cuando esto no sea posible, el recurso al Tribunal de Tutelas.

De una vez para siempre el legislador debería decidirse a tomar en

cuenta la existencia de un tipo de matrimonio distinto, que cada vez en número más grande nos encontramos en la realidad de cada día y que impone el respeto hacia una mujer educada intelectualmente para el trabajo y la consideración social que merece el hombre mejor preparado.

La igualdad jurídica de la mujer ha sido recogida en las más recientes declaraciones internacionales: la «Declaración universal de los derechos humanos», de 10 de diciembre de 1948, estableció rotundamente la declaración de la equiparación; «...los hombres y las mujeres... disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio» (art. 16, 1.º).

Se plantea Espín a continuación el tema en el sistema de nuestro Código civil. Y del mismo nos interesa destacar el principio de obediencia al marido, las restricciones que sufre la incapacidad de la mujer casada como consecuencia de la necesidad de ser representada en juicio por su marido y el funcionamiento de la licencia marital.

En el sistema del Código, concluye la doctrina, no existe una incapacidad de la mujer casada, pero sí unas restricciones tan amplias a la capacidad que no es posible afirmar que existe capacidad general.

¿Qué ha significado la reforma de 1958 y la Ley de 1961 en este sistema?

La reforma de 1958 buscó al suprimir los últimos vestigios de la incapacidad de la mujer en general, ser testigo en los testamentos, suprimir la prohibición de ejercer cargos tutelares, una equiparación que completaría la Ley de 1961 al permitir a la mujer el ejercicio de toda clase de derechos políticos, profesionales y laborales.

Pero además la reforma de 1958 en relación con la mujer casada reformó el régimen de los bienes gananciales al otorgarle unos derechos en orden a determinados actos dispositivos, y en general para la protección de unos intereses en dichos bienes.

Sin embargo, ni esta Ley de 1958 ni la de 1961 variaron el sistema del Código civil, que permaneció, inspirado en los principios tradicionales, fiel a la restricción de obrar de la mujer casada, sólo que las soluciones a los problemas planteados se complicaron.

Destaca acertadamente Espín que la reforma de 1958 se enfoca hacia el campo patrimonial de las relaciones conyugales, con lo cual permanece no sólo la consideración del marido como jefe de la familia, sino que, con un anacronismo, que no tiene justificación alguna, subsisten los principios de obediencia de la mujer al marido y el deber de convivencia en el domicilio libremente elegido por el marido. Junto con éstos subsiste también la representación legal de la mujer por el marido y la institución, difícil de delimitar en nuestros textos legales, de la denominada «venia marital». Las pretensiones de la reforma, como podemos ver, han tenido bien poco de efectivas.

Analiza Espín el deber de obediencia, su alcance y su sanción, para concluir que este deber de obediencia está inspirado precisamente en el de protección marital, argumento muy del gusto de nuestros civilistas, pero que ya no convence a nadie. Está de acuerdo con todo lo que de anacrónico tiene el deber de convivencia en un lugar que la Ley deja a la libre elección del marido. ¿Cómo, por otra parte —nos preguntamos—, puede coexistir este deber expresado en términos tan absolutos por el Código con el reconocimiento de la posibilidad por parte de la mujer de llevar a cabo actividades políticas, profesionales o laborales que impongan el deber, a su vez, de residencia?

Y seguidamente estudia el tema, que bien merece el detenimiento que le dedica, de la licencia marital dentro del nuevo régimen formado

por el Código, los efectos de la reforma de 1958 y de la Ley de 1961, que lleva a cabo declaraciones de carácter general que pueden afectar fundamentalmente a todo un sistema positivo sin preocuparse de éste. La mujer casada dentro del régimen del Código civil pese a la declaración general de reconocimiento de su capacidad que se viene predicando, está sometida, repetimos, a una serie de graves restricciones; el sistema de estas restricciones es poco claro y poco consecuente.

La mujer casada necesita para llevar a cabo casi todos los actos importantes de orden económico de la licencia marital. A la vez existen en el Código actos para los que no se impone la licencia cuestionándose la doctrina si la requirieron también. Y situaciones en las que por estar el marido ausente o en condiciones de no poder otorgar la licencia (ausencia, locura, prodigalidad, interdicción civil) no cabe hablar de ésta. Y todavía puede existir otra situación: la del matrimonio separado legalmente, que lleva a preguntarse si en este caso habrá de suplirse esta licencia marital por la del juez, supuesto que cabe plantearse también en los casos de separación de hecho.

Para Espín es incuestionable que la mujer podrá acudir al juez para obtener la licencia supletoria, no sólo en los casos en los que el Código expresamente la establece, sino en todos aquellos en los que la negativa del marido tiene lugar, aunque la intervención judicial signifique una limitación a la autoridad marital.

Pero además es importante destacar la incidencia que en tema tan importante ha tenido la Ley de 22 de julio de 1961. La Ley, que equipara en la esfera política, profesional y laboral a la mujer con el varón, supone un evidente progreso, ya que, a diferencia del Código, que establece el amparo judicial para casos concretos, lo recoge con carácter general: «... no será eficaz (la negativa del marido) cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso del derecho» (art. 5. 1.º). Supone la innovación de aceptar el abuso del Derecho en la delicada materia —dice Espín— de los poderes maritales. Pues bien, la doctrina, siempre atenta al robustecimiento de la autoridad marital, juega un principio restrictivo, el del art. 5 de dicha Ley, para exceptuar de la autorización judicial supletoria el ejercicio del comercio por la mujer casada. La doctrina entiende que no se refiere a éste la Ley de 1961, sino sólo «para el ejercicio de los derechos reconocidos por la presente Ley, entre los que no se cuenta, el motivo no está claro, el ejercicio de la actividad mercantil, cuando se habla de actividades políticas, administrativas y de trabajo tanto en la esfera pública como en la estrictamente profesional y laboral. Espín, sin embargo, entiende que la única restricción que puede inferirse del art. 5 de la Ley de 1961 es la de que habrá de jugar únicamente en el ámbito de los derechos que la Ley regula, actividad profesional extradoméstica, no a la vida no profesional y estrictamente familiar. Por lo que, concluye, sería inaplicable en cuanto al recurso judicial, que otorga a la mujer en las relaciones conyugales en su doble vertiente personal y patrimonial.

Y, a su juicio, las consecuencias de esta restricción tampoco serían perturbadoras para el sistema del Código civil. Examina la que denomina «licencia judicial de primer grado» en las situaciones anómalas del marido y la licencia judicial en la situación de separación de personas. Y en este último supuesto, es lamentable, a nuestro juicio, que todavía se plantee el problema de si necesitará la mujer licencia judicial para llevar a cabo ciertos actos patrimoniales especialmente importantes. Ni siquiera el hecho de que la licencia marital tenga su fundamento en la necesidad de mantener la unidad de la familia y sea consecuencia de la atribución al marido de la jefatura de la misma, que defiende

nuestra doctrina más progresista, es bastante para convencer de lo absurdo de la solución favorable a la necesidad de la licencia judicial supletoria de la del marido. La aplicación del art. 1.444 a este supuesto, es a juicio de Espin, solución bien injusta.

Al analizar la licencia marital en la esfera mercantil estudia especialmente la postura de los mercantilistas opuestos a la posibilidad de que la mujer acuda al juez en caso de negativa del marido, al ejercicio del comercio por la mujer. Para Espin, la negativa de la doctrina está fundada más en el conjunto de las disposiciones del Código de Comercio que en un precepto expreso, pues el único que se alega, el artículo 8, no le parece enteramente convincente. Y es aquí en donde la incidencia de la Ley de 1961 es más acusada: ¿Cabrá aplicar a la esfera mercantil su artículo 5? La doctrina mercantil se divide. Espin pone de relieve algo que responde a una línea de pensamiento que compartimos: la ley de 1961, busca ampliar la capacidad de la mujer, no parece que exista ningún fundamento para mantener el ejercicio del comercio fuera del ámbito de las actividades profesionales de la mujer. Es un contrasentido el querer mantener, pues, en la esfera mercantil únicamente la potestad discrecional del marido para decidir la posibilidad del ejercicio del comercio por la mujer casada. La dificultad de aplicación de la ley de 1961 tiene su razón de ser en la falta de conexión con las normas mercantiles. El legislador quiso llevar a cabo una importante reforma, pero como sucede muchas veces, al hacerlo no tuvo en cuenta el sistema en el que la reforma venía a insertarse. La problemática planteada como consecuencia es bien interesante.

Analiza la licencia marital en la esfera laboral y el tema de la representación legal de la mujer por el marido.

Y concluye, finalmente, que en el momento actual hay una ausencia de un verdadero sistema de licencia marital, calificando a la venia marital, gráficamente, como poliforme, asistemática.

Analiza el régimen foral.

Y para terminar con su estudio, después de hacer la crítica personal al sistema del Código, concluye la necesidad de una reforma que termine con los graves defectos del que no puede calificarse de sistema de la licencia marital.

No podemos comulgar con las ideas expuestas por Espin en su exposición de la que denomina doctrina de la Iglesia. Son dos órdenes de ideas distintos; el civil y el de la moral cristiana, aunque, naturalmente no reñidos. Y es absurdo traer a colación textos como el de que el marido es cabeza de la mujer como Cristo de la Iglesia y aquél de que Eva es sacada de una costilla de Adán. La Iglesia ha reconocido ya la igualdad de los sexos a través de las declaraciones de los últimos Papas, pero, repito, es un orden distinto, a mi juicio. Como también es absurda la idea de que la mujer, llamada a cumplir unos fines específicos en el matrimonio, supedita a ello la plenitud de su personalidad, no cumpliendo totalmente con su desarrollo intelectual. Ninguno de estos argumentos nos sirve hoy, cuando somos muchas las mujeres, no feministas, sino simplemente educadas a un mismo nivel que el del hombre, las encargadas de defender nuestros derechos.

La futura reforma no entendemos que deba hacerse sólo respetando la igualdad de dignidad del hombre y la mujer, sino la de su capacidad. En cada caso la dirección de la familia no debe de quedar al arbitrio del marido. Porque entendemos que no siempre éste goza de una mayor capacidad que la mujer. Ni siquiera nos parece justo el criterio del poder decisorio último a favor del marido. Supongo que esto hará sonreír a muchos de nuestros juristas. Pero es mi opinión.

La única y grave concesión que cabe hacer al mantenimiento de restricciones, o simplemente del poder decisorio último para el marido, es el reconocimiento, que debemos hacer, de que la supresión de cualquier restricción debería ir unida a una real elevación del nivel intelectual de la mujer, y hemos de reconocer que éste está todavía lejos de conseguir. El condicionamiento social de la educación de la mujer para madre de familia pesa fuertemente todavía.

Es curioso constatar la falta de interés que tiene para la gran mayoría de las mujeres españolas un tema que les afecta tan gravemente. Todavía la profesión de la mujer española es casarse para vivir en simbiosis permanente del su marido.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

GUARINO, A.: *Storia del diritto romano*, 4.^a edizione riveduta, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1969, XIX-742 págs.

El valor de una obra no siempre puede medirse por el número de sus ediciones, pero sí su aceptación entre el público lector. Al saludar la cuarta salida de esta *Storia del Diritto romano*, del profesor Guarino, ordinario de Derecho romano en Nápoles, constatamos al mismo tiempo el amplio eco favorable que la misma ha obtenido siempre entre los estudiosos del Derecho romano, por su «equilibrio entre el rigor del dato y la fluidez y el ritmo necesarios a toda relación histórica», como puso de relieve, al recensionar la primera edición de esta obra, Arias Bonet en las páginas del «Anuario Español de Historia del Derecho», y el ininterrumpido favor del público.

Pero el hombre, mientras vive, tiene que hacer constantemente su propia vida, que va plasmando en cristalizaciones sucesivas, que constituyen los hitos de su vivir. Como una ostra perlifera que al sentirse irritada por un cuerpo extraño produce la gema anhelada, el historiador se siente inquieto ante los problemas que se le plantean en sus investigaciones —«estudiad problemas», amonestaba lord Acton a los historiadores—, y en esa lucha por sosegar su ánima cristalizan las obras históricas. Pero al hablar de cristalización estamos quizá ya traicionando el verdadero sentido del quehacer histórico, que es siempre una obra abierta, aunque no exactamente en el sentido de Eco, necesitada de ulteriores perfeccionamientos. La actividad del historiador podría equipararse a la del tímido galanteador que, progresivamente, se va acercando al objeto amado, embargado siempre por el temor de errar y ver esfumarse entre sus manos lo que pensaba haber ya conquistado. Guarino, como la princesita de nuestros cuentos infantiles, pese a haber recubierto con innumerables edredones de suavísimo plumón sus problemas, no logra sosegar su ánima, y cada nueva edición de su conocida obra es un intento de satisfacerse, más que de satisfacer. Podríamos decir, con el autor, que con el correr de los años se crean nuevos problemas mientras se renuevan los viejos, solicitando nuevas reflexiones.

En esta dirección dos momentos principales deben ser fijados en la vida de esta obra: el correspondiente a su salida inicial y el que coincide con la aparición de su tercera edición, que supuso no sólo modificaciones en la exposición, sino también un cambio en la estruc-

tura de la obra (vid. para una valoración exacta y breve de estos cambios *IURA* 15, 440-441). Precisamente sobre estas dos ediciones se ha concentrado la atención de los romanistas. La primera apareció en el año 1948 (vid. las recensiones de Arias Bonet, *AHDE* 19, 762-765; Kaser, *SDHI* 13-14, 380-390; Gaudemet, *IURA* 1, 378-384), mientras la tercera corresponde a 1963 (vid. rec. de Da Nobrega, *Romanitas* 6-7, 483-484; D'Ors, *Labeo* 10, 116-120, centrada principalmente sobre la periodización ofrecida por Guarino; Crifò, *Latomus* 23, 414-415; Sánchez del Río, *Temis* 13, 188-189). Pero no debe considerarse, sin embargo, a la segunda edición, aparecida en 1954 (vid. rec. de Filhol, *Latomus* 15, 433-434), una simple reedición de la primera, pues ésta había sido sometida a una amplia reelaboración.

Tampoco la amplia edición se trata de una simple reedición. Su autor no ha dejado de matizar, completar y retocar muchas de sus afirmaciones, pero además, en la fortuna y contenido de este libro ha iniciado igualmente la existencia de otras obras suyas. La aparición en 1968 de su *L'esegesi delle fonti del Diritto romano* (vid. rec. de Valiño, *AHDE* 38, 698-699) hacia innecesarias algunas páginas de su *Storia*, aquellas dedicadas a «La cognizione e lo studio del Diritto romano», que constituían el capítulo VII en la tercera edición, y que ha debido provocar asimismo la desaparición del capítulo VI de la misma edición, «profilo sistematico del *ius privatum*», por haber recibido un más amplio tratamiento en otras obras del autor.

La estructura actual de la obra se presenta así mucho más simplificada, al constar de cuatro capítulos dedicados respectivamente al Derecho romano arcaico, preclásico, clásico y postclásico, y con una cierta tendencia a volver a antiguas divisiones. El capítulo I de la tercera edición, sin embargo, si desaparece como tal capítulo, se mantiene, aunque modificado, como párrafo extracapítulo: dentro del mismo se encuentran los apartados primero, segundo y parte del tercero del citado capítulo, mientras otra parte del tercero se incorpora a la ya citada «L'esegesi». El apartado cuarto del capítulo primero de la tercera edición, «Profilo storico della civiltà romana», se divide y se incorpora cada uno a los capítulos dedicados a la periodificación del Derecho romano ya aludidos, acabando así con la modificación estructural de la obra realizada en la tercera edición (cf. *IURA* 15, 440), mientras el párrafo que abría cada uno de dichos periodos en la tercera edición —«il Diritto romano arcaico», etc.— se ha incorporado unitariamente al párrafo extracapítulo, que abre la cuarta edición.

Sería pedante por nuestra parte intentar una nueva valoración de la presente obra, cuando tantos y tan destacados maestros le han prestado su atención, pero sí consideramos lícito, si el asombro es el inicio del saber, plantear algunas reflexiones desde fuera del campo romanista y del ambiente italiano, es decir, desde el campo de la historia del Derecho español, sobre algunas afirmaciones y planteamientos que no dejan de provocar cierta inquietud.

Una de las novedades de la presente obra que más ha llamado la atención de los romanistas ha sido la periodificación adoptada. Incluso la recensión de D'Ors a la tercera edición de la obra de Guarino se centra en el problema de la periodificación. A la misma queremos nosotros hacer también alguna alusión, pero desde su punto final: los romanistas suelen cerrar sus estudios de la evolución del Derecho romano con la muerte de Justiniano, pero, haciéndolo así, abarcan un campo que les es disputado por los historiadores italianos. Esta prolongación en el tiempo, motivada por la obra de Justiniano, ha provocado últimamente que los romanistas vindiquen también para su campo las leyes,

o al menos algunas de ellas, surgidas en el antiguo ámbito del imperio romano, tras la avalancha bárbara. Tras señalar las graves consecuencias que ha tenido el abandono por parte de los romanistas del estudio del Derecho visigodo a los germanistas y aludir a los nuevos horizontes abiertos por la investigación del Derecho romano vulgar, sostenía no hace mucho D'Ors «la necesidad de que también los romanistas tomen como propio el estudio del Derecho de los visigodos» (D'Ors, *Est. Vis. I*, 91). Estos afanes romanísticos, sin embargo, no dejan de resultar curiosos, tanto más cuanto que incluyendo Guarino entre las fuentes jurídicas postclásicas las llamadas *leges Romande Barbarorum* (p. 610 ss.), no duda en identificar el Derecho romano con el Ordenamiento jurídico propio de Roma y de su civilización a lo largo del curso de su evolución histórica (p. 22). Y si —como afirma Guarino— definir el concepto de civilización es empresa imposible e ilusoria, sin embargo, su núcleo interno sólo puede estar constituido por la individuación de una sociedad política, es decir, por un Ordenamiento estatal; en definitiva, por un Ordenamiento jurídico; por ello, «la expresión Derecho romano indica con mayor precisión el Ordenamiento jurídico del Estado romano, en todos los diferentes grados de su plurisecular evolución; más bien, todavía más precisamente, el mismo Estado romano estudiado *sub specie* de su Ordenamiento jurídico» (p. 22). Pero es obvio que el Imperio de Oriente, tras la separación definitiva a la muerte de Teodosio (395), perduró a la muerte de Justiniano, mientras que el Imperio de Occidente no pudo prolongarse con posterioridad al 476, por convencional que sea esta fecha, pues si hay algo a lo que no puede darse fecha de nacimiento es un proceso histórico. Esta dependencia, en la periodificación, de las etapas de la evolución jurídica de los sucesos políticos (una distinta valoración de Kaser, *l. c.*, 381-382 y D'Ors, *l. c.*, 118-119) parece haberle jugado una mala pasada al autor, que no deja de reconocer además la fractura que se produce en la tradición jurídica romana a fines del siglo v (p. 569).

Hemos ya señalado que la labor justiniana condiciona el planteamiento de los estudios romanísticos. La principal fuente con que cuentan los investigadores del Derecho romano para el conocimiento del mismo en las épocas preclásica y clásica radica precisamente en los textos de los juristas romanos, recogidos por Justiniano en su magna compilación. De ahí la opinión común de considerar la obra de Justiniano dentro del Derecho romano. Resulta así que los límites temporales de la historia del Derecho romano no coinciden exactamente, como señala un distinguido romanista italiano, con los de la historia romana, pues si coinciden en el texto del inicio, «mientras el desenvolvimiento de la historia romana se suele retener cerrado con la caída del Imperio de Occidente (esto es con la data un poco convencional del 476 d. C.), la historia del Derecho romano tiene su punto de llegada en la compilación de Justiniano emperador de Oriente, publicada entre el 529 y el 534 d. C., y en la sucesiva legislación del mismo emperador († 565), porque, como hemos apuntado, representa la más rica fuente de información para las épocas anteriores y porque, tras la Recepción, puede considerarse a los derechos modernos europeos en gran parte derivaciones y adaptaciones del Derecho justiniano (Arangio-Ruiz, *Instituzioni*, 1).

Esta atención a unos libros jurídicos provoca una desvinculación territorial y condiciona la división temporal de los romanistas. Pero si se parte de los presupuestos de Guarino, es indudable que se incurre igualmente en los reproches de Calasso a quienes, siguiendo las huellas de Savigny, han hablado, como Bonfante, de la doble historia del Derecho

romano, o, como Vinogradoff, de una segunda vida del Derecho romano, calificando a esta segunda vida casi la historia de un fantasma (Calasso, *Introduzione*, 3 ss.), pues lo que se considera como una segunda vida del Derecho romano en Italia, Francia, etc., debe identificarse con la historia del Derecho italiano, francés, etc., pues la fortuna del Derecho romano en la Europa occidental no puede ser independiente del cuadro de la historia de cada uno de los Ordenamientos.

La posición ante este problema condiciona igualmente la posición ante el DRV. La suerte de este concepto, que desde los trabajos de Levy ha tenido tanta fortuna entre los romanistas, ha dependido de la fortuna de otro concepto vecino: el concepto de latín vulgar. Desde su nacimiento, cuando Brunner habló por primera vez de un DRV, estuvo vinculado a las ideas reinantes sobre el latín vulgar, pues incluso su acuñación fue hecha sobre este último. La valoración, por otro lado, que ha sufrido ha dependido igualmente del valor concedido al latín vulgar, y así, tras ser considerado, como pone de relieve Calasso, el latín vulgar como un latín corrompido, ha pasado a ser considerado como el latín hablado. Igual suerte ha corrido el DRV, que tras ser considerado un derecho corrompido, tiene hoy una valoración autónoma. Pero si mantenemos el paralelismo con el latín vulgar, es necesario llevar a cabo una rectificación en el planteamiento adoptado, cosa que parece apuntarse últimamente, así en Gaudemet.

El latín vulgar al ser identificado con el latín hablado se coloca en un mismo plano con el latín literario. Son dos círculos que no se encuentran separados, sino íntimamente unidos, pero tangenciales. En cuanto círculos tangenciales la historia de uno no es independiente de la historia del otro. Abandonado el carácter peyorativo de la denominación de latín vulgar, puede ser estudiado ya como una entidad autónoma. Pero una entidad que no depende del latín literario, en cuanto no es corrupción del mismo, sino incluso anterior a éste, en cuanto expresión de un pueblo. Aplicado esto al campo del DRV, como recientemente ha hecho Gaudemet, resulta claro que el DRV no puede ser limitado al Bajo Imperio, ni tampoco puede ser considerado una construcción abstracta, sino una realidad concreta, anterior incluso al derecho de los juristas, que es siempre una reflexión *a posteriori* sobre la realidad jurídica. El DRV aparece así como el derecho vivido por el pueblo romano y la dificultad en su estudio no es razón para no enfrentarse con el mismo. Dificultad en su estudio, pues se ha dicho del latín vulgar que la dificultad para conocerlo radicaba en que quien escribía, por inculto que fuese, no lo hacía como hablaba, y esto mismo puede aplicarse al campo del derecho. Como círculos tangentes, tienen mucho en común, pero tienen sus propias peculiaridades, resultado de los distintos fines a que atienden.

Pero en cuanto círculos tangentes el DRV y el DR de los juristas no son homogéneos y, por tanto, en su estudio y diferenciación —y prescindiendo aquí de la crítica de Paradisi a Wieacker— no pueden aplicarse categorías estilísticas. Si partimos del DRV como derecho vivido por el pueblo romano, en su estudio pueden aplicarse las categorías estilísticas de clasicismo y vulgarismo, lo que daría lugar a un DRV clásico y a un DRV vulgar, por muy extrañas y paradójicas que parezcan estas denominaciones, y entonces sí estaríamos, como quieren Guarino y Pugliese, ante construcciones de la romanística moderna. El DRV, si no es una degeneración del DR clásico, de la misma forma que el latín vulgar no es una degeneración del latín literario, sino la lengua hablada, es decir, si estamos ante realidades con entidad propia, la consecuencia es que a las mismas son aplicables los criterios

estilísticos de clasicismo y vulgarismo, y, por tanto, el error de caracterizar el DRV del Bajo Imperio de acuerdo con los criterios estilísticos del vulgarismo, error doble, pues ni el DRV temporalmente puede ser limitado al Bajo Imperio, ni las tendencias vulgaristas, en cuanto tendencias estilísticas, son propias del derecho vivido.

Pero si el DRV es el derecho vivido, y de él vivió el Occidente hasta la Recepción, vemos cómo se produce entonces la transformación del DRV en los derechos «nacionales», en el derecho visigodo, que es el que nos interesa preferentemente: DRV porque del mundo romano procede, pero derecho visigodo, en cuanto vivido y creado por los visigodos.

Y con ello nos encontramos en la valoración de Guarino del *Edicto* de Eurico y del *Breviario* de Alarico. Tras el planteamiento llevado a cabo por García-Gallo, y perfilado por D'Ors, se comienza a abrir paso la idea de una legislación común de los reyes godos para hispano-romanos y visigodos. Donde no existe, sin embargo, unanimidad es en la manera de compatibilizar *Ed. Eurico* y *Brev. Alarico*. Desde la derogación del primero por el segundo, que defendía García-Gallo en el artículo donde planteaba su famosa «tesis revolucionaria», hasta su coexistencia, en cuanto *Brev. Alarico* tenía carácter didascálico, no han cesado de plantearse el problema los estudiosos. Recientemente, en el *AHDE*, Otero tendía agudamente a considerar la publicación del *Breviario* como una reinstauración del orden jurídico romano: frente al *Edicto* de Eurico, Alarico II establecía el *ius* y la *lex*. No había incompatibilidad, en cuanto *Edicto* y *lex e ius* estaban en una relación jerárquica.

Posición original defiende Guarino: el *Ed. Eurico*, que responde a la tradición edictal romana, era común para galo-hispano-romanos y visigodos, mientras el *Breviario* se aplicaba únicamente a los hispano-galo-romanos.

Sin embargo, en estas explicaciones existe algo que no deja plenamente convencido. En este sentido la posición de García-Gallo en su planteamiento del problema, por más simple, es la más convincente, pues tan pronto entramos en la idea de promulgación edictal se levantan serios problemas.

Hace ya algunos años que Francisci había llamado la atención sobre el hecho de que si Teodorico el Grande había calificado de edicto a su legislación, no quería ello decir que se considerase un funcionario frente al emperador, pues precisamente en aquella época se aplicaba esta denominación de *edictum* o *lex edictalis* para indicar las constituciones imperiales con valor general. No interesa aquí la crítica de Calasso, pues se movía en el ámbito del edicto de Teodorico, ni siquiera si es correcta la nueva atribución de Vismara, pues aquí estamos en la época de Eurico, cuando el Imperio de Occidente estaba a punto de desaparecer. La denominación de *Edicto* aplicada al tradicional C. Eurico no encontraría dificultades si fuese una *lex generalis*, una constitución con valor general, aplicable por ello a galo-hispano-romanos y visigodos, pues pensar que Eurico se sentía un funcionario romano es difícil de aceptar.

Pero el problema radica principalmente en la obra de Alarico II. ¿Con qué autoridad la promulgó Alarico II? ¿Puede considerarse una reinstauración del orden romano? Alarico II no se mostró precisamente muy respetuoso con la tradición romana: no sólo llevó a cabo una selección en el Código teodosiano, sino también modificó la famosa ley de citas. El único derecho aplicable era el contenido en el *Breviario*. Dificilmente puede admitirse una reinstauración del orden romano por quien, sin ser emperador, lo modifica. Pero si Alarico II obró como

rey visigodo, entonces parece artificiosa la distinción hecha, entre el *Breviario* y el *Ed. Eurico* por Guarino. Si *Ed. Eurico* se aplica a godos y romanos, no es consecuencia de ser un edicto romano, sino que Eurico, en cuanto monarca godo, puede imponer su ley a godos y romanos, y otro tanto ha hecho Alarico II.

Es indudable, sin embargo, que la mayor dificultad que encontramos quienes creemos en la aplicación de la legislación visigoda a godos e hispano-romanos, si no se acepta la derogación de *Ed. Eurico* por *Breviario*, radica en armonizar estos dos cuerpos legales. El carácter didascálico de *Breviario* es un intento de explicación basado en el ejemplo de Justiniano, pero que no parece responder a la realidad visigoda.

Cuando nos disponemos a cerrar estas breves consideraciones nos reconocemos culpables de habernos ocupado de la obra de Guarino sólo de forma lateral, pero nuestro punto de partida ha condicionado nuestras reflexiones. Sería ingenuo, por otro lado, descubrir hoy los valores reconocidos de esta magnífica obra o detenernos a ensalzar la claridad y el rigor intelectual de su autor, tan propio de los juristas italianos y que hemos aprendido a apreciar en la obra de aquel escritor y genial historiador que fue Francesco Calasso.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

RECHT, PIERRE: *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété (Histoire et Théorie)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Duculot Editions, Paris, Gembloux, 1969, 340 págs.

Tras la revisión efectuada en Estocolmo en 1967 (1) del Convenio de Berna sobre reglamentación internacional de la propiedad intelectual, literaria y artística, han comenzado a surgir nuevos e interesantes estudios sobre la materia en la literatura jurídica de los diferentes países. Entre ellos debe merecer un especial interés el que ahora comentamos, ya que su autor, el belga Pierre Recht, ha sido delegado de su país, si bien no en la última Conferencia de Estocolmo antes mencionada sí en las anteriores de Bruselas, Ginebra y Roma de 1948, 1952 y 1961, de sucesiva renovación en su momento del Convenio constitutivo de la llamada «Unión de Berna», siendo además presidente de la Comisión Nacional de Bélgica sobre Derecho de Autor, lo que le asegura una excepcional competencia práctica en todos los aspectos de la materia.

Precisamente a través de los datos que esta práctica le proporciona intenta el profesor Recht elevarse por inducción a una teoría general de la figura jurídica contemplada, buscando una explicación más satisfactoria que las ofrecidas hasta la fecha por la doctrina. Apoyándose siempre en los datos que le suministra el Derecho comparado, el autor ha llegado a una construcción fuertemente subjetiva y personal.

Toda la obra está dirigida, pues, a la afirmación enérgica del carácter de «propiedad» que refleja la categoría estudiada; una propie-

(1) De algunos aspectos de la misma y de la bibliografía existente, nos hemos ocupado en el trabajo *La actitud de los nuevos Estados ante la regulación de la propiedad literaria y artística. Problemas jurídicos implicados*, («Revista Española de Derecho Internacional», t XXII, 1969-3).

dad especial si se quiere (Recht la denomina «propiedad-creación»), pero con todos los caracteres esenciales de la misma. Impugna por ello la propia denominación de «derecho de autor» y su consiguiente descripción por su contenido eminentemente moral en los llamados derechos de la personalidad, categoría, en su opinión, no suficientemente precisada. Así lo demuestra la propia génesis de la figura, tanto en los países anglosajones (en el *Common Law* primero y luego en el Derecho escrito) como en Francia, con sus leyes de 1793, en la Revolución. De este modo se mantuvo sin vacilaciones hasta la segunda mitad del siglo XIX

Por causas múltiples que el autor intenta atisbar en el contexto social de la época, fue teniendo menos predicamento el término «propiedad», llegando así a la Ley francesa de 14 de julio de 1886. Simultáneamente fueron apareciendo las primeras teorías personalistas (de Bertauld y Morillot), que consideraban tosca una teoría que asimilase las facultades del autor a las que tuviera sobre una cosa material, y coincidiendo también con la aparición de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI, 1878). Con esta fecha de 1878 entramos en lo que puede catalogarse como una nueva etapa, apareciendo sucesivamente las teorías de Kohler, Picard y Gierke. Sentaba la primera la existencia de un *Doppelrecht*, que comportaba un aspecto pecuniario y otro moral. La segunda («de los derechos intelectuales») hablaba de la existencia de una pluralidad de derechos dimanantes de la actividad de la inteligencia, que se traducían en la necesidad de un monopolio. La última, o teoría personalista, afirmaba la existencia de la categoría de los derechos de la personalidad, inherentes al sujeto, intransmisibles, entre los que se situaba el derecho moral de autor. Y aunque en esta época todavía se dieron pareceres que abonaban la legitimidad del término «propiedad intelectual», como los de Pouillet, Flourens, Thaller, Lacour y Gustave Huard, la firma del Convenio de Berna en 1886 y la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 27 de julio de 1887 consagran el auge de las teorías anteriores. Por su parte, el suizo Roguin ponía en duda que las facultades del autor pudieran configurarse como derecho, prefiriendo hablar de una obligación negativa a cargo de terceros. Esta evolución que se ha ido describiendo no parece empero haberse producido en los Derechos anglosajones, que no han impugnado la caracterización de propiedad. En el Continente, en cambio, llegóse al triunfo de la «teoría dualista» en Francia y de la «monista» en Alemania. La primera de ellas arrancando del «asunto Lecoq» ante la *Cour* (25 de junio de 1902), y, sostenida por Lyon-Caen y Saleilles, se vio confirmada en el «asunto Jamir-Canal» de 14 de mayo de 1945; y pasando por el «caso Bonnard» (4 de diciembre de 1956), llega hasta la Ley actual de 1957. Se basa en la distinción neta y separada del elemento patrimonial y el elemento moral en el derecho de autor. La segunda apareció más tardíamente, ya que las dos primeras leyes alemanas de 1901 y 1907 empleaban la noción de propiedad; concretamente se manifestó a raíz de la sentencia del *Reichsgericht* de 8 de junio de 1912, jurisprudencia que fue completada en 1920, 1926 y 1929, hasta llegar a su enunciado total en la sentencia del Tribunal Federal de 26 de noviembre de 1954 («asunto Cosima Wagner»). Toda esta construcción, apoyada por las teorías de Allfeld, De Boor y Ulmer, ha culminado en la vigente Ley de 8 de septiembre de 1965, proclamando la absoluta primacía del aspecto personal y moral sobre los derechos de explotación.

La primacía alcanzada por las teorías expuestas y por otras cons-

trucciones personalistas que el profesor Recht recuerda (Berard, Palmade, Colin, Masse, Vaunois, Caselli, Nast) no significó, sin embargo, el absoluto abandono de otras posiciones doctrinales. Jossereand siguió manteniendo enérgicamente la noción de propiedad (*Cours de Droit civil positif français*, 1938), y Rault llegó a negar la existencia de un derecho moral especial (*Le contract d'édition en Droit français*, 1927). En la misma Alemania se ha vuelto a utilizar ampliamente la noción de propiedad intelectual en la construcción de Hubmann (*Das Recht des Schöpferischen Geistes*, 1954).

Dos son, sin embargo, las construcciones doctrinales que por derecho propio destacan en el momento actual: las de Henri Desbois y René Savatier.

La primera (*Droit d'Auteur*, 1950) es fundamentalmente dualista: derecho moral y derecho pecuniario tienen existencia y vicisitudes totalmente distintas; coexisten, pues, un monopolio temporal y unas atribuciones espirituales irrenunciables. La segunda, insistiendo en la revitalización moderna del Derecho de las Personas, nos habla de que nos hallamos ante una personalización más de antiguos derechos patrimoniales, similar a la producida en los contratos de trabajo o de arrendamientos; estamos ante una nueva categoría por encima de las clásicas de derechos personales o reales (*Le Droit de l'Art et des Lettres*, 1953; *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit privé d'aujourd'hui*, año 1959).

La última parte de la obra la destina Recht a exponer su propia teoría, insistiendo sobre ideas que ha ido ya avanzando a lo largo de la misma. No resulta suficientemente claro afirmar que el derecho de autor es un derecho natural; basta decir que es un auténtico y real derecho subjetivo privado, que encuentra su título en la ocupación, en la más natural, humana y lógica de las ocupaciones, la que realiza el autor sobre el fruto de su trabajo, de sus facultades intelectuales. Y este derecho no puede ser otro que un derecho real de propiedad, ya que contra lo que se ha imaginado no es forzoso que éste recaiga sobre una cosa material que pueda ser objeto de posesión o tenencia física. Existe realmente una doble propiedad del autor: una sobre la cosa material que constituye el receptáculo de su obra, otra sobre el objeto de su actividad intelectual (la «propiedad-creación»). Y es que en realidad puede perfectamente hablarse de una propiedad divisible o estratificada, sin que ello constituya barbarismo jurídico alguno: por una parte, un dominio eminente perpetuo que responde a la dignidad de la condición de autor; por otra, un dominio útil temporal, que atañe a las condiciones de difusión de la obra, susceptible de concesiones y de enajenación a terceros. Con ello queda todo suficientemente explicado, ya que los atributos del pretendido derecho moral del autor o bien resultan difusos o bien se trata de facultades y prerrogativas inherentes a la propia persona humana que pueden manifestarse en cualquier actividad.

Digamos para terminar que aunque resulte llamativo, dada su experiencia personal anterior, apenas si realiza el profesor Recht alusiones a la actual regulación internacional resultante del Acta de Revisión de Estocolmo, si bien no parece mostrarse muy de acuerdo con la misma, coincidiendo así con la multitud de pareceres discrepantes que últimamente se han producido. La obra que hemos comentado, como su autor expresa, está ante todo dirigida a sostener los derechos de los autores y de la iniciativa individual, y será de muy útil consulta para quienes se interesen por la legislación comparada franco-alemana en

la materia; en lo tocante a otras legislaciones, sólo existen breves referencias a la regulación italiana y a la soviética de su nuevo Código civil. Su manejo resulta muy ameno y asequible (2).

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante

SECRETARÍA GENERAL DE LA ONU: *Derechos y deberes de los padres, incluida la guarda de los hijos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1969 (un volumen en cartóné, 120 págs.).

De nuevo la Organización de las Naciones Unidas proporciona a todos los profesionales y estudiosos del Derecho la ocasión de poder contar con los datos y directrices más últimos en una institución del Derecho comparado. Si hace poco fue la filiación ilegítima en la obra de Saario *Estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio* (1967), (1) ahora es la institución de la patria potestad. Como en aquélla, el enunciado de cada punto o dimensión doctrinal se conecta con la referencia al precepto positivo de cada legislación, en un conjunto de 662 notas a pie de página.

En la redacción de la presente obra han prestado su colaboración organismos y entes muy diferentes: el Consejo Económico y Social de la ONU, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, cuatro grandes seminarios celebrados en Europa, Asia, África y América para coordinar las ponencias de diferentes juriconsultos, y los Informes elevados directamente por los Gobiernos de los diversos países.

El capítulo I hace referencia a unas «Indicaciones Históricas». El sentido autoritario y omnímodo que la patria potestad tenía en los antiguos Derecho romano y germánico no experimentó una evolución profunda con el paso de los tiempos; incluso en la época de la codificación, por el influjo napoleónico, se tendía ante todo a acentuar las notas de jerarquía y disciplina. Ha sido en la época moderna cuando tanto los países de Derecho codificado como los de *Common Law* y los socialistas han resaltado los derechos y los intereses de los hijos; y, más recientemente aún, los Derechos de los países de África y Asia.

Se inicia el capítulo II («La patria potestad en la situación familiar normal») con la consideración de las personas que ejercitan la patria potestad. Actualmente es tendencia general en casi todas las legislaciones el que sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores o al menos con participación de la madre, si bien suele darse aún prevalencia al parecer del padre en casos de discrepancia. No obstante, siguen aún con el antiguo parecer napoleónico de exclusiva atribución al padre algunas legislaciones como la española, italiana, austríaca, belga, griega y diversas hispanoamericanas. Existe, pues, una notable tendencia en pro de la patria potestad conjunta, manifestada en la generalidad de los modernos Códigos civiles, en las leyes de reforma de cuerpos legales más antiguos, en los Códigos de la Familia de los

(2) Puede verse el elogioso comentario que le dedica el Prof. de Uppsala Sten STRÖMHOLM en el *American Journal of Comparative Law*, vol. XVII, 1969-4, páginas 658-660.

(1) Véase nuestro comentario en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1968.

Estados socialistas, en las Leyes sobre la Menor Edad y la Tutela de los países escandinavos e incluso en el moderno Derecho hebreo; no participan, en cambio, de tal orientación ni los Derechos musulmanes ni las normas consuetudinarias africanas, en que las atribuciones del padre se mezclan con las de jefe del grupo.

Respecto a la naturaleza de la patria potestad sobre la persona del hijo, se contempla primero el derecho y obligación de los padres a su crianza. El bien del hijo, su interés y conveniencia aparecen hoy por doquier proclamados como criterio inspirador, tanto en los textos legales como en la jurisprudencia (2). También es corriente la declaración de que los padres tienen el derecho y el deber de proporcionar instrucción a los hijos, si bien en otros sistemas se subsume en la obligación de alimentos, después estudiada en la obra.

Otra proclamación que también aparece con frecuencia es la del derecho de los padres a determinar si los hijos deben o no recibir instrucción religiosa y, aunque ya con menos generalidad, cuál deberá ser tal religión. Lo que sí aparece bastante reglamentado con cierto detalle en países de *Common Law* es el procedimiento a seguir para los cambios de religión de un menor con respecto a su familia.

También suele aludirse en las legislaciones al derecho de los padres al respeto y obediencia de los hijos, si bien últimamente no se hace ya tanto hincapié, al menos en la práctica, al derecho de los padres a corregir, disciplinar y castigar a los hijos; además es hoy cosa corriente en los ordenamientos el procurar limitar o circunscribir tal facultad con la intervención de autoridades judiciales o administrativas, ya sean las generales u ordinarias del país o bien específicas para este caso (Tribunales de Menores, Servicios sociales, Oficinas de protección a la infancia, etc.).

Otro derecho que suele consagrarse es el que los padres puedan determinar la residencia o domicilio de los hijos y menores, si no directamente, si de una manera negativa, al determinar los casos en que el hijo por sus especiales circunstancias o por haber alcanzado una determinada posición pueda vivir con independencia.

Entrando ya en las consecuencias prácticas de la patria potestad, se estudia el derecho de los padres a representar a sus hijos, distinguiendo el supuesto general de aquellos otros de excepción o de reglamentación especial en previsión de conflictos de intereses. Esta cuestión está íntimamente conectada con la ya aludida de la participación de la madre en la patria potestad, pudiendo llegar a iguales derechos de representación.

Cuestión más dispar en cuanto a su proclamación legislativa es la del derecho de los padres a los servicios de sus hijos, aunque, de una forma o de otra, o también de un modo implícito, es reconocido por casi todos los sistemas jurídicos.

Contra lo que pudiera pensarse, ya que cada vez se insiste más en la configuración del matrimonio como acto personal y libre, todavía son muchos los sistemas que exigen para el mismo el consentimiento de los padres, al menos en cuanto a hijos menores. En diversos países que giran actualmente en torno a lo que podría denominarse sistema francés se exige el consentimiento de ambos padres, a diferencia del sistema español. En el *Common Law* también se pide el consentimiento de ambos padres si el hijo no estuvo casado anteriormente. En el sistema greco-germánico-italiano se prefiere hablar del consentimiento del

(2) Respecto a la evolución en tal sentido de la jurisprudencia española, véase nuestra *Jurisprudencia comentada*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1966.

representante legal. En ciertos sectores del Derecho musulmán, hindú y consuetudinario africano se va todavía más lejos, persistiendo la facultad del padre de poder dar a sus hijos en matrimonio.

En un apartado posterior de la obra que comentamos se estudia la terminación de la patria potestad sobre las personas de los hijos, englobándose la consideración de la llegada a la mayoría de edad, las distintas formas de emancipación, especialmente la producida por matrimonio, y la privación de la potestad paterna por decisión de la autoridad (de conformidad con las pertinentes normas penales o administrativas).

Pasando a otra sección, es estudiada ahora la institución de los alimentos. Respecto a los debidos por los padres a los hijos, se distingue entre los sistemas que cifran tal obligación sobre ambos progenitores o bien sólo hacen referencia al padre (España, Austria, Camboya, Brasil y Filipinas). Gran flexibilidad existe en cuanto a la definición de la naturaleza y duración de la obligación de alimentos, puesto que no se circunscribe generalmente a las necesidades más elementales ni a la minoría de edad. Correlativamente, también suele definirse una obligación alimentaria de los hijos para con los padres, si bien especificándose más o menos el grado de necesidad en que éstos deben encontrarse.

El siguiente apartado nos habla de la tutela y guarda de la persona de los menores. Estimamos en este punto, como hicieron algunos países al enviar sus contestaciones, que es preferible limitar el término «tutela» a la institución supletiva de la patria potestad.

Pasando ya a otro capítulo, son estudiadas las atribuciones de los padres sobre los bienes de los hijos: administración y usufructo en los países de Derecho romano; gestión de negocios en el sistema greco-germánico; uso y disfrute en el *Common Law*; administración, tutela y fiscalización económica en los países escandinavos y socialistas, etc. Todos suelen establecer las correspondientes precauciones para con los intereses del menor, tanto mientras dura la gestión como el término de la misma.

En un nuevo capítulo trátase de la adjudicación y ejercicio de la patria potestad en familias disueltas por divorcio, separación u otros motivos; los factores que se conjugan en mayor o menor grado en todos los sistemas para atribuir la potestad o custodia de los hijos son la edad y el sexo de los mismos y la condición de inocencia o culpabilidad de uno y otro cónyuge.

Lo que sí puede afirmarse decididamente es la ampliación de los derechos y deberes de la madre cuando ejerce exclusivamente la patria potestad (estudiada en el último capítulo), incluso si pasa a posteriores nupcias. Disminuye, pues, el número de ordenamientos que hacen entrar en funciones al tutor —sea éste testamentario, legítimo o dativo— para actuar conjuntamente al lado de la madre viuda.

Queda, pues, patente el interés de la obra que hemos comentado: mayormente acrecentado, además, por ofrecernos siempre sus datos agrupándolos en las grandes familias del Derecho comparado: Derecho romano-continental, Derecho escandinavo, Derecho anglosajón-anglo-americano, Derecho socialista, Derecho musulmán, Derecho hebreo, Derecho indú, Derecho africano, Derecho asiático-oriental, etc.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante