

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972.

Hacer una recensión «seria y digna» al profesor DE CASTRO es empresa un tanto arriesgada, teniendo en cuenta la gran personalidad del autor y los tremendos «testimonios» que ha ofrecido a la ciencia jurídica en sus numerosas actividades en las que ha participado. Pero así como no hay que confundir entre la «dificultad» de la interpretación y esta misma función jurídica, así también aquí se debe desempeñar el criterio de igualdad en las recensiones: los libros fáciles, los difíciles, los de los grandes maestros y los de los que empiezan, deben ser traídos a esta palestra con el único objeto de que estas notas sirvan de orientación del contenido de ellos. Creo que la única diferencia de recensiones entre unos libros y otros reside en el ánimo de quien la hace y en el complejo que sienta ante el nombre del autor. Pero esta postura psicológica debe desaparecer en cuanto, una vez metido en materia, el recensionista avance en su andadura por las páginas de la publicación.

Explica el autor, en la iniciación o prólogo del libro, que la motivación del mismo está basada en una petición que SANCHO MENDIZÁBAL y PEÑA BERNALDO DE QUITRÓS le hicieran para que diera a la luz «oficial» estos estudios, sustituyendo a los «apuntes» en circulación, evitando con ello una divulgación de opiniones no muy precisas y dando forma a los esquemas redactados para las explicaciones de cátedra.

En el prólogo que EUGENIO MONTES stampa para presentar una conocida exposición de pintura de EDUARDO VICENTE, nos dice que «Miguel Angel le aconsejaba al escultor 'quitar' materia. EDUARDO VICENTE aplicaba a la pintura este consejo miguelangesco. Ningún artista de nuestro tiempo empleó menos materia que él, ninguno tan sabio de medios, tan maestro en el arte más difícil de todos: en la sencillez...». Precisamente en esta ofrenda jurídica que el profesor DE CASTRO hace al público estudioso se cumple el juicio crítico que EUGENIO MONTES hace de la pintura de ese gran genio, que supo agrandar los cielos de su Madrid natal y disminuir las figuras de su temática. Lo reconoce su autor: «Conforme a lo proyectado, he podado drásticamente del texto el aparato erudito preparado, citas, discusiones teóricas, Derecho comparado, historia detallada de conceptos y dogmas jurídicos. Pero en el momento de la redacción he sentido la imposibilidad moral de no recoger con algún detalle la evolución de la moderna doctrina jurisprudencial y de no justificar por qué me aparto, cuando creo que he de hacerlo, de la opinión común, o por qué entiendo no puedo evitar el contradecir la de algún autor para mí especialmente autorizado.»

Es preciso puntualizar que la obra del profesor DE CASTRO, en su inicial aportación, ha sufrido dos grandes «accesiones», constituidas por su trabajo monográfico sobre el negocio jurídico, y esta última, que toca los temas que, por así decirlo, culminan el estudio de la parte general del Derecho civil. Ya DE CASTRO agota el frente jurídico conceptual de la parte sustancial del Derecho civil y tiene abierto el camino para abordar la

segunda parte de esa gran disciplina jurídica. Es una «expectativa» que los estudiosos del Derecho esperan con auténtica ansiedad.

La publicación, que se recubre con el discreto nombre de *Temas*, toca en su dimensión las materias referentes a los bienes de la personalidad, el patrimonio, la persona jurídica, la representación, el abuso de los derechos, la prescripción y la caducidad. El panorama no puede ser más alentador. Es preciso seguir este mismo orden y exponer su contenido:

A) *Los bienes de la personalidad*.—En esta primera materia DE CASTRO sienta dos afirmaciones de indudable exactitud y actualidad: la protección y el estudio de los bienes o derechos de la personalidad se considera materia reservada para las leyes penales y políticas y al estudio de penalistas y escritores sobre Derecho constitucional. Actualmente, sin embargo, el reconocimiento y protección de los bienes de la personalidad en el ámbito del Derecho privado no ofrece duda alguna. Mas la ausencia de su regulación legal lleva consigo controversias sobre cuáles son los bienes de la personalidad dignos de amparo jurídico, sobre el modo y alcance de su protección e incluso de los poderes sobre ellos de la misma persona.

Para desarrollar la materia, el autor hace cuatro apartados esenciales distinguiendo: los bienes esenciales de la persona, los bienes sociales e individuales, los corporales y psíquicos secundarios y el nombre.

- Dentro de lo que el autor denomina bienes esenciales de la persona, señala los que atañen a la existencia física o jurídica (condición de persona) del ser humano. La consideración de bienes supone admitir la necesidad de su amparo en los incapaces (art. 213) y el de su daño o perjuicio dé lugar a una adecuada indemnización (art. 1.902). El ser humano sólo tiene respecto de los mismos una exigencia de protección y, en su caso, de indemnización. Especialmente se estudian la vida (la privación de la cual por acto culpable o negligente origina responsabilidad civil del culpable, teniéndose en cuenta el daño moral que supone), la integridad corporal (la doctrina sobre indemnización en caso de muerte ha sido fundamentalmente recogida para los supuestos de mutilación y lesión corporal), libertad (bien indisolublemente unido al concepto de persona, que se manifiesta en la capacidad jurídica y en la de obrar).
- Encuadra en el marco de los bienes sociales e individuales a los que denomina de la personalidad, y dentro de ellos estudia el honor y la fama (típicamente sociales, que van unidos a la estimación en y por la sociedad), la intimidad personal (derecho a la esfera privada, a la intimidad privada ilesea, a la reserva, a la esfera secreta de la persona, *right of privacy*), reproducción de la imagen (en cuanto supone ciertas limitaciones de producción y otras de valoración económica) y la condición de autor, que tiene como manifestaciones: el derecho al inédito, el derecho de paternidad, el derecho a la pureza de la obra y el derecho a corregir la obra en su conexión con el derecho de retractación y el derecho de propiedad residual del artista.
- Entre lo que el autor llama derechos corporales y psíquicos secundarios, entendiendo por tales los que están en relación directa con los principales, enumera el autor la salud física, la psíquica, los sentimientos, la estima social.
- Respecto del nombre, que el autor define como el conjunto de palabras con las que jurídica, oficialmente, se individualiza, se identifica y designa a cada persona, estudia su significado jurídico (como bien patrimonial), la legislación que lo regula, el nombre propio y los apellidos, así como los cambios y la protección jurídica a través de las acciones declarativas y de impugnación.

B) *El patrimonio*.—Partiendo de una observación de SAVIGNY, considera que el patrimonio, en su significado técnico o útil para la ciencia jurídica moderna, supone la existencia: a) De masas de bienes de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores). b) De masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste, separadas o independizadas por su destino a un fin determinado. El patrimonio aparece entonces como una masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele a quien sea su titular. Masa de bienes a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales, que serán, en fin de cuentas, las que vienen a determinar la definición del patrimonio.

Previamente a este esquema conceptual se examina la naturaleza del patrimonio y sus teorías, para luego precisar sus caracteres (valoración de los bienes que suponen su contenido; determinación de dos esferas, externa e interna; unidad y regulación imperativa de las leyes), las funciones que ofrece, el contenido del patrimonio y los tipos del mismo.

C) *La persona jurídica*.—El profesor DE CASTRO ya había abierto ante los ojos de los juristas una serie de problemas en torno a la persona jurídica, que sucesivamente provocaron comentarios e inquietudes doctrinales cuando ya todo parecía dicho en este tema. Primero fue su trabajo sobre fundaciones familiares en el *Anuario de Derecho Civil*, luego su magistral artículo en la misma revista sobre la deformación de la persona jurídica y, por último, en las publicaciones aparecidas con motivo del centenario de la Ley Notarial, su también sensacional artículo sobre la formación y deformación de la persona jurídica. Con ese bagaje de aportaciones llega ahora a la exposición de la materia en la que va distinguiendo las teorías sobre la existencia y la esencia de la persona jurídica, para luego distinguir en el concepto las que él denomina *perfectas* y las *imperfectas*, clasificación que sirve al autor para precisar los caracteres del ente jurídico y abordar los problemas del valor intrínseco de la persona jurídica y el procedimiento de levantar el velo de la personalidad jurídica, que dan como resultado un estado de crisis, aunque, como diga el autor, lo que ha hecho crisis, mostrando su inexactitud y su peligrosidad, ha sido una concepción de la persona jurídica, la de su intangible hermetismo y la de su suficiencia formal. La figura de la persona jurídica, como tantas otras del Derecho, tiene carácter instrumental; formas y nombres están al servicio de una finalidad, aquí es la de potenciar una realidad social (corporativa) que merezca serlo.

Entre las clases de personas jurídicas, estudia con especialidad las que responden al tipo asociación y sus elementos (pluralidad de personas, bienes, finalidad lícita, estatuto y publicidad), así como diversos problemas en orden a la responsabilidad *ultra vires* y la que nace de la culpa o negligencia, rematando con la problemática de los órganos, el domicilio, la nacionalidad y la extinción. En las de tipo fundación, que define como la personificación de la organización instituida y reglada por el fundador para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes, trata con detenimiento la cuestión de las fundaciones de interés particular, el protectorado y la inspección, así como los momentos del nacimiento (con toda su discutida precisión) y la extinción.

D) *La representación*.—Para centrar la esencia de la representación —previa exposición de la naturaleza y la teoría de SAVIGNY—acude a la idea de colaboración, que puede servir para superar la dificultad señalada por SAVIGNY, a efectos de distinguir el representante del mensajero, recibiendo el primero un poder y limitándose el segundo a repetir lo que se le ha encargado que diga. Igualmente, al hablar de la teoría general de la

representación acude a la figura de la legitimación para explicar el fenómeno jurídico: la representación significa legitimar un hacer del representante respecto de la esfera jurídica del representado, como si fuera este mismo quien hubiese actuado.

Con las cuestiones genéricas sobre clases, ámbito y deberes del representante estudia con detenimiento el problema del autocontrato, considerando que su realización en casos no permitidos provoca un acto ineficaz y no nulo, que permite su subsanación *a posteriori* mediante la ratificación. En la representación, en general, también aborda el tema de la representación en interés del representante y no del representado, como actualización de la figura del *procurator in rem suam* y la problemática de la irrevocabilidad del mandato.

Dentro de la representación voluntaria se nos antojan como cuestiones a destacar la estructuración que hace de la materia, distinguiendo entre la representación directa y la indirecta. En la primera (supuesto en el que el representante actúa y decide en nombre del representado) se estudia especialmente la cuestión de la independencia y abstracción del poder, así como la modalidad de la representación por persona a designar o, mejor dicho, el negocio que concluye el representante con otra persona y en nombre de persona que después designará.

De la representación legal se ocupa únicamente para precisar las teorías que tratan de explicarla (pudiendo decirse que hay representación cuando se pueden o deben aplicar las reglas generales sobre la actuación de quien obra en interés y por cuenta de otro), las clases (para la protección y para la administración) y las notas especiales que le son peculiares.

E) *Ejercicio de los derechos*.—El principal motivo de esta exposición está en los límites que el ejercicio de los derechos tiene impuesto, y que se desdobra en los legalmente impuestos y los que surgen de la naturaleza intrínseca del derecho, y más concretamente, de la llamada teoría del abuso del derecho, en la que precisa su concepto a través de la construcción jurisprudencial y las notas que lo tipifican, para concluir con los efectos, diciendo que la figura del abuso del derecho ha venido utilizándose como corrector del estrechamiento que en la doctrina (de los autores y Tribunales) sufre la interpretación de las disposiciones sobre culpa o negligencia extracontractual (art. 1.902) y contractual (art. 1.101).

F) *La prescripción*.—Aunque en un principio engloba bajo la idea general de prescripción a la extintiva y a la adquisitiva o usucapión, luego se adscribe a la tesis del Tribunal Supremo, que considera ambas prescripciones «independientes una de otra», teniendo cada una «reglas de exclusiva aplicación» (sentencias de 4 de diciembre de 1969 y 16 de noviembre de 1968). Niega, por supuesto, que la teoría dualista se debiera a SAVIGNY, siendo conocida la distinción por POTHIER, el Código francés, el Proyecto de 1851 y nuestro Código civil.

Después de destacar el carácter de orden público, la imposibilidad de poderla apreciar de oficio y su carácter general, examina los derechos prescriptibles, el comienzo, los plazos, la interrupción y los efectos, con sus problemas del objeto prescrito y la renuncia a la prescripción ganada. Termina el punto estudiando las referencias forales y sus diferencias con el Código civil.

G) *Caducidad*.—Si en principio acepta la propuesta de definición que el Tribunal Supremo da para perfilar este instituto (es aquel por el que el transcurso de cierto período de tiempo que la ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue), luego niega que pueda encerrarse en una sola definición la llamada caducidad legal o ver-

dadera caducidad y la voluntaria. Sólo reputa caducidad la que viene determinada en la ley, siendo la otra figura una manifestación de la autonomía de la voluntad que establece un plazo perentorio.

El fundamento de la caducidad reside, según dice DE CASTRO, en la especial naturaleza de los derechos afectados por ella. Mientras la prescripción es muy amplia, la caducidad sólo se refiere a derechos o facultades dirigidos a cambiar un estado, situación o relación jurídica. Como casos que jurisprudencialmente se han considerado como de caducidad enumera el artículo 689 del Código civil, el retracto legal de colindantes, las acciones derivadas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, rescisión de partición, impugnación de filiación ilegítima, impugnación de acuerdos de la sociedad anónima, acciones de evicción y saneamiento y el plazo del artículo 1.490, así calificado por la doctrina defendida por CASTÁN y BONET. Descarta los supuestos del artículo 411, que supone una caducidad administrativa en materia de aguas; la dicción del artículo 871, y los artículos 1.483, 1.490, 1.690 y 287 del Código civil.

Para DE CASTRO, como derechos susceptibles de caducidad hay que señalar los siguientes: a) Las facultades, acciones y derechos que afecten al estado civil de la persona. b) Las facultades o acciones individualizadas que sin tener el carácter de derecho subjetivo atribuyen un poder para modificar una relación negocial. c) Las facultades que han adquirido la condición de derechos secundarios. Junto a ellos cabe añadir el de los casos de limitación de tiempo para ciertos actos testamentarios y para la recuperación de ciertos objetos (arts. 369, 612, 1.615, 689, 703, 720, 730, 731 y 762 del Código civil).

Termina el estudio de la materia considerando como efectos fundamentales el considerar que el derecho afectado por caducidad puede decirse que no ha nacido, la caducidad puede ser apreciada de oficio y el plazo no está afectado de interrupción, aunque el ejercicio de la acción impide la caducidad, lo mismo que el acto de conciliación y las posibles actividades administrativas previas al ejercicio de la acción.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DÍEZ PICAZO, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Editorial Tecnos. Volumen I. 2.ª edición. Madrid, 1973.

En el año 1966, cuando empezaba a hacer mis primeros ensayos en materia de recensiones en la *Revista de Derecho Notarial*, publiqué una referencia a la primera edición de esta obra, y mi trabajo fue no sólo elogioso para el autor, sino que en él expuse con plena objetividad el gran valor que suponía como aportación al estudioso. Es curioso que en el prólogo de demasiado, por cuanto que, en general, estaba dictada por móviles de amistad, en unos casos, y de generosa benevolencia, en otros». La primera esta segunda edición el autor diga «que en la crítica no se debe confiar vez que cené con LUIS DÍEZ PICAZO fue dos años más tarde de hacerle la crítica de la obra, pues yo no le conocía personalmente entonces y circunstancialmente se presentó la ocasión de la cena, en la que uno de los temas fue esa recensión hecha a persona sólo conocida de nombre.

El hacer andar una obra de Derecho por segunda vez en un mercado tan limitado como el español, supone unos valores que la crítica, con su benevolencia, no le pudo prestar. Es bien cierto que mis compañeros de

recensión, AMORÓS, en la *Revista Crítica*, y DE LOS MOZOS, en la de *Derecho Privado*, se anticiparon a lo que la realidad ha venido a demostrar.

Por supuesto que este primer volumen ha sufrido ciertos retoques, que el autor explica en su prólogo. Se han recogido una serie de sentencias comentadas que han visto la luz en esos cinco años que separan las dos ediciones, así como se han añadido ciertas notas y comentarios producto de esa constante evolución del pensamiento del escritor a medida que va pasando el tiempo. Sistemáticamente se ha alterado algo la anterior, y fundamentalmente, en lo referente al Derecho de daños, en razón—como dice el autor—a la importancia teórica y práctica que cada día, insistentemente, va adquiriendo.

Aparte del servicio práctico que la obra me proporciona en mi constante peregrinar por el campo del Derecho, debo destacar cómo la parte más releída por mí sigue siendo el prólogo, del cual ya he tomado más de una vez, a efectos de hacer una cita, aquellas frases sobre la forma de exponer en lo sucesivo la jurisprudencia, y que puede ser su manera de presentárnosla en este volumen: «Una investigación verdaderamente sería de la jurisprudencia no debe proponerse solamente el análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de los argumentos de lógica jurídica, sino que debe proceder a un examen detenido y riguroso de los factores condicionantes de la decisión. Cabe así preconizar desde ahora lo que acaso podríamos llamar una interpretación sociológica de la jurisprudencia.»

Creo que mi mejor homenaje a esta obra es reproducir lo que en el año de la publicación de la primera edición dije, para así conservar esa objetividad que entonces tuve y que ahora, después de iniciada la amistad con el autor, sería más difícil de mantener, pues sin querer, la amistad obliga al recensionista a buscar el posible fallo que compense la balanza del elogio.

* * *

Todos recordamos aquellas famosas frases del maestro CASTÁN al explicarnos el ámbito de la interpretación, que decían: «La doctrina moderna rechaza la máxima *in claris non fit interpretatio*, todavía recogida algunas veces en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, y entiende que la interpretación se aplica a todas las leyes, sean claras u oscuras, porque no hay que confundir la interpretación con la *dificultad* de la interpretación.» Pues bien, este principio moderno rige también en materia de recensiones, y al recensionista no se le ha podido perdonar la de este libro sensacional, que encierra una doble dificultad. La primera es la de la categoría jurídica de su autor y variedad y profusión de su obra, cosas ambas que hacen el sentirse acomplejado por las pocas líneas que puede dedicar modestamente a tan importante obra. Del profesor Díez PICAZO se ha dicho hace poco, por un ilustre conferenciante, que es y representa una de nuestras primeras cabezas jurídicas. La segunda dificultad reside en el propio contenido de la obra, que no se presta más que a un resumen esquemático de lo que es su objeto, sin poder inducir de las apostillas y comentarios del autor las líneas de su pensar jurídico.

Claro está que esta segunda dificultad la salva el autor brindándonos, en esa especie de «exposición de motivos» que precede a la obra, una serie de ideas, que con cierta habilidad pueden ser utilizadas por el recensionista para presentar al lector el cañamazo de las razones y contenido de la obra. Sujetándonos con afanes sistemáticos a cuatro apartados, estaremos en disposición de ofrecer al lector un conocimiento genérico de este primer volumen de los estudios sobre jurisprudencia. Distinguiamos:

A) *Finalidad próxima*.—El autor la plasma en las primeras páginas de lo que hemos dado en llamar «exposición de motivos», diciéndonos que «en este libro existe una preocupación constante, y creo que es plausible, por profundizar honestamente en el estudio de nuestra jurisprudencia civil; por intentar desentrañarla, comprenderla y descubrir su más íntimo y radical sentido, y por tratar de convertirla en un instrumento serio y útil, tanto para la práctica cotidiana del Derecho civil como para los estudios de iniciación de la reledada disciplina». Mi condición de antiguo preparador de opositores me hace sentirme tremendamente satisfecho con esa finalidad práctica y próxima, que el autor confiesa ser una de sus preocupaciones, ciertamente plausibles. No voy ahora a explicar en qué consiste y cómo se verifica la preparación a las principales oposiciones que en este país se celebran, pero sí quiero destacar cómo en la mayoría de los casos el tremendo esfuerzo memorístico que la cantidad de temas, disposiciones, opiniones doctrinales, sentencias, resoluciones, etc., exigen inutilizan parcialmente al individuo para lo que llamo «etapa de la montaña», es decir, el ejercicio escrito, consistente en dictaminar sobre un caso real de Derecho.

Mi pequeña experiencia me enseña que la presión a que el cerebro ha estado sometido oscurece ideas y limita la fuerza del individuo para ir levantando los velos de su inteligencia, a efectos de descubrir ciertas situaciones que él machaconamente ha estudiado. Pues bien, esta obra del profesor DÍEZ PICAZO cumple un servicio inigualable para la preparación práctica del Derecho. Es necesario hacer comprender al estudioso teórico que los cónyuges podrían morir simultáneamente y que el ascendiente puede heredar a su descendiente..., etc. La colección de «casos de Derecho civil»—como acertadamente el autor los denomina—que el volumen contiene es lo suficientemente amplia para que el teórico descienda a la realidad jurídica. La mente pedagógica del autor se adelanta a estas conclusiones, y por ello nos habla «de completar de alguna manera las lagunas que la enseñanza del Derecho civil presenta en nuestras Universidades, donde acaso se encuentre excesivamente teorizado y por ello despegado de la realidad»..., y remata el propósito con esta idea final: «Ir creando el hábito de provocar aquellas suscitaciones o reacciones vitales del jurista frente a cada problema, pienso que es una de las tareas más importantes de la enseñanza del Derecho.»

B) *Finalidad remota*.—La raíz profunda, la más anhelada intención del autor, reside en su pretensión remota: ser una investigación sobre el Derecho y sobre la jurisprudencia civil, procurando establecer la relación que existe entre el Derecho cristalizado en los textos legales y el Derecho que incesantemente se realiza en las decisiones de los casos.

El autor vuelve a aprovechar la ocasión que le brinda este libro para reproducir una serie de ideas, que ya formuló en *La doctrina sobre los actos propios y Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, enseñándonos, en forma magistral, lo que debe entenderse por jurisprudencia y cómo se forma y cuál es la función que la misma desempeña. Partiendo de la idea de que por jurisprudencia hemos de entender «las afirmaciones y las decisiones contenidas en las sentencias del más alto órgano jurisdiccional del país, que entre nosotros es, según sabemos, el Tribunal Supremo de Justicia», nos explica el fenómeno singular de la aplicación de la ley al caso concreto en una serie de fases, que se inician con una primera, en la que se fijan los hechos pasados (realidad pretérita, la llama su autor) o la «historificación del litigio»; posteriormente se pasa a la importante segunda fase, en la cual el propio Juez crea su historia sobre la narración que las partes le han hecho, y se desemboca en la tarea impresionante de encajar el caso contemplado en la norma aplica-

ble, aunque algunas veces se produce un fenómeno alucinante, y es que no se ajusta el caso a la norma, sino al revés, la norma al caso.

El fenómeno jurisprudencial opera de distinta manera cuando situado el Tribunal frente a un precepto ya seleccionado—como dice su autor—, se trata de optar por una de las múltiples posibles variantes que la interpretación ofrece, o cuando el problema que se plantea es la falta de una norma legal que pueda ser aplicada al caso litigioso que se está decidiendo y el Tribunal tiene que acudir a ese tremendo y extenso campo de los principios generales del Derecho. Destaca el autor el cambio que la jurisprudencia ha tenido ante el precepto concreto, y la evolución y orientación que la misma ha tenido en dos campos concretos: el resarcimiento de daños y las cláusulas impuestas o dictadas de los contratos de adhesión. Cuando la jurisprudencia opera frente a la ausencia de preceptos es donde se muestra con más vigor su fuerza interpretativa y pudiera calificársela, como dice el autor, de descubridora de los principios generales del Derecho. Ejemplos de este *frente* jurisprudencial son los avances que la misma presenta en el campo de la contratación y sus cláusulas estabilizadoras. Todo ello viene presidido por una serie de factores de signo económico, político y cultural, que el autor encuadra dentro de lo que él denomina «factores condicionantes de la decisión». Con ello llega a afirmar la necesidad de una interpretación «sociológica» de la jurisprudencia.

C) *Examen de su contenido.*—El extenso contenido que la obra ofrece viene explicado magistralmente en la «exposición de motivos». Su autor nos dice que la selección de sentencias ha sido arbitraria, pero que se ha conservado en su exposición la división en ramas o cursos que es tradicional en las Facultades de Derecho y, nosotros añadimos, en los programas de oposiciones. La exposición de las sentencias se hace con su fecha, el nombre de los litigantes y un epígrafe que delimita la materia. Se sigue con una síntesis del conflicto y de la forma como fue planteado al Tribunal Supremo. Luego se reproducen los considerandos o su resumen y se termina con una nota crítica o estudio doctrinal de la sentencia.

Forzosamente es preciso acudir al índice sistemático de la obra para ofrecer un resumen de su contenido esquemático. El primer volumen presenta tres partes fundamentales, y dentro de ellas se cualifican las materias que se exponen. Descendiendo a detalles podemos concretar estas tres partes y su contenido:

— *Primera parte.*—Trata de la introducción al Derecho civil y del derecho de la persona. Se divide en nueve capítulos, que tratan, respectivamente, de la teoría de las normas jurídicas (entrada en vigor, ignorancia, irretroactividad, derecho transitorio, fuentes, etc.), estado civil, condición y capacidad de las personas (concebido, premoriencia, menores de edad, emancipados, hija de familia, mujer casada, enfermedades, sordomudez, prodigalidad, extranjeros, ausentes, domicilio, etc.), personas jurídicas (uniones sin personalidad, capacidad, fundaciones y capacidad), los derechos de la personalidad (el honor, la buena fama, el honor comercial, daño moral, derecho de enterramiento), las cosas y el patrimonio (cosas sagradas, bienes y distinción, frutos civiles e industriales), teoría del negocio jurídico (vicios, causa ilícita, causa torpe, declaración de voluntad, negocios anómalos, negocios fiduciarios, simulados, coligados, nulidad de los negocios, rescisión de los negocios, etc.), ejercicio de los derechos subjetivos (abuso, ejercicio de los derechos, ejercicio contradictorio), representación de los actos jurídicos (distinción entre mandato y poder, irrevocabilidad, extinción del poder, revocación, fiducia y representación indirecta, distinción entre representación directa e indirecta, responsabilidad, autocontratación), prescripción de los dere-

chos y acciones (prescripción convencional, de los intereses moratorios en Cataluña, de honorarios, de créditos, prescripción y caducidad).

- *Segunda parte.*—Trata del derecho de las obligaciones. Se divide en diecinueve capítulos, que en forma sucesiva estudian las siguientes materias: las atribuciones patrimoniales y sus causas (la acción de enriquecimiento injusto, sin causa y la *in rem verso*), teoría general de los contratos: precontrato y promesas de contrato (precontrato, promesa de contrato, promesa de venta, contrato preliminar), la formación del contrato (oferta y aceptación, aceptación presunta y expresa y convenio de modificación), contratos abstractos (reconocimiento abstracto de deuda), los llamados contratos de fijación jurídica (fijación y simulación, fijación y novación), los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación (contratos de adhesión, cláusulas de exoneración, pólizas de seguros, naturaleza y efectos), interpretación e integración de los contratos (el uso de los negocios), efectos de los contratos para los terceros (cláusula de exclusiva, contratos en favor de terceros y su eficacia), modificación sobrevenida de las circunstancias del contrato y la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* (cláusula *rebus*, alteración sobrevenida, promesa de venta, arrendamiento con opción de compra, revisión de un convenio sobre usufructo), la resolución de los contratos (incumplimiento de las obligaciones, obligaciones recíprocas, promesa unilateral de venta, obligaciones bilaterales, prestación defectuosa e inadecuada), los sujetos de la relación obligatoria: solidaridad y mancomunidad de las obligaciones (obligaciones solidarias), la prestación y sus modalidades (obligaciones genéricas, determinación de la prestación y cumplimiento de las obligaciones), las cláusulas de estabilización (valor oro y plata, pago en moneda oro o plata, cláusulas de escala móvil, etc.), el cumplimiento de las obligaciones (pago con fondos ajenos, pago de cantidad, pago mediante ingreso en cuenta corriente, pago de lo indebido, los deberes accesorios, imposibilidad de la prestación, mora en el cumplimiento, deudas de moneda extranjera, etc.), las facultades de defensa del derecho de crédito (fraude de acreedores, acción revocatoria o pauliana, rescisión por fraude, acción subrogatoria, preferencia y prelación de créditos), las garantías de la obligación (fianza, fianza impropia, cláusula penal, capacidad para afianzar, arras en la compraventa), las fuentes de las obligaciones (declaraciones unilaterales de voluntad, promesa, causa ilícita y causa falsa, obligaciones naturales, transacción y aceptación de la herencia), los daños contractuales (su determinación por incumplimiento de contrato, lucro cesante), extinción de las obligaciones (condonación, novación, asunción de deuda, arrendamiento de obra y contrato de arrendamiento de maquinaria industrial).
- *Tercera parte.*—Está destinada a las particulares relaciones obligatorias y se subdivide en nueve capítulos, destinados al estudio de las siguientes materias: compraventa (de cosa ajena, prohibición de compra del mandatario, nulidad, pacto de reserva de dominio, riesgos, entrega y tradición, perfección y prueba, pago de intereses, contrato de suministro de energía eléctrica), donación (transmisión de créditos, promesa de donación y donación *mortis causa*, donación de inmuebles), arrendamiento (urbano, arbitraje de equidad, renta, traspaso in consentido, constitución de sociedad y cuentas en participación, embargo del derecho de arrendamiento, transmisión *mortis causa*), contratos de servicio y gestión (servicios de profesiones liberales, prescripción de acciones, gestión de asuntos, mandato, retribución del mandatario, cláusula de rendir cuentas, contratos de

corretaje o mediación, pago del mediador), contrato de obra (responsabilidad del contratista), contrato de sociedad (requisitos, pacto de continuación), contratos aleatorios (estipulación en favor de terceros, contratos de juego y apuesta, rifa autorizada), contratos de transacción y compromiso (sobre legítimas, judicial, efectos, distinción de otros contratos, consecuencias patrimoniales del estado civil, capacidad de las entidades benéficas, arbitraje libre), el derecho de daños (indemnización por causa de muerte, responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, indemnización por causa de muerte, prescripción de la acción, acción civil derivada del delito, valoración de la culpa del demandado, relación de causalidad, culpa por omisión, culpa extracontractual, accidente de automóvil, accidente de trabajo, responsabilidad por el hecho de otro, de los padres y guardadores, daños de menores, concurrencia de acciones y responsabilidades, daños causados al cónyuge de buena fe por la nulidad del matrimonio).

En total se exponen doscientas veintinueve sentencias, que comprenden las tres primeras partes del Derecho civil, según la clasificación que hiciera SAVIGNY, esto es, parte general, derechos reales y obligaciones y contratos. En el segundo volumen de la obra se completará la materia—según suponemos—con las dos partes restantes: derecho de familia y sucesiones. Las fechas en que se mueven las sentencias comentadas son las de los años 1892 y 1965, ambos inclusive. La del año 1892 se refiere a la materia de la indemnización de daños y perjuicios y su determinación. Se trataba de un arrendamiento de un piso destinado a estudio fotográfico, que se hizo concluir por el comprador de la casa antes de haber expirado el término contractual del arriendo. La del año 1965 (6 de marzo) versa sobre el concepto de frutos industriales y civiles y la diferencia de cotización de valores bursátiles y una plantación de chopos. El que actuaba de demandado era administrador de los bienes de un marqués, y además de un sueldo fijo, se le reconocía un 2 por 100 de las utilidades líquidas que la hacienda administrada produjese.

D) *Valoración crítica.*—Creemos que las dos finalidades perseguidas por el autor han sido logradas, esto es, la finalidad práctica y la investigadora. La primera, con esa breve y clara exposición de los hechos que motivaron la decisión y con las razones que el Tribunal tuvo para adoptar la solución. La segunda, a través de esas sustanciosas notas críticas que el autor añade a cada sentencia. De ahí que el pronunciamiento crítico debe ser favorable.

Pero hay algo más, algo más que el autor se anticipa a destacar en su prólogo. Este algo más está constituido por haber sabido superar esa práctica viciosa y arbitraria del jurista, que utiliza de la sentencia la afirmación o máxima que hábilmente abstraída y generalizada se independiza para formar lo que da en llamarse «jurisprudencia». El autor denuncia esta práctica, utilizada por juristas, tratadistas e incluso Tribunales. No hay que olvidar que la sentencia es un todo unitario y que es preciso «vivir» enteramente el caso que se contempla para comprender y explicarse la razón jurídica de la decisión. El autor pone algunos ejemplos tremendamente aleccionadores de este indebido proceder.

El autor, después de explicarnos las dos facetas que toda sentencia del Tribunal Supremo tiene, esto es, la obra literaria y el acto jurídico, propone, ante el actual estado de cosas, la inevitable labor de la *depuración de la jurisprudencia*, a través de lo que llama «edicto jurisprudencial» y la

depuración doctrinal, acudiendo a un análisis, estudio, anotación y comentario de la jurisprudencia. Precisamente, el volumen cuya recensión concluimos abre anchas posibilidades al estudioso en esta idea depuradora de carácter doctrinal.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FANJUL SEDEÑO, J. M.: *Ciento cincuenta y ocho sentencias del Tribunal Supremo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

Hay una presunción que la realidad hace efectiva en el periodismo español, y es que todo el mundo lee algún periódico, aparte del *ABC*. Por eso, nada es de extrañar que ahora recuerde nostálgicamente aquellas lecturas que hice entre los años 1953 y 1959 de esa sección jurídica que con tanto acierto sostuvo MANUEL FANJUL, bajo el título genérico de «La sentencia de la semana», en el periódico citado. Preparaba por entonces en mi cuarto de trabajo oposiciones, y recuerdo que los dos periódicos a mi alcance—únicos contactos vitales con el mundo—eran el que leía con mis zapatos puestos por la mañana (*ABC*), y el que, ya en zapatillas, leía democráticamente por la noche (*Pueblo*). Mi asepsia política sólo me llevaba en aquellos momentos a todo lo que pudiera servirme para mis fines profesionales. Por eso conservo, amarillentos los bordes y subrayados los centros, aquellas páginas que MANUEL FANJUL fue escribiendo con singular estilo y claridad meridiana sobre cuestiones de Derecho.

No creo que el caso sea insólito, pues el afán coleccionista del español está tan a flor de piel, que estoy por asegurar que muchos guardan ese grupo de sentencias comentadas, como en la actualidad se van acumulando esas series de publicaciones periódicas que luego hay que encuadernar, pero que han constituido uno de los mayores éxitos editoriales de los últimos tiempos. El hombre—y, por supuesto, el español—es coleccionista de noticias, de recuerdos, de sellos, de libros, de antigüedades, de cuadros, de porcelanas, de mujeres, de anécdotas..., hasta de esquelas. Al lado de estas personas existen también otras que tenían la esperanza de que esos comentarios se publicasen reunidos algún día y no se preocuparon por ello de coleccionarlos. Pero también hay que confesar que los que las reunimos teníamos también la sensación de que algún día vieran la luz agrupadas en un volumen.

El jueves 28 de mayo de 1953, en la página 35 del *ABC*, se publicaba la primera «Sentencia de la semana». En la parte izquierda figuraba una viñeta que representaba a Astrea, diosa de la Justicia, con su espada inexorable y su simbólica balanza. Y se decía: «...iniciamos hoy una sección cuyo propósito no es otro que el de hacer *jurisprudentes*—como decían los romanos—a aquellos lectores que por inclinación natural, y no teniendo a mano medios propios, deseen familiarizarse con la ley.» Se terminaba la presentación con este reto ciudadano: «Difícilmente llegan a ser buenos ciudadanos los que viven en perpetua ignorancia de las leyes que rigen a su ciudad y a su pueblo.» El empeño era dificultoso, pero lo supo salvar felizmente MANUEL FANJUL descendiendo hasta el hombre de la calle, sin olvidar, sin embargo, su categoría de jurista. Lo dice ahora el autor en esas palabras de presentación que preceden al prólogo y a la exposición: «Mucho tiempo me llevaba aquella tarea, pues bien se dice que un artículo corto exige más quehacer que uno largo. Pero, además, para un profesional del Derecho, abandonar la pura ciencia, la terminología

y lo *sabido* en beneficio del profano se hace mucho más difícil que preparar un escrito estrictamente técnico y dirigido a técnicos.»

Un buen día, aquel en que MANUEL FANJUL fue elegido secretario de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, dejó de aparecer «La sentencia de la semana», aunque más tarde volvió a aparecer el deseo de divulgación jurídica a través de una sección que llevaba ese nombre y el de «El foro y el Derecho», que firmó durante tiempo JAIME MIRALLES ÁLVAREZ.

De las diferentes formas que se pueden utilizar para exponer jurisprudencia, esta de MANUEL FANJUL puede ser encuadrada entre lo que podríamos llamar generalización de la misma y lo que apuntaba no hace mucho DÍEZ PICAZO en su prólogo a los *Estudios de jurisprudencia civil*: «Una investigación verdaderamente seria de la jurisprudencia no debe proponerse solamente el análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de los argumentos de lógica jurídica, sino que debe proceder a un examen detenido y riguroso de los factores condicionantes de la decisión. Cabe así preconizar desde ahora lo que acaso podríamos llamar una interpretación sociológica de la jurisprudencia.»

Del magnífico prólogo que, firmado por ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, acompaña a la publicación se destaca esta frase, que encuadra perfectamente la labor realizada por el autor: «Se trazó desde el primer momento un esquema a manera de molde ordenador, y sin perjuicio de la múltiple variedad de los casos, siempre se atiene al esquema para la organización de los datos y las ideas. El imprescindible carácter divulgador de la publicación lo erigió en redoblada exigencia de claridad y tersura, sin incurrir en la trivial e imprevista vulgaridad.»

El contenido de la publicación comprende no todas las sentencias que entonces se comentaron, sino que de aquel conjunto se han ido retirando algunas que entonces tuvieron decisiva importancia por el tema vivido en aquellos tiempos, como era el de los arrendamientos urbanos y rústicos, ciertos problemas fiscales, etc. Han desaparecido—dice el autor—las coyunturales, las que eran noticia y hoy han dejado de serlo. La exposición se hace en forma cronológica, sin encuadramiento previo ajustándose a una sistemática, pero ello viene compensado por el índice que sigue a la publicación y que permite la localización del concepto y de la materia que se quiera leer o consultar o, en mi caso, releer. Se completa la publicación con un índice general, que permite identificar las sentencias por el título que el autor le atribuía en su semanal quehacer.

HERNÁNDEZ GIL hace una disección del conjunto de sentencias y va sistematizando en el prólogo las referentes a cada materia. Ello nos libera de ese esfuerzo para presentar el contenido. Siguiendo al prologuista podemos ahora ofrecerlas al lector:

- a) El grupo más nutrido—dice HERNÁNDEZ GIL—está constituido por las correspondientes al Derecho civil, todas de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En ellas, la variedad de temas tiene la misma amplitud y riqueza que el propio Derecho civil: reivindicación, servidumbres, precario, arras, abuso del Derecho, etc.
- b) Al Derecho mercantil se le destinan seis sentencias, predominando los temas de la letra de cambio y el contrato de seguro.
- c) Al Derecho administrativo, Derecho que se va aupando y ya domina las tapias del huerto privado, le corresponden veinticuatro sentencias, en las que destacan los temas de Derecho fiscal, expropiaciones forzosas, etc.
- d) El Derecho laboral está presente con ocho sentencias, casi todas ellas referidas al contrato de trabajo.
- e) La representación del Derecho penal se hace patente con un grupo de veintisiete sentencias, que recogen problemas de responsabilidad

de miembros de Consejos de Administración, socios, funcionarios, conductores de vehículos, etc.

- f) Nueve sentencias, por último, pertenecen al Derecho procesal, entre las que—dice HERNÁNDEZ GIL—dos de ellas se contraen al importante tema de las condenas de futuro.

El prólogo de HERNÁNDEZ GIL a esta obra ofrece al lector unas reflexiones jurídicas de la altura a que nos tiene acostumbrados este jurista. En ellas viene a reflejarse su gran preocupación por lo que él llama «ciencias de la comunicación». Partiendo de los tres conocidos cauces por los que el tratamiento del Derecho se lleva a cabo (elaboración legislativa, investigación científica y aplicación judicial), va destacando las inevitables correlaciones entre ellas, y así dice: la ley, la investigación científica y la jurisprudencia no pertenecen necesariamente a tiempos distintos...; la jurisprudencia, además de llevar a la ley hasta sus últimas consecuencias, hace llegar a ella sus caudales de experiencia. Al lado de esto destaca cómo la intercomunicación de datos y saberes es una de las grandes características del sistema social e intelectual de nuestro tiempo. La información, tratada por la cibernética, va a traducirse en la posibilidad de conseguir, acerca de cualquier tema del Derecho, cuantas «noticias» puedan proceder de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia. Especialmente, la última habrá de ser la receptora más directa de las ventajas de la automatización por los ordenadores.

Por todo ello—termina el prologuista—es importante el estudio de la jurisprudencia. El tratamiento judicial de las normas por las vías de comunicación e intercambio indicadas remite, a su vez, a problemas de la formulación y revisión legislativas, así como a las temáticas y las orientaciones de la doctrina.

Es muy difícil añadir algo más, pues el prologuista lo ha dicho todo. Nostálgicamente, el reencuentro con aquella colección de «Sentencias de la semana» significa una evocación con retroacción de veinte años..., pero las hojas amarillas del periódico se han convertido en el libro manejable, que nos servirá de recuerdo y de consulta.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Juristas españoles de nuestro tiempo*. Organización Sala Editorial. Madrid, 1973.

De mano de la Editorial Organización Sala aparece en el campo del libro jurídico un nuevo trabajo de HERNÁNDEZ GIL, montado, por así decirlo, en dos vertientes unidas por la cúspide del significado que el Derecho puede tener desde el punto de vista de la ciencia, la cultura y su proyección social. Una de las vertientes, la primera, supone un ensayo profundo y difícil, pero muy atinado, en que el profesor HERNÁNDEZ GIL «reivindica», por así decirlo, la proyección universal del Derecho, mientras que en la segunda vertiente se ofrecen cinco semblanzas de otros tantos juristas que supieron dar al Derecho, con su sentido patriarcal y aleccionador, el alcance y la dimensión que el mismo contiene.

En el prefacio de la obra, HERNÁNDEZ GIL justifica sobradamente las razones que le han movido a entregar este trabajo al naciente programa de publicaciones de la Editorial citada. Voy a destacar, antes de centrar la idea matriz del libro, unas frases que el autor dedica a lo que en el

mundo de la cultura representa el libro en sí. Dice que «los libros no suelen ser puros soliloquios del autor. Responden a incitaciones interlocutorias. Están dotados de un sentido que si, por un lado, es fruto de la incidencia en quien escribe de los diversos entornos sociales e intelectuales acuciantes, por otro lado, es también respuesta del autor a esos estímulos exteriores y a su propia conciencia de hombre de su tiempo». A esta sensacional explicación, que sirve de causa justificativa de la existencia de un libro, es preciso responder al autor con la voz del lector. Utilizo para ello una frase de GUILLERMO DÍAZ-PLAJA, que en el Año Internacional del Libro escribía: «De ahí que nuestra biblioteca transmita una noción de compañía. Cuando yo leo, me acompaño de voces múltiples y comunitarias. Me siento rodeado de mentes lúcidas, que me aseguran mi condición de hombre inmerso en una colectividad, en una consoladora comunicación.»

Si, con el autor anteriormente citado, consideramos que la primera condición para que un libro sea verdaderamente «escrito» (y no sólo impreso) es que sea «pensado y creado», nada más aleccionador que este ensayo del profesor HERNÁNDEZ GIL para demostrarlo. Con su fino sentido jurídico sitúa perfectamente algo que, según él, venía percibiendo: *la excesiva regionalización del Derecho*. ¿Por qué aparece tan recluido en su reducto? ¿Cuáles han sido los avatares de la ciencia jurídica y cuáles sus posibles rumbos? ¿De qué manera es considerada por los propios juristas y, sobre todo, desde el exterior? ¿Por qué no surgen de ella ni llegan hasta ella irradiaciones culturales como las alentadas por o hacia otras ciencias? Nos hemos ido quizá demasiado a los extremos: el Derecho prerrogativa de los juristas, y el Derecho espontaneidad popular. En un caso se extrema el rigor de lo estricto, en el otro se propende a trivializaciones... Con estas palabras, el lector se da perfecta cuenta de la enorme dimensión del problema y cuál es la entrega que al mismo dedica su autor.

Dividamos con el autor esta recensión en las dos partes que el libro tiene. La primera, dedicada al examen de la situación científica y cultural del Derecho, y la segunda, a la semblanza de cinco juristas españoles de nuestro tiempo.

A) *Primera parte.*—Dos anatemas, uno viejo y otro reciente, sirven a HERNÁNDEZ GIL para intentar reivindicar lo que en el Derecho hay de fenómeno cultural, científico y social. El primer anatema lo pronuncia KIRCHMANN, en el año 1847. El segundo lo da a luz LEVI-STRAUSS, con motivo de una encuesta organizada por la Conferencia General de la UNESCO sobre las tendencias principales de la investigación en el ámbito de las ciencias humanas y sociales.

KIRCHMANN logró una frase que le dio renombre universal: «Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura.» Esta frase se ha convertido en preceptiva cuando se afronta el tema de la científicidad del Derecho. A ellas responde HERNÁNDEZ GIL considerando que la variabilidad del objeto, que se simboliza en las «tres palabras rectificadoras» del legislador, sólo se da si se consideran como único objeto de la ciencia jurídica las leyes contenidas en un determinado ordenamiento, que, en efecto, son modificables. La movilidad del objeto no hace anticientífico o acientífico el conocimiento. Si la ciencia jurídica tuviera que pagar como precio de su científicidad la invariación del objeto, indiscutiblemente no sería ciencia; mas no lo sería tampoco ninguna otra actividad cognoscitiva. Es ciencia, pese a la variación del objeto; mejor aún, por su variación.

Ese resto inservible a que, según KIRCHMANN, quedan reducidas las bibliotecas nunca podría estar formado por residuos de libros verdaderamente científicos, sino por esa abundante «literatura» de ocasión que se produce en torno a las leyes y que encuentra grandes estímulos comer-

ciales con motivo del cambio legislativo. Cita a este respecto el *Tratado de las pandectas*, de WINDSCHEID, que no podrá ser nunca basura, aunque el «Derecho privado común alemán de origen romano» haya dejado de estar vigente en Alemania desde 1900... A ello podríamos añadir que KIRCHMANN confundió, como muchos otros, el mundo de las leyes con el mundo del Derecho, viniendo como anillo al dedo aquella frase de SCHULZ que decía: «El pueblo del Derecho no fue el pueblo de la ley», al referirse al romano...

Después de ello, HERNÁNDEZ GIL va exponiendo la gran evolución sufrida por la ciencia jurídica, que en una primera etapa se construye como ciencia a imagen de las de la naturaleza, y en una segunda su propósito es contrario al anterior: consiste en diferenciarla de las ciencias de la naturaleza. Esta última dirección adopta dos modalidades, que sólo coinciden en el aspecto negativo indicado, porque cada una toma rumbos diferentes: o bien el de la norma, o bien el de la conducta o, más ampliamente, el de la realidad cultural. Trata, por último, de lo que llama renovaciones epistemológicas o modificaciones en las doctrinas de los fundamentos y métodos del conocimiento científico, que no siempre tienen un reflejo en el tratamiento del Derecho, concluyendo con la exposición del fenómeno de la postergación del Derecho considerando que la ciencia jurídica pocas veces sale de su rincón; en él suele encontrarse acantonada, recluida, marginada, y aunque esa marginación procede siempre de los demás, en este caso, los juristas han contribuido notablemente a que se los margine... Frente a la extraversion cultural de las ciencias humanas y sociales, el Derecho se recluye. La filosofía del Derecho, en vez de ser una contemplación de ésta desde la filosofía general, suele ser demasiado al pie de la letra una filosofía del Derecho, en donde la filosofía experimenta de entrada una especial conformación con vistas a lo que ha de ser su objeto.

El segundo anatema no procede de un jurista, sino de quien no lo es. La circunstancia de no proceder de un jurista—dice HERNÁNDEZ GIL—lo hace particularmente idóneo, en cuanto el sentido de estas reflexiones es buscar el encuentro con el Derecho desde fuera de su estricta interioridad, situarle en las temáticas científicas y culturales de nuestro tiempo, sustrayéndole del triste papel de especialismo replegado sobre sí y sin relaciones. Con minuciosidad va desarrollando la tesis de LEVI-STRAUSS, cuya síntesis cabría expresarla con el autor diciendo: las ciencias humanas y sociales carecen de entidad científica autónoma, y sólo alcanzarán el *status* de ciencia si terminan por confundirse con las ciencias exactas y naturales, dejando de diferenciarse de éstas. Es decir: o se integran en donde únicamente habita la ciencia o no llegan a serlo.

Esta primera parte termina con la idea de que la ciencia jurídica toca más de cerca que otras el fenómeno de la incidencia en la sociedad. No por ella misma, sino de una manera refleja, esto es, por su objeto, el Derecho, que se encuentra en constante proceso de elaboración y aplicación. A la sociología del Derecho le incumbe cultivar el conocimiento sociológico del fenómeno jurídico; ella ha de promover también el perfeccionamiento de los métodos adecuados a su objeto, pero no ha de concebirse como mera exportadora de unos resultados a la ciencia jurídica ni ésta debe quedar reducida al papel de receptora. En definitiva—concluye el autor—, las técnicas de elaboración y aplicación del Derecho dominadas por los juristas facilitan excelentes oportunidades para dotar de repercusión y efectividad al conocimiento sociológico.

B) *Segunda parte.*—Son cinco las figuras jurídicas que examina detenidamente el autor. Por su orden de aparición vamos a exponerlas:

- FELIPE CLEMENTE DE DIEGO.—Para HERNÁNDEZ GIL, la figura de don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO es la de un maestro del Derecho civil, volviendo a recobrar en él la amplia dimensión que tuvo el *ius civile*. La época en la que le toca desenvolverse a DE DIEGO es la del positivismo jurídico. El Derecho iba siendo expulsado de las posiciones que ocupaba en el terreno de las inquietudes metafísicas, para reconducirse por entero al terreno de la sazón llamante categoría de las ciencias de la cultura. Aunque en España no tuvo gran relieve ese fenómeno del positivismo y se llegó a dar cima a la obra legislativa del Código civil, los estudios jurídico-civiles se desarrollaron en España en un ambiente de aislamiento. El primer gran mérito de DE DIEGO como civilista es haberse hecho cargo de la época en que estaba llamado a desplegar su actividad, es decir, comportarse en función de su tiempo y de su patria. Y el postrer gran merecimiento del eximio jurista es el de, por un lado, haber impreso un nuevo giro al estado de cosas con que se encontró, de forma que tras él aparece una nueva fase en los estudios jurídico-civiles patrios, y, por otro lado, el poder ofrecer a las generaciones que se suceden algo en donde brillan las huellas indelebles de lo permanente.

El elogioso comentario de la obra y dimensión de don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO sigue la línea de la forma de conocimiento de autores alemanes de tanta trascendencia como SAVIGNY, WINDSCHEID, GIERKE, ENDEMANN, etc., al mismo tiempo que hace surgir y poner en circulación nombres y doctrinas que el uso amenazaba de prescripción (NEBRUJA, PARLADOIRO, RETES, RAMOS DEL MANZANO, etc.). Sin perjuicio del examen detenido de algunos aspectos de sus obras, cabe señalar aquí la idea que destaca HERNÁNDEZ GIL: la actividad que mantuvo ante el Derecho civil como ciencia, cuidándose de enmarcarla en el conjunto de la enciclopedia jurídica, situarla en su seno y ver, por tanto, las conexiones de aquél con otras disciplinas. Por tanto, puso los cimientos de una gran tarea y dejó un camino trazado.

- IGNACIO DE CASSO ROMERO.—Se formó en la Universidad hispalense. Es universitario por tradición. No vio en el Derecho un instrumento dúctil a las manipulaciones para el logro de fines ideológicos. Antes que servirse del Derecho, por muy nobles que fueran sus intenciones, quiso servirle, sentirse imbuido de todo lo que hay en él como discernimiento de la justicia y de la libertad en la convivencia humana. Su actividad científica queda reflejada tanto en la función de la docencia directa en el aula, como en una producción bibliográfica numerosa e importante.

No se puede establecer, ni siquiera con fines dialécticos, una distinción entre el hombre y el jurista. Se daba en él la más plena armonía entre la persona, la vocación y la profesión. Hombre íntegro, cabal y bondadoso, fue exactamente lo mismo como jurista y como maestro. El Derecho, como todas las creaciones del hombre, nunca termina de ser, siempre tiende a ser y a transformarse. Lo importante es que no se inmovilice, como la materia inerte, y que tampoco se convierta en instrumento veleidoso del poder político. IGNACIO DE CASSO captó este sentido, a la vez immanente y trascendente, del Derecho.

- MANUEL DE LA PLAZA NAVARRO.—Después de situar históricamente el problema del Derecho procesal, considera a DE LA PLAZA como uno de aquellos hombres que, dentro de la doctrina española, impulsan la dignificación científica del Derecho procesal. Fue el jurista que formado inicialmente en el cometido de la aplicación del Derecho propio del Juez y del Magistrado, supo adentrarse también, por sus

dotes de investigador y expositor, a la vez que por la forma crítica y constructiva de enfocar los problemas jurídicos, en los ámbitos inquisitivos infundido de un espíritu universitario.

En el desempeño de la función de juzgar, junto a la inquietud por la solución justa, experimentó también la inquietud por la justificación correcta. Sus deberes de Magistrado no los consideraba cumplidos con el logro del fallo pertinente. A *DE LA PLAZA* se le encuentra a través de su pensamiento, de su lenguaje y de su estilo. Captó y padeció acaso como nadie el problema del recurso de casación no exento de cierto dramatismo. A *MANUEL DE LA PLAZA* únicamente le faltó la experiencia del Abogado en el recurso de casación. Me refiero—dice el autor—a la experiencia directa, personal, anecdótica. Porque con su vivacidad intuitiva, sus conocimientos y su actuación en el Tribunal Supremo se dio cuenta perfecta del papel del Abogado.

- **NICOLÁS PÉREZ SERRANO.**—La figura de este jurista viene concretada al prólogo que a la obra del autor plasma *HERNÁNDEZ GIL*. Ello quiere decir que la visión del jurista se limita un tanto en su dimensión y se reduce a una de sus manifestaciones, quizá la más importante en materia de madurez y plenitud. El trabajo del Abogado—dice *HERNÁNDEZ GIL*—en el dictamen es distinto. Si el pleito es la última palabra del diálogo, el dictamen, sin llegar al soliloquio (propio de lo íntimo o de lo puramente especulativo), se desenvuelve en zonas de menor densidad interlocutoria. Tarea más remansada y pacífica, próxima a la académica, no distante a la didáctica. En ningún caso la figura del Abogado puede considerarse equivalente a la del técnico razonador, ni siquiera a la del experto. Los dictámenes de don *NICOLÁS PÉREZ SERRANO*, producidos en época más imbuida de inquietudes técnicas, vienen a situarle en una posición no totalmente agotada por las precedentes obras maestras.
- **JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS.**—Durante cincuenta años largos la ciencia jurídica española encuentra su expresión más amplia, perseverante y fecunda en la figura y en la obra de don *JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS*. Así comienzan estas notas que *HERNÁNDEZ GIL* ofrece al gran jurista, maestro y científico que fue el profesor *CASTÁN*.

CASTÁN se adentró en el conocimiento del Derecho y abordó sus problemas en los tres planos capitales que ofrece: el de la preparación y elaboración de las normas, el de la aplicación judicial y el de la investigación. Ninguna de las facetas del panorama del Derecho hubo de pasarle inadvertida. Después de señalar la amplitud de su función investigadora, de su dominio en la aplicación del Derecho, señala las grandes cimas del talento sistemático que en el autor existían. Eminentemente claro en el pensamiento, en el discurso y en la palabra, nada de lo que argumenta o dice *CASTÁN TOBEÑAS* queda en la penumbra ni infunde dudas. Todo es penetrable. De otra parte, en *CASTÁN* se encarna como característica esencial la de la armonía, y posiblemente uno de los temas en donde *CASTÁN* muestra mejor la textura de sus esquemas mentales, siempre con aspiraciones de armonía, es en el tratamiento de la equidad.

La obra de *CASTÁN* se produce en unos momentos de fiebre, dispersión y lucha metodológica. Su gran idea matriz es configurar como elaboración del Derecho todo lo concerniente a la producción y tratamiento del mismo. Sus diversos criterios tienen siempre como telón de fondo el sentido unitario atribuido al fenómeno de la elaboración del Derecho.

En definitiva, *CASTÁN*, además de proyectar su actividad en la elaboración del Derecho, en su aplicación judicial y en su investiga-

ción teórica, explica todas estas actividades y las convierte en objeto de estudio. Por eso hace ciencia de la legislación, ciencia de la ciencia (filosofía, epistemología), ciencia de la realidad social (historia, sociología) y teoría de la técnica (ciencia jurídica). Entendió como un proceso nutrido de colaboraciones sucesivas, acaso generacionales, el quehacer científico. El viene a considerarse como un eslabón en la cadena infinita.

Debo advertir que esta especie de resumen apresurado de esta segunda parte del libro tiene el inevitable fallo de la síntesis. Así como una tesis, una idea, una teoría, un enunciado, una postura, etc., pueden ofrecerse al lector en cuatro rasgos más o menos acertados, la figura de un jurista no puede resumirse en una o más frases, y por mucho que he querido exprimir las que HERNÁNDEZ GIL ofrece para delimitar las figuras humanas de estos grandes juristas que nos ofrece, sé que se me han escapado infinidad de matices... Mis síntesis no son ni siquiera la posible *ficha* que de la obra puede ofrecerse al investigador, pues el perfil humano, su fondo jurídico, su posible proyección magistral, escapa a estas notas, que sólo leídas en el original, de donde las tomo, adquieren trascendencia y dan la dimensión de los personajes que se nos ofrecen.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARTÍN RETORTILLO, LORENZO: *Las sanciones de orden público en Derecho español*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

Propósito del autor es lograr una sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sanciones de orden público. No se trata de estudiar directamente la actividad sancionatoria, ese poder penal residual que la Administración conserva, en base a la Ley de Orden Público, sino tan sólo la jurisprudencia relativa a la misma, con la limitación que ello implica, al ser tomados en consideración sólo aquellos casos de sanción, lógicamente menguados en la proporción total, que fueron llevados después a un Tribunal Contencioso-Administrativo.

Sistemáticamente, se inicia la obra con una advertencia preliminar, y está dividida en tres partes; van seguidas de una relación de las sentencias citadas y un índice bibliográfico. Al pie de página contiene numerosas notas.

En la advertencia preliminar expone su plan de trabajo, inicialmente limitado a diez años de jurisprudencia a partir de la Ley Contencioso-Administrativa de 1956, y posteriormente ampliado hasta finales de 1970, destacando cómo este libro, que supone sólo una parte de la labor total, sale a la luz, de un lado, porque puede tener sustantividad propia; de otro, porque puede suponer un incentivo para terminar esa labor iniciada.

La parte I está dedicada al proceso histórico de cómo se llega por los Tribunales al enjuiciamiento de las sanciones administrativas referentes al orden público. Tras destacar la dificultad de delimitación del concepto de orden público, así como también su relatividad—varía en el tiempo con intensidad notoria—, pone de relieve la amplitud enorme que ha adquirido en los últimos tiempos. Como punto de partida, en este proceso histórico toma el sistema contencioso-administrativo patrocinado por SANTA-MARÍA DE PAREDES, que plasmó en la Ley de 13 de septiembre de 1888, y que desarrolla el Reglamento de 1894, en cuyo artículo 4 se contiene ya una

referencia expresa al orden público. El orden público se considera como materia correspondiente a la potestad discrecional, y calificar una materia de discrecional significa tanto como excluirla de la posibilidad del recurso contencioso-administrativo.

Va marcando después sucesivas etapas: la Dictadura, República, guerra civil, hasta llegar a la Ley de 23 de diciembre de 1956, que no alude para nada a las materias de orden público a la hora de regular el ámbito, extensión o límites de lo contencioso-administrativo, con lo que, en principio, no parece existir obstáculo al enjuiciamiento de las actuaciones administrativas por los Tribunales, pero el artículo 2 excluye de tal enjuiciamiento a los actos políticos del Gobierno. El concepto de acto político va a ser, por tanto, la norma de la recurribilidad de las actuaciones administrativas relacionadas con el orden público en la legislación vigente.

La segunda parte se refiere a los motivos de inadmisibilidad del recurso y consta de cuatro capítulos.

Desaparecido el concepto de discrecionalidad como técnica obstativa a la de la justiciabilidad, se encuentra un freno a la misma en el juego de los actos políticos. La jurisprudencia, en un principio, seguía declarando normalmente su incompetencia, apoyándose ahora en el concepto de acto político, que fue un verdadero concepto puente. Pero a partir de 1961, lo que en alguna ocasión se había declarado con carácter casi intuitivo, va madurando y se confirman dos ideas: 1.ª) Que no todos los actos del Gobierno son actos políticos, sino sólo los emanados del Consejo de Ministros. 2.ª) Que no todos los actos emanados del Gobierno tienen la suficiente trascendencia como para aplicar el apartado b) del artículo 2 de la L. J. Existen, sin embargo, quiebras al sistema y es curioso que se den en casos que externamente son iguales e incluso, en ocasiones, siendo ponente un mismo Magistrado.

En el capítulo 2 de esta segunda parte, estudia la institución *solve et repete* o de previo pago. También aquí la jurisprudencia ha evolucionado en un sentido favorable al sancionado. Mientras en el sistema de la Ley de 1888 se exigía el pago de la multa, hoy basta con el depósito de la misma, sin exigir siquiera el documento acreditativo, siempre que se demuestre por cualquier otro medio que se hizo efectiva. El Tribunal Supremo se muestra radicalmente antiformalista. El problema más interesante que se plantea es el de si para la interposición del recurso contencioso-administrativo bastará con el abono o depósito del tercio del importe de la multa, como ocurre con el administrativo, o será necesario el abono o depósito del total. La jurisprudencia, como en otros muchos puntos, se muestra contradictoria. MARTÍN RETORTILLO entiende, dada la remisión que la ley de lo contencioso hace a la de orden público, que bastará con el abono o depósito del tercio del importe. Si no se admitiera por el Tribunal, siempre existe la posibilidad del plazo para el abono total.

El capítulo 3 alude a otros motivos de inadmisibilidad del recurso, capítulo que el propio autor califica de «cajón de sastre», y en él se recogen una serie de aspectos concretos sobre posibles causas de inadmisibilidad, falta de interposición del recurso de reposición, cómputo de plazos..., pero sin permitir análisis sistemáticos debido a la escasez de jurisprudencia.

Finalmente, en el capítulo 4 estudia la fuerza expansiva del Tribunal Supremo, recogiendo una serie de sentencias, en las que aquél fuerza decididamente su esfera de atribuciones y poderes, a fin de que no prevalezca la incompetencia indudable del órgano administrativo que había sancionado. Se basa esta fuerza expansiva, según el propio Tribunal Supremo, en la necesidad de no dejar indefenso al particular frente a resoluciones emanadas de órganos administrativos incompetentes o en la de evitar que

a un mismo acto puedan serle aplicadas dos medidas sancionadoras de carácter administrativo.

La parte tercera, la más amplia, la dedica al examen del principio de **PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO**, a través de tres planos convergentes: el de las normas promulgadas y vigentes, el de las actuaciones administrativas y el del enjuiciamiento que el Tribunal Supremo hace de dichas actuaciones a través de estas normas.

Examina el principio en nuestro Derecho positivo, donde aparece recogido en el artículo 19 del Fuero de los Españoles, así como en el 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ley que si bien prevé procedimientos especiales, hace la declaración de que las normas esenciales de garantía del interesado, entre las que se encuentra dicho principio, han de aplicarse necesariamente cuando no estén previstas en dichos procedimientos.

La jurisprudencia contencioso-administrativa en general, como pone de relieve a través del trabajo de SERRANO GUIRADO: *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, reitera el valor de regla obligatoria y de inexcusable cumplimiento de la previa audiencia en todo supuesto de actividad sancionatoria de la Administración.

¿Qué sucede en el campo concreto de las sanciones de orden público? De unos sesenta casos examinados, en los que los recurrentes alegaban que habían sido sancionados sin previa audiencia y defensa, en uno tan sólo se da la razón al recurrente. Las razones materiales aducidas por el Tribunal Supremo son varias. Fundamentalmente pueden reducirse a la patentidad de los hechos, cuando la Administración puede equivocarse y, de hecho, se equivoca, y a la urgencia, concepto de palanqueta en el Derecho administrativo, que hoy no tiene base legal alguna, al no ser la Ley de Orden Público de aplicación, únicamente cuando se declara el estado de excepción. La ley legitima la rapidez, la urgencia en la actuación, pero sólo en las medidas encaminadas a restablecer el orden. Y una cosa es mantener el orden público, y otra muy distinta sancionar los actos contrarios al mismo.

Legalmente se aducen una serie de argumentos, fundamentalmente la referencia que el Decreto de 10 de octubre de 1958, sobre procedimientos especiales aún en vigor, hace al número 5 del artículo 137 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 1947, que autoriza «la sanción de plano».

Tal argumentación es, según MARTÍN RETORTILLO, insostenible. La crítica la hace en los tres aspectos siguientes:

1.º La necesidad de la previa audiencia, que no puede ser sustituida por un recurso posterior a la sanción, ya que el acto administrativo una vez notificado produce efectos.

2.º La no vigencia del Reglamento de 1947, pese a la referencia del Decreto de 1958, por ser tal referencia incorrecta, pues fue la Ley de Procedimiento Administrativo la que autorizó a dicho Decreto a la enumeración de los procedimientos especiales que estuvieran vigentes, y dicha ley había derogado tal disposición en su artículo 1.

3.º Que aun dando por vigente el Reglamento de 1947, no podría aplicarse a las correcciones impuestas por faltas contra el orden público, como se desprende no sólo de una interpretación sistemática del propio Reglamento, sino porque así lo sanciona expresamente el artículo 1 del mismo en su número 3.

A la vista de estos argumentos, concluye la obra—de importancia indudable no sólo porque la sistematización de la jurisprudencia puede aclarar muchas dudas, sino también por el gran auge de esta materia en los últimos años—con un interrogante de interés: ¿Cuál será ese procedi-

miento peculiar en materia de orden público a que se van remitiendo escalonadamente todas las normas? Tras el examen de todas aquellas disposiciones en que podía estar contenido llega a una conclusión negativa, afirmando que puede que tal regulación exista, pero que son muchos los indicios que empujan a pensar que ni existe ni ha existido nunca; señalando, además, la contradicción existente entre unas normas a las que se atribuyen aires renovadores y un actuar administrativo del más viejo puro estilo.

MANUEL RIDRUEJO GONZÁLEZ
(Seminario de Derecho Hipotecario
de Extremadura)

NAVARRO VALLS, RAFAEL: *Divorcio: orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio.* Editorial Montecorvo, núm. XXXIII, año 1972.

La obra de este joven profesor, prologada por el rector de la Universidad de Murcia, MANUEL BATTLE VÁZQUEZ, constituye una muy estimable aportación, de Derecho vivo, en el estudio de uno de los supuestos más conflictivos del Derecho internacional: la eficacia de las sentencias de divorcio, «institución ésta delicada y que siempre roza sentimientos fundamentales de los diversos Estados, tradicionalmente enfrentados los sistemas de inspiración confesional y los laicos». Si bien, en torno a dicho estudio, y en íntima relación con él, se profundiza en la parte general, y en los Derechos procesal y canónico, amén del de familia.

El libro se divide en tres capítulos:

El primero, fundamentalmente procesal, dedicado al examen de la fuerza de las sentencias extranjeras de divorcio en el Derecho comparado y del procedimiento de *exequatur*, con un planteamiento general de lo que será posteriormente desarrollado.

El segundo, principalmente sustantivo civil, versa sobre el orden público español y el divorcio vincular.

Y el tercero aborda en profundidad el tema de la indisolubilidad del matrimonio canónico y la sentencia extranjera de divorcio.

CAPÍTULO PRIMERO

Sentencias extranjeras de divorcio vincular y procedimiento de «exequatur»

El autor plantea inicialmente el problema de la fuerza de las sentencias en el ámbito del Derecho procesal internacional: toda sentencia de las de un determinado país, sea declarativa, constitutiva o de condena, tiene una serie de efectos, bien directos o bien accesorios o reflejos, para cuya admisión en el orden interno de otro determinado requiere un control *a priori* o *a posteriori* del órgano jurisdiccional ante el que se ha de hacer valer.

Los sistemas de control y los criterios inspiradores de los mismos se analizan según el esquema siguiente: primero, y como es de rigor en una obra de estas características, en el campo general del Derecho comparado, con un especial e importante estudio del sistema italiano; segundo, en el campo de las convenciones y congresos internacionales, y tercero, en el

Derecho español, cuyo estudio en profundidad se hace en el segundo capítulo.

Derecho comparado.—NAVARRO VALLS destaca, dentro de éste, el carácter laico de la mayoría de los sistemas, inspirados en el principio de disolubilidad del vínculo matrimonial, frente a la minoría de países antidivorcistas: éstos controlan mucho más las sentencias extranjeras de divorcio que los primeros, para los que aquél es un simple hecho y no un acto jurídico que exija una cuidada competencia y motivación para su otorgamiento.

Distingue el autor los siguientes grupos de sistemas:

1.º Sistemas que han adoptado la legislación canónica del matrimonio: Colombia—la sentencia extranjera produce únicamente todos sus efectos directos y reflejos si se refiere a no colombianos—, Portugal—que no admite el divorcio para casados canónicamente, concediendo simples efectos reflejos, pero no directos, a la sentencia que afecte al portugués casado en el extranjero—y España (Italia también antes de la Ley Fortuna-Baslini).

2.º Sistemas en los que la indisolubilidad no es fruto de la concepción sacramental del matrimonio canónico, como el del Brasil.

3.º Sistemas en los que se admite el divorcio vincular, bien requieran siempre *exequatur* para la eficacia de la sentencia extranjera (Venezuela) o no siempre (Suecia, Finlandia, Checoslovaquia, Líbano...) o lo requieran *a posteriori*, a veces (Francia, Bélgica, Grecia...).

4.º Sistemas del *common law*: en Inglaterra se admite la eficacia de las sentencias pronunciadas por Tribunales del Estado donde el marido tenga su domicilio estable en el momento de la introducción de la demanda o reconocido por vía de reenvío. En cuanto a los Estados Unidos, los «divorcios migratorios» han hecho reaccionar al Tribunal Supremo en favor de la divisibilidad de la eficacia de las sentencias extranjeras o interfederales según la naturaleza de los efectos de que se compongan.

5.º Suiza tiene un sistema muy liberal sin *exequatur*, e Israel admite la eficacia de la sentencia extranjera de divorcio dictada para extranjeros; pero si se trata de israelíes, sólo en el supuesto de que haya sido pronunciada según la ley religiosa israelí, que funciona, al igual que la canónica para los católicos, transpersonalmente.

El sistema italiano.—La anterior similitud con el nuestro induce al autor a un detenido examen del sistema italiano, en el que emplea una buena bibliografía, distinguiendo la normativa anterior a la Ley de Divorcio de diciembre de 1970 (conocida por Fortuna-Baslini, apellidos de los diputados, socialista y liberal, respectivamente, que la promovieron) y la normativa creada por dicha Ley.

En el primer período, el sistema italiano era decididamente antidivorcista por principio. Respecto de efectos de sentencias extranjeras de divorcio, la jurisprudencia italiana había adoptado las tres siguientes posturas: 1.º) Si la sentencia extranjera concernía a extranjeros era, en principio, compatible con el orden público y podía ser reconocida en todos sus efectos, a condición de que hubiese sido pronunciada por Juez competente y respetado otros requisitos impuestos por el ordenamiento procesal. 2.º) Si la sentencia extranjera se refería a esposos italianos o a matrimonios en los que uno de los cónyuges era italiano en el momento en que se hubiese pronunciado el divorcio, la petición de *exequatur* se rehusaba en base a la excepción de orden público. 3.º) Si la sentencia había recaído sobre matrimonio celebrado según el rito religioso católico, el reconocimiento de efectos se denegaba, incluso en el caso de esposos extranjeros,

tomando como base la reserva de jurisdicción contenida en el artículo 34 del respectivo Concordato a favor de la Iglesia.

Tras la Ley Fortuna-Baslini, si bien en el momento en que fue escrita esta obra no había precedentes judiciales, habiendo establecido aquella el divorcio, parece lógica la plena admisibilidad de las sentencias extranjeras declarándolo entre extranjeros o entre italianos o italiano y extranjero —si bien parece que la jurisprudencia limitará, en estos últimos casos, la admisibilidad a aquellas que estén basadas en causas de divorcio de las que admite la ley italiana—, e incluso la admisibilidad de las sentencias extranjeras de divorcio de matrimonios celebrados concordatariamente entre italianos, pues los procedimientos de disolución del vínculo no están ya reservados a los Tribunales eclesiásticos.

Convenciones y congresos internacionales.—Prescindiendo de aquellos en los que no ha intervenido España, que se detallan, el autor examina especialmente los proyectos de Convenio de La Haya de 1966 y 1969, en los que se estableció el principio general de eficacia de las sentencias extranjeras incluso para el fundamental efecto directo de autorizar el nuevo matrimonio a los divorciados, sin que el Juez ejecutor pueda controlar la decisión de fondo salvo, excepcionalmente, en el caso de divorcio entre dos cónyuges que en el momento de su obtención eran exclusivamente nacionales de Estados cuya ley nacional no conoce el divorcio.

España se abstuvo, siendo muy interesante la lectura de la exposición de nuestra posición oficial, en la que, tras afirmar nuestros tajantes principios antidivorcistas, se dice: «Nuestra jurisprudencia ha extendido al máximo la aplicación del orden público en las cuestiones matrimoniales. Sólo parece quedar fuera del orden público español el reconocimiento de las sentencias de divorcio de extranjeros, pronunciadas en el extranjero, cuando la ley nacional de los dos esposos permita el divorcio y siempre que no se trate de matrimonio canónico. Un caso tal no ha sido sometido aún al Tribunal Supremo español. Sólo la Dirección General de los Registros ha emitido una resolución concluyente, en el sentido de que este género de divorcio debía ser reconocido.»

Se examinan igualmente con detenimiento las conclusiones del V Congreso de la Academia de Derecho Comparado y de los Congresos Ibero-Americano-Filipino de Derecho Procesal e Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Repasando el panorama internacional, el autor concluye que «el orden público es una constante defensiva, que en unos sistemas alcanza la nota de regla y en otros la de excepción, pero cuya referencia es casi obligada en la mayoría de las legislaciones y acuerdos internacionales. La tendencia de la mayor parte de la jurisprudencia extranjera es progresiva y ampliamente permisiva de la eficacia extraterritorial de las sentencias de divorcio, aunque se observa una visible reacción frente a lo que se ha dado en llamar 'la industria del divorcio', que algunos Estados tienen verdaderamente organizada para producirlo y exportarlo».

El sistema español.—El autor adelanta en este capítulo una panorámica del mismo, con una especial consideración procesal.

En sede jurisprudencial y doctrinal, el problema está doblemente englobado: por un lado, si para la eficacia en España de la sentencia extranjera constitutiva de estado es indispensable su revisión de fondo y forma por nuestro Tribunal Supremo y, por otro, si cabe otorgar algunos efectos secundarios o reflejos a la sentencia extranjera de divorcio sin necesidad de ese control previo.

En el primer aspecto, el autor comienza por exponer el sistema español de homologación de sentencias (procedimiento de *exequatur* establecido en los arts. 951 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil), sis-

tema que considera ecléctico—«podríamos llamarlo de los supuestos escalonados»—dentro de los tres grandes grupos de los del Derecho comparado (a saber, reciprocidad, *exequatur* previo o posterior y sustitución de resoluciones): en nuestro Derecho habrá que estar a los Tratados, si los hay, con el país del que provenga la sentencia (art. 951); en su defecto, o bien al principio de reciprocidad (arts. 952 y 953) o a las reglas del artículo 953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (acción personal, no rebeldía, licitud de la obligación en España y autenticidad según la ley de origen y la española). La ejecución debe pedirse al Tribunal Supremo, salvo Tratados, quien la concederá según los trámites establecidos por los artículos 956 y 957 de la Ley Procesal.

En nuestro sistema, considera NAVARRO VALLS, el título ejecutivo no es la resolución extranjera, sino la dictada por el Tribunal Supremo, ordenando que se proceda a ejecutar el fallo extranjero.

Es clara actualmente en nuestra jurisprudencia, en especial a partir del auto de 27 de noviembre de 1942, y en nuestra doctrina, la directa aplicabilidad de las sentencias canónicas pronunciadas por Tribunales eclesiásticos extranjeros en causas matrimoniales de nulidad, separación o dispensa por privilegio paulino.

Centrado el problema en las sentencias civiles, y distinguiendo los efectos simplemente constitutivos de los ejecutivos de las mismas, se plantea la cuestión de si el *exequatur* es preciso sólo para el reconocimiento de los segundos o también para el de los primeros (cosa juzgada material, etc.): el autor, que se declara partidario de que las sentencias extranjeras deben continuar sometidas a control en todos sus posibles efectos, traza un buen esquema de las diversas posturas y razonamientos, en presencia de nuestra más selecta doctrina procesalista, si bien estima, con GUASP, que es conveniente la sustitución de la nomenclatura actual por la de «proceso de reconocimiento de efectos de sentencias extranjeras», todo ello sin perjuicio, de *lege ferenda*, de la posibilidad de un criterio más progresivo en la materia, en el total del contexto de nuestro ordenamiento legal.

En el segundo de los aspectos inicialmente aludidos, a propósito del sistema español—esto es, el de que sin perjuicio del claro principio de control, tanto de fondo como de forma, de las sentencias extranjeras y la tajante sanción antidivorcista, cabe excepcionalmente la admisibilidad de determinados efectos secundarios o reflejos de aquéllas sin necesidad de *exequatur*—, hasta el año 1951 nuestra jurisprudencia, salvo la sentada durante la vigencia de la Ley de Divorcio de 1932, era constante en exigir el control para todo tipo de efectos, no sólo para los directos, entre los que destaca la posibilidad de admisión de nuevo matrimonio por el declarado divorciado en virtud de tales sentencias extranjeras, sino también por los indirectos aludidos (y que se desarrollarán en el capítulo siguiente).

Dejando aparte el paréntesis republicano, la fundamental Resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de marzo de 1951 admitió la posibilidad de recuperar la nacionalidad española a la mujer hispana casada canónicamente en España con alemán y posteriormente divorciada en Alemania, incluyendo en el hoy reformado artículo 22 del Código civil el supuesto de divorcio vincular. Y la de 23 de abril de 1970 atribuyó la condición de hija natural a la habida de padre español soltero y extranjera divorciada, en una interpretación discutible de los artículos 119 y 11, 3.º, del Código civil.

Estas dos resoluciones, y otras cuyo estudio se amplía en el siguiente capítulo, venían, en definitiva, a admitir el llamado sistema del «*exequatur* incidental».

La doctrina española más autorizada se había pronunciado ya sobre la cuestión de si aun siendo el Tribunal Supremo el competente, en prin-

cipio, para decidir sobre el *exequatur* de las sentencias extranjeras, puede uno de Instancia inferior, que conoce de un procedimiento en marcha, hacer esa declaración cuando la sentencia extranjera sea fundamento de una excepción o no persiga concretamente el fin de su ejecución en territorio español, sino tan sólo el reconocimiento de algunos de sus efectos.

De las corrientes doctrinales, en especial de las suscitadas en torno a las dos resoluciones citadas y de otras, como las de 12 de enero de 1963 y 30 de marzo de 1964, éstas en el sentido de admitir ciertos efectos de legitimidad en beneficio de los hijos habidos de segundo matrimonio de divorciados, a través del *favor prolis* y una amplia interpretación del artículo 69, 4.º, del Código civil, el autor hace un buen examen, tras el cual, de *lege ferenda*, concluye:

«El que nuestra jurisprudencia—en contra, a nuestro entender, de lo previsto en la Ley Procesal y en la opinión más común de la doctrina—haya recurrido en ciertos casos al procedimiento de homologación incidental de sentencias extranjeras de divorcio vincular, por lo menos en ciertos aspectos secundarios de las mismas, trae su causa de la rigidez del procedimiento de *exequatur*, como actualmente viene regulado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este proceso carece de agilidad y supone necesariamente un sí o un no global al pronunciamiento extranjero, sin posibilidad de reconocimiento parcial de efectos indirectos a la sentencia extranjera no contrarios al orden público.

Esta situación obliga a los Tribunales de Instancia inferior al Supremo al discutible proceder de eludir el preceptivo *exequatur* ante aquel Tribunal, con la lamentable consecuencia de seguir caminos técnicamente discutibles.

Según nuestra opinión, es precisa una modificación del actual sistema de ejecución de sentencias extranjeras que haga posible—también en lo que a las de divorcio vincular se refiere—la homologación parcial de algunos de sus efectos con el natural rechazo de aquellos otros contrastes con nuestro concepto del orden público.

Así, en la sentencia de divorcio vincular extranjera, le sería posible a nuestro más alto Tribunal—que debería seguir conociendo de las pretensiones de *exequatur*, por las importantes consecuencias que de tal proceso se siguen—distinguir el efecto material directo de ruptura del vínculo (absolutamente opuesto a nuestro concepto de orden público y a la legislación canónica, a la que en ciertos supuestos se reenvía nuestro sistema matrimonial) de otros secundarios de muy diverso género, y que no sólo no van en contra de nuestro orden público, sino que llegan a integrarse en un contenido positivo del mismo.»

CAPÍTULO SEGUNDO

Orden público español y divorcio vincular

Con la mejor sistemática, el autor desarrolla, en primer lugar, el concepto de «orden público» en general, y luego en nuestro Derecho, circunscribiéndolo más tarde al campo del divorcio vincular, distinguiendo su vigor absoluto (efectos directos, su inadmisibilidad total) y su juego atenuado (admisibilidad parcial de efectos accesorios y reflejos).

El estudio de las líneas maestras del concepto «orden público» constituye, a mi juicio—y aunque NAVARRO declare lo contrario—, una pequeña, pero estimable monografía en la materia, por su sistema, claridad y fuentes manejadas, muy cómoda para el que quiera aprehender el referido

concepto con el mínimo detenimiento y el máximo rigor a un tiempo, a pesar de «entrañar una noción que incluye, hoy por hoy, términos tan diversos como interés público, orden social, buenas costumbres, normas imperativas, territoriales, bien común, orden jurídico, internacionalización de valores morales; que despliega su eficacia con diversidad de vocaciones en el orden interno e internacional, penal y administrativo, civil o procesal; que se adapta y cambia de contenido en el espacio y en el tiempo...».

Sucesivamente se van analizando el origen del concepto (cuando comienza a atisbarse la necesidad del comercio jurídico internacional, como una excepción a la aplicación de la ley extranjera), su necesidad y finalidad (defender el modo de ser interno del Estado) y sus características: *indelimitación conceptual* (se estudian las aportaciones de MARÍN LÓPEZ, PUGLIATTI, DORAL, HACKETT..., para lograr el mayor grado de su precisión), *pluriformismo* (diversidad de «funciones» dentro de un determinado orden interno y a nivel comparado, discusión en torno a la clasificación de orden público interno e internacional, en la que se estudian las posiciones de BROCHER, SPERDUTI, DORAL, ISSAD, LARICCIA, BADIALI, SMITH y Código de BUSTAMANTE, entre otras), *relatividad* (en el tiempo y en el espacio, lo que, según DORAL, no debe de confundirse con un arbitrario oportunismo político o económico), *jurisprudencialismo configurador* (importante medio judicial en la aplicación de la ley, que confiere a los Tribunales una función cuasilegislativa), *elasticidad* (gradación o posibilidad de ser aplicado con una mayor o menor intensidad según las instituciones o los efectos), *funcionalidad negativa* (como límite frente a la autonomía de la voluntad y como cláusula de reserva frente a la ley extranjera) y *expansividad y restrictividad* (de origen político y sociológico). Su contenido se trata de fijar, por unos, casuísticamente; por otros, partiendo de unos principios fundamentales, o bien, por otros, estableciendo lo que no debe de entrar en aquél. Son múltiples los autores consultados por el autor.

Las referencias legislativas al concepto de «orden público» en España (arts. 4, 11 y 1.255 del Código civil; Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, art. 1; Ley de 27 de diciembre de 1956 sobre jurisdicción contencioso-administrativa; Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia—orden público económico—; art. 6 del Fuero de los Españoles; art. 2 de la Ley de 28 de junio de 1967 sobre libertad religiosa, y art. 3 de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964) ponen de relieve que nuestro ordenamiento adopta la concepción clásica del concepto antes caracterizada.

Se consideran especialmente los dos artículos que el Código civil dedica al orden público en el Derecho internacional privado, el 11 y el 8, estudiándose con detenimiento su diferenciación.

El proyecto de título preliminar del Código civil, elaborado por la Comisión General de Codificación, contiene una fórmula extremadamente sobria: «No tendrá aplicación una ley extranjera contraria al orden público» (art. 10, 3.º), fórmula comentada por SIMÓ SANTONJA y MIAJA DE LA MUELA, para quien la menor precisión del enunciado, no comprensivo de la expresión «sentencias», por otra parte, implica que se transfiere la tarea de precisar la excepción del legislador a los Tribunales.

En cuanto a jurisprudencia, se cita, entre otras, la sentencia de 5 de abril de 1966, en cuyo considerando segundo se lee que «por 'orden público' hay que entender aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y una época determinados».

El estudio, ya en concreto, del orden público y su incidencia sobre el divorcio vincular comienza con el análisis del principio de indisolubilidad

del matrimonio en España en su perspectiva histórica: han existido luchas por el predominio del matrimonio civil o el canónico plasmadas en los diversos períodos legislativos, pero en sus diversas regulaciones es observable una constante solamente alterada en el período 1932-1936: la visión indisoluble del vínculo matrimonial. (Y, por supuesto, se hace un estudio de la evolución legislativa desde el Concilio de Trento hasta llegar a la normativa actual: art. 52 del Código civil, Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, arts. 104 y 73 del Código civil y art. 22 del Fuero de los Españoles).

Los grandes temas del orden público son, según SAVATIER, la vida, la libertad, la propiedad y el matrimonio, e *in re matrimoniandi*, el principio asume una particularísima importancia: la ley, la jurisprudencia y la doctrina en España son unánimes: la indisolubilidad del vínculo es de orden público.

Ahora bien, como ya aludíamos, se presenta la cuestión de si la excepción de orden público debe extenderse a todos los casos, ámbito interno e internacional, civil o concordatario, sean nacionales o extranjeros los cónyuges, o si junto a una aplicación absoluta, cabe una aplicación atenuada, atendiendo a aquellas circunstancias y a sus diferentes efectos, directos o reflejos, en un plano de elasticidad. El autor va distinguiendo sucesivamente:

A) DECLARACION DE DIVORCIO VINCULAR POR JUECES NACIONALES ESPAÑOLES

a) *Matrimonio de españoles.*—Es tan claro que es absolutamente imposible tal declaración, que ni siquiera se ha pretendido vez alguna.

b) *Matrimonio de extranjeros.*—No admitida por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1970, y anteriormente, por la de 23 de febrero de 1944.

c) *Matrimonio entre extranjero y nacional.*—Es absolutamente prohibida por las mismas razones de orden público. Si en este caso hubiese sido dictada sentencia de divorcio en el extranjero y el cónyuge español quisiera obtener el divorcio en España, lo único que los Tribunales canónicos o civiles podrían decretar sería la separación perpetua de cuerpos o la conversión de la sentencia extranjera de divorcio en sentencia de separación, y esta solución, a juicio de NAVARRO VALLS, sería técnicamente muy discutible.

B) SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO

1.º EFECTOS DIRECTOS

El efecto directo material más importante de la sentencia de divorcio es extinguir íntegramente el complejo de derechos y de deberes fundamentales que estructuran la situación jurídica matrimonial, y cuya extinción produce la primordial consecuencia de liberar a las partes del vínculo conyugal, con posibilidad de nuevo matrimonio de cualquiera de ellos con tercera persona.

Nuestro sistema de separación de cuerpos suprime simplemente el deber de cohabitación y sustituye el de socorro mutuo por la prestación de alimentos, pero mantiene intactos el vínculo y el deber de fidelidad.

Es claro que, por principio, no pueden admitir nuestros Tribunales el reconocimiento del efecto directo de disolución del vínculo y nuevo matrimonio. Ahora bien, pueden admitirse las siguientes hipótesis:

a) *Nuevas nupcias de nacionales divorciados en el extranjero.*—En el Derecho comparado existe la posibilidad de admitir esta especie de divorcio aun en contra de la ley nacional prohibitiva del mismo, tendencia observable no sólo en los países del *common law*, sino también en otros tradicionalmente respetuosos del estatuto personal, y en este sentido se citan la sentencia Miralles, del Tribunal de Apelación de Argel; la sentencia Bisbal, de la Corte de Casación francesa de 12 de marzo de 1959, en favor de la ley del domicilio, y en Bélgica, la Ley de 27 de junio de 1960. En nuestro país, sin embargo, es absoluta la inadmisibilidad de estos divorcios (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1962, 25 de septiembre de 1963 y 23 de octubre de 1965, y anteriormente, la de 12 de marzo de 1942).

b) *Nuevas nupcias en España de extranjeros divorciados con arreglo a su ley nacional.*—Pretensiones de esta índole han sido frecuentemente presentadas ante los jueces españoles, a diferencia de las anteriores, tal vez porque se entendía que la excepción de orden público atenuaría en estos casos su intensidad; sin embargo, nuestra jurisprudencia ha seguido considerando tales pretensiones absolutamente opuestas al orden público: sólo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre de 1930 admitió su posibilidad, luego reiteradamente denegada (15 de febrero de 1941, 10 de enero de 1949, 26 de marzo de 1951, 3 de octubre de 1952, 10 de agosto de 1961 y 23 de abril de 1970), «por rozar el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse de orden público». Se explican los distintos supuestos de hecho de las referidas sentencias.

La doctrina, en cambio, no es unánime en esta cuestión, y algunos, como PERE RALUY y MEDINA ORTEGA, abogan por la posibilidad de que se admitan tales divorcios.

c) *Nuevas nupcias en el extranjero de nacionales con divorciados extranjeros.*—Tampoco son admisibles en nuestro Derecho (sentencias de 12 de marzo de 1944 y 29 de mayo de 1970) por el doble motivo de orden público, origen extraterritorial y afectación a un nacional.

Una interesante desviación de esta doctrina es la sentada por la resolución de 27 de junio de 1969 sobre consulta de inscribibilidad de un matrimonio de súbdito español, celebrado en forma civil alemana, con una alemana divorciada de anterior matrimonio civil, siendo ambos contrayentes aconfesionales: la Dirección afirmó su validez, pero haciendo constar la no validez en el supuesto de que el divorcio vincular de la alemana se hubiese referido a un matrimonio canónico.

2.º EFECTOS INDIRECTOS Y REFLEJOS

a) *En materia de filiación.*—De acuerdo con las tendencias favorables a la equiparación de filiaciones se admite un claro efecto reflejo de las sentencias extranjeras de divorcio, declarándose naturales los hijos habidos por divorciados extranjeros con solteros, aunque sean españoles (resoluciones de 23 de abril de 1970 y 7 de agosto de 1970). Se comenta también la de 25 de enero de 1969 sobre naturaleza del hijo habido, con posterioridad al divorcio, por divorciado con arreglo a la ley republicana, y las de 3 de marzo de 1944 y 12 de enero de 1963 sobre la legitimidad de los hijos putativos del artículo 69 del Código civil.

b) *En limitaciones de obrar de la mujer casada.*—No conociéndose sentencias o resoluciones en la materia, el autor aborda la cuestión doctrinalmente y se muestra, tras analizar en términos generales la limitación

de obrar de la mujer por razón de matrimonio y los supuestos de separación de derecho y de hecho, claramente partidario de atribuir plena eficacia a la sentencia extranjera de divorcio a efectos de liberar a la mujer de la *auctoritas* marital, pero no por el medio, tan discutible procesalmente, de convertir a dicha sentencia extranjera en separación de cuerpos y bienes, sino por el puro y simple medio de considerar a la sentencia extranjera como una cuestión de hecho, posibilidad favorecida por la corriente doctrinal en pro de la mujer en general, y en los supuestos de separación de hecho en particular.

c) *Efectos reflejos en la nacionalidad.*—La resolución de 26 de marzo de 1951 asimiló la sentencia extranjera de divorcio vincular a un supuesto de disolución, a los efectos del artículo 22, anterior a la Ley de 15 de julio de 1954, actualmente artículo 25, admitiendo la posibilidad de que la mujer española de origen divorciada en el extranjero recupere la nacionalidad española, posibilidad plenamente apoyada por NAVARRO VALLS, si bien discrepa de la ortodoxia técnica de tal asimilación.

d) *Delitos contra el estado civil de las personas.*—Los delitos de bigamia (art. 471 del Código penal) y de matrimonio celebrado bajo impedimento dirimente no dispensable (art. 472), cuya punición completan los artículos 478 del Código penal, respecto del Juez autorizante, y 333 y 335 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, respecto de su ámbito, pueden declararse inexistentes si existe una previa sentencia extranjera de divorcio (así, la resolución de 7 de abril de 1915) o atenuarse (esto, a juicio del autor, y doctrinal, aplicando simplemente el art. 565 y el juego del art. 61, 4.º, del Código penal).

e) *Efectos en el régimen económico matrimonial.*—La sentencia de 13 de marzo de 1969 admitió la disolución de la sociedad de gananciales, como efectos secundarios de una sentencia extranjera de divorcio. Y también la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 21 de julio de 1956.

f) *En alteraciones del estado civil.*—Junto a los estados civiles comúnmente admitidos de soltero, casado, viudo, bínubo y separado legalmente, PÉREZ RALUY entiende como admisible en nuestra legislación el de divorciado, ya que hay divorciados españoles según la Ley de 1932, también según la excepción canónica del privilegio paulino y del petrino y, además, pueden válidamente divorciarse también los saharauis indígenas según su legislación canónica. Para el autor resulta, sin embargo, desmesurado hablar de un estado de divorciado en nuestro Derecho.

Pero centrado el tema en la situación del divorciado en virtud de sentencia extranjera, nuestra jurisprudencia habla de considerarle como «no casado» a efectos indirectos, siendo claro que no puede considerarse tal situación como un estado civil de divorciado, sino de casado, dada la naturaleza inescindible y absoluta que la noción de estado civil comporta.

g) *En materia de sucesiones.*—En contra de la sentencia de 12 de marzo de 1942, la de 13 de marzo de 1969 concedió el efecto de suspender los derechos sucesorios del cónyuge viudo previamente declarado divorciado en el extranjero.

Y de todas formas, el divorcio vincular obtenido en el extranjero por un cónyuge puede servir de prueba de abandono del hogar a efectos de desheredación, según el artículo 855 y su remisión al 105 del Código civil.

CAPÍTULO TERCERO

La indisolubilidad del matrimonio canónico y la sentencia extranjera de divorcio

A) LA INDISOLUBILIDAD

a) *Es una propiedad natural de todo matrimonio.*—Se proporciona una panorámica de argumentos sociológicos, éticos, jurídicos, de Derecho natural, civil y canónico, y religiosos en favor de este principio, que persigue el bien de los propios esposos, de la prole y de la sociedad en general.

b) *En el matrimonio entre cristianos, la indisolubilidad (canon 1.012 al 1.018 del Codex) se refuerza especialmente por las siguientes notas:*

- *Sacramentalidad:* Tal y como se enuncia en el canon 1.012 del Codex, producto de una triple aportación, la de patristica, que sentó las bases morales de dicha nota; la de escolástica, que pensó sus fundamentos teológicos, y la de los decretistas y decretalistas, que aportaron los esquemas jurídicos.
- *Consumación:* Que es la que presta a la indisolubilidad la plenitud de su firmeza y es base de la distinción entre matrimonio natural, rato y rato y consumado.

Se exponen las doctrinas canonistas «revisionistas» del principio de indisolubilidad del matrimonio rato y consumado, singularmente la de BERNHARD, con base en GERHARTZ, para quien el concepto de «consumación» no se reduce a la estrictamente carnal, sino que se finaliza por la consecución de una comunidad profunda «existencial y en la fe». Y se contraponen las más recientes posiciones doctrinales en la materia, plenamente favorables a la indisolubilidad (SOUTO, SALDÓN, RINCÓN, TEJERO, CLOUCET, NAVARRETE, GERPE, SANTOS ABRIL y el proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, que en su canon 72, 2.º, reafirma dicho principio).

Aquellas doctrinas revisionistas adolecen de un defecto de base: intentar construir el principio desde un prisma exclusivamente sociológico, cuando en realidad la técnica sociológica lo único que nos indicará es cómo, de hecho, viven los casados de un determinado modo social sus compromisos matrimoniales, nunca cómo es el matrimonio en sí mismo (SOUTO).

c) *Excepciones al principio de indisolubilidad:*

1.ª Disolución del matrimonio rato no consumado por ejercicio por el Sumo Pontífice de la potestad vicaria (cánones 1.118 y 1.119); potestad si bien no muy explicada en cuanto a su *rato*, sí clara en cuanto a su modo y frecuentemente utilizada.

Supuesta la inconsumación, los casos contemplados en el canon 1.119 son dos: uno, la disolución por profesión solemne religiosa (se comenta este concepto de profesión religiosa), y otro, por dispensa de la Sede Apostólica, previa justa causa (Decreto *Catholica Doctrina*) (se comentan los conceptos justa causa y su tramitación y efectos). Citas bibliográficas abundantes.

2.ª Disolución del matrimonio legítimo consumado (que carece de sacramentalidad):

Cabe la disolución en virtud de los dos privilegios, paulino y petrino, en

base al denominado «favor *fidei*», concepto poco definido, que NAVARRO VALLS analiza.

El privilegio paulino, que tiene su origen en la *Carta a los Corintios*, VII, I, 12, 15, viene sancionado por el canon 1.120, que dispone: «El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino.»

El privilegio se estudia con relativo detenimiento, prefiriendo el autor seguir a LÓPEZ ALARCÓN, para el que son tres los requisitos que deben concurrir: 1) matrimonio entre infieles, 2) bautismo de uno de ellos y 3) separación del infiel, extremos todos que se analizan meticulosamente.

El privilegio petrino, llamado así por HALSTEIN, porque dimana de la potestad de las llaves concedida por Jesucristo al apóstol Pedro, tiene su origen en diversas constituciones pontificias (*Altitudo*, de Pablo III, de 1537; *Romani Pontificis*, de Pío V, de 1571, y *Populis*, de Gregorio XIII, de 1585), que han fundamentado la *praxis* papal de disolver matrimonios contraídos entre una persona bautizada y otra que no lo está, y también entre dos infieles, sin concurrir las circunstancias del privilegio paulino (infieles polígamos que no recuerdan cuál fue su primera mujer, infieles separados por las circunstancias de sus esposas sin que puedan comunicar con ellas, infiel con acatólico bautizado, infiel y cónyuge católico casados con dispensa del impedimento de disparidad de cultos...).

B) LA INDISOLUBILIDAD Y LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO CANONICO

ESMEIN señala tres etapas por las que ha pasado la competencia de la Iglesia sobre las causas matrimoniales entre bautizados: una, primitiva, de coexistencia con el derecho secular; otra, segunda, en la que la legislación canónica desplaza a la secular (se inicia en el siglo X), atribuyendo a su competencia las cuestiones sobre existencia o inexistencia, validez o invalidez, separación de cuerpos, separación de bienes, relaciones pecuniarias entre los cónyuges, de legitimidad de los hijos y delitos de adulterio, bigamia, amancebamiento..., estando, en resumen, el Derecho de familia dominado por la Iglesia, y, por fin, otra, tercera, etapa se esboza ya en el siglo XIII, en la Escolástica, y se precipita tras la doctrina antisacramentaria de LUTERO, desde la Ley holandesa de 1580 hasta la Revolución francesa) de secularización.

Se estudia esa evolución hasta llegar a la formulación del canon 1.016 del *Codex*: «El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.» A raíz de este precepto se comenta la doctrina de los efectos separables del matrimonio (dote, donaciones nupciales, derechos sucesorios, bienes y privilegios civiles, etc....).

Y se examinan, antes de abordar el tema en el Derecho español, diversos concordatos no vigentes (Austria, 1853; Wurtemberg, 1857, y Yugoslavia, 1936) o vigentes (República Dominicana, 1954, y Portugal, 1940), en los que la Iglesia ha renunciado en ocasiones a su competencia sobre algunos efectos *naturalmente* inseparables del matrimonio canónico, pero no esencialmente inseparables (derechos y deberes de los cónyuges, régimen de filiación legítima, ciertos derechos dimanantes de la patria potestad), y a las causas de separación, que vienen atribuidas a la jurisdicción civil en la mayoría de los concordatos, salvaguardando siempre la competencia de lo esencial: la indisolubilidad del vínculo.

Mención aparte merece el análisis de la cuestión en el Concordato italiano y la Ley Fortuna-Baslini, que se hace cuasimonográficamente (páginas 194 a 214), con abundante precisión legislativa, jurisprudencial, inter-

pretativa y doctrinal. Como breve resumen de su contenido diremos que se desmenuza la exposición de los Pactos de Letrán de 1929, el artículo 34 del Concordato y el artículo 7 de la Constitución italiana; la gestación y promulgación de la Ley Fortuna-Baslini de 1 de diciembre de 1970; las interpretaciones de la doctrina italiana sobre el artículo 34 en relación con la indisolubilidad del matrimonio, en las dos direcciones de que la Ley Fortuna incumple o no el Concordato y la Constitución; interpretaciones y notas del Gobierno italiano y de la Corte Constitucional italiana, e interpretación de la Santa Sede.

En dicha última referida interpretación se hace la más reciente y expresa enumeración de los efectos meramente civiles del matrimonio canónico: la determinación de los derechos y deberes de los cónyuges, la filiación, los derechos de los padres para con los hijos y viceversa, el parentesco y las relaciones patrimoniales.

C) EL ORDEN CANONICO MATRIMONIAL Y EL DERECHO ESPAÑOL

NAVARRO VALLS dedica previamente unas interesantes páginas al examen de las figuras del Derecho internacional del reenvío material, del reenvío formal, de la recepción, del presupuesto y de la eliminación de obstáculos—todo ello en presencia de la más distinguida doctrina italiana, SANTI ROMANO, VASALLI, CARUSI...—y su posible aplicación al Derecho canónico. Son interesantes las teorías que fundamentan la aplicación del referido Derecho en lo civil, en virtud de la libertad religiosa, y también la del reenvío mediato, de GRASSI.

Tras una breve reseña histórica desde el siglo XVI, con alusión a la polémica entre SÁNCHEZ ROMÁN Y FUENMAYOR y la Constitución de 1869, hasta la Reforma de 1958 y el Concordato de 1953, se examina el Derecho vigente y, en concreto, los artículos 42, 75, 76 y 80 del Código civil.

La recepción del Derecho canónico se intenta explicar doctrinalmente de formas diversas, que se inspiran en las italianas antes citadas: después de la Reforma de 1958, la mayoría de los autores se deciden por la tesis del reenvío formal, que se produce cuando el ordenamiento jurídico remitente, aun tratándose de una materia que él mismo podría regular, quiere limitar su competencia legislativa excluyendo la materia misma de aquellas que constituyen el objeto de la propia competencia y reconociéndola a otra entidad originaria, de modo que las normas de esta última vengán a adquirir alguna eficacia para el propio ordenamiento no como normas suyas, sino como leyes extrañas a él.

El autor, que tiene la elegancia de confesar que en su precedente monografía, sobre *La licencia en la enajenación canónica y el Derecho español*, publicada en «*Ius Canonicum*», 1970, páginas 364 y siguientes, defendió erróneamente la tesis de la recepción en bloque, se muestra partidario de la tesis del reenvío mediato o personal, según la que son los actos jurídicos, no las normas, de los ciudadanos realizados en el seno del Derecho canónico, los que son incorporados con eficacia civil en el ordenamiento estatal, según el artículo 76, en relación con el 42, del Código civil, «incorporación que se produce con todos los caracteres esenciales que al tipo negocial válidamente concluido según las normas eclesiásticas le son propias, lo que hace posible y explica el porqué de las posibles discordancias civil-canónicas que se observan en nuestro sistema matrimonial, a la vez que justifica la regulación por el Estado de aquellos efectos derivados del acto negocial canónico que no supongan caracteres esenciales del mismo».

Estos límites de operatividad del ordenamiento canónico en el civil se estudian a continuación, como previos a la comprensión de la posible pro-

ducción de efectos indirectos de la sentencia extranjera de divorcio de matrimonios canónicos.

1) *Límites en la regulación eclesiástica de los efectos civiles del matrimonio.*—Tras un examen de la distinción consagrada entre matrimonio *in fieri*, de exclusiva competencia de la Iglesia, y matrimonio *in facto esse*, siguiendo a LÓPEZ ALARCÓN, y de los elementos que integran el segundo, a saber, vínculo, situación jurídica de múltiple y variado contenido y cohabitación, de los cuales sólo el primero se reserva la Iglesia por principio, se examina el desarrollo positivo de los efectos *mere civilis* en nuestro Código (cap. I, tit. IV, del libro I, referente a disposiciones generales, y el tit. V del libro I, referente a filiación, etc...), sobre la base de la garantía que la Iglesia recibe del Estado al reconocer éste sus normas peculiares acerca de la validez del matrimonio canónico y sus propiedades esenciales perfiladas en el matrimonio *in fieri* y en el vínculo que sustenta el matrimonio *in facto esse*: aquélla autolimita su originaria competencia sobre ciertos efectos civiles de carácter secundario en la mente de la Santa Sede en el momento del Concordato.

2) *Límites derivados del principio de tolerancia y libertad religiosas: el matrimonio civil de apóstatas.*—Si bien los matrimonios de apóstatas no son considerados como legítimos por el *Codex*, en nuestro ordenamiento han sido posibilitados por la reforma del artículo 245 del Reglamento del Registro Civil introducida por el Decreto de 22 de marzo de 1969, en aplicación de lo preceptuado por la Ley de 29 de junio de 1967 sobre el ejercicio del derecho civil de la libertad en materia religiosa.

Esta reforma, atacada por PERE RALUY, ha sido explicada por diversas posturas doctrinales que se estudian, destacando la que encuentra su fundamento en el propio Vaticano II.

3) *Límites del artículo 51 del Código civil.*—Sin necesidad de recurrir a los supuestos de divorcio derivados de la Ley de 1932, en el sistema actual cabe, según NAVARRO VALLS, que un ciudadano español, previa declaración de no profesión de la religión católica, contraiga matrimonio civil y posteriormente otro canónico dado el carácter de simple concubinato que dicha unión primera tiene para la Iglesia católica: surge entonces una clara incompatibilidad entre los artículos 75 y 76 del Código civil, por una parte, y el artículo 51 del mismo, por otra, pues si bien los dos primeros reciben la legislación de la Iglesia, el segundo implica la consideración del matrimonio canónico celebrado en segundo término como una especie de bigamia, careciendo totalmente de validez y de eficacia.

El autor expone la teoría de LALAGUNA intentando coordinar ambos preceptos sobre la base de una doble distinción entre validez y eficacia, y dentro de ésta, entre una eficacia actual (matrimonio inscrito) y otra eficacia virtual (matrimonio canónico): el artículo 51 se refiere a la eficacia actual; el 75, a la virtual, que se «actualizará» a la disolución del matrimonio civil primeramente celebrado, admitiendo incluso la posibilidad de que los hijos del segundo matrimonio sean llamados a la sucesión intestada del cónyuge bínubo (postura que nos parece un tanto desorbitada).

D) SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO VINCULAR SOBRE MATRIMONIOS CANÓNICOS

Antes de ver cómo el orden público juega reforzadamente en el matrimonio canónico y, por tanto, cómo la posibilidad de admisión de efectos indirectos de las sentencias extranjeras de divorcio vincular de matrimonio canónico necesita una especial justificación, NAVARRO VALLS analiza críti-

camente las pocas opiniones doctrinales favorables, en España, a la introducción del divorcio, opiniones que son escasas y propuestas incidentalmente y como de pasada, «adoleciendo de falta de previsión de las consecuencias de futuro que su aceptación podría acarrear en el terreno de la dinámica jurídica, sobre todo tratándose de un instituto tan sumamente delicado como es el divorcio, al que con razón se ha calificado de 'experimento sin retorno'».

Entre dichas opiniones se estudian la de PORTERO, que entiende como fórmula más viable, en congruencia con la deseable *libertas Ecclesiae* del Vaticano II, la total inadmisibilidad del divorcio, el reconocimiento del derecho al mismo para los que hayan contraído matrimonio civil y el respeto de la legislación de cada confesión religiosa sobre disolución del vínculo, y la de ALEMANY, que piensa que nuestra ley civil debe admitir y regular el divorcio en lo que al matrimonio civil concierne, aunque restringido a unas causas muy determinadas, y que la separación de cuerpos, de la clase que sea, por mutuo consentimiento o contenciosa, pueda ser convertida en divorcio una vez transcurrido cierto tiempo, debiendo continuar siendo indisoluble el matrimonio canónico, que podrá contraerse facultativamente por los ciudadanos.

NAVARRO VALLS argumenta en contra adecuadamente: así, contra PORTERO, que no se puede admitir la identificación entre «creencia» y «derecho»; que su tesis, de ser admitida, podría dar lugar a una clara posibilidad de fraude de la ley a través del cambio de religiones, amén de la distorsión de todo nuestro Derecho de familia y de la conculcación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, ya que los católicos no podrían divorciarse, y frente a ALEMANY, que difícilmente una ley de divorcio no acaba en costumbre. Todo ello en presencia de la mejor doctrina, tanto nacional como extranjera, siendo muy interesantes las notas en cuanto a Inglaterra, Italia, Rusia y Rumania.

Centrado el tema en las sentencias extranjeras de divorcio, el autor refuerza la imposibilidad de declaración en España de divorcio sobre matrimonios canónicos y la inadmisibilidad de efectos directos de aquellas sentencias extranjeras afectantes a dichos matrimonios, poniendo de relieve el diferente juego del concepto de orden público en lo civil y en lo eclesiástico: en lo civil, el concepto aparece como esencialmente político, humano y contingente, susceptible por su propia naturaleza de variación y transformación no solamente de Estado a Estado, sino también dentro de una misma unidad nacional en distintos momentos de su historia; para el Derecho canónico, por el contrario, el concepto adquiere matices esencialmente dogmáticos, inmutables y sobrenaturales, sin posibilidad de variación histórica. El orden público civil es modelable por los Tribunales y no así el canónico, en el que aparece como un límite definido en la labor creadora del Derecho. El orden público civil, según FINOCCHIARO, lleva directamente al mantenimiento de la unidad familiar y la defensa de su estabilidad; por el contrario, el orden público canónico se dirige directamente al mantenimiento de la validez del vínculo, y tan sólo a través de esta vía, indirectamente, a la defensa de aquellos otros fines.

Se produce, pues, un «reforzamiento» del orden público, que se analiza con detenimiento en presencia de la jurisprudencia (resoluciones de 27 de junio de 1969 y 23 de abril de 1970) y de la ley (art. 2 de la Ley de 28 de junio de 1967).

Y el autor examina otras hipótesis, como si pueden los Tribunales civiles estudiar no ya la petición de divorcio vincular, sino la mera demanda de *exequatur* de sentencia extranjera de divorcio de matrimonio canónico, o deben inhibirse en favor de la jurisdicción eclesiástica, cuestión interesante, sobre todo teniendo en cuenta que el Derecho canónico no prevé un específico procedimiento de control de las sentencias civiles cuya ejecución eclesiástica se pretenda.

Y en cuanto a los efectos indirectos *mere civilis*, tales como los referentes a filiación, nacionalidad, régimen económico matrimonial y sucesorio, consecuencias penales derivadas de la comisión de delitos contra el estado civil de las personas, etc., que vimos admitía nuestra jurisprudencia civil como dimanantes de las sentencias extranjeras de divorcio, NAVARRO busca la especial justificación que su admisibilidad en el campo del Derecho canónico precisa, y pretende explicar la contradicción que su admisión por los Tribunales civiles implica respecto de la eficacia absoluta del matrimonio canónico reconocida por la recepción de aquél en nuestro Derecho, en presencia de las sentencias de 23 de abril de 1970 y las tesis doctrinales de LÓPEZ ALARCÓN y, sobre todo, de LALAGUNA respecto de «ineficacia relativa», y más personalmente, en la teoría elaborada por los internacionistas sobre el efecto atenuado del orden público, y profundizando aún más en los conceptos de validez y eficacia concluye, *a sensu contrario*, que así como cabe que el matrimonio putativo, de construcción canonista, aun siendo inválido produzca una eficacia en los supuestos de buena fe, a la inversa, es posible que el matrimonio canónico, aunque válido, produzca una relación limitadamente ineficaz.

El libro, de 267 páginas, en la buena imprenta de Editorial Montecorvo, concluye con un interesante índice de autores.

GERARDO MURIEDAS

RUBIO Y GARCÍA MINA, J.: *Derecho cambiario*. Madrid, 1973.

En la segura, original e inteligente producción jurídica de Jesús RUBIO, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y hombre que tuvo su momento político al frente del difícil Ministerio de Educación Nacional (hoy también Ministerio de Ciencia), creo que éste es el tercer libro que traigo anotado para su recensión. Se trata de un estudio independiente de los otros, pero inevitablemente vinculado a eso que en su día constituirá su obra total sobre el Derecho mercantil.

La materia, el enfoque original de la misma y el hecho de haber sufrido ciertas modificaciones parte de los temas afrontados, hace de la publicación, que casi alcanza las 400 páginas, un tema candente y que exigía estudios especiales por los que están en las grandes cimas de este Derecho tan especializado.

A mí, singularmente, el tema me sigue atrayendo lo mismo que en mis años mozos de Universidad, donde a las sorpresas romanas del préstamo *ad pompam vel ostentationem*, se unían las civiles de la enfiteusis, los estados de necesidad procedentes del campo penal, la incipiente terminología administrativa sobre los bienes «demaniales», las declinatorias e inhibitorias procesales, y todo ello culminaba, en el plan universitario entonces vigente, con el estudio del Derecho Mercantil, y especialmente con la letra de cambio, en la que era difícilísimo descubrir la razón de aquella fórmula ritual de que «se servirá usted pagar por esta *primera* de cambio no habiéndolo hecho por la *segunda* ni *tercera*...».

Con el tiempo fui descubriendo lo de las primeras, segundas y terceras, y necesariamente tuve que penetrar en ese mundo mágico de los títulos-valores y de la temible amenaza que supone el acto formalista del protesto. Si alguna duda me quedaba, este libro que comento me la ha solucionado, al tiempo que me ha servido para fijar ideas y repasar conocimientos.

La estructura a que responde la exposición de la materia es la de exponer en una introducción extensa la teoría general de los títulos valores, para luego en diez capítulos ir desarrollando el minucioso estudio de la letra de cambio a través de su evolución, su concepto, los créditos documentados, la aceptación, la forma de la letra, los medios legales para su circulación, el aval, el pago, el protesto y el regreso cambiario. Todo ello viene completado por un índice de textos legales, otro de jurisprudencia y un índice sistemático, que ayudan al lector en el manejo del libro. Con el respeto acostumbrado en estas recensiones vamos a limitarnos a seguir este itinerario marcado por el autor:

I. *Introducción*.—Como ya hemos apuntado, esta primera parte de la obra se destina al examen de lo que la técnica moderna denomina títulos-valores, cuyos ejes de justificación existencial están en la producción y la distribución de bienes, apoyándose la última en la circulación de los mismos. Para facilitar y asegurar esa circulación de los derechos de crédito se crea el título valor, cuya representación documental ofrece, respecto de la tradición en materia de bienes muebles, las ventajas de representar un sistema mucho más preciso e identificador.

Aparte del problema de la legitimación, que, como consecuencia de la creación del título-valor, se basa en una presunción de titularidad, examina el autor la nota más discutida de esta figura: la incorporación del Derecho al título. Expone las teorías de la mera detentación (SIEGEL), la de la posesión de mala fe (KUNTZE), la de la posesión de buena fe (GRUNHUT, JACOBI) y la teoría de la propiedad (GOLDSCHMIDT), concluyendo que es preciso rechazar la consideración del derecho de crédito documentado (incorporado) en un título-valor como derecho *propter rem*. La obligación *propter rem* se concibe como una obligación accesorio para completar, en ciertos casos particulares, el ejercicio socialmente más adecuado de un derecho real. En cambio, el título-valor existe para facilitar el ejercicio y la circulación de un derecho de crédito y, como en otros documentos, verbigracia, la escritura pública, identificar a su poseedor, servir como medio privilegiado de prueba y asegurar su realización.

Considera, por todo ello, el autor que sería preferible sustituir el término «incorporación» por el de *documentación*, ya que así se evitan los excesos que derivan del empleo equivoco de la metáfora y nos coloca en el camino, más estudiado y conocido, del Derecho común de la documentación de las relaciones privadas. Particular importancia tiene el examen de la calificación, que hace como «acto jurídico» de la documentación y de la obligación cartular en cuanto a su naturaleza, que pretende ser solucionada a través de las teorías contractuales o las unilaterales, las cuales se apoyan en la distinción entre el negocio fundamental, del cual nace el crédito que se documenta en el título-valor, y el negocio cartáceo, el que resulta de la documentación en el título. Para el autor existe una identidad de las obligaciones causal y cartular, lo cual lleva consigo negar la distinción entre un negocio causal y otro abstracto y la innecesidad de buscar una causa para el negocio cartular.

Destaca la poca precisión doctrinal en torno a la clasificación de la doctrina dominante, calificando las existentes como realmente insuficientes para comprender las diferentes variedades de títulos-valores. Sin perjuicio de destacar cómo en las últimas direcciones doctrinales se atiende a la distinción entre títulos de crédito o títulos-valores propiamente dichos, títulos de legitimación y contraseñas de legitimación, adopta aquella otra que se basa en una distinción apoyada en un doble aspecto esencial: por el sistema de legitimación, que afecta al aspecto activo del título-valor, y por la naturaleza de la obligación documentada, en relación con el aspecto pasivo.

Fundamentalmente, el estudio amplio recae sobre las tres conocidas clases de títulos: nominativos, a la orden y al portador, aparte de la distinción entre los títulos según la naturaleza del Derecho que documentan, los títulos de participación y los títulos en serie y los aislados. Debe ser un reto para el autor el estudio y encuadramiento sistemático de las nuevas figuras de «fondos de inversión inmobiliaria», tan necesitadas de regulación.

II. *Evolución histórica de la letra de cambio.*—A tres ciclos evolutivos o tres etapas de un ciclo de evolución simplifica el autor la materia. Sin perjuicio de hacer una serie de citas históricas—procedentes de los siglos XII y XIII—, es lo cierto que el origen seguro de la letra de cambio hay que situarlo en los siglos de la Baja Edad Media, cuando la incipiente economía capitalista aparece en la Europa occidental transformando las viejas estructuras agrarias y feudales.

Partiendo de esa idea primigenia va recorriendo las tres etapas dichas: el origen y su desarrollo, la etapa renacentista y moderna y la ciencia cambiaria y las Ordenanzas alemanas del siglo XIX. En esta trayectoria evolutiva va desmenuzando los temas del primitivo cambio manual y luego el trayecticio, el mecanismo de los pagos públicos, la documentación privada y los personajes de la letra de cambio, para luego pasar a la época de las ferias, los bancos, la usura, los requisitos de la provisión y aceptación, el mecanismo circulatorio del endoso, el protesto y la protección jurídica. En la última etapa destaca la aportación del «Derecho cambiario» de EINERT, la influencia que el mismo tiene en la Ordenanza de 1848, el Derecho cambiario alemán y la letra en la codificación francesa y española, terminando con el proceso unificador.

III. *Concepto y naturaleza. Excepciones.*—Respondiendo a la idea ya expuesta de la inexistencia de dos negocios, estima que no hay más que un solo contrato, el llamado por la doctrina negocio fundamental y un modo especial de circulación y tutela de ese crédito, consecuencia de haberse documentado en una letra de cambio. La letra de cambio está, desde el punto de vista estructural y de modo íntimamente ligado a la función de transmisión de créditos, articulada como una orden o autorización de pago, que puede asimilarse a la figura tradicional de la *delegación*.

Solucionada de esta forma la naturaleza y el concepto, entran en estudio las excepciones—aparte de examinar con anterioridad los vicios del consentimiento y la declaración cambiaria hecha por medio de otro—, que expone distinguiendo las que juegan entre partes y las que pueden oponerse frente a terceros, así como la posición del aceptante, la caducidad, la prescripción y los actos interruptivos.

IV. *Los créditos documentados.*—La estructura de la letra de cambio afecta a la documentación de dos créditos: el del tomador contra el librador, la valuta, y el del librador contra el librado, la provisión. Estas dos materias son examinadas por el autor. Si en el primer caso lo importante pueden ser los tipos de la cláusula, en el segundo se destaca la naturaleza de la provisión y las consecuencias que se derivan de su existencia, de su prueba y de los efectos. Se concluye el examen con el problema de la letra de favor.

V. *La aceptación.*—La letra—dice el autor—está concebida para documentar el crédito contra el librado, pero esto no ocurre hasta que suscribe el título, hasta el momento en que se convierte en aceptante. El rigor cambiario tiende a recaer técnicamente sobre el aceptante, como deudor regular de la letra. En cierto modo, se estima que los demás firmantes vienen a servir (entendida en términos amplios) una función de garantía.

De ahí que, en función de la aceptación, se estudien los requisitos de tiempo y forma que la misma debe contener, así como la clasificación de las letras por el carácter voluntario u obligatorio de su presentación. Con los efectos de la aceptación culmina este capítulo.

VI. *La forma de la letra de cambio.*—La naturaleza de la letra de cambio radia en su documentación, dotada de una doble consecuencia o característica: la jurídico-material de servir de índice de publicidad en el tráfico, y la jurídico-procesal de utilizarse como prueba preconstituida dotada de privilegio procesal ejecutivo.

Es claro que en esta materia se recorra la escala de todas y cada una de las circunstancias que debe reunir en sus exigencias legales y los problemas que presentan las letras en blanco e incompletas, la falsedad cambiaria y sus excepciones y la técnica de duplicados y copias, que hace comprender esa mención de primeras, segundas y terceras...

VII. *La circulación de la letra. El endoso.*—El endoso, para el autor, significa la sustitución en el *jussum* de la persona del endosante por la del endosatario. Es un acto de documentación. Acto de documentación que, unido a la entrega de la letra, constituye el sistema de legitimación para la circulación del título.

Configurado así el endoso se van estudiando cada uno de sus requisitos en relación con los elementos que entran en juego, la cláusula valor, la fórmula y la fecha, para luego recorrer los cuatro puntos cardinales que, como problemas tradicionales, se han planteado: el endoso en blanco, endoso sin mi responsabilidad, endoso a personas que figuran en la letra (de retorno y al aceptante) y la transmisión del crédito cambiario sin endoso.

VIII. *El aval.*—Además de los efectos de garantía genérica propios de la circulación cambiaria, puede recibir la letra la promesa de una o más personas que se comprometan a pagar, no ya como endosante o librador si otro obligado no paga, sino en lugar de otro obligado si el titular lo prefiere. En relación con esta figura se estudian sus antecedentes y los dos problemas cruciales que ofrece: la naturaleza y la forma.

Respecto de la naturaleza expone la doctrina tradicional (que supone un afianzamiento especial de índole cambiaria, pero de naturaleza accesorio y limitable dentro del género mercantil ordinario), la doctrina de la autonomía (en la que el avalista se obliga no al pago del avalado, sino de la letra) y la tesis de GARRIGUES como obligación accesorio.

En la forma se destacan los requisitos, el problema del aval en documento separado, el aval solidario, pluralidad de avales y efectos fundamentales que el mismo produce.

XIX. *El pago de la letra.*—El derecho de crédito, comienza por decir el autor, que la letra de cambio supone, tiene como finalidad última su realización: conseguir la prestación del deudor. Esa actividad limitativa del derecho real sobre el bien en favor del acreedor se produce aquí por el pago de la letra. Su valor económico descansa en la efectividad de la prestación; su valor jurídico, en su aptitud para facilitar y asegurar el pago.

Estructuralmente, la materia se escinde en el examen de los elementos de tiempo, lugar y persona que presentan; los elementos que entran en juego en el pago de la letra, tanto personales como temporales; objetivos y efectos que produce, y el problema de la renovación de la letra.

X. *El protesto.*—El protesto es una «carga» del tomador para la efectividad de sus ulteriores derechos o una especie de *conditio iuris*. El pro-

testo es un acto civil, no procesal. Es decir, no un acto encaminado a promover una actuación jurisdiccional, sino un presupuesto para el ejercicio de la acción cambiaria.

Recogiendo la reforma efectuada sobre este punto por la Ley de 22 de junio de 1967 y las diferentes clases, supuestos, diligencias, requisitos y efectos, expone la materia, que culmina con el estudio de la intervención y sus efectos.

XI. *El regreso*.—La función jurídica del regreso no significa más que la realización de las garantías asumidas por los firmantes del documento. Es una especie de manifestación de solidaridad cambiaria.

Brevemente se estudian las clases de regreso: por falta de aceptación y pago, los modos de ejercicio de la acción en forma judicial y extrajudicial, así como la letra de resaca y los problemas de la insolvencia y la quiebra.

Hemos omitido al comienzo que cada uno de los capítulos que hemos ido enumerando llevan una bibliografía al estilo de otras publicaciones del autor, y en la que se recogen no sólo las últimas novedades españolas sobre la materia, sino las obras puntales del Derecho extranjero.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ