

ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO



Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil Emérito
de la Universidad de Zaragoza

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2010

Título: Estudios de Derecho comparado

Autor: Gabriel García Cantero

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 15-10

I.S.B.N.: 978-84-92606-13-9

Imprime: Cometa, S.A.

A la memoria de mi Maestro Don Ignacio Serrano y Serrano (q.e.p.d.), Ex-Rector y Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, a quien debo, además, muy especialmente, que suscitara eficazmente en mí el interés por el Derecho comparado.

En profundo reconocimiento.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	9
A MODO DE INTRODUCCIÓN	11
A) PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO COMPARADO	17
El Derecho comparado, exigencia de los estudios de derecho en el siglo XXI	19
Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho comparado	33
Cien años de Derecho comparado (Del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans de 2000).....	51
Comparatismo en España, ayer, hoy ¿y mañana?	69
Derecho, biografía y globalización.....	75
B) CODIFICACIÓN	143
Presencia del Derecho español en el Código civil de la Louisiana	145
Significado del Código civil cubano de 1987 en el proceso de codificación	147
Bicentenario festivo del <i>Code civil</i> , reticencias francesas ante la codificación europea ... Y ¿en España?	173
Notes comparatives sur le régime de la représentation contenu dans l'avant-projet de la réforme [française] du Droit des obligations....	235
C) ESTUDIOS DE MICROCOMPARACIÓN	267
a) Fuentes del Derecho.....	269
¿ <i>Civil law versus common law</i> , ... o, viceversa?.....	269
b) Derecho patrimonial.....	307
“Numerus clausus et numerus apertus” dans la modèrne théorie des droits réels (un aperçu sur le Droit espagnol).....	307
Les différentes fonctions de la possession en Droit privé	313
La nullité du contrat par violence: point de vue espagnol	341

ÍNDICE

c) Derecho de familia	351
¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?	351
¿Derecho de familia europeo? ¿Derecho europeo de familia?	417
Modelos de matrimonio y de Derecho de familia en el siglo XXI	431
El fracaso del divorcio, en España y en Europa: anotaciones a la Ley de 2005	469
XVI Congreso Internacional de Derecho comparado (Brisbane, 14-20 julio 2002) ¿Qué familia para el siglo XXI? Ponencia general	515
El Derecho de familia en Europa. Panorámica, entre dos siglos	589
¿Hacia dónde evoluciona el Derecho patrimonial de la familia?	613
Estudio comparado de la tutela	641
D) BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA SOBRE DERECHO COMPARADO	683
Bibliografía italiana sobre derecho comparado en el siglo XXI	727
Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense ...	774
El Derecho africano	783

PRÓLOGO

PRÓLOGO

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Recibí los primeros impulsos —insinuaciones o sugerencias, más bien, pues como castellano viejo era parco en palabras, y en hechos, largo, para embarcarme en esta ilusionante tarea del Derecho Comparado—, de la mano de mi Maestro vallisoletano, Don Ignacio SERRANO y SERRANO (q.e.p.d.), a quien es justo dedicar este volumen que se publica también, por benevolencia, que nunca acertaré a agradecer, del Justicia de Aragón. Don Ignacio se formó personalmente, en el primer tercio del pasado siglo, en Suiza, en la Universidad que, en su tiempo, todavía llevaba el calificativo de *católica*, y, además de su fundamental Tesis sobre un importante tema de Derecho Romano y Común europeo¹, ha legado a los hipotecaristas su estudio comparativo sobre el Registro de la Propiedad en Suiza que, a más de tres cuartos de siglo de la fecha de publicación, sigue siendo citado hoy por los especialistas². Al poco de terminar yo mi Licenciatura en la Universidad de Valladolid (1944-1949), Don Ignacio fue designado *Rapporteur général* sobre el tema de la ausencia y la declaración de fallecimiento en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Londres (1950). Tuve luego yo ocasión de hacer mis primeros pinitos comparativos, bajo su dirección, al redactar mi Tesis Doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (1953), y luego en la *larga marcha*,

1 SERRANO y SERRANO, "*Iuxta causa traditionis*", RCDI, 1934, págs. 495 y sgtes.

2 El estudio de SERRANO y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo* (Valladolid 1934), es citado por ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 8ª ed. (Barcelona 1995), I, pág. 55, nota 70 y pág. 65 nota 85.

que, en aquélla época —austera, dura y difícil—, significaba alcanzar una cátedra universitaria. Por aquellos años uní mi entusiasmo comparativo al también intenso y sostenido afán comparatista de mi querido compañero de Escuela, José Luis DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, recientemente fallecido. Considero una feliz coincidencia que, en el último tramo de nuestras respectivas vidas universitarias, los viejos afanes comparativos y europeístas compartidos por ambos se hayan traducido en una prolongada colaboración con el Prof. Giuseppe GANDOLFI en los trabajos de elaboración del habitualmente conocido ya como *Proyecto de Pavía*³, en cuya génesis resulta fundamental la aplicación el método comparativo.

En mi personal periplo comparativo siempre entendí, y apoyé, que los civilistas españoles, convencidos partidarios de utilizar aquel método —tanto en docencia como en investigación— adquiríamos tácitamente el compromiso moral de estar presentes en los Congresos de esta naturaleza, organizados fuera de nuestras fronteras, especialmente cuando los pilotaba cada cuatro años la Asociación Internacional de Derecho Comparado, fundada en La Haya en 1924, y domiciliada en París. Además de nuestro *bautismo comparativo* en el Congreso de Uppsala (1966)⁴, asistí, ya como catedrático, al de Pescara (1970); en calidad de *Rapporteur général*⁵ al de Teherán (1974); Budapest (1978); Montreal (1990); Atenas

3 Hasta su muerte De los Mozos presidió —sucediendo al ilustre comparatista parisino prof. André TUNC—, la Academia de Jurisconsultos Europeos de Pavía, creada a raíz del Congreso celebrado en esta ciudad en 1990, que ha publicado el Libro I del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, y tiene en avanzado estudio el Libro II dedicado a los contratos en particular.

4 Lo compartí con José Luis de los Mozos, en un viaje inolvidable en el verano de 1966, con pocas divisas en el bolsillo, y mayor tiempo a nuestra disposición, realizado en expresos nocturnos, mientras durante el día descubríamos ciudades como París, Hamburgo, y Copenhague.

5 Mi ponencia se publicó con el título de *La situation juridique des enfants nés hors mariage*, en el vol. “Rapports généraux au IXème Congrès International de Droit Comparé” (Bruxelles, 1977) págs. 327-360. En español lo había sido anteriormente en ADC, 1975, págs. 521-550. No la he seleccionado para su publicación en este volumen porque

(1994); Bristol (1998); Brisbane (2002) —este último también en calidad de *Rapporteur général*⁶—, y Utrecht (2006). Por conocimiento directo y personal puedo afirmar que si la presencia hispana en el Congreso de Uppsala fue nutrida y de reconocido prestigio, en sucesivos eventos comparativos aquélla se fue reduciendo, hasta cifras más bien simbólicas, en alguno de los Congresos mencionados, hasta que la constitución de la Asociación Española de Derecho Comparado ha permitido incrementar la misma, tanto en número de redactores de ponencias nacionales, como en su asistencia personal a los Congresos, tendencia que, en los últimos años se sigue manteniendo, incluso parece que también lo será en el próximo de Washington (2010).

Me satisface en alto grado que mis discípulos, que ocupan cátedras y titularidades a lo largo de la variada geografía española, hayan asumido de buen grado la preocupación que les imbuí por el Derecho comparado —algunos llevándolo, incluso, al título de su Tesis Doctoral— y que sigan aplicando tal método en su diario quehacer, habiéndolo transmitido igualmente a sus propios discípulos. Me parece, también, haber prestado un servicio al comparatismo hispano al haber ingresado en el Profesorado de la *Faculté Internationale de Droit Comparé*, en cuya prestigiosa Universidad he impartido cursos en primavera o verano de esta especialidad, así como en otras Facultades europeas organizados por aquélla (así en Santiago de Compostela, Salamanca, Amsterdam, Florencia, Graz, Rostock, Namur, Frankfurt a M., etc.). En parecida línea puedo mencionar los cursos monográficos de Derecho Comparado impartidos reiteradamente por mí en el Tercer ciclo de los Estudios de Derecho en la Universidad de Zaragoza desde que me incorporé hasta el momento actual⁷, con nú-

el derecho que allí mayoritariamente se recoge, ha sido objeto, desde aquella fecha, de cambios sustanciales tanto en nuestro país como en la casi totalidad del mundo occidental, por lo que su interés sería hoy casi exclusivamente histórico.

6 Mi *Rapport général* sí se incluye en este vol.

7 Desgraciadamente en vías de extinción, al parecer, por mor de la Convergencia de Bolonia.

mero de alumnos que, algunos años, ha alcanzado la veintena de inscritos⁸.

Sin embargo, pese a los descritos esfuerzos, y a los de otros muchos que han colaborado en la empresa, no parece probable que en los nuevos Planes que se están perfilando para la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Zaragoza, se mantenga, con carácter general, ninguna asignatura con igual o similar denominación a la de *Derecho Comparado*. Se contradice así la opinión mayoritaria de quienes la han cursado, sea —con carácter introductorio— como asignatura de Libre Configuración, sea incluida en el Tercer Ciclo. Ello me parece un craso error que pagarán los futuros Licenciados españoles que —muy probablemente— habrán de enfrentarse en el futuro con sistemas jurídicos diferentes del español, que nadie les habrá explicado previamente; y como la omisión es grave y patente, ello se advertirá más pronto que tarde, y quienes, en aquel momento, ostenten la responsabilidad universitaria tendrán que subsanarlo de inmediato.

No me corresponde, por último, valorar la calidad de los trabajos comparativos aquí seleccionados. Sólo diré que en su mayoría han sido ya publicados en diversas revistas españolas y extranjeras, desde el último decenio del pasado siglo hasta nuestros días; de unos pocos se ha conservado su redacción en francés, aunque la mayoría se publican, lógicamente, en español; y que, asimismo, ha parecido conveniente recoger también cierto número de recensiones de importantes obras comparativas extranjeras, por lo general, poco conocidas entre nosotros, a título de trabajos informativos de carácter sin duda auxiliar, pero nunca desdeñable; diré finalmente, que se ha intentado una —sin duda, discutible— sistematización agrupando la temática de los trabajos recogidos conforme a la siguiente ordenación: A) *Problemas generales de Derecho comparado*; B) *Codificación*; C) *Estudios de microcomparación* (abarcando

8 Con satisfacción he constatado que varias generaciones de profesores jóvenes —algunos ya Catedráticos— de esta Facultad de Derecho de Zaragoza, pertenecientes a diversas disciplinas, jusprivatistas y juspublicistas, a lo largo de dicho periodo, han cursado dicha asignatura.

temas de fuentes, derecho patrimonial y derecho de familia); y D) *Bibliografía comparativa seleccionada*.

Gabriel GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil, Emérito de la Universidad de Zaragoza,
Presidente de la Asociación Española de Derecho comparado,
Miembro Titular de la Academia Internacional de Derecho comparado

**A) PROBLEMAS GENERALES DEL
DERECHO COMPARADO**

EL DERECHO COMPARADO, EXIGENCIA DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN EL SIGLO XXI⁹

Doy por supuesto que Vdes. se encuentran perfectamente identificados con los estudios que actualmente realizan; y voy a hacerles una afirmación que quizá les sorprenda: **La Facultad de Derecho es uno de los centros universitarios menos europeistas de todos los existentes en nuestro país**, o, si me lo permiten de otra forma: es **uno de las más chauvinistas, es decir, de los más nacionalistas en el sentido peyorativo del término**. Por supuesto que no aludo a ninguna Facultad de Derecho en concreto: se trata de la simple constatación de un hecho, evidente y notorio, que afecta a la institución como tal, y que obedece a complejas **causas históricas**.

En primer lugar, a la **ruptura de la unidad jurídica medieval** formada a raíz de la Recepción del Derecho Romano que se produce en Bolonia por obra de Irnerio; a través de la impresionante labor de los Glosadores y Postglosadores se va difundiendo por toda Europa el *jus commune*, representado fundamentalmente —aunque en variable medida—, por el Derecho romano, el germánico y el canónico. Ser Doctor *utriusque iuris* era serlo en civil y canónico; de aquí que en las Universidades de París, Coimbra o Salamanca venía a enseñarse el mismo y único Derecho. Con mayor intensidad la Recepción se va a producir,

9 Conferencia pronunciada en la Universidad de Almería el 25 de febrero de 1999, y luego publicada en el vol de “Homenaje al Prof. Dr. Don Bernardo Moreno Quesada”.

algo más tarde, en los territorios del Sacro Romano Imperio Germánico, realizándose, además, *in complexu*, o sea en su totalidad, excluyendo sólo el derecho público y algunas instituciones, como la esclavitud.

La aparición del **Estado moderno** fue un factor negativo para la unidad jurídica europea, favoreciendo aquella ruptura, pues la evolución se dirigió, lentamente y con avances y retrocesos, hacia un modelo de Estado que tenía la *exclusiva en el ámbito de la legislación civil* (recordemos la prohibición en varios Reinos por sus Monarcas de la enseñanza del Derecho Romano en las Universidades, ya que los soberanos respectivos querían que se magnificara, en la cátedra y en los Tribunales, la importancia del *Derecho real* que ellos promulgaban). Un ejemplo de este último, en abierta competencia con el Derecho romano, lo constituyen las sucesivas Ordenanzas que promulgan los Reyes franceses, o, entre nosotros, las Leyes de Toro y la Nueva y Novísima Recopilación; en cambio, en los países germánicos, la legislación propia de los señores territoriales y del propio Emperador, en materia civil, fue menos importante y destacada. Pero, poco a poco, cada soberano europeo logrará imponer su criterio de legislar, en exclusiva, sobre cuestiones civiles, y esta pretensión encontrará cauce definitivo y adecuado a través del hecho de la Codificación.

Nosotros, en las postrimerías ya del siglo XX, vivimos inmersos en la **Era de la Codificación** —y esto viene a constituir otra causa determinante de aquel fenómeno—, pues para los países continentales aquélla ha marcado un hito decisivo en la historia de su legislación civil. Se nos hace muy difícil comprender hoy lo que significaba, por ej. en el siglo XVIII y hasta fines del XIX en España, ser abogado o juez; para resolver cada caso, la determinación del derecho vigente requería una laboriosa investigación histórica, sin que el jurista nunca llegara a adquirir plena seguridad de la efectiva vigencia de la norma respectiva. La codificación ha sido, ante todo, un proceso de racionalización, aportando claridad y simplificación en la tarea de aplicar el derecho, redundando así en beneficio de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Iniciado el proceso a fines del s. XVIII, alcanzó un primer momento de esplendor con el Código de Napoleón de 1804, que ha logrado por méritos propios alcanzar una verdadera difusión mundial en todos los continentes

(salvo en Australia), y del que, en buena medida es tributario el nuestro de 1889. La segunda cima codificadora está representada por el BGB alemán, aprobado en 1896, pero que entró en vigor el 1º enero 1900, por lo cual se le considera, con razón, el más representativo de los códigos de la segunda generación en el siglo XX, aunque por muchas razones no le van a la zaga ni el C.c. suizo, aprobado definitivamente tras laboriosa gestación, en 1911, ni el italiano de 1942, que si bien en algún momento de su elaboración, pudo constituir el sueño mussoliniano de grandeza imperial, rápidamente, finalizada la contienda se recuperó para la democracia con leves retoques en su articulado. Después de la IIª GM se han promulgado en todo el mundo más de medio centenar de Códigos civiles, siendo de destacar el nuevo C.c. holandés de 1992, que, por muchas razones, viene a encabezar así la tercera —y, por hora, última— generación de códigos civiles en Europa. No hay que prestar mucha atención a quienes auguraban, en el último tercio del siglo XX, una nueva **Era de la descodificación**, que había predicho el profesor romano Natalino IRTI en 1979, vaticinio del que su autor se ha distanciado últimamente, y que en Italia ha sido mayoritariamente desmentido cuando se ha conmemorado el medio siglo del C.c. de 1942. Por último, las antiguas Democracias populares, al derrumbarse el Muro berlinés y recuperar las libertades, se aprestan —aunque con explicable lentitud— a promulgar nuevos Códigos civiles siguiendo el modelo de alguno de los códigos occidentales en vigor.

Por ello, puede afirmarse que los países europeos continentales vivimos plenamente inmersos, desde hace dos siglos aproximadamente, en el sistema codificado, del que, parece, no es ni conveniente ni pronosticable, que nos salgamos en el próximo siglo XXI. Pero junto a los indudables ventajas que aquel modo de legislar acarrea, hemos de ser conscientes, *prima facie*, de sus insuficiencias e inconvenientes; de una parte, en cuanto ha venido a consolidar la tendencia a reconocer la facultad exclusiva de cada Estado para legislar sobre materias civiles, con absoluta independencia de lo que haga su vecino; de otra, porque se opone inexplicablemente a esa otra tendencia unificadora que se va difundiendo entre distintas ramas del ordenamiento y entre todos los países, especialmente entre los pertenecientes a la UE. Tal actitud viene

a repercutir obviamente en los planes de estudio de las Facultades de Derecho de los países europeos, especialmente de los de nuestro mismo entorno; así ocurre, por poner un ejemplo cercano, que en Francia sólo se enseña el Derecho civil, penal, mercantil, administrativo o fiscal vigente en dicho país; y lo mismo ocurre en los restantes países europeos, tanto de los de la tradición del *civil law*, como de la *common law*. Hoy por hoy, mayoritariamente, el Derecho que se enseña y aplica, en cada uno de los países europeos, sigue siendo el estatal. Así creo quedará más clara la acusación de *chauvinismo* con que inicié esta conferencia; acusación que no supone ni la culpabilidad de nadie en particular, ni mucho menos la necesidad de encontrar un chivo expiatorio.

¿Cabe remediar esta evidente *insuficiencia* cuando estamos hablando —y la vivimos a diario— de la *aldea global*, o del espacio común europeo regido por el principio de *libertad de circulación de personas, bienes y servicios* ?

¿Sería posible diseñar, por ejemplo, una carrera de Derecho con validez universal, o, al menos, europea, de modo que el estudiante español, por ejemplo, curse en Madrid el primer curso, se traslade luego a Londres para hacer segundo, a París para estudiar tercero, a Roma con la finalidad de cursar cuarto, y digamos que a Heidelberg para finalizar su carrera? Naturalmente con la exigencia de que el título que obtenga sea reconocido en todos y cada uno de los países comunitarios, y en el suyo de procedencia. En algunas Universidades extranjeras no oponen inconvenientes a las demandas individuales de los estudiantes para que se les reconozcan estudios realizados de modo similar al descrito, pero hoy por hoy, no dejaría de ser arriesgado e imprudente aconsejarlo a cualquiera de nuestros estudiantes de Derecho.

Con un criterio realista me permitiría haceros algunas **propuestas**, no utópicas sino factibles. Gráficamente cabría decir que los estudios de derecho en Europa adolecen de cierto *enclaustramiento*, y que hay que *abrir ventanas* para ampliar los horizontes individuales y colectivos de nuestros juristas y aprendices de juristas. En esta dirección se encaminaron las conclusiones del Congreso de Metz sobre los estudios de Derecho, auspiciado por las Comunidades Europeas.

En primer término, parece conveniente **prestar atención a las asignaturas de dimensión supraestatal.**

La lista que incluyo a continuación no es cerrada, sino meramente ejemplificativa, y admito que sea discutible por exceso o por defecto; así cabe referirse al *Derecho romano* como base permanente de nuestras instituciones civiles, pero también sustrato común de la mayor parte de las legislaciones civiles europeas continentales; deo obviamente fuera el caso de Inglaterra y los países del *common law* cuyo proceso formativo, en cierto momento de su historia, se apartó del Derecho de Roma. Asimismo, es oportuno caer en la cuenta de la *universalidad del Derecho canónico*, tanto de la Iglesia católica como de otras confesiones de vocación mundial; por poner un ejemplo: los tribunales eclesiásticos de Chicago, París o Viena, aplican el mismo *Codex Iuris Canonici* de la Iglesia católica latina que los de España. Por su propia naturaleza tanto el *Derecho internacional público* como el *Derecho internacional privado* traspasan, en su dimensión aplicativa, las fronteras estatales; el primero se está enfrentando actualmente, y de modo trascendental, a desafíos decisivos dependiendo de la capacidad que la ONU tenga en cada momento para imponer sus normas, y, asimismo, para constituir Tribunales internacionales cuyas decisiones puedan imponerse en cualquier parte del mundo (recuérdese las dificultades con que está encontrando el *non nato* Tribunal de Roma para delitos contra la humanidad); pero adviértase que lo que parece muy difícil en el ámbito mundial resulta más hacedero a nivel regional, como está ocurriendo ya con las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, respecto del cual cabe decir que resulta normal y frecuente que las reclamaciones de ciudadanos particulares triunfen, ante él, frente a sus propios estados; en cuanto al Derecho internacional privado, si bien todavía la fuente más importante de sus normas es estatal, crece constantemente el acervo de normas de origen internacional. Por último, y aunque el plan de 1953 no lo contempla como asignatura obligatoria, se ha ido introduciendo en los nuevos planes el estudio del *Derecho comunitario* cuyo conocimiento resulta ya indispensable para los operadores del derecho en el interior de la UE.

Aconsejaría además, con carácter complementario, que se intensificara la participación de alumnos de esta Facultad en el Programa Erasmus-Socrates; desde hace bastantes años he sido uno de los responsables de este Programa en mi Facultad de Zaragoza, y puedo aportar mi modesta experiencia. Tenemos intercambios con varias Universidades de Francia, Italia, Alemania, Inglaterra, Austria, Países Bajos y últimamente con los países nórdicos. Hay también un intercambio en materia de Derecho informático que envía preferentemente a recién licenciados, aunque también a estudiantes del último curso, para estancias de duración inferior al año. Mi responsabilidad ha recaído, sobre todo, en los intercambios de una duración de curso entero, que, a juicio de la Facultad, resultan ser los más enriquecedores para nuestros estudiantes. Nos ha parecido que una garantía del éxito radica en la madurez alcanzada por el alumno elegido, por lo cual sólo enviamos hasta ahora a quienes se encuentran en los últimos años de carrera; la selección se hace con base en las calificaciones obtenidas en los tres primeros cursos, y en la demostración del conocimiento del idioma correspondiente (la prueba es especialmente rigurosa con el alemán y el inglés). Antes de partir hacia la Facultad de destino, el alumno seleccionado debe firmar un contrato con la Facultad en la que figuran las asignaturas que se propone cursar en el extranjero, y en columna paralela su equivalencia con las asignaturas españolas; si el becario justifica haber superado aquéllas, las calificaciones obtenidas en otra Universidad, se trasladan automáticamente a su expediente. Se producen fracasos cuando el alumno no lleva una idea clara de lo que quiere hacer, ni de lo que allí van a exigirle; por supuesto, la beca no es para hacer turismo ni, exclusivamente, para aprender o perfeccionar un idioma extranjero. Es bueno que desde los primeros cursos el estudiante vaya preparando un proyecto claro sobre lo que quiere, y, en consecuencia, que planifique los medios necesarios para lograrlo: una media de aprobado alto como mínimo y el dominio del idioma (aunque en la Facultad de destino suelen organizarse cursos de idiomas para estudiantes extranjeros). También debe ser consciente de lo que el intercambio Erasmus-Sócrates representa en este contexto, a saber, sólo constituye un modo de paliar, pero no de eliminar el exacerbado

nacionalismo de los estudios, así como del costo que ha de pagar (así, por ejemplo, para los alumnos de quinto curso, a cambio de dejar cuatro asignaturas españolas —cuyo conocimiento *nunca se le exigirá en España*— aprenderá probablemente materias similares del plan de estudios de otro país). En su conjunto nuestros estudiantes obtienen buenos y hasta excelentes resultados, y su valoración personal resulta positiva; hasta ahora, es casi inusitado que nuestros alumnos tengan que repetir sus exámenes en el extranjero.

Pero de modo fundamental, como medio para superar las insuficiencias del derecho que impartimos y aprendemos hoy en las Facultades españolas de Derecho, voy a dedicar la segunda parte de mi exposición a presentar el **Derecho comparado en cuanto constituye uno de los procedimientos más seguros y eficaces que garantiza la formación de los juristas en el siglo XXI.**

Se trata de una asignatura de reciente formación, aunque los precedentes podrían remontarse, incluso, al Derecho Romano o a épocas medievales; en su versión moderna va a cumplir exactamente un siglo, pues su acta de nacimiento se fija en 1900, cuando se celebró en París el primer Congreso Internacional de Derecho comparado. Lo que ocurre es que, a lo largo de este siglo, ha evolucionado con rapidez la idea que los especialistas se han hecho de esta asignatura; así, el punto de partida fue la contemplación de los efectos de la fragmentación de la unidad de las legislaciones, especialmente civiles, como consecuencia de la codificación; cada país ha codificado como ha tenido a bien hacerlo, sin duda, no de modo arbitrario, pero sin preocuparse de si con el nuevo código se incrementaba la diversidad legislativa civil, o, por el contrario, si se acercaba a determinado modelo vigente. Los primeros comparatistas eran románticos y con base en algunos principios filosóficos aisladamente considerados, llegaron a la conclusión de la necesidad de unificar mundialmente el Derecho, especialmente el civil; si la naturaleza humana era la misma, con independencia del color de la piel, del país a que se pertenece, de la cultura y de la religión, las leyes civiles deberían ser iguales para todos. Pronto se vió que tal objetivo era utópico. Como instrumento de difusión de las nuevas ideas se utilizó la celebración anual de un Con-

greso Internacional a partir de 1932, pero la ulterior celebración tuvo que interrumpirse con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, de modo que nuevas generaciones de comparatistas rectificaron aquellos primeros objetivos, primero en cuanto a la meta a alcanzar, que era ahora la de aproximación —y no necesariamente la unificación— de los diferentes sistemas jurídicos, y, en segundo término, en cuanto al objeto de la comparación; así, por ejemplo, un mero catálogo de la legislación de todos los países del mundo, desde la A a la Z, carece de utilidad comparativa, salvo la puramente erudita. Durante la segunda mitad del presente siglo, el trabajo de los comparatistas se ha centrado en la fijación de las grandes *familias o sistemas de legislación*, caracterizados por la existencia de notas homogéneas derivadas de su origen o inspiración; así en Europa se separó, de un lado, los *países del (o de la) common law* (Inglaterra, Irlanda, Gales; pero no Escocia que tiene código civil), y los *países de tradición romano-germánica* caracterizados por el sustrato histórico representado por el elemento romano y el germánico, en mayor o menor medida, y, sobre todo, por inspirarse su organización estatal en la división de poderes de Montesquieu (el poder judicial no legisla, sino que, con plena independencia, aplica y hace aplicar las leyes que promulga el legislativo); dentro de este último se registran *subsistemas* como, en su día, lo fue el de los *países socialistas* (hoy tenemos el caso más bien insólito de un código civil hispano-marxista, el cubano de 1987), y sigue siéndolo el de los *países nórdicos*. Fuera de España nos encontramos con un bloque compacto, casi monolítico, de los *Derechos islámicos* extendidos fundamentalmente por los continentes africano y asiático; salvo Turquía, y algunos otros pocos países, que han secularizado su ordenamiento jurídico (así el C.c. del primero se ha inspirado en el modelo del C.c. suizo), los demás países musulmanes ofrecen un derecho inspirado en el Corán, especialmente en materia de personas, familia y sucesiones. El resto del continente africano está siendo, en estos años, un verdadero laboratorio de derecho comparado pues las potencias colonizadoras (a excepción de España que no hemos dejado apenas rastro jurídico en África; el código hispano-marroquí de obligaciones y contratos ha sido sustituido por el C.c. francés al implantarse el reino alauita; de

Guinea Ecuatorial, no hay informaciones sobre el derecho en vigor; del Sáhara más vale no hablar aunque esa ya famosa sentencia del TS de 1998, sobre nacionalidad española nos recuerda que allí hubo una provincia española) llevaron a estos países su legislación propia y han colaborado a que los nuevos códigos se inspiren en los de la metrópoli; pero estos códigos más o menos *occidentalizados* no pueden ocultar la existencia de los *Derechos consuetudinarios africanos* (acaba de estudiarlos SACCO en un volumen de su amplio Tratado). Quizá el caso más interesante hoy sea el de Africa del Sur con su provisional Constitución que deroga el *apartheid*, reconoce las especialidades tribales, al tiempo que incorpora la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; todo ello sin perjuicio de que los emigrantes holandeses llevasen allí el *Roman Ducht* (bajo la forma de la jurisprudencia elegante), mientras que el dominio inglés del último periodo ha servido para instalar también allí el derecho de la *common law*. Si nos adentramos en Asia, aparte del caso de Filipinas con su C.c. de 1949 con el 20% de derecho anglo-norteamericano y el 80% de derecho de origen español (aunque el texto se haya promulgado en inglés), en el subcontinente indio coexisten legislaciones de inspiración religiosa (musulmanes e hindúes fundamentalmente) con gran número de derechos consuetudinarios absolutamente desconocidos para nosotros, todo lo cual descansa o se apoya también sobre un derecho público de inspiración anglosajona. China y Vietnam siguen perteneciendo a las *legislaciones de inspiración marxista*, pese a su apertura hacia la economía de mercado del primero, mientras que el siempre enigmático Japón ha tratado de occidentalizarse desde fines del siglo XIX, hasta el punto de que adoptó primeramente como modelo el C.c. francés, y luego se cambió al BGB. Australia y los países del Índico es dominio anglosajón, mientras que el continente americano se diferencia entre el norte anglosajón (Canadá —salvo Quebec— y EEUU —salvo Louisiana y Puerto Rico—), mientras que el centro y el sur pertenecen a los sistemas jurídicos de Europa continental, con el enclave marxista cubano, y el puertorriqueño, en donde ha estado o está en vigor nuestro C.c. que se tiñe de la periclitada concepción marxista en el primero, y norteamericano de *ius publicum* en el segundo.

Me parece que así he completado la descripción de las familias o sistemas jurídicos más importantes del mundo con los que podremos hacer comparación jurídica.

Resulta, luego, inesquivable interrogarse: **¿Para qué sirve el Derecho comparado?**

Alguno pudiera llegar a pensar que eso del Derecho comparado es algo, en cierto modo, fantasmal; apenas si se encuentra alguna asignatura en el plan de estudios que así se denomine, hay escasos libros sobre él escritos en nuestro idioma; ningún jurista español tiene por profesión exclusiva ser comparatista... Diré como el gallego a propósito de las meigas, *no creo en ellas pero haberlas, haylas*. En Estrasburgo hay una Facultad Internacional con esta denominación —con un régimen administrativo singular—, y de la que soy profesor; en todo el mundo hay bastantes revistas dedicadas exclusivamente al Derecho comparado, entre ellas la más accesible a nosotros es la francesa *Revue Internationale de Droit Comparé*; en muchas Universidades —incluso en España— están funcionando Institutos de Derecho comparado (entre los más conocidos, Hamburgo, París, Lausanne); en varios países —especialmente en Italia— hay ya un cuerpo de profesores dedicados exclusivamente a esta asignatura; y, lo que me parece más importante— todos los días, en todos los países del mundo, legisladores, jueces, abogados y profesores, hacen —consciente o inconscientemente— comparación jurídica.

Las **finalidades del Derecho comparado** pueden sintetizarse así:

— en *función interpretativa* para conocer los orígenes de nuestro derecho (los *antecedentes legislativos* a que alude el art. 3º.1 C.c.); aunque también los códigos posteriores sirven de referencia para una interpretación *correctora* o *innovadora* del derecho en vigor;

— en *función reformadora*, el derecho comparado nos ofrece diversidad de modelos jurídicos cuya experiencia permite apreciar la conveniencia y oportunidad de modificar nuestra legislación, así como el sentido y dirección de la reforma;

— permite una *mejor aplicación de la legislación extranjera* cuando sea procedente en aplicación del DIP;

— ayuda a *desarrollar las Directivas comunitarias* en el derecho interno aprovechando la experiencia de otros países de la UE en idéntica tarea.

— con carácter general, *enriquece la experiencia jurídica del jurista español*, ayudándole a evitar dogmatismos, relativizando las soluciones del derecho propio, ampliando en general la visión del operador jurídico;

— por último, es un indudable *factor de cultura*.

Si se aspira a que la comparación jurídica sea fecunda, es obvio plantearse sus **Requisitos**.

El Derecho comparado es un método jurídico, y constituye también una rama del Derecho que, entre nosotros, aspira a su reconocimiento, al menos como asignatura optativa, en los nuevos planes de estudio. Su aplicación es una operación delicada, de modo que la bondad de sus resultados estará en función de la corrección del procedimiento utilizado. Sólo será útil la comparación de normas o instituciones jurídicas en vigor, dentro de la misma familia o sistema de legislación. Hay que tener en cuenta la naturaleza de la cuestión sometida a examen; si se trata de materias codificadas habrá que delimitar cuidadosamente el ámbito de la comparación. Tomemos por ej. el contrato de compraventa (me permito referirme a lo que he hecho en los *Comentarios al Código civil* de Edersa, dirigidos por Albaladejo y Silvia Díaz Alabart). Fácil resulta comprobar que los arts. 1445 ss. proceden en gran medida del C.c. francés, unas veces directamente, y otras a través del C.c. italiano de 1865; pero no falta la inspiración del All.BGB austriaco de 1811, del C.c. portugués de 1867 e, incluso, de otros códigos menores. Nuestro régimen de c.v. está precisado de una profunda revisión, debido al cambio de las condiciones económico-sociales de nuestra sociedad, al impacto de la legislación consumerista y, no lo olvidemos, a algunos principios constitucionales (por ej. la *economía social de mercado* y el ya citado principio *pro consumatore*). Con vistas a su reforma, podremos elegir como modelos, el código alemán, el suizo, el italiano o el holandés; no tanto el derecho anglo-norteamericano —pese a la fascinación que ahora ejerce entre nuestros profesores jóvenes— por responder a

otra familia. Pero si escogemos para la comparación, una materia rigurosamente nueva, sin precedentes codiciales, como la inseminación artificial, o la protección de datos personales, nuestro campo de actuación comparativa podrá ser distinto y más amplio, teniendo en cuenta las leyes técnicamente mejor redactadas y más recientes que se hayan promulgado en cualquier país del mundo.

Como ya he indicado, en principio, la comparación toma en cuenta *derechos en vigor* pues si queremos considerar lo ya derogado tendrá que intervenir el historiador. Por otra parte, no debe limitarse a la mera comparación de Códigos o leyes, sino a la aplicación global del derecho extranjero en su conjunto, tal como se deduce del texto literal, de la interpretación jurisprudencial y de la doctrina. Adviértase que una radical divergencia de los sistemas en presencia no debe hacernos desistir prematuramente del esfuerzo comparativo; ocurre con alguna frecuencia que se llega a resultados similares partiendo de normas acaso muy alejadas entre sí. Aquí hay otra lección comparativa: a igualdad de necesidades suele llegarse a igualdad de soluciones jurídicas, aun partiendo de presupuestos normativos muy alejados entre sí.

Una aplicación correcta y fructífera del método comparativo tiene por base fundamental el **amplio conocimiento de idiomas extranjeros**. Advierto, que no sólo —aunque también— del inglés ya que el campo de la comparación civilista recae para nosotros, de modo habitual y preferente, sobre la legislación de países europeos continentales (lo que requiere, en consecuencia, conocimientos del francés, italiano, alemán, algún idioma eslavo, nórdico y centroeuropeo, etc.). En la medida de lo posible hay que manejar *textos legales originales*; sólo en su defecto, no hay más remedio que acudir a las *traducciones*. Permitidme que os alerte sobre el problema de las traducciones jurídicas que no suele desmentir al clásico italiano *traduttore, traditore*. Para traducir correctamente es preciso, no sólo conocer ambos idiomas, sino la materia jurídica en cada ordenamiento. Y esto vale incluso para términos de uso corriente: *contrato* tiene casi idéntico significado en español, francés, italiano y portugués (su grafía es también similar: *contrat, contratto, contrato*); en cambio el *contract* inglés significa una cosa parcialmente distinta (en derecho inglés la donación no lo es y el contrato de arrendamiento

de inmuebles tiene también otro significado). Otro ejemplo: *posesión, possessione, posse, Besitz*, suelen traducirse por posesión; sin embargo hay que precisar que en Alemania tiene matices muy distintos que en Italia o en España. No es tarea insuperable, pero sí ardua; buen ejemplo es lo que está ocurriendo con la legislación comunitaria, habitualmente redactada por personas cuya lengua materna es, o el francés o el inglés; no es infrecuente que la traducción oficial española resulte ininteligible. A mi juicio es modélico el caso suizo en el que los cuerpos legales, por ejemplo el Z.G.B., se redactan oficialmente en francés, italiano y alemán, cuyos textos suelen formularse con gran cuidado y precisión. Muy lejos de lo que pasa entre nosotros a propósito de las leyes autonómicas que se publican en español en el BOE.

En los albores ya del nuevo siglo entiendo que, tanto institucional como individualmente, hemos de prepararnos para ampliar los horizontes de nuestro particular universo jurídico; un Plan de estudios que no incluya de alguna manera materias comparativas se convertirá en un plan... anclado en el siglo XIX; un estudiante de derecho que se limite al estudio del derecho de su país, ni siquiera llegará a dominar éste.

Gracias por su atención.

NACIMIENTO, DESARROLLO E IMPORTANCIA ACTUAL DEL DERECHO COMPARADO¹⁰

Sumario: Introducción.– El final del siglo XIX representa el máximo apogeo del nacionalismo jurídico. El Código civil francés, exponente de la primera generación de Códigos europeos, y el BGB, máximo representante de la segunda.– El Derecho Comparado surge, en un primer momento, para remediar las limitaciones e insuficiencias de los Códigos.– Antecedentes remotos del Derecho Comparado.– Algunos precursores en la Edad moderna.– Precedentes inmediatos en el siglo XIX hasta el Primer Congreso de París de 1900.– El moderno Derecho Comparado: Desde el ideal utópico de la unificación mundial del derecho hasta la aproximación o armonización de sistemas jurídicos homogéneos.– El Derecho Comparado como método. Los problemas lingüísticos.– Las grandes familias de sistemas jurídicos.– Instituciones de Derecho Comparado.– ¿Para qué sirve hoy el Derecho Comparado al jurista español?

INTRODUCCIÓN

El Derecho comparado constituye una rama del Derecho cuyo nacimiento oficial es uno de los más recientes en el tiempo, pues se sitúa, precisamente, en los albores del siglo que ahora finaliza; concre-

¹⁰ El presente texto constituyó la Conferencia pronunciada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de Zaragoza, el 20 de octubre de 1999, inaugurando el “Ciclo de Conferencias sobre el Centenario del Derecho Comparado”. Se publica en el “Hom. Idefonso Sánchez Mera”, II (Madrid 2002) pág. 285-296.

tamente, y sin incidir en la debatida cuestión de si el milenio termina el 31 diciembre 1999 o el 31 diciembre del 2000, es lo cierto que aquél se data en el año 1900, cuando se celebra en París el I Congreso Internacional sobre la materia.

Paradójicamente va a surgir en un momento álgido del nacionalismo jurídico —corriente de ideas que, como se sabe, había inspirado fundamentalmente el movimiento codificador europeo— ; y, aunque centrado inicialmente en el Derecho civil, se extenderá luego a las demás ramas del Derecho positivo. Quizá fue la nostalgia por la pérdida de la unidad jurídica europea la que animó decisivamente a sus propulsores, llegando a desbordar las fronteras europeas y alcanzando a otros continentes, prendiendo especialmente en los EEUU. Así, se razonaba, si la naturaleza humana es idéntica a sí misma en todas las latitudes ¿cómo explicar la variedad y diversidad de los sistemas jurídicos en los diferentes pueblos, e, incluso, cuál es la razón de su oposición entre sí? Argumentación excesivamente simplista y elemental, aunque, como se sabe, lo simple y elemental suele estar en la base de no pocas cosas importantes de la sociedad; ocurre que, con el tiempo, lo sencillo se va perfilando, se desarrolla y hace complejo, y hasta se rectifica a tenor de las circunstancias concurrentes.

Permítaseme evocar la situación que ofrecía la codificación civil en Europa a fines del siglo XIX y comienzos del XX. Indiscutiblemente el C.c. francés de 1804 había sido la estrella rutilante en el firmamento jurídico, no sólo europeo, sino del resto del mundo civilizado. El *Code Napoleon* simbolizó el ideario de la Revolución, del Racionalismo y de la Ilustración; acertó a ilusionar a la sociedad francesa, hasta el punto de que llegó a decirse que cada soldado de la *Grande Armée* portaba en su mochila un ejemplar del Código civil; lo cierto es que, primero por la imposición del Ejército napoleónico, y luego por la fuerza de la razón el modelo de codificación francesa (los clásicamente denominados *Cinq Codes* a saber, civil, mercantil, penal y de procedimientos civil y criminal) se imponen en el continente a lo largo del siglo XIX; todo estudiante de derecho sabe hoy que, a su imagen, se promulgaron el C.c. italiano de 1865, el portugués de 1867 y el español de 1889; además, el modelo se exporta a buena parte de los países hispanoamericanos, re-

cién emancipados; en algún caso, como en la República Dominicana, se acoge, pura y simplemente, como código civil la traducción literal del francés, mientras que otros se mantienen todavía fieles al derecho español histórico, como ocurre con el C.c. chileno de Andrés Bello (1855) y el argentino (1869) de Vélez Sarsfield; desgraciadamente nuestro Código se retrasó mucho para poder ser tenido en cuenta por la mayoría nuestras antiguas colonias. Obsérvese que en todos los códigos que imitan el francés está latente la idea del nacionalismo jurídico más exacerbado; cada país se considera plenamente soberano para legislar en materia civil sin sumisión a ninguna limitación, ni cortapisa, de cualquier género que sea; autonomía normativa que presupone también la de imitar el modelo que mejor parezca al legislador nacional.

Igualmente el principio nacionalista —*Ein Volk, ein Recht*— va a estar igualmente presente en la codificación alemana; como se sabe, ésta fue el resultado de un largo proceso —casi un siglo— que comenzó con la famosa polémica entre SAVIGNY y THIBAUT, sobre la oportunidad de codificar, y que se suscitó a principios del siglo XIX, y, seguramente, por influjo también de la codificación francesa; proceso que va a prolongarse a lo largo del mismo siglo, y que sólo se culminará cuando los 38 estados alemanes se reúnen, primero en una Confederación, y luego en la Federación de Estados, que constituirán el *Deutsche Reich*, el Imperio alemán. El BGB, orgullo del nacionalismo de los países germanos, promulgado en 1896, va a entrar en vigor el 1º enero 1900, iniciando así la segunda generación de Códigos civiles europeos, por lo cual se le considera habitualmente como perteneciente ya al siglo XX.

Ambos códigos, el francés de 1804 y el alemán de 1900, representan, en materia civil, la culminación de la idea del moderno estado absoluto, que ha asumido y ejerce plenas competencias, y que consagra definitivamente la fractura o ruptura de la unidad que representaba el *Ius Commune* elaborado en la Edad Media con elementos romanos, germánicos y canónicos. Recuérdese que hasta el 1º enero 1900 el Derecho romano podía invocarse ante los Tribunales alemanes como fuente del derecho.

La codificación originó, como se sabe, grandes beneficios para los países europeos, y el mismo DE CASTRO habla, incluso, del prestigio

político que adorna al país que dispone de un buen código civil. La otra cara de la moneda está signficada por el fenómeno denunciado por VASSALLI, en vísperas de la segunda codificación italiana, como la *estatalización* del Derecho civil, consagrando así la ya anunciada ruptura de la unidad jurídica europea, es decir, la fragmentación de los ordenamientos civiles en tantos códigos civiles como estados soberanos existen, y la pérdida de un modo unitario de regular las relaciones privadas entre los ciudadanos, permitiendo, como he dicho, la consagración o apoteosis del poder legislativo estatal, soberano, autónomo e independiente.

Va a ser, en este ambiente jurídico-político, cuando se producirá, paradójicamente, la eclosión de las ideas comparatistas en el desarrollo del Primer Congreso Internacional del Derecho Comparado celebrado en París. Pero esta aparición de una nueva rama del derecho no fue, ni repentina, ni inesperada. Es posible encontrarle precedentes remotos e inmediatos, tanto a nivel doctrinal, como legislativo y jurisprudencial. He aquí algunos datos significativos:

ANTECEDENTES REMOTOS DEL DERECHO COMPARADO

Me parece que el genio jurídico romano atisbó ya, de alguna manera, la problemática comparatista en la tripartición del *Jus civile*, *Jus gentium* y *Jus naturale*. Dejando aparte este último, concisamente definido en las fuentes justinianas como *quod semper equum et bonum est*, y que será acogido por la Escolástica posteriormente para elaborar la noción de Derecho Natural cristiano, me parece que el punto de partida estriba en la definición del *Jus civile*, *quod quisque populus ipse sibi constituit*, es decir, lo que cada pueblo determinó para sí, caracterización que encaja perfecta y sorprendentemente con la definición del Derecho civil en la edad moderna. Pero observa IGLESIAS que las nuevas necesidades comerciales y el desarrollo de la vida social y civil, en un momento en que Roma es cabeza de los pueblos mediterráneos, abre puertas a un derecho romano universal, el Derecho de gentes, que es un derecho positivo romano, pero no exclusivista o personalista, sino llamado a regir entre romanos y extranjeros, representando la acogida

de algunos principios jurídicos extraños, que son injertados en el viejo tronco con sutileza de visión romana. Así sucederá que el Derecho de gentes va a convertirse en un derecho civil, abierto y progresivo, despojado de su condicionalidad nacional, limado y atemperado a nuevos modos en los que triunfa la libre forma contractual, y dan origen a los *bonae fidei iudiciae*. En resumen: los juristas romanos, hace casi veinte siglos, fueron conscientes de que era necesario tender puentes y comparar o confrontar su propio sistema jurídico y el de los demás países, y lo hicieron a través del *Ius gentium* que, poco a poco, se transfundió y vivificó a su derecho propio.

Pasando a otros ordenamientos jurídicos, no hace falta insistir en que la tendencia a la universalidad del Derecho canónico de la Iglesia Católica, dará por resueltos los problemas comparativos, al ser de aplicación general en todo el orbe, por más que subsistan todavía algunas diferencias disciplinares en el Derecho de las Iglesias orientales.

Una vez producida la *Recepción del Derecho Romano* en Occidente, en el siglo XII, y una vez consolidada en las Universidades la enseñanza del *utriusque iuris*, comienzan a aparecer estudios comparativos entre el Derecho romano y el canónico, así como también con diversos ordenamientos germánicos, por supuesto escritos todos ellos en latín, la lengua franca de la época.

ALGUNOS PRECURSORES

Se trata de autores españoles y extranjeros, algunos poco conocidos pero significativos por el tema de sus trabajos, otros por la fama que ha trascendido las fronteras de sus respectivos países:

VILLALOBOS: *Antinomia Regni Hispaniarum et civilis* (Salamanca 1569);

MARTÍN DE OLANO: *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis et regni hispaniarum* (1575);

XIMÉNEZ: *Concordia sea concordantiae utriusque iuris civilis et canonici* (Toledo 1596).

No se espere encontrar en estas obras una rigurosa aplicación científica del moderno método comparativo; ocurre más bien que los autores descubren las antinomias, es decir, normas distintas y, contradictorias, en los ordenamientos que consideran, y tratan de concordarles y dar solución a los conflictos jurídicos que suscitan, con los criterios que les inspira su formación jurídica o, en último término, la *naturalis ratio*. Parecido método es también el que utiliza FERRETTI comparando el Derecho romano y el longobardo, en una obra publicada en Ravena en 1541.

Francisco BACON de VERULAM (1561-1626) (que no debe confundirse con el también filósofo Rogerio Bacon del s. XIII), escribe el celeberrimo *Tractatus de justitia universale sive de fontibus iuris*, en el que, aplicando el método experimental, que él mismo había creado, conociendo en profundidad el Derecho inglés y el Derecho romano, propugna un sistema de justicia universal —en ese estado utópico que denomina *Nova Atlantis*— y que ayude a mejorar los sistemas particulares de cada país. Hugo GROCIO —Hugus van Groot—, consejero de la Corte de los Países Bajos (1583-1645), no desdeña los materiales legislativos que puede proporcionarle cualquier país para construir su conocido gran Tratado de Derecho Internacional y Natural, *De iure belli ac pacis*. Medio siglo más tarde Godofredo Guillermo LEIBNITZ, filósofo, matemático, filólogo y teólogo (1646-1716), en su obra *Nova methodus discendae docendaeque Iurisprudentiae*, para alcanzar ese nuevo método, propugna una investigación histórica y comparativa del mundo entonces civilizado, con apoyo especial en la Lingüística.

Se trata, en su conjunto, de aisladas aportaciones doctrinales, procedentes de mentes preclaras de hombres de saber polifacético, con fondo humanista, que enfocan filosóficamente el problema de la diversidad de los derechos bajo la perspectiva de un derecho universal más perfecto, aunque sin desdeñar finalidades utilitarias.

A caballo de los siglos XVIII y XIX, van a destacar, entre los precursores europeos, cuatro nombres ilustres: un inglés, un francés, un alemán y un italiano. SELDEN, fallecido en 1654, va a insistir en un tema ya clásico, a saber, la influencia del Derecho Romano en la *Common Law*,

si bien amplía el horizonte de sus investigaciones, pues, además, es un experto en la historia del derecho de los pueblos orientales y occidentales. A MONTESQUIEU, Barón de Secondat, filósofo y literato, se le ha considerado verdadero *fundador del Derecho comparado* por sostener que las leyes han de ser estudiadas en relación con su historia y el entorno en que han de aplicarse, habiendo intentado realizar un examen de los diversos derechos de los países del mundo en su fundamental obra *De l'esprit des lois*. El filósofo FEUERBACH (1804-1872) proyectó una obra gigantesca titulada *La ciencia del Derecho universal*, que, sin embargo, no pudo concluir, y de quien se ha dicho que fue el primero que tuvo una idea clara de la necesidad y cometido de las ideas comparativas. Juan Bautista VICO (1668-1743), Profesor de Retórica en Nápoles, en su estudio *De uno universi iuris principii, De constantia jurisprudentiae*, se propuso alcanzar los principios jurídicos universales que servirían de base a la uniformidad de las leyes.

Los autores hasta ahora considerados se mantienen en el plano de las ideas generales y de las concepciones filosóficas del derecho, sin descender apenas al terreno del derecho positivo, y sin lograr tampoco una universal aceptación para sus propuestas.

EL DECISIVO SIGLO XIX

Podemos decir que en el siglo XIX el movimiento a favor del Derecho comparado se acelera y se extiende; sin llegarse a poner previamente de acuerdo, surgen en diversos países, propuestas e iniciativas que confluirán en un objetivo común.

En 1829, en Alemania y en la Universidad de Heidelberg, nace la primera revista de Derecho comparado, dirigida por Carlos Salomón ZACHARIAE von LEIGENTHAL (1769-1843), con el título *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Gesetzgebung des Auslandes* (Revista crítica para la ciencia jurídica de la legislación extranjera); alcanzando una duración —que podemos calificar de milagrosa, ya que su director fue inicialmente muy criticado— de más de un cuarto de siglo (desde 1829 a 1856), y hoy su posesión supone ostentar una joya bibliográfica.

En 1831 en el *Collège de France*, de París, se dota la primera cátedra de *Historia general y filosofía de las legislaciones comparadas*, que desempeñará en primer término ORTOLAN. Tres años más tarde aparece en París la *Revue étrangère de Législation*. En 1838 se explica en la Univ. de París el primer curso de *Ley de Legislación penal comparada*.

En 1851 se crea —aunque resulte sorprendente— en la Universidad de Madrid, en los estudios de Doctorado, la primera cátedra de *Ley de Legislación comparada*, uno de cuyos titulares sería Gumersindo de AZCÁRATE, prohombre de la Institución Libre de la Enseñanza, quien publicará su Memoria de cátedra en la RGLJ con el título *Ensayo de introducción al estudio de la legislación comparada*. En el mismo año se dota en Oxford la primera cátedra de *Comparative Law*.

Un hecho que va a producir consecuencias duraderas es la constitución en París, en 1869, de la *Société de Législation Comparée*, cuyas actividades, bajo otro nombre, van a prolongarse hasta nuestros días. Tres años más tarde esta sociedad comenzará a publicar el acreditado *Annuaire de Législation Comparée*.

Esta serie de acontecimientos va a contribuir, como dice GUTTERIDGE, a que en la segunda mitad del siglo XIX se reconozca definitivamente, y a nivel científico, al Derecho Comparado como rama independiente de los estudios jurídicos, bien diferenciada de la historia, de la sociología y de la filosofía.

EL MODERNO DERECHO COMPARADO

Con ocasión de la Exposición Universal de 1900, se celebra en París, del 31 julio al 4 de agosto, el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, ocasión privilegiada para que se reúnan los comparatistas de todo el mundo, convencidos de la imperiosa necesidad de superar las rígidas fronteras de la legislación estatal; los reunidos contrastan sus opiniones —no siempre coincidentes, como cabe suponer— y acuerdan proseguir con entusiasmo su tarea, unificando esfuerzos dispersos y tratando de extender a otros países la preocupación que les acucia.

Este intercambio de ideas va a sentar las bases para aclarar el *fin último del Derecho Comparado*. Así ocurrirá que una visión idealista que apuntaba a la formulación de un Derecho de universal aplicación a todos los países, fue sustituida, poco a poco, por la de *aproximación* o *armonización* de las legislaciones pertenecientes a la misma *familia jurídica*. De aquí un criterio básico de valoración: una obra en la que se exponga la legislación de todos los países del mundo, por ej., por orden alfabético desde Afganistán hasta Zimbawue, no resultaría útil a efectos comparativos.

En principio no hay obstáculos científicos para comparar sistemas jurídicos históricos, pero de momento parece aconsejable limitarse a los sistemas vigentes; ahora bien, entre éstos no hay limitación, de modo que todas las ramas del Derecho, público y privado, son susceptible de comparación; ello no impide reconocer que ciertas materias pueden ofrecer mayor resistencia al estudio comparativo, como ocurre, por ejemplo, con los procesos penales especiales o la legislación fiscal especial. Por otro lado la comparación no debe reducirse a comparar los textos legislativos o codiciales, sino que debe tener en cuenta también la jurisprudencia y la doctrina de cada país suscitada por aquéllos. Por último, la comparación atiende al resultado final a que conduce la aplicación de cada sistema jurídico, y así puede ocurrir que el régimen legal de dos o más países, sea muy diferente entre sí, incluso por pertenecer a distintas familias, aunque su aplicación conduzca, sin embargo, a resultados idénticos.

La aplicación del método comparativo presupone el *conocimiento de lenguas extranjeras*, y, podríamos añadir, que cuántas más, mejor. La regla es que cada legislación extranjera debe ser consultada en el idioma en que sido promulgada; como ello no resulta posible en muchos casos, hay que acudir a traducciones, procurando sean oficiales o acreditadas. La traducción de textos legales, no es tarea fácil, pues requiere en el traductor el dominio de ambos idiomas y, además, el conocimiento suficiente de cada derecho. Algunos ejemplos ilustrativos: *Contrat* en francés, *contratto* en italiano, o *contrato* en portugués significan la misma realidad jurídica, equivaliendo a *contrato* en español; pero *contract* en inglés significa otra cosa parcialmente diferente; *Civil law* no

puede traducirse por derecho civil, sino que los ingleses lo emplean para designar a la familia de los derechos codificados. En español estamos acostumbrados a hablar de las *personas jurídicas* para referirnos a la persona de tipo asociativa o fundacional; en cambio, los franceses prefieren aludir a la *personnalité morale*, y en inglés la expresión *juristic person* suscitaría no pocas reservas y se preferirá la expresión *legal person*. Hay diccionarios legales en varios idiomas, pero ninguno tiene reconocimiento oficial y su valor sólo es aproximado. Suiza ofrece, a este respecto, un escrupuloso ejemplo de fidelidad lingüística, dada su cualidad de estado plurilingüístico, y así todos los textos legales oficiales han de traducirse por ley al francés, alemán e italiano. En cambio, entre nosotros los traductores del BOE de los textos en lenguas regionales dejan mucho que desear; por otro lado, la versión oficial española de los textos comunitarios suelen ser sencillamente deplorable. (sabemos que aunque en la UE hay muchas lenguas oficiales, *algunas son más oficiales que otras* derivado del hecho de que quienes redactan los textos legales suelen tener mayoritariamente como lengua materna el francés o el inglés, lo que significa que *piensan el texto legal* en uno u otro idioma, y las demás versiones son traducidas, con mayor o menor acierto).

El método comparativo, para ser aplicado con fruto, debe utilizarse en el interior de la misma *familia de sistemas jurídicos*. Por familia se entiende aquí el conjunto de legislaciones que tienen un origen común más o menos antiguo. El Derecho español pertenece a la *familia romano-germánico-canónica*, también denominada *continental* o del *Civil Law* en terminología inglesa; se trata de legislaciones que derivan del Derecho común europeo, se caracterizan por haber codificado su legislación durante los siglos XIX o XX, e inspirarse en la doctrina de la división de poderes de Montesquieu. Dentro de esta gran familia, hay subdivisiones; quizá el más distante para nosotros sea el escandinavo, que agrupa a los países nórdicos, en donde escasamente se produjo la recepción del Derecho Romano, y cuya legislación, especialmente civil, se ha ido armonizando, últimamente, y en alguna medida, mediante acuerdos internos; otro caso especial era el de los países socialistas del Este europeo, que se consideraba, hasta la caída del Muro, como un

subgrupo presidido por la concepción materialista del derecho, aunque en el seno de la familia continental (hoy está en fase de liquidación, con el interrogante del modelo legislativo que vaya a adoptar Rusia, aunque no se olvide que este sistema o subsistema socialista, subsiste todavía fuera de Europa); por último, los países ibéricos presentan rasgos propios dentro de la familia romano-germánico-canónico, constituyendo un subgrupo o familia restringida, con importante proyección en América.

La extensa familia de los países de la *Common Law* y de la *Equity* se extiende por varios continentes, y presenta —a su vez— varios subtipos. El núcleo originario surge en Inglaterra, después de la invasión normanda en el siglo XI, se basa en el *case law*, y no sufrió directamente la recepción del Derecho romano, habiendo pervivido, sin grandes modificaciones, en las Islas Británicas (salvo Escocia), e Irlanda. Se trasladó a los EEUU, recibiendo algunas modificaciones derivadas de la organización federal del país, así como de la existencia de una instancia judicial constitucional (desconocida en Inglaterra). Se aplica también en Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y en extensos territorios de la *Commonwealth* (India, Sudáfrica en parte, Nigeria y otras antiguas colonias). El Canadá francés (Québec) es un enclave de derecho francés, como también lo es el estado de Louisiana, en el sistema norteamericano, mientras que Puerto Rico lo es de Derecho español (también, en Asia, lo son las Islas Filipinas, con su C.c. de 1949, en buena parte traducción del español).

Muy compacto es el grupo de *países musulmanes* cuya legislación se inspira en el Corán, y que se extiende desde Mauritania y comprende todo el Africa del Norte, y la península arábiga, hasta Afganistán, Pakistán e Indonesia, a los que deben unirse, en todo o parte, a varios países africanos. Turquía es una excepción pues ha laicizado su legislación (su Código civil se inspira en el suizo, salvo el derecho de familia).

El continente africano carece actualmente de unidad legislativa, y de raíces comunes, pues a los países de inspiración musulmana, ya señalados, hay que añadir los países surgidos de las antiguas colonias cuya legislación se inspira en el derecho de la antigua metrópoli. En

casi todos ellos hay un *derecho consuetudinario* (*Costumery Law*) y cuya vigencia es más o menos amplia, según los estados (por ejemplo, en la nueva Constitución provisional de Sudáfrica, se reconoce expresamente, y por vez primera, a los derechos propios de las minorías zulúes, bantúes etc).

La familia de *Derechos orientales* no resulta de fácil caracterización. Japón ha querido occidentalizarse, y, por ej., su Código civil (salvo el Derecho de familia) se ha inspirado en el BGB alemán, y parece que Corea del Sur ha seguido sus pasos. China continental —junto con Vietnam— siguen perteneciendo al sistema comunista, pero en ambos países hay una previa tradición filosófica de Confucio, que no parece haber sido borrada, además de la apertura del primero de los países citados a la economía de mercado. Y si incluimos aquí a los sistemas jurídicos vigentes en la India, aparte del derecho público típicamente anglosajón, hay una variada legislación de inspiración religiosa budista, e, incluso, cristiana (por ej., se habla así del *christian marriage* introducido por el Derecho inglés, para caracterizar a un modelo matrimonial opuesto, o, al menos, diferente, al matrimonio hindú tradicional).

Casi a título anecdótico cabe mencionar el modelo del C.c. cubano de 1987, único país occidental de inspiración necesariamente marxista, y cuyo C.c. de 1987 aparece influido, tanto por el C.c. español como por la legislación soviética.

¿PARA QUÉ SIRVE HOY EL DERECHO COMPARADO AL JURISTA ESPAÑOL?

Entre los científicos del Derecho del mundo occidental se ha consolidado ya la autonomía del Derecho comparado como ciencia, y la singularidad de su método, y así lo han reconocido tanto el TS español como el de otros países europeos. En bastantes Universidades hay cátedras específicas, y figura, al menos como materia optativa, en muchos planes de estudio. En Estrasburgo hay una Facultad Internacional de Derecho Comparado que otorga el título de Doctor. En numerosas Universidades europeas y americanas hay Institutos de Derecho Comparado que permiten profundizar en esta materia a los

ya licenciados. Hay organizaciones como la *Academie Internationale de Droit Comparée* (fundada en La Haya en 1924) y la *International Association of Legal Science* (creada en París, en 1950, bajo las auspicios de la UNESCO) que periódicamente organizan Congresos científicos, y cuyas Actas se publican. La primera ha celebrado ya el XVIII^o, el último en Bristol en 1998, empezando por los dos primeros de la Haya en 1932 y 1937, y luego continuando en Londres (1950), París (1954), Bruselas (1958), Hamburgo (1962), Uppsala (1966), Pescara (1970), Teherán (1974), Budapest (1978), Caracas (1982), Sidney (1986), Montreal (1990), y Atenas (1994). La segunda ha organizado medio centenar de Coloquios internacionales entre 1952 y 1999, cuya enumeración aquí estaría fuera de lugar. Para responder a la pregunta que he planteado hay que recordar las conclusiones del Congreso de Metz celebrado hace pocos años, bajo los auspicios de la Comunidad Europea; en ellas se recuerda el dato fundamental de que los Tratados de la Unión no atribuyen a los organismos europeos competencias directas para modificar los planes de estudio de las Facultades de Derecho de los estados-miembro. Sin embargo, es urgente poner remedio ya al excesivo nacionalismo de que adolecen nuestros estudios. Por ahora no puede pensarse en un único Plan de Estudios europeos con validez en todo el territorio de la Unión Europea. Es algo que algunas Universidades intentan mediante convenios particulares (así la Complutense con París-II; y también algún intento se ha producido ya entre nuestra Universidad y la de Pau).

Al margen de ello, en mi opinión lo importante es tomar conciencia del *déficit comparativo* de que adolecen algunos de los Planes de Estudio de Derecho en vigor en España, y tratar de remediarlo con los medios de que disponemos. En Metz se aconsejó potenciar las asignaturas que actualmente poseen una dimensión o proyección internacional: así el Romano por su valor formativo; el Canónico por su universalidad intrínseca, el Internacional Público y el Comunitario por análogas razones. Un lugar especial ocupa el Internacional Privado, ya que, por su objeto, trata de regular aquellas relaciones jurídico-privadas en las que, al menos, hay un elemento extranjero; su aplicación puede conducir a que el jurista deba utilizar normas pertenecientes a sistemas jurídicos extranjeros; y aquí la aplicación del Derecho Comparado es evidente,

pues el Internacional Privado se detiene en el momento de determinar la ley aplicable¹¹.

No se trata obviamente de que el comparatista deba conocer, o pueda conocer, la totalidad de los sistemas jurídicos en vigor; ello es humanamente imposible, sino de que posea los mecanismos de comprensión, las claves interpretativas para acceder, al menos, a los sistemas jurídicos más importantes para nosotros; es decir, a los pertenecientes a los países que hoy formamos la Comunidad Europea, y a aquéllos con quienes nos relacionamos más habitualmente. Parafraseando un conocido aserto cabría decir *El jurista que sólo sabe derecho español, ni siquiera derecho español sabe*. La libre circulación de personas, bienes y servicios dentro de la Comunidad, ¿va a limitarse sólo a las mercancías y a las relaciones económicas? Cabe decirlo gráficamente: Hay que abrir puertas y ventanas al exterior. No de cualquier modo, obviamente, sino científica y sistemáticamente. En el umbral del siglo XXI, no podemos encerrarnos en la torre de marfil de nuestro propio sistema jurídico, ignorando los demás, por comodidad o creyendo ingenuamente en la superioridad del nuestro. Es posible que, efectivamente, lo sea, pero sólo, en cada caso, podremos afirmarlo después de compararlo objetivamente con lo ajeno.

También se mencionó en Metz la conveniencia de promover el intercambio de estudiantes y profesores en el marco del *Programa Sócrates-Erasmus*. Precisamente una condición de su éxito radica en la preparación adecuada de los alumnos que van a estudiar a Universidades extranjeras; preparación que debe incluir nociones sobre la familia a que pertenece el país de destino, es decir, una de las nociones nucleares del Derecho comparado; esta cuestión puede no representar en la práctica, para nuestros estudiantes, grandes problemas tratándose de Universidades francesas o italianas, pero la dificultad se incrementará con las germánicas, inglesas, escandinavas o países del Este europeo.

11 Ahora el DIP es uniforme para todos los países de la UE en virtud de un Reglamento comunitario.

Todavía surge aquí otra cuestión que trasciende a la Universidad, y que en Metz también se intentó abordar su solución, propugnando el *reciclaje comparatista* de las anteriores generaciones de juristas, que no recibieron esta formación a su paso por las aulas. Me parece que nuestra Facultad está dispuesta a colaborar con las restantes Instituciones jurídicas que se preocupan también por la puesta al día de sus miembros.

La pregunta de ¿para qué sirve el Derecho Comparado en el umbral del siglo XXI?, podría responderse en estos o similares términos:

1º) Tiene una evidente función formativa, para dotar de un marco u horizonte adecuado a los estudios que aquí se imparten, evitando así caer en un alicorto utilitarismo. El Derecho español no es un sistema aislado dentro de la familia romano-germano-canónica; posee elementos comunes con los de otros países, y elementos propios que le diferencian; en algunos sectores (como el de Obligaciones) tiende a converger con los países de nuestro entorno, e incluso, a unificarse por nuestra pertenencia a la Unión Europea.

2º) Posee una función instrumental general, dentro del fenómeno que suele denominarse de *globalización de las relaciones humanas* (por ej. en el comercio, relaciones laborales, turismo, investigación etc).

3º) Presenta una innegable función instrumental aplicada para mejor regular las relaciones jurídico-civiles regidas por el Derecho Internacional Privado, los Tratados comunitarios, el GATT, el Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías etc.

4º) Es instrumento necesario para conocer los precedentes de nuestro derecho, sea cualquier la rama a que pertenezca (por ej. nuestro C.c. resulta ininteligible sin acudir a los Códigos francés de 1804 e italiano de 1865, y, en menor medida, al portugués de 1867 y al austriaco de 1811; otros ejemplos podrán aducirse en las restantes asignaturas positivas).

5º) Para la reforma de nuestro Derecho resulta igualmente un instrumento de primera magnitud, ya sea para seguir alguno de los modelos existentes, ya sea para combinar varios de ellos, ya sea para

optar, con pleno conocimiento de causa, por uno propio y original. De hecho, en el Congreso de Diputados, con los proyectos de leyes que se reparten a los miembros de la Ponencia que ha de informar aquéllos, suele acompañarse una información traducida de la legislación extranjera análoga o similar (no quiero decir, con ello, que nuestros Diputados realizan necesariamente tareas comparativas, sino que destaco la importancia que el Derecho comparado tiene, de hecho, en la fase preparatoria de las leyes).

Por último, cabría aludir a un resultado consistente el la mejor **actitud general del jurista con formación comparatista**, lo que redundará también, a su vez, en una mayor eficacia de su labor: En primer lugar, el comparatista debe estar imbuido por una gran curiosidad intelectual; mi experiencia me permite afirmar que la aplicación del método comparativo proporciona no pocas sorpresas, muchas veces agradables; así se encuentran, en ocasiones, soluciones a problemas interpretativos de nuestro derecho que parecían insolubles; se realizan hallazgos inesperados, por ej. respuestas similares a las nuestras cuando éstas parecían insólitas. Cuando más se bucea en sistemas jurídicos extranjeros más se relativiza nuestro propio derecho, y se curan los chauvinismos en que hemos podido incurrir. Si coloco en último término el estímulo para conocer idiomas extranjeros que recibe el comparatista, me parece tan obvio que casi resulta innecesario mencionarlo; si se pretende en España que en la Escuela primaria se conozca ya una lengua extranjera, al universitario deberíamos exigirle, en consecuencia, que salga de las aulas dominando tres idiomas además del suyo propio, lo que, de cumplirse, facilitaría el estudio del derecho comparado.

Por último, haría aquí una sugerencia institucional que parte de una constatación: en Europa nuestro idioma es lengua minoritaria; lo cual no obsta a que siga en aumento el flujo de estudiantes extranjeros a nuestra Facultad. Entonces, y para facilitar la tarea de éstos ¿por qué no imitar a las Universidades de otras Universidades europeas con idiomas también minoritarios? Pienso en lo que ocurre ya en los países nórdicos, en Holanda y en varias Universidades alemanas, en todas las cuales se brindan a los estudiantes extranjeros, cursos de Derecho propio, impartidos en alguno de los idiomas más utilizados en Europa

¿Es utópico imaginar que en el futuro nuestra Facultad ofrezca cursos de derecho español, por ejemplo, en francés o inglés?

Me parece queda claro que el Derecho Comparado no es una asignatura más, que pugna por inscribirse en el catálogo de las impartidas o que pretenden impartirse. Es, desde luego, una ciencia, que responde a unos principios propios, pero, sobre todo, es un método interpretativo que se brinda a todas las ramas del derecho, especialmente —aunque no exclusivamente— a las de carácter positivo. El fundamental art. 3º párr. 1º del C.c. como es sabido, brinda a todos los operadores del derecho los métodos para interpretar la norma jurídica; pero no es una lista cerrada y el propio TS ha tenido ocasión de utilizar en varias sentencias la comparación jurídica. Me parece que hay aquí un desafío para el jurista del s. XXI, para docentes y discentes; desafío que, en mi opinión, no debiera eludir nuestra Facultad. Si, a salvo excepciones notables, en España hemos tardado un siglo en enterarnos de la existencia del Derecho comparado, cabe abrigar esperanzas de que no sea necesaria que pase otro siglo para que nos decidamos a incorporarlo al futuro Plan de Estudios.

CIEN AÑOS DE DERECHO COMPARADO (Del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans de 2000)¹²

¿Qué representa un siglo en el devenir de las instituciones jurídicas? Apenas nada, es la primera respuesta que aflora a nuestros labios. Así *ad exemplum*, el centenario del C.c. de 1889 pasó casi inadvertido entre nosotros, salvo su obligado eco en los círculos especializados, aunque sin trascender prácticamente al exterior. Sin embargo, el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado de París de 1900¹³, y el Congreso del Centenario reunido en Nueva Orleans en el 2000, son los hitos que discurren entre el nacimiento, la mayoría de edad y la consagración, que algunos juzgan triunfo clamoroso, de esta disciplina, que —también se ha dicho—, corre el riesgo hasta de *morir de éxito*.

Quien firma esta colaboración, no asistió, obviamente al acta de su nacimiento, pero sí bebió en las inquietudes comparatistas de la Escuela civilista vallisoletana, que me transmitió mi querido maestro, el Prof. Serrano y Serrano, y en los años Sesenta se incorporó ilusionadamente al movimiento comparatista español (era el periodo en que don José Castán presidía el Comité español de Derecho Comparado), pudiendo participar en varios Congresos internacionales (Uppsala, Pescara, Teherán, Budapest, Montreal, Atenas), obteniendo el inmerecido honor,

12 Publicado en "AC", 2002, págs. 805-817.

13 El Congreso había sido organizado a iniciativa de la "Société de Législation Comparée", quien se encargó de publicar sus Actas bajo el título de *Congrès internationale de Droit Comparé (31 juillet-4 août 1900)*, 2 vols. (París 1905-1907).

en 1974, de ser designado *rapporteur général* sobre un tema, entonces de vivísima actualidad, aunque hoy superado, como era el de la *situation juridique des enfants nés hors mariage*, y que, *Deo volente*, volverá a serlo en el presente 2002, en el que se celebrará en Brisbane, sobre otro tema ahora también de vivísima actualidad: *Quelle famille pour le XXI^e siècle?* También figura en el elenco de profesores de la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo, y, desde 1982, ha asegurado ininterrumpidamente la impartición de un curso sobre Derecho Comparado en los estudios de tercer ciclo en la Universidad de Zaragoza.

Pertenezco a una generación de comparatistas que está a punto de pasar el testigo a otra, probablemente mejor pertrechada que la nuestra para tareas comparatistas, y que apenas puede ofrecer la escasamente confortadora experiencia de ser testigos del constante declinar, entre nosotros, del interés comparativo y de su manifestación o salida al exterior¹⁴. Preocupado por este hecho, promoví hace poco la creación de la Asociación Española de Derecho Comparado, incorporada a la *Association Internationale des Sciences Juridiques*, dependiente de la Unesco y radicada en París, la cual logró que en el Congreso de Bristol (1998) cambiara la tendencia acerca de la presencia española en los Congresos internacionales de la especialidad, y para el próximo de Brisbane (Australia), en julio del 2002, se ha obtenido ya la presencia de dos ponentes generales, y aproximadamente docena y media de ponentes nacionales.

¿Es cierto que el Derecho Comparado como disciplina jurídica, en contraste con su eco en España, se ha consolidado a nivel internacional y, sobre todo, europeo-occidental, y ofrece un futuro preñado de esperanzas? Si la respuesta fuera afirmativa —y de ella estoy íntimamente persuadido— yo creo que, desde la óptica española, sólo quedaría entonar el *mea culpa* y actuar con eficacia el propósito de enmienda.

Los historiadores han escudriñado las fuentes y sacado a la luz las razones de cómo se gestó y desarrolló el aludido Congreso de París de

14 V. GARCÍA CANTERO, *L'enseignement du droit comparé en Espagne: Aperçu historique et état actuel*, en el vol. colectivo *L'Avenir du Droit Comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire* (París 2000) p. 123 ss. esp. p. 137 s.

1900, protagonizado por Saleilles, Lambert y Pollock¹⁵. Como se sabe, y a lo largo de todo el siglo XIX, habían surgido iniciativas aisladas en diversos países europeos, encaminadas a incorporar al *corpus* de materias jurídicas, una nueva disciplina que terminó denominándose *Derecho Comparado*, y tal incorporación se produjo tanto en la enseñanza como en la investigación; incluso se habla —no sin fundamento—, de la existencia de los grandes precursores comparatistas de los siglos XVII-XVIII (Selden, Montesquieu, Feuerbach y Vico). Pero, ciertamente, la aparición de la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes*, que se publicó en Heidelberg desde 1829 a 1856, representó un hito fundamental en el *iter* que condujo a la consagración científica de aquélla; revista continuada en cierto modo, a partir de 1878, por la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, dirigida por Kohler. Lo mismo que la creación en 1831, de una cátedra en el Colegio de Francia dedicada a la *Histoire générale et Philosophie des Législations Comparées*, seguida en 1851, de otra en la Universidad de Madrid, también dedicada al Derecho Comparado (por cierto, desempeñada desde 1875 por Gumersindo de Azcárate), contribuyeron a la consagración docente de la nueva asignatura. No puede parse por alto la fundación en 1869, en París, de la *Société de Législation Comparée*, que comenzó a publicar un Boletín que, bajo distintas denominaciones, habría de llegar hasta nuestros días.

El Congreso de París, cobijado en el marco de las actividades suscitadas por la Exposición Universal que tenía lugar aquel año, como acontecimiento central a orillas del Sena, se va a hacer eco de las preocupaciones comparatistas suscitadas, aquí y allá, en diversos países europeos e, incluso en EEUU. Por una serie de convincentes razones, el Congreso va a tener un carácter fundamentalmente francés, siendo este idioma el único oficial y la nacionalidad de la mayoría de los componentes del Comité Organizador. Van a participar también comparatistas de otros países que presentarán sus ponencias, aunque traducidas necesariamente al francés. Lo cierto es que se va a colorear durante un

15 Datos biográficos de los dos primeros, en JAMIN, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert révisité*, en RIDC, 2000, p. 273 ss.

siglo el movimiento comparatista de *politesse* y de *esprit*. Al cabo de un siglo, en París sigue radicando todavía la *Académie Internationale de Droit Comparé* que, de alguna manera, tiene el monopolio del comparatismo oficial, pues es el organismo que se encarga de organizar los cuatrienales Congresos internacionales ya aludidos. En París sigue editándose la *Revue Internationale de Droit Comparé* (que ha festejado ya su cincuentenario) y que constituye, sin duda, la más difundida, en Europa, de las revistas comparatistas.

El Congreso del Centenario se ha celebrado al otro lado del Atlántico, en noviembre del 2000¹⁶, y ha venido a consagrar el papel relevante de lo anglosajón en el mundo comparativo (así, aunque eran oficiales los idiomas francés e inglés, sólo utilizamos el primero los profesores Sacco, Blanc-Jouvan y el que firma). Lo es, sin duda, por la extensión territorial de los países regidos por la *common law*, su peso decisivo en la política y la economía mundiales. Lo es también por el brillante *despertar comparativo* del mundo anglosajón. Empieza a ser frecuente ya encontrar a comparatistas estadounidenses que ahora manejan con soltura idiomas europeos, y que han comenzado a profundizar, por ej., en los derechos francés y alemán, reconociendo, o “re-descubriendo”, la importancia del Código de Napoleón y del BGB, advirtiendo a sus colegas la necesidad de superar una visión simplista, demasiado extendida en aquellos pagos, que otorga superioridad al *common law* por el mero hecho de no haberse contaminado con la filosofía y la técnica codificadoras, lo que, según la *communis opinio* de allí, representa una traición a los orígenes. El Congreso de Nueva Orleans no supondrá necesariamente el ocaso de lo francés en el mundo comparativo, pero sí la necesidad, en adelante, de compartir la hegemonía¹⁷. A nadie seduce un mundo que sólo hable inglés y se rija —exclusiva o principalmente— por instituciones inspiradas en el *common law*. Al margen de filias y fobias, hay que reconocer que el tesoro representado por la tradición

16 V. la breve crónica de PICARD, *Congrès Mondial du Centenaire du Droit Comparé (La Nouvelle Orléans, 1-4 novembre 2000)*, RIDC, 2001, p. 209 ss.

17 Vide el inteligente estudio de Horatia MUIR-VATT, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC, 2000, p. 503 ss.

jurídica romano-germánica es demasiado importante para permutarlo por un plato de lentejas. Las reflexiones que siguen se inspiran y tienen su fuente en el texto de las ponencias del *Centennial World Congress on Comparative Law*, tal como se distribuyeron en el Congreso, así como en el debate subsiguiente¹⁸.

Iniciado ya el tercer milenio, las impresiones generales expuestas por la doctrina comparatista, después de celebrado el Centenario de su puesta de largo en sociedad, no pueden ser más favorables. Partiendo de la base de que el Derecho comparado sólo ha sido posible y viable en un continente como el europeo, una vez nacida en él y ampliamente desarrollada la idea codificadora que ha fructificado, a lo largo de dos siglos, hasta en tres generaciones de Códigos civiles, se acepta unánimemente que la actitud mental y la circunstancia social del jurista que vivía a principios del siglo XX, ha cambiado radicalmente respecto de la del jurista de nuestros días, o de quienes se preparen a serlo, y han comenzado ya a vivir la aventura de estrenar siglo y milenio.

El concepto moderno de estado soberano ha proseguido irremediablemente su declive¹⁹, y con ella la pretensión absorbente de monopolizar las fuentes creadoras del derecho, lo que conlleva importantes consecuencias para la aplicación de dicha doctrina por los tribunales, pues, incluso en los países del *civil law*, se abre paso la idea de la función creadora de la jurisprudencia (recordemos, entre nosotros, la discusión a propósito del significado de la frase: *la jurisprudencia complementará*

18 Utilizaré las ponencias de los siguientes autores, tal como aparecen en el material que se nos entregó en el Congreso:

Centennial World Congress on Comparative Law (November 1-4, 2000) Organized by: the International Association of Legal Science and the Eason Weinmann Center for Comparative Law, Tulane University.

SACCO, *Comparative Law 100 Years after the First World Congress* (hay trad. francesa).

LANDO, *Comparative Law and Law-Making*.

GLENN, *Comparative Law and Legal Practice*.

GORDLEY, *Comparative Law and Law Education*.

Puede verse también de SACCO, su *Épilogue*, a la obra cit. en nota anterior, p. 337 ss.

19 Hecho constatado en ambas orillas del Atlántico. Cfr. GLENN, loc. cit.p.10.

el ordenamiento jurídico del art. 1.6 Cc, discusión que deberá reabrirse después de que la Lec 2000 haya modificado sustancialmente el recurso de casación). Parece incuestionable que nos encaminamos, también en lo jurídico, hacia una globalización²⁰ que, en el ámbito jurídico, obligará a superar rápidamente una enseñanza universitaria centrada, exclusiva o principalmente, en el derecho propio, y que obligará a ampliar las fuentes del derecho. La aparición de organizaciones supraestatales de nuevo cuño ha dado origen a un nuevo derecho que, *de facto y de iure*, se superpone al interno. El incremento de relaciones comerciales internacionales ha obligado, en cuanto a la praxis, a crear despachos, firmas o bufetes especializados²¹, dotados de abogados expertos en la denominada *lex mercatoria*, que incluye, además de las leyes mercantiles estatales, gran número de fuentes internacionales, usos y costumbres.

SACCO²² afirma categóricamente que un siglo después de su primer Congreso, el Derecho comparado triunfa por doquier, por ser cabalmente el instrumento más apto para promulgar nuevas normas así como para reformar las obsoletas; en efecto, no se redacta ya, en ningún país, ningún proyecto de ley sin tener a la vista el ejemplo de las leyes precedentes promulgadas en otros países del entorno; la comparación triunfa porque la comunidad de juristas ha adquirido conciencia de que existe una nueva rama del Derecho cuyo objeto es la documentación y la investigación en Derecho comparado; en último término porque la opinión pública mundial es sensible a ideas-clave tales como la armonización, la uniformización y unificación del derecho, y, últimamente, a ese fenómeno, ya aludido, de la globalización, pese a la incertidumbre de su concepto, y a lo equívoco de algunas de sus aplicaciones, y la resistencia que suscita en no pocos sectores de la sociedad.

20 Vide, en general, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *Globalización económica y Derecho Mercantil*, conferencia pronunciada en la Festividad de San Raimundo de Peñafort, el 25 enero 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, p. 8 ss.

21 GLENN, loc. cit. p. 6, muestra su sorpresa por el hecho de que en Londres hay más de un centenar de despachos extranjeros (la mitad procedente de los EEUU); 65 en Bruselas, 56 en París, 52 en Hong Kong, alrededor de 30 en cada una de las ciudades de Nueva York, Moscú, Singapur y Tokio.

22 SACCO, *Comparative Law 100 Years after the First World Congress* cit. p. 2.

Por su parte BLANC-JOUVAN²³ certifica que existen actualmente *signes de bonne santé du droit comparé*. El Derecho comparado goza actualmente de excelente salud. Con todo, no pueden pasarse por alto críticas sobre el mal uso que, a veces, se está haciendo de esta asignatura, llegando incluso al descaro de hacer creer que basta cualquier referencia en un estudio a la legislación extranjera, para calificarlo, sin más, de comparativo, llegando lo aberrante a que, cuanto más exótica o estridente sea aquella referencia, mejor calificado vendrá el estudio de marras. Bajo una perspectiva diferente también se ha apuntado paradójicamente por el profesor GLENN²⁴, de la Universidad de Montreal, que acaso el Derecho Comparado pueda morir de éxito, pues resulta evidente que ahora todos sostienen —*nemine discrepante*— que esta asignatura es absolutamente necesaria en cualquier faceta de la actividad jurídica; y de esta suerte cualquier jurista vendría a ser, por el mero hecho de serlo, comparatista, casi sin advertirlo; y por ello no sería necesario dedicar a su estudio una especialización. Para expresarlo gráficamente, si en cualquier Facultad el profesor de civil, mercantil, penal, administrativo, procesal, fiscal, etc., enseñasen en su cátedra el Derecho comparado de su respectiva especialidad, sobraría una asignatura específica sobre el Derecho Comparado, ya sea de libre configuración (como ocurre en el Plan de Estudios de Zaragoza²⁵), o la que se pudiera ofrecer en cualquier Programa de Tercer Ciclo. Ahora bien, en términos generales ¿tiene fundamento *in re* esta opinión?; y descendiendo al *aquí y al ahora*, ¿se ha alcanzado, entre nosotros, una situación semejante?

GLENN²⁶ observa acertadamente que el Derecho comparado ha cumplido en los países europeos una doble función; así, por una

23 BLANC-JOUVAN, *Prologue* del vol. *L'Avenir du droit comparé*, cit. p. 14.

24 Vide el trabajo de GLENN, *Vers un droit comparé intégré?*, en el vol. cit. *L'Avenir etc.* p. 105 ss.

25 Desgraciadamente debido a los turbulentos aires de la Convergencia de Bolonia parece que, a partir del curso 2010-2011, la asignatura de libre configuración desaparece del nuevo Plan de Estudios de Zaragoza. ¡Para mayor sarcasmo, con invocación de Bolonia!

26 GLENN, loc. últim. cit. p. 106.

parte, durante el siglo XIX contribuyó a la consolidación de los nuevos derechos civiles codificados, emergentes en cada uno de los estados independientes (a veces, el Código se promulgaba antes de lograr la total unificación del país, como ocurrió en Italia en 1865); pero, en una fase posterior, los juristas nacionales se dispusieron a analizar las diferencias de su derecho con el del vecino, llegándose así a formar las conocidas familias de códigos; por último, contribuyó a que los nuevos códigos, transformados algunos de ellos en *modelos*, circularan, en calidad de tal, dentro y fuera de Europa.

De todos es conocido el fenómeno designado como *le rayonnement du Code civil français dans le monde* (si se me permite tomar prestado el lema que presidió el Primer centenario del Cc de Napoleón); o la extraordinaria y, en cierto modo, inesperada proyección del BGB en Extremo Oriente, en Brasil y en los Códigos griego de 1940 y portugués de 1966; o la menos conocida difusión del All.BGB austriaco de 1811 en el centro de Europa y en los Balcanes durante el siglo XIX (sin olvidar que el austriaco fue también uno de los posibles modelos que hubiera podido utilizar el primer Cc italiano); o la práctica adopción del Cc suizo de 1911 por la Turquía de Atatürk (salvo el Derecho de familia y sucesiones); por último, por concluir con algo nuestro, la modesta, pero entrañable, singladura del ya centenario Cc de 1889 por tierras cubanas, puertorriqueñas y filipinas, todavía no concluida y apenas estudiada por la doctrina española.

¿Se ha agotado la virtualidad intrínseca de expansión de los códigos europeos en el siglo XXI? La respuesta ha de ser negativa, no sólo por seguir en vigor los reflejos postcolonizadores que movieron a muchos países, recién accedidos a la independencia, a inspirarse en los respectivos Códigos metropolitanos, sino, además, por el ejemplo paradigmático del nuevo Cc holandés que, por primera vez, ha sabido inspirarse, no sólo en los modelos clásicos (francés y alemán), sino también en los de otros países europeos, e incluso en la legislación nórdica y, sobre todo, en el derecho de la *common law*. El Código, como instrumento legislativo, no está periclitado pese a los augurios descodificadores de IRTI y sus epígonos, sino que, en los ejemplos de la tercera generación, ofrece signos concluyentes de dinamismo creador

y presenta interesantes fórmulas superadoras, por ej., de la dicotomía *civil law-common law*. Mientras siga habiendo Códigos civiles, habrá —aunque no exclusivamente— comparación. La cuestión a resolver en el tercer milenio radica, a mi juicio, en saber si el código nacional va a seguir sirviendo a modo de *stazione termini*, o más bien, de estación de paso hacia lo que ahora se está solicitando en todos los idiomas europeos: Un Código civil único para los europeos, o, al menos, un Código unificado para las obligaciones y contratos.

Un siglo de experiencia comparativa permite extraer algunas lecciones:

El mero conocimiento de las legislaciones extranjeras no supone, por sí mismo, hacer comparación, aunque sí constituye un presupuesto de ésta.

El fenómeno del obligado conocimiento de las legislaciones de otros países, se ha generalizado por exigencias de la realidad práctica; como ya he indicado, en los bufetes internacionales se encuentran habitualmente especialistas en distintos ordenamientos extranjeros; hay aquí un aspecto práctico de notoria importancia sobre la validez supraestatal de títulos, así como de la libre circulación de profesionales entre los países comunitarios; temas que no dejan de relacionarse con la *enseñanza del Derecho comparado* a que luego aludiré. Centrándome en el tema que me ocupa conviene mencionar nuevamente a SACCO²⁷, quien evoca el paralelismo entre la labor comparativa y las relaciones existentes entre el políglota y el lingüista. Cabría todavía preguntarse: ¿cuántos ordenamientos, además del suyo propio, puede llegar a conocer un jurista?

Conocer íntegramente un sistema jurídico distinto de aquél en el que uno se ha formado, es tarea que bien puede ocupar la vida entera de una persona; digamos *ad exemplum* que conocer a fondo las interioridades del derecho español y del francés, o de cualquier otro país comunitario, resulta accesible a muy pocas personas. Pero en cuanto a las tareas comparativas, debe advertirse que se trata únicamente de que una persona conozca en su integridad el funcionamiento de alguna o

27 SACCO, loc. últim. cit. p. 11 s.

algunas instituciones (por ej., el contrato de compraventa, los contratos de cambio o los contratos bancarios) en un grupo de legislaciones, lo cual resulta ser algo perfectamente accesible y asumible para muchos juristas, sobre todo si se conocen doctrinalmente los diferentes tipos de compraventa que cabe diferenciar (de eficacia meramente obligacional o real, de transmisión *solo consensu*, o mediante el título y el modo, etc). Ahora bien, también cabe advertir que no resulta impensable que un abogado haya pasado toda su vida emitiendo informes sobre, digamos, el derecho inglés, sin tener comprensión ni conciencia exacta, ni hacer aplicación nunca, del derecho comparado. En efecto, siguiendo el símil del poliglotismo, que un jurista español conozca a fondo el derecho francés, el inglés, el alemán o el de los países nórdicos, es semejante al caso de quien domina una pluralidad de idiomas; pero si se limita a ello sólo —lo cual no sería, ciertamente, poco, desde el punto de vista cultural— no conocería, sin embargo, las razones últimas por las cuales difiere la semántica, la conjugación o la construcción de la frase, en cada uno de esos idiomas, para lo cual ese hipotético políglota debería ser, además, un lingüista, es decir, hacer aplicación del derecho comparado.

La aplicación de las reglas del *Derecho Internacional Privado*²⁸ tampoco supone hacer un ejercicio comparativo, aunque aquella operación jurídica facilita el conocimiento y aplicación de éste.

En términos generales cabe decir que admitir la existencia de un sistema de D.I.P significó, en sus orígenes, la consolidación de una ruptura con la aspiración soberana y totalitaria del estado a aplicar su propio ordenamiento a todos los que se encontraban bajo su soberanía. La realidad muestra que, actualmente, entre los cultivadores del D.I.P hay excelentes cultivadores del Derecho comparado, y que, por otra parte, hoy se ha intensificado la aplicación de sus reglas por la multiplicación de las relaciones interpersonales. Pero hay que ser consciente de que, para ser comparatista, no basta con encontrar, en un caso concreto,

28 Una interesante y reciente aproximación puede verse en Benedicte FAUVARQUE-COSSON, *Droit comparé et Droit international privé. La confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux*, en RIDC, 2000, p. 797 ss.

la ley de aplicación teniendo en cuenta el obligado punto de conexión; con frecuencia la norma de D.I.P. es de origen estatal —aunque también las hay de carácter internacional o comunitario—, y por ello parece inevitable cierto prejuicio —incluso inconsciente— a favor del derecho propio; en cambio, el comparatista analiza las normas en presencia sin prejuicio de ninguna clase, y con toda objetividad, y trata de explicar sus identidades y diferencias, y puede pronunciarse, para resolver el conflicto, por solución diferente a la resultante de aplicar la norma de conflicto, y, por supuesto, a la que se encuentra en el derecho propio.

La circulación de modelos jurídicos sigue siendo un fenómeno ambiguo, que ha existido siempre, aunque está cobrando últimamente dimensiones notables.

Un modelo jurídico extranjero puede imponerse por derecho de conquista, y de ello hay numerosos ejemplos a lo largo de la historia, con variedad de modalidades y de resultados. Así la expansión del Imperio Romano por ambas orillas del Mediterráneo, por Europa central y hasta el Oriente Próximo, supuso una imposición gradual de las *leges romanorum*; en cambio las tribus germanas que fueron invadiendo el Imperio a partir del siglo IV de nuestra era, se contentaron con aplicar el principio de la personalidad de las leyes. En época moderna Napoleón y Stalin, al realizar conquistas territoriales, impusieron sus respectivos ordenamientos jurídicos a las poblaciones sojuzgadas, difiriendo, sin embargo, en la eficacia de la imposición de su modelo legislativo, pues retirada la *grande Armée* no pocos de estos países europeos adoptaron de buen grado aquella legislación, mientras que derruido el muro de Berlín, las antiguas Democracias populares se han apresurado a eliminarla radicalmente. También no pocos de los países del Tercer Mundo, después de acceder a la independencia, han adoptado el sistema jurídico del país colonizador (quizá porque sus *elites* profesionales habían cursados estudios superiores en las Universidades de la metrópoli). En el siglo XIX la república de Santo Domingo adoptó voluntariamente como propio el Código civil francés en su integridad, aunque, obviamente, traducido al español. Pero la adopción de un modelo jurídico extranjero, para lograr éxito, no puede realizarse sino después de concienzudos estudios; hay que analizar la aplicación práctica del modelo

que va a adoptarse en su país de origen, así como el grado de adhesión de la sociedad que allí experimenta; todo ello para evitar fenómenos de *rechazo* o de *inoperancia* en el país de destino. En este punto conviene alertar con BLANC-JOUVAN²⁹ del riesgo de *americanización jurídica* que amenaza, sobre todo a los países con debil tradición jurídica; las jóvenes generaciones de juristas, con formación elemental, corren el riesgo de ser deslumbrados por el *american way of life*, sin pararse a comprobar, si el sustrato sociológico es parecido y, sobre todo, si el sistema jurídico es homogéneo. Cuando comprobamos la lentitud de nuestro proceso civil —confiemos en que ello se palíe con la nueva Lec 2000—, y los medios de comunicación social colocan diariamente ante nuestros ojos, la rapidez y agilidad del sistema judicial anglosajón, resulta lógico que sintamos una comprensible envidia y que anhelemos su rápida implantación entre nosotros. Olvidamos con facilidad, sin embargo, el diferente procedimiento de acceso a las funciones judiciales, por ej. entre España e Inglaterra, y la mera circunstancia cuantitativa de que cada año la *House of Lords* despacha aproximadamente centenar y medio del equivalente de nuestros recursos de casación, mientras que cada año se incrementan en varios miles los recursos pendientes ante la Sala 1ª de nuestro TS. ¿Se puede transplantar sólo una pieza del sistema jurídico, de un país a otro, sin hacerlo con las restantes piezas esenciales del mismo?

Comparar ha permitido, algunas veces, llegar a la efectiva *unificación del derecho*, pero en el momento actual en algunos sectores del ordenamiento jurídico, tal objetivo se sustituye por la *armonización* de legislaciones diferentes; ahora bien, la razón de ser de la comparación no se limita exclusivamente ni a aquélla, ni a ésta finalidad.

29 Dice BLANC-JOUVAN, loc. cit. p. 12: “Es verdad que, sobre todo en el ámbito de los negocios, el modelo ofrecido por los Estados Unidos, sostenido por una economía floreciente, ejerce una atracción considerable en cualquier parte del mundo: y no es preciso añadir que se *impone* a cualquiera. Pero el proceso no se desarrolla sin riesgos, y a menudo se ha puesto el acento en los peligros de estos trasplantes que no siempre responden a las necesidades locales. Precisamente aquí se produce el fruto de una “mala comparación”, que desgaja el derecho de su marco social y cultural para intentar hacerlo sobrevivir en un medio que no es el suyo”.

En 1900 la obtención de un derecho uniforme para toda la humanidad (civilizada) pudo ser el móvil determinante del éxito del Congreso parisino³⁰. Pronto se advirtió en muchas materias que los obstáculos a la unificación eran, al menos de momento, insuperables (así en el régimen inmobiliario y del Registro de la Propiedad, en el Derecho de Familia y en el de Sucesiones). De aquí que la uniformidad fuese sustituida sucesivamente por la armonización, que implicaba sólo un acercamiento y una aproximación entre distintas legislaciones, quizá por vías diferentes, pero no necesariamente se trataba de imponer la misma regla para todos. Un siglo después, sin embargo, en algunas materias, los logros unificadores exceden a todo pronóstico, incluso entre las denominadas *materias resistentes*. SACCO³¹ se fija en el Derecho de familia, en el que se ha producido una metamorfosis que ha conducido a la mayoría de los países (pero cabría preguntar: ¿también fuera del mundo occidental?) a una uniformidad en la legislación, que nadie había podido prever, y que nadie ha planificado (personalmente, a este respecto, puedo ofrecer un testimonio de lo ocurrido en el Congreso de Derecho Comparado en Teherán en 1974, a propósito de la filiación fuera de matrimonio³²). El motor de esta inesperada unificación ha sido, más bien, una idea política o filosófica, o un sentimiento primordial de justicia, antes que la propia reflexión de los comparatistas, concluye el maestro italiano. Muchos de los juristas actuales hemos presenciado, en nuestro Código y en los demás europeos, el vendaval legislativo que introdujo la igualdad de sexos y la equiparación entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio; el motor ha podido ser la Constitución, o las Declaraciones Internacionales de Derechos, o la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, o las campañas de opinión lanzadas por la ONU, o la reunión de todos estos factores, conjunta o separadamente. Pero resulta prudente no engañarse sobre la universalidad los mencionados cambios legislativos; tales mutacio-

30 En general puede verse el trabajo cit. de JAMIN, *Le vieux rêve etc.*

31 SACCO, loc. ultim. cit. p. 3

32 Vide mi *rapport général* en el Congreso de Teherán (1974), en el vol. publicado en Bruxelles 1977, p. 327-360.

nes apenas si han alcanzado al extenso mundo musulmán, y en otras familias jurídicas no parece fácil ni inminente su adopción (la discriminación sobre las niñas en la India y en China continental alcanza niveles escalofriantes. ¿No caemos, algunas veces, sin advertirlo, en un modo de etno-centrismo europeo y occidental?

Volviendo a otros ejemplos similares, podemos sentirnos legítimamente orgullosos de las metas unificadoras alcanzadas con el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías; faltan, sin embargo, estados importantes en la adhesión y ratificación de la misma, aunque la importancia de aquel Convenio radica, a mi juicio, en constituir un modelo parcial a imitar por los legisladores estatales, y a inspirar no pocas sentencias de los Tribunales estatales. La puesta en práctica del Derecho comunitario obliga a los estados miembros a desarrollarlo con la mirada puesta en la legislación del vecino (y aquí se muestra también una aplicación efectiva del método comparativo). En la década de los noventa se ha producido una abundante bibliografía científica, en su mayoría claramente a favor de un Código europeo de contratos, del que ya tenemos dos ejemplos —de momento, sólo con valor exclusivamente privado—, a saber, el *proyecto Lando*³³ y el *proyecto Gandolfi*,³⁴ ambos con caracteres diversos, pero unidos en el propósito de servir a la libre circulación de personas y bienes tal como establecen los acuerdos comunitarios. No debemos ocultar las fundamentales aportaciones que, en ambos, se han realizado a través del método comparativo, pero tampoco sería honesto ocultar las graves dificultades que deberá superar el intento de adoptar cualquiera de ellos como norma vinculante para cada uno de los estados miembros: ¿deberá aprobarlo el Parlamento Europeo, o la Comisión Europea? y, sobre todo —tarea, a mi juicio, que debe acometerse en el momento mismo de aprobar cualquiera de los indicados textos—, ¿cómo habrá

33 Sobre el tema puede verse, con amplias explicaciones sobre el método de trabajo y los resultados ya obtenidos, la Ponencia del autor en el Congreso de New Orleans, *Comparative Law and Law-Making*, cit.

34 La Parte general de los Contratos de este Proyecto europeo puede consultarse en el vol. *Code européen des contrats (Coordinateur G. Gandolfi)*, I (Milano 2001) p. 3 ss.

de formarse a los jueces encargados de su aplicación?, ¿qué títulos y grados universitarios deberán poseer? En mi opinión, la existencia de un Código europeo de contratos, postulada y propugnada por muchos juristas, y también por aquellos sectores de población más implicados en las relaciones comunitarias, representa un auténtico e inequívoco desafío que la Unión Europea y cada uno de los estados que la forman, deberemos afrontar a lo largo del presente siglo. Pero, en cualquier caso, lo mismo si este empeño triunfa, como si fracasa, seguirá en pie la conveniencia y la utilidad de la tarea comparativa, pues, en el primer supuesto, tendremos que confrontarlo inmediatamente con los códigos o las legislaciones de otros países; siendo previsible lo que podría denominarse *efecto llamada*, pues en otras zonas del planeta puede surgir la idea de preparar codificaciones supraestatales (por ej, entre los países hispanoamericanos ya unidos por acuerdos económicos, como los integrantes del Mercosur).

Hay grados diferentes en la comparación, según la finalidad perseguida por quien compara:

— La del estudiante, como medio conveniente o necesario para su formación jurídica general:

— La del abogado y de los operadores del Derecho quienes suelen plantearse previamente el ordenamiento más favorable a su cliente en el caso (si la ley del comprador, o la del vendedor, o la de un país tercero); y, una vez surgido el pleito, quizá pueden preferir aconsejar a aquél, el recurso a un Tribunal arbitral; pero si el pleito resulta inevitable, tratarán de obtener de las diversas legislaciones en presencia los argumentos más favorables para la postura de su cliente.

— La del Juez, y también la del Notario y del Registrador de la Propiedad, quienes, sobre todo en caso de laguna del ordenamiento aplicable, pueden recurrir a la doctrina o jurisprudencia extranjera; también para reforzar una interpretación de su derecho propio, bien sea acudiendo a los precedentes, bien sea a los Códigos más modernos que consideran modelos de regulación.

— La del legislador, quien, por ejemplo, teniendo que desarrollar Convenios internacionales suscritos y ratificados por el país en cues-

tión (así por ejemplo la Convención de los derechos de los menores de 1889) tiene a la vista los desarrollos obtenidos en los países del entorno; similar es el caso de implementar una norma comunitaria, por ej. la Directiva sobre multipropiedad; aunque, con mayor libertad, se actuará en el caso de reformar una institución que ha quedado anticuada (por ejemplo, entre nosotros la tutela en 1983), el legislador elige entonces entre los sistemas comparados el que considera más adecuado, o bien opta por asumir elementos existentes en varias legislaciones (por ej. al reintroducir el divorcio o reformar los regímenes económicos del matrimonio en 1981). Sería deseable que a los legisladores se les suministrara en todo caso, completos estudios comparativos, lo que no parece frecuente, siendo más bien la información sobre la legislación extranjera pura y simple la que suelen proporcionar los Servicios de Documentación de los Parlamentos.

Centrándonos en la *enseñanza universitaria del derecho comparado* hay que decir que estamos en un momento de ebullición de ideas y de actuaciones no menos llamativas y audaces, y, por ello, no exentas de críticas, a veces tan duras como la hecha por el prof. GORDLEY³⁵ en el Congreso de Nueva Orleans, aunque siempre partiendo de que el Derecho Comparado debe integrarse, en general, en el acervo de conocimientos que dispensan las Facultades. BLANC-JOUVAN³⁶ lo plantea con acierto en los términos siguientes: ¿Debe dirigirse a todos los juristas, o sólo a quienes se decidan por esta vía? ¿Debe orientarse hacia la enseñanza teórica o práctica? ¿Debe pasar a integrarse en el derecho nacional, o permanecer autónomo? Quizá una de las soluciones más audaces sea la ofrecida por la Universidad de Trieste, cuyos estudiantes de *Giurisprudenza* pueden optar entre cursar íntegramente la carrera bajo la perspectiva comparativa, o hacerla del modo ordinario, en el que encontrarán, por supuesto, asignaturas generales y especiales de Derecho comparado. Pero existen otras vías; así la utilizada desde 1995 mediante el denominado *Global Law School Program* de la Universidad de Nueva York, consistente en invitar a profesores

35 GORDLEY, *Comparative Law and Legal Education*, cit. p. 1 s.

36 BLANC-JOUVAN, *Prologue*, cit. p. 11 s.

extranjeros a dispensar a los alumnos norteamericanos cursos anuales sobre su derecho nacional; son, además, bastantes los acuerdos entre diversas Universidades para impartir la *doble licenciatura*, como entre Cambridge y París, Gröningen y Bremen, Madrid-Complutense y París-2; no cabe duda que esta modalidad exige especial preparación de los alumnos en ambos idiomas, pues en éstos han de recibir enseñanzas respecto de ambos ordenamientos, con la indudable ventaja de obtener finalmente el título que se otorga en las dos Universidades. Quizá la Universidad canadiense de McGill, radicada en Montreal, podría decirse que se encuentra en un lugar privilegiado a estos fines, pues aunque radica en la provincia del Québec, desde bastantes años ofrece enseñanza jurídica en ambos idiomas, y a partir de 1998 ha iniciado un nuevo programa en el que de modo simultáneo se enseña el *Civil law* y el *Common Law*; de manera similar tres años antes la Universidad de Maastricht había iniciado cursos conjuntos, abarcando la materia de los derechos reales, contratos, responsabilidad civil, derecho penal y derecho público, y teniendo en cuenta el derecho inglés, alemán, francés, holandés y europeo. En otros países hay cursos facultativos de distinto contenido, y cursos de especialización, siendo de entre estos últimos los más conocidos los que se imparten en la Facultad internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo, en la London School of Economics, en la Cambridge University, en el Colegio Europeo de Brujas y en la Universidad de Florencia, por limitarme a citar sólo algunos ejemplos europeos.

¿Qué podríamos sugerir en este terreno a las Facultades españolas pues, en comparación con el resto de los países europeos importantes, nos encontramos con un cierto retraso (sin menospreciar meritorios esfuerzos individuales)? Quizá podría pensarse en poner en aplicación las recomendaciones adoptadas por unanimidad en la IV Conferencia europea de Facultades de Derecho, celebrada en Estrasburgo en octubre de 1976, como fase previa para afrontar los acuerdos de las Jornadas de Metz de 1996, convocadas por la Unión Europea. En cumplimiento de tales acuerdos, debiera introducirse, entre las materias troncales, un curso de introducción al Derecho Comparado, que podría diversificarse en un estudio de los grandes sistemas jurídicos y una iniciación a

los métodos comparativos, uno en el primer ciclo y otro en el segundo. Luego quedaría al arbitrio y posibilidades de cada Facultad añadir cursos de especialización sobre cualquier rama del derecho privado o del derecho público.

Yo creo que, entre nosotros, el profesorado más joven es proclive a aceptar el método comparativo, tanto en la enseñanza como en la investigación. De hecho, en esta última, se viene utilizando desde hace bastante años. Por limitarme al sector científico que mejor conozco, puedo afirmar que resulta difícil encontrar una Tesis Doctoral sobre Derecho civil desde hace medio siglo, en la que no se haga uso de aquél (a veces —también esto ha de reconocerse—. con mejor voluntad que acierto). Todos hemos de ser conscientes que nada puede ser igual después de haberse generalizado el uso del método comparativo en las Universidades occidentales. No olvidemos que ha podido hablarse de la *fonction subversive du droit comparé*, por la profesora parisina Horatia MUIR VAT³⁷ de París-2, aludiendo con esta frase gráfica, a la inevitable función crítica que los comparatistas ejercen en el interior de cada sistema jurídico.

37 Loc. cit.

COMPARATISMO EN ESPAÑA, AYER, HOY ¿Y MAÑANA?

La presencia actual, relativamente frecuente, de jóvenes comparatistas españoles en los foros internacionales más variados —especialmente en los que tratan del Derecho europeo—, es un fenómeno que merece calificarse de venturoso, si se le confronta con la, no tan distante en el tiempo, ausencia cuasi-total de españoles en actos tan significativos como fueron, por ejemplo, los Congresos Internacionales de Derecho Comparado de Montreal (1990) y Atenas (1994). Alguien podría deducir, quizá apresuradamente ¡ahora sí se hace, de verdad, derecho comparado en España!

Las circunstancias históricas me han deparado vivir el *prius* y el *posterius*, permitiéndome gozar de cierta perspectiva para poder enjuiciar el indicado cambio. No podré olvidar nunca que mi primera experiencia de asistencia a un Congreso de aquella clase (Uppsala, 1966) coincidió con la presidencia del profesor Castán Tobeñas del entonces denominado Comité Español de Derecho Comparado, quien tuvo la gentileza hasta de enviarme un cheque para ayudar a los gastos del viaje (en tren, naturalmente). Al encontrarme en el Congreso, en medio de tantos comparatistas consagrados —y, entre ellos, un nutrido grupo de españoles—, ello me impactó, decidiendo una vocación que en mí había ya sembrado mi maestro Don Ignacio Serrano y Serrano. Una vez catedrático, ello me animó a embarcarme en la aventura de la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo, que, en años sucesivos, me ha llevado a impartir clases en las Universidades de Amsterdam, Florencia, Rostock, Namur, Graz, Freiburg Br. etc.

También a ser *rapporteur général* en los sucesivos Congresos Internacionales de Teherán (1976) y Brisbane (2002), y a presidir actualmente la Asociación Española de Derecho Comparado. La edad y la experiencia pueden servirme para responder a la pregunta ¿era mejor el comparatismo español de antes o el de ahora? No ignoro el riesgo de caer en el subjetivismo y, de antemano, pido perdón si incurro involuntariamente en él.

Podríamos desconocer —y aun ello sería disculpable— el hecho de que España madrugó en el siglo XIX para incorporarse al tren comparatista, al dotar una cátedra de Derecho comparado en la Universidad Complutense, la cual se ha mantenido, hasta hace poco, en el Doctorado. En el siglo XX hay nombres señeros que no cabe ignorar. Así el catalán Felipe de Solá Cañizares, que tuvo una intervención decisiva en la creación de la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo (y, al fallecer, su viuda siguió colaborando eficazmente en tareas organizativas durante muchos años), así como en la del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona y en la Revista anexa que logró alguna continuidad. El aragonés José Castán Tobeñas, que intuyó tempranamente el futuro del Derecho comparado, incorporándolo a las sucesivas ediciones de su conocida obra *Derecho civil español, común y foral*, y que sus continuadores hemos mantenido, y que dedicó específicamente al tema dos Discursos de Apertura de Tribunales que constituyen monografías clásicas en la literatura comparatista española. El también aragonés Luis Legaz Lacambra que incluyó el derecho comparado en la reflexión filosófica, y tuvo parte activa en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense, en buena armonía con su homólogo barcelonés, que ha funcionado asimismo durante un dilatado periodo de tiempo. Durante los difíciles años 1950-1960 el Derecho comparado sirvió, además, de *santo y seña* para organizar, por ejemplo, las Jornadas de las Universidades Pirenaicas, con sede alterna a uno y otro lado de los Pirineos, recordando haber asistido yo mismo a las de Toulouse, Montpellier, Valladolid y Zaragoza, siempre con un tratamiento comparativo de temas jurídicos hispano-franceses.

Como consecuencia de ese *estar de moda* el Derecho comparado en los años mencionados yo creo que se fue incorporando al bagaje

metodológico de las juristas españoles (especialmente, entre los cultivadores de asignaturas positivas) la idea de que ninguna investigación era correcta si no se utilizaba el método comparativo. Puede ser instructivo examinar las Tesis Doctorales de dicho periodo en las que casi nunca falta un capítulo específico sobre *Derecho comparado*, o, alternativamente, su empleo reiterado por el autor junto a otros métodos de investigación. Otro cosa será comprobar si tal utilización resultaba actualmente correcta o si, más bien, el autor se había limitado a almacenar datos normativos extranjeros sin ningún criterio (el caso real de quien presumía de haberse ocupado del derecho de *todos los países del mundo*, clasificados alfabéticamente, desde la letra a —Afghanistan—, hasta la z —Zimbawue—). Llegaríamos a una conclusión sorprendente, porque esa generalización del método comparativo en la investigación —y, a veces, en la enseñanza—, coincide en el tiempo con la ausencia de un verdadero interés científico por el tema, cuya exteriorización se manifiesta en el hecho de que esos mismos Profesores desertan habitualmente de las manifestaciones internacionales, hecho ya denunciado, así como, internamente, en la ausencia de cualquier disciplina comparativa, ni siquiera de iniciación, en los Planes de Estudio en vigor.

Probablemente en la última década del siglo XX se produce entre nosotros una inflexión en las tendencias que, parece, van a transformar radicalmente el panorama comparativo entre nosotros. Las nuevas generaciones de profesores universitarios poseen mejor bagaje lingüístico que las anteriores. La facilidad de desplazamientos por razón de estudios permite ahora ampliar insospechadamente el horizonte comparativo de los docentes en formación. Cada vez más se registra la presencia creciente de juristas españoles en Grupos internacionales de investigación, especialmente en los dedicados a la problemática del Derecho europeo. Ello sin perjuicio de la intensificación de contactos entre todos o la mayoría de profesores de idéntica disciplina pertenecientes a varios países. Pero ¿todo es, igualmente, beneficioso y positivo?

Ante todo creo que hay que estar muy atento al desarrollo actual del comparatismo en Europa, que se ha ampliado prácticamente a casi todas las disciplinas jurídicas positivas, sin olvidar la reiterada presencia de romanistas; aunque advierto que mi perspectiva no puede ser

otra que la del civilista que he sido durante toda mi vida. Por razones largas de explicar no ha sido reconocida, en los foros competentes, una familia de derechos de matriz española, sino que siempre nos han incluido en la familia del Código de Napoleón. De aquí que nuestra presencia en Europa y en el mundo se ha producido, durante mucho tiempo, a través del grupo francés. Hoy puede hablarse de una expresa o tácita independización de lo galo, y podemos indiscutiblemente hablar en las reuniones internacionales sin estar supeditados (es un decir, ya se entiende) a las opiniones que sostengan nuestros vecinos. En general las relaciones científicas que, además, los juristas españoles hemos mantenido y mantenemos con Italia, han sido y son intensas y extensas, pero los propios italianos están ahora dirigiendo su vista al otro lado del Océano (¡las librerías italianas nos envían en inglés su propaganda!). Alemania tuvo y retuvo, y está renaciendo el prestigio científico que adquirieron sus escuelas jurídicas a principios del siglo XX. La ampliación de la UE ha dado a la *grosse Deutschland* un evidente dominio cultural hegemónico entre los nuevos países adheridos. Pero también ellos miran, disimulada o abiertamente, a la estatua de la libertad.

Para el comparatista español es ahora muy fuerte la tentación de dejarse llevar por la moda de la americanización jurídica que nos invade; no es raro que empiecen a publicarse trabajos científicos en los que el modelo de la *Common Law* llegue a ser el decisivo a la hora de interpretar o aplicar nuestro derecho; pudiera no estar lejano el día en que una editorial se lance a traducir al español obras de *Contract Law*, *Tort Law*, o *Family Law* de autores anglosajones ... con notas de adaptación a nuestro derecho como las que PÉREZ y ALGUER enriquecieron, en el primer tercio del siglo pasado, la del Tratado de ENNECERUS. Sería, probablemente, emprender un camino infecundo o, al menos, equivocado, porque, hoy por hoy, nuestras raíces jurídico-privadas se hundan en el medieval *jus commune*, que en buena parte han conservado los Códigos continentales. Antes de ahora, y sin dejar de reconocer los precedentes jurídicos de nuestro C.c. de 1889, entre los códigos de Napoleón, austríaco de 1811, italiano de 1865 y portugués de 1867, en el momento de formular nuevas soluciones, o rellenar lagunas, acu-

díamos como fuente de inspiración a los Códigos europeos de la segunda generación (BGB, CCS, Ccit. de 1942), consulta que ahora deberá extenderse sin duda al holandés de 1992. Pero veo difícil que podamos formar una Escuela comparatista propia que nada deba al resto de la doctrina continental, a menos que abandonáramos el sistema del *Civil Law*, opción, hoy por hoy, que nadie propugna.

Otra cosa será que se haga microcomparación, o que nos dediquemos a estudiar leyes especiales todavía no insertadas en el Cc, cuyos modelos han podido ser recientes leyes promulgadas en países del *Common Law*, escandinavas o iberoamericanas. En tal supuesto no actuarán, por supuesto, las limitaciones o prevenciones indicadas sobre los sistemas jurídicos a comparar.

Por otra parte, será innecesario aclarar que el Derecho comparado no lo monopoliza ninguna disciplina jurídica en particular, y que mientras no figure como materia propia e independiente en el catálogo oficial de las que se integran en nuestros Planes de Estudio (cuestión sobre la que merecería ser reflexión), cualquier Profesor de Derecho puede especializarse fácticamente en aquél. La experiencia reciente muestra, sin embargo, que suele haber dificultades para encontrar Ponentes nacionales en determinadas materias a la hora de encargarles tal misión en los Congresos internacionales; a título de ejemplo pueden citarse el Derecho procesal, el penal, el administrativo, el laboral o el fiscal. Lo que —insisto— no significa que falten comparatistas entre los actuales cultivadores de esas disciplinas.

Alguien ha escrito que el Derecho comparado *puede morir de éxito*. En efecto, si se compara la situación que se vivía en 1900, con los *padres fundadores* que participaron activamente en el Congreso de París, y la que se vive un siglo más tarde, cuando se reúne en Nueva Orleans el Congreso del Centenario, auspiciado por la *Académie Internationale de Droit Comparé* y la *Association Internationale des Sciences Juridiques*, el camino recorrido resulta increíble, aunque temiendo algunos que si, por definición, todo jurista ineludiblemente resulta comparatista, dejarían de ser necesarios los Institutos, las Revistas y los Congresos especializados. Falla la conclusión por fallar, a su vez, alguna de sus

premisas, El Derecho Comparado ha adquirido carta de naturaleza y, más o menos, sus señas de identidad en los países más importantes del mundo. El ámbito de aquél ha dejado de girar en torno a Europa. Se van conociendo en profundidad sistemas jurídicos diferentes del *Civil Law* y *Common Law* (valga la cita del volumen dedicado al Derecho africano, publicado en el Tratado de SACCO). Se han multiplicado los estudios sobre el Derecho musulmán, que —no lo olvidemos— rige en una población de 1200 millones de personas. Y si bien el derecho asiático en general resulta ser el *gran desconocido* en Europa, están abiertos canales de comunicación con Japón, Corea, India y es presumible que se abran próximamente con China (sin olvidar que en Filipinas rige el Cc de 1948, en parte, traducción literal al inglés y, en parte, modificación, de nuestro viejo Cc de 1889). Aunque quizá lo más interesante es que se han ido depurando las finalidades últimas asignadas al Derecho comparado; se ha abandonado de momento la utópica *uniformización* o unificación del derecho en todo el mundo, y se concentran los esfuerzos en la eventual *armonización* de los diferentes sistemas (o instituciones) en presencia, no limitándose a la mera comparación de textos legales o reglas jurisprudenciales básicas, sino al funcionamiento efectivo de los mismas, lo que permite comprobar que puede haber resultados idénticos o muy parecidos partiendo de presupuestos harto diferentes.

Yo creo que el comparatista español del siglo XXI, después de asimilar en profundidad la media docena de obras básicas sobre esta materia existentes en el mundo jurídico occidental, tiene ante sí un atrayente e ilusionante campo de actuación para poner en práctica esos conocimientos, que le han de permitir un ensanchamiento de los horizontes personales y científicos en los que han vivido, condicionadas por diversas circunstancias históricas, las pasadas generaciones de juristas.

DERECHO, BIOGRAFÍA Y GLOBALIZACIÓN³⁸

Sumario: 1. Introducción.– 2. Finalidad de la obra.– 3. Contenido.– 4. Las semblanzas y sus autores.– 5. Las Introducciones a cada periodo histórico.– 6. Otros aspectos de la obra.– 7. ... pero, Derecho y Biografía ¿tienen algo en común?– 8. Los juristas romanos.– 9. Los juristas medievales: A) Derecho romano-bizantino. B) Irnerio y la Escuela de Glosadores de Bolonia. C) El *utrumque ius* o derecho romano-canónico. D) La Escuela de los Comentaristas o Posglosadores. E) Influencia del Derecho Romano en la formación del *Common Law*.– 10. Juristas de los siglos XVI y XVII: A) La Escuela Humanista. B) La Escuela española de Derecho natural. C) La Escuela del Derecho natural racionalista. D) El *usus modernus Pandectarum*. E) El Derecho Indiano.– 11. Los juristas del siglo XVIII.– 12. Los juristas del siglo XIX: A) El movimiento codificador y el *Code civil de Napoleon*. B) La Escuela de la Exégesis. C) La Escuela Histórica. D) El Pandectismo y la *Bregiffsjurisprudenz*. E) La *Interessenjurisprudenz* y la Escuela del Derecho Libre. F) El realismo jurídico anglosajón y la jurisprudencia analítica. G) El positivismo y su influjo en el Derecho público. H) La Ciencia Jurídica española en el s. XIX. I) Conclusiones.– 13. Los juristas del siglo XX.– 14. Colofón.

38 Publicado en "RDNot", núm. 54, abril-junio 2005, págs. 247-301.

Pese a no tratarse, en sentido estricto, de una obra comparativa la que aquí se recensiona ampliamente, sin embargo ofrece un material y experiencia comparativos de subido valor, no solo por la cualidad de acreditado romanista del Prof. Rafael Domingo, y su enorme contribución que ha supuesto traducir al español por vez primera el vigente Cc japonés, sino por aproximar el mundo de la *Common law* al de los países romanistas desde una inédita perspectiva biográfica así como por la idea de la globalización jurídica que el autor persigue con insistencia en todos sus trabajos.

1. INTRODUCCIÓN

La *ocassio* de esta extensa recensión ha sido la publicación en español de una obra monumental³⁹, llamada a dejar honda huella en nuestra bibliografía jurídica, y a influir también fuera de nuestras fronteras, especialmente al otro lado del Atlántico, lo que me ha movido a llamar la atención sobre la misma, su contenido y significado, la amplitud de visión con que la ha concebido su Editor, el Prof. de Derecho Romano de la Universidad de Navarra Rafael DOMINGO, y su indudable habilidad y no menor acierto al haber logrado concitar el esfuerzo de gran número de instituciones que la han financiado, y, al propio tiempo, la larga lista y el carácter internacional de las colaboraciones recibidas, debidas mayoritariamente a juristas, pero también a no juristas, procedentes prácticamente de todos los continentes.

2. FINALIDAD DE LA OBRA

Desde las páginas introductorias anuncia el Editor su propósito de ofrecer una *historia biográfica de la ciencia jurídica*, desde mediados del siglo II a.d. C. hasta el final del segundo milenio, limitándose a lo que se conoce como *familia romana*, pero entendida en su sentido más amplio: así incluye en ella el Derecho continental europeo, el Derecho angloamericano, el Derecho escocés, el Derecho canadiense, el Derecho iberoamericano y parte de los Derechos del este asiático, así como el Derecho sudafricano. No hay semblanzas de juristas pertenecientes a las tradiciones jurídicas judía (si bien no faltan juristas de esta etnia entre los biografiados), islámica, china o africana. Ciertamente el Derecho romano ha dejado una mayor impronta conceptual en el Derecho civil europeo continental que en el Derecho del *Common Law*, pero éste en sus fuentes de producción jurídica está más próximo al Derecho Romano que el europeo, sobre todo a partir de la Revolución Francesa al

39 R. DOMINGO (ed.) *Juristas universales*, Volumen 1, *Juristas antiguos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. (Madrid-Barcelona 2004), 630 pgs. Volumen 2, *Juristas modernos*, 1008 pgs. Volumen 3, *Juristas del siglo XIX*, 1092 pgs. Volumen 4, *Juristas del siglo XX*, 853 pgs.

optar preferentemente por la ley como fuente casi exclusiva de creación normativa. La experiencia jurídica japonesa, con fuerte base romanística, iniciada en la época Meiji (1868-1912) y consolidada después de la segunda guerra mundial, constituye un buen ejemplo de cómo un ordenamiento jurídico puede integrar con armonía principios del Derecho anglosajón como del Derecho europeo continental (especialmente alemán y francés).

El Editor se ha propuesto fomentar e impulsar el acercamiento entre el *civil law* y el *common law*, ofreciendo al lector una visión integrada, a partir del Derecho romano y de la tradición del *ius commune* medieval, de dos sistemas que el mundo globalizado que nos ha tocado vivir pide que se armonicen. Con sus más y sus menos puede afirmarse que tanto el Derecho continental como el anglosajón, en cuanto herederos del Derecho romano, son, ellos también, Derechos de juristas (*Juristen-rechte*). Si bien el Derecho continental sería más un Derecho profesoral de tratados, y el segundo, un Derecho de jueces, de sentencias y casos; aunque tal afirmación, con ser cierta, no es excluyente y, en mi opinión, merecería alguna matización.

3. CONTENIDO

La obra se divide en seis partes claramente diferenciadas. La primera se refiere a los juristas romanos, con algunas referencias previas a los Derechos de la Antigüedad (babilonio, griego, y judío), la cual se cierra con la Compilación justiniana, pese a haberse producido la caída de Roma en el 476 d.C. cuando se había abierto paso ya una creciente vulgarización, consistente, precisamente, en la desaparición de la figura del jurista. Por ello no se recoge ninguna semblanza de autores pertenecientes al periodo comprendido entre el siglo VI y los siglos XI y XII. El comienzo de la Edad Moderna puede fijarse en la aparición del Humanismo que originará el llamado *mos gallicus*. El siglo XVII estuvo dominado por el *usus modernus pandectarum*. El siglo XVIII se abre con Montesquieu y se cierra con Joseph Story, Profesor de Harvard y Juez del TS norteamericano. Alemania recupera la hegemonía durante el siglo XIX con la figura de Savigny, resultando este siglo, por lo de-

más, un periodo central para la ciencia del Derecho con la codificación francesa y la Escuela de la Exégesis, la Escuela Histórica de Savigny, la Pandectística, la Jurisprudencia de intereses, el nacimiento y auge del positivismo, el movimiento del Derecho Libre, el sociologismo, el institucionismo, el comparatismo y, en el ámbito angloamericano, el utilitarismo y la jurisprudencia analítica. El siglo XX está marcado por el austriaco Hans Kelsen, fundador de la Escuela de Viena e inspirador de los Tribunales constitucionales, y lo finaliza con el filósofo de Harvard John Rawls, cuya obra *A Theorie of Justice* (1971), ha dado la vuelta al mundo por su indudable interés jurídico, lo que evidencia el auge actual del Derecho y el pensamiento jurídico norteamericanos. Concluye el Prof. Domingo que los dos caminos que se iniciaron en la Edad Media y que dieron lugar a los sistemas del *common law* y del *civil law*, han conducido al mismo sitio pues —afirma gráficamente— *se ha subido el mismo monte por laderas opuestas*⁴⁰.

4. LAS SEMBLANZAS Y SUS AUTORES

Para responder al título general de la obra, ésta se compone fundamentalmente de *Semblanzas*, en su gran mayoría de juristas, o, eventualmente, de personalidades que han tenido que ver de modo fundamental con el Derecho (legisladores, como Justiniano, Gregorio IX, Alfonso X el Sabio, Napoleón Bonaparte; filósofos, como Kant, Fichte, Hegel, Marx, Luhmann, Rawls; teólogos, como San Agustín, Santo Tomás, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Francisco Suárez; sociólogos, como Durkheim, Max Weber, Theodor Geig; historiadores, como Claudio Sánchez Albornoz; políticos, como Tomas Moro, John Adams, Jefferson, Cánovas del Castillo, etc.). Tales semblanzas oscilan, por su extensión, entre dos y ocho páginas (en

40 Rafael Domingo anota emotivamente que durante la elaboración de la obra han fallecido siete colaboradores de la misma (Rafael García Villaverde, Sebastián Martín-Retortillo, Fernando Garrido Falla, Juan Iglesias Santos, Antonio Truyol Serra, el colombiano José Albendea Pabón y Alvaro D'Ors, maestro de aquél. Ello le induce a afirmar que el tratamiento del siglo XX ha quedado necesariamente incompleto en la obra, al no figurar en ella sino los juristas ya fallecidos.

algún caso alcanzan excepcionalmente diez; pero habitualmente sólo tienen una extensión media de cuatro o cinco páginas); están dedicadas a describir brevemente la biografía y el significado que la obra del biografiado tiene para la Ciencia del Derecho, acompañadas de una indicación de la edición de sus publicaciones más importantes y de una excelente y útil selección de la bibliografía sobre el autor. En el último volumen se han añadido breves notas bibliográficas —que no exceden normalmente de una página para cada biografiado—, sobre autores españoles del siglo XX. Reconoce honradamente el Editor que alguien podrá decir que *ni son todos los que están, ni están todos los que son*; bien entendido que la selección se ha hecho en España, en cuya tradición jurídica han influido más los Derechos alemán, francés e italiano, que el anglonorteamericano. Con todo ha de reconocerse el esfuerzo que se ha hecho para alcanzar una dimensión universal al incluir las semblanzas de autores tales como Kotaro Tanaka, Evgeny B. Paschukanis, Sakae Wagatsuma, Alf Ross, Thurgood Marshall, Stanley S. Surrey, Nagedra Singh, Nicos Poulantzas, o Jan Kodrebski, por mencionar sólo a algunos autores del siglo XX, escasamente difundidos, o desconocidos prácticamente entre nosotros.

En cuanto a los autores de las semblanzas, ya se comprende la enorme dificultad que entraña su selección. El Editor reconoce que, inicialmente, la obra se concibió como homenaje a la Universidad de Navarra con ocasión de sus bodas de oro (1952-2002), de donde deriva que abundan entre aquéllos los Profesores que lo son, o lo han sido, de la misma. Con todo, a medida que la obra adquirió una dimensión universal, se ha ampliado la nómina de aquéllos, de modo que al finalizar la misma, se constata que pertenecen a gran número de Universidades, españolas y extranjeras, e, incluso, a profesiones no específicamente docentes. En un sumario cómputo he detectado, entre los extranjeros, medio centenar de colaboradores italianos, 28 alemanes, 13 norteamericanos, 10 chilenos, 8 franceses, 6 argentinos y otros tantos austriacos, cinco holandeses, cuatro peruanos, y otros representantes en menor número de Hungría, Suiza, Bélgica, Portugal, Polonia etc, siendo, obviamente, españoles los restantes.

5. LAS INTRODUCCIONES A CADA PERIODO HISTÓRICO

Con todo, me parece que una de las aportaciones más notables de esta obra consiste en las *Introducciones*, a veces pequeñas monografías⁴¹, con que se abre cada una de las seis partes en que se divide, y que se han encomendado a los siguientes autores:

R. DOMINGO, redacta la relativa a los Juristas romanos (vol. 1, p. 81-110);

A. GARCÍA y GARCÍA y Francico J. ANDRÉS, se encargan de los Juristas medievales (vol. 1, p. 241-301);

A. GUZMÁN se ocupa de los Juristas de los siglos XVI y XVII (vol. 2, p. 23-87);

S. M. CORONAS GONZÁLEZ, escribe la introducción a los Juristas del siglo XVIII (vol. 2, p. 531-557);

J. ALVARADO, se dedica a los Juristas del siglo XIX (vol. 3, p. 23-57); y, finalmente,

A.E. PÉREZ LUÑO, introduce a los juristas del siglo XX (vol. 4 p. 23-67).

Tratándose de especialistas en la materia, tales Introducciones ofrecen el marco preciso para situar en lugar adecuado a las personalidades cuyos rasgos biográficos se ofrecen a continuación, y proporcionan orientadores puntos de referencia para poder valorar cada periodo dentro de la historia de las instituciones. Estimo que su lectura resultará de gran ayuda para la enseñanza e investigación, y de singular utilidad para las nuevas generaciones de estudiantes que llevan —con razón, o sin ella—, el sambenito de ser a-históricas.

41 Si se agruparan las respectivas Introducciones, con las convenientes modificaciones (por ej añadiendo el aparato bibliográfico), el resultado podría constituir una excelente síntesis de la evolución histórica de la ciencia del Derecho.

6. OTROS ASPECTOS DE LA OBRA

La relación de Colaboradores (vol. 1, p. 41-77) permite al lector identificarlos mejor, y, consecuentemente, valorar adecuadamente las semblanzas de que son autores. Entre los catedráticos en aquélla incluidos hay que notar que predominan los de Historia del Derecho (42), seguidos de cerca por los romanistas (39), y, a cierta distancia, por canonistas y civilistas (24 cada uno), luego figuran los penalistas (15), mercantilistas (14), administrativistas (12) y procesalistas (8), finalizando con menor participación los catedráticos de Derecho del Trabajo, Financiero, Internacional Privado y Comparado. Entre los Profesores Titulares, empatan, en la cabeza, romanistas y constitucionalistas (22 cada uno) y, siguen a escasa distancia, historiadores y administrativistas (17), seguidos de civilistas (12), penalistas (9), canonistas (8) y laboralistas (5); finalizan esta lista particular los comparatistas, procesalistas, fiscalistas y cultivadores de Internacional público. El número total de Colaboradores se acerca a los seiscientos, entre los cuales 130 —dato que debe resaltarse— no son docentes universitarios.

Una obra de estas características requiere un adecuado estilo uniforme en las abreviaturas y siglas utilizadas, lo que se logra con la media docena de páginas a ellas dedicadas (vol. 1, p. 71-77), que, a su vez, se reiteran en cada volumen.

El índice de Colaboradores permite averiguar, por ejemplo, quienes han redactado mayor número de semblanzas; en efecto, por orden alfabético y superando la media decena, son los siguientes: Francisco J. Andrés, Francisco Cuenca, Rafael Domingo, Gérard Guyón, Jesús R. Mercader Uguina, José Luis de los Mozos, Manuel J. Peláez, Juan I. Piña Rochefort, Gregorio Robles, Carlos Sánchez Moreno, Pablo Sánchez Ostiz, Antonio Truyol Serra, Juan B. Vallet de Goytisolo, y José Miguel Viejo-Ximénez.

Por último, un dato aparentemente secundario, con frecuencia omitido en obras jurídicas, está constituido por el gran número de excelentes reproducciones gráficas de los biografiados, sea a través de cuadros, dibujos o esculturas, sea mediante fotografías de los mismos. Representa, sin duda, un factor de amenidad en obra tan extensa y que

rompe la monotonía de las más de 3.500 densas páginas que comprenden la obra.

7 ... PERO, DERECHO Y BIOGRAFÍA ¿TIENEN ALGO EN COMÚN?

La obra se abre con un breve Prólogo de la prestigiosa Profesora norteamericana Mary Ann GLENDON, comparatista y familiarista acreditada a nivel mundial, que realiza un certero diagnóstico sobre la oportunidad de la obra: *Se echaba en falta en la literatura jurídica universal una obra de estas características que ofrece una rápida pero precisa visión de conjunto acerca de quienes fueron los hacedores de la Ciencia del Derecho en Occidente, desde su cuna romana hasta nuestros días. En efecto, uno de los grandes problemas que tenemos los juristas es el de encerrarnos en nuestro propio ordenamiento jurídico, como si del único existente en el mundo se tratara. El conocimiento de la Historia del Derecho, del Derecho Comparado y de la filosofía del Derecho nos permite captar la realidad jurídica global tridimensionalmente* (vol. 1, p. 29).

Por mi parte, pienso que ha sido acertado el detalle de elegir a *una prologuista* porque resulta desconsolador comprobar —como subraya aquella—, que, a pesar de que la palabra jurista tenga, en español, una terminación propia del femenino, las juristas biografiadas pueden contarse con los dedos de la mano (Clara Campoamor y Victoria Kent resultan auténticas excepciones hispanas, a las que se unen las norteamericanas Belva Ann Lockwood y Myra Bradwell). Afortunadamente no ocurre así con las juristas biógrafas que superan el centenar.

Parece evidente que esta obra resultará de gran utilidad a los historiadores del derecho y a los comparatistas, si bien creo que, en general, vendrá bien a cualquier jurista positivo que, en algún momento, quiera dar una dimensión biográfica a sus enseñanzas o conocimientos jurídicos. Al margen de cualquier utilitarismo facilón me parece que estos miles de páginas tan inteligentemente enhebradas obligará a recordar y ahondar en las ideas que en el siglo pasado expresara HUSSERL en su conocida obra *Recht und Zeit* sobre la radical consistencia histórica de cualquier derecho positivo.

Si el Derecho —como enseñamos en las aulas— es para la vida, parecería lógico y consecuente que lo biográfico del derecho, en cualquiera de sus dimensiones, gozara de mayor predicamento de lo que, efectivamente tiene en la actualidad. Si nos fijamos en la mera docencia, constatamos que todavía, en nuestras Facultades, los profesores permanentes ocupan un lugar destacado en la enseñanza, facilitando así que, con frecuencia, subsistan Escuelas en torno a alguna figura relevante que ha descollado por encima de todos (así ha ocurrido, entre nosotros, con García Gallo en Historia del Derecho, García de Enterría en Derecho Administrativo, De Castro en Civil, o Garrigues⁴² en Mercantil, por poner sólo algunos ejemplos señeros). Suele ocurrir también que, al menos la primera generación de discípulos, se afanan porque sea reconocida la continuidad de la Escuela, esforzándose por transmitir fielmente la doctrina del Maestro a sus respectivos alumnos en las aulas, incluso, algunas veces, con notas diferenciales en cuanto a métodos y contenidos impartidos, por profesores de otras Escuelas. Se produce en tales casos una verdadera continuidad en relación con el magisterio dispensado por juristas eximios. Con todo, el paso inexorable del tiempo conduce, con frecuencia, a que, desaparecido del mundo de los vivos el fundador de la Escuela originaria ésta se vaya diluyendo, naciendo otras Escuelas que, acaso, pueden reconocer, en mayor o menor medida, un tronco común. Es difícil que una Escuela jurídica subsista idéntica a sí misma en la segunda y sucesivas generaciones de discípulos. Inevitablemente hay que concluir: *sic transit gloria scientiae!*

También puede ocurrir —y de hecho está ocurriendo ya— que la noción de Escuela se difumine en la vida misma de su creador. Así, entre nosotros, después de la LRU no son pocos los Profesores Titulares que apenas si reconocen su pertenencia a una Escuela determinada; quizá sólo mantienen ciertas relaciones de discipulado con el Director de su Tesis Doctoral, pero sin haberse integrado en ningún momento en la Escuela a que éste pertenece. No es insólito, por lo demás, que alguien pertenezca, o haya pertenecido, o mantenga que pertenece, a

42 El Editor de la obra ha querido destacar en la misma que detenta también el cargo de Director de la Cátedra Garrigues de Derecho Global.

varias Escuelas diferentes, con la consecuencia de que las biografías se entremezclan, rompiendo moldes y saltando límites considerados antes como infranqueables.

Pero dicho lo anterior, no resulta indiferente, por otra parte, en el día de hoy, que un estudiante curse o haya cursado materias de una Licenciatura con Profesores pertenecientes a tal o cual Escuela; es probable que su formación ofrezca notas singulares y que ello se transluzca hasta en su actividad profesional. Por poner algunos ejemplos emblemáticos, ser antiguo alumno de Harvard, de Oxford, de Montreal, de Uppsala, de Lovaina, de la Sorbona, de Salamanca, de Tübingen, etc., son valores añadidos a los que ya posee intrínsecamente el propio título universitario.

Si retrocedemos en la Historia de nuestro continente el fenómeno que he descrito se ha reproducido anteriormente viéndose facilitado, en siglos pasados, por el pequeño número de centros docentes existentes así como el menor número de estudiantes universitarios que los frecuentaban. Sabido es que, en Europa a partir del siglo XII, la enseñanza del derecho se localizó en puntos geográficos muy delimitados: Pisa, Bolonia, París, Salamanca, Coimbra, Bourges. Allí impartían sus lecciones los grandes maestros del Derecho —formados inicialmente en la Universidad boloñesa—, de modo que haber logrado licenciarse en alguno de ellos era garantía de éxitos futuros, en la Universidad, en el foro o en la administración pública, del país respectivo. Entre nosotros es conocido el hecho de que los discípulos de Francisco de Vitoria poblaron las Universidades españolas e hispanoamericanas a lo largo del siglo XVI y mantuvieron la identidad de la Escuela originaria. Más tarde, los humanistas franceses, de religión hugonote, que se ven obligados a emigrar a los Países Bajos y a los Países germánicos, fueron por su parte un fermento importante del desarrollo del *Ius commune* en esos países. De todos es sabido, por último, que, durante la primera mitad del siglo XX, la persecución del nacional-socialismo alemán motivó una importante emigración de profesores alemanes de Derecho, de origen judío, a los Estados Unidos los cuales han impulsado notablemente el desarrollo de la ciencia comparativa y de la ciencia jurídica en este país.

Importancia, por tanto, de la biografía del *magister*, pero también, muchas veces resulta decisiva, la importancia del legislador (es universal el reconocimiento a Justiniano, pero también el debido a Triboniano y Teófilo; igualmente la vida de Cambacères y Napoleón, pero también la de Portalis, Bigot de Préameneu, Maleville y Tronchet); en efecto, conocer cómo se desarrollaron estas biografías pueden ayudarnos a explicarnos puntos oscuros o complejos de su obra legislativa, sin olvidar nunca el peso de su formación filosófica y jurídica, los cargos públicos anteriormente desempeñados, y hasta las convicciones religiosas profesadas (así resaltan llamativamente en los padres fundadores norteamericanos, en Hugo Grocio, en Domat o en Pothier), permiten encontrar la clave de algunas incógnitas que perviven todavía en la historia del derecho. Importancia asimismo de la biografía del *Judex* pues hay jueces cuyo nombre se ha perennizado al pronunciar sentencias que han creado nuevas reglas jurídicas; pero esto no sólo ocurre en los países del *common law* sino también en los del *civil law* (por ej. al emitir votos particulares en el TS o en el TC).

Tiene razón el Prof. Domingo cuando escribe: *jus ex vita oritur!* Son estrechas las relaciones entre el derecho y la biografía de quienes lo crean, lo enseñan, lo interpretan y lo aplican. Uno de los frutos, y no el único, de la publicación de esta obra será recordárnoslo.

8. LOS JURISTAS ROMANOS

Aquí podría finalizar esta recensión; pero sospecho que, con lo dicho hasta ahora, sólo habría logrado, en mínima parte, dar a conocer la obra objeto de la misma. Por otra parte, siendo el autor de esta recensión, comparatista confeso y civilista de profesión, no resisto a la tentación de subrayar otras cosas que me han llamado poderosamente la atención.

He tenido ocasión de destacar la excelente introducción del Prof. Domingo a las semblanzas de los juristas romanos, iluminadora especialmente para quienes, sin ser especialistas, no dejamos de asentir a lo que, en palabras de Zubiri, constituía una de las aportaciones más gigantescas del espíritu humano, junto a la filosofía griega y a la re-

ligión de Israel. Me parece un gran acierto insistir en el periodo de la jurisprudencia romana como el punto álgido que llegó a alcanzar la edad de oro del *Ius Civile*, así como la minuciosa descripción de la codificación justiniana tan decisiva para su ulterior conservación y desarrollo en el continente europeo. No me resisto a reproducir aquí su alabanza a la *armonía* que detecta en su elegante composición (Vol. 1, p. 109 y s.): *Halló la jurisprudencia romana un profundo equilibrio entre lo privado y lo público, entre lo natural y lo civil, entre la ley (lex) y el Derecho (ius), y, dentro de éste, entre su sentido objetivo (ius ratumque) y el derecho subjetivo (ius potestasque), entre la flexibilidad de la fides y la seguridad de la forma, entre lo propio (ius civile) y lo universal (ius gentium), entre la tradición jurisprudencial romana y la innovación edictal, entre la abstracción y la causalidad, entre lo personal y lo territorial, la justicia y la equidad, la moral y el derecho, lo teórico y lo práctico, sin pretender nunca dividir en partes iguales, uniformar, limitar la libertas tradicional del alma romana. Esto fue posible porque fue el romano, sobre todo, y ante todo, un “Derecho de juristas” (Juristenrecht dicen los alemanes), muy poco legislado, que construyó ese pilar de nuestra civilización piedra a piedra (caso a caso), es decir, jurisprudencialmente, por fiarse más del argumento de autoridad que de la fuerza de la potestad. Aquí radica precisamente su carácter imperecedero, es decir, clásico, de modelo para otros muchos sistemas jurídicos y base necesaria para la formación de un deseado Derecho global.*

El Derecho Romano representa no sólo la materia prima, el sólido *corpus principale*, del *jus commune*, sino también su *animus* que lograron insuflar sus juristas y cuyas obras se conservaron, en buena medida, por la ciclópea tarea de Justiniano y sus colaboradores.

La relación de semblanzas de juristas romanos se abre con la de Manio MANILIO, muerto hacia el año 123 aC. y se cierra con la de DOROTEO, muerto hacia el 565 dC. abarcando un total de 43 biografías encomendadas a acreditados romanistas. Ya se comprende que no resulta posible aludir aquí a todos ellos, aunque sí merece destacarse que Quintus Mucius SCAEVOLA, el Pontífice, perteneciente a una destacada familia de juristas, es autor de los *XVIII Libros de Derecho Civil*, obra que se califica de la más representativa de la jurisprudencia republicana, y sirvió para fundamentar, no sólo la jurisprudencia ro-

mana, sino la ulterior europea (A. Fernández de Buján); fue el último jurista que desempeñó el cargo de Pontífice máximo. Ha dado nombre a la *cautio muciana* y a la *presunción muciana*, fue famoso defensor de la *causa curiana*. Murió asesinado el año 82 aC. Fue discípulo suyo Marco Tulio CICERÓN (116-43 aC.), cuya figura descuella en muchos sectores de la actividad humana (así se formó como hombre público con Marco Antonio y el cónsul Lucio Licinio Craso; en retórica, con el cretense Apolonio Molón; en Filosofía, con el epicúreo Fedro, el académico Filón de Laria y con el estoico Diódoto; y en poética, con Accio y Aulo Licinio Arquas), pues fue fecundo escritor, apasionado abogado, político destacado, gran defensor de la cultura griega y creyente ferviente en el Derecho natural. No se libró del sino de muchos juristas romanos, de morir violentamente, precisamente por el centurión Herennio a quien había defendido en causa por parricidio. El civilista no puede menos de mencionar a los juristas cuyas opiniones fueron, en cierto modo, consagradas por la Ley de citas, promulgada por Valentiniano III en el 426, y cuyas obras fueron tenidas muy en cuenta en la compilación justiniana. GAYO (cuya vida transcurre aproximadamente entre los años 120 y 180 dC), de quien se ignora casi todo, comenzando por el lugar de su nacimiento, siendo seguro que gozó de la ciudadanía romana aunque debió proceder de una región helenizada. Comentó los XVIII libros de Mucius SCAEVOLA, aunque no se han conservado, las leyes Julia y Papia Popea y el Edicto, y, sobre todo, es autor de las *Instituciones*, única obra clásica conservada íntegramente, que sirvió de base a la enseñanza en Occidente y en Oriente, y que fue el punto de partida de todas las reflexiones e intentos de sistematización de los modernos ordenamientos continentales europeos. PAPINIANO (140-212 dC) de quien se ignora el *nomen*, aunque es probable que fuera el de Emilio, calificado como el príncipe de la Jurisprudencia, llegando a ser la personificación del Derecho (F. Fernández de Buján); autor de una obra científica importante en la que figuran los 37 Libros de Cuestiones, y los 19 Libros de Respuestas, cuyos fragmentos son los más citados en la Compilación justiniana, si bien con numerosas interpolaciones y modificaciones; es notable por su estilo elegante, la sencillez y la profundidad de sus razonamientos, y la precisión en el uso de términos

y conceptos. Destaca por la incuestionable independencia de su juicio, siendo probablemente el jurista romano que más importancia otorga al contenido ético del Derecho. Muchos de los valores reflejados en sus escritos están próximos al pensamiento cristiano; ello explica que algunos frescos de primitivos templos cristianos lo representan en la compañía de los justos. Concluye así el autor de la semblanza: *Papiniano, obra y hombre, realidad y mito, ha desbordado toda parcela del saber, histórico o jurídico y se ha situado en esa orilla, adonde llegan quienes se convierten para la posteridad en modelo digno de ser imitado y digno paradigma de ser admirado* (vol. 1, p. 99). Domicio ULPIANO (170-223/224 dC); autor de un Comentario al Edicto y a Sabino; es el autor más mencionado en el Digesto justiniano (aproximadamente el 40% de todas las citas). Herennio MODESTINO (nacido hacia el 185 y muerto en el s. III dC), discípulo de Ulpiano, es considerado el último de los juristas clásicos, que hace de puente de transición entre la genial actividad creadora de aquéllos y la pobre exposición de las Escuelas posteriores. Gozó indudablemente del *ius respondendi*.

9. LOS JURISTAS MEDIEVALES

Suele decirse habitualmente que la muerte de Justiniano (565) representa el final de una época, mientras que los descubrimientos de Irnerio en la Escuela de Derecho de Bolonia (s. XII), suponen el comienzo de otra calificada como el *renacimiento del Derecho Romano en Europa* cuyos frutos llegarán hasta nuestros días. Pero debemos precavernos de esta concepción tan simplista pues las cosas no sucedieron exactamente así. Para el estudio científico del Derecho Romano, la Edad Media supone, ciertamente, un ocaso u oscurecimiento, pero no definitivo sino temporal, que permitirá su rebrote con inusitada pujanza a partir del siglo XII durante toda la Baja Edad Media con la Escuela de los Glosadores y Comentaristas. No hay, por tanto, en realidad, una solución de continuidad en esos siglos oscuros que van del siglo VI al XII, como ponen de relieve los profesores Antonio GARCÍA y GARCÍA y F. J. ANDRÉS en su extensa y documentada Introducción (vol. I, p. 241-301, especialmente p. 242-249), y que explica convincentemente el

no cumplimiento aparente de la conocida regla histórica según la cual la vigencia de un ordenamiento jurídico determinado no va más allá en el tiempo de la supervivencia del poder político que lo sustenta.

A) DERECHO ROMANO-BIZANTINO

Sostienen los autores citados que la historia de la jurisprudencia europea no se detuvo como consecuencia de la síntesis justiniana, sino que prosiguió sin solución de continuidad, aunque limitada al ámbito bizantino-oriental, hasta la Baja Edad Media, y su desarrollo es paralelo a las vicisitudes del *Corpus Iuris* como derecho vigente en los territorios de soberanía bizantina; ahora bien no se encuentran grandes personalidades jurisprudenciales comparables a los clásicos romanos; son juristas que, en gran medida, trabajan en el anonimato, como epígonos y conservadores de la excelsa tradición de la que proceden, y con la vista puesta en la necesidad de adaptar esa tradición a las necesidades prácticas del mundo circundante. Es de recordar que si bien Justiniano prohibió todo comentario a su obra jurídica, autorizó, en cambio, las traducciones literales y la elaboración de resúmenes o guiones de materias complejas; así apareció la *Paraphrasis* de TEÓFILO el cual no sólo tradujo al griego el texto de Justiniano sino que introdujo sustanciales adaptaciones a la sensibilidad jurídica de sus estudiantes orientales. Más tarde, el emperador León VI (886-912) acometió una amplia tarea compilatoria, reelaborando el *Corpus iuris* en 60 libros escritos en lengua griega, siguiendo en general el orden de aquél, elaborado por una Comisión de juriconsultos, cuyos nombres desconocemos, presididos por un tal SIMBATIOS; tal labor se plasmó en los *Basílicos* cuyo carácter sistemático es mayor —incluso— que el del texto original, lo que facilitó el manejo del *Corpus* a los prácticos del derecho. En la época final de Bizancio es relevante la figura de Constantino ARMENÓPULO, del XIV, cuya obra principal es el *Hexabiblos* o *Manuale legum* (1342), un compendio muy completo que sintetiza de modo creativo la mayor parte del material jurídico secular aplicable en su época en un solo volumen sistemáticamente dividido en seis libros, que gozó de gran aceptación tanto en su época como en la posteridad. Esta obra pone fin a la

historia de la jurisprudencia bizantina que, si no fue extremadamente original, sí supo conservar con elegancia el legado de la romanidad, a lo que contribuyeron las Escuelas de Constantinopla y Beirut con actividad continuada a lo largo de este periodo.

Los Autores citados de la Introducción observan que la caída de Roma en manos de Odoacro (476), si bien puso fin a la forma secular de dominación política en la Europa occidental, dando paso a diversos reinos germánicos establecidos a lo largo del siglo V, el Derecho Romano no desapareció como ordenamiento jurídico sino que convivió, como Derecho particular de los habitantes romanos vencidos, en la forma dada por las grandes codificaciones romano-bárbaras⁴³. La conquista bizantina de Italia en tiempo de Justiniano trajo consigo la aplicación del *Corpus Iuris civilis*, incluso después de la conquista de Italia por los longobardos, y ciertas partes de la península mantuvieron su relación con Bizancio y recibieron su legislación (sobre todo el Sur, el exarcado de Ravena, el ducado de Roma, y Sicilia). En el resto de Europa, el papel de custodio del Derecho romano culto quedó asignado exclusivamente a la Iglesia católica. La Iglesia, con una jurisdicción propia *ratione personarum*, había ido construyendo su propio ordenamiento jurídico, básicamente a partir del Edicto de Milán (313), sobre la base de fuentes romanas, especialmente el *Codex Theodosianum* (438), cuyo último libro recogía las constituciones imperiales sobre Derecho eclesiástico, a las que se añadían las decretales papales y las resoluciones de los Concilios; buen ejemplo es la *Colección canónica Hispana* del siglo VI. Obras como la *Lex Romana canonice compta* (s. IX) hicieron posible que las nociones jurídicas romanas pudieran llegar hasta los últimos rincos-

43 Así el *Edictum Theodorici* (hacia 453-466); *Codex Eurici* (hacia 476); *lex Romana Burgundionum* (hacia el 500); y, sobre todo, la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviarium Alaricianum* (506), también reelaborada en Italia del Norte a través de la *lex Romana Uti-nensis* o *Rhetica Curiensis*, entre los siglos VII y IX. Asimismo los derechos germánicos, crecientemente romanizados a partir del siglo VIII, contenidas en diversas leyes, tales como el *Edictum Rhotari* (653), y Edicto de Luitprando (712-744), para los longobardos; *Lex Salica* (507-511) y *Lex Ribuaría* (613-625) para los francos; *lex Burgundionum* (480-501) para los burgundios; *lex Visigothorum* o *Liber iudiciorum* para los visigodos (Recesvinto 649-672); *lex Alamanarum* y *lex Baiwariorum*, para los suevos.

nes de Europa occidental. Sólo en el s. XI se encuentran los primeros pasos firmes en la línea de una recuperación del estudio científico del Derecho en el mundo europeo occidental, a través de la Escuela de Pavía; en ella destaca Lanfranco (aproximadamente 1010-1089), que llegó a ser Arzobispo de Cantorbery, y otros eruditos ligados a la práctica judicial, son los primeros en aplicar coherentemente los métodos del *trivium* al estudio del Derecho, si bien el objeto central de sus trabajos era no tanto el Derecho romano como el Derecho nacional lombardo, con la finalidad de formar adecuadamente a jueces y abogados; resultado de su reflexión sobre su ordenamiento tradicional es la colección denominada *Liber Papiensis*, de principios del siglo XI, que contiene materiales muy variados con citas, incluso, de la compilación justiniana, aunque tal vez no de primera mano. De todo ello se deduce (vol. 1, p. 252) la existencia de una verdadera corriente de reflexión jurídica en Occidente previa a la aparición de Irnerio y la Escuela boloñesa, a la que faltó, para convertirse en Escuela, la aplicación de la crítica textual y la exégesis lógica al Digesto en su conjunto, cuyo dominio intelectual fue el factor que proporcionó a la ciencia jurídica occidental su estatuto independiente y su capacidad de influencia en el ulterior desarrollo político y cultural de Europa.

B) IRNERIO Y LA ESCUELA DE GLOSADORES DE BOLONIA

El impulso occidental para la ciencia jurídica europea vino propiciado por el nuevo descubrimiento del Digesto, correspondiendo a Bolonia y a la escuela de los Glosadores fundada por IRNERIO el honor de abordar esta recuperación del antiguo Derecho jurisprudencial romano con las armas intelectuales del *trivium* medieval y la disciplina escolástica. Pero esta recuperación del material jurisprudencial romano, tal vez anticipada en Pavía, no hubiera podido darse sin la concurrencia de elementos sociales, institucionales y culturales que lo hicieron posible. Al margen de la leyenda del emperador Lotario, mencionan los autores de la Introducción, la presencia permanente del Digesto desde su promulgación para Italia (554), si bien este hecho apenas despertó el interés de los intelectuales altomedievales y de los prácticos del derecho por

su extrema dificultad. Sólo a partir del siglo XI, en paralelo con el auge económico de las ciudades italianas, la pujanza del Sacro Imperio Romano-Germánico, y la reforma gregoriana de la Iglesia católica, el *Corpus iuris* completo y, principalmente, el Digesto, comenzaron a ser objeto de atención intelectual en el contexto del llamado *renacimiento del siglo XII*. Aparte de su prestigio de proceder de la antigüedad y estar escrito en latín, y de constituir su comprensión un desafío para las mentes formadas en la primitiva escolástica, el Digesto se reveló como una inagotable cantera de conocimientos, no sólo para los estudiosos, sino para los prácticos del Derecho (excluidos los textos escritos en griego y así se decía que *graeca sunt: non leguntur*). El ideal de Roma nunca se había perdido del todo en Occidente, de modo que el *Imperium Romanum* se considera aun vivo y garantía de libertad y progreso; de aquí el impulso que los Emperadores germánicos dieron al estudio del *ius Romanum*, y la cerrada alianza secular entre *Imperium* y legistas, frente a los canonistas.

El resurgimiento de la ciencia jurídica occidental nace vinculada al texto y a su interpretación dogmática; el *Corpus Iuris* constituye el libro de autoridad de la nueva Ciencia del Derecho al igual que la Biblia lo es para la Teología; el descubrimiento del Digesto se presenta como una auténtica *revelación* jurídica, el *Corpus Iuris* es un *donum Dei* y verdadera *ratio scripta*, sólo inferior en autoridad a la Biblia; los mismos criterios hermenéuticos que servían para la teología y la filosofía fueron aplicados por Irnerio. Como los juristas romanos, para quienes la jurisprudencia es *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, los jurisconsultos son una especie de sacerdotes, que profesan la *religio iuris*, llamados a fijar canónicamente el texto del *Corpus Iuris* y a conservar su pureza exegética. La letra de la ley es la *ratio scripta* que se articula en una totalidad armónica, cuya verdad intrínseca debe desvelar el jurista. Esta es la esencia del método dogmático fundado por los Glosadores, y que ha quedado hasta hoy como modelo de método jurídico para escándalo del profano inteligente (Wieacker). Por lo demás resulta conocido el método de los Glosadores boloñeses, desarrollado por IRNERIO (*lucerna iuris*) y sus discípulos los *quattuor Doctores* (BÚLGARO, MARTINO, JACOBO y HUGO) nominados poéticamente como *lilia iuris*, de los cuales destacaron los dos primeros que

encabezaron las corrientes —a veces, enfrentadas— en que se dividió la Escuela, apareciendo los otros dos como epígonos. Con ellos la Escuela de Bolonia gana fama europea y comienza a expandirse por el continente, en especial en el sur de Francia y Centroeuropa. Posteriores discípulos adquirieron prestigio tales como PIACENTINO, autor de una *Summa Codicis*, VACCARIO, a quien se debe la penetración del Derecho Romano en Inglaterra, y BASIANO, especialista en cuestiones procesales y cabeza visible de la Escuela a la muerte de Búlgaro. Con HUGOLINO cambia el tradicional posicionamiento político de los Glosadores porque defendió a la ciudad frente al Emperador en 1209, y se pronunció a favor del Derecho consuetudinario de aquella frente a la legislación imperial. AZÓN ha sido considerado por muchos como auténtica cima de la Escuela; nacido y formado en Bolonia, fue maestro de gran cantidad de maestros relevantes de la siguiente generación, y ejerció una destacada labor de asesoramiento jurídico a la ciudad de Bolonia y a la Iglesia. Entre sus discípulos destaca ACURSIO, autor de la *Magna Glossa* o *Glossa ordinaria* del *Corpus* justiniano, de la cual se dice (Vol. 1, p. 261) que sintetiza el resultado de siglo y medio de trabajos de la Escuela civilista boloñesa; baste decir que recoge un *apparatus* de 96.940 glosas a las diversas partes del *Corpus iuris civilis*; su éxito fue tan arrollador que desplazó a las obras anteriores del mismo género y comenzó a extenderse en edición conjunta de manuscritos con el propio texto de aquél, elaborados en Bolonia bajo dirección universitaria. Se acuñó el aforismo: *Qui non agnovit glossa, non agnovit curia*, si bien se observa que siguieron existiendo comentarios independientes de la Glosa, y, además, su posición no hacía prueba frente a la *communis opinio doctorum* (Vol. 1, p. 262). Con todo, el resultado era óptimo pues Bolonia se había convertido en la mayor Universidad jurídica europea, especialmente después de la prohibición de la enseñanza del Derecho Romano dictada por el Papa Honorio III, a la Universidad de París en 1219. Otros centros universitarios según el modelo de Bolonia se abren en Europa (Montpellier, Módena, Oxford, Palencia, Salamanca, Nápoles, Valladolid, etc.). Con carácter casi siempre anónimo se difunden obras expositivas del Derecho romano tales como las *Exceptiones legum Romanarum Petri*, o el *Brachilogus Iuris civilis*.

El siglo XIII va a conocer el nacimiento del *utrumque ius* o Derecho romano-canónico. Inicialmente Irnerio prescindió en sus Glosas del Derecho de la Iglesia, pero después del esfuerzo unificador del *Decretum Gratiani*, los Glosadores comienzan a incluir a aquél en sus estudios reconociendo el carácter científico del Derecho canónico; al margen de frecuentes conflictos entre los Tribunales civiles y eclesiásticos, fue el terreno del proceso en donde se conjuntaron esfuerzos para lograr un procedimiento racional que hiciera efectivas sus reglas de convivencia; destaca el *Ordo iudiciarius* del canonista TANCREDO (hacia 1214), y, ulteriormente, el *Speculum iudiciale* del obispo Guillermo DURANDO, en que se hace una descripción general del procedimiento romano-canónico, tanto referido a causas civiles como criminales, incluyendo formularios y actuaciones prácticas; obra cuyo uso se hizo imprescindible ante los tribunales eclesiásticos, y en muchos seculares que se decidieron a implantar el procedimiento de Derecho culto. La fusión de ambas tradiciones jurídicas fue trabajosa y uno de sus primeros frutos es el *Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, y será un paso decisivo para la expansión del Derecho culto científicamente renovado en Europa; ambas tradiciones propenden a la universalidad de modo que acabará viéndose el *utrumque ius* como un sistema único, común para toda Europa occidental (*ius commune*), con dos dimensiones, una temporal y otra espiritual; el Derecho Romano, fecundado por la ciencia de la Glosa, es *ratio scripta*, y el Derecho canónico es *anima* de ese ordenamiento, que trasciende las fronteras de los reinos y las fragmentaciones feudales. Este *ius commune* será compatible con los diversos *iura propria* territoriales, y ello contribuye a garantizar su penetración en los distintos Estados emergentes de la Europa occidental. A juicio de los autores de la Introducción (Vol. 1, p. 277 s.), este *ius commune*, más que un ordenamiento jurídico como tal, será propiamente una *cultura jurídica*, en el sentido de cristalización de un conjunto de representaciones jurídicas construido por juristas de toda Europa y difundido a través de las Universidades, que informará los diversos ordenamientos particulares en sentido unificador; se transmitirá no tanto por disposiciones imperativas como por razones culturales ajenas a los poderes públicos de la época; representaba una cultura de libros; recogía instituciones en

su mayor parte compartidas por los diversos territorios; se expresaba en una lengua común y universal; y, sobre todo, constituía el único cuerpo de doctrina jurídica realmente desarrollado a la altura de las necesidades del momento histórico. Estas razones explican su implantación en todas las Facultades europeas con carácter exclusivo, una vez que la primera oleada de juristas nacionales se hubiera formado en las Escuelas de Bolonia o Montpellier, lo que condujo a un frecuente y fructífero intercambio de estudiantes y profesores que constituirá el factor humano decisivo para su triunfo como Derecho jurisprudencial.

D) LA ESCUELA DE LOS COMENTARISTAS O GLOSADORES

Después de la Glosa de ACURSIO la renovación de la Escuela de Glosadores de Bolonia se va a iniciar fuera de Italia, a través de la Escuela de Orleans, especialmente por Jacques de REVIGNY y Pierre de BELLEPERCHE, ambos clérigos que llegaron a ser Obispos. Los llamados— vistos desde Italia— *doctores Ultramontani* introducen nuevas técnicas en relación con el uso del razonamiento dialéctico, pero sin llegar a formular reconstrucciones sistemáticas de los textos justinianos; consideraban que, en muchas ocasiones, la glosa contribuía a oscurecer más que a aclarar el texto discutido; de ahí que usaran un género nuevo, las *repetitiones* que procedían de lecturas en profundidad de ciertos pasajes escogidos de las fuentes; presagian ya la nueva orientación relativa a las *quaestiones de facto* a las que ulteriormente se prestará singular atención en Italia. La Escuela de los Comentaristas, llamados también Posglosadores (sin el acento peyorativo que empleó con esta designación Savigny) será la culminación de una nueva orientación metodológica apuntada por los *Ultramontani*, aunque movida en realidad por las mismas preocupaciones de principio de los Glosadores (a saber, la correcta intelección del texto justiniano), pero diferenciada por los instrumentos analíticos y el universo normativo considerado; así la utilización decidida de la dialéctica aristotélica, generalizada y sistematizada por San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, lo cual conduce a una mayor explotación de las posibilidades constructivas del método. Glosadores y Posglosadores tuvieron similar proyección prác-

tica, traducida en el gran número de *consilia* que emitieron, pero difirieron en la amplitud de miras respecto al material jurídico considerado; así una de las principales preocupaciones de los segundos fue conciliar las interpretaciones del Derecho Romano con las prescripciones del Derecho estatutario de las ciudades del Norte de Italia y las exigencias del Derecho canónico; así surgirá la doctrina de los Estatutos de tanta aplicación por mucho tiempo en el ámbito el Derecho Internacional privado; en todo caso el *Corpus iuris* seguía estando en el centro del sistema ya que las lagunas y contradicciones obtenidas en el resultado interpretativo debían resolverse por el *ius commune*.

Pertenece a Cino de PISTOIA la reputación de ser el iniciador de la nueva Escuela, profesor en Siena y, más tarde, en Perugia, en donde tuvo como alumno a Bártolo de SASSOFERRATO, considerado como el más grande de los juristas de ésta. Nace en 1314 y su corta vida de apenas 43 años, le permitió doctorarse en Bolonia a los 20, ejercer durante cinco años el cargo de juez en Todi y Pisa, y dedicarse a la Universidad el resto de su vida enseñando en Pisa y en Perugia, publicando su obra fundamental, los *Commentaria Iuris Civilis* que le dio fama universal y en el que consagró el método dialéctico aplicado a la jurisprudencia. El más distinguido de sus discípulos fue BALDO de UBALDIS, profesor, a su vez, en diversas Universidades (Perugia, Bolonia, Pisa, Florencia y Pavía), jurista enciclopédico (civilista, canonista y feudista), teniendo mayor dedicación que su maestro a la práctica. Escribió *Commentaria* a diversas partes de la compilación justiniana, y también *Lecturae* de las Decretales y de los *Libri feudorum*. Con acierto, los autores de la Introducción sintetizan (Vol. 1, p. 284) que *Bártolo y Baldo personificarán durante siglos el mos italicus en toda Europa, y varias generaciones de juristas de primera fila se sumaron a la misma tendencia y contribuyeron al dominio absoluto de este método de estudio teórico-práctico de las fuentes, al menos hasta el siglo XVI*. Los últimos grandes autores de la Escuela de Comentaristas son Jasón de MAINO y Philippo DECIO, quienes desarrollan su actividad en pleno siglo XVI. Pero su método, el *mos italicus* todavía seguirá influyendo en la producción y práctica de los siglos siguientes, en competición con el *mos gallicus* que marcará la evolución jurisprudencial europea de los siglos XVI y XVII. Con

todo, el *mos italicus tardío* —también llamado *bartolismo*— va a dominar en la primera modernidad en lugares como Alemania, Italia, España o los Países Bajos, contribuyendo a la difusión del *ius commune*, que actuaba como derecho supletorio, como elemento integrador y sistemático capaz de llenar las lagunas y oquedades dejadas por el ordenamiento tradicional, y proporcionando una coloración romanista a los ordenamientos nacionales por la vía de la *interpretatio*, con la notable excepción de Inglaterra. Como ha puesto de relieve A. Pérez Martín es muy importante la literatura jurídica española de la Baja Edad Media bajo el signo del *ius commune* y las técnicas del *mos italicus*, aunque no siempre resulta aquélla suficientemente conocida.

E) LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA FORMACIÓN DEL COMMON LAW

Considero de gran interés el apartado final de la Introducción (Vol. 1, p. 295-301) dedicado a mostrar la presencia e influencia del Derecho Romano en la formación del *common law*, respondiendo al propósito inicial del Coordinador de propiciar decididamente su acercamiento y aproximación al *Civil Law*. El famoso *nolumus leges Angliae mutare* impidió, ciertamente, la recepción directa del Derecho romano en Inglaterra, pero no evitó la penetración por vías oblicuas. Así se analizan las figuras de Vacarius, Glanville y Bracton, y sus obras respectivas que, con frecuencia, muestran un profundo conocimiento del *ius commune*.

Destaca en este apartado la riqueza bibliográfica que supone el número importante de Semblanzas incluidas (un total de 85); en efecto, además de la lógica presencia de miembros pertenecientes a las Escuelas de los Glosadores y Comentaristas o Posglosadores (destacaría las semblanzas de BARTOLO y BALDO por García Garrido), es de notar la atención prestada a los canonistas clásicos (como GRACIANO; San RAIMUNDO DE PEÑAFORT, debida a Molano; Juan de FAENZA, debida a Viejo-Ximénez; Rufino de BOLONIA; y Juan de ANDRÉS, debido a Otaduy, que fue en la historia el segundo canonista seglar y casado), y también a los cultivadores del *utrumque ius* (Paulo de CASTRO; Juan de ÍMOLA, debida a Pérez Martín), y legisladores (como GREGORIO IX,

debida a Ana M^a Vega; ALFONSO X, debida a Martínez Díez), filósofos (SANTO TOMÁS, debida a Alarcón; Guillermo de OCKHAM, debida a Truyol Serra), germanistas como Eike von REPGOW (redactor del Espejo de Sajonia, semblanza debida a Coma Fort), juristas ingleses (VACCARIO, debida a R. Domingo; Ranulfo de GLANVILL, FORTSCUE, LITTELTON, BRANCTON, debida a I.Cremades), juristas bizantinos (como Constantino ARMENÓPULO) etc.

10. JURISTAS DE LOS SIGLOS XVI Y XVII

La extensa Introducción a esta parte (Vol. 2, p. 23-87) se debe a A. GUZMÁN, Catedrático de Derecho romano de la Universidad chilena de Valparaíso. Los grandes apartados de aquella tratan de las siguientes materias: El Humanismo jurídico, la segunda Escolástica, el Iusnaturalismo racionalista, el *Usus Modernus Pandectarum*, y la ciencia del Derecho Indiano. Cuestiones que desarrollaré a continuación en el mismo orden.

Advierte GUZMÁN que las divisiones de la jurisprudencia en Escuelas diversas obedecen mejor a las necesidades historiográficas que a una real separación histórica. Hay una continuidad en los resultados de la interpretación de los textos justinianeos, cuyos frutos se acumulan sin desdeñar los obtenidos por ajenas Escuelas; hay una real interpenetración de las diversas doctrinas que permite mejorar y evolucionar el *ius commune* que, por otro lado, trata de adaptarse a las nuevas circunstancias socio-económicas tan diversas de las que contemplaron los juristas romanos. El aspecto de la historia cambia cuando se examinan los dogmas, para los cuales las divisiones entre escuelas suelen tornarse en evanescentes hasta llegar a borrarse, y de los cuales surge una historia diferente no con base en movimientos, sino precisamente en autores, en muchas ocasiones pertenecientes, según el punto de vista historiográfico, a una misma escuela, que empero piensan distinto, o a escuelas diversas, que con todo piensan igual. Así, concluye GUZMÁN, la historia de la ciencia jurídica deja de consistir en una historia del pensamiento global de escuelas, y se convierte en una del pensamiento de los juristas, en la que la división

en escuelas asume una funcionalidad meramente referencial e instrumental (vol. 2, p. 25).

A) ESCUELA HUMANISTA

La Escuela humanista inicialmente es literaria y filológica y sólo secundariamente jurídica; este último aspecto se manifiesta en el Antitribonianismo y en la preocupación por la pureza de las fuentes, acusando a los juristas medievales de ignorancia histórica, incultura filológica, desconocimiento de la lengua griega y empleo de un latín bárbaro, y, finalmente, abuso del método dialéctico. Un precursor erudito es Guillermo BUDÉ, con la publicación en 1508 de sus *Annotationes* a las Pandectas en las que trata de depurar el lenguaje empleado por Justiniano, y su interesante estudio sobre las pesas y medidas romanas publicado en 1515. Verdadero precursor de esta Escuela es el jurista italiano ALCIATO, quien al no ver acogidas sus doctrinas en Italia, se traslada a la Universidad de Bourges, logrando una pléyade de adeptos franceses (DUARENUS, CONNANUS, CUIACIUS, HOTTMANUS, DONELLUS, los hermanos GODEFROY, Denis y Jacques) que se expanden por otros países, en parte, por razones de la persecución desatada en Francia contra los hugonotes después de la noche de San Bartolomé. En Alemania el humanismo jurídico lo inicia ZASIUS, al que siguen HALOANDER, VIGEL, LAGUS y FREY. La acogedora y tolerante Holanda alberga la Escuela denominada de la *Jurisprudencia elegante*, que es una derivación de la Escuela humanística, en la que participan VOET, NOODT y BYNKERSHOEK. La Escuela francesa tuvo entre nosotros algunos cultivadores ilustres (Antonio AGUSTÍN, José FERNÁNDEZ DE RETES, Francisco RAMOS DEL MANZANO), y también, en Portugal, Antonio GOUVEIA.

La temática de la Escuela humanista se resume así en la Introducción:

— en el ámbito literario y filológico, el retorno a las fuentes, lo que se tradujo en la sustitución de la *Vulgata* o *littera Bononiensis* por la *littera florentina*, y luego por la *littera Gothofrediana*, que adquirió el carácter de *Vulgata* humanística; la difusión de la lengua griega permitió

ampliar la consulta de las obras bizantinas (especialmente la *Paráfrasis* y el *Hexabiblos*; además se descubrieron nuevas fuentes latinas anteriores a Justiniano que los medievales desconocieron, se reconstruyeron fuentes antiguas que no habían sido transmitidas íntegras ni originales; destacó en este campo CUJAS o CUIACIUS; el manejo de fuentes no jurídicas hizo aflorar muchos datos jurídicos, y se esforzaron por recuperar las formas clásicas del latín antiguo y de practicarlas en su actividad; el modelo de estilo fue Cicerón.

— preocupación por la pedagogía o didáctica jurídica, siendo notablemente grande el número de publicaciones sobre dichos temas durante estos dos siglos, bastando citar a título de ejemplo la *Oratio de ratione docendi iuris*, de CUIACIUS, y la *Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de iure omnium certissima* de VIGELIUS.

— preocupación por la teoría de la argumentación jurídica; su núcleo central es la doctrina clásica de los *loci argumentorum* (*topoi*), es decir, aquellos puntos de vista, lógicamente típicos, desde los cuales se pueden obtener argumentos racionales al enfrentar un problema (en la *Topica* de CICERÓN encontraron buen apoyo).

— el Humanismo jurídico desarrolló la teoría del sistema jurídico ya que el *ordo legalis* de los textos justinianos advirtieron que era puramente contingente, cuando no caótico. CICERÓN expone su proyecto de *ius civile in artem redigere*, es decir, reducir todo el Derecho civil a pocos géneros, distribuyéndolos como miembros de un cuerpo, y aclarando mediante definiciones la significación de cada uno, para así tener una *perfecta ars iuris civilis*; en esta línea cabe mencionar la obra de LAGUS *Iuris utriusque traditio methodica* (1543). Otros autores prefirieron aplicar un método expositivo de invención propia y personal, como DONELLUS en su monumental *Commentaria de iure civile* (1589-1595).

— también fue tema propio del Humanismo el nacionalismo jurídico, con un significativo matiz pues en Francia se entendió que el Derecho Romano se aplicaba *non ratione imperii nisi imperium rationis*. El prestigio de Dumoulin (MOLINEUS) impuso la tesis de que el *ius commune* en Francia estaba representado por las costumbres generales del reino, y sólo en defecto de éstas se autorizó el recurso al *ius scriptum*,

previa comprobación de su equidad y aplicabilidad al caso. Observa GUZMÁN (vol. 2, p. 42) que el humanismo francés fue coetáneo con la formación del Estado moderno de base territorial-nacional; por otro lado, el historicismo le condujo a interesarse por el pasado del entorno inmediato de sus cultivadores, es decir, por el Derecho francés; las críticas al *Corpus Iuris* negaron a éste su carácter de *lex*, y, por tanto, una vigencia *pro auctoritate*; ello coincidía con las tendencias que empujaban a la búsqueda de un sustituto que los humanistas encontraron en el Derecho nacional.

— tendencia a identificar el Derecho romano con la *aequitas*.

— preocupación en algunos humanistas por sustituir el *Corpus* por otro texto legal, con lo cual empalmaron con determinadas ideas de la Escuela protestante del Derecho natural que postulaban alguna forma de codificación.

B) ESCUELA ESPAÑOLA DE DERECHO NATURAL

El apartado relativo a la Segunda Escolástica o Escuela Española de Derecho Natural está bien sintetizada y documentada (vol. 2 p. 46-59) y resulta, obviamente, más conocida entre nosotros. En su origen es un movimiento de renovación teológica debida al magisterio del P. VITORIA ejercida durante veinte años en la Universidad salmantina. Como se sabe, sus famosas *Relectiones*, especialmente las *De indiis* (1539), *De iure belli* (1539), *De iustitia et iure* (cursos 1526-1529 y 1534-1537) y *De lege* (cursos 1533-1534), no publicadas aunque sí se han conservado en los apuntes de los alumnos, sirvieron de base a una literatura teológico-ético-jurídica desarrollada por un nutrido grupo de famosos discípulos suyos pertenecientes a diversas Órdenes religiosas y del clero secular, que ocuparon cátedras universitarias en España y en América, y cuya enumeración no parece necesario reproducir, aunque sí destacar que los temas tratados por ellos no sólo atienen a la justicia y al derecho en general y al Derecho Natural en particular, sino al Derecho internacional (análisis crítico de los títulos que justificaban la conquista española de los territorios descubiertos), a los contratos en general, y, en particular a la compraventa y al préstamo. Advierte oportunamente GUZMÁN

(vol. 2, p. 54) que para los escolásticos su derecho positivo fue el Derecho romano y el canónico, o sea el *ius commune*, e, incluso aunque en menor medida, el Derecho castellano, así que puede decirse que el Derecho natural de la escolástica fue el Derecho común iusnaturalizado. Estos autores profesionalmente fueron filósofos, teólogos y moralistas, lo cual determinó ciertas características: así el interés fundamental de su reflexión fue determinar bajo qué condiciones la ley positiva obliga en conciencia; su interés estaba en una ética para el tratamiento de las realidades de la vida y de la historia; utilizan el método del casuismo después de haber dejado bien sentados los principios generales; siguen el método escolástico en la exposición; destaca la libertad intelectual de que hacen gala hasta el punto de afirmar el autor que *los neoescolásticos profesaron un Derecho natural de tipo laico* (vol. 2, p. 57); por último, la parsimonia con que emplean el principio de autoridad. Fueron aportaciones suyas: una solución satisfactoria al viejo problema del origen del poder, y la base del derecho subjetivo moderno al tratar del *ius* como *facultas* o *potestas*, y la división entre los derechos reales y personales, así como intentos de una doctrina general del contrato y de las promesas. Sus doctrinas fueron tenidas en cuenta por Hugo GROTIUS, si bien sus obras parece que dejaron de ser leídas en Europa desde mediados del siglo XVII.

C) LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA

En 1625 se publica en París por Hugo GROTIUS *De iure belli ac pacis*; su autor exiliado en Francia había sido abogado de grandes compañías coloniales y comerciales, político, diplomático y cultivador de la Teología y del Derecho; recibió una educación humanística y siempre cultivó estudios literarios. Estudió el *ius commune* para doctorarse en Orleans, y en sus obras aplica unas veces el *mos gallicus* y otras el *mos italicus*. Contemporáneo de Copérnico, Ticho Brae, Francis Bacon, Kepler, Galileo, Newton y Descartes, su obra fundamental que fue objeto de gran número de ediciones fue saludada como el inicio de una nueva era en la ciencia del Derecho siguiendo el modelo de las ciencias físico-matemáticas para el conocimiento de la naturaleza humana. En su obra

fundamental retoma la tradición del humanismo de dar un orden y sistema al Derecho, si bien no se apartó mucho del sistema gayano-justiniano; luego asume la tradición escolástica del Derecho natural y no el civil, romano o positivo, con lo cual se separa de la senda del humanismo; limita su obra a lo que los romanos denominaron *jus gentium*, o sea el Derecho de las controversias entre pueblos o príncipes, de las cuales surge la guerra, la cual, a su vez, se hace para obtener la paz, de ahí que ese Derecho sea un Derecho de guerra y paz. No fue el primer tratadista de la paz y de la guerra aunque sí el primero en hacerlo de modo sistemático y sin entrar en polémicas, se acompaña de observaciones filológicas y eruditas, presentando el conjunto en un latín que trataba de imitar al clásico, encajando con el buen gusto generalizado que todavía se encontraba bajo el influjo del humanismo. La admiración que suscitó Grocio en su tiempo se fue acrecentando en las épocas sucesivas, que terminaron por reconocerlo, primero, como el fundador del Derecho natural de la razón y después del moderno Derecho Internacional público, en competencia con el P. Vitoria.

Declara GROCIO que su primer cuidado fue referir las pruebas de lo que pertenece al Derecho natural a nociones tan ciertas que nadie pueda negarlas, a no ser que se haga violencia a sí mismo; pues los principios de este Derecho se manifiestan por sí mismos y son evidentes casi tanto como todo lo que percibimos por los sentidos externos. Luego su celebrísima afirmación de que *Estas cosas que ya dijimos ciertamente tendrían lugar aunque concediéramos, lo que no se puede conceder sin cometer un gran delito, que Dios no existe o que no cuida de los asuntos humanos*. Hay un matiz diferencial (GUZMÁN, vol. 2, p. 65) con la Escuela española que consideraba imposible la hipótesis de no existir Dios, por lo cual el Derecho natural se une ontológicamente a El. El resultado fue que cada vez se prescindió más de la doctrina escolástica por innecesaria pues GROCIO había descubierto, con certeza matemática, los principios que la ordenan. La Reforma protestante ayudó al éxito de las doctrinas grocianas pues éstas ofrecían un ordenamiento de la paz y de la guerra válido indistintamente para católicos y protestantes, e, incluso, para no cristianos.

En realidad a GROCIO se le considera precursor y hombre que sirvió de enlace entre el Humanismo y la Neoescolástica, con el Derecho

Natural racionalista. En Alemania se mencionan, en la misma línea, a los humanistas OLDENDORP y ALTHAUS, y en España a VÁZQUEZ DE MENCHACA, autor de la famosa obra *Controversiarum illustrium* (1563), como verdaderos antecesores de esta última. En realidad hay que atribuir la autoría de la Escuela a HOBBS, en su obra *The Elements of Law Natural and Politic* (1650) al prescindir de Dios en la fundamentación del Derecho Natural. Este iusnaturalismo laico, secular y mecanicista fue desarrollado y sistematizado por PUFFENDORF (*Elementa iurisprudentiae universalis*, 1670, y *De iure naturae et gentium*, 1672), quien alcanzó a presentar un sistema material del Derecho privado natural, que no habían logrado sus antecesores. Su discípulo THOMASIVS, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, 1705, contribuyó a la propagación de las ideas de su maestro, dedicándose a atacar a las viejas instituciones del *ius commune* como no fundadas en el Derecho de la naturaleza. LEIBNITZ fue un genio universal que destacó en filosofía, teología, teodicea, lógica, matemáticas, física, medicina, geología, ingeniería, lingüística, ciencia política e historia, y también en Derecho con su famosa obra *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667); puede ser inscrito en la corriente del iusnaturalismo moderno en cuanto acepta el modelo básico de HOBBS, pero vuelve a resituarse a Dios en la base de la especulación jurídica, con su distinción del *ius strictum*, propio del estado de naturaleza, en donde encuentra aplicación el principio *neminem laedere*; el *ius aequum* que impera en el estado civil, regido por el *suum cuiusque tribuere*; y el *ius pietatis*, inspirado en el *honeste vivere* que debe gobernar en una sociedad armónica de hombres que aman a Dios, y que es la más perfecta posible. Por último, puede considerarse fundador de la moderna idea de la codificación, recogiendo, a su vez, algunas ideas humanistas. Con LOCKE un filósofo inglés, no jurista, en su *Essay on Civil Law Government*, se adopta el modelo hobbesiano de iusnaturalismo moderno, pero no se emplea para concluir en un absolutismo, sino en un liberalismo político y jurídico.

Concluye GUZMÁN (vol. 2, p. 74) que el filón iusnaturalista que de Hobbes llega a Locke, y en el siglo XVIII continuará hacia Rousseau, fue más político que jurídico. El iusnaturalismo que del mismo Hobbes llega a Puffendorf y a Thomasius, y se prolonga todavía en el siglo

XVIII, pretendió ser, en cambio, más jurídico. En todo caso los estudios de unos y otros no abandonan, pese a veces a sus virulentos ataques, al Derecho Romano, lo que repercutirá en la evolución posterior y permitirá a la Escuela influir en el curso posterior de la dogmática y de la legislación, a través de las grandes codificaciones europeas.

D) EL *USUS MODERNUS PANDECTARUM*

A principios del siglo XVI, el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* eran los únicos enseñados en el continente europeo, dejándose a la práctica el aprendizaje de los Derechos regios y consuetudinarios; éstos, cuando había que aplicarlos, eran severamente examinados a la luz del Derecho Romano, de modo que si lo contradecían, recibían aplicación restrictiva; sus lagunas abrían paso a la utilización del *ius commune*, siempre interpretado ampliamente para favorecer mejor su aplicación. A lo largo de los siglos XVI y XVII, muchos juristas, sobre todo italianos, continuaron cultivando la lectura e interpretación de las fuentes romanas con los cánones transmitidos desde los siglos anteriores. Baste mencionar las obras de Claro, Menocchio, Mantica, Farinaccio y el cardenal De Luca, en Italia; entre nosotros también siguieron el *mos italicus* Juan López de Palacios Rubios, Juan del Yáñez Parladorio, Juan Gutiérrez, Juan del Castillo Sotomayor y Antonio Pérez; ocurre lo mismo en Francia con Rebufus, Tiraquellus, Dumoulin, y D'Argentré.

La expresión *uso moderno de las Pandectas* constituye el título de una obra del alemán Samuel STRYK, publicado entre 1690 y 1712, y ha sido adoptada por la moderna historiografía alemana para designar el modo de ser que presentó el cultivo del *ius commune* en Alemania desde fines del s. XVI y especialmente durante el s. XVII. Los juristas abandonaron el *bartolismo* en su estado puro, y, con una sensibilidad muy dirigida a la práctica, empezaron a considerar que los derechos tradicionalmente llamados *iura propria* o *municipalia*, no debían ser juzgados como una anomalía frente al Derecho romano, sino simplemente como una modificación o derogación del mismo; ello implicaba la inserción de las figuras e instituciones de los Derechos propios en el entramado del Derecho común, que por esta vía fue modernizado y adaptado a las

exigencias de la realidad alemana. Posteriormente ha venido a reconocerse que tal fenómeno no fue exclusivo de Alemania sino que se dio en casi todos los países europeos. Incluso aquellos países más reacios a admitir la vigencia del Derecho romano por imperativo legal, acudieron a la costumbre, a la equidad o a la tolerancia o permiso real. Ello permitió a DUMOULIN, al comentar la Costumbre de París, poder afirmar que el derecho común en Francia no era el Derecho romano sino el consuetudinario; lo que no impidió invocar el *ius commune* cuando se habían agotado las fuentes de los derechos propios, y permitió que en Francia hubiera *usus modernus pandectarum*. Apostilla GUZMÁN (Vol. 2, p. 80) que esta línea fue quebrada a fines del siglo XVII por la obra de un jurista de difícil clasificación, Jean DOMAT, autor de dos obras fundamentales, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, y *Le droit public, suites des lois civiles dans leur ordre naturel* (publicadas ambas entre 1689 y 1694).

En Castilla se destacan las figuras de Gregorio LÓPEZ, Diego de COVARRUBIAS y LEYVA y Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA. El primero modernizó las Siete Partidas, privilegiando en ocasiones su texto frente al *ius commune*. En el segundo están presentes tanto el humanismo como la neoescolástica y su Derecho natural, como el *ius romano-canónico* y el Derecho propio de Castilla; fue amplia su difusión pues hasta 1753 sus *Opera omnia* alcanzaron 27 ediciones. El tercero se distinguió por incorporar el Derecho natural en la argumentación del caso.

En Alemania el punto de partida del *usus modernus pandectarum* estuvo representado por la obra del polígrafo Hermann CONRING *De origine iuris germanici* (1643), que condujo a la revalorización de los *iura propria*, los cuales empezaron a ser objeto de estudio científico. Fue continuado por CARPZOVIVUS, STRUVE y STRYCK cuya obra dio título a la Escuela. En Holanda la obra menor de GROCIO, *Introducción a la jurisprudencia de Holanda* (1631), dado el prestigio que había alcanzado el autor, quedó como modelo del *Ducht-Roman Law* y llevado por los colonizadores holandeses a Sudáfrica, sigue empleándose como fuente de derecho usual.

E) EL DERECHO INDIANO

La incorporación de las tierras descubiertas a la Corona de Castilla implicó inicialmente la aplicación del Ordenamiento de Alcalá y la Ley 1 de Toro a aquellos territorios, lo que fue ratificado por Carlos V en 1530. Se mandaban aplicar, en primer lugar, las leyes reales (ordenamientos y pragmáticas), las cuales se incluyeron en la *Nueva Recopilación* de 1567, completada en 1805 por la *Novísima Recopilación*. En segundo lugar se aplicaron el *Fuero Real* y las *Leyes de Estilo*, y, en último término, las *Siete Partidas*. Como subsidiario se aplicaba el Derecho romano-canónico, en un orden que discutían los autores. Este complejo sistema de fuentes recibió modificaciones a lo largo del tiempo. En 1530, 1542 y 1555, los derechos consuetudinarios indígenas adquirieron rango de derechos especiales. Y en 1614 se estableció que la nueva legislación aprobada para Castilla precisaba de autorización especial para aplicarse en las Indias. Por otra parte comenzó a desarrollarse un Derecho indiano, emanado de la Corona, del Consejo de Indias y de las autoridades españolas que gobernaban en América, ratificada posteriormente por el monarca. La legislación indiana real quedó fijada en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, sin que fuera recopilada la posterior; este cuerpo de leyes, junto con la costumbre, recibió aplicación preferente a la legislación castellana. El Derecho indiano, en sentido amplio, se componía de los siguientes elementos: 1º) el Derecho indiano en sentido restringido, ya descrito, siendo la *Recopilación de Indias* el derecho general; 2º) el Derecho castellano según la Ley 1 de Toro; 3º) en su defecto, el Derecho romano-canónico; y 4º) como derechos especiales, el Derecho de los indígenas válido sólo para ellos, y el Derecho canónico, válido para los clérigos y los bautizados *in spiritualibus*.

La literatura no es muy abundante, aunque sí de gran interés:

Juan de MATIENZO *Gobierno del Perú* (1567);

Juan de SOLÓRZANO y PEREIRA *De indiarum iure*, 1629 (traducida al castellano como *Política indiana*, 1647). Se le considera el verdadero fundador del Derecho Indiano.

Francisco ALFARO *Tractatus de officio fiscalis atque fiscalibus privilegiis*, 1630;

Gaspar ESCALONA y AGÜERO *Gazophilacium regium Perwoicum administrandum, calculandum, conservandum*, 1647.

Antonio de LEÓN PINELO *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de las leyes de las Indias occidentales* (elevado al Consejo de Indias).

Id. id. *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales*, 1630.

José de VEITÍA LINAJE *Norte de la contratación de las Indias occidentales*, 1672.

También es de mencionar que las dos obras famosas de Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica y Labyrintho de comercio terrestre y naval etc.* se publican por primera vez en Lima, respectivamente, en 1603 y 1617.

Respecto del anterior periodo, en éste se han incrementado las Semblanzas, de modo que se incluyen un total de 134 cuya redacción se ha encomendado a autores españoles y extranjeros, conforme a un esquema uniforme. En la imposibilidad de enumerarlas todas y de indicar los autores de las mismas —sólo excepcionalmente se hará—, cabe mencionar, al margen de las Escuelas a que pertenecen, las relativas a MAQUIAVELO, Tomás MORO, Gregorio LÓPEZ, MARTÍNEZ AZPILICUETA, MATIENZO, COVARRUBIAS, Juan de MARIANA, Padre SÚAREZ (debida a Larrainzar), Jacques GODEFROY, HOBBS (Guzmán), DOMAT (Pérez Álvarez), THOMASIUUS, Padre Domingo SOTO, DONELLUS, COKE, PUFFENDORF, WOLFF, Padre Francisco de VITORIA (Truyol Serra), GROCIO (debida a J.A. Corriente), LOCKE (Abellán), VICO (Vallet de Goytisoló), y LEIBNITZ (Sánchez de la Torre). Elenco biográfico que, por motivos muy diversos, ha de interesar, según creo, a muchos de nuestros estudiosos contemporáneos.

11. LOS JURISTAS DEL SIGLO XVIII

El Prof. Dr. Don Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo, logra resumir apretadamente (Vol. 2, p. 531-557) las características de ese s. XVIII que

discurre entre los nombres señeros de Montesquieu y Savigny. *Siglo de las Luces* se ha repetido en todos los idiomas europeos, pero también siglo de contrastes, entre Tradición e Ilustración, Antiguo Régimen y Revolución (primero la holandesa-inglesa, y luego la norteamericana-francesa); siglo que contempla a dos Europas enfrentadas —Reforma y Contrarreforma— y que eclosiona con la Ilustración.

Bajo el signo de la razón libre, la Ilustración encontró un hogar adecuado en aquellos países que por sus circunstancias, impulsaron o facilitaron la creación y divulgación de diferentes formas de pensamiento. Fue el caso de Holanda, gran difusora cultural con su libertad de imprenta; de Inglaterra con sus libertades económica y política; y, sobre todo, de la Francia humanista, eje central de Europa, que parece resumir el espíritu del siglo con la aportación al método de Descartes, de la sistematización jurídica de Domat o Pothier, con su búsqueda del espíritu de las leyes, de Montesquieu; sobre todo la Francia de *l'Encyclopédie*, que condensa el espíritu utilitario del siglo, y de la Revolución (Diderot, Dalambert, Rousseau, Mably) que abrió para los pensadores y filósofos una nueva época de realizaciones políticas y sociales con la Constitución (Sieyés, Merlin), y sintetizó el pensamiento jurídico antiguo y moderno en la magna empresa de la Codificación napoleónica. Pero también la Alemania de la Escuela del Derecho natural racionalista que, tras las huellas de Grocio y de algunos juristas españoles de la segunda Escolástica, llegó a la construcción de un nuevo sistema jurídico libre de las ataduras históricas del Derecho romano y de los derechos nacionales con una clara conciencia universal que prefigura la mentalidad contemporánea, tanto en el campo de la *Reichspublizistik* y del naciente *Polizeirecht*, como de las codificaciones territoriales y nacionales de Austria, Baviera y Prusia. Asimismo, la Italia de Beccaria y Filangieri, se erige en intérprete inmediato, en el campo penal y penitenciario, de las corrientes humanitarias de la Ilustración. Y al otro lado del Atlántico, las 13 Colonias inglesas se declaran independientes en 1776 con una fórmula universal que dio expresión a la libertad de los restantes pueblos americanos, generando un nuevo foco de cultura política en torno al pensamiento de los *Founding Fathers* (Jefferson, Hamilton, Madison, Adams), condensado en la Constitución

de 1787. Entre nosotros, algunos pocos se harán eco de las ideas de la Ilustración, como el Padre Feijoo, Campomanes, Jovellanos y Martínez Marina.

En el ámbito estrictamente jurídico se va a producir una sistemática nueva, racionalista y axiomática, que estaba llamada a revolucionar no sólo los métodos tradicionales, sino la misma concepción del Derecho dejando atrás el viejo casuismo, como puso de manifiesto el nuevo constitucionalismo racionalista y la codificación jurídica. En adelante se manejarán conceptos tales como utilidad, felicidad, y progreso, o, de manera más técnica, convención, pacto, constitución, y codificación. Envuelto en la exaltación de la causa pública o interés general, este lenguaje dio paso al reconocimiento explícito de los derechos de la comunidad y, más allá, a la declaración de los derechos subjetivos de los individuos que forman aquélla en los orígenes de un individualismo jurídico contrapuesto al corporativismo del Antiguo Régimen. El lema de la Revolución Francesa fue la expresión sintética de este cambio político y jurídico que dejó atrás la concepción autoritaria y jerarquizada del Antiguo Régimen, poniendo como fin del derecho la garantía de la libertad.

No todo es ruptura y cambio, sino también hay continuidad de ideas de siglos anteriores, como ocurre con el regalismo. El equilibrio político europeo se rompe a principios del siglo XVIII con la guerra española de Sucesión, en favor de la Casa de Borbón; lo cual suscitó la exaltación del viejo galicanismo francés y también español motivado por el reconocimiento en 1709, por la Santa Sede, del pretendiente austriaco a la Corona española. El Concordato de 1753 firmado por el gran canonista Benedicto XIV cerró un enconado contencioso sobre beneficios eclesiásticos. Aunque dio paso a una fase de reflexión doctrinal que se simboliza en la obra de CAMPOMANES *Tratado de la regalía de España*, publicada el mismo año y en la implantación del *exequatur* o pase regio para la circulación de las normas pontificias. El poder temporal de los Papas estaba empezando a declinar.

Se producen nuevos episodios en la larga y enconada lucha contra el viejo romanismo. A lo largo del siglo se mantiene la idea de formar

unas Instituciones de Derecho Patrio con el fin de promover su estudio y facilitar su observancia, aunque también con un cierto objetivo sistematizador. Se abrió así paso cierta idea codificadora distinta de la forma tradicional de recopilaciones. En tiempos de Carlos III se crea en España un ambiente favorable a la reforma de los estudios jurídicos, en el marco de la reforma general universitaria impulsada por Roda y Campomanes; a partir de la reforma sevillana de 1769, se suceden las de los planes de estudio de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares (1771), Santiago (1772), Oviedo (1774), Granada (1776), y Valencia (1786); en la cátedra de Instituciones se explicaría la *Instituta* y algunos títulos del *Digesto*, expresando su variación respecto a la legislación real correspondiente; en cambio, en las cátedras de Prima y Vísperas de Leyes la enseñanza se basa en la legislación real (Leyes de Toro, Recopilación y Autos Acordados). Pero las ideas del *ius gentium* propugnada por la Escuela racionalista del Derecho Natural encontraron resistencias y suspicacias en España, siendo retiradas sus obras de la enseñanza universitaria en 1794 por su peligrosidad a la luz de las declaraciones independentistas y revolucionarias americanas y francesas.

En el ámbito del Derecho público frente al modelo revolucionario francés que implicó la total ruptura con el Antiguo Régimen, los más moderados de todos los países europeos miraron con simpatía el sistema constitucional inglés, respetuoso con la tradición, que conservó para la Corona sus prerrogativas; a la nobleza, sus distinciones; al clero, sus rentas; y a estos dos órdenes del Estado, la intervención en los asuntos públicos a través de la Cámara Alta.

Anota poéticamente CORONAS GONZÁLEZ (Vol. 2, p. 550) que, igualmente, el espíritu de la Ilustración, humanitario y reformista, aleató sobre el campo del Derecho penal, el más necesitado de reforma como símbolo de toda la crueldad y atraso del Antiguo Régimen. Surge la obra fundamental del marqués de BECCARÍA, *Delle delitti e delle pene* (1764), con eco extracontinental (HOWARD *The state of prisons in England*, 1770), y notable impacto entre nosotros con la obra de ACEVEDO *De reorum absoluteione*, 1770, en que propone abolir la tortura en toda clase de juicios, la de LARDIZÁBAL *Discurso sobre las penas*, 1782, los discursos de FORNER contra la tortura, los discursos forenses de

MELÉNDEZ VALDÉS, las opiniones de SEMPERE y las *Cartas* de FORONDA, instando a la reforma del procedimiento penal sobre la base de las garantías establecidas en el Derecho inglés, así como las reflexiones histórico-jurídicas de MARTÍNEZ-MARINA que, en conjunto, prepararon el camino de la abolición de la tortura en las Cortes de Cádiz y la primera codificación penal humanitaria de 1822. Con similares reformas en Francia y Baviera, apostilla CORONAS GONZÁLEZ (Vol. 2, p. 552) el nuevo Derecho penal de la codificación, filosófico, humanitario, legalista, formalista y conceptual, iniciaba su larga proyección europea y universal.

No menos calamitosa resultaba la situación de los procedimientos judiciales, frente a la cual reaccionó la Revolución Francesa difundiendo los nuevos principios de la separación de poderes, independencia y responsabilidad judicial, supresión de jurisdicciones privilegiadas y especiales, uniformidad del estilo de los Tribunales, y, sobre todo, obligación de motivar las sentencias impuesta a partir de 1790, que los prácticos franceses conectaron con la antigua tradición canónica de la *causa expressa in sententia* que remontaba a una decretal del s. XII, recibida en algunos países europeos y, especialmente, en los de la Corona de Aragón. De este modo, la nueva concepción de la potestad judicial como parte de la soberanía nacional, delegada por la Constitución en Jueces y Tribunales encargados de aplicar las leyes a ciudadanos libres e iguales con garantías precisas de una justicia efectiva, pronta e imparcial, dio una dimensión distinta al viejo concepto de la justicia.

La *Declaración de derechos de Virginia* (1776) y la *Declaración de los derechos y deberes del hombre y del ciudadano* de la Revolución Francesa (1789-1795), sirvieron, especialmente la segunda, de telón de fondo a las nuevas codificaciones, inspirados por la Escuela del Derecho natural racionalista y por los principios filosóficos que animan a la Ilustración. El movimiento codificador tiene tempranas, aunque imperfectas, manifestaciones en la segunda mitad del siglo XVIII, en algunos países europeos (Baviera, Prusia, Austria, Cerdeña, Toscana, Venecia y Lombardía) que influidos, en mayor o menor medida, por los principios ilustrados, acogen con facilidad algunas de sus propuestas metodológica, especialmente en el ámbito del Derecho civil; los cuales se consolidarán a lo

largo del siglo XIX con la primera generación de Códigos de esta clase que siguen, en mayor o menor medida, el modelo napoleónico. En el aspecto político aquel movimiento se cristalizará en torno a las nuevas Constituciones que se desarrollará en igual periodo.

Si la descripción de lo que fue ideológicamente el s. XVIII entraña no pocas dificultades, ya se comprende que la selección de biografías y biógrafos, referidos al mismo, tampoco resulta fácil. Entre las 96 *Semblanzas* se dedica una mayor atención a los siguientes autores —como se sabe, no necesariamente juristas—: Adam SMITH, THIBAUT, FEUERBACH, POTHIER (debida a Martínez de Aguirre), CAMPOMANES y JOVELLANOS (ambas debidas a Coronas González), CONDORCET, De MAISTRE, MARTÍNEZ MARINA y MADISSON (ambas por Nicolás Muñiz), BLACKSTONE (I. Cremades), KANT (Sánchez de la Torre), FICHTE, JEFFERSON (Martínez Torrón), ROUSSEAU (Nicolás Muñiz), HEGEL (Truyol), LEIBNITZ (Sánchez de la Torre), CONSTANT (Gómez Montoro) y MONTESQUIEU (Vallet de Goytisoló).

12. LOS JURISTAS DEL SIGLO XIX

La importancia de este siglo se traduce, incluso tipográficamente, en el hecho de dedicar al mismo el vol. 3º en su totalidad, con más de un millar de páginas, subtítulo —acertadamente— *De Savigny a Kelsen*. La *Introducción* se encomienda al Prof. Javier ALVARADO, Catedrático de Historia del Derecho de la UNED (vol. 3, p. 23-57).

El índice de la *Introducción* refleja con fidelidad los temas que, de forma resumida y clásica, desarrolla, y que me servirán luego de guía para su exposición:

- De la Ilustración al Liberalismo; el imparable ascenso de la burguesía;
- Las primeras Declaraciones de derechos subjetivos;
- La codificación francesa y la Escuela de la Exégesis;
- La reacción contra la Codificación; la Escuela Histórica del Derecho;

- La Pandectística y la Jurisprudencia de conceptos;
- La reacción contra el formalismo jurídico; Jurisprudencia de intereses, Movimiento del Derecho libre, Escuela Científica francesa, Sociologismo, Institucionismo, Comparativismo;
- El Realismo jurídico anglosajón, el Utilitarismo y la Jurisprudencia analítica;
- El auge del Positivismo;
- La Ciencia jurídica en la España del siglo XIX;
- Influencia de los principios liberales en la transformación del nuevo Derecho.

El siglo XIX, que recoge y desarrolla los frutos del liberalismo revolucionario, fue también un periodo de contradicciones y frustraciones. Tuvo este siglo —afirma ALVARADO (vol. 3, p. 23)— tanto de consolidación del sistema liberal como de resistencia mental a la generalización de las transformaciones sociales, económicas y culturales que el propio liberalismo traía consigo y que sectores de la nobleza y de la burguesía no estaban dispuestas a compartir. La idea esencial del liberalismo descansaba en la necesidad de reducir la intervención del Gobierno a las funciones estrictamente necesarias para asegurar las libertades; y si éstas consisten en poder hacer lo que no perjudique a otro, los límites precisos y seguros para no invadir la esfera de autonomía del individuo deberían estar determinados por la ley; este *principio de legalidad* ha de garantizar la libertad entendida como facultad para hacer todo lo que las leyes no castigan. En virtud del *principio de soberanía nacional* corresponde a los ciudadanos de cada país la elaboración y aprobación de sus leyes, así como la decisión sobre la forma y sistema político que ha de adoptar el Estado y el Gobierno; en este sentido el principio de separación de poderes propuesta por Locke, desarrollado ulteriormente por Montesquieu, y aplicado por Sieyés, fue un instrumento eficaz para delimitar el poder político.

En el terreno filosófico-teológico la Ilustración se caracterizó por el rechazo a la Escolástica tradicional y a su mundo de silogismos y dogmas. La ilimitada confianza en la capacidad de la razón llevará a cues-

tionar todo dogma religioso o creencia política o social que no pueda ser comprendido por las luces del intelecto; y a ello había contribuido, en no poca medida, el optimismo generado por los descubrimientos científicos de Servet, Galileo, Copérnico, Kepler y Newton. Podía decirse que la Física sucedía a la Metafísica, la ciencia abstracta y especulativa era superada por la ciencia práctica y experimental. Mientras la ciencia tradicional se atrincheraba en la Universidad, los científicos ilustrados divulgaban sus ideas creando foros paralelos como academias o sociedades (Económicas, Patrióticas, Amigos del País, logias masónicas, etc.). En el campo filosófico-jurídico el s. XIX heredará de los Ilustrados el jusnaturalismo racionalista que se reelaborará con inusitado provecho. Al igual que la lógica matemática, el Derecho podía contruirse con premisas lógicas sobre las que erigir y articular, por deducciones más complejas, un sistema jurídico, que, debido a su naturaleza racional, contiene preceptos de carácter universal. La idea de que el Derecho Natural puede ser deducido por la propia razón humana, inspira la obra clásica de WOLF *Institutiones juris naturae et gentium*. Las consecuencias de las Declaraciones de derechos tienen efectos importantes: 1) La consideración del Derecho como un sistema de protección de libertades frente al poder del Estado; 2) La emancipación del Derecho Natural respecto a la teología, que conduce a concebir los *iura innata* como *ius gentium*; 3) La separación y autonomía del Derecho natural respecto del Derecho emanado del monarca; 4) La distinción entre poder constituyente y poder constituido; y 5) La existencia de una Carta constitucional que, por definición, está por encima de cualquier otra ley, y comportaba los principios de jerarquía normativa y de legalidad.

A) EL MOVIMIENTO CODIFICADOR, Y EL *CODE CIVIL DE NAPOLEÓN*

El término de *codificación* se generalizó a partir de su empleo por Jeremy BENTHAM en su conocida obra *An Introduction to the principles of Morals and Legislation* (1789), sobre las exigencias técnicas de cualquier método legislativo. Las leyes habían de ser pocas, claras, concisas, completas, sistemáticas y redactadas en lengua vernácula; ideas que luego fueron desarrolladas por FILANGIERI. Frente al sistema de

recopilación o acarreo de leyes promulgadas desde siglos atrás, generadas muchas veces para salir al paso de necesidades concretas, y frecuentemente contradictorias y anticuadas, reguladoras de todo tipo de materias, y redactadas en lenguaje barroco y reiterativo, el moderno Código revolucionaba esta trasnochada concepción del derecho escrito. Se pretendía un texto para cada materia, ordenado sistemáticamente, de acuerdo a un plan previo, que tratase de regular todos los aspectos imaginables con un lenguaje claro, breve y conciso. Por último, codificar era legislar *ex novo*, lo que implicaba la derogación *in complexu* del derecho anterior. La burguesía quería, además, un derecho completo y conocido para que su interpretación y aplicación no estuviera en manos de la discrecionalidad de jueces y juristas. Es curioso recordar que, a fin de reducir el poder discrecional de los jueces y garantizar al máximo el principio de seguridad y certeza del derecho, el proyecto del *Code civil* había admitido el valor supletorio de la costumbre, la jurisprudencia y el Derecho Natural como fuentes del Derecho. Sin embargo el texto definitivo, al suprimir tal disposición, vino a sancionar lo contrario, a saber, el Juez no podía acudir a los usos, la equidad o al Derecho natural, ni tampoco podía abstenerse, sino que, forzosamente, tenía que encontrar en la ley escrita la norma aplicable al caso; y este mandato, basado en la idea jusnaturalista de que el ordenamiento debía ser completo y sin lagunas, conllevó paradójicamente que se originara el abierto movimiento positivista de la Escuela de la Exégesis.

Conocidos son los avatares por los que pasó la elaboración del primer Código civil moderno europeo, el francés de 1804, así como el decisivo papel de Napoleón y los cometidos desempeñados, cada uno en el ámbito de su competencia, por TRONCHET, MALEVILLE, BIGOT DE PRÉAMENEU Y PORTALIS. El proyecto se basó en el Derecho Romano, el Derecho germánico, el antiguo *Droit de coutûmes* y los principios jusnaturalistas, y fue mejorado en sus diversas fases por las que atravesó. En 1804 se inicia la promulgación de los, por antonomasia, denominados *les Cinq Codes*, el *Code de Napoleon*, también llamado *Code civil des français*, siendo completado luego por el Código de procedimiento civil (1806), el Código de comercio (1807), el Código de procedimiento criminal (1808) y el Código penal (1810), todos los cuales ejercieron una poderosa influen-

cia en los procesos codificadores del resto de Europa, América y Japón, y ulteriormente, a lo largo del siglo XX en diversos países de África, y todavía sigue ejerciéndolo en nuestros días (por ej., en el actual Vietnam), aunque en menor medida.

B) LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

Casi un siglo dura la hegemonía de la *Escuela francesa de la Exégesis* basada fundamentalmente en la exposición y comentario del Código civil, caracterizada metodológicamente por el culto que el intérprete debe rendir al texto de la ley, y en la fijación de la *voluntas legislatoris* como objetivo de la interpretación; se trataba de asegurar la vigencia del Código, frente a las costumbres y a los propios jueces. Suelen distinguirse: 1º) Una fase de instauración (1804-1840); 2º) Fase de apogeo (1840-1880); y 3º) Fase de ocaso que finaliza en 1889 al publicarse la obra fundamental de Géný. Pertenecen a aquélla, en diferentes momentos, civilistas como TULLIER (1752-1835); PROUDHON (1758-1838); DURANTON (1783-1866); AUBRY (1803-1883); TROPLONG (1795-1869); y DEMOLOMBE (1804-1887).

C) LA ESCUELA HISTÓRICA

Los excesos de los exégetas produjeron el nacimiento de la *Escuela Histórica* con antecedentes en varios países (De Maistre, De Bonald, Von Haller y, sobre todo, Hugo) pero que se simboliza por la gigantesca personalidad de Friedrich Karl Von SAVIGNY, verdadero fundador de la misma. La Escuela Histórica se opone al Derecho Natural por concebir el Derecho como creación del espíritu del pueblo, inspirado en un romanticismo exaltador de lo irracional, lo nacional y lo colectivo. Esta Escuela se presenta como antídoto contra el racionalismo abstracto y la codificación representada por el *Code civil*. El derecho se concibe como una emanación de las fuerzas espontáneas de la vida de un pueblo, al igual que el idioma, el artes, las costumbres o la estructura social. El derecho no nace de la arbitrariedad ni de la voluntad de los hombres aislados, sino que es expresión natural del *Volsgeist*, concepto de origen hegeliano, concebido

como plasmación del *Weltgeist*, y del *Urvolk* de FICHTE. En su famosa polémica con THIBAUT en 1814, perfila el método histórico en sentido estricto; el jurista y el legislador, como órganos de la conciencia nacional, buscan la norma en el Derecho histórico para formularla en una forma lógica. SAVIGNY obtuvo carta de naturaleza en su país para la Historia del Derecho, si bien la Escuela se dividió a la hora de elegir el objeto de la investigación histórica, pues la mayoría se inclinó por el Derecho Romano (Niebuhr, Jhering en su primera época, Mommsen, Gerber) mientras que otros se decidieron por el Derecho consuetudinario germánico (Eichorn, Grimm, Bessler, Reyscher, Brunner y Von Amira, y ya en el primer tercio del s. XX la importante figura de Otto Von Gierke).

D) EL PANDECTISMO Y LA *BEGRIFFSJURISPRUDENZ*

PUCHTA, sucesor de SAVIGNY en la cátedra de Berlín, encaminó sus esfuerzos a vertebrar el Derecho alemán conforme a las categorías del Derecho romano según las Pandectas justinianas; su método consistía en un proceso mental lógico-deductivo que, partiendo de simples conceptos, derivaba en otros más complejos hasta configurar un sistema dogmático completo. Surge así la *Pandectística* o *Begriffsjurisprudenz* que viene a reducir la ciencia jurídica a la construcción científico-jurídica a partir de conceptos. Seguirá este método el primer IHERING en su obra *El espíritu del Derecho romano*, y, sobre todo, WINDSCHEID que consagró como modelo el *Lehrbuch* o Tratado, dedicado a exponer la sistematización racional y dogmática de las categorías jurídicas, de gran predicamento en la primera mitad del siglo XX en Alemania, Italia, España y otros países europeos. Apostilla con acierto ALVARADO (Libro 3, p. 37) que la Pandectística y la jurisprudencia de conceptos acabaron rebasados a causa de su desconexión de la realidad social y de los problemas del Derecho de la práctica.

E) LA *INTERESSENJURISPRUDENZ* Y LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE

JHERING en su obra de madurez *El fin del derecho*, desarrollará una nueva visión del Derecho, no como un valor absoluto, sino como

producto de una relación establecida entre intereses antagónicos que valorase si la norma se ajustaba a las necesidades sociales y económicas. Esta jurisprudencia teleológica viene a ser el antecedente de la *Jurisprudencia de intereses* que ya en pleno siglo XX abanderará HECK. El orden jurídico consiste en mandatos que configuran la vida en movimiento apremiante y exigente; a tales exigencias les llamamos intereses, lo cuales deben entenderse en sentido amplio (materiales, económicos, sociales e ideales). El Derecho tiene la misión de aprehender y proteger los intereses materiales e ideales del hombre en la medida en que éstos se presentan como dignos de protección. Integran la Escuela de Tubinga, además de los citados, Rümelin, Stoll, Müller-Erzbach.

La Jurisprudencia de intereses se integró en una corriente más amplia denominada *Movimiento del Derecho Libre*, entre cuyos autores cabe citar a BÜLOW, GÉNY, EHRLICH y KANTOROWICZ. Los postulados esenciales de esta corriente arrancan de una concepción del Derecho no sometida al formalismo ni a legalismos estrictos; el reconocimiento de lagunas en todo ordenamiento jurídico y la vital función de los intérpretes; la historicidad del Derecho con la consecuencia de tener que acomodarlo constantemente a la realidad jurídica. Se propone el método de la libre investigación científica, tal como propugna GÉNY en sus obras fundamentales, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), y *Science et technique en droit privé positif* (1913-1924). EHRLICH dio nombre propiamente a la *Escuela del Derecho libre* que propugnaría la idea de que toda sentencia judicial envuelve una tarea jurídico-creadora; por ello la ley no puede establecer inmediatamente derecho sino que sólo representa una preparación o premisa para lograr un orden jurídico. En la *Escuela científica francesa* se incluyen juristas ilustres como SALEILLES, PLANIOL, DUGUIT, THALLER, HAURIUO, ESMEIN y JÈZE. En esta reacción contra el dogmatismo cabe incardinar a los integrantes de un grupo poco organizado que se inspiran en la idea de un *Derecho universal comparado* (BACHOFEN, MORGAN, McLENNAN, SUMNER MAINE, KOHLER y DEL VECCHIO).

F) EL REALISMO JURÍDICO ANGLOSAJÓN Y LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

Observa ALVARADO (Vol. 3, p. 40) que frente a la tendencia al sistema propia del Derecho continental, el Derecho anglosajón ha revelado siempre de las construcciones y teorías generales, dado que en el *common law* la ley suministra una regla solamente para los casos previstos, estando drásticamente delimitada la analogía. BENTHAM, no con base en principios jusnaturalistas sino inspirado en el principio de utilidad propone una codificación del Derecho que limitase los poderes de los Jueces y proporcionara un derecho claro y conocido a los ciudadanos en tres códigos fundamentales (constitucional, civil y criminal). Su discípulo John AUSTIN intentó construir una ciencia a modo de sistema racional de conceptos jurídicos deducidos, no del Derecho natural, sino de la realidad jurídica de todos los tiempos, tanto de los Derechos positivos como de la moralidad positiva y de las costumbres. Este intento de sistematizar la jurisprudencia (*Jurisprudencia analítica*), no tuvo apenas eco en Inglaterra, pero sí en Estados Unidos; de este modo, en Universidades como Harvard o Yale se impuso un método de estudio del Derecho basado en el análisis de procesos judiciales concretos. Así Nathan DANE, siguiendo la técnica compiladora de BLACKSTONE, publicó en 1823 *General Abridgement of American Law*, en ocho tomos; ejemplo seguido por KENT en sus cuatro tomos de *Comentarios on American Law* (1826-1830). DANE desarrolló un nuevo método de estudio del Derecho que denominó *case-method*, dotándose una cátedra en Harvard para desarrollarlo. Corresponde a Joseph STORY —que había renunciado a su condición de juez del TS para ocupar dicha cátedra,— la iniciativa de publicar periódicamente los comentarios jurisprudenciales conforme al método del caso. Matiza ALVARADO (loc. cit.) que aunque en teoría este método consistía en el estudio y la enseñanza del Derecho a través del análisis y las discusiones de las decisiones judiciales o *cases* en realidad vino a convertirse en el principal adversario del precedente dado que se analizaban precedentes de Estados diversos, incluso de fuera del ámbito norteamericano, mediante un *método comparativo*; por esta vía se introdujo el positivismo jurídico en los EEUU. Este *método comparativo* y sistematizador tuvo que afrontar, a fines del siglo XIX, la *revuelta contra el formalismo* iniciada por el pragmatismo de

DEWEY y JAMES, cuyos postulados utilizará el Juez HOLMES del TS, además de POUND y CARDOZO, entre otros, considerando el Derecho como una realidad viviente, fuera de toda abstracción. En los países del Norte de Europa ha tenido sus cultivadores en el llamado *realismo jurídico escandinavo*, localizado fundamentalmente en la Universidad de Uppsala, entre cuyos miembros cabe mencionar a LUNSTED, HÄGERSTRÖM y ROSS, discípulo de KELSEN.

G) EL POSITIVISMO Y SU INFLUJO EN EL DERECHO PÚBLICO

El positivismo, como movimiento contrario al Derecho natural racional-deductivo, se caracteriza por aspirar a desterrar de la ciencia toda metafísica; la ciencia del Derecho ha de ser elevada a una *ciencia verdadera*, fundamentándola, como la ciencia natural, sobre hechos indubitables; tales hechos se encuentran, o bien como hechos psicológicos en la conciencia de los hombres, o bien entre los hechos de la existencia social, de los que se ocupa la naciente sociología. Sin embargo, KELSEN —que desarrollará sus doctrinas a lo largo del siglo XX— introduce la distinción entre los juicios del ser y del deber ser, y así mientras que el método explicativo escribe los hechos y, por ello, explica sus causas, el método normativo determina el deber ser por las normas que le son dadas. De modo que la ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, como la Sociología, sino una ciencia de normas. El método puro del derecho inspira una generación de juspublicistas europeos. Así JELLINEK defiende que todo elemento ético, histórico, sociológico o político, queda fuera del *puro* derecho. Si la ciencia jurídica aspira a ser *pura* no debe ocuparse de la comprensión jurídica de las cosas reales de la naturaleza, los derechos y deberes jurídicos, etc.; no es lo concreto, sino lo abstracto, las nociones, las reglas; en última instancia, el objeto de la ciencia jurídica es la lógica del derecho; el Derecho vivido y aplicado es competencia de la Historia o la Sociología. En Europa y durante la segunda mitad del s. XIX asistimos al desarrollo de la Escuela alemana cuyo principal objetivo es construir jurídicamente los elementos más esenciales del Derecho público, para vertebrar sobre ellos la verdadera raíz del Dere-

cho constitucional moderno como ciencia autónoma y específica dentro de la ciencia del Derecho. Hay que mencionar los trabajos de GERBER y LABAND, en Alemania; ORLANDO en Italia; DICEY en Inglaterra, y A. ESMEIN y CARRÉ DE MALBERG, en Francia.

H) LA CIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA EN EL S. XIX

Es digno de resaltarse el meritorio esfuerzo de ALVARADO por recoger en una decena de páginas (Vol. 3, p. 43-53) la decepcionante contribución y el escaso papel de la España decimonónica en la creación y evolución de la ciencia jurídica europea, que prácticamente se limitó a recibir, adaptar o reelaborar las corrientes o doctrinas alemanas, francesas, inglesas o italianas, especialmente para su instrumentalización ideológica legitimadora de proyectos o programas políticos o legislativos. Así el autor pasa revista a algunos políticos liberales, presentes en las Cortes de Cádiz, y también a quienes protagonizan la reacción absolutista, con la alternancia de unos y otros en el poder; la creación de la Comisión General de Codificación (1843), con sus importantes consecuencias prácticas en la elaboración de diversos cuerpos legales; si bien inútil es rastrear entre los juristas españoles huellas de la Pandectística alemana o de la Jurisprudencia de conceptos; antes bien, la preocupación de los codificadores españoles se centra más en conservar el antiguo Derecho histórico que en modernizar construyendo. El liberalismo tendrá, en la década de los cuarenta, un decidido esfuerzo ideológico en la recepción del krausismo en España. Amplia es la nómina de krausistas españoles, entre los que cabe mencionar a SALMERÓN, MORET, CANALEJAS, GINER DE LOS RÍOS, MONTERO RÍOS, ROMERO GIRÓN, AZCÁRATE, DORADO MONTERO y PÉREZ PUJOL. Observa ALVARADO (loc. cit. p.46) que, a pesar de la equívocidad del pensamiento krausista, en España sirvió de ideología a los liberales reformistas, lo que, unido a su carácter aconfesional, motivó su enfrentamiento con amplios sectores del moderantismo y del catolicismo. En todo caso, la Constitución de 1869 encarnará las aspiraciones políticas y sociales del liberalismo más avanzado. Menor eco tuvo la dirección hegeliana, en la que se integraron autores como

LISTA, BENÍTEZ DE LUGO, CASTELAR y PI y MARGALL (ambos presidentes de la 1ª República). La Restauración borbónica coincide con la difusión del positivismo en España como ideología legitimadora de una determinada concepción del progreso; el propio kausismo remozará su edificio ideológico buscando formulaciones más acordes a las necesidades sociales (POSADA, traductor de Jhering y de Tarde; ARÁMBURU, ÁLVAREZ BUYLLA, ALAS, ALTAMIRA, etc.). Se crea la Institución Libre de la Enseñanza, a imitación de la Universidad Libre de Bruselas, como reacción a la Ley de 1857 que anulaba la libertad de cátedra. En el último cuarto del siglo hay tres figuras que representan el pensamiento conservador: CANOVAS, que protagonizó con SAGASTA el mayor periodo de estabilidad constitucional de la historia española; MENENDEZ y PELAYO, que defenderá la compatibilidad entre catolicismo y ciencia; el movimiento de restauración escolástica, iniciado en Italia, que llega a España bajo la inspiración de Fray Ceferino GONZÁLEZ, tiene figuras como PIDAL y MON, ORTÍ y LARA, y el historiador Eduardo de HINOJOSA principal difusor de los postulados de la Escuela Histórica en España. Los postulados de ésta proporcionaron a los foralistas, especialmente en Cataluña, argumentos para oponerse a la codificación civil y retrasar su realización. Fue, en realidad, Hinojosa quien aplicó en España el método histórico-jurídico de Savigny. El s. XIX se cierra con el regeneracionismo, tendencia que siguieron ISERN, SILIÓ y, sobre todo, Joaquín COSTA. La reforma de la ciencia penal se inicia por DORADO MONTERO. La demora de la codificación civil originó el considerable retraso de la civilística española a lo largo del siglo XIX, pudiéndose mencionar apenas autores de cierto relieve como MONTALBÁN, GARCÍA GOYENA, CARAVANTES, Benito GUTIÉRREZ y, sobre todo, ALONSO MARTÍNEZ, junto al catedrático madrileño Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN, que hizo una crítica furibunda del Código civil siguiendo las ideas y sistemática de SAVIGNY. En el ámbito del Derecho público pueden mencionarse las obras de DONOSO CORTÉS, ALCALÁ GALIANO y PACHECO, preconizando el estudio de la Historia Política y de la Filosofía de la Historia, con escasa reflexión de teoría constitucional. Los profesores de Derecho político y administrativo se limitaron a desarrollar una concepción enciclopédica

de la asignatura, como COLMEIRO, SANTA MARÍA DE PAREDES y POSADA. Paralelamente hay un tradicionalismo católico significado por GIL y ROBLES. En definitiva, durante el s. XIX el estudio del Derecho público se desarrolló fundamentalmente desde disciplinas ajenas al propio derecho, como la historia, la filosofía o la sociología. La doctrina política española consideraba que la auténtica Constitución no estaba reflejada en el texto constitucional vigente, sino en una Constitución material, ya sea histórica o sociológica. Frente al concepto racional normativo de los liberales gaditanos.

D) CONCLUSIONES

A modo de conclusiones el autor de la *Introducción* escribe que los postulados liberales iniciaron un proceso de constante y radical transformación de la cultura occidental, cuyos singulares efectos todavía siguen ejerciendo una poderosa influencia y repercusión en la evolución del Derecho. Por ello el siglo XIX tuvo, tanto de final del Antiguo Régimen, como de arranque, aunque no de consolidación, de los regímenes liberales, una importancia definitiva. Las generaciones de juristas del XIX alcanzaron a exponer la mayor parte de los problemas que seguirán ocupando a sus sucesores décadas después; esbozaron, sugirieron o expusieron planteamientos hasta entonces nunca tan brillantemente formulados; a veces, con hallazgos revolucionarios para la época; en otros casos, mostrando un excesivo y nostálgico apego a la tradición; las más de las veces, dejando la puerta de los debates, abierta a nuevas perspectivas. En todo caso, contribuyendo de manera innegable, decisiva y, en muchos casos, insuperada, al desarrollo de la ciencia jurídica.

Se aproxima a tres centenares el número de semblanzas que recoge este volumen, y sumergirse en su lectura resulta apasionante y sumamente gratificante porque ofrece respuestas a las no pocas preguntas que los docentes solemos hacernos sobre algunos precedentes doctrinales de nuestra respectiva asignatura, o, simplemente, a las suscitadas por nuestra curiosidad intelectual para completar nuestra *cultura jurídica*. También en este caso se ha cuidado la selección de biógrafos, los

cuales están habitualmente a la altura de su encargo y, en ocasiones, resultan ser autores de bellas piezas literarias. En general se observa en éste mayor propósito de síntesis que en otros volúmenes, y, asimismo, una clara voluntad de superación del horizonte europeo con abundante presencia de juristas americanos e, incluso, del Extremo Oriente.

Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo el orden de exposición quiero destacar, asumiendo los inevitables riesgos que ello implica, entre las biografías incluidas, las de SAVIGNY, Andrés BELLO (A. Guzmán), GARCÍA GOYENA y GÓMEZ DE LA SERNA (debidas a J.M. Castán Vázquez), COMTE (Ollero), VÉLEZ SANSFIELD (Moisset de Espanés), DEMOLOMBE, TOCQUEVILLE (Gómez Montoro), STUART MILL (Dalmacio Negro), DONOSO CORTÉS (Federico Suárez), PROUDHON (Truyol), WINDSCHEID, MARX, JHERING (López Jacoiste), DURÁN y BAS (Puig Ferriol), LANGDELL (Kimball), ALONSO MARTÍNEZ, DERNBURG (Rubio Torrano), GINER DE LOS RÍOS, MENGER, Otto Von GIERKE, HOLMES jr., COSTA (Vallet de Goytisolo), Otto MAYER (Gallego Anabitarte), MAITLAND (I. Cremades), SÁNCHEZ-ROMÁN, JELLINEK (Meilán), HINOJOSA (Orlandis), MAURA (S. Martín-Retortillo), SCIALOJA (Talamanca), HECK (Martín de Agar), MITTEIS (A. D'Ors), CARRÉ DE MALBERG (Jiménez Blanco), GÉNY (De los Mozos), BONFANTE (X. D'Ors), WIELAND (García Villaverde), CAPITANT (Doral y Núñez Iglesias), BELING (Torío), CLEMENTE DE DIEGO (Fuenmayor), CARDOZO, ROSCOE POUND, OSSORIO y GALLARDO (Gibert), ALCALÁ ZAMORA (González Pérez), BEVERIDGE, CARNELUTTI y MEIJERS (Hondius).

13. LOS JURISTAS DEL SIGLO XX

Se dedica a ellos el vol. 4 (con un total de 864 pgs.). Lleva por subtítulo el, sin duda, acertado *de Kelsen a Rawls*, e introduce un cierto cambio de criterio en la selección de biografiados. El punto de partida está representado por la regla de incluir exclusivamente a los personajes ya fallecidos; por otro lado el posible conflicto entre historia y coetaneidad se ha resuelto dedicando el último apartado a simples notas biográficas de cierto número de juristas españoles del siglo XX, lo que

parece razonable y oportuno (el lector puede haber convivido con no pocos juristas contemporáneos, ya fallecidos, que desearía ver incluidos en la obra sin que, por otra parte, pueda afirmarse razonablemente que todos ellos hayan realizado aportaciones muy relevantes para la ciencia del derecho). La *Introducción* se debe al Prof. Don Antonio-Enrique PÉREZ-LUÑO, catedrático de Filosofía del Derecho de la Univ. de Sevilla, y el sentido de aquélla varía respecto de las anteriores; en lugar de Escuelas y movimientos perfectamente definidos con caracteres universal o mayoritariamente aceptados por parte de la doctrina, el autor se encuentra frente a Escuelas y movimientos a veces en fase de formación, o sin plasmar en direcciones bien perfiladas. Con acierto se limita a exponer el *status quaestionis* doctrinal de la ciencia jurídica contemporánea, a modo de un mapa sumario orientador de las principales teorías⁴⁴, no exento, inevitablemente, de cierto subjetivismo. Las ideas fundamentales que presiden su exposición son las siguientes: Modernidad y Posmodernidad. La rebelión contra el formalismo. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico. El análisis del lenguaje y las teorías de la argumentación. El debate sobre la formación del jurista. Las transformaciones del Derecho privado y los itinerarios del Derecho

44 Me parecen sumamente acertadas las siguientes consideraciones del autor (loc. cit. p. 24): “Dar cuenta del amplísimo y heterogéneo catálogo de teorías jurídicas del siglo XX aparece como un empeño inasequible. La constante y creciente sucesión de enfoques de estudio y elaboración del Derecho, infinitamente más cuantiosos que en cualquier época anterior, hace imposible una reseña demorada en pormenores; no ya sobre las diferentes posturas individuales, sino incluso sobre todos los movimientos y tendencias que han surcado este periodo”. “No huelga tampoco advertir aquí que los peligros propios de cualquier criterio de clasificación doctrinal se acrecientan cuando se trata de agrupar teorías contemporáneas. En este caso, la dificultad de tener que reducir a categorías genéricas posturas no siempre homogéneas, se ve acrecentada por la necesidad de valorar un pensamiento *in fieri*, que se está haciendo, y que, en modo alguno, puede considerarse una experiencia concluida. El historiador del presente realiza una forma de *ursprüngliche Geschichte*, en la acepción hegeliana, en la que, tiene a su favor el ser, a la vez, cronista y actor de hechos de los que le es dado poseer una vivencia directa o inmediata, pero como contrapartida carece de la seguridad que proporciona el distanciamiento. De ahí que con los criterios expositivos utilizados en esta reseña, se persiga sólo trazar un marco referencial de orientación, más que un esquema rígido y exhaustivo”.

público. El retorno a los valores jurídicos. El pensamiento jurídico en la era de las nuevas tecnologías y la globalización.

Más allá de sus ambigüedades e imprecisiones, y a falta de una denominación más apropiada, la *posmodernidad* constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y pretendieron reemplazarlos por una exaltación de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuelta a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, fueron cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación Ética del Derecho y de la Política basada en principios consensuales universalizables se llegó a considerar un ideal vacío y sospechoso de encubrir uniformismos totalitarios. A la unidad del *Ethos moderno*, se opuso la fragmentación y multiplicidad de *ethos* basados en las diferencias nacionales, locales, plurales, particulares (minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, sexuales ...). El declinar del siglo XX con un nuevo asalto a la teoría postuladora de la Moral, la Política y el Derecho, en la medida en que dicha teoría formaba parte del aparato legitimador de los Estados de derecho. El autor cita a Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado, y que en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad.

La teoría jurídica decimonónica y también la del siglo XX ha consistido en un continuo flujo y reflujo de tesis que plantean la polémica entre el formalismo y el antiformalismo en el derecho; o sea, la controversia entre quienes conciben el Derecho como un conjunto de enunciados normativos que deben ser objeto de una elaboración lógica y sistemática, frente a quienes ven en el Derecho la expresión de determinadas conductas sociales y valores ético-materiales. La rebelión contra el formalismo halló su puntual reflejo en la interpretación y aplicación del derecho auspiciada por las teorías de Kantorovicz y Gény, así como en los numerosos juristas que siguieron sus direcciones

metódicas. La *desformalización* fue una de las exigencias reclamadas a una hermenéutica jurídica por quienes abogaban por la mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de la solución de conflictos sociales. Las trágicas consecuencias, en términos de *perversión del orden jurídico*, derivado del mantenimiento a ultranza en los países totalitarios del principio *Gesetz ist Gesetz*, motivó su profunda revisión; así se pretendió distinguir la sumisión del juez al Derecho, en cuanto orden normativo axiológicamente legitimado, a los contenidos de cualquier tipo de legislación positiva (Bachof, Von Hippel, Radbruch). Desde enfoques marxistas casi siempre se puso de relieve que la neutralidad de la magistratura encubre la defensa ideológica de intereses partidistas (Cerroni, Miaille). Estas nuevas coordenadas han contribuido a potenciar el protagonismo del juez en la elaboración del Derecho, que se llegó a caracterizar la situación jurídica del final de siglo como suplantación del *Gesetzesrecht* por el *Richterrecht*, aunque ello comporta un coste en erosión de la seguridad jurídica. Un intento doctrinal de superar las limitaciones del formalismo jurídico sin caer en los riesgos de la pérdida de la certeza del Derecho está representado por las concepciones institucionalistas (Delos, Gurvicht, Rénard, Santi Romano), introducidas en España por RUIZ GIMÉNEZ *La concepción institucional del Derecho*, al que se adhirieron CORTS GRAU y el canoista GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, los cuales realizaron un esfuerzo revitalizador y actualizador, no en contra de la tradición iusnaturalista, sino dentro de ella. No deja de ser paradójico que a fines de siglo aparezca un *positivismo institucional* representado por McCORMICK y WEINBERGER. También trata de superar las concepciones lógico-formales el denominado realismo jurídico norteamericano, que trata de obtener una concepción del Derecho con base en la propia experiencia jurídica práctica (HOLMES, CARDOZO, FRANK, LLEWELLYN). Por parte de FRANK se realiza una inversión del planteamiento secular sobre la falta de certeza del derecho, la cual, lejos de constituir un accidente infortunado —afirma—, comporta un inmenso valor social. La aspiración a la certeza del derecho representa la prolongación, en adultos inmaduros, de la necesidad infantil de buscar seguridad en la omnipotencia e infalibilidad del padre. Paralelamente se desarrolla el llamado rea-

lismo jurídico escandinavo (HÄGERSTRÖM, OLIVECRONA, ROSS). Las teorías sociológico-jurídicas recibieron con Max WEBER un gran impulso a partir del capítulo sobre *Rechtssoziologie* de su obra básica *Wirtschaft und Gessellschaft* (1925), si bien se había anticipado EHRlich con su *Grundlagen der Soziologie des Rechts* (1913), en la que contraponía al Derecho legal, el Derecho viviente emanado de la consciencia y de la práctica social. Entre sus cultivadores se mencionan al *Doyen* Carbonnier, recientemente fallecido a edad avanzada, Sousa Santos, Losano y Treves. Por último, el análisis sociológico del aparato judicial ha merecido notables estudios en EEUU, Francia, Italia y España.

Los análisis del iusnaturalismo y del iuspositivismo se resumen por PÉREZ-LUÑO en apretadas, pero acertadas páginas (Vol. 4, p. 32-39). Arranca de la *renaissance du Droit Naturel* (expresión acuñada por CHARMONT) y del *Ewige wiederkehr des Naturrecht* (que sintetizó ROMMEN), pasando por la catástrofe que supusieron los regímenes nazi y fascista, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, desembocando en la vigorosa denuncia de RADBRUCH de que el positivismo dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido injusto y arbitrario. Durante el siglo XX se han manifestado dos grandes tendencias que suponen la decantación de la multiseccular tradición iusnaturalista: a) El iusnaturalismo que el autor denomina ontológico, dogmático o radical (Ambrosetti, Charmont, Corts Grau, Cotta, Elías de Tejada, Fernández Galiano, Galán Gutiérrez, Lachance, Luño Peña, Maritain, Messener, Puy, el último Radbruch, Villey), y que, siguiendo a San Agustín, defiende que no parece posible admitir la existencia de una ley que no sea justa, opinión glosada en la no menos célebre sentencia tomista de que la ley positiva contraria al Derecho natural no es ley, sino corrupción de la misma. El último Radbruch consideraba el Derecho natural, en cuanto encarnación de los valores éticos de la justicia, como un derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas que permite considerar a los actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal. b) La versión débil o moderada del iusnaturalismo sostiene un modelo de integración relativa entre la Política, la Moral y el Derecho. En las últimas décadas se puede considerar como una postura representativa

de este planteamiento la de DWORKIN, en cuya teoría del derecho ocupan un lugar privilegiado los principios, pudiendo afirmarse que la revalorización de los principios constituye uno de los rasgos básicos de su construcción doctrinal. Según su concepción, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios, medidas o programas (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*). Dworkin denomina medidas políticas a las normas genéricas (*standards*) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los *standards* o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad o de cualquiera otra dimensión de la moralidad. Son los *principles*, en cuanto contienen los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del Derecho. No obstante la controversia suscitada a este propósito, PÉREZ LUÑO sostiene que dicho autor representa una modalidad novedosa de la versión moderada del iusnaturalismo.

También el positivismo jurídico, durante el siglo XX, ha sido objeto de diferentes concepciones doctrinales, si bien todas ellas tienen en común la identificación del Derecho con el Derecho positivo, negando el carácter jurídico del Derecho natural que queda relegado al ámbito de las exigencias morales, de las convenciones sociales o de las ideologías políticas. Las versiones positivistas contemporáneas están ligadas a la filosofía analítica, y al neopositivismo o positivismo lógico, siendo la teoría pura del Derecho formulada por Hans KELSEN (*Reine Rechtslehre*, ediciones de 1934 y 1960) la más importante y difundida versión del positivismo jurídico en cuanto teoría del Derecho. A juicio de PÉREZ LUÑO sus notas distintivas son: 1) se trata de una elaboración científico-doctrinaria de carácter conceptual y formalista, alejada de la dimensión práctica; 2) es una formulación *pura*, en cuanto no contaminada por presupuestos morales, políticos o sociológicos; y 3) hace referencia al Derecho subrayando su singularidad o monismo, al reducir la juridicidad a positividad. La Teoría del derecho debe tomar como objeto de estudio el derecho en sí, es decir, en cuanto estructura

normativa autosuficiente, autorreferente y coherente. Por *fuerza del derecho* se define sólo el fundamento de Derecho positivo de la validez de una norma jurídica; la Constitución es la fuente de las normas jurídicas generales producidas mediante la legislación y la costumbre. En su póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, KELSEN ha reformulado su concepto de la norma fundamental en cuanto principio de validez del sistema de fuentes jurídicas; ya no la considera como una norma presupuesta sino como una norma ficticia; la unidad, jerarquía, plenitud y coherencia el sistema de fuentes jurídicas reposan en un criterio rigurosamente *puro*, es decir, formal; en su citada obra póstuma señala que la *Grundnorm* no es una norma positiva, sino una norma meramente pensada, o sea, una ficción; lo que difiere, como él mismo subraya, de su consideración como hipótesis, tal como él mismo la había definido en épocas anteriores.

HART puede considerarse como una de las más valiosas e influyentes revisiones de la doctrina kelseniana, con reflejo en las relaciones entre Derecho y Moral. Al estricto formalismo de Kelsen, HART opone una *rule of recognition* que posee una incuestionable dimensión empírica, raramente se halla establecida, y tampoco es un mero supuesto lógico-transcendental o ficticio, sino que su existencia se revela en la práctica social, en la medida en que los jueces y los ciudadanos atribuyen validez a un determinado sistema de normas. PÉREZ LUÑO (vol. IV, p. 38) sostiene que en este punto dicho autor defiende y formula un contenido mínimo del Derecho Natural; lo integrarían un conjunto de verdades obvias que deben ser tomadas en consideración para garantizar la supervivencia humana y la propia viabilidad de las sociedades; admite un Derecho natural universal que se traduce en el igual derecho de todos los hombres a ser libres.

El Análisis del lenguaje ha cifrado como una de sus principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la Ciencia y a la Filosofía del Derecho de un lenguaje riguroso, para lo cual se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico; su principal preocupación ha sido la de purificar los dominios del Derecho de conceptos inútiles o equívocos desde el punto de vista teórico o de nociones destinadas a enmascarar la realidad desde

el plano ideológico. Con todo, y no obstante sus innegables abusos, PÉREZ LUÑO (vol. IV, p. 41) hace las siguientes precisiones críticas: 1) El análisis del lenguaje constituye un procedimiento habitual y tradicional de los juristas, al ser las normas jurídicas, entidades lingüísticas; 2) por ello, los métodos de análisis del lenguaje no constituyen un invento del siglo XX, bastando recordar el *modus operandi* de los glosadores, los comentaristas o determinados representantes del historicismo jurídico, pero resulta innegable que tales métodos han sido potenciados y depurados por el neopositivismo y la filosofía analítica contemporánea; 3) las críticas sólo deben entenderse hacia la actitud reductivista de toda la Filosofía del Derecho a mero análisis del lenguaje; y 4) la denuncia de asepsia e, incluso, del pretendido carácter acomodaticio de la filosofía analítica, no debiera prescindir de la actitud decididamente democrática y el compromiso con las libertades de algunas de las figuras más representativas de esa línea de pensamiento.

Las teorías de la argumentación jurídica se hallan genéricamente inspiradas en premisas iusnaturalistas y entrañaron la *rehabilitación de la racionalidad práctica* del Derecho. En esta dirección cabe mencionar a VIEHWEG, quien concibe la *tópica* como el método dialógico que orienta el razonamiento jurídico hacia la decisión de los casos, o problemas concretos en que se expresa el Derecho; a PERELMANN cuyos estudios sobre la nueva retórica tratan de demostrar la estructura argumentativa del razonamiento jurídico; a RECASENS SICHES que revaloriza la razón práctica, denominada *logos de lo razonable*, en la interpretación y aplicación del derecho; a RAZ, que concibe las razones (*reasons*) como relaciones entre hechos y personas, siempre que se trate de hechos con proyección normativa en cuanto que determinen la actuación debida; a ESSER que resalta la necesidad de que el jurista tenga presentes las expectativas de la colectividad, para que el resultado de la función hermenéutica, goce de un amplio consenso social. Merece especial mención ALEXY por sugerir reglas y procedimientos tendentes a garantizar la racionalidad de la argumentación jurídica. Al declinar el siglo XX, las teorías de la argumentación jurídica coinciden y convergen con el auge del *procedimentalismo* difundido en diversos ámbitos de la cultura (APEL, HABERMAS, RAWLS).

En las páginas sucesivas (vol. IV, p. 43 ss) PÉREZ LUÑO introduce al lector en una serie de cuestiones económico-sociales relacionadas con el Derecho, ampliamente debatidas a lo largo del siglo XX, que sólo pueden ser aquí meramente aludidas por su gran complejidad, pese a su enorme interés. Comienza tratando de la función social que incumbe a los juristas en una sociedad en cambio; baste referirse, entre nosotros, a la polémica de hace casi medio siglo, entre García de Enterría y Vallet de Goytisolo sobre el tipo de jurista que debe formar las Facultades de Derecho. Ciertamente la posterior dinámica de la reforma de los Planes de Estudio —no definitivamente resuelta adecuadamente entre nosotros— se ve ahora interferida por las directrices europeas emanadas de los ya famosos acuerdos de Bolonia, más preocupadas aparentemente por la equiparación formal de títulos universitarios que por el contenido de las enseñanzas, lo que, en último término, va a trasladar a la responsabilidad de los Estados la misión de la reforma de estos últimos, muy condicionada, sin embargo, por aquéllas. A nivel teórico, todavía se mantienen posturas favorables al uso alternativo del Derecho en algunos países europeos (Barcelona, Ferrajoli, Tarello), y, en la misma dirección, se manifiesta el movimiento norteamericano denominado *Critical Legal Studies*. En todo caso, el conjunto de las denominadas teorías críticas derivaron hacia la concesión de un excesivo arbitrio judicial en la interpretación de las normas, con riesgo de la seguridad jurídica. Cuestiones que inciden frontalmente con el objeto de la enseñanza y las técnicas de aprendizaje de los futuros operadores del derecho.

En 1912 DUGUIT publica una obra cuyo eco perdurará por mucho tiempo en Francia y en Europa, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. En ella llama la atención sobre los factores culturales, sociales, económicos y políticos que habían determinado una paulatina suplantación de la ideología individualista, informadora del Código de Napoleón, por el principio de la función social de las instituciones en el Derecho privado. Su indiscutible acierto fue acuñar y contribuir a divulgar una noción que, aplicada al derecho de propiedad, sirvió de punto de convergencia a preocupaciones expresadas por representantes del positivismo sociológico, del socialismo democrático y del pensamiento social cristiano, plasmando en las diversas Consti-

tuciones europeas a partir de la de Weimar (1919). Todo ello ha justificado un debate doctrinal a propósito de la naturaleza del derecho de propiedad, el cual si bien sigue siendo considerado como un derecho subjetivo, sólo es contemplado por el ordenamiento bajo la óptica de un conjunto de derechos y deberes, positivos y negativos, que integran ese concepto jurídico indeterminado que se enuncia como la función social, cuyo alcance dependerá del tipo de bien objeto del derecho mismo. La transformación afecta también a las fuentes del derecho, originando el fenómeno de la *supraestatalidad normativa* que supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, que puede desembocar en un nuevo *jus commune*, en materia civil, mercantil o laboral, sujetas a un tráfico transfronterizo (Cappelletti, Olivencia, Pizzorusso). También se habla de *descodificación* (Irti) y de *deslegalización* (Cotterrell, De Sousa Santos, Spiros Simitis, Teubner), si bien carecen de general aceptación o se encuentran en franco retroceso (el último Irti). No deja de registrarse cierto movimiento pendular sobre el sistema de fuentes del Derecho privado en el siglo XX; del *tout devienne droit public* (Rippert) hemos pasado a la *reprivatización* del derecho privado (Díez Picazo). La transformación afecta también a los sujetos del derecho privado, al concepto y función de la familia y al fundamento de la responsabilidad civil extracontractual con enorme repercusión en la vida económica de las sociedades al generalizarse la responsabilidad por riesgo y una cuasi objetivación de la misma.

Resulta extraordinariamente sugestivo lo que PÉREZ LUÑO denomina *itinerarios del Derecho público* (vol. IV, p. 53-60). Partiendo de una gráfica expresión de Dworkin *si el Gobierno no se toma los derechos en serio tampoco se está tomando con seriedad el Derecho*, afirma que un *retorno a lo derechos* implica un acuerdo genérico en la idea de que los derechos y libertades constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho, sin que de ello pueda deducirse que existe unidad de criterio en la forma de concebir esos derechos y su papel en el Estado de Derecho. Se asiste en los últimos años al replanteamiento de tesis, tácita o *expressis verbis* neiusnaturalistas que propugnan: 1) existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados; 2) fundamento de la legitimidad política en la

participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular; y 3) exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de aquellos derechos. Pero también se presta atención a éstos desde los parámetros sistemáticos de un positivismo jurídico renovado. Los itinerarios teóricos del Derecho público en el siglo XX versarán sobre dos cuestiones prioritarias, ambas asumidas desde una perspectiva histórica o generacional: la transformación de las libertades y la transformación del Estado de Derecho.

La mutación histórica de los derechos fundamentales ha determinado la aparición de sucesivas generaciones de los mismos. La primera generación nace con impronta individualista y sufrirá un amplio proceso de erosión a lo largo del siglo XIX; los movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades con una segunda generación de derechos fundamentales que serán los de naturaleza económica, social y cultural, y que se plasmarán en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado Social de Derecho. Por último, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la *contaminación de las libertades* (*liberties pollution*). Una concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada, dado que una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamentan, a su vez, nuevos derechos. En la segunda mitad del siglo XX ha comenzado a difundirse en diversos países europeos la distinción entre *stato di diritto* y *stato costituzionale*, que algunos autores utilizan indistintamente, pero que otros han recibido en nuestra doctrina como categorías diversas (García Pelayo). En Alemania KRIELE establecerá una distinción radical, ya que mientras el Estado de derecho es la culminación del iusnaturalismo racionalista alemán, el Estado constitucional, a su juicio, se inserta en la tradición británica del *rule of law*, partiendo del concepto de que el Derecho se desarrolla dialécticamente conforme a las reglas procesales, a medida que el pueblo tiene experiencia de los defectos del Derecho existente, de modo que el Estado constitucional se concibe como un proceso inacabado que se manifiesta en la historia. Más depurado es el concepto de

Estado constitucional en HÄBERLE, para quien se trata de una forma de estado en la que existe una legitimación democrática y un control pluralista del poder político y también de los poderes sociales; en definitiva es el tipo-ideal del Estado propio de una sociedad abierta; frente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, en el Estado Constitucional la norma fundamental no sólo aparece entendida como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro. Por último, ZAGREBELSKY ha profundizado en la noción de Estado constitucional, aceptando que se trata de un Estado abierto y pluralista, pero poniendo todo el énfasis en la crítica de los presupuestos ideológicos del Estado de Derecho, o sea el positivismo jurídico decimonónico, concepción que ha sido responsable de haber elaborado un sistema jurídico rígido y cerrado que reducía la juridicidad a la legalidad y en el que no había espacio para ninguna otra fuente jurídica. En manifiesta ruptura con todo ello, el Estado constitucional supone la coexistencia de valores y principios sobre los que hoy se edifica la Constitución para poder lograr la unidad e integración del ordenamiento jurídico y, al propio tiempo, para ser compatible con una sociedad abierta y pluralista. Por lo demás no hay unanimidad a la hora de establecer la relación entre ambas formas de Estado, pues para unos son categorías incompatibles, mientras que la mayoría estiman que se da una continuidad entre ambas. En todo caso, los derechos fundamentales de la tercera generación (defensa de la paz, protección de la calidad de vida, y el medio ambiente y la garantía de la denominada libertad informática) requerirán un nuevo consenso básico entre los ciudadanos y los poderes públicos. Se apunta también que los avances teledemocráticos (por ej. el voto por Internet) puede estimular la progresiva implantación de experiencias de democracia directa para el ejercicio y garantía de los derechos de la tercera generación y para reforzar el clima participativo democrático del Estado constitucional, pero estas iniciativas no carecen de riesgos (PÉREZ LUÑO, vol. IV, p. 60), e importa atender a la lúcida observación de HABERMAS cuando advirtió que *al desafío de la técnica no se le puede responder sólo con la técnica*.

La última etapa del siglo XX supuso, en el ámbito metodológico, un progresivo abandono del método positivista. Lo prueban la obra emblemática de LARENZ *Methodenlehre des Rechtswissenschaft* (cuatro edic. en vida del autor entre 1960 y 1978, y dos póstumas en 1983 y 1991) y, entre nosotros, la *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid 1971), de HERNÁNDEZ GIL. La moderna metodología viene caracterizada por una radical apetencia de conocimiento del ordenamiento jurídico en su complejidad estructural y en sus reales articulaciones, la cual no puede ya ser satisfecha por las periclitadas técnicas de un formalismo legalista. Así resulta que la norma ya no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso de elaboración e interpretación, en el que a la doctrina le corresponde un protagonismo incuestionable (ALEXY, FROSINI, MÜLLER, PÉREZ LUÑO, TARELLO). El retorno a la jurisprudencia de valores en la teoría del Derecho ha sido posible gracias al estímulo de las doctrinas sobre la justicia que se han desarrollado en las últimas décadas del siglo pasado, así las debidas a RAWLS, DWORKIN, NOZICK y AMARTYA SEN. Significativamente PÉREZ LUÑO (Vol. IV, p. 63) escribe que está en lo cierto John RAWLS cuando afirma que *la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas*. Por su cuenta afirma que la reivindicación de esta exigencia ha constituido el nervio de la mejor tradición iusnaturalista y esa función histórica sigue siendo una cuestión de interés prioritario no sólo para la filosofía jurídica, sino para toda la Filosofía práctica, Ética y Política. Mostrar la legitimidad de esa función, frente a los empeños dirigidos a negarla apelando a su imposibilidad (racionalismo, relativismo), a su falta de sentido (neopositivismo) o a su inutilidad (escepticismo), constituye una tarea insoslayable para las doctrinas iusnaturalistas más relevantes del siglo XX.

Los últimos años del siglo pasado han acelerado con ritmo creciente los procesos de renovación tecnológica que tan profundamente penetran en las relaciones humanas; la incidencia de las redes de información y comunicación en los ámbitos jurídicos y políticos ha deter-

minado que se adquiriera conciencia de que nunca como en esta época se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales. De esa exigencia de universalidad se infiere la reivindicación de que los derechos de la persona se tutelén sin discriminación alguna por razones, de lengua, de sexo, de las religiones profesadas o de las convicciones ideológicas. Estos requerimientos vienen impuestos por los procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de la *globalización*, y porque las personas viven en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuya prueba más evidente es Internet. En un mundo interdependiente, la garantía de unos derechos universales se ha hecho más perentoria que nunca; se trata de conseguir que los desarrollos tecnológicos no menoscaben ni se logren a costa de las libertades; por ello debe establecerse un diálogo fluido entre el universo tecnológico y la esfera de los valores y derechos humanos. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones entre los hombres, y entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su marco de convivencia. Nos hallamos en una sociedad donde la Informática se ha convertido en el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la *sociedad informatizada*, la *sociedad de la información*, o la *sociedad de redes informativas* (*Network Society*). Esta nueva coyuntura reclama de los juristas, los filósofos y los teóricos del Derecho una *consciencia tecnológica*. Para responder a estas exigencias —dice PÉREZ LUÑO (vol. 4, p. 65)— se han forjado dos nuevas disciplinas: el Derecho Informático y la Informática Jurídica. El primero es una materia inequívocamente jurídica, integrado por el conjunto de disposiciones dirigidas a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática. En cambio, la Informática Jurídica tiene por objeto la aplicación de la tecnología de la información al Derecho; por ejemplo, el tratamiento informatizado de las fuentes de conocimiento jurídico, mediante los sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal; asimismo, las fuentes de producción jurídica, por medio de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concu-

rran en el proceso legislativo y en la decisión judicial; por último, los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el Derecho.

En el periodo histórico en el que se ha consumado el cambio de milenio, la consigna cultural que mejor compendia las inquietudes del nuevo tiempo es la exigencia de globalización, que es aconsejable seguir utilizándose pese a que sea ambiguo, equívoco y no se halle exento de algunas acepciones perversas, como dice Beck. Los problemas contemporáneos del Derecho deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad; la sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas económicos, éticos, jurídicos y políticos. La tendencia hacia la globalización viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Derecho. Por eso parece que la concepción del Derecho como experiencia jurídica es la que mejor puede satisfacer los apremios globalizadores del presente. Concebir el Derecho desde una perspectiva globalizadora, en términos de experiencia jurídica, implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica; se trata de asumir que el Derecho postula un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia; en definitiva, la experiencia jurídica implica avanzar hacia una concepción omnicomprensiva. Concluye PÉREZ LUÑO afirmando (vol. 4, p. 67), que el gran reto que se plantea a la teoría jurídica al comienzo del tercer milenio consiste, precisamente, en ofrecer una respuesta integradora capaz de colmar los vacíos institucionales de las sociedades tecnológicas.

Resulta hartó difícil seleccionar algunas de entre las 235 semblanzas de juristas representativos del siglo XX que aquí se incluyen; aunque el espacio dedicado al biografiado nunca puede ser determinante, sí resulta, en principio, un buen indicio. Se comprende la devoción con que se redactó la semblanza dedicada a Federico DE CASTRO por su discípulo Luis Díez-Picazo (la más extensa: 10 pgs). Sigue un grupo de biografías, homogéneo en su extensión (8 pgs.), en el que figuran: KELSEN (G. Robles), WIEACKER, Carl SCHMITT, VEDEL (Alli Aranguren), el Juez norteamericano John MARSHALL HARLAN II (Granado

Hijelmo), Joaquín GARRIGUES (Sánchez Calero), Otto KAHN-FREUD (Mercader Uguina), el filósofo John RAWLS (Pooge). Al que siguen de cerca (7 pgs. de extensión) el administrativista francés Jean RIVÉRO (Alli Arranguren), GARCÍA GALLO (Escudero), ROCA SASTRE (Pintó Ruiz), PÉREZ SERRANO, y COING (Pérez Martín). Hay un grupo numeroso de extensión entre cinco y seis páginas (probablemente la extensión que el Coordinador consideró típica o normalizada, pero que ha resultado desbordada en la realidad) en el que figuran: MEZGER, BOBBIO (G. Robles), SCHUMANN (M. Oreja y R. Domingo), CALAMANDREI (Cordón), ASTUTI (Iglesia Ferreirós), BETTI (Criffó), CASTÁN (García Cantero), DE PAGE, NIPPERDEY (Rodríguez-Piñero), ANTÓN ONECA (Soto Nieto), HAYEK, WALINE, ALLARA, FASSÓ (Pérez Luño), Alvaro D'ORS (R. Domingo), NÚÑEZ-LAGOS (Rodríguez Adrados), PUGLIATTI, GIRÓN TENA (López Sánchez), LEGAZ y LACAMBRA (Gil Cremades), KAUFMANN (Newmann), URÍA (Menéndez), ALONSO OLEA (Montoya), TRABUCCHI, LUHMANN, LOMBARDÍA (Hervada y Fornés). Pero no se crea que los no mencionados carecen de interés; así el recensor por su formación se ha recreado en las semblanzas de autores como Vassalli, Messineo, Biondi, Jémolo, Marc Ancel, Ascarelli, Calasso, Gorla, Ferri, Gaudemet, Ourliac, Guasp, Villey, Poulantzas, Paschukanis, Larenz, Mengoni. *Et sic de caeteris ...*

El apartado final contiene *Notas biográficas de juristas españoles del siglo XX*, y su utilidad ha sido ya puesta de relieve anteriormente. Dirigido al público español, acaso precisará de nuevo desarrollo en ediciones ulteriores, cuando se disponga de suficiente perspectiva para valorar las aportaciones de unos y otros. La selección se ha hecho con criterios amplios, incluyendo prácticamente a juristas de todas las especialidades, sin olvidar a algunos políticos, profesionales distinguidos, notarios, abogados en ejercicio, así como a personalidades religiosas como San Josemaría Escrivá y a Álvaro del Portillo que también desarrollaron actividades jurídicas.

14. COLOFÓN

No resulta fácil poner punto final a esta *dación de cuenta* de lo que la obra representa en el panorama bibliográfico-jurídico español. Decir que es *única*, en modo alguno supone exagerar, pues si tiene parangón es, más bien, con algunas obras extranjeras que el Coordinador menciona, pero realmente carece de precedentes entre nosotros⁴⁵. Es única por la amplitud de campo abarcado, al no excluir a ningún especialista en materias jurídicas, ni en otras íntimamente relacionadas con aquéllas. Es, además, ambiciosamente única al remontarse como punto de partida a la época más brillante del Derecho romano, y seguir paso a paso su transformación en el *ius commune* con perspectiva ecuménica y, por supuesto, española. Es, también, arriesgadamente única por no eludir las objeciones que denuncien lagunas⁴⁶ o minusvaloraciones (no son muchos los nombres que faltan, pero *los que están sí que son universales*).

Es *monumental* por el ingente trabajo de planificación que ha requerido, por la obligada e incesante búsqueda de colaboradores, no siempre fácil de encontrar; lo es también por haber obtenido una obra homogénea en lo sustancial de suerte que el lector sabe lo que va a encontrar y se le facilita extraordinariamente la tarea.

Formalmente tiene una presentación elegante, acorde con la riqueza de su contenido, manejable pese a su considerable volumen, y de consulta no complicada. Acaso deban destacarse las excelentes traducciones al español que han debido hacerse de un número no muy alto de semblanzas redactadas por autores extranjeros.

45 En la pg. 36 de su *Introducción*, el Prof. DOMINGO enumera una larga lista de obras que le han facilitado la selección de los juristas romanos, medievales, y modernos (alemanes, ingleses, austriacos, holandeses y norteamericanos), sirviéndole de contraste el *Biographical Dictionary of the Common Law*, dirigido por BRIAN SIMPSON (Londres 1984), y la obra más general dirigida por STOLLEIS *Juristen. Ein biographisches Lexicon*, 2ª ed. München 2001. *Adde* la obra de alcance más modesto *Zivilrechtslehrer deutscher Sprache* (Lehrer, Schuler, Werke), publicada en 1988 en virtud de una colaboración entre la C.H. Beck y la Korea University Press; modelo de síntesis y de proyección hacia las Escuelas Jurídicas alemanas de Derecho Civil.

46 Me ha parecido escasa la representación de juristas de habla portuguesa y brasileña.

B) CODIFICACIÓN

PRESENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA LOUISIANA⁴⁷

Como jurista español he de manifestar mi satisfacción por encontrarme aquí, en ésta mi primera visita a la Louisiana y a la prestigiosísima Tulane Law University, con ocasión del Centenario del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado. Ello puede explicarse, no sólo porque en el siglo XVI hubo descubridores españoles que visitaron estas tierras (se dice que lo hizo Alonso Álvarez de Pineda en 1519; más tarde se habla de la expedición de Pánfilo de Narváez; siendo seguro que Hernando de Soto recorriera el Missisipi en 1543). Ciertamente, hay que esperar un siglo más tarde para que Robert Cavalier, Sieur de la Salle, tomara oficialmente posesión de este territorio en 1682, al que en honor a Luis XIV se denominó Louisiana, creándose en 1699 una nueva colonia establecida por D'Iberville. Pero sobre todo he de fijarme en el hecho histórico de la cesión de la Louisiana a España por el Tratado de Fontainebleau, en 1762, que dió origen a que en 1769 el nuevo Gobernador español, Alexander O'Reilly promulgara su famosa Ordenanza para la aplicación del derecho español, que ha merecido en nuestros días tanta atención por parte de vuestra doctrina jurídica (me refiero al estudio de Tate, *The splendid Mystery of the civil code of Louisiana*, de 1974, y al de Baade, *Marriage contracts in French and spanish Louisiana*, así como a la controversia entre los profesores Batiza y Pascal). Ya pueden imaginarse que yo no voy a tomar partido en la aludida polémica. Me basta

47 Comunicación al Centenario del Primer Congreso Internacional de Derecho comparado celebrado en Nueva Orleans.

con saber que, probablemente el 20%, del articulado del Código civil de Louisiana es de origen español, como viene a concluir el Prof. Batiza. Sí quiero decir que el C.c. de Louisiana es, desde antiguo, ampliamente conocido entre los civilistas españoles, debido a la obra de García Goyena, *Concordancias, Motivos y Comentarios del C.c. español* (Madrid 1852), y que esta obra influyó en gran medida al elaborarse el C.c. español de 1889⁴⁸. Aquel autor indicaba en cada artículo de su Proyecto las fuentes de donde procedía; muchas veces tales orígenes radican en el C.c. francés, pero con frecuencia también en el Código de la Louisiana. Yo había leído, hace muchos años, a García Goyena, pero sólo ahora he llegado a entender plenamente tales referencias comparativas al consultar, por ejemplo, lo que dice el Prof. Yiannopoulos en su magnífica introducción a la edición de Código de 1994. Puedo añadir que últimamente he tenido oportunidad de estudiar los arts. 1617 a 1624 sobre *Disinherison of force heirs*, y he podido comprobar que estos preceptos proceden necesariamente de las Partidas de Alfonso X el Sabio, ya que, precisamente, el C.c. francés ignora la institución.

Concluyo: Tanto el C.c. francés, como el español como el de la Louisiana pertenecen al *Jus commune europeum*, y aquí y ahora se produce un contacto inmediato con el sistema de la *Common Law*, ofreciendo un magnífico laboratorio de investigaciones para el Derecho comparado, y de ello me congratulo, y creo que todos los comparatistas. En resumen, no creo que haya suficientes razones para suprimir este enclave de *Civil Law* dentro del uniforme territorio norteamericano sometido al derecho anglosajón (discrepo así del Prof. Palmer en su reciente trabajo *In a Race against Time: The Founding of Louisiana's Mixed Legal System, 1803-1812*, en *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, París 1999, p. 179 ss.). Conservar dicho enclave representa, a mi juicio, no un entorpecimiento, sino propiamente un enriquecimiento para todos los comparatistas del mundo, empezando por los propios juristas estadounidenses.

48 En cumplimiento de lo dispuesto en la Base 1ª de la Ley de 11 mayo 1888, cuyo texto literal dispone: "El Código tomará por base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio" [...].

SIGNIFICADO DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987 EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN⁴⁹

Sumario: 1. Introducción.— 2. *Excursus*. Natalino Irti no fue profeta en su tierra.— 3. Sobre la centralidad del Código y sobre la actualidad de la codificación.— 4. Características de las nuevas Codificaciones.— 5. La difusión del modelo del C.c. español en el mundo.— 6. Caracteres generales del C.c. cubano del 16 de julio de 1987.— 7. Es un Código de estricta inspiración marxista.— 8. Posee algunos rasgos originales procedentes de la moderna doctrina jurídica.— 9. Reproduce buen número de reglas del C.c. español, hasta ahora vigente en el país.— 10. A modo de conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Objeto de este trabajo es explicar el significado del C.c. cubano de 1987⁵⁰ —tan escasamente conocido por los juristas españoles—, perte-

49 Una versión francesa resumida se publicó bajo el título *Le Code civil cubain de 1987: Un Code socialiste de filiation ibérique*, en *Mélanges Gandolfi*, vol. 1 (Milano, 2004), pgs. 373-384.

50 La bibliografía actual sobre el Derecho cubano, accesible en España, es escasa, En 1975 hay una publicación oficial del Ministerio cubano de Justicia sobre el *Código civil*, concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. En su *Introducción* se recuerda que el C.c. vigente en Cuba es nominalmente el mismo que empezó a regir en España en su redacción definitiva, extensivo a la Isla de Cuba, Puerto Rico y Filipinas por R.D. de 31 de julio de 1889, entrando en vigor en la primera el 5 de noviembre del mismo año. Durante la dominación española este cuerpo legal sólo fue modificado una vez, con respecto a la regulación de la capacidad para contraer matrimonio; en cambio, los gobiernos interventores norteamericanos lo modificaron en numerosas ocasiones, así como los órganos legislativos de la República. A partir del triunfo de la Revolución castrista en 1959, y con

neciente a un periodo histórico dentro del que algún autor ha calificado como ejemplo de la *tercera fase codificadora*; la primera se abriría, en efecto, con el *Code civil* francés, la segunda con el *Bürgerlichesgesetzbuch* alemán, y la tercera, con los Códigos promulgados en Europa después de la Segunda Guerra mundial, cuyo momento culminante es, sin duda, por muchas razones, el *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* de 1992.

2. EXCURSUS: NATALINO IRTI NO FUE PROFETA EN SU TIERRA

A modo de introducción habría que afirmar: **Natalino IRTI no fue profeta en su tierra.**

el surgimiento de las nuevas relaciones socialistas de producción, tales como las Leyes de reforma agraria (1959-1963), la Ley de reforma urbana (1960) y la de nacionalización de las empresas (1960), implicaron trascendentales variaciones en el régimen de la propiedad inmobiliaria, y en el sistema de las obligaciones y contratos. A ello ha colaborado la segregación de toda la materia concerniente a la familia, que ha pasado a formar un cuerpo legal independiente: el Código de familia. Sin embargo, se afirma, a pesar de todos estos acontecimientos, y durante ellos, se consideró conveniente publicar una nueva edición del C.c. para satisfacer necesidades de la práctica jurídica y de la docencia. Las anteriores ediciones del C.c. se hallaban totalmente agotadas y sus ejemplares eran, en la época, casi rarezas bibliográficas. Acertadamente se señala esta peculiaridad del Gobierno cubano, dado que en las Facultades de Derecho seguía enseñándose el C.c. español, como lo atestigua Gisela M^a PÉREZ FUENTES, **El Derecho civil en Cuba durante los siglos XIX y XX. Valoración de la Parte General (Libro I) en el Código civil de 1987**, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1995, p. 382. Por otra parte, esta edición podría proporcionar antecedentes de inapreciable valor y fácilmente accesibles para la tarea de elaborar el proyecto de Código civil. La *Revista Cubana de Derecho*, año V, núm. 11, enero-junio de 1976, publica, entre otros textos legislativa, el de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 1976. Sobre este último véase ÁLVAREZ TABÍO, *Comentarios a la Constitución socialista* (La Habana 1985). Ofrece interés CANTÓN BLANCO, *Conferencias de propiedad y derechos reales* (La Habana 1982) pues presenta las modificaciones que la Constitución de 1976 supuso para la regulación de la propiedad y derechos reales, y, en cierto modo, adelanta la regulación que de estas materias hará el C.c. de 1987. En diciembre de 1985, la *Asamblea Nacional del Poder Popular* publica el *Anteproyecto del Código civil*, que va a servir de base para el texto definitivo, cuyo significado se aclara en un excelente, y bien documentado estudio de RAPA ÁLVAREZ, *La codificación del Derecho civil*, *Revista Jurídica*, IV, núm. 11, abril-junio 1986, p. 82-166. En el cit. art. de Gisela M^a PÉREZ FUENTES se hace una amplia exposición descriptiva del C.c. de 1987, con algunas observaciones críticas.

A partir de la década de los 70, uno de los civilistas italianos probablemente más conocido y citado últimamente en España haya sido este catedrático de la Universidad de La Sapienza, habiendo influido quizá, en aquella circunstancia, el hecho que se recuerda en la 3ª ed. de *L'età della decodificazione* (Milano 1989), a saber una invitación que el Prof. De los Mozos le hizo para visitar la Universidad de Salamanca, evocando luego IRTI, en libro posterior, la memoria de Unamuno, las severas aulas y los antiguos Colegios Mayores⁵¹, y que también le sirvió para “sellar el paso del primer contacto con el problema a un pensamiento más maduro y definitivo”. Lo cierto es que hablar de la *descodificación*, o *decodificación* del C.c. (ambas formas gramaticales son correctas, aunque yo prefiero la primera) ha sido un capítulo obligado en las Memorias de cuantos opositores han concursado, en el indicado lapso de tiempo, a plazas de Derecho Civil en España. Las ideas básicas de IRTI —reiteradas en todos los tonos en sucesivos trabajos— son ampliamente conocidas, y por ello me limitaré a sintetizarlas al máximo posible⁵². Veamos a continuación lo que ha defendido este autor, al menos hasta 1995:

“Por un lado, el Código ha perdido todo valor constitucional, ya que las libertades políticas y civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada, se tutelan en la Constitución, es decir, en normas jerárquicamente superiores (...). A esta tutela nada puede añadir el

51 IRTI, *Codice civile e società politica* (Roma-Bari 1995), p. 5.

52 Menos conocido y divulgado es que IRTI ha vuelto claramente, sobre sus pasos, en reciente trabajo; afirma que ahora está en crisis la propia Constitución; se cuestiona la República, se revisa o se reescribe la historia de la guerra, se tambalea el mito de la Resistencia y de la lucha por la liberación, se rechaza la tradición unitaria y se proyecta un estado federal; frente al *cansancio constitucional* se contraponen *la estabilidad del Código civil*, de modo que las circunstancias históricas atribuyen a éste una especie de *plusvalor político*, es decir, un significado unificador y una capacidad mediadora que trascienden las posiciones de las leyes ordinarias; de este modo el C.c. *retorna al centro del sistema*, cumpliendo la función de garantía y asumiendo la responsabilidad unitaria hasta ahora pertenecientes a la Carta constitucional. Esta —que puede calificarse de **conversión irrtiana**— requeriría mayor espacio del que puedo dedicarle aquí; obliga, en todo caso, a hablar en pretérito de las posiciones de IRTI.

C.c., despojado de la función de garantía que asumió en el siglo XIX, y apropiado día a día por las leyes especiales”⁵³.

“La edad de la descodificación —o sea, los años que vivimos y los que nos esperan en el próximo futuro—, está ante nuestros ojos con la nitidez de su fisonomía. El C.c. ha perdido el carácter de centralidad en el sistema de fuentes; ya no es la sede de las garantías individuales, que son en adelante asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no es la sede de los principios generales, en adelante expresados mediante categorías de bienes o de clases de sujetos, mediante leyes externas. La historia de nuestro siglo revela, bajo la órbita de las reformas legislativas, una radical dirección centrífuga”⁵⁴.

“En nuestro tiempo ya no se renueva la discusión sobre la codificación. Se han extinguido o han caído los conceptos ideales: la utopía de un derecho sellado por la razón para todos los hombres y para todos los países; la confianza en la creatividad espontánea de la conciencia popular”⁵⁵.

“No podemos asombrarnos si enteras instituciones o categorías de relaciones jurídicas se sustraen al C.c. y se confían a leyes externas: el fenómeno ha afectado a los sectores más vulnerables del Derecho privado, de la familia al trabajo subordinado, desde el contrato de sociedad a los contratos agrarios. El proceso de descodificación se expande irresistiblemente”⁵⁶.

Fuere cual fuere la acogida o, incluso, el entusiasmo con que los civilistas españoles recibieron las ideas, entonces, ciertamente novedosas de IRTI⁵⁷, podemos afirmar con rotundidad, atendiendo a nuestra

53 IRTI, *L'età della decodificazione* op. cit. p. 29 s.

54 IRTI, op. ultim.—.cit.p. 33.

55 IRTI, op. ultim. cit., p. 38.

56 IRTI, op. ultim. cit. p. 114.

57 Pueden verse, a este respecto, en nuestra doctrina las observaciones críticas de CARRASCO PERERA : *El Derecho civil: Señales, imágenes y paradojas*, Madrid 1988, p. 45 ss.; GIL RODRÍGUEZ, *Acotaciones para un concepto de Derecho civil*, ADC, 1989, p. 335 ss, y, sobre todos, las matizadas observaciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *El Derecho civil a finales del s. XX*, Madrid 1991, p. 45 ss.

reciente legislación especial, que los vaticinios de dicho autor no se han cumplido en importantes extremos. IRTI había escrito⁵⁸ que en Italia el contrato de arrendamiento (*locazione*) del C.c. aparecía como un derecho residual respecto a las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos. La evolución española ha ido, cabalmente, en sentido contrario; en efecto, la LAU de 1994 ha supuesto, por ejemplo, para el antiguo arrendamiento de local de negocio (ahora, calificado de *para uso distinto de la vivienda*) un retorno casi total al régimen del C.c. predominando en su regulación el principio de autonomía de la voluntad, mientras que el arrendamiento de vivienda, despojado de sus más preciados caracteres (prórroga forzosa y cierto control en las rentas) conserva ahora alguna especialidad, más nominal que real, si se atiende al régimen de 1964; en cuanto a los arrendamientos rústicos, la Ley de Modernización representa un paso en la misma dirección, aunque dado con cierta timidez (podría decirse que esta legislación está —en términos generales— al nivel del Decreto-ley Boyer de 1985).

3. SOBRE LA CENTRALIDAD DEL CÓDIGO Y SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA CODIFICACIÓN

Pero más significativo me parece el hecho de la mayoritaria falta de aceptación por parte de la doctrina italiana respecto de las opiniones de IRTI —y ello ha podido influir en su cambio de opinión, ya aludido—, sin perjuicio de que el problema planteado, en general, por la proliferación de leyes extracodiciales, está lejos de solucionarse en ninguno de los países de nuestro entorno. Al margen de esto último, cuya gravedad no cabe desconocer, aunque no es posible abordarlo aquí, es lo cierto que en Italia se han rechazado, tanto las premisas como las consecuencias extraídas por su autor. En este punto, sería oportuno hacer un inciso, comparando lo ocurrido en Italia con la pobreza celebrativa de que hemos hecho gala en el centenario de nuestro ya venerable C.c.; no deja de sorprender que los italianos hayan multiplicado los Congresos, Tablas Redondas, Reuniones de Estudio, etc. con motivo de los 40 y de

58 IRTI, *op. ultim. cit.* 36.

los 50 años del *Codice civile* de 1942. En el Congreso de Sássari de 1982 se plantearon dos cuestiones fundamentales: ¿Es o no actual la idea de un Código? ¿Responde el C.c. de 1942 a las ideas de nuestro tiempo? Si IRTI adelantó su respuesta unos años antes, BIANCA abiertamente le contradice y contesta afirmativamente a la pregunta de tipo general en base a que —a su juicio— el Código satisface dos exigencias fundamentales de nuestra sociedad, la igualdad y la racionalidad. En 1992 se celebró en Génova el XIII Congreso Nacional de Abogados Jóvenes, y en su ponencia ALPA —aun siendo partidario de desmitificar el C.c.— atribuye, al menos, una triple función que desempeña mejor que las leyes especiales: ser el espejo de la sociedad, no sólo presente sino futura, servir de regulación de las relaciones civiles y de laboratorio de la interpretación; y en fase de conclusiones, FERRI sostiene que la idea del Código, entendido como filosofía no sólo no ha perdido vitalidad, sino que hoy, más que nunca, resulta indispensable. Este mismo autor, en el Congreso celebrado en Milán, afirma que el Código sigue siendo instrumento príncipe o referente privilegiado de las relaciones entre particulares, pues nunca como ahora ha hecho falta un sistema orgánico y formal de principios y normas; por ello el C.c. es el sistema ordenado y ordenante que ejerce una función central e insustituible. FALZEA, por su parte, hablará de la permanente centralidad del C.c.

En resumen, este claro y decidido movimiento de ideas, contrarias a las de IRTI, partidario éste inicialmente —como sabemos— de un carácter residual del C.c., debe completarse con la perspectiva comparatista que, por su parte, aporta SACCO, expuesta primero como ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Caracas (1982), y completada luego en publicación aparte⁵⁹. Comenta este autor que los hechos se han desarrollado como si los legisladores se hubieran olvidado de que estábamos en la era de la descodificación, ya que en el último medio siglo se han promulgado hasta cuarenta nuevos Códigos civiles.

59 SACCO, *Codificare, modo superato di legiferare?*, RDC, 1983.

4. CARACTERÍSTICAS DE LAS NUEVAS CODIFICACIONES

¿En qué modelos se ha inspirado? ¿Es un Código rigurosamente fiel a la ideología comunista? ¿Qué papel ha jugado, en su elaboración, el C.c. español, vigente sustancialmente, en la Isla de Cuba, hasta la entrada en vigor del C.c. de 1987? Antes de responder a estos interrogantes conviene aludir brevemente a un tema que, entre nosotros, habitualmente se soslaya.

5. LA DIFUSIÓN DEL MODELO DEL C.C. ESPAÑOL EN EL MUNDO

Parece conveniente, a modo de introducción, exponer esta cuestión escasamente tratada por la doctrina española. De todos es sabido que el C.c. de 1889 ha tenido muy limitada difusión más allá de nuestras fronteras; es un fruto tardío de la primera oleada codificadora europea y, además, de segunda fila, por lo que, en el extranjero suele englobársele, sin muchos matices, entre los derivados del *Code* de Napoleón, si bien recientes comparatistas han comenzado a analizar en profundidad sus notas diferenciales. Hubiera debido servir de modelo a las legislaciones civiles de las antiguas colonias españolas, prematuramente emancipadas a principios del siglo XIX, pero no llegó a tiempo de serlo pues la mayoría de países hispanoamericanos promulgaron sus Códigos antes del nuestro; ello no fué obstáculo para que las Partidas, las Leyes de Indias, o el Proyecto de GARCÍA GOYENA, fueran tomadas en cuenta en algunos casos, por los codificadores de aquellos países, pero, evidentemente, sin la fuerza persuasiva de un Código moderno, que ostentaba el francés (se dio el caso de que la República Dominicana, a poco de alcanzar su independencia, dictó una ley adoptando íntegramente como C.c. la traducción española del C.c. francés). Sin embargo, nuestro Código entró en vigor en las últimas colonias antillanas y en Filipinas, y allí se ha mantenido, con suerte varia, hasta bien avanzado el presente siglo. El caso más llamativo de supervivencia se produce en Puerto Rico, en donde, después de la ocupación norteamericana, el Congreso puertorriqueño lo adoptó como código propio, con leves modificaciones, y allí sigue en constante conflicto con un derecho público de cuño anglosajón. En las Islas Filipinas, nuestro C.c. se mantuvo en vi-

gor hasta la promulgación del vigente C.c. filipino en 1947⁶⁰, en el cual se conserva un 80% aproximado de preceptos de origen español, la mitad de ellos traducidos literalmente al inglés, y, el resto, modificado. En Cuba las cosas han transcurrido de modo algo diverso; a raíz de la independencia, se mantuvo en vigor el C.c. español— tanto bajo la ocupación norteamericana, como durante la República— con algunas modificaciones⁶¹, y hasta mediados de siglo hubo una fluida comunicación doctrinal y jurisprudencial entre España y Cuba (basta ojear la bibliografía del Castán en aquel periodo de tiempo para comprobarlo). Triunfante la revolución castrista, la comunicación jurídica se va reduciendo paulatinamente, hasta cesar prácticamente del todo; las visitas esporádicas de profesores cubanos a España nos hablan de la increíble penuria de medios materiales con que aquéllos han de afrontar para cumplir su función. En esta situación de casi total incomunicación científica con la Península⁶², hay que encuadrar la promulgación del Código de Familia en 1975⁶³, y ahora la del C.c. de 1987⁶⁴.

60 Cfr. BOCOBO, **El nuevo C.c. filipino**, separata de la RGLJ, 1951,

61 Pueden seguirse las intervenidas en las distintas épocas, relativas a materias concretas (matrimonio, divorcio, retracto convencional, arrendamientos rústicos y urbanos, contrato de opción, prenda y préstamo, bien familiar inembargables) antes de la Revolución, en Gabriela M^a PÉREZ FUENTES, **El Derecho civil en Cuba durante los siglos XIX y XX etc.**, cit. p. 379-381.

62 Ejemplo emblemático de lo dicho en el texto lo presenta RAPA ÁLVAREZ, **La codificación del Derecho civil**, *Revista Jurídica*, 11, abril-junio 1986, que constituye una excelente introducción al C.c. de 1987 bajo una perspectiva marxista, y del que utilizaré en adelante bastantes datos. En p. 161-166 incluye las notas y la bibliografía. En cuanto a los autores españoles se mencionan las obras de Manresa, Valverde, Castán (6^a ed. de 1943), y Puig Peña (de 1958); la bibliografía más reciente se limita a Vallet de Goytisolo (1980), Hernández Gil (1981) y a varios artículos de la RDP, de los años 1982 y 1984. Hay también alusiones a traducciones españolas de autores extranjeros: Oertmann (1933), Ennerecerus (1943), David (1952), trad. del BGB de Melón (1953), Barassi (1966). En contraste, la bibliografía que cita Gisela M^a PÉREZ FUENTES, **loc. cit.** p. 430, es abrumadoramente española, lo que parece indicar que el trabajo se ha redactado en España.

63 En 1975 el Ministerio de Justicia de Cuba hace una publicación oficial, con fecha de cierre de 8 marzo 1975, del texto en vigor del C.c. después de promulgado el Código de Familia.

64 Sobre los intentos de codificación civil en Cuba antes de la Revolución, cfr. RAPA ÁLVAREZ, **La codificación del Derecho civil**, cit. p. 98 ss., en donde menciona a

6. CARACTERES GENERALES DEL C.C. CUBANO DE 16 JULIO 1987

Cuba ha sido la última de las colonias españolas en América en poseer un C.c. propio; también es la última en promulgarlo en relación con el resto de los países socialistas del hemisferio occidental, y habiéndolo hecho poco antes de la caída del Muro de Berlín, bien puede considerársele como un *C.c. póstumo de inspiración marxista*. Al mismo tiempo, dada su impronta hispánica, constituye un ejemplo inédito de *C.c. hispano-marxista*. Ha seguido la sistemática de otros Códigos socialistas amputándole el Derecho de Familia, promulgado como código unos años antes⁶⁵. Como lo ha puesto de relieve SACCO, es también de extensión reducida pues consta de 547 arts., 3 disp. especiales, 6 disp. transitorias y 3 disp. finales; el derogado Z.G.B. de la DDR contaba sólo con 480 parágrafos. El nuevo C.c. cubano está dividido en 4 libros, pero, en razón a su estructura, carece de vínculos inmediatos con el ya derogado Z.G.B. —al que *prima facie* podría asemejarse el C.c. cubano—⁶⁶ y con el C.c. español.

BETANCOURT, *Prólogo* a la 3ª ed. del C.c. (La Habana 1934) ; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *Proyecto de C.c. de Cuba* (La Habana 1940). Parece que este último proyecto fué remitido por el Gobierno al Congreso, sin que se llegara a discutirlo; se publicó en la *Revista Cubana de Derecho*, en los números de enero-marzo y abril-junio de 1941. Durante el Gobierno de Fidel Castro, se enumeran nueve proyectos de C.c., hasta el de 1986 que sirvió de base al vigente (Así Gisela Mª PÉREZ FUENTES, *loc. cit.*, p. 383).

65 Dice en particular RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 125 que el sistema de ordenación del Derecho civil propuesto por Savigny y adoptado por las codificaciones de tipo germánico, con la exclusión del Derecho de familia, es el que, en términos generales, ha influido en mayor medida en las codificaciones socialistas, aunque debe significarse que, con un criterio más amplio, la codificación civil soviética ha incluido dentro de las prescripciones del Código algunas normas de Derecho internacional privado y otras relativas al comercio exterior y a los derechos de autores, inventores y realizadores.

66 Véase con cierta amplitud la concepción cubana sobre el C.c., así como su comparación con los Códigos socialistas en cuanto al objeto de la misma: RAPA ÁLVAREZ, *loc. cit.*, p. 110 ss.

67 Gisela Mª PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 384, hace una extensa relación de fuentes inspiradoras del C.c. cubano (al parecer sin orden de preferencia): Código español de Comercio, C.c. español, BGB, C.c. de Checoslovaquia de 1964, modificado en 1983,

En razón a su contenido, el Libro I comprende la materia que habitualmente integra la Parte General de Derecho Civil, sin darle, sin embargo, este nombre. Después de unas **Disposiciones preliminares**, el Libro I trata de la **Relación jurídica**, regulando la persona, los bienes —muy sumariamente—, el acto jurídico, la publicidad, la prueba, la prescripción y la caducidad. En la disposición de los restantes libros hay —en efecto— huellas del Plan de Savigny, y así el libro II trata del **Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes**, el libro III del **Derecho de obligaciones y contratos**, y el libro IV del **Derecho de sucesiones**. Aunque incluye algunas reglas tradicionalmente consideradas como mercantiles, el nuevo Código las excluye por razones ideológicas⁶⁸, y, quizá inadvertida-

C.c. polaco de 1964, C.c. húngaro de 1977, ZGB de 1975, Constitución cubana de 1976; y, en menor medida, los C.c. de Chile, Argentina, Suiza, Italia y anteproyecto del .C.c. peruano de 1984.

68 Así dice RAPA ÁLVAREZ, **loc. cit.** p. 121 s.: “El Derecho mercantil de corte burgués no se justifica en un sistema socio-económico basado en la propiedad social sobre los medios de producción, y algunos estados de la comunidad socialista han incorporado a sus códigos civiles algunas materias consideradas antes como parte del derecho comercial, como son los contratos de transporte y de depósito. Pero existen ciertas instituciones mercantiles del antiguo derecho cuya supresión no se ha estimado conveniente aún, como son las compañías de comercio. En cuanto a otras materias, como las que integran el Derecho cambiario, se ha estimado que su regulación compete a disposiciones especiales. La URSS cuenta con una ley especial sobre letras de cambio desde el año 1922. En Cuba el tema de las compañías mercantiles y su actividad, el Derecho cambiario y el Derecho marítimo, han sido materias propias del Código de comercio, que requiere una nueva formulación acorde con nuestra realidad actual. En lo que respecta a los preceptos del Código de comercio que regulan las compañías mercantiles, han sido expresamente ratificados en su vigencia por el Decreto Ley núm. 50, de 15 febrero 1982. Según la opinión prevaleciente, ninguna de estas materias debe incorporarse a las regulaciones del nuevo Código civil”. He aquí un amasijo variopinto de argumentos escasamente convincentes; sin perjuicio de una clara herencia española, resulta curioso atribuir al depósito naturaleza exclusivamente mercantil, así como es de notar el evidente desconocimiento —obvio. por otra parte— de la nueva legislación española sobre sociedades mercantiles extramuros al C. comercio. Por otra parte, el citado autor (**op. cit.** p. 116 ss.) se refiere al *Derecho económico*, definido como “las relaciones contractuales de las entidades económicas con vista al cumplimiento del Plan único de desarrollo económico social de la nación”, regulado por Decreto Ley núm. 15, de 3 julio 1978, elaborado al margen totalmente de la legislación civil y mercantil, formalmente en vigor al tiempo de

mente, permanece fiel a la directriz de aquellas legislaciones que no han hecho la unificación del Derecho privado (Francia, Alemania, España).

En razón a su contenido, el C.c. cubano de 1987:

- permanece fiel a la inspiración marxista;
- ofrece algunos atisbos de modernización doctrinal; y
- conserva un número bastante importante de reglas procedentes del C.c. español, a través del cual viene a seguir manteniendo relación con los Códigos latinos, respecto de los cuales no ha roto definitivamente, por tanto, toda vinculación.

7. ES UN CÓDIGO DE ESTRICTA INSPIRACIÓN MARXISTA

Era opinión común de toda la doctrina cubana de los últimos años que el Código civil de 1889 era incompatible con los principios inspiradores de la Revolución castrista, en presencia de diversas leyes sobre la propiedad privada promulgadas en la primera época de aquella, y, sobre todo, con la Constitución promulgada el 24 febrero 1976, cuyo art. 1º proclama que “la República de Cuba es un estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores e intelectuales”, y cuyos arts. 20 a 23 se refieren a la propiedad de los pequeños agricultores, a la llamada propiedad *personal*, y de modo general declara que *el Estado reconoce la propiedad de las organizaciones políticas, sociales y de masas sobre bienes destinados al cumplimiento de sus fines* (art. 23), modalidad que, en la práctica viene a ser la de mayor significado económico.

Nada extraña, por ello, que el C.c., a partir de sus primeros preceptos haya fijado claramente este carácter; y así, aunque en el art. 1º ofrece una descripción más bien neutra del objeto y contenido de este

su promulgación, si bien se pensó en algún momento, en concordancia con el derecho soviético, que esta materia podía incorporarse al futuro C.c., y así se hizo en los anteproyectos de 1979 a 1983; pero durante la redacción del anteproyecto de febrero de 1985, se formularon numerosas sugerencias en el sentido de que la regulación de los contratos mercantiles debía sustraerse del Derecho civil para integrar con ellos una legislación especial, sugerencias que fueron acogidas. La explicación que, para estas cuestiones, ofrece este autor, se basa en razones superficiales, sin apoyo científico claro.

cuerpo legal, en el art. 2º se recoge expresa y fielmente su inspiración ideológica.

Art. 1º: “El Código civil regula relaciones patrimoniales y otras no patrimoniales vinculadas a ellas, entre personas situadas en plano de igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales”.

Art. 2º: “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República”.

El régimen de la propiedad se abre en el art. 128 con una declaración de la más pura ortodoxia marxista⁶⁹, explicitando y desarrollando los preceptos constitucionales.

“1. En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios e instrumentos de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.

“2. Además de la propiedad estatal socialista, el Estado reconoce la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la de las cooperativas, la de los agricultores pequeños y la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, y garantiza la propiedad personal”.

Hay, en la regulación del nuevo C.c., una primacía concedida a la propiedad socialista y ello se refleja en los deberes que, en su respecto, recaen sobre todos los ciudadanos según el art. 133.1: “Toda persona está obligada a proteger la propiedad socialista de todo el pueblo, la de las cooperativas y la de las organizaciones políticas, de masas y sociales

69 Antes de la promulgación del C.c. la exposición más completa sobre la propiedad socialista se describe en el ciclo de conferencias sobre la propiedad y los derechos reales publicadas por CANTÓN BLANCO (La Habana 1982). La bibliografía citada es casi exclusivamente de juristas o ideólogos socialistas; muy ocasionalmente se mencionan dos autores españoles (AZCÁRATE y CASTÁN TOBEÑAS, aunque sin indicar edición de este último autor).

contra el daño que les amenace". Obligaciones legales —obsérvese— que no rigen a propósito de la propiedad personal. Todavía pueden señalarse otras medidas legales de protección de la propiedad socialista: así la acción para reivindicarla es imprescriptible (art. 124, letra a); los medios básicos de las organizaciones políticas, de masas y sociales, son inembargables y no pueden ser objeto de gravamen alguno, aplicándose la misma regla a los terrenos pertenecientes a las cooperativas (art. 149.1); por otra parte, el Estado en calidad de heredero abintestato adquiere directamente los bienes sin que sea necesaria una declaración judicial de heredero a su favor (art. 546.1). Como norma residual el art. 137 declara que son de propiedad estatal socialista todos los bienes existentes en la República que no sean de propiedad de alguna persona natural o jurídica.

Las distintas modalidades de propiedad socialista⁷⁰ no ofrecen novedades sobre lo que se conoce ahora en el mundo jurídico occidental sobre el tema, y así se regulan sucesivamente, la propiedad estatal (arts. 136 ss.); la propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales (arts. 142 ss.)⁷¹, que pueden tener por objeto los edificios, construcciones e instalaciones, medios de transporte, fondos provenientes de las aportaciones de sus afiliados, así como empresas con ellos creados; por último, también la propiedad cooperativa (arts. 145 ss.)⁷².

70 Con alguna amplitud se exponen en CANTÓN BLANCO, *op. cit.*, p. 259 ss.

71 Según Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 403, las organizaciones políticas protegidas por el Estado, conforme a los arts. 5 y 6 de la Constitución, se refieren, entre otras, al Partido Comunista de Cuba y la Unión de Jóvenes Comunistas, Central de Trabajadores de Cuba, Comités de Defensa de la Revolución, Federación de Mujeres cubanas, Asociación Nacional de Agricultores pequeños.

72 La reforma de los diferentes regímenes de la propiedad en Cuba ha sido anterior a la promulgación del nuevo C.c. Hay que mencionar, como más importantes, dos leyes de reforma agraria, una de la propiedad inmobiliaria y varias sobre nacionalizaciones de empresas. Observa Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 403, que la propiedad de las Cooperativas de producción agropecuaria, constituyen la única forma de propiedad colectiva admitida para los ciudadanos cubanos, no permitiéndose las cooperativas urbanas o industriales.

La propiedad de los pequeños agricultores⁷³ hace tránsito a la propiedad personal, aunque está sujeta a fortísimas limitaciones administrativas. Se regula con algún detalle en los arts. 150 a 155; se define como aquella que recae sobre bienes destinados a la explotación agropecuaria a que se dedican, y mediante la cual contribuyen a aumentar el fondo de consumo social y, en general, el desarrollo de la economía nacional (art. 150), siendo de notar que no hay limitaciones de extensión; puede recaer sobre las tierras que legalmente les pertenecen, edificaciones, instalaciones y medios que resulten necesarios para la explotación a que se dedican, animales y sus crías, plantaciones, siembras, frutos y demás productos (art. 151); sólo pueden ser explotados estos bienes de modo personal, ya que no pueden ser objeto de arrendamiento, aparcería ni cesión a particulares (art. 154.1); el pequeño agricultor tiene obligación de mantener, explotar y utilizar adecuadamente sus bienes (art. 152); necesita autorización estatal para incorporar sus tierras a cooperativas o a empresas estatales, o para enajenarlos por cualquier título a otros agricultores pequeños, teniendo el Estado, en caso de venta, un derecho preferente para la adquisición mediante el pago del precio legal (art. 153); si se incumplen estas obligaciones legales, el acto es nulo y los bienes o son objeto de expropiación o pasan a propiedad estatal (arts. 152.2 y 154.2). Esta restrictiva regulación de la propiedad de los pequeños agricultores, en el nuevo C.c. cubano se ha visto faci-

73 Parece que la Constitución tuvo especial atención para esta modalidad dominical; así el art. 20: "El Estado reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras y otros medios e instrumentos de producción, conforme a lo que establece la ley.— Los agricultores pequeños tienen derecho a asociarse entre sí, en la forma y con los requisitos que establece la ley, tanto a los fines de la producción agropecuaria como a los de la obtención de créditos y servicios estatales" (párs, 1º y 2º). Las limitaciones de esta propiedad aparecen con mayor nitidez en el art. 21: " El agricultor pequeño tiene derecho a vender la tierra previa autorización de los organismos determinados por la ley. En todo caso, el Estado tiene derecho preferente a la adquisición mediante el pago de su justo precio.— Se prohíbe el arrendamiento, la aparcería, los préstamos hipotecarios y cualquier otra forma que implique gravamen o cesión parcial a particulares de los derechos y acciones emanados de la propiedad de los agricultores pequeños sobre las fincas rústicas".

litada por el gran número de remisiones que la Constitución hace, en este punto, a las leyes de desarrollo⁷⁴.

La propiedad personal (arts. 156 a 159)⁷⁵, que es la única forma de propiedad privada de los países occidentales, tiene una fisonomía similar a la existente en la antigua Unión Soviética y en las Democracias Populares⁷⁶.

El art. 160 contiene una remisión a las leyes especiales que regulan otras formas de propiedad, tales como la de las sociedades, asociaciones y fundaciones, empresas mixtas, conjuntas e internacionales y otras personas jurídicas de características especiales; tales formas de propiedad se rigen, en primer lugar, por la ley, los tratados internacionales, estatutos y reglamentos de las personas jurídicas y, supletoriamente,

74 Según explica Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 404, el origen de la misma se encuentra en la segunda Ley de Reforma Agraria de 3 octubre 1963, que, por un lado, concluyó en lo esencial, el proceso de expropiación de la tierra, y, por otro, reconoció la propiedad de los agricultores pequeños sobre áreas que no excedieran de cinco caballerías. Como se ve en el texto, la regulación en el C.c. es algo más amplia y detallada.

75 Los autores marxistas reconocen el carácter residual de la propiedad personal: "Hay que tener en cuenta que en la sociedad socialista, la mayoría decisiva de las relaciones de propiedad se encuentran más allá de la esfera jurídica de la propiedad personal de los ciudadanos, siendo la fundamental la propiedad sobre los medios e instrumentos de producción, como propiedad socialista" (CANTÓN BLANCO, *op. cit.*, p. 515).

76 Dice Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. et loc. ultim. cit.* que en un sistema que se autoproclama socialista, la propiedad personal (única legal) del ciudadano, es la forma en que éstos se apropian de los objetos de uso y de los bienes necesarios para la satisfacción de sus necesidades individuales, mediante el ingreso de su trabajo social. Su fuente radica en la propiedad socialista, de donde proviene el salario que se le paga al trabajador; se caracteriza por una pluralidad legal de regímenes diferentes, en función del bien de que se trata. Así por ejemplo, la vivienda urbana constituye el bien máspreciado del ciudadano cubano, y, sin duda, el de más valor; el derecho de propiedad sobre este bien puede resumirse en el derecho de disfrute de una sola vivienda, limitada a las facultades de uso, ya que, salvo el caso de permuta, la enajenación de la vivienda requiere autorización administrativa cuya falta anula el acto.

La propiedad sobre medios e instrumentos de trabajo personal constituye— a juicio de la autora citada— el germen de la pequeña y mediana empresa, pero la ingerencia estatal ha limitado, en reiteradas ocasiones, cualquier desarrollo espontáneo de esta forma de propiedad con medidas de carácter confiscatorio (*op. cit.*, p. 409).

por las reglas del Código. Parece que esta norma constituye una válvula legal de escape para permitir en Cuba la actividad de empresas extranjeras no sujetas a las reglas de la economía socialista. El punto de partida ha sido el Decreto-ley 50, de 15 febrero 1982, que ha permitido la constitución de empresas mixtas, con el 49% de capital extranjero y el 51% de capital estatal cubano; siendo completado con la Ley 77, de 5 setiembre 1995, de inversiones extranjeras que llega a admitir la existencia de empresas con capital íntegramente extranjero, con facultad de reinversión en cualquier dominio, excepto en la salud, y en algunos sectores educativos.

8. POSEE ALGUNOS RASGOS ORIGINALES PROCEDENTES DE LA MODERNA DOCTRINA JURÍDICA

Ya he indicado que el libro I trata de la *relación jurídica*⁷⁷, noción que parece inspirada en la doctrina del Pandectismo. El art. 22 se inicia con la siguiente definición: *Tiene carácter de jurídica la relación entre personas a la que la ley le atribuye efectos*. El artículo siguiente nos adoctrina diciendo que: “Los elementos de la relación jurídica son: a) los sujetos que intervienen en ella; b) el objeto; y c) la causa que la genera”. De esta enunciación deriva la articulación del Libro I, concebida en los siguientes términos: los sujetos⁷⁸ de la relación jurídica, el objeto, las

77 Parece clara su utilidad, pues “al incorporarse a su parte general la doctrina de las relaciones jurídicas, resulta innecesaria la elaboración de regulaciones especiales sobre los contratos y los testamentos, ya que estos actos tienen de común la circunstancia de que surgen en virtud de manifestaciones de voluntad y los requisitos relativos a la libre exteriorización de ésta, la capacidad de obrar que debe concurrir en los sujetos que las emiten y las causas que pueden producir su ineficacia son comunes a todos los actos jurídicos” (RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 120). Con todo tal opinión —argumentada un tanto elementalmente— olvida, por ejemplo, las especialidades del testamento respecto a los contratos, que la doctrina europea destaca unánimemente.

78 Con acierto Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.* p. 390 s. denuncia la insuficiente regulación de los derechos de la personalidad en el Código cubano que conduce a una desprotección de estos derechos. En efecto, el art. 38 C.c. contiene la siguiente norma: “La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio o al honor de su titular, confiere a éste o a sus

causas de la relación, la publicidad de los acontecimientos naturales y de los actos jurídicos, la prueba, la protección de la relación jurídica, la prescripción y la caducidad. Por su pretensión de generalidad cabe destacar el art. 47, a cuyo tenor: Las causas que generan la relación jurídica son los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, los actos ilícitos, el enriquecimiento indebido y las actividades que generan riesgo; como más adelante se expone, estas normas incluyen también las fuentes de las obligaciones.

El concepto de acto jurídico contenido en el art. 49 es bastante técnico y preciso: El acto jurídico es una manifestación lícita de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica; se añade que la omisión y el silencio tienen los efectos que determinan las normas o, en su defecto, los que les conceden las partes en el acto jurídico de que se trate. Puede afirmarse que aquí viene a regularse la doctrina del negocio jurídico, aunque sin darle este nombre, y, por otra parte, parece inspirarse el legislador en la terminología francesa; curiosamente el Código civil de la DDR había ya eliminado el *Rechtsgeschäft*, probablemente por prejuicios anticapitalistas.

El régimen de los actos ilícitos presenta también rasgos originales; primero, por su colocación sistemática dentro del libro I, y luego por lo que parece ser un abandono del principio culpabilístico⁷⁹, dado que el art. 81 dispone escuetamente que “los actos ilícitos son hechos que

causahabientes la facultad de exigir: a) el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible; b) la retractación por parte del ofensor; y c) la reparación de los daños y perjuicios causados”. Pero la Constitución de 1976 no aluden ni al derecho a la vida, ni a la dignidad.

79 La autora ve en la insuficiente regulación de estos derechos una característica de los Códigos civiles de Europa Oriental.

No he podido encontrar, en la doctrina cubana que manejo, una explicación satisfactoria de este hecho. Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.* p. 396 s. se contradice, pues, dice, por un lado que “el Código civil asume la teoría de la responsabilidad objetiva”, aunque más adelante afirma que “el C.c. cubano no asume un principio único para afiliarse a la responsabilidad objetiva o subjetiva”.

causan daño o perjuicio a otro”, de donde parece deducirse que no se requiere la actuación dolosa o culposa del autor. Con todo, alguna luz indirecta podría obtenerse del art. 99 que exime de responsabilidad civil, no sólo en los casos penales de legítima defensa etc., sino también al concurrir fuerza mayor, caso fortuito o si se realiza un acto lícito *con la debida diligencia*; en efecto, a *sensu contrario* podía inferirse que era ilícito el acto no diligente. El contenido de la responsabilidad es sumamente amplio y parangonable a las regulaciones más modernas, ya que según el art. 83 comprende: a) la restitución del bien, b) la reparación del daño material, c) la indemnización del perjuicio y ch (*sic*) la reparación del daño moral; pero este último se concibe angostamente como “la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor”. Adviértase que, conforme al art. 294, “las normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones”⁸⁰.

El régimen de la prescripción y de la caducidad son, también, merecedores de una mención especial; en primer lugar, por la precisa diferenciación entre ambas, y así dicen los arts. 125 y 126, que en los casos expresamente determinados por la ley o el acto jurídico, los derechos caducan por el simple transcurso de tiempo, apreciándose de oficio por los órganos jurisdiccionales y no siendo susceptibles de interrupción, ni suspensión por causa alguna; en segundo lugar, por la cuidadosa distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción, que echamos de menos en nuestro Código; y, por último, por la drástica reducción de plazos prescriptivos —acaso en exceso—, oscilando entre un máximo de cinco años, y otro mínimo de tres meses, con lo que, en general, concuerda con la legislación de los desaparecidos estados socialistas del Este europeo⁸¹, y ha venido a coincidir también con las conclusiones elaboradas en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Atenas de 1994.

80 Con esta fórmula, dice RAPA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 144) se someten a una regulación única todas las cuestiones referentes a la cuantificación de los daños y perjuicios civiles, tengan su origen en relaciones jurídicas nacidas de contratos o de otras fuentes.

81 Así RAPA ÁLVAREZ. *op. cit.*, p. 130.

En el Libro II, dedicado al derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes, además de lo expuesto, merecen subrayarse los puntos siguientes:

- admisión, al menos por los autores⁸², de la doctrina del *numerus clausus*.
- en el cap. de la copropiedad, y al lado de la comunidad romana por cuotas, ampliamente regulada, se hace una referencia a la *copropiedad en común* que nace de la comunidad matrimonial de bienes y se regula en el Código de Familia,
- cierta originalidad sistemática revela el cap. dedicado a las *limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad*, entre las que se incluyen la servidumbre legal de paso, la natural de aguas, construcciones extralimitadas, medianería y *actio finium regundorum*.
- se conserva el sistema del título y del modo para adquirir la propiedad (art. 178)⁸³.
- se reglamenta con algún detalle el derecho de superficie, siempre de origen estatal, concedido para construir viviendas u otros edificios, y que puede otorgarse incluso en favor de estados extranjeros y a las organizaciones internacionales para construir sus residencias, con duración limitada a 50 años (arts. 218 a 225).

82 Así Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.* p. 409.

83 Dice el art. 178: "La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega y posesión". Este precepto conserva huellas del art. 609 del Código derogado, con exclusión de la donación y la ocupación, así como la inclusión de los acontecimientos naturales (¿no se identifican con la accesión?), y la duda de si los actos jurídicos incluyen también la sucesión testada e intestada. Parece mal redactado el último párrafo que parece debe referirse sólo a los contratos. En las discusiones preparatorias RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 137, se mostró partidario de eliminar la usucapión de entre los modos de adquirir la propiedad porque "no contribuye a la educación de los ciudadanos en una actitud respetuosa hacia la propiedad personal de los demás" (Véase su funcionamiento en Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.* p. 412-414).

- los derechos de tanteo y retracto son considerados como reales (arts. 225 a 231)⁸⁴
- con carácter general se establece en el art. 232 que las limitaciones establecidas en este Código respecto del derecho de propiedad, son de aplicación a los titulares de la posesión, usufructo y superficie.
- el Código no prevé expresamente el régimen de servidumbres voluntarias⁸⁵, aunque —como hemos visto— regula varios casos de servidumbres forzosas como limitaciones legales del derecho de propiedad.
- los derechos de garantía presentan una reglamentación dispersa e incompleta: en parte se regulan dentro del C.c. (prenda y retención), mientras que, dentro del C.c., se omite la regulación de la hipoteca⁸⁶, si bien el art. 288, para la hipoteca naval o aérea, se remite a las disposiciones especiales, situadas fuera del C.c., en concreto el C. de comercio.

Por su extensión el libro III, Derecho de obligaciones y contratos, es el más largo del C.c. cubano, equivalente, en número de preceptos, a los dos primeros. Pocas novedades se encuentran dentro de la *Parte general de obligaciones*⁸⁷, salvo la regulación separada de la mora del acreedor

84 Con acierto se contemplan con independencia del contrato de compraventa, observa RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.* p. 140,

85 Parece ser que por un prejuicio ideológico “toda vez que en el Estado socialista las relaciones entre los propietarios de bienes inmuebles se regulan por disposiciones administrativas de interés público, que no corresponden al ámbito del Derecho Civil” (así RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 141).

86 “De triste recordación para nuestro Código, que por otra parte resulta innecesaria, dado el amplio sistema de garantías que para el cumplimiento de las obligaciones establecen los anteproyectos. Además nuestro Estado no está interesado en el crédito territorial ni en el tráfico inmobiliario” (el subrayado es mío); la cita es de RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 141.

87 En fase de elaboración del C.c. la doctrina cubana ponía el énfasis en que en la regulación de las obligaciones se iba a lograr un grado aún mayor de abstracción que los Códigos occidentales al incluir la teoría de las obligaciones en la más general de la relación jurídica, que la comprende y la rebasa; así resultaba innecesario un precepto sobre las fuentes (cfr. RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 142 s.). Si bien, ha de observarse que

(arts. 262 a 255) y la del deudor (art. 295), y la contemplación expresa de la cesión de créditos y la asunción de deudas (arts. 256 a 265); entre las formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones⁸⁸ se menciona la autorización de descuentos en el salario del deudor o en otros ingresos periódicos (art. 287); no faltan referencias a la protección de los consumidores (así, en materia de contratos de servicios, o el plazo general de garantía etc.). En la *doctrina general del contrato*, se describe a éste como el que sirve para constituir una relación jurídica, o modificar o extinguir la existente (art. 309); la promesa hecha mediante una oferta de contrato obliga a quien la hace a no revocarla, ni modificarla durante el tiempo establecido en la propia oferta, en la ley o, en su defecto, durante un tiempo prudencial; la aceptación hecha por carta u otro medio de comunicación obliga al aceptante desde que la remite, pero no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento (art. 317); hay una regulación expresa de la promesa pública de remuneración (art. 318) y del concurso público (art. 319). En cuanto a la lista de contratos típicos, se insiste por parte de la doctrina cubana que la legislación socialista se aparta considerablemente de la tipología histórica de los contratos y la reemplaza con nuevos criterios⁸⁹, así como también es nueva la clasificación de los mismos, que se manifiestan en dos grupos, los contratos comunes y los de servicios; en éstos últimos se reduce la autonomía de la voluntad, siendo en la práctica contratos de adhesión; entre los primeros se regula pormenorizadamente el de compraventa por ser el de uso más frecuente y el contrato por excelencia, incluyéndose, además, la permuta, la donación, el préstamo, el comodato y el arrendamiento, el comodato, el de pública promesa y la sociedad (como especialidades, se prohíbe pactar intereses en el prés-

el título I, Libro III. lleva el enunciado de las Obligaciones en general, conteniendo una sección dedicada a las Disposiciones generales, y otras que tienen aplicación general.

88 Véase, con alguna amplitud, Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. et loc. cit.*, p. 415-417.

89 Así RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 16, insiste en concebirlos como actos jurídicos dirigidos fundamentalmente a satisfacer las necesidades materiales y espirituales de las personas individuales, en armonía con los intereses sociales, y que, al contratar, establecen relaciones de cooperación.

tamo de dinero entre particulares; la configuración de contrato del de promesa pública, y la exigencia de inscripción al constituir el contrato de sociedad, y sólo admisible para satisfacer necesidades domésticas). En los contratos de servicios se reflejan los cambios estructurales de la economía y se defiende su carácter de categoría nueva, estando aseguradas por las entidades estatales, sujetándose a normas imperativas.

Al Derecho de Sucesiones se dedican menos de un centenar de preceptos en el libro IV, probablemente por tener un ámbito de aplicación más reducido que en los Códigos occidentales⁹⁰; y aunque —a mi juicio⁹¹— es el más español de todos los libros como luego diré, contiene algunas curiosidades:

- a los legitimarios se les llama *herederos especialmente protegidos* y su enumeración viene a coincidir con la del C.c. español, si bien el art. 493 añade estrictos requisitos pues su llamamiento se condiciona al hecho de no ser capaces para trabajar y de vivir en dependencia económica del difunto⁹².

90 Dice, a este respecto, RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.* p. 149: “Existe un agudo contraste entre la herencia en el socialismo y la herencia en el capitalismo, pues en este último puede haber sucesión en la titularidad de patrimonios entre cuyos activos existan bienes de producción. Entre nosotros solamente pueden originar patrimonios hereditarios los bienes de producción consistentes en fincas de agricultores pequeños, además de los correspondientes a la propiedad personal del causante y las viviendas integradas a las cooperativas de producción agropecuaria o los créditos que ostentaba contra la cooperativa el cooperativista fallecido. Obviamente, los bienes de producción integrados a la cooperativa han dejado de ser parte del patrimonio del causante”.

91 En cambio, Gisela M^a PÉREZ FUENTES *op. cit.* p. 415, lo considera así el Libro III ya que la mayoría de sus preceptos son extraídos del C.c. español.

92 La explicación que da la doctrina es la siguiente: “En materia de sucesión testamentaria se reconoce a toda persona la plena libertad de testar respecto de sus bienes y derecho de propiedad personal. El Código civil vigente sólo concede esta libertad sobre una tercera parte del patrimonio cuando existen los llamados herederos forzosos *que han sido suprimidos* (el subrayado es mío). No obstante, se reconocen herederos legales especialmente protegidos, que son el cónyuge sobreviviente, los hijos o sus descendientes y los padres, siempre que dichos herederos no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante. Cuando existan estos herederos especialmente protegidos la libertad de testar se limita a la mitad del patrimonio”. Se trata de unas previsiones que

- no hay responsabilidad *ultra vires* del heredero aceptante, sino que por la aceptación de la herencia el heredero responde de las obligaciones de ésta solamente con los bienes, derechos y acciones que la integran (art. 525.1).
- aunque se admiten las sustituciones simples, no se contemplan las *sustituciones fideicomisarias*⁹³.
- como criterio para hacer la partición, se añade una regla desconocida en nuestro derecho: “Si los bienes de la herencia no son de igual naturaleza, calidad o especie, la adjudicación se hace tomando en consideración las necesidades de los herederos” (art. 538).
- se amplían los derechos sucesorios del cónyuge viudo (a la vista de la primitiva redacción del C.c. español), pues concuiriendo con descendientes o padres, en la sucesión intestada, recibe una parte en propiedad idéntica a la de los demás coherederos (art. 517);
- se prescinde del *testamento cerrado*, escasamente utilizado, por lo demás, en España.

9. EL C.C. CUBANO REPRODUCE BUEN NÚMERO DE REGLAS DEL C.C. ESPAÑOL, HASTA AHORA VIGENTE EN EL PAÍS

Es quizá esta nota la que mayor satisfacción puede producir a un civilista español, aunque ha de reconocerse que tal influencia aparece fuertemente condicionada y ensombrecida por la ya denunciada inspi-

han pasado a los arts. 492 a 495, en los que se prevé, incluso, la preterición. Cabe preguntarse si sólo ha habido un cambio de palabras, subsistiendo, en el fondo, la figura anterior, si bien el número de tales herederos especialmente protegidos se ha reducido en alguna medida (eliminando a los ascendientes distintos de los padres), y sometiendo la cuota a estrictos requisitos (para plasmar el principio recogido en el art. 19 de la Constitución, “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo”). Cabe pensar que en la mayoría de sucesiones existirán *herederos especialmente protegidos* (antes llamados forzosos), en condiciones de exigir su porción de la herencia a que alude el art. 492.

93 Por facilitar las vinculaciones de la propiedad en forma análoga a lo establecido en el Derecho medieval (obvio prejuicio ideológico que expresa RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 153).

ración marxista del mismo. A veces hay reproducciones literales de preceptos concretos de nuestro Código, aunque ello no es frecuente dado el claro propósito de promulgar un Código breve, lo que ha obligado a resumir y a sintetizar. No falta, incluso, la inspiración en leyes especiales españolas; así ocurre con la regulación del derecho de superficie en el art. 16 R.H. según la reforma de 1959, inspirado, a su vez, en la primera Ley del Suelo de 1956; la doctrina del Tribunal Supremo se ha tenido asimismo en cuenta para normativizar el enriquecimiento sin causa (llevado al Libro I, art. 100 ss.).

Es cierto, como he anticipado, que el Libro I, tanto en su estructura, como en su contenido se distancia claramente del C.c. español; ello no obsta a que los arts. 3 a 9 de las disposiciones generales reproduzcan casi literalmente su modelo, y que lo mismo pueda decirse de los arts. 24 a 27 que regulan la persona física. Por lo demás, la parte principal de este libro se dedica al acto jurídico, cuya regulación se ha tomado, en no pequeña parte, del régimen general de los contratos.

El libro II es el que ofrece una mayor densidad ideológica marxista; pero si se deja de lado el régimen de la propiedad, nos encontramos con una notable influencia española en la regulación de la posesión, comunidad de bienes, usufructo, tanteo y retracto (aquí perfeccionando el modelo), además de la recepción, ya aludida, de la doctrina del *titulus et modus acquirendi*.

Las huellas españolas son abundantes en el Libro III, y, en particular, en el régimen de las obligaciones alternativas y solidarias, mora del deudor y del acreedor (ésta mejorando el modelo), imputación de deudas, pérdida de la cosa como causa extintiva, confusión, compensación, resolución por incumplimiento, contrato a favor de tercero. En el régimen de los contratos en particular el C.c. cubano reproduce gran número de preceptos españoles en materia de vicios ocultos en la compraventa, contrato de permuta, donación, préstamo, comodato y arrendamiento.

Del libro IV cabría decir que —con las advertencias antes hechas—, constituye un resumen o síntesis del derecho español de sucesiones; se da la preferencia a la sucesión testamentaria sobre la abintestato, se sigue

el sistema romano de aceptación de la herencia por el heredero, la figura del legatario como sucesor a título particular es idéntica. Sin embargo, con razón se denuncia el carácter extracivil del art. 470 que considera el abandono definitivo del territorio nacional como causa de incapacidad para heredar⁹⁴ en la sucesión abintestato, a diferencia de nuestro Código, el cónyuge es preferido a los ascendientes; se simplifican las modalidades de partición hereditaria⁹⁵.

10. A MODO DE CONCLUSIONES

En el nuevo C.c. cubano, y bajo otra perspectiva, bien puede decirse que hay **ruptura** (honda ruptura) dado que el C.c. español, vigente hasta la fecha se inspira en los principios del liberalismo y del individualismo, y ahora se adopta, en cuanto a la propiedad y régimen de bienes, la ideología socialista, que incidirá, sin duda, en la interpretación general del mismo; pero cabría oponer que tales ideas ya estaban en vigor en Cuba, a través de su Constitución, por lo cual el Código se ha limitado a eliminar una apariencia, convirtiendo aquéllas en preceptos expresos dentro del C.c.; así, bajo esta perspectiva, puede hablarse de **continuidad**. Pero debe añadirse que hay otra forma de

94 Así Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.*, p. 424 ss. A su juicio el art. 470 C.c. no se enmarca en situaciones de índole de Derecho civil, sino de índole política. Considera incorrecta la calificación jurídica de los hechos contemplados pues se les considera incapaces para heredar a personas aptas física y mentalmente para heredar, quienes, por otra parte, no han cometido acto repudiable alguno contra la persona del causante. Efectivamente, parece que se trata de una prohibición legal para suceder por razones políticas (es una medida para impedir el éxodo del país).

95 Lo que se dice en el texto se confirma con lo que afirma el autor reiteradamente citado a lo largo de este trabajo, y que parece haber influido de modo relevante en los trabajos preparatorios: "No se pretende tampoco borrar de un plumazo todos los vestigios de la influencia que se advierte aún, especialmente en la terminología y en la técnica, del sistema del Derecho romano-francés, patrimonio cultural de toda la humanidad, al igual que deben reconocerse en nuestra codificación algunas repercusiones del moderno Derecho alemán (añado por mi cuenta: *occidental*), en mucho mayor medida que la de otros sistemas jurídicos que apenas se han tomado en consideración" (RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 18 s.).

continuidad que aparece en el gran número de preceptos de origen español, esparcidos en todos los libros del C.c., especialmente en materia de obligaciones y contratos y de sucesiones. Por otro lado, cabe señalar cierta originalidad y espíritu moderno⁹⁶, no desdeñables, en el Libro I, tanto en su estructura, como en la regulación de ciertas materias, tales como la prescripción y la caducidad. Por último, promulgado este Código poco antes de la caída del Muro de Berlín, en el momento actual se nos aparece, inevitablemente, como un *Código póstumo del socialismo europeo*, en contra de lo que parece ser actualmente, un claro sentido de la historia⁹⁷.

96 Así Gisela M^a PÉREZ FUENTES, *op. cit.* p. 385, juzga favorablemente la incorporación al Código civil, de la Parte General inspirada en la técnica de la abstracción, pues ello le otorga la característica de ser una superestructura, no sólo para las normas civiles, sino para otras leyes especiales.

97 En 1997, parece ya sin mucho sentido ni oportunidad, esta conclusión de RAPA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 157: “Al igual que en los Estados europeos de la comunidad socialista, en Cuba se manifiesta la necesidad de la codificación del Derecho civil, como culminación de un proceso de institucionalización que ha abarcado ya las más importantes ramas de la legislación, como son, el Derecho constitucional, el de familia, de organización judicial, procedimientos y Derecho penal”.

BICENTENARIO FESTIVO DEL CODE CIVIL, RETICENCIAS FRANCESAS ANTE LA CODIFICACIÓN EUROPEA ... Y ¿EN ESPAÑA?⁹⁸

Sumario: 1. *Ocassio* de esta recensión múltiple.— 2. El Bicentenario del Código de Napoleón... con sordina.— 3. Reticencias francesas ante la europeización del Derecho civil.— 4. Opiniones españolas sobre los Proyectos europeos, y otras cuestiones.— 5. ¿Hacia una reforma parcial, o total, del Cc español ...? ¿Código civil español *versus* X códigos o legislaciones autonómicas?— 6. Algunas conclusiones: ¿Sigue siendo —o ha dejado de ser— *intocable* el Cc de 1889?

1. Coinciden sobre mi mesa de trabajo dos libros editados en Francia y otros dos en España, y aunque muy diferentes por sus características y por las circunstancias a que responde su publicación, aparecen unidos, sin embargo, por un común denominador, a modo de un hilo invisible que autoriza a presentarlos conjuntamente a los lectores de esta Revista.

El Bicentenario del Código de Napoleón (1804-2004) ha suscitado en el país vecino un gran número de conmemoraciones y homenajes nacionales, y aunque las circunstancias han variado, por ejemplo, en relación con el primer centenario (o con los 150 años de su promulgación), todavía la efemérides ha sido capaz de encender los ánimos y

98 Publicado en "RDNot", núm. 51, julio-septiembre 2004, págs. 253-303.

pulsar la fibra más sensible de la *grandeur*. Así se ha dicho que constituye un texto *qui transcende le temps et les frontières, le meilleur et le plus efficace des ambassadeurs de notre système juridique* (Jacques Chirac). Ningún país puede ofrecer, ciertamente, el hecho casi inusitado de un cuerpo legal que sigue en vigor al cabo de dos siglos de su promulgación, sirviendo todavía de modelo a un número significativo de Códigos civiles en muchas partes del mundo. Entre los especialistas ha dado ocasión, además, a replantearse en profundidad los problemas que hoy suscita la codificación civil en general, la descodificación y, en particular, la denominada *recodificación*, término multívoco uno de cuyos significados más difundido en Francia es el de codificación *à droit constant*. Como telón de fondo, pocas veces deseada y más bien temida, más o menos próxima según la personal percepción del autor, se presenta ¿espectralmente? a nuestros vecinos la total o parcial codificación civil europea.

2. En primer lugar cabe mencionar una obra, cuidadosamente editada⁹⁹ y nutridamente apadrinada por la *Cour de Cassation*, el Colegio de los Abogados que actúan ante está última y ante el Consejo de Estado, y la Asociación Henri Capitant; y en la que colaboran juristas de varias nacionalidades, abogados, Consejeros de Estado, Magistrados y Profesores, así como representantes de otras ciencias humanas como la historia, la filosofía y la sociología; un total de 35 autores en los que está presente buena parte de la plana mayor de la actual civilística francesa (Carbonnier, Rémy, Aubert, Vogel, Lequette, Hauser, Françoise Dekeuwer-Defosse, Mestre, Bénabent, Geneviève Viney, Grimaldi, Libchaber, Simler, Jestaz, Revet, Blanc-Jouvan, Witz y Cornu).

Sencilla resulta la distribución de materias del volumen, partiendo del sugestivo prólogo que sobre el *Code* hace el Maestro Carbonnier¹⁰⁰, dedica la primera parte a los problemas generales, con unas originales perspectivas de un historiador, un sociólogo y un filósofo, y unas interesantes reflexiones sobre la recodificación iniciada —modestamente, en

99 VVAA *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire 2004*. Editions Dalloz-Juris Classeur, 720 pp. (París 2004).

100 Bella pieza literaria, no exenta de lirismo, publicada bajo el título *Le Code civil* en la colección *Les lieux de mémoire*, tome 2, vol. 2 (París 1986).

apariencia— por el Decreto n° 89-647 de 12 setiembre 1989, y que más tarde llega a adquirir gran amplitud, sin perjuicio de plantearse por algunos autores, como indicaré, la necesidad de un nuevo Código civil para Francia (recodificación en sentido propio). Quizá la segunda parte del volumen sea la de mayor atractivo para el lector extranjero, pues en ella, y partiendo de la noción de *récodification à droit constant*, se analizan en particular las diversas partes del Derecho civil (personas, familia, teoría general del contrato, contratos especiales, responsabilidad civil, sucesiones y donaciones, bienes, garantías personales) con referencia además al Derecho internacional privado y al Derecho administrativo, finalizando con unas reflexiones finales y un sugestivo dilema: *La recodification, entre tentation et illusions*. La parte tercera sobre el destino del Código civil ofrece, sobre todo, datos informativos sobre la persistencia actual de la influencia jurídica francesa analizada en África, Argentina, Israel, Louisiana, países del Próximo Oriente, Holanda, Perú, Québec y Viet-Nam; resulta poco conocido, por ejemplo, respecto de este último país, que después de la retirada norteamericana, las autoridades comunistas han solicitado ayuda técnica francesa para realizar su codificación civil. Original es la perspectiva que asume el Prof. WITZ, a saber la influencia de las futuras codificaciones europeas en el posible nuevo Código civil francés del mañana, y muy perspicaces, bajo su personal óptica, las palabras finales de CORNU: *El debate que se abre en 2004 para el Cc no es cuestión de valores; radicalmente es cuestión de existencia. Ser o quedar desmembrado, es decir, dejar de ser, he aquí la cuestión ¿Conservaremos todavía en Francia un Código civil? Un cuerpo unido de reglas sobre el conjunto de las materias civiles? Es la cuestión a plantear, especialmente a quienes tienen por horizonte un Código europeo de contratos.*

Por su originalidad ya que la mayoría de autores se alinean bajo la enseña de la *récodification à droit constant*, quiero destacar la posición específica aquí defendida por algunos autores sobre una *récodification tout court*; así la de AUBERT¹⁰¹ quien parte de una situación actual de verdadero *éclatement*, es decir, fragmentación, dispersión y mutación

101 AUBERT *La recodification et l'éclatement du Droit civil civil hors le Code civil* op. cit. pp. 123-140.

del actual Derecho civil francés, que requiere, a su juicio, una nueva codificación y no una mera compilación de los textos en vigor; si bien respetando las codificaciones parciales que ya se han hecho (por ej., en materia de propiedad intelectual, copropiedad, servidumbres, Código rural, Código del urbanismo, Código del medio ambiente, Código de la construcción etc), propugna vigorosamente *sans faire injure au Code Napoléon* reescribir un nuevo Código en el que han de figurar necesariamente la persona y su *status*, la filiación y la familia tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, el régimen nuclear de los bienes, la parte general de las obligaciones y contratos, la parte general de la responsabilidad civil y una selección de los contratos en particular¹⁰². A modo de conclusiones expresa que el estado actual del Derecho civil galo implica una llamada al orden que impone no sólo la redacción de un nuevo Código civil sino también la organización racional de un conjunto de textos y códigos satélites que cubran en su totalidad la materia civil. La postura de VOGEL¹⁰³ parte de que debe reencontrarse la coherencia sistemática del *Code*— si no se quiere que el bicentenario se convierta en su *requiem*—, imitando al BGB con su reciente Ley de modernización. Ahora bien ante las modalidades que se ofrecen de recodificación, entre la mera codificación *à droit constant* que es una simple recopilación, y la codificación-innovación (verdadera recodificación, a su juicio) es esta última la que se impone. El autor acumula sucesivamente los defectos imputados a la primera; en el plano práctico con frecuencia se ve acompañada de numerosos errores e infidelidades, que no son fruto del azar (*l'exercice de la réécriture n'est pas toujours innocent*) sino que derivan de la misma naturaleza de esta forma de codificación, burocrática y no creadora; con bastante frecuencia se han conservado disposiciones que habían dejado de estar en vigor mientras que se han suprimido algunas reglas de derecho sustantivo siempre vigentes. La codificación *à droit constante* no cumple el objetivo pro-

102 Aunque no lo dice expresamente, doy por supuesto que el autor incluye en ese nuevo Cc diseñado la materia sucesoria.

103 VOGEL *Recodification civile et renouvellement des sources internes* op. cit. pp. 139-150.

puesto de facilitar el conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de todos, ya que se acumulan las normas unas sobre otras sin remediar su incoherencia ni integrarlas en una nueva regulación, siendo esencial el error que supone haber prescindido de la jurisprudencia. Lo ocurrido con el Código de comercio ilustra, a juicio del autor¹⁰⁴, los vicios intrínsecos de que adolece esta forma de codificación. VOGEL se muestra también contrario a incluir en el Cc los principios del derecho del consumo (apartándose así del nuevo Cc holandés y del BGB después de la reforma del 2002); a su juicio el Cc debe aspirar sólo a contener el derecho común dejando las excepciones y particularidades a las leyes especiales; lo que resulta especialmente aplicable a la materia de los contratos en particular.

En resumen puede hablarse indiscutiblemente de una, en apariencia, celebración festiva del Bicentenario del Código civil francés ... pero con sordina. Es verdad que las nuevas codificaciones importantes se han alejado del modelo francés, pero como dice HONDIUS¹⁰⁵ el Código de Napoleón puede todavía aspirar a figurar como uno de los *Trés grandes* en la Europa unida, junto al BGB y al derecho inglés, aunque es de esperar que, en adelante, los civilistas franceses demuestren interesarse más por el desarrollo del derecho en aquellos países dotados de Códigos inspirados en el de Napoleón¹⁰⁶. Pero queda, en todo caso, abierta la trascendental cuestión de conocer cuál sea la actitud mayoritaria de la doctrina y del legislador francés ante una eventual codificación europea.

3. A este interrogante responde la oportuna publicación de la *Société de Législation comparée* recientemente aparecida¹⁰⁷, y que inaugura la colección de *Droit privé comparé et européen* dirigida por la profesora

104 VOGEL loc. cit. pp. 166 y sgte.

105 En un duro testimonio, duro en el fondo, aunque *trés poli* en la forma, titulado *Le Code civil et les néerlandais*, op. cit. pp. 613 y sptes.

106 HONDIUS loc. cit. p. 621.

107 VVAA *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit* (Textes rassemblés par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD), 304 pp. (Paris 2003).

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, de la Univ. de París-2. El Sr. Guy Canivet, Primer Presidente de la *Cour de Cassation*, y presidente a su vez de la prestigiosa Sociedad de Legislación comparada, explica el motivo de haber compilado en un volumen una serie de trabajos publicados recientemente en Francia. Se trata de la bastante difundida y ya famosa Comunicación de la Comisión de 11 julio 2001, dirigida al Consejo y al Parlamento europeos, sobre la oportunidad de una codificación del derecho europeo de los contratos; y asimismo de las diversas resoluciones del Parlamento a favor de una armonización más radical del derecho civil de los Estados miembros mediante la elaboración de un Código civil europeo. Ello dio origen a una conferencia del Prof. Von BAR pronunciada el 12 abril 2002 en el Tribunal Supremo de París, sobre el tema *Vers un Code civil européen*, cuya reacción generalizada parece que ha sido el móvil determinante de recoger, en este volumen, las opiniones expresadas a favor y en contra.

La selección ha sido realizada con bastante cuidado, pues el lector tiene delante un amplio y variopinto haz de opiniones, en su gran mayoría debidamente fundamentadas, que ofrecen una fiel radiografía sobre el *status quaestionis* en la actual doctrina francesa. Se ha buscado un esquema sencillo para exponerlas: I. Reflexiones generales sobre la armonización del derecho, y II. Reflexiones sobre la armonización del derecho de los contratos. Como útil Anexo se transcribe el texto literal de las Comunicaciones de la Comisión de 12 setiembre 2001 y 12 febrero 2003.

En primer lugar, sobre la supuesta moda actual que ha redescubierto el *jus commune* en los distintos países europeos, se incluyen dos colaboraciones específicas y una aplicación actualizada de aquélla:

OPPÉTIT *Retour à un droit commun européen*¹⁰⁸;

HALPÉRIN *L'approche historique et la problématique du jus commune*¹⁰⁹;

108 Includo en el vol. del mismo autor —ya fallecido— *Droit et modernité* (París 1988) pp. 73 y sgtes.

109 Publicado en el vol. colectivo *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires* (París 2001) pp. 17 y sgtes.

Mireille DELMAS-MARTY *Le phénomène de l'harmonisation: L'expérience contemporaine*¹¹⁰.

La postura de OPPETIT es restrictiva, más bien pesimista y claramente contraria. Recuerda que durante todo el Antiguo Régimen el *jus commune* ha suministrado un marco de pensamiento y un método de razonamiento, permitiendo dominar la mescolanza de diversas fuentes del derecho dotadas todas ellas de autoridad, alimentado por una metodología, por principios y por conceptos, que han permitido durante siglos a los juristas europeos abordar de modo evolutivo y racional las cuestiones más diversas. Pero el derecho europeo actual, pretendidamente común, difiere considerablemente —a su juicio—, tanto del espíritu como del método del antiguo. Tampoco puede afirmarse que los actuales órganos reguladores y jurisdiccionales de las Comunidades europeas estén contribuyendo a constituir, ya desde ahora, un verdadero derecho común. Tarea que muy problemáticamente podría encomendarse a la doctrina, tal como aparece en los planes de estudio de las Universidades europeas¹¹¹.

Con mayor aparato bibliográfico aparece el trabajo de HALPÈRIN que se hace eco de la reciente *moda por el jus commune* desarrollada en varios países europeos, que viene a simbolizarse en la monumental obra de ZIMMERMANN¹¹² facilitada y anticipada, en cierto modo, por la de COING¹¹³, corriente doctrinal que finalmente ha alcanzado

110 Publicado en el vol. colectivo (dirigido por Ch. Jamin et Denise Mazeaud) *L'harmonisation du droit de contrats en Europe* (París 2001) pp. 23 y sgtes.

111 "Ganados por el gigantismo y el enciclopedismo, resultando invadidos cada vez más por materias de elevado tecnicismo; en su mayoría los universitarios se encuentran confortablemente a gusto encerrados en el interior de especialidades cada vez de horizontes más estrechos; los manuales de enseñanza reflejan bien esta evolución y reducen sus ambiciones a ser meras fotografías del estado actual de los reglamentos y doctrinas jurisprudenciales, a los que se invita a que se impregnen los estudiantes hasta el próximo examen ..." (OPPETIT, loc. cit. pp. 22 y sgte)

112 ZIMMERMANN *The Law of Obligations. Roman Foundation of the civilian Tradition*, 1996.

113 COING *Europäisches Privatrecht*, 1985-1989.

a la doctrina francesa¹¹⁴. Después de ocuparse de las duras críticas, a veces virulentas, suscitadas por los excesos de la indicada tendencia, el autor matiza su opinión personal que, globalmente, resulta ser algo más positiva y abierta que la de OPPETIT. En efecto, HALPÉRIN cree que el redescubrimiento del *jus commune* permite una profundización metodológica; no se trata de un concepto intemporal y mucho menos un modelo para un hipotético paso atrás que carecería de sentido y conduciría a negar el desarrollo histórico del derecho desde la codificación; por el contrario, el estudio del *jus commune* ilustra una problemática que parece esencial para la historia del derecho y el derecho comparado, a saber, la de decidir el puesto que se reserva a lo general y a lo particular, a las situaciones locales y a las tendencias universalistas en los fenómenos jurídicos; recordando a LAMBERT concluye que tanto en una perspectiva europea como en otra mundialista, el estudio del *jus commune* puede concebirse como una introducción para la aplicación del doble método, histórico y comparativo.

Mireille DELMAS-MARTIN, profesora de Derecho penal en el Colegio de Francia, prescinde de discusiones históricas y parte de que el actual fenómeno de la armonización del derecho de los países miembros a través de las fuentes comunitarias está haciendo emerger un nuevo derecho común; no se trata de un bello sueño o de una utopía, sino de una realidad que se manifiesta ya, aunque se la sigue persiguiendo todavía al no habérsela dado alcance; parece como si la historia *avait voulu jouer un tour* a los comparatistas que acudieron al Congreso fundador de París en 1900, pues este nuevo derecho común se está construyendo con piezas y trozos variados en diversos dominios del derecho y en forma incoherente; es de derecho positivo más bien que de *droit savant*, aunque la doctrina intenta poner en él un poco de orden; inicialmente debido al impulso internacional, aunque más tarde también se inspira en las tradiciones nacionales, con posterior intervención del derecho compa-

114 Marie France RENOUX— ZAGAMÉ *La méthode du droit commun: réflexion sur la logique des droits non codifiés*, Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique, 1990, núms. 10-11, pp. 133 y sgtes.; *Le droit commun européen: entre histoire et raison*, Droits, 1991, núm. 14, pp. 27 y sgtes.

rado que intenta igualmente poner orden en el proceso. Se trata de una armonización instalada bajo el signo de la complejidad, de modo que aparece la multiplicidad de fuentes, la heterogeneidad de vías y medios, y el carácter evolutivo del proceso mismo.

Prosigue la autora que puede ponerse en duda la existencia de un único legislador para pilotarlo, ya que este derecho común surge de cualquier parte y en el mayor de los desórdenes. Cita una frase muy gráfica de OPPETIT: "El derecho europeo expresa el más exarcebado positivismo jurídico, reposa en innumerables reglamentos cuyo número crece exponencialmente, que emanan de un aparato de naturaleza puramente burocrático y ultracentralizado que elabora estas reglas prácticamente sin control". De aquí deriva la sectorización y parcelación que conducen a una eclosión de cada una de las disciplinas individualmente consideradas. Asimismo surge una extraordinaria dificultad para ser aplicado por una mayoría de jueces con mentalidad fundamentalmente nacional. La intervención de la doctrina puede evitar la burocratización del derecho europeo, pero con el riesgo de introducir un dogmatismo de inspiración continental, que será repudiado por los juristas del *common law* y por los prácticos del derecho. A juicio de la autora, si se quiere evitar ambos a la vez, hay que innovar facilitando toda clase de intercambios¹¹⁵.

Probablemente la aportación más valiosa de la autora sea el apartado relativo a la heterogeneidad de vías y medios. A su juicio, la vía de la unificación no parece aceptable sino sólo cuando la síntesis es posible, pues de otra suerte conduce a un derecho común imperalista y hegemónico; manifiesta no querer intervenir en el debate sobre el Código civil o el Código europeo de contratos. Por el contrario se manifiesta contraria a un proyecto de Código penal europeo que corre el riesgo de conducir a inútiles querellas dogmáticas sin garantizar,

115 Como en materia penal el Grupo de estudio denominado *Corpus iuris* que ha permitido intercambios entre los penalistas ingleses y alemanes sobre unos mismos textos. V. la obra colectiva, dirigida por la autora, *Corpus iuris pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne* (París 1997), y de la misma *La mise en oeuvre du Corpus Iuris dans les Etats modernes* (París 2000).

por otro lado una represión de los delitos más eficaz y más justa. Pero la unificación resulta una estrategia adaptada para la protección de intereses supranacionales o europeos, como pueden ser los intereses financieros de la U.E. La vía de la armonización se impone cuando la síntesis es imposible o inútil, siendo políticamente más aceptable por ser un objetivo más modesto, si bien jurídicamente puede resultar más difícil dado que los medios son más complejos; tales medios son los principios directores que constituyen la referencia común y dirigen la aproximación, abandonando a la reglamentación nacional las modalidades de aplicación. Pero si la armonización posee indudables ventajas, aumentan los riesgos de arbitrariedad pues aquella otorga amplios poderes al juez europeo (de quien se desconfía más que del juez nacional). La única solución consiste, no sólo en garantizar la independencia e imparcialidad del Juez europeo, sino la calidad de sus resoluciones a través de una mayor transparencia en la motivación de sus decisiones, y en el rigor para aplicar idénticos criterios en todas las resoluciones. Con el tiempo puede evolucionar el criterio de aplicación conservando el principio, ya que puede partirse de una armonización débil y progresivamente avanzar hacia una armonización fuerte, elevando el umbral de compatibilidad cuando las divergencias se hayan atenuado.

A modo de conclusión afirma la autora que la solución no consiste en eliminar la complejidad de las fuentes; hecho que puede lamentarse pero que no podrá suprimirse. Es mejor aprender a poner orden pues resulta imposible, en el actual estadio, concebir un derecho común que sustituya al derecho nacional. Durante mucho tiempo el derecho europeo se añadirá y se superpondrá a los sistemas nacionales. Pero esta armonización tiene un objetivo mucho más amplio que el ámbito europeo, a saber, constituir además una alternativa a una mundialización hegemónica que extendería a todo el planeta el sistema jurídico del Estado económicamente más poderoso.

Creo, por mi parte, que se trata de un interesante punto de vista que llama la atención por no proceder de un civilista.

Bajo el epígrafe *Vers un Code civil européen?* se ofrecen cuatro respuestas:

CORNU *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*¹¹⁶;

TALLON *Droit uniforme américain, Code civil européen, quels rapports?*¹¹⁷;

LEQUETTE *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar*¹¹⁸.

Benédicte FAUVARQUE-COSSON *Faut-il un Code civil européen?*¹¹⁹.

Estos estudios se hacen preceder de una breve Moción¹²⁰ aprobada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, de Francia, por unanimidad, en su reunión de 1º julio 2002, cuyo texto no tiene desperdicio y reza así:

“La Academia:

- ha tenido conocimiento de este proyecto de Código civil europeo, redactado con cierto secretismo y en inglés;
- expresa su sorpresa de que el Parlamento europeo aparezca en el origen de esta iniciativa, que cuenta con el apoyo de la Comisión, mientras que no figura entre las materias que según los Tratados competen a la Unión Europea;
- señala que un mercado competitivo no implica la unificación de las legislaciones y jurisprudencias civiles, como lo demuestra la experiencia norteamericana;
- estima que la unificación del derecho de los contratos afectaría sucesivamente a muchos elementos del derecho civil, especialmente al derecho de la familia y de los bienes;
- observa que los vínculos existentes entre el derecho civil y las diferentes culturas fundamentales de los países europeos se han subestimado por los autores del proyecto en cuestión”.

116 Publicado en *Dalloz* 2002, Chron. 351,

117 Estudio publicado en el vol. colectivo *Law and Justice in a Multistate World. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*, 2002, pp. 835 y sgtes.

118 Publicado en *Dalloz*, 2002, Chron. pp. 2002 y sgtes.

119 Artículo publicado en *RTDC*, 2002, pp. 463 ss.

120 Loc. cit. pp., 55 y s.

Queda claro el sentido claramente opuesto a la codificación europea de la Moción.

El trabajo del Prof. CORNU constituye un breve alegato o manifiesto, tal como se deduce del propio título, a favor de conservar la competencia exclusiva de los Estados miembros para seguir regulando su legislación civil, materia que se concibe a modo de una esfera de la intimidad de cada uno de aquéllos y representa un mínimo no negociable. Advierte que no se trata de una reivindicación exclusivamente francesa sino que beneficia a todos, aunque el autor dice respetar las diversas opiniones sobre la importancia que en cada país se atribuya a la legislación civil. El Código representa para los franceses un monumento del derecho que figura entre las referencias primordiales : *Qui inhonnêtement voudrait l'indécence de l'évincer par un instrument communautaire?*, se interroga descarnadamente. En primer lugar, hay una cuestión lingüística; la ley francesa sólo puede ser hija de la lengua francesa. El derecho comparado es libre, y su libertad induce la de los préstamos que se efectúan a través de las especulaciones que suscita; el legislador, a la vista de todos los datos recogidos, incluidos los comparativos, puede ejercitar la competencia de cada estado tomando la última decisión en su propia lengua, y si el Gobierno o el Parlamento abdican de esta autonomía lingüística, traicionarían a sus ciudadanos. Y si se piensa en un Código europeo de contratos, se produciría un desmantelamiento del Código que constituye un todo unitario; el principio del buen funcionamiento del mercado que parece inspirar el derecho comunitario es sólo uno de los diversos que conjugándose y entremezclándose inspiran el Código civil en su conjunto. Para finalizar, el autor expresa un juicio lapidario: *El unitarismo comunitario será una empresa reductora, recesiva y, para decirlo de una vez, totalitaria, y la obsesión fusionista representa una aberración cultural.*

El pensamiento de TALLON —Profesor Emérito de la Univ. París-2 y miembro de la Comisión Lando— difiere radicalmente del de CORNU por su mayor ductilidad y flexibilidad, y, sin duda, por un mejor conocimiento de la realidad social, tal como viene a recogerse

en la conclusión de su trabajo¹²¹: Un Código civil europeo —afirma—, conducirá, más pronto o más tarde, a la desaparición de los grandes códigos que han regido en el continente, y lo propio ocurrirá con la *common law*, o más bien su fusión en un único cuerpo de reglas. Se comprenden bien las nostalgias que tal perspectiva provoca. En Francia, a finales del siglo XVIII debió ocurrir lo mismo cuando se decidió por la Asamblea Constituyente que se haría un código de leyes civiles *communes à tout le royaume*, y hubo juristas que lamentaron la desaparición de la Costumbre de Vermandois o de alguna de las sesenta costumbres mayores que existían en Francia en aquel momento. Igualmente en Alemania, a fin del siglo XIX, la desaparición del Cc prusiano pudo haber sido deplorado por algunos. Sin embargo, triunfó el deseo de unidad. Es el mismo fenómeno que se produce hoy en el seno de una Europa económicamente unificada. El ejemplo americano —si se entiende bien— podrá ayudar a los juristas europeos a llevar a buen puerto esta gran obra. Sin duda ello no sucederá de inmediato. Pero PORTALIS había escrito ya que *les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*.

El autor es un excelente conocedor del derecho norteamericano, y de aquí el valor excepcional de la comparación que hace entre las tendencias unificadoras que se manifiestan en USA, y en el interior de la UE. Después de rechazar analogías y diferencias meramente superficiales, comienza por establecer una constatación meramente temporal: No hay prisa por realizar la unificación porque la ausencia de un Código civil europeo no comprometerá el futuro de la UE. Ciertamente el argumento según el cual un mercado único y una única moneda implican una reglamentación también única, posee fuerte lógica interna. Pero el ejemplo norteamericano conduce a relativizarlo, aun en el supuesto de que la construcción europea adopte en el futuro la forma de una federación, de contornos todavía inciertos. En los EEUU hay un mercado único, moneda única, pero no está unificada la legislación; existen *Restatements*, pero sin valor oficial, y tampoco hay *common law* federal general, aunque el poder federal puede regular el comercio en-

121 Loc. cit. p. 67.

tre los Estados. Además el Código de comercio uniforme no ha logrado alcanzar una perfecta uniformidad. Por otro lado la elaboración de un Código civil europeo requerirá un largo proceso para alcanzar esa base común que sí existe en los EEUU. Habrá que partir del conocimiento, siempre perfeccionado, de los derechos nacionales en presencia. Hay que eliminar, tanto el miedo hacia los demás como la idea de la superioridad del derecho propio. La enseñanza del Derecho comparado debe salir fuera de los Institutos especializados y difundirse en todos los cursos de la Licenciatura. Es necesario que la enseñanza del derecho contractual de cada país vaya acompañado de una fuerte dosis de comparación europea. Todavía hay que ir más lejos y tratar de buscar las raíces profundas del derecho europeo, que ya no podrán limitarse a lo continental. Aprueba, sin exclusivismos, los esfuerzos que ya se están realizando por diferentes grupos, tratando de buscar más lo que nos une que lo que nos separa. En resumen: una postura de mayor apertura europea, y que supone un contrapunto, razonablemente amplio, a la opinión estrictamente nacionalista y negativa de CORNU.

El extenso estudio¹²² del Prof. LEQUETTE, de la Univ. de París-2, constituye un vigoroso, pero fundamentado y correcto, alegato frente a las ideas que, en diversas ocasiones, ha expuesto en Francia (¡en lengua inglesa!) el Prof. VON BAR, así como una enérgica crítica a los modos de actuación de la Comisión que él dirige y al programa hecho público de sus actividades; todo lo cual ha contribuido a crear un ambiente de temor y recelo en el país vecino (se pretende que en 2005 los resultados obtenidos por la Comisión se integren en los planes de estudio de las Universidades europeas, y que en 2010 entre en vigor el Cc europeo); y, en cierto modo, dicho estudio viene a desarrollar los argumentos que *in nuce* contiene la Moción aprobada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de 1º julio 2002, anteriormente transcrita. Resulta incuestionable el punto de partida: *cada intervención de las autoridades comunitarias, tiene necesidad, para su validez, de una precisa base legal*. No está exenta de ironía el juicio que manifiesta al decir que los únicos problemas del Grupo de Trabajo VON BAR consisten en que la más completa opacidad

122 Op. cit. pp.. 69-97, con abundante aparato bibliográfico.

reina en la constitución y funcionamiento del mismo, que no representa, por el momento, a nadie más sino a sí mismo, y del que no se sabe sobre qué texto se basarán las autoridades comunitarias para llevar a término un proceso que se manifiesta como ineluctable, ni qué mecanismo será utilizado para imponer a los pueblos de Europa una legislación civil elaborada por un grupo cuya única legitimidad radica en su activismo.

Al profundizar en las razones que avalan el futuro Código europeo suelen invocarse las de naturaleza patrimonial, pero el autor echa de menos el uso del análisis económico del derecho, y argumenta que en los EEUU y en Canadá la disparidad de las legislaciones civiles en sus territorios no impide el funcionamiento de mercados prósperos, añadiendo que la uniformidad del derecho civil europeo se acompañará de una previsible *glaciation*, de modo que la ausencia de opciones, petrificación y rigidez podrían ser las consecuencias más tangibles de la adopción de un Código civil europeo. El capítulo de los costos de la codificación es analizado minuciosamente; el punto de vista económico no puede pasarse por alto pues debe incluirse necesariamente la formación de todos los operadores de este derecho nuevo, así como el de las perturbaciones que provocará la introducción de reglas nuevas en cada uno de los sistemas jurídicos ya existentes, poniendo en peligro el buen funcionamiento de los mercados nacionales. Además hay una dimensión social y cultural que, a juicio del autor, no puede pasarse por alto. El derecho civil francés constituye un elemento importante de la base de la sociedad y una pieza esencial de su sistema jurídico; imponer un Cc europeo significaría, en general, suprimir un elemento de cohesión de las sociedades nacionales en un momento en que corren grave riesgo de disgregación. El autor ve estrecha armonía entre el proyecto que propugna el Parlamento europeo con la Europa federal de las naciones, frente a la Europa de los pueblos. Con mención del santo y seña de LEGRAND (*el derecho se inscribe infaliblemente en una lengua, participa inevitablemente de una cultura y emerge de una tradición*) se apoya en el art. 22 de la Carta de derechos fundamentales de la UE para sostener la subsistencia de los Códigos preexistentes, ya que si la Unión va a respetar la diversidad cultural, no puede olvidarse que el derecho es también cultura.

En cuanto al método a utilizar, LEQUETTE entiende que hay ciertas exigencias mínimas¹²³ que la autoridad comunitaria debe respetar; en primer lugar convendría que se reciba un mandato claro y que se haya fijado el objetivo a alcanzar, ya sea el de elaborar un verdadero código, simple *Restatement* o mera enunciación de principios; el trabajo debe realizarse respetando el pluralismo cultural que constituye la riqueza de la Unión, lo que implica que no se sacrifique la diversidad lingüística y que las diferentes culturas jurídicas estén representadas de manera equitativa; por último, el proyecto debe ser examinado por los parlamentos nacionales a fin de comprobar si respeta las exigencias socio-culturales propias de cada uno de ellos; luego analiza la circunstancia de ser el inglés la lengua casi exclusiva del Grupo de trabajo; en 2001 se anunció para después una traducción trilingüe del proyecto (alemán, italiano, francés), y al año siguiente se habló de la traducción a las demás lenguas de la UE, sin más precisiones¹²⁴. LEQUETTE se pregunta por las razones del arrinconamiento del francés en beneficio del inglés, mostrando el contrasentido que supone intentar hacer frente a los EEUU precisamente utilizando el idioma de la gran superpotencia; cree encontrar alguna explicación en el hecho de que fundaciones y entidades que subvencionan el Grupo pertenecen al ámbito cultural alemán.

Analizando el modo de composición y de trabajo del Grupo, de la amplitud de poderes asumidos por Von BAR, sea de modo directo, sea a través de personas por él designadas, llega a la conclusión de que cierto número de culturas jurídicas están excluidas, de hecho, de hacerse oír en la elaboración y aprobación de los trabajos. En cuanto al espíritu que anima el trabajo del Grupo, se recogen opiniones del pro-

123 Op. cit. pp. 83 y sgtes.

124 En trabajo posterior Von BAR ratifica el inglés como *lingua franca* y habitual de trabajo de las reuniones del Grupo, sin perjuicio de que en razón al lugar se utilicen otros idiomas (por ej. el alemán en Osnabruck) (*From the general Law of Contract to patrimonial Law—Some observations prompted by the Valencia meeting of the Study Group on a European civil Code*, en el vol. de VVAA Derecho patrimonial europeo [coord. G. Palao Moreno, L. Prats Albertosa, M^a José Reyes] Monografía asociada núm. 10 a RdP [Cizur Menor 2003] pp. 21 s.). De hecho algunos trabajos de dicha reunión se han publicado en español.

pio Von BAR: En una codificación europea no es necesario que todos los detalles sean codificados, y que cualquier cuestión que haya sido resuelta encuentre en él un eco; habrá que modernizar el lenguaje, y las referencias a los derechos nacionales deben quedar estrictamente limitadas de modo que se desarrolle *un droit autonome permanent*. De aquí parece deducirse que el nuevo Código europeo atribuirá amplios poderes de interpretación al Juez, con el riesgo de que la diversidad vuelva a introducirse por la vía de la aplicación. No es fácil prever el resultado final: *Une véritable synthèse, un simple compromis, un droit basique constituant le plus petit dénominateur commun entre le systèmes en présence*¹²⁵...? En cuanto a la legitimidad del procedimiento utilizado hasta ahora, hay un texto significativo de Von BAR¹²⁶: *El Grupo de Estudios se preocupa poco de la cuestión muy discutida en otros foros de saber si hoy la UE posee la competencia necesaria para hacer un Código civil europeo. En realidad ello pertenece a una ulterior preocupación: la cuestión se resolverá una vez que se planteé. (¿voluntarismo se llama esa figura?). En todo caso, sí puede afirmarse que hasta este momento es un trabajo exclusivamente científico y puramente privado, que contrasta fuertemente con actitudes posteriores del Director del Grupo, calificadas de un ejemplo de la *politique du fait accompli* ya que tal proyecto hasta podría llegar a aprobarse, sorpresivamente, en cualquier Cumbre europea carente de proyectos. Por otra parte, la resolución del Parlamento Europeo de 15 noviembre 2001 coincide prácticamente con las cuestiones planteadas en la contribución del Grupo al cuestionario de la Comisión*¹²⁷.

A modo de conclusiones el autor afirma¹²⁸: Siguiendo la vía de una profundización y mejor comprensión de los derechos civiles europeos, el Proyecto de Von BAR podría constituir una etapa útil, a condición de

125 Op. cit. p. 88.

126 VON BAR *Le groupe d'études sur un Code civil européen* RIDC, 2001, p.133.

127 LEQUETTE op. cit. p. 89 s, apostilla: *Bel exemple de circularité: le groupe d'études répond aux vœux émis par le Parlement européen, lequel reprend à son tour les réponses formulées par le groupe d'études, lesquelles jouissent ainsi aux yeux de leur auteur d'une valeur éminent, et ainsi de suite ...*

128 LEQUETTE loc. cit. p. 97.

ser sólo un trabajo científico más entre otros que alimentan la reflexión doctrinal. Pero al pretender erigirlo en objeto oficial de estudios de derecho civil europeo a partir del 2005, es decir, dando por supuesto que el conocimiento del Derecho civil europeo se limita al conocimiento de este proyecto, sus promotores están haciendo un poco más escarpada y peligrosa la vía de la aproximación de los derechos civiles europeos. De ser un instrumento de conocimiento y reflexión, el proyecto del Grupo de Estudios se transformaría en una especie de pantalla entre los universitarios y la realidad que éstos deben esforzarse por aprehender.

La Profesora Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, de la Univ. de París-2, al enfrentarse con el tema: *Faut-il un Code civil européen?*, adopta una posición más matizada, realista y abierta que los anteriores críticos. Así reconoce, de entrada, que el Cc europeo, símbolo de la unidad europea, podría muy bien erigirse sobre los escombros del Cc francés. Aunque no puede olvidarse que éste último constituye en sí mismo un verdadero símbolo (*Constitution civile de la France, lieu de mémoire de la Nation, Fleur de la culture française, Grammaire de notre droit*, etc), pues encarna la tradición jurídica continental en oposición a los derechos del *Common law*. Tal simbolismo se acompaña de la *défense et illustration de la langue française*, lo que permite dar un matiz cultural al debate. Sin embargo la autora reconoce que el *Code* se encuentra ahora en mala posición para ejercer de modelo en el transcurso del ineluctable proceso de unificación del derecho privado europeo. A su juicio, las dificultades de la unificación no provienen tanto del derecho inglés, como de los legisladores continentales, demasiado distanciados unos de otros, y poco acostumbrados a discutir sobre sus propios conceptos jurídicos, de suerte que practican escasamente el método comparativo. Bajo esta perspectiva la mejor estrategia consiste, a su juicio, en acometer una reforma de conjunto del derecho francés de obligaciones, participando al mismo tiempo en los trabajos que actualmente se están realizando para adoptar un Cc europeo siempre que aquéllos se presenten de modo independiente y con carácter meramente doctrinal; recuerda oportunamente que DOMAT y POTHIER no fueron autorizados por nadie para realizar los trabajos que inspiraron el *Code civil*. Con todo acierto afirma que *de la complète insularité de chaque système juridique national européen*

à un code européen de droit privé il y a toutefois place pour d'autres manières d'agir, plus mesurées.

Cualquier tarea de unificación del derecho sólo es aceptable en la medida en que represente un progreso real, fundado en un trabajo de calidad incontestable. Esto significa que el Cc europeo no se podrá realizar de inmediato, a menos que esté destinado al fracaso. Tal proyecto tropieza con diversos obstáculos: ausencia de base jurídica en los Tratados comunitarios, debilidad de los argumentos avanzados para justificar la unificación de todo el derecho privado europeo, y ausencia de una línea directriz en cuanto a los métodos a utilizar con preferencia. Después de un análisis pormenorizado de los Tratados (en particular los arts. 95 y 308, así como la doctrina de las competencias implícitas) llega a la conclusión de que los textos en vigor no suministran una base jurídica suficiente al proyecto¹²⁹, sin que sea necesario acudir a las ideas que propugnan una organización federal de la futura UE, como permite comprobarlo la experiencia norteamericana. Se muestra, en cambio, favorable a utilizar instrumentos similares a los *Restatements*, o, mejor aún, leyes-modelo que otorguen a los Estados la posibilidad de adoptar sus derechos nacionales a las exigencias de un código europeo, ganándose así en legitimidad y credibilidad.

Entre los argumentos aducidos para la codificación europea parecen los económicos los más convincentes. Sin embargo observa que nunca se ha evaluado con precisión el sobre-costo que la divergencia de legislaciones nacionales implica en las transacciones transfronterizas; que el costo puede ser mayor en relación con las divergencias fiscales o laborales; y que las distorsiones son más elevadas en el comercio con terceros países. La acogida real a los actuales instrumentos de unificación (Convención de Viena o principios Unidroit) no parece que en la práctica haya llegado a ser masiva. En el caso inglés, la distinta legislación reguladora de las relaciones contractuales entre Escocia y el Reino Unido tampoco parece incidir significativamente en el floreciente comercio interior británico. Por último, las razones económicas tienen

129 Véanse *infra* en parecido sentido las posturas mantenidas por el Prof. español de DIP, SÁNCHEZ LORENZO.

peso notablemente inferior en materia de unificación del Derecho de familia.

En cuanto a las razones jurídicas se destaca su ambivalencia pues si bien la codificación europea pondría coherencia en el Derecho comunitario del consumo, sería necesario extenderla a las numerosas convenciones internacionales. Además la unificación del derecho se vive en el momento de su aplicación, y el Código europeo de contratos requeriría Tribunales europeos (el Convenio de Viena está originando tantas interpretaciones como Tribunales nacionales lo aplican). La unificación como fuente de modernidad sólo dura cierto tiempo, más allá del cual se cae en la petrificación. Nadie ha pensado en los problemas que plantearía la reforma del Código europeo (¿a quien correspondería la iniciativa? ¿requeriría unanimidad, mayoría cualificada o simple?). Finalmente se aduce el argumento de que la unificación constituye una fuente de seguridad jurídica, eliminando los problemas del Derecho Internacional privado en el interior de la UE; a ello se responde que el actual DIP ofrece medios para conocer con exactitud el derecho aplicable, y que después del Tratado de Amsterdam se ha producido la *comunitarización* de esta rama del Derecho sobre la base de los arts. 61 y 65 del Tratado de la Comunidad Europea, producida a ritmo rápido debido a haberse optado por la vía de los Reglamentos, sin que haya originado grandes problemas, aunque destaca la escasa calidad de los mismos. Pero la unificación de las reglas de conflicto es una solución minimalista que no elimina la diversidad de las leyes sustantivas.

La autora deja abierta la puerta del pluralismo cultural que, lenta aunque inexorablemente, puede facilitar en el futuro la unificación jurídica europea. En efecto, los fundadores de Europa iniciaron su construcción sobre la base del pluralismo, concibiendo aquélla como una confederación de países de tradiciones culturales diferentes. Casi medio siglo después del Tratado de Roma va progresando la idea de la cultura europea superponiéndose, y no reemplazando, a las culturas nacionales. Algo parecido ocurre con la cultura jurídica europea, siendo más intensa en el ámbito de los contratos que en el de la familia o sucesiones. Instituciones judiciales tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o el Tribunal de las Comunida-

des de Luxemburgo están contribuyendo, más intensamente cada vez, a crear esa cultura jurídica común. Los Tribunales ordinarios de los Países miembros invocan en sus sentencias, con mayor frecuencia, y apoyan sus fallos en las resoluciones de los Tribunales europeos. Nada desdeñable es el influjo doctrinal (Grupo de Pavía, de Trento, Comisión Lando, Grupo de Estudios de Von BAR, etc.) en la formación de la actual cultura jurídica europea. La autora reitera las críticas que otros autores han hecho respecto del último de los Grupos citados, y, por su parte, se muestra favorable a crear un Instituto europeo, permanente e independiente, que agrupe no sólo a los profesores, sino también a prácticos del derecho. Tal Instituto podría encargarse de coordinar los proyectos de investigación, preparar los textos comunes y, eventualmente, organizar la revisión de los cursos universitarios. Estos grupos de expertos, tanto si se presentan como grupos teóricos o en representación de instancias comunitarias, no son otra cosa que partes de un engranaje en un proceso que les supera y dentro de la doctrina tiene que cumplir su función propia: no ya redactar por sí sola el futuro código europeo sino trazar las grandes etapas de un proyecto, demasiado importante para ser realizado con precipitación.

Buen ejemplo de una postura bien argumentada y razonablemente abierta, sin ocultar el peso de algunas de las anteriores críticas.

La segunda parte de la obra versa sobre la armonización del Derecho contractual, y se abre con un trabajo sobre un concepto muy amplio de codificación:

ROUHETTE *Les codifications du droit des contrats*¹³⁰.

El autor es Emérito en la Univ. de Clermont-Ferrand y dedica fundamentalmente su estudio a explicar el significado que, a su juicio, presentan los Principios UNIDROIT y los Principios de la Comisión Lando. Justifica, inicialmente, el haberse reducido a tratar de la codificación contractual por tratarse de un sector jurídico dotado de cierto particularismo que se presta a ser objeto de una codificación aislada (por ej., el Código tunecino de obligaciones y contratos), o distinta (por

130 Estudio publicado en la revista *Droits*, 1996, pp. 113 y sgtes.

ej., el Código suizo de Obligaciones promulgado con anterioridad al Cc y que, a partir de 1911, constituye, con numeración propia, el Libro V del ZGB), o supone una revisión por separado (Ley alemana del 2002 de Modernización del BGB), o implican un propósito de unificación (Proy. franco-italiano de Código de Obligaciones y contratos de 1927). Además los Principios UNIDROIT y los Principios Lando ofrecen, a su juicio, algunas notas de aproximación a la noción tradicional de código.

Los Principios UNIDROIT han sido elaborados en el seno del Instituto para la Unificación del derecho privado, con sede en Roma, el cual se ha acreditado, a lo largo de su funcionamiento, con la publicación de excelentes trabajos preparatorios de numerosos instrumentos internacionales (y no sólo europeos). En este caso, su gestación arranca de 1971 con la finalidad de lograr una codificación del comercio internacional, modificado ulteriormente para regular las relaciones de igual clase entre los países capitalistas y comunistas. En 1980 el trabajo se limitó a formular principios. Aquí ha funcionado una Comisión internacional de expertos que han intervenido a título particular, y aunque finalmente ha sido aprobado por el Consejo de dirección de UNIDROIT, el trabajo sigue teniendo carácter privado.

La Comisión Lando inicia sus trabajos en 1980 por iniciativa del Prof. Öle LANDO, de la Univ. de Copenhague, y se compone en su mayoría por profesores universitarios pertenecientes a varios países comunitarios que actúan privadamente. Ha recibido ayudas financieras de la Comisión y del Parlamento europeos, aunque carece de cualquier vínculo orgánico con estos organismos.

En cuanto a su valor jurídico actual, los principios UNIDROIT se presentaban como una codificación progresiva del derecho de comercio internacional, pero luego se alteró el enfoque, para convertirlo en una elaboración de principios; de aquí que no signifiquen un proyecto de convenio internacional, ni tampoco un anteproyecto, sino, en todo caso, un modelo que puede presentarse tanto al legislador nacional como al internacional. Los Principios del Proyecto Lando si bien han sido considerados por el Parlamento Europeo como trabajos dirigidos

a la armonización del Derecho contractual, sin embargo la Comisión parece haber declinado la invitación a que adoptasen de algún modo carácter oficial.

El autor no se satisface con esta conclusión de tratarse ambos textos de meras codificaciones particulares, y analizando los Principios Lando observa que van acompañados de comentarios cuya finalidad no es justificar la solución adoptada sino proporcionar una interpretación del texto, de donde deduce un factor de normatividad¹³¹, no sólo cuando las partes expresamente lo acuerdan sino en calidad de reglas generales de los contratos en la UE. En cuanto a los Principios UNIDROIT, en apariencia son más modestos pues sólo se aplican si las partes los han aceptado expresamente, pero ROUHETTE cree que además de normas contractuales también poseen valor supletorio¹³². A continuación plantea el autor el alcance que pueden poseer estas reglas si se les atribuye, expresa o tácitamente, valor imperativo; con base en la jurisprudencia francesa llega a la conclusión de que los Principios poseen una unidad, una coherencia, y una racionalidad, y sería desnaturalizarlos el descartar la aplicación de algunos que, probablemente, serían los más importantes. Se estaría en presencia de un *Derecho culto* que se presenta *ab initio* como un modo de codificar de valor privado, que más tarde puede llegar a ser oficial. A mi juicio, no parece fácil dar el paso decisivo, y aquí puede radicar el talón de Aquiles de la construcción del autor. En cuanto a los Principios de UNIDROIT, dirigidos principalmente a los contratos mercantiles, el autor opina que pueden tener el valor de un *Restatement*. En cuanto a los Principios Lando, permitirían reconstruir el antiguo *jus commune* con el mismo carácter de Derecho culto. Para que unos y otros adquieran valor normativo será decisiva la conducta y la opinión de sus usuarios y de quienes los estudien. Concluye *sans illusion excessive, pour une codification non imposée du droit des contrats*.

Postura favorable, sin ambages, a la codificación europea aunque, ciertamente, la argumentación que utiliza en los dos casos que le han

131 ROUHETTE loc. cit. pp. 131 y sgtes.

132 ROUHETTE loc. cit. p. 132.

servido de base, así como los mecanismos de actuación de los mismos, no resulta muy sólida ni exenta de críticas.

Bajo el bien elegido enunciado genérico de : *Vers un droit européen des contrats?*, se agrupan los siguientes estudios:

TALLON, *Vers un droit européen des contrats?*¹³³;

WITZ *Plaidoyer pour un code européen des obligations*¹³⁴;

JAMIN *Un droit européen des contrats*¹³⁵?;

D. MAZEAUD, *La Commission Lando: Le point de vue d'un juriste français*¹³⁶.

En una anterior colaboración, ya analizada, el prof. TALLON, se mostraba abierto a la codificación europea, trayendo al debate el contra-punto de la experiencia norteamericana cuyo real significado había tratado de aclarar. Ahora se centra en el trabajo llevado a cabo por la Comisión Lando —de la que ha formado parte—, teniendo presentes los principios relativos al capítulo preliminar y al cumplimiento e incumplimiento del contrato. La colaboración se centra en explicar las razones del trabajo realizado por esta Comisión, y, en particular, el por qué elaborar sólo reglas de naturaleza sustancial y no limitarse a las reglas de conflicto, y, también, por qué limitarse sólo a Europa y no a nivel mundial. Teniendo en cuenta la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en muchos países comunitarios, cualquiera que sea el Juez que conozca del caso, la ley nacional del contrato será idéntica. Desde un punto de vista práctico es de observar que un derecho sustancial de contratos unificado aporta algo más que una regla unificada de conflicto, pues evita la búsqueda del contenido de la ley aplicable, que puede ser larga, difícil y costosa,

133 Artículo publicado en *Mélanges offerts à André Colomer* (París 1993) pp. 485 y sgtes.

134 Publicado en *Dalloz*, 2000 Chron. 79 y sgtes.

135 Publicado en *VVAA Le droit privé comparé* (bajo la dirección de P. de Vareilles-Sommieres) (París 1998), pp. 40 y sgte.

136 Publicado en *VVAA L'Harmonisation du droits des contrats en Europe* (Bajo la dirección de C. Jamin y D. Mazeaud) (París 2001) pp. 141 y sgtes.

especialmente cuando los litigantes pertenecen a países pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes. Además los Principios Lando se destinan a contratos intra-comunitarios para cuya regulación las legislaciones estatales están mejor preparadas. En el futuro nada impedirá que se produzca una fusión entre las reglas internas, las reglas comunitarias y las reglas internacionales sobre los contratos, aunque ello no es cuestión urgente. En todo caso la redacción de los Principios Lando no hace inútil la aplicación del Convenio de 1980, y tampoco aquéllos pueden considerarse agresivos en relación con los ordenamientos nacionales; son un modelo propuesto y no impuesto, se aplican después de los usos y costumbres y las prácticas establecidas por las partes, y éstas pueden, por regla general, derogarlas en todo o en parte. TALLON plantea a fondo el alcance, europeo o mundial, de los Principios Lando; inicialmente puede verse cierto solapamiento con los Principios UNIDROIT; pero aduce razones serias para que estos últimos se limiten a los países de la UE cuyo derecho comunitario ha originado una problemática específica, y en cuyo ámbito geográfico se deja sentir menos la presión norteamericana, muy presente en la redacción de los Principios UNIDROIT. Se trata de regular toda clase de contratos celebrados dentro de la UE, no sólo los celebrados entre empresas sino también por los particulares, consumidores o no.

Los Principios Lando no son un código de reglas detalladas e imperativas, sino un conjunto de recomendaciones cuya eficacia dependerá de la voluntad de las partes y de la benevolencia de jueces y árbitros, no obstante lo cual pueden ejercer una importante función doctrinal. Según el art. 1:101 los Principios se aplican cuando las partes han convenido que su contrato se regule por ellos; es un modelo facultativo cuya aplicación dependerá de sus cualidades intrínsecas. El autor piensa que pueden resultar útiles a las pequeñas y medianas empresas que carecen de servicios jurídicos especializados en materia internacional. También pueden aplicarse cuando las partes convienen que se apliquen los principios generales del derecho, o la *lex mercatoria* etc. Incluso aunque las partes nada hayan estipulado a este respecto, los jueces y los árbitros pueden encontrar en aquéllos un sistema de referencia coherente. También podrá aplicarse en caso de laguna de la

ley escogida. No es desdeñable el papel doctrinal que pueden desempeñar al inspirar las reformas legislativas, como ocurrió con el Proyecto franco-italiano de 1927, y, bajo otra perspectiva, con los *Restatements* norteamericanos. Luego explica la composición y método de trabajo de la Comisión, y una conclusión teñida de realismo: *Un droit européen de contrat, certes, mais qui n'a par lui-même aucune valeur normative*. Se resiste, sin embargo, a atribuirle exclusivamente el valor de un mero ejercicio académico. A su juicio puede contribuir a la emergencia, lenta y progresiva, de un *jus commune* del contrato.

Creo que siguen siendo válidas las transcritas conclusiones del autor —formuladas hace ya una decena de años—. Hoy la Comisión Lando ha dejado de funcionar como tal, mientras que ha comenzado, poco a poco, el tratamiento doctrinal y científico de los resultados de los Principios de este Proyecto europeo, ya concluido.

El título del trabajo del Prof. WITZ de las Universidades del Sarre y Estrasburgo, así como Director del Centro jurídico franco-alemán de Sarrebruck, es significativo por si mismo y advierte ya de su postura abierta y favorable a la codificación europea de las obligaciones; propósito que se concreta inicialmente en la intención de sensibilizar a la comunidad jurídica francesa frente al actual desafío de tomar postura ante un Código que *brevitatis causa* denomina *Eurocode des Obligations*; al menos aspira a convencer a los más reacios en favor de una *nécessaire européanisation du droit des obligations*.

A su juicio, las políticas sectoriales de armonización del derecho de obligaciones de los Estados miembros han mostrado tanto sus límites como sus efectos nefastos, al poner en peligro el equilibrio interno de los derechos nacionales (pone como ejemplo la transposición de la Directiva sobre los productos peligrosos que ha dado origen a que se inserten en el *Code* los arts. 1386-1 y siguientes que han afectado a principios importantes del derecho francés de obligaciones, y representan un factor de complejidad que perjudica la comprensibilidad del derecho francés); adviértase que, a su juicio, los legisladores nacionales son tan responsables del mencionado desajuste como el legislador comunitario pues la aproximación exige un segundo trabajo de armonización, que habitualmente

se ignora. En realidad, la armonización suele quedar habitualmente en la superficie de las normas, en atención a los resultados a alcanzar, sin que la totalidad del conjunto normativo sea armonizado. Ocurre así que, pese a la aproximación verificada en el ámbito del derecho de los consumidores, el Derecho de obligaciones europeo ha terminado rompiéndose y dispersándose en quince sistemas jurídicos diferentes. ¿Qué hacer?

Opina WITZ que, como ocurrió ya en 1814, se vuelve a plantear hoy un combate entre dos Escuelas: *el clan de Savigny* y *el clan de Thibaut*. A continuación resume y sintetiza los argumentos contrarios, que encabeza LEGRAND¹³⁷ y otros autores, y los favorables a la codificación europea. Según LEGRAND un derecho uniforme, incluso circunscrito al derecho de los contratos sería irrealizable hoy en Europa; pues el derecho se inscribe infaliblemente en una lengua, participa inevitablemente de una cultura y emerge de una tradición. Resultan insalvables las diferencias entre el sistema del *Civil Law* y del *Common Law*. ¿Por qué esta atracción a favor de la universalidad? ¿Por qué esta repugnancia singular a pensar las diferencias? Los esfuerzos debieran desplegarse a favor de cómo gestionar la diversidad. Y tampoco está hoy demostrado que un derecho uniforme reduzca notablemente los gastos de las transacciones intracomunitarias.

Al hablar de los argumentos a favor de su Eurocódigo de obligaciones el autor constata que su necesidad es mayor para las pequeñas y medianas empresas que, en caso de conflicto judicial suscitado por los contratos transfronterizos, pueden tropezar con mayores dificultades prácticas que las otras que acuden a la instalación de filiales o al arbitraje ejercido por juristas especializados. El autor describe vías alternativas¹³⁸. Así la creación de una auténtica comunidad europea de juristas capaces de dialogar cómodamente entre sí, dado que su formación no se ha hecho principalmente a través de los derechos nacionales; las estancias de estudiantes en Universidades extranjeras; la redacción

137 LEGRAND *Sens et non sens d'un Code civil européen* RIDC, 1996, pp. 779 y sgtes; *La leçon d'Apollinaire*, en la obra del mismo autor *Fragments on Law-as-Culture* (Denter 1999), pp. 117 y sgtes.

138 WITZ *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, cit. pp. 154 s.

de obras de Derecho privado auténticamente europeo; la impartición de cursos que no se concentran ya en las soluciones de los derechos nacionales. Todo ello evoca el nacimiento del *jus commune* aunque surge la duda de si hay que esperar a que nazca tal comunidad de juristas europeos para iniciar las tareas de unificación, o si ambas cosas pueden hacerse a la par. Añade una interesante cuestión jurisdiccional, a saber el modo de asegurar el control de la aplicación del derecho extranjero por los jueces de fondo; ¿es normal que la aplicación del derecho extranjero se trate como mera cuestión de hecho?, ¿es lógico que no se controle la aplicación del derecho extranjero por una instancia superior? ¿cuándo van a considerarse como cuestiones interregionales los conflictos transfronterizos? Sin duda es real el peligro de que las reglas europeas sean interpretadas de modo divergente; pero tal riesgo disminuirá a medida que se vaya creando un *corpus de doctrina* en el idioma de cada uno, en el que cada parte podría inspirarse para redactar un contrato, o para completar la argumentación esgrimida frente al Juez con apoyo en trabajos preparatorios redactados en su propia lengua. Concluye el autor que la diversidad de lenguas y culturas en Europa, lejos de constituir una objeción al Eurocódigo, apoya la creación de un conjunto de normas comunes, que además podrán así alcanzar mayor influencia fuera de sus fronteras.

La última parte del estudio dedicada a cómo concibe el Eurocódigo de obligaciones, sirve al autor más bien para plantear interrogantes que para ofrecer soluciones apodícticas (que, no obstante, también presenta algunas veces). Por ejemplo: ¿Eurocódigo de obligaciones o Código de operaciones intracomunitarias? ¿Código uniforme o código de armonización? ¿Código de contratos, de obligaciones o del patrimonio? ¿Debe comprender la materia regulada por el Código del consumo? Por supuesto, debe incluir la culpa extracontractual, y no eludir la complejidad de intereses presentes en la regulación de cada uno de los contratos especiales. En cuanto a la competencia para promulgarlo, el autor se muestra partidario de la doctrina minoritaria que la encuentra suficiente en los arts. 95 y 100 del Tratado. En todo caso muestra sus reservas sobre el procedimiento del Tratado internacional, de muy difícil modificación ulterior, y que corre el riesgo de la *glaciation* que

ha denunciado CARBONNIER. En la conclusión final advierte que *l'ère du nationalisme du droit des obligations doit prendre fin en Europe*. Como solución de mínimos, propugna la adopción de un *Restatement* según el modelo norteamericano, unido a una mejora en el trato jurisdiccional de las leyes nacionales de los Estados miembro.

El Prof. JAMIN, de la Universidad de Lille-2, observa que del título de su ponencia cabe deducir que el Derecho europeo privado de los contratos no existe todavía, pero cabe estudiar el tema y aún desear que llegue a existir en un futuro más o menos cercano. Ciertamente existe un Derecho comunitario en la materia, constituido fundamentalmente por Directivas, las cuales no garantizan la armonización pues sólo afectan de modo indirecto a los principios fundamentales aplicados en cada legislación interna. Caben dos posibilidades: o seguir utilizando los instrumentos actuales para actualizar, en plazo más o menos breve, los diferentes derechos nacionales, o dar un salto cualitativo creando un derecho común de los contratos que supere los obstáculos que suponen los derechos nacionales. El autor se opone a esta dirección, mostrándose en desacuerdo con las opiniones del Prof. WITZ, ya que el derecho de obligaciones no es un instrumento jurídico neutro sino que responde en cada país a concepciones morales y culturales; para ilustrarlo alega la noción de buena fe¹³⁹, y la diferente óptica con que, a título de ejemplo, los Tribunales Supremos francés y belga enfocan el abuso del derecho en materia contractual. Ante ello se muestra, incluso, más benevolente con el desorden introducido por el derecho comunitario ya que respeta, al menos, las culturas jurídicas nacionales. Para respetar de algún modo el actual pluralismo conviene, a su juicio, no limitarse a un *jus commune* más o menos mítico, sino tratar de construir un derecho de contratos que no ignore aquél. Transige, por último y admite que ambas vías podrían seguirse.

Un derecho contractual pluralista puede ser el resultado de los trasplantes o transferencias de derechos, tanto verticales como horizontales (menciona la admisión por la jurisprudencia francesa de la validez del contrato con precio indeterminado, y las repercusiones que la rati-

139 Con cita de RIPPERT *La règle morale dans les obligations civiles*, 4é. ed. (Paris 1949).

ficación del Convenio de Viena de 1980 está produciendo en este país). Pero en la situación actual es ilusorio apoyarse en tales transferencias —realizadas un tanto anárquicamente— para construir un derecho europeo de contratos. El derecho comunitario derivado constituye, en su opinión, un poderoso factor de circulación de conceptos jurídicos, especialmente cuando se trata de Reglamentos, y en menor medida a propósito de las Directivas cuyos defectos han sido frecuentemente denunciados; y, en todo caso, su objeto ha recaído fundamentalmente, hasta ahora, sobre el Derecho del consumo.

Los Principios Lando, a su juicio, constituyen un trabajo previo a cualquier esfuerzo codificador y pueden compararse a los *Restatements* norteamericanos. Aquéllos responden, en primer lugar, a la necesidad de eliminar las diferencias entre los diversos derechos nacionales que constituyen un obstáculo al comercio transfronterizo. JAMIN considera revisable esta fundamentación, y acudiendo a estudios sociológicos sectoriales¹⁴⁰ afirma que estos compradores se motivan diversamente; así, aducen razones tales como la diferencia de precios, la proximidad, la costumbre, la ausencia de obstáculos lingüísticos, ser el modo habitual de comprar etc. También pone en duda que la existencia de un derecho europeo de contratos acabe con las distorsiones en la libre competencia; puede ocurrir que el pluralismo pueda precisamente estimular la libre competencia; en último término plantea la pregunta clave: ¿para qué sirven los Principios? Al tratarse de un conjunto de principios parece que trata de promoverse una mayor unidad del derecho europeo de contratos invocando la razón universal, pero basta una lectura de los mismos para advertir que se trata más bien de un compromiso o transacción entre diversos sistemas jurídicos, a veces en el seno de un único artículo, de suerte que hay escasas posibilidades de que las percepciones obtenidas de ellos por los juristas pertenecientes a tradiciones diversas sean idénticas; cada uno tratará de entender los principios según la tradición a que pertenezca, y en el peor de los casos sólo aceptará aquellos que se aproximen a la suya¹⁴¹.

140 JAMIN loc. cit. pp. 172 y sgte.

141 JAMIN loc. cit. pp. 174 y sgtes.

En su opinión, estos Principios Lando corren el riesgo de garantizar sólo una unidad superficial (*une unité de façade*) en el derecho de contratos, pues lo importante no radica en la norma que se invoca sino en el alcance que se le da; por ejemplo, es fácil constatar que en cada sistema jurídico el principio de la fuerza obligatoria del contrato tiene amplitud diferente. La Comisión se ha limitado a analizar los textos y la jurisprudencia que ha suscitado, y la doctrina contenida en algunos manuales que reflejan la subjetividad de sus autores. No han realizado, en cambio, ninguna investigación sociológica de carácter científico con los prácticos que a diario están modelando el derecho europeo de los contratos.

Apunta el autor que quizá la tarea podría reducirse a elaborar un derecho de contratos basado en los Derechos del hombre. Curiosamente en la Convención europea de 1950 hay escasas referencias a la contratación; en el art. 1º del Protocolo adicional núm. 4 se dice que *nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il ne pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle*. La s. civ. de 6 marzo 1996 de la *Cour de Cassation* ha establecido la nulidad de la cláusula de un arrendamiento de vivienda que exigía que la vivienda fuese ocupada exclusivamente por el arrendatario y sus hijos, por violar el derecho al respeto a la vida familiar reconocido por el art. 8º de la Convención; decisión importante porque significa que cabe invocar los derechos humanos en las relaciones contractuales de derecho privado, aunque expresa el temor de que aquéllos se banalicen, y no dejen de representar, en la práctica, algo marginal.

Todo justifica una postura escéptica: Opina el autor en resumen que es necesario abandonar un método que parece estar fundamentado en un mito, a saber, un derecho casi uniforme desde el Atlántico a los Urales, en el que sueñan los hombres de negocios y algunos prácticos. Hay que aceptar el pluralismo de los derechos nacionales y su complejidad, que se incrementará con la ampliación, sin dejar de usar los instrumentos que nos ofrece el DIP y los Principios de UNIDROIT para regular algunos contratos de comercio internacional.

A la hora de enjuiciar la Comisión Lando bajo la óptica de un jurista francés, el Prof. Denis MAZEAUD, de la Univ. de París-2, constata

el escaso eco que, hasta el momento en que escribe (2001), ha suscitado aquélla entre los autores franceses, a diferencia de la abundante literatura producida a propósito de los Principios UNIDROIT. Confiesa que su actitud personal ante el Proyecto Lando se basa en la dificultad de aceptar que cualquier clase de armonización o unificación europea sea concebible en materia económica, monetaria, cultural, industrial, deportiva y social, mientras que, precisamente, el terreno jurídico y el derecho de los contratos ha de ser impermeable a la misma. Su misión será meramente la de un comparatista, es decir la de constatar en qué medida esos Principios son conciliables con los de la teoría general del contrato en derecho francés; es decir, la de comprobar que los Principios Lando no sólo no constituyen una agresión sino que representan una fuente de inspiración para el legislador y el juez franceses. Advierte que no será posible examinar todo el contenido de aquéllos, sino que se limitará a dos aspectos principales, uno el Derecho que tratan de promover, y otro el tipo de Contratos que tratan de modelar.

Este Derecho contractual europeo concebido por un puñado de universitarios aparece como un derecho virtual, es decir un derecho que se conjuga más en el futuro que en el presente, y no tanto por tratarse de un derecho culto, incluso dogmático, como por el déficit crónico de autoridad que, según algunos, puede desembocar en una ausencia fatal de unidad. Su fuerza radica más bien en la capacidad de persuadir a los propios contratantes para que se sometan a ellos, y en la buena voluntad del Juez público o privado que quiera aplicarlos al caso. Sin embargo el autor niega¹⁴² que, la abundancia existente en los Principios Lando de conceptos jurídicos indeterminados, de conceptos *standard* flexibles y fluidos, de normas-marco que hacen referencia a la cultura jurídica específica de aquel que los aplica, vayan a ser fuente de inseguridad e incoherencia; se fija por ej. en la noción de *razonabilidad*, extraño en principio al derecho francés. Por otro lado habría que aceptar una interpretación plural de los principios contractuales europeos. Curiosamente el autor califica de *derecho virtuoso* al que se deduce de los Principios Lando, orientado hacia la protección de los débiles *sans*

142 D. TALLON, loc. cit. pp. 185 sgte.

pour autant succomber aux sirènes de l'ordre moral, ya que no se acogen nociones como la causa ilícita o inmoral, o la conformidad del contrato con las buenas costumbres. En su lugar se introduce la sumisión del contrato a la lealtad y a la proporcionalidad. La exigencia de lealtad aparece sustancialmente recogida en el derecho francés a través de la buena fe; en cambio, la exigencia de proporcionalidad en algunas de sus manifestaciones no lo está, y el autor estima que una verdadera revolución cultural y contractual serán precisas para que se acepte en Francia que el juez pueda adaptar un contrato a nuevas circunstancias imprevistas que lo han desequilibrado profundamente¹⁴³.

El concepto de contrato que han modelado los Principios Lando *nous renvoient une image du contrat à cent lieues de la conception traditionnelle qui le present comme le fruit d'un accord de volonté conclu en toute liberté, sur un pied d'égalité, et défendu au juge. Bien au contraire, le contrat est largement abandonné au pouvoir de la volonté unilaterale du maître du contrat qui se déploie sous la tutelle vigilante du juge, et plutôt qu'intangible, il semble mû par une sorte de mouvement perpétuel orchestré par la baguette d'un juge omniprésent*¹⁴⁴. En particular el autor se ocupa de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, de la determinación unilateral del contenido del contrato y de la ampliación de los poderes del juez¹⁴⁵. El autor discurre sobre la posible acomodación al derecho contractual francés de estos principios, de los que deriva que el contrato que presuponen ya no es exclusivamente el delimitado por la voluntad de quienes lo han concluido sino algo flexible y sensible a la acción del poder judicial: quizá lo más extraño a la mentalidad gala sea el poder del juez para sustituirse a la voluntad de las partes. Concluye el autor expresando un relativo optimismo: *Ces Principes réfléchissent, dans une assez large mesure notre droit*

143 D. TALLON, loc. cit. pp. 191 sgte.

144 D. TALLON, loc. cit. p. 192.

145 Gráficamente se describe así esta ampliación de las facultades judiciales: *Les Principes du droit européen du contrat aiment le juge: non seulement, il lui accordent manifestement leur confiance aveugle pour réguler l'exercice des pouvoirs contractuels et rééquilibrer les droits et obligations respectives des contractants, mais encore il lui donnent parfois carte blanche pour parfaire un contrat lacunaire, voire refaire un contrat imparfait ou injuste* (D. TALLON loc. cit. p. 195)

*contractuel national; ils en sont en quelque sorte le miroir. En outre, il n'apparaît pas déraisonnable de penser que, sur bien des points sur lesquels des différences subsistent aujourd'hui, les solutions retenues dans les Principes préfigurent les évolutions majeures de notre droit contractuel*¹⁴⁶.

En el tercero y último apartado de esta segunda parte, se incluyen varios trabajos suscitados, precisamente, *À propos de la Communication de la Comisión*. Se trata de la emanada el 11 julio 2001, que ha servido para desencadenar un cierto movimiento de respuestas en algunos países de la UE antes de la ampliación, así como ha dado origen al *compte rendu* por parte de la Comisión del 25 marzo 2002. A continuación se recogen en el volumen algunas respuestas francesas con variedad— en cierto modo, equilibrada— de criterios y actitudes:

HEUZÉ *À propos d'une "initiative européenne en matière de droit des contrats"*¹⁴⁷;

HUET *Nous faut-il un "euro" droit civil?*¹⁴⁸;

MALAURIE *Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte*¹⁴⁹;

MALINVAUD *Réponse —hors délai— à la Comisión Européenne: À propos d'un Code européen des contrats*¹⁵⁰.

HEUZÉ, profesor agregado de la Univ. París-1, expresa el parecer colectivo de los miembros pertenecientes al Instituto André Tunc, carácter colectivo que se justifica por el breve plazo otorgado para responder al cuestionario de la Comisión Europea. Trata de la oportunidad de una aproximación de las legislaciones nacionales en materia contractual, y de las modalidades de tal acercamiento.

Se está de acuerdo con la idea expresada por los fundadores de que establecer una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de

146 D.TALLON, loc. cit. pp. 197 y sgte.

147 Publicado en JCP 2002.I.152.

148 Artículo publicado en *Daloz* 2002, Point de vue, p. 2611.

149 Publicado en JCP 2002.I,110.

150 Publicado en *Daloz* 2002, p. 2542.

Europa podrá conducir un día a establecer reglas contractuales idénticas para todos ellos. Pero no se aceptan las dos motivaciones que hace valer la Comisión; en primer lugar, hacer desaparecer las incoherencias, a veces graves, engendradas por el derecho comunitario derivado en las legislaciones nacionales; en segundo lugar, que la diversidad de legislaciones constituye un freno a los intercambios intra-comunitarios, que está desmentido por el ejemplo norteamericano, y se corrobora por la escasa utilización por los prácticos de los diversos mecanismos de derecho uniforme recientemente aparecidos (Convenio de Viena de 1980 y Principios UNIDROIT). Se dice que la resistencia muy fuerte de los profesionales, que no discuten sin embargo la calidad de las reglas uniformes consideradas, se explica precisamente por tener conciencia de la grave inseguridad jurídica que provoca ineluctablemente, al menos en un primer momento, la adopción de soluciones uniformes. En efecto, como éstas se conciben siempre como un compromiso entre dos concepciones diferentes, cuando no opuestas, de las cuestiones debatidas, su significación exacta y su alcance real son siempre una fuente de incertidumbres mucho más vivas que las que provoca una reforma decidida en un sistema jurídico determinado. Aunque se encomiende a los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas la solución de los conflictos, no cabe olvidar el largo periodo de aclimatación que producirá incertidumbres, aumentando el costo de las transacciones. De aquí un matizado juicio: si bien la diversidad de las legislaciones en materia de contratos no carece de inconvenientes para el funcionamiento y la regulación del mercado a nivel comunitario, no es absolutamente claro que la uniformidad del derecho en este campo constituiría la mejor y menos costosa manera de remediarla. Pero de ello no deriva que la uniformidad no deba ser alcanzada, pues está implícita en la lógica misma de la construcción europea, la cual carecerá de oportunidades de desembocar algún día en una verdadera unión de pueblos europeos si cada uno de los Estados miembros continúa ejerciendo sus competencias legislativas de manera aislada, ignorando lo que hacen los demás.

En cuanto a las modalidades para realizar la aproximación de las legislaciones nacionales en materia contractual, el autor se refiere

a la utilidad de coordinar los trabajos que ya están realizándose por el Grupo de Pavía, el Grupo Lando, el Grupo de Trento en pro de un *common core of european private law* (que estima ser el más riguroso de todos, científicamente hablando), o el de la Univ. Católica de Lovaina y la Univ. de París I. Sin embargo discrepa de la utilidad que pudieran tener como principios el resultado de tales trabajos de aproximación, los cuales, a su juicio, ni los invocarán las partes, ni los aplicarán los jueces. Deriva de todo ello que sólo la elaboración de una completa formulación del derecho de los contratos, que suponga tanto el enunciado de reglas de derecho común y de disposiciones más precisas o derogatorias adaptadas a las particularidades de cada categoría de contratos en particular, permitirán alcanzar realmente una verdadera uniformización de las legislaciones europeas en la materia; para vencer las resistencias que esta empresa suscita deben ser suficientemente detalladas para convencer de sus méritos intrínsecos y eliminar el temor de un salto en el vacío. Sólo así podrá suscitarse el interés de los prácticos. Ahora bien, en el estado actual del derecho de los Tratados no parece que la competencia de las instituciones de la UE se extienda a adoptar semejante Código uniforme de los contratos. Si bien es cierto que el marco natural es el territorio de la UE, las decisiones deben adoptarse por los parlamentos nacionales mediante leyes-modelo. El instrumento adecuado para su elaboración puede ser un Instituto Europeo el cual puede trabajar con la colaboración de expertos de los distintos países. La misión de los Parlamentos estatales no debiera limitarse a aprobar o rechazar el modelo propuesto, sino que en cuestiones concretas puede ser aconsejable dejarles posibilidades de elegir opciones diferentes, aún a riesgo de que quede alterada de algún modo la uniformidad perseguida.

El Prof. HUET, de la Univ. de París-2, trata de delimitar el perímetro exacto al que afectaría el proceso de uniformización, fijándose en el ámbito de los contratos utilizados en el comercio intra-europeo y en las garantías de carácter personal que pueden asegurar el cumplimiento de tales contratos, con exclusión de la responsabilidad civil y el Derecho de la familia. Después de exponer las modalidades que pueden tomarse en consideración, se inclina por la uniformización jurídica menos radical consistente en proponer a los agentes económicos un cuerpo de

reglas admitidas a nivel europeo para las transacciones trans-europeas; la práctica constituirá un verdadero plebiscito al comprobar la frecuencia con que se adopta este modalidad de derecho culto. El autor llama la atención sobre el coste de la uniformización, especialmente el que suponga encargar al Tribunal de las Comunidades Europeas la tarea de unificar la interpretación de los nuevos textos; así como el de la formación de los jueces y abogados; el de la creación de una nueva jurisprudencia y doctrina, en sustitución de las antiguas bases de datos. Todo ello le permite concluir sobre lo peligroso de elegir soluciones demasiado radicales y ambiciosas, ya que para evitar, por un lado, los problemas que han encontrado las empresas que actúan a nivel europeo, se pueden causar, por el otro, profundas perturbaciones a los diversos sistemas jurídicos de los países de la UE.

Lo cual le conduce a dictar prudencialmente una respuesta negativa, aunque matizada, a la pregunta de si es preciso un *euro droit civil*. Pues ello no significa que sea preciso dejar las cosas tal como están: *l'état du droit en Europe et, en tout cas, en France est, à l'heure actuelle, passablement mauvais*¹⁵¹.

En concreto, es considerable el trabajo que debe ser emprendido por los juristas europeos, y debe organizarse, a su juicio, en torno a tres ejes: Proseguir la obra llevada a cabo por la Comisión Lando, continuada ahora por el Grupo de Von BAR; Mejorar en calidad y coherencia la actual legislación comunitaria; Poner en marcha en Francia la reforma de aquellas partes del *Code civil* que no se han alterado desde 1804 (contratos, responsabilidad civil, cuasi-contratos, contratos en particular).

El Prof. MALAURIE, Emérito de la Univ. París-2, apostilla así su trabajo que, inicialmente, fue presentado en el Coloquio de Lovaina del 30 noviembre-1º diciembre 2001: *La codification européenne du droit des obligations et des contrats demande du temps, une longue durée et surtout beaucoup d'humilité*, recogiendo así ideas de Portalis, Brodel y San Bernardo de Clairveaux.

151 HUET loc. cit. p. 206.

La tradición casi inmemorial y la práctica jurídica constante muestran que todas las grandes reformas legislativas se han debido sobre todo a una voluntad política; sin voluntad política fuerte sólo hay *reformettes*, es decir pequeñas reformas, o leyes dictadas al hilo de las circunstancias o interminables debates. En la Comunicación presentada por la Comisión no hay tal voluntad política, se está en su búsqueda y se cuestiona su propia competencia. Los arts. 2 y 3 del Tratado de Roma, los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y economía de medios, no parecen dar a las autoridades europeas el poder de sustituir por un Código civil único, aunque sea limitado a las obligaciones y contratos, los diferentes cuerpos de Derecho civil de los quince (ahora veinticinco) Estados que componen actualmente la UE, a menos que se tenga una comprensión muy evolutiva de la competencia comunitaria, la subsidiariedad, la proporcionalidad o la economía de medios.

Aunque la Comisión ha tenido la honradez de no plantear el tema en términos simples, sino estableciendo cuatro posibles hipótesis, lo cierto es que han llovido las críticas sobre la metodología propuesta: por ej. limitarse a los contratos mercantiles, o sólo a los concertados entre profesionales y consumidores; que era preciso distinguir entre contratos internos e internacionales, especialmente los transfronterizos; que sólo había que codificar las normas facultativas y no las imperativas (o a la inversa, o ambas a la vez); que había que eliminar los contratos relativos a la familia, o al trabajo, o a los regímenes matrimoniales, o a las sucesiones etc. Lo menos que puede decirse es que las metodologías de la Comisión y de los intervinientes no han sido, ni claras, ni firmes.

Las respuestas han sido todavía más variadas que las preguntas, y, a menudo, aparecen condicionadas por prejuicios. Algunos proponen un Código muy minucioso, extremadamente detallado, cuya claridad y precisión impedirían cualquier equívoco o imprecisión, de modo que el Derecho de los contratos sería perfectamente uniforme en el interior de la UE. El autor se manifiesta decididamente en contra de esta postura por no ser deseable y opuesta a la necesaria flexibilidad del derecho; además de ser irrealizable. Un Código extremadamente detallado suscitara fatalmente interpretaciones divergentes. Otros proponen un Código

de principios (Proyecto Lando, Von Bar), una especie de *loi-cadre*, menos desarrollada que lo que han llegado a ser las Directivas europeas. Estos principios inspirarían a jueces y árbitros y, más tarde, al legislador nacional o europeo. Pero se pregunta MALAURIE ¿qué diferencia hay entre un principio y una regla? Enunciar simplemente disposiciones puramente conceptuales basadas en la abstracción equivale a separarse de la realidad, a formular un código intemporal hecho por profesores europeos, sin vinculaciones territoriales concretas, políticas o nacionales, ¿Un Código opcional aplicable sólo si las partes se someten al mismo? El resultado práctico es que sólo se aplicaría a hipótesis marginales y raras, convirtiéndose en un texto insignificante, que ha nacido muerto. ¿Un *Restatement* a la europea? Idea seductora en cuanto tiende a preparar las ideas que desembocan en un codificación —un *avant-code*—, y que serviría para huir del riesgo de abstracción, pero que no garantiza una clara visión de las realidades políticas, sociales y económicas del momento.

En el transfondo de la polémica, dice MALAURIE¹⁵² están las realidades políticas europeas, entre ellas el binomio progresista-conservador, con el primero vienen a identificarse los jóvenes, los avanzados que sueñan un Código civil europeo para una Europa unida y, mientras que los conservadores bloquean el dinamismo. Pero el autor nos sorprende con una de sus habituales paradojas: El innovador no es siempre quien cree serlo; la codificación europea llevaría consigo la rigidez y la abstracción del derecho; Europa no tiene necesidad de ser petrificada y conceptualizada, de aquí que *la codification est une idée traditionnelle devenue ancienne et archaïque qui ne corresponde plus aux besoins nouveaux de l'Europe*¹⁵³.

El autor prosigue buceando en las realidades culturales de Europa en relación con la futura codificación de los contratos. Afirma que la diversidad cultural es la que ha construido Europa: *ce qui nous unit, ce sont nos différences*. Si, vísperas de la Revolución, juristas y justiciables franceses gritaban *Que Dieu nous garde de l'équité du Parlement!*, ahora

152 MALAURIE loc. cit. pp. 223 y sgtes.

153 MALAURIE loc. cit. p. 224.

paralelamente se podría exclamar: *que Dieu nous garde de l'uniformisation des eurocrates!* No hay idioma único ni estilo jurídico único para toda la Unión Europea; si se quiere imponer su uniformización corremos el peligro de caer en el babelismo. La unificación, tanto si resulta de una armonización o de la codificación, será cara, no sólo en su génesis sino en las transformaciones que impondrá a nuestros hábitos ancestrales. Habrá que establecer un Tribunal Europeo que asegure la unicidad en la interpretación del derecho europeo para impedir las divergencias que resulten de las interpretaciones nacionales; la inversión será considerable y ¿cuándo se amortizará? ¿Podrá el legislador europeo seguir adaptando el derecho europeo de contratos a los vertiginosos cambios que se están produciendo, especialmente en el ámbito del Derecho del consumo?

El autor estima finalmente¹⁵⁴ que las críticas pueden ser algo excesivas, pues acaso estemos en la aurora de una gran era jurídica, perspectiva que le permite concluir con la nota de relativo optimismo que he reproducido en cabeza del resumen.

La última opinión aquí recogida, suscrita por el Prof. MALINVAUD de la Univ. París-2, expresa el parecer de la Asociación Henry Capitant, que no llegó a tiempo dentro del plazo fijado por la Comisión, pero que tiene el valor añadido de ser una opinión colectiva¹⁵⁵, y que ha llegado a ser la más extensa¹⁵⁶ y, probablemente, la más meditada de las opiniones aquí recogidas. En primer lugar se detiene en analizar el problema recurrente —ya abordado por otros autores— de las competencias de que actualmente disponen los organismos europeos en la materia. Si bien el Parlamento, desde 1989 había aprobado una resolución para pedir que se inicien trabajos preparatorios con vistas a la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado, petición reiterada en 1994, y el 15 noviembre 2001 convocaba a la elabo-

154 MALAURIE loc. cit. p. 228.

155 Se mencionan los siguientes Profesores franceses representados: Bénédicte Fauvarque-Cosson, Laurent Aynés, Bertrand Fages, Hélène Gaudemet-Tallon, Alain Gozhi, Maria Goré, Jérôme Huet, Denis Mazeaud, Arnaud Raynouard y Louis Vogel. Obsérvese que algunos de estos autores figuran ya, a título individual, en esta recensión.

156 Loc. cit. pp. 231-252.

ración de un cuerpo de reglas materiales uniformes con la fijación de un detallado calendario (en el 2004 debería acabar la elaboración de textos comunes; en el 2005 se iniciaría la enseñanza en las Universidades de aquéllos, y a partir del 2010 se adoptaría el texto común) se hace notar, con acierto, que este órgano europeo no es, de momento, el mejor situado para realizar este proyecto pues sus poderes son todavía bastante limitados; si bien esta situación puede evolucionar rápidamente y si el Código europeo se pudiera apoyar en el art. 95, el Parlamento actuaría como colegislador con el Consejo. La Comisión dispone del monopolio del derecho de iniciativa en materia de directivas, reglamentos y decisiones, El art. 189 del Tratado le otorga función de negociador. El Consejo de Ministros al día siguiente de la resolución del Parlamento, publicó un *Rapport sur la nécessité de rapprocher les législations des Etats membres en matière civil* para someterlo al Consejo Europeo de Laeken; con ocasión de dicho *rapport* el Consejo de Justicia y Asuntos internos ha insistido en la misión central del derecho de los contratos, mencionando el derecho de familia como tema posible de discusión. El Consejo también pidió a la Comisión que dé a conocer los resultados de su consulta antes de acabar el año 2002, y deseaba que la Comisión lanzara un estudio sobre la responsabilidad no contractual y el derecho de bienes a fin de estudiar si las diferencias de las legislaciones estatales constituyen un obstáculo al mercado interior. No parece, sin embargo, que el Consejo haya inscrito la cuestión del Código civil europeo en el programa oficial de éste para el siguiente cuatrienio.

A diferencia de los legisladores nacionales, el legislador comunitario sólo dispone de una competencia de atribución, de modo que únicamente puede actuar en el marco previsto por los Tratados europeos. Ahora bien, en ellos no existe base jurídica clara que permita justificar la unificación del derecho civil europeo, y, por otro lado, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad parecen impedirlo. El art. 95 del Tratado no puede servir de fundamento a un Código civil europeo, y tampoco a un Código de contratos, y resulta dudoso que pueda fundamentar un simple Código de consumo pues el mercado interior lleva muchos años funcionando bien con una pluralidad de legislaciones nacionales. El art. 308 que permite al Consejo, cuando el Tratado no prevé

ninguna competencia específica, adoptar por unanimidad, después de consultado el Parlamento, las disposiciones apropiadas en el caso de que una acción de la Comunidad aparece como necesaria para realizar uno de los objetivos de la comunidad, debe ser interpretado restrictivamente. Algo parecido puede decirse de las denominadas competencias implícitas. Por otro lado el Tratado de Maastricht ha introducido los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que constituyen a modo de contrapesos frente a la irresistible extensión de los poderes de Europa. Después de Niza y de Lacken, MALINVAUD entiende¹⁵⁷ que la perspectiva de un Código europeo de contratos obligatorio, que sustituya a los Códigos nacionales, y que regule minuciosamente todos los aspectos del derecho de los contratos parece alejarse. Debe reconsiderarse igualmente la idea según la cual la construcción de una Europa fuerte, incluso federal, implica necesariamente la elaboración de un Código europeo de contratos, o, incluso, de un Código civil europeo.

Merece destacarse el novedoso procedimiento —inobjetable, doctrinal y democráticamente— que propone el autor para elaborar unos Principios europeos de contratos, cuya aprobación debe someterse también a los Estados miembros. Juzgando positivo el trabajo realizado por la Comisión Lando, el Proyecto de Pavía y la Comisión Von BAR, sugiere corregir los excesos en que han incurrido aquéllos, cumpliendo a este fin determinados requisitos que propone a continuación:

- El Grupo no debe ser de origen privado sino oficial, y a propuesta de los Estados miembros;
- No debe estar compuesto exclusivamente por universitarios sino también por magistrados, abogados, juristas de empresa, etc.
- No debe tener por idioma oficial único el inglés, sino todas las lenguas oficiales en la Comunidad; debe garantizarse la traducción simultánea;
- Ha de asegurarse el funcionamiento democrático de la Comisión, de modo que debe prohibirse expresamente que un solo

¹⁵⁷ MALINVEAUD loc. cit. p. 238.

miembro tenga la facultad exclusiva de presentar textos a la aprobación de los demás;

- Los textos aprobados deben presentarse en todos los idiomas oficiales para garantizar que tienen el mismo sentido en todas las lenguas¹⁵⁸;
- Finalmente, los textos aprobados deben someterse a los Parlamentos nacionales para garantizar que están de acuerdo con los componentes socio-culturales de cada país.

Analizando las respuestas dadas a la Comisión en relación con el punto 4º, a saber la adopción de una nueva legislación completa a nivel comunitario, es interesante el análisis de las respuestas dadas por los miembros de Asociación Henri Capitant, aquí recogidas, pues algunas resultan favorables a esta idea, generalmente entre los más jóvenes, si bien mediante un proceso a largo término; otros, en cambio, son hostiles, con matices, según su temperamento y sensibilidad. MALINVAUD ve aquí una cuestión de cultura jurídica¹⁵⁹: Por un lado, el Código civil después de dos siglos de buenos y leales servicios, ya no responde a la cultura actual. Urge su revisión sin esperar la eventual promulgación de un Código europeo. Pero este último sólo se promulgará si responde a una cultura común, una cultura europea todavía por construir. La unidad jurídica de Europa no puede imponerse por las instituciones, ni *a fortiori* únicamente por los profesores. En último término, conforme a los principios democráticos, corresponde decidir a los europeos; y sólo cuando formen un pueblo y quieran evolucionar hacia una mayor codificación les corresponderá desarrollar los principios de derecho contractual y hacer de ellos un Código¹⁶⁰.

158 La realidad hará ver las limitaciones prácticas de este *desideratum* —a menos que se trate de imponer tales requisitos que su cumplimiento resulte imposible—; si *ad exemplum* la Comisión comprueba al iniciar los trabajos que hay varios idiomas comunes, que todos los miembros conocen a fondo, parece razonable que sólo éstos se admitan en los trabajos ordinarios de la misma, sin perjuicio de que se asegure una versión oficial en los demás.

159 MALINVAUD loc. cit. pp. 251 y sgte.

160 La obra lleva como Anexos la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento concerniente al derecho europeo de los contratos, de 12 septiembre 2001, y

4. Se impone la constatación de que el Bicentenario del Código civil francés apenas si está teniendo eco en España. Podría hacerse una inicial lectura de este hecho afirmando, por ej. que, hoy por hoy, la doctrina civilista española no necesita ya de ninguna clase de apoyaturas externas, es decir de la tutela gala para presentarse e intervenir con voz propia en los foros jurídicos internacionales (si fuera cierto que tal patrocinio existió alguna vez). ¿Será plenamente cierto que, de la noche a la mañana, los civilistas españoles nos hemos convertido en comparatistas consumados y con este moderno bagaje instrumental nos creemos habilitados para dialogar, sin complejos, con colegas de cualquier parte del mundo? Claro es que no resulta fácil borrar los orígenes de nuestro Código civil, ni parece razonable que, a esta altura de la historia, pretendamos fingir que desconocemos su paternidad. En todo caso sí parece claro que el futuro de nuestro Derecho civil no se presenta ya indisolublemente unido al del Código de Napoleón, y en confirmación de ello acaso pueda aducirse que las generaciones de civilistas más jóvenes están empezando a desdeñar como posible destino, para ampliar sus estudios, las Universidades europeas, a las que anteponen las inglesas y norteamericanas. A menos que, a medio plazo, resulte que vengamos a tener el mismo horizonte europeo de leyes civiles sustantivas que nuestros vecinos (un futuro Código europeo de obligaciones y contratos o, incluso, un mismo Código civil europeo ...).

El reciente *Derecho patrimonial europeo*¹⁶¹ —que no es la única obra con similar título en nuestra bibliografía reciente¹⁶²—, puede significar un espejo y, acaso, una confirmación, en todo o parte, de lo que acabo de decir; aunque el lector tiene derecho a conocer la singular génesis de la obra tal como lo explican sus coordinadores. Se trata de la celebra-

la Comunicación al Consejo y al Parlamento europeo: Un derecho europeo de contratos más coherente. Un Plan de acción, de 12 febrero 2003.

161 VVAA *Derecho patrimonial europeo*. Monografía nº 10 de la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial (Coordinadores: (Cizur Menor, Navarra, 2003) 436 pgs. G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa, y M^o José Reyes López)

162 VVAA *Derecho privado europeo* (Coord. S. Cámara Lapuente) (Madrid 2003) 1249 pgs. Se trata de una obra de gran ambición por los temas que aborda, y que merece una reseña independiente.

ción en la Universidad de Valencia del *Seminario Internacional sobre la Unificación del Derecho Contractual Europeo*, al que siguió la reunión del Grupo de Estudio de Von BAR durante los días 11 a 15 de junio del 2002 sobre el Código civil europeo, decidiéndose la publicación conjunta de los trabajos presentados en ambas reuniones científicas, aunque —lamentablemente— sin especificar a cuál de ellas pertenece cada uno. Algunos de los autores se reiteran confrontándolos con la lista que he examinado en la primera parte de esta recensión, y, a veces, también sus trabajos que ya habían sido publicados en otros lugares, lo que parece, por lo demás, inevitable. Entre las 21 colaboraciones incluidas hay un tercio de autores extranjeros (un alemán, un francés, una griega, un holandés, un danés y dos italianos); predominan los civilistas, pero hay nutrida representación romanista y de cultivadores del DIP, además de mercantilistas y procesalistas. Sobre todo conviene destacar un haz de opiniones españolas en torno a algunos de los temas ya recensionados de la doctrina francesa.

Ninguno de estos autores se manifiesta, sin embargo, en relación con el 2º Centenario del *Code*, pero sí sobre la recodificación y la unificación europea. Con carácter introductorio mencionaré el breve trabajo del Prof. ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho civil de la Univ. de Valencia, sobre *La codificación como técnica de unificación del Derecho privado europeo*¹⁶³, en el que propone, inicialmente, una revisión de la conocida obra de IRTI sobre la era de la descodificación por no haber sido del todo correcto el debate que se abrió en España con su traducción; añádase, a mayor abundamiento, que desde España no estuvimos atentos a las subsiguientes vicisitudes de lo que constituía fundamentalmente nada más que un brillante ensayo, pero cuyas ideas no fueron seguidas por la doctrina mayoritaria de su país, y de las que el propio autor abjuró al cumplirse medio siglo del *Codice civile*. Con toda razón ORDUÑA MORENO reafirma¹⁶⁴ la conveniencia y superioridad de la técnica de la codificación para la consecución de los fines habitualmente propuestos a esta forma de legislar; siguiendo

163 Op. cit. pp. 267-270

164 ORDUÑA MORENO loc. cit. p. 270.

a DÍEZ PICAZO sostiene que la recodificación encuentra un sólido fundamento en la conexión de progreso económico y adaptación del sistema jurídico como presupuesto indisociable del propio desarrollo de la UE. La armonización del Derecho privado europeo, no ya sólo del Derecho de obligaciones, sino del Derecho civil patrimonial, responde a un necesario presupuesto metodológico que debe guiar el futuro de la civilística española en los años venideros. Se trata, por lo demás, de orientaciones muy genéricas que implican una evidente adhesión, sin más especificaciones, a la Resolución del Parlamento europeo de 15 noviembre 2001, y sin que el autor concrete el concepto de recodificación que asume y del que parte (meridianamente perfilado, por lo demás, en la doctrina gala, como vimos).

Varios romanistas destacan la importancia del Derecho romano en la formación de un nuevo *jus commune* que coopere y ayude a la promulgación de un Derecho privado europeo¹⁶⁵, siendo de observar que si bien todos ellos recogen los diversos intentos de unificación que están realizándose, las preferencias personales se diversifican según los autores (Principios de Unidroit, Proyecto de Pavía) o bien se hace una referencia general a los Proyectos existentes sin preferencia específica. Con razón se invocan precedentes algo lejanos¹⁶⁶, que tienen continuadores en la actualidad¹⁶⁷, llamando la atención sobre la importancia del Derecho romano como *jus commune*, y ello explica alguna postura maximalista¹⁶⁸, aunque no dejan

165 CASINOS MORA *¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho Romano ante la unificación del Derecho contractual europeo. Notas Críticas*, op. cit. pp. 67-81. VALIÑO ARCOS *Observaciones preliminares sobre el "Anteproyecto Gandolfi": Hacia la concreción de un "Code européen de contrats"*, op. cit. pp. 383-402; VALIÑO DEL RÍO *Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanista*, op. cit. pp. 403-417.

166 KOSCHAKER *Europa und das römische Recht* (München-Berlin 1947).

167 F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea*, *Storia e Documenta Storiae et Iuris*, 1998, pp. 532 y sgtes.; *Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código europeo de contratos*, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 15, 2000, pp. 121 y sgtes.

168 Así CASINOS MORA loc. cit. pp. 70 y sgte: "La unificación jurídica, aunque se limite al derecho contractual, presentaría, a mi juicio, una radical diferencia respecto

de ser razonables las dos premisas que CASINOS MORA requiere para que aquél cumpla su fin en la actualidad¹⁶⁹: 1) Que el Derecho romano, o una tradición jurídica tributaria del mismo, haya constituido la base de los modernos derechos nacionales europeos, es decir el reconocimiento de una preexistente comunión jurídica entre los Estados miembros; y 2) Que sea aceptado como instrumento en el proceso unificador. Se recuerda que hasta la fecha el Derecho romano ha sido considerado tácitamente como fuente del Derecho comunitario, a través de la fórmula *de los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*, que aplica el TJCE. Concluye el autor¹⁷⁰ que la vía a seguir en la construcción de un derecho contractual europeo debiera ser la revitalización del viejo *jus commune*, limitado por ahora al sector de las obligaciones y contratos, basado en la ciencia y en el pensamiento jurídico propios de una tradición común superadora de las divergencias nacionales y de las limitaciones que comporta el derecho privado comunitario, tarea encomendada a los comparatistas con perspectiva histórica, y luego sometida a los trámites de una codificación, con derogación de los derechos nacionales, tratando de evitar los inconvenientes de algunos de los actuales proyectos.

Las simpatías que entre los romanistas ha suscitado el Proyecto de Pavía¹⁷¹ —probablemente debidas a la condición de romanista

a la unificación en los aspectos económico y político. Efectivamente, mientras que en los aspectos político y económico fueron el Estado de Derecho y el régimen parlamentario, y la economía de mercado, respectivamente, factores de convergencia y bases del proceso de creación de las Comunidades Europeas y de su ulterior transformación por el Tratado de Maastricht (...) en el aspecto jurídico no se trataría en realidad de una convergencia sino de una *reunificación*, de un acto de retomar un pasado jurídico común y de resituarse en una precedente experiencia jurídica común que fue interrumpida con la consolidación de los derechos nacionales tras la oleada de codificaciones del siglo XIX". Contrasta este parecer con las reservas que en la doctrina francesa se han expresado a propósito del Derecho romano como *jus commune* (vide *supra* opiniones de OPETTIT y HELPÉRIN).

169 CASINOS MORA op. et loc. cit.

170 CASINOS MORA loc. cit. p. 77.

171 Así CASINOS MORA, loc. cit. pp. 78 y sgtes aunque no deja de observar los grandes inconvenientes que presenta, máxime en una materia tan versátil como la de los contratos basada en el principio de la autonomía de la voluntad; propone que se eviten normas rígidas y excesivamente detalladas que provoquen un anquilosamiento

acreditado que ostenta el Prof. GANDOLFI, inspirador de aquél—, se concretan en el trabajo de VALIÑO ARCOS, Prof. Titular de Derecho Romano en la Univ. de Valencia, al prestar a aquél en su estudio amplia atención sobre la génesis, elaboración y caracteres del Libro I del Proy. de Pavía¹⁷², sin perjuicio de mencionar otros intentos, pasados y presentes. Similares presupuestos que, un tanto sorprendentemente, en el trabajo del Prof. VALIÑO DEL RÍO, Catedrático de Derecho Romano en la misma Universidad, mueven a centrarse en los Principios de UNIDROIT como uno de los modelos a seguir, al tiempo que se destaca con énfasis su inspiración romanista, y la ausencia de españoles en el Grupo de trabajo que lo elaboró¹⁷³.

El trabajo de VATTIER FUENZALIDA¹⁷⁴, sirve de cumplido colofón a las anteriores referencias que otros autores han hecho al Proyecto de Pavía, mostrando, de entrada, las diferencias que el mismo presenta con el Proy. Lando, explicando la creación de la Academia de Pavía como órgano impulsor del Proyecto que GANDOLFI logró aprobar en el Congreso de 1990, describiendo a continuación su estructura y contenido. Después se desarrollan con alguna profundidad las cuestiones fundamentales sobre la noción y elementos esenciales del contrato, la formación del mismo y sus efectos obligacionales y reales, la regulación de las anomalías del contrato, y el incumplimiento y responsabilidad contractuales.

En este concierto de voces pro-europeo debe mencionarse la opinión de otro civilista valenciano, el Prof. PLAZA PENADÉS¹⁷⁵, que se manifiesta resueltamente a favor de una codificación europea, haciendo

del Derecho contractual, descartando una codificación en sentido clásico que aspire a la completión, y más bien una codificación de aspectos jurídicos básicos que permita una futura legislación de detalle.

172 VALIÑO ARCOS loc. cit. pp. 387-390 y 397-402.

173 VALIÑO DEL RÍO loc. cit. p. 410. Bajo el epígrafe de *otros participantes en el Proyecto* se mencionan a los mercantilistas ILLESCAS y VERDERA.

174 VATTIER FUENZALIDA *El Anteproyecto de Pavía*, loc. cit. pp. 419-436.

175 PLAZA PENADÉS *Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo*, loc. cit. pp. 301-320.

una entusiasta profesión de fe en ella, después de pasar revista a los diversos proyectos en curso y de fijar sus bases¹⁷⁶. En su opinión, es aconsejable¹⁷⁷ la elaboración de un Cc europeo de contratos donde en un único texto se trate de forma ordenada y sistematizada toda la materia; los textos vigentes de los Tratados legitiman a la Unión Europea con competencia para elaborarlo, extendiéndose incluso a otras materias conexas que sean necesarias para la existencia de un mercado interior real y efectivo; se considera preferible la forma de un Reglamento para evitar las divergencias que originan las Directivas; se muestra partidario de una gradualidad en su carácter vinculante respecto a los Estados miembro, así como en atribuir al TJCE la función de intérprete supremo del Derecho comunitario; aunque inicialmente versaría exclusivamente sobre los obligaciones y contratos, luego podría extenderse al Derecho de daños, al Derecho de propiedad y sus sistemas de adquisición, y al Derecho de la persona y de la Familia. Todo ello teniendo como base la Carta Europea de Derechos Humanos.

Mención especial merecen las opiniones del ilustre Catedrático de Derecho Internacional Privado de Granada, SÁNCHEZ LORENZO, cuya escuela está figurando últimamente en la primera línea de los estudios comparativos en España¹⁷⁸. A su juicio, la madurez práctica del DIP se manifiesta en el recurso al método comparativo, lo que le ha conducido a ser pionero en el tema de la unificación jurídica europea. Advierte que el DIP no es una vía alternativa sino un camino complementario y paralelo, que se muestra especialmente útil para ir preparando el terreno de una armonización progresiva, lenta y blanda.

176 En su opinión, deben reposar sobre: a) el derecho privado comunitario (del que se ocupa, en particular, sobre los problemas de armonización); b) los principios comunes de Derecho contractual tal como los han ido plasmando los diversos Grupos; y c) las exigencias de la globalización y el respeto a la *lex mercatoria* (Loc. cit. pp. 304 y sgtes).

177 PLAZA PENADÉS loc. cit. pp. 317 y sgtes.

178 Se trata del interesante estudio, no sin algún matiz reivindicativo, titulado *La unificación del Derecho contractual europeo desde el Derecho Internacional privado*, loc. cit. pp. 363-381, en el que recoge ideas ya expuestas en su obra más general *Derecho privado europeo* (Granada 2002).

Para que un DIP uniforme funcione armónicamente requeriría un alto grado de armonización de los Derechos materiales. En relación con el Derecho privado europeo aquél tendría una doble función, por un lado, la localización residual del Derecho aplicable, y, por otro, la delimitación espacial del Derecho unificado. La reciente atribución de competencia a los órganos europeos en materia de DIP, y su actuación por vía de Reglamentos, ha hecho avanzar considerablemente dentro de la UE la unificación del DIP. Por ello no han de caer en saco roto las advertencias que el autor dirige a los civilistas¹⁷⁹. No oculta su simpatía por los Principios Lando¹⁸⁰ y plantea los problemas derivados de la coexistencia con los Principios UNIDROIT, cuyas insuficiencias denuncia¹⁸¹ al poder conducir su aplicación a una regionalización poco recomendable; de aquí que propugne un Código europeo extensible no sólo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores como la responsabilidad por daños o la publicidad engañosa, lo cual aparece como una opción con mayor base jurídica en las políticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantación *desde arriba* encontraría mayores argumentos.

Del resto de trabajos aparecidos en este volumen, siguiendo el orden de inserción, interesa mencionar los siguientes:

Von BAR, *From the general Law of Contract to patrimonial Law.— Some observations prompted by the Valencia Meeting of the Study Group on a European Civil Code*¹⁸². Se trata de una crónica de la reunión que el Grupo

179 “El hecho de haber obtenido desde hace algún tiempo normas comunes, singularmente en el ámbito contractual, nos legitima para advertir a nuestros colegas civilistas de las dificultades que se esconden en la unificación del Derecho más allá de los textos legales, y, en particular, los derivados de las versiones plurilingües, la interpretación por jueces con culturas diversas, la imbricación inevitable con los sistemas jurídicos nacionales considerados como conjuntos etc.” (SÁNCHEZ LORENZO loc. cit. p. 365).

180 A quien considera el padre de la unificación del Derecho de los contratos en Europa (loc. cit. p. 363)

181 SÁNCHEZ LORENZO loc. cit. pp. 377 y sgtes.

182 El autor dirige el Grupo de Estudios que, en cierto modo, continúa la labor de la Comisión Lando ampliada a la unificación de todo el Derecho civil. Es Profesor de la Univ. de Osnabruck. El trabajo encabeza el vol. cit. pp. 19-26.

celebró en Valencia en el mes de junio del 2002. Dado que esta ponencia abre la publicación que recensiono, por los Coordinadores viene a destacarse el valor que se atribuye a las investigaciones del Grupo, sin efectuar observaciones críticas de ninguna clase, a diferencia y en contraste con las importantes reservas que las ideas de Von BAR han recibido en Francia, por parte de la doctrina de este país, según hemos visto anteriormente. A dicha reunión acudieron 45 profesores pertenecientes a 20 países diversos. Se discutieron problemas relacionados con la compraventa, los contratos de servicios, garantías personales, contratos de larga duración, culpa extracontractual y gestión de negocios. También se ilustra el método de trabajo que se ha seguido en tales reuniones.

HONDIUS, *The influence of the Principles of european Contractual Law on Dutch Law*¹⁸³, ofrece información muy interesante, en parte ya de conocimiento general, sobre el origen, composición y procedimiento de trabajo de cada uno de las Comisiones de estudio que han creado el Proyecto Lando, el Proyecto Gandolfi y el Grupo de Estudio de Von Bar; y luego analiza la proyección del primero sobre el nuevo Cc holandés de 1992, cuya lenta gestación también se describe. En particular los Principios Lando han sido objeto, sucesivamente, de una amplia recepción doctrinal en Holanda, lo que ha asegurado ulteriormente una importante proyección práctica. También influyeron en la propia elaboración del Código, y ahora, una vez promulgado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo holandés.

LANDO, *The future development of European civil and commercial Law*¹⁸⁴. Se trata de un breve pero interesante trabajo en que el Presidente de la Comisión de Derecho contractual europeo explica como nació esta última en 1982, publicándose en 1999 una primera parte de los *Principles of European Contract Law* (PECL), con el propósito de integrarse en el futuro Código europeo de contratos; saliendo a la luz la segunda parte en 2002. La Comisión se componía de 23 miembros procedentes

183 El autor es Profesor de Derecho civil en la Univ. de Utrecht, y Director de la ERPL (Op. cit. pp. 201-221).

184 Op. cit. pp. 231-240.

de los países de la UE, no designados oficialmente, en su mayoría profesores universitarios, si bien no pocos de los cuales ejercen también la profesión. (Ha de añadirse que formalmente la Comisión se ha disuelto en febrero de 2001). Sin cita expresa de los autores, LANDO recoge las opiniones a favor y en contra de la unificación; llama la atención sobre la circunstancia de que estamos promocionando un derecho europeo mientras que la enseñanza jurídica en las Universidades es fundamentalmente nacional. No se desea un Código liberal sino otro que busque el bienestar de los ciudadanos; la legislación de protección de los consumidores ha llevado a todos los Estados miembros la preocupación por lograrla, y el nuevo Código la recogerá ("*welfarist*" Code). Pone como ejemplo los *unfair contracts terms* contemplados en el art. 4:110 de los Principios. Propugna la creación de un Tribunal europeo para cuestiones civiles y de un *Standing Comité* compuesto por profesores, jueces y prácticos que vigilen la aplicación del Derecho europeo de contratos por los Tribunales nacionales, y puedan proponer reformas en el propio Código. Frente al argumento cultural que esgrime, por ej., la doctrina francesa en contra de un Código unificado de contratos, alega LANDO que el derecho contractual no es cuestión de folklore¹⁸⁵, sino que fundamentalmente sirve a finalidades económicas, y, asimismo, que las ventajas de esta clase compensarían, en su caso, las eventuales pérdidas culturales que se produzcan al sustituir el Código nacional por el europeo.

Concluye afirmando que *the economy and the ethical values of the european nations are so similar that we can easily have the same contracts laws*¹⁸⁶.

El artículo de la Profesora Encarna ROCA TRÍAS sobre el CcC será analizado en el siguiente apartado de esta recensión por estar reproducido también en el libro que se examina a continuación.

185 Interpretación reduccionista que, a juicio del recensor, no puede menos de calificarse de caricaturesca.

186 LANDO op. cit. p. 240.

5. Se completa esta nota bibliográfica con la referencia al extenso volumen *El Dret civil català en el context europeu*, que contiene los *Materials de les Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa* (celebradas los 26 y 27 de setiembre del 2002) (Coor.: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona) (Girona 2003) 497 pgs.¹⁸⁷. En esta obra pueden diferenciarse, a nuestro objeto, tres grandes bloques de temas: en primer término los referidos al Código civil de Cataluña; luego, contribuciones diversas, españolas y extranjeras, sobre la codificación europea, bloque que será objeto de mayor atención por mi parte dada la finalidad de la recensión; y por último, temas variados que, pese a su importancia, no encajan en esta recensión.¹⁸⁸

Sobre el tema específico del Cc catalán la problemática general es tratada por los siguientes autores:

Encarna ROCA *Codificació catalana i codificació europea. El Codi civil com a instrument de política jurídica*¹⁸⁹ ;

MARTÍN CASALS *Estructura y contingut del futur Codi civil de Catalunya*¹⁹⁰;

VARIOS AUTORES *Importància d'un codi civil per a Catalunya: Reflexions des del món jurídic*¹⁹¹.

187 Ejemplar que debo al amable envío del Prof. Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Univ. de Gerona, y a quien se lo agradezco cordialmente.

188 Me refiero a la ponencia de MORALES MORENO *Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa*, op. cit. pp. 109-149.

189 Op. cit. pp. 21-46. Una versión inglesa, con leves alteraciones, bajo el título *Codification in Catalonia and in Europa. The civil Code as instrument for legal policy*, se incluye en el vol. VVAA *Derecho patrimonial europeo*, anteriormente cit. pp. 339-362.

190 El Prof. Martín Casals es Presidente de la sección de armonización de la Comisión de Codificación de Cataluña (Op. cit. pp.185-189). En el Panel intervinieron también los Sres. FOLLIA CAMPS, Presidente de la sección de familia, EGEA FERNÁNDEZ, Vocal de la sección de armonización, BRANCÓS NÚÑEZ, Vocal de la sección de armonización, BADOSA COLL, miembro del plenario de la Comisión de Codificación, y MIRAMBELL i ABANCÓ, presidente de la sección de Derecho patrimonial,

191 En este panel intervinieron con diversa extensión: Araceli FERRER VENDRELL, Directora general de Derecho y entidades jurídicas, del Departamento de Justicia; GENOVER HUGUET, Abogado; FONT y AUSIÓ, Decano del C. de A. de Granollers;

Lidia ARNAU i RAVENTÓS *Un apunt històric: La idea de "codificació" segons Estanislau Reynals i Rabassa.*

La profesora Encarna ROCA diferencia la codificación como forma de expresión de una cultura jurídica concreta, como instrumento político para determinadas finalidades y como mecanismo para el ejercicio de la soberanía; se hace eco asimismo de los argumentos que apoyan la codificación europea sin eludir los interrogantes planteados sobre la amplitud y las modalidades de esa posible y futura codificación, advirtiendo que deberán respetarse los estados plurilegislativos existentes en la UE como Inglaterra y España. No vacila en afirmar que Cataluña puede considerarse un banco de pruebas para la futura estructura del derecho privado europeo. En Cataluña la base normativa arranca de la ley 29/2002, de 30 de diciembre que establece la estructura del Código civil de Cataluña. A continuación examina las competencias de Cataluña en materia civil y plantea la cuestión siguiente: ¿Qué sentido tiene un código catalán a principios del siglo XXI? ¿No resulta contradictorio hablar de un código limitado a una región que ni siquiera es miembro de la UE, a no ser indirectamente, en el momento en que se discute si conviene o no un código unitario para la UE? Su respuesta es afirmativa por las siguientes razones: 1^a) La codificación expresa una cultura jurídica determinada, y Cataluña la tiene en contraposición al Código civil. 2^a) La codificación es un instrumento político para obtener determinadas finalidades (por ej. la defensa de los intereses de la familia no matrimonial), y 3^a) La codificación como expresión de soberanía se recoge en el preámbulo de la Ley del 2002 al hablar del ejercicio de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil de Cataluña, recuperado hace más de veinte años en el nuevo marco constitucional y estatutario. Opina la autora que hoy pocos juristas se mostrarían contrarios al Cc catalán, aun con los límites de la distribución de las competencias de acuerdo con los parámetros constitucionales y las realmente escasas posibilidades de una auténtica innovación u originalidad; sin perjuicio de que la hipotética promul-

OLLER i FAVARÓ, Abogado; Nuria BASSOLS i MUNTADA, Magistrada; ISAAC AGUILAR, Registrador de la Propiedad.

gación de un código europeo no puede alterar los derechos internos, ni en su estructura ni en su contenido. Se invoca el voto particular de DURÁN y BAS al discutirse el Código civil de 1889, defendiendo las codificaciones separadas de los territorios forales, inspirado probablemente en las ideas de SAVIGNY y de la Escuela Histórica, en que también se apoya la autora. Previene de los riesgos que puede correr hoy el proceso codificador catalán¹⁹². No deja de sorprender que ninguno de los asistentes a las Jornadas hiciera algún comentario o juicio crítico sobre las ideas que sirven de respaldo a esta singular, aunque no inesperada, codificación civil catalana¹⁹³.

En línea inspiradora de esta nota bibliográfica, me interesan destacar especialmente las siguientes ponencias:

192 1º Crear un derecho artificial que sea ignorado por los operadores jurídicos. 2º Legislar sin tener en cuenta lo que se está discutiendo en el momento actual. Y 3º Crear un derecho de baja calidad con características más reglamentarias que de leyes auténticas. (Op. cit. p. 42 y sgte).

193 El vol. publicado no refleja ninguna discrepancia en este punto. Como mero censor me sorprende la referencia al ejercicio por la Comunidad Autónoma catalana de *facultades soberanas* a la hora de promulgar el nuevo CcC. Añado, por mi parte, cuestiones prácticas: Nadie podrá impedir que en la futura Mesa que eventualmente debata el Código civil europeo (o simplemente, el de contratos) España se presente con su viejo Código y tantos Códigos civiles territoriales y abiertos como Autonomías (el Fuero Nuevo de Navarra, creo, no difiere mucho de un *Código civil abierto*; hay algunas CCAA que siguen legislando en materia civil aun sin ser forales). Como tampoco se podrá impedir que se modernice el Cc español, o se llegue a promulgar uno nuevo (siguiendo el ejemplo italiano, portugués y holandés) y entonces puede ocurrir que los modelos que se hayan adoptado no sean similares ni homogéneos (La nueva reforma alemana parece haber inspirado el CcC). Además quiero llamar la atención sobre otros problemas prácticos que la entrada en vigor del CcC el 1º enero 2004 ha traído. Me refiero a los nuevos plazos de prescripción extintiva, inspirados también en este punto en la ley alemana de Modernización (cfr. el excelente estudio de RUDA GONZÁLEZ *Pactes sobre la durada del termini de prescripció en la modernització del dret d'obligacions alemany i el codi civil de Catalunya, op. cit. pp. 457 ss*) ¿No se infringe, o pone en riesgo, el principio constitucional de unidad del mercado por el hecho de que en Cataluña las acciones por culpa extracontractual se extingan por prescripción a los tres años, mientras que en el resto de España el plazo es anual? ¿No es predicable lo mismo a propósito del plazo decenal de prescripción ordinaria de las acciones personales que en Cataluña se ha rebajado de quince a diez años?

SÁNCHEZ LORENZO *Aproximación del derecho civil en Europa: Marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea*¹⁹⁴;

MARTÍNEZ SANZ *Los principios de derecho contractual europeo (Comisión Lando) en el marco de la armonización del Derecho de contratos*¹⁹⁵;

DÍEZ-PICAZO *Reforma de los Códigos y Derecho europeo*;

BEALE *Europeanisation of Private Law and English Law*¹⁹⁶;

MAGNUS *Europe and the legal reform of the law of obligations*¹⁹⁷.

La nueva ponencia del Prof. SÁNCHEZ LORENZO es una precisa y rigurosa exposición crítica de una de las cuestiones más recurrentes sobre la unificación europea del Derecho privado, a saber la competencia de los órganos comunitarios para llevarla a cabo. Después de analizar con detalle los arts. 94 y 95 con invocación de la jurisprudencia pertinente, llega a la conclusión de que actualmente el derecho privado comunitario sólo puede aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora. Cabría darse una modificación de los Tratados atribuyendo una competencia comunitaria genérica para la armonización del derecho privado, pero sometiénose a las restricciones derivadas del ámbito de aplicación, a saber *ratione materiae* por cuanto quedan excluidos los sectores de contenido no patrimonial (derecho de familia y de sucesiones); estos límites sectoriales constituyen en sí mismos un inconveniente notable para la elaboración de un código civil europeo; la sectorialización del código impide un sistema jurídico coherente, que exige una relación íntima entre obligaciones contractuales y no contractuales, derechos reales, derecho de familia y sucesiones, y sectores concretos del derecho procesal, penal, laboral etc. Además, la elaboración de un código euro-

194 Texto extraído de la monografía del autor *Derecho privado europeo* (Granada 2002) esp. pp. 193-224.

195 El autor es Catedrático de Derecho Mercantil en la Univ. Jaume I de Castellón, y ha sido últimamente miembro de la Comisión Lando.

196 Profesor de la Univ. de Warwick y Miembro destacado de la Comisión Lando.

197 Profesor de la Univ. de Hamburg.

peo con trascendencia tanto, intracomunitaria como interna, supondría *per se* una contradicción con los límites espaciales del derecho comunitario. Añádanse los límites personales en cuanto no puede afectar a los nacionales de terceras personas. Por otro lado, aunque resulta posible vincular la unificación del derecho privado, al menos parcialmente, con la eficiencia del mercado, la competencia de la Comunidad en base al art. 95, sólo será legítima si no conculcara las limitaciones que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contenidos en el art. 5; la mayoría de los estudiosos estiman que ambos principios o, en todo caso, el de proporcionalidad, son obstáculos insalvables a la competencia de la CE para promulgar un código civil europeo e implican serias limitaciones en el contenido del derecho privado comunitario fragmentario¹⁹⁸. Por último, el autor deja escaso campo de actuación a los llamados poderes implícitos.

El Prof. MARTÍNEZ SANZ ofrece informaciones y comentarios de primera mano sobre la Comisión Lando, cuya disolución no cree que se debiera a razones financieras, sino a la convicción de haber alcanzado cumplidamente sus objetivos y de que era llegado el momento de dar paso, sin solución de continuidad, al Grupo de Trabajo de Von BAR, en el que dos tercios de miembros de la Comisión Lando trabajan en la actualidad. Los objetivos de ésta no han de buscarse a corto plazo, sino a medio o a largo plazo. No puede pretenderse que los Principios deban considerarse como una ley europea inmediatamente aplicable a los contratos, sino que acogen una visión moderadamente realista y acaban reconociendo las dificultades existentes para alcanzar ese objetivo; entre las finalidades del Proyecto figura la de tender puentes entre distintas culturas jurídicas y obtener una especie de *destilado* o de principios, o reglas comunes, a partir de las cuales pudiera seguir avanzándose en la unificación; en definitiva, encontrar reglas asumibles por juristas latinos, germanos, británicos o escandinavos. En tanto *soft law* pueden servir como modelo a los contratantes a la hora de

198 Amplio desarrollo en loc. cit. pp. 69 y sgtes. En relación con la pluralidad legislativa española que deriva del art. 149.1.8 CE el autor afirma que *nuestra identidad nacional sufriría doblemente con un código civil europeo* (loc. cit. p. 81).

afrontar un contrato internacional; también a los operadores del tráfico internacional para incluirlos en los principios internacionalmente aceptados en el comercio de aquella clase, en la *lex mercatoria* o expresiones similares. Al margen de estos objetivos a corto plazo, desde siempre se entendió en el seno de la Comisión que la misma podría sentar las bases de una futura unificación —siquiera parcial— del derecho europeo de obligaciones y contratos. Ha habido, por tanto, una evolución hacia objetivos parcialmente distintos¹⁹⁹. Anota, con acierto, que en nuestro país los trabajos de la Comisión Lando han pasado inadvertidos, lo que contrastaba con lo que ocurría en otros países, situación que está empezando a cambiar. El autor describe con bastante detalle el método de trabajo de la Comisión hasta llegar a obtener un texto articulado²⁰⁰ en el que han primado, sobre otros aspectos, la concisión, la claridad y la flexibilidad. Normas redactadas de manera flexible y fácilmente comprensible, a lo que ayudan los casos y ejemplos; cada uno de los artículos se acompaña de un comentario explicativo, que vendría a ser una *interpretación auténtica* de lo que quiso decirse en el texto; al comentario le siguen las notas nacionales en las que se recoge el estado de la cuestión en relación con la regla consagrada en cada uno de los artículos; se ofrecen así los antecedentes de derecho comparado. Los últimos pronunciamientos de la Comisión europea vienen a sancionar de alguna manera los Principios al insistir en la idea de un *Restatement* como un camino adecuado para la armonización de los derechos europeos. Los Principios Lando se han asumido, por tanto, como punto de partida por el Grupo de Trabajo de Von BAR, y parece que también han servido de inspiración a la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y puede convertirse en un modelo asumible para otras reformas nacionales.

Con el reconocido prestigio de su inigualado curriculum, y con su vigilante atención a las nuevas tendencias europeas²⁰¹, el Prof, DÍEZ-

199 MARTÍNEZ SANZ loc. cit. p. 86.

200 MARTÍNEZ SANZ loc. cit. p. 91.

201 Cfr. DIEZ-PICAZO, Encarna ROCA y MORALES MORENO *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid 2002).

PICAZO ha centrado su ponencia en exponer los problemas fundamentales que puede originar entre nosotros la reforma del Libro IV del Cc, iniciada en la Comisión General de Codificación con una propuesta del Prof. MENÉNDEZ MENÉNDEZ unificando las obligaciones civiles y mercantiles, entrando de inmediato en una nueva regulación del contrato de compraventa. Sin embargo en la sección de Derecho civil pareció oportuno comenzar por el art. 1088, conforme a la tradición europea-continental que, con algunas variantes, regula previamente el Derecho de obligaciones. A continuación el autor pasa revista a las cuestiones más controvertidas para dejar sentado²⁰² que, cualquier reforma que, en estos momentos o en el futuro, se acometa para modificar los actuales códigos civiles, naturalmente tiene que adquirir conciencia clara de que debe ponerlos en línea con los textos en los que hoy se plasma un proyecto de derecho europeo. Concluye que el derecho de contratos se encuentra hoy en un momento delicado de su evolución y, si se considera necesario reformarlo, lo mejor que puede hacerse es colocarse en la misma línea que el llamado derecho europeo. Actitud que puede calificarse de inicial apertura a la codificación europea que contrasta con las reticencias generalizadas que hemos encontrado en la civilística francesa. Aunque el autor se ha fijado principalmente en los Principios Lando, no deja de aludir expresamente el Proyecto de Pavía²⁰³.

Sugestiva en extremo resulta la ponencia del Prof. BEALE que a su cualidad de miembro de la *Law Comission of England and Wales*, une la de haber sido miembro destacado de la Comisión Lando: ¿Qué grado de europeización ha alcanzado el Derecho inglés como consecuencia de la aplicación del Derecho comunitario? ¿qué grado de influencia doctrinal europea ha llegado a las Islas en los últimos años? El autor sostiene que

202 DÍEZ-PICAZO *Reforma de los Códigos y Derecho europeo* cit. p. 108.

203 Si bien con alguna imprecisión pues, cabalmente, tal Proy. ha acogido las reservas inglesas sobre el tratamiento de las obligaciones, y se ocupa directamente de la noción de contrato (lo que no significa prescindir de aquéllas: Cfr. GARCÍA CANTERO *El Anteproyecto de Código europeo de contratos. Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía*. En *Derecho privado europeo* [coord. Cámara Lapuente], Madrid 2003, p. 211.

la aplicación de las Directivas comunitarias a través de diversas leyes apenas si ha modificado el derecho inglés por la especial concepción que tienen del *Statute*, objeto de aplicación restrictiva; incluso cuando el derecho comunitario hace referencia a nociones jurídicas desconocidas en el Derecho inglés²⁰⁴. Durante el siglo XX la doctrina inglesa se ha encerrado en sí misma más que en la centuria anterior, probablemente por haberse concentrado los estudios universitarios en el *common law*, si bien algunos indicios hacen pensar que las cosas pueden cambiar. Con alguna frecuencia las sentencias inglesas mencionan el derecho alemán²⁰⁵. En cuanto a las actitudes inglesas respecto de la armonización o unificación del derecho privado puede hablarse de una postura contraria basada en diversas razones (hostilidad hacia una codificación en cuanto tal; diferencia entre el estatuto y el código; el uso de que muchas veces las partes de un contrato internacional eligen el derecho inglés como ley aplicable). BEALE es relativamente optimista y cree que en un plazo de unos veinte años el panorama puede cambiar.

Las dos reformas alemanas del 2002 producidas en el *Schuldrecht* —una es la *gran reforma*, la más conocida, sobre la modernización que ha tenido por objeto introducir en el BGB los conceptos básicos del nuevo derecho comunitario sobre el consumo, y la *pequeña reforma* que ha afectado a la culpa extracontractual—, dan ocasión al Prof. MAGNUS a una reflexión sobre las influencias recíprocas, en estas materias, entre el derecho nacional y el derecho europeo. A su juicio²⁰⁶, a nivel comunitario van a proseguir incrementándose las reformas en materia de derecho del consumo, ejerciendo para ello expresas competencias otorgadas en los Tratados de la UE. Estas reformas comunitarias han de ser más consistentes y transparentes que en el pasado, mediante instrumentos más eficaces que las Directivas. El Derecho comunitario

204 Por ej. el de *Good faith*, que después de amplias discusiones se ha hecho similar al de *fair and reasonable* que ya aparece en la *Unfair Contracts Terms Act* de 1977 (loc. cit. p. 153).

205 *It is an open secret that Lord Goff, when he needs to know one point on German law on which he is not certain, rings up Professor Von Bar* (BEALE loc. cit. p. 158).

206 V. conclusiones en loc. cit. pp. 181 y sgte.

se inspirará en la Convención de Viena de 1980, en los Principios de UNIDROIT y en los Principios Lando, originando un nuevo sistema híbrido de familias jurídicas. Junto a lo anterior cabe preguntarse si cada uno de los Estados miembro podrá modificar su legislación, bien entendido que su campo de actuación va restringiéndose sucesivamente, pues si se trata de un campo ya cubierto por el derecho comunitario, el legislador nacional deberá limitarse a reproducirlo; sin dar origen a una *competition of legal orders*, el autor no ve inconvenientes en que se promulguen diversas nuevas codificaciones en los países europeos. Cuando el legislador nacional legisla en esta materia deberá tener en cuenta, no sólo los acuerdos internacionales sino los Principios Lando o UNIDROIT²⁰⁷.

6. ¿Caben conclusiones en esta nota bibliográfica, que ha resultado, acaso, demasiado amplia, un tanto desmesurada, necesariamente diversa y, en ocasiones, hasta dispersa?

Parece que los civilistas españoles no nos sentimos llamados a festejar el Bicentenario del Cc de Napoleón; y ello pese a que seguimos concienzudamente investigando los precedentes inmediatos de nuestro Cc, ya sea en la matriz original, ya sea en la copia mejorada del Cc ital. de 1865. No me atrevo a decir que tal indiferencia venga a reflejar la pareja omisión en Francia de cualquier referencia a la doctrina española significativa, en las fiestas bicentenarias y en cualquier momento anterior.

Sí han llegado a nosotros los ecos del debate mantenido, al otro lado de los Pirineos, a propósito de la *codification à droit constant*, el cual resulta, a mi juicio, sumamente instructivo al objeto de ratificarnos en la idea de no entusiasmarnos, de inmediato, con cualquier novedad ultramontana.

Lateral, e incidentalmente, hemos caído en cuenta de que la era de la codificación no había pasado; y que, en casa, el Parlamento catalán se ha apresurado a utilizar un modelo codicial que procuran pueda

207 ¿Y por qué no las soluciones contenidas en el Anteproyecto de Pavía, añadido por mi cuenta?

encajar ¿sin estrépito? en el art. 149.1.8 CE, y que, motivados por ello, acaso valiera la pena de emprender la aventura de un Cc verdaderamente nuevo, respetuoso igualmente con la normativa constitucional, sin que debiera sorprendernos que otras Comunidades Autónomas decidieran hacer lo mismo por su cuenta.

Que acaso esté madurando más concretamente, una reforma en profundidad del Libro IV del Código civil, que tenga en cuenta la inevitable unificación de las obligaciones civiles y mercantiles, que algunos hace mucho tiempo que habíamos solicitado, pues resultan claras las ventajas que ello ha supuesto en las legislaciones de Suiza, Italia, Holanda y en el Derecho inglés.

Que una versión modernizada del Cc podría ser la única manera de evitar que el legislador ordinario, con demasiada frecuencia, *siga perdiendo el respeto al venerable Cc.*

Que debe estimularse la presencia de civilistas españoles en los diversos grupos que actualmente trabajan en la unificación europea, ya sean de Derecho civil o privado sin más limitaciones, ya sea del Derecho de (Obligaciones y) Contratos, o de algunas de sus aspectos, procurando siempre que acudan, sin complejos, los mejor preparados, lingüística, comparativa y científicamente hablando.

Dieu nous garde des euro-technocrates! Es un grito que algunos de nuestros colegas galos han dejado exclamar con frecuencia en los últimos años. Es un grito que resulta justificado al comprobar que alguno de los autores de proyectos europeos compara el espíritu del pueblo con el folklore, en desgraciado símil. Yo creo que los documentados trabajos comparativos que están realizándose en tantos campos del viejo *Ius civile* son la mejor garantía de seriedad, solvencia, humildad y paciencia que ha pedido MALAURIE a quienes quieren trabajar en este difícil, aunque fascinante campo del Derecho civil en el siglo XXI.

NOTES COMPARATIVES SUR LE RÉGIME DE LA REPRÉSENTATION CONTENU DANS L'AVANT-PROJET DE LA RÉFORME [FRANÇAISE] DU DROIT DES OBLIGATIONS²⁰⁸

Sommaire: Introduction.– La représentation dans l'avant-projet de la réforme [française] du Droit des obligations.– Un bilan comparatif.

INTRODUCTION

1. Dans la doctrine française ce n'est qu'à la fin du XVII^e siècle qui est admise la représentation parfaite²⁰⁹. Il n'est de lors pas surprenante de constater que le Code civil de 1804 ne contient pas de réglementation d'ensemble de cette modalité d'exprimer le consentement en matière d'actes juridiques²¹⁰. Par contre, celle-ci se trouve dispersée surtout dans le contrat de mandat du Code civil et du contrat de commission du Code commerce, ou bien dans le régime de la tutelle, ou finalement dans certains cas très concrètes de représentation judiciaire (par. ex. à l'art. 495-5, al. 2 C.c.); sans pour autant oublier que la gestion d'affaires (arts. 1372 et ss.) ne constitue pas, pour ainsi dire, que l'aspect

208 Publicado en "European Law of Private Law", 2007, págs. 781-803.

209 MALAURIE-AYNÉS, *Droit civil. Les Obligations*, 2^eme ed. (Paris 1990) p. 361.

210 CARBONNIER, 4, *Les Obligations*, 18^eme ed. (Paris 1994) p. 207.

négatif de la représentation parce que le gérant d'affaire accomplit un acte dans l'intérêt et pour le compte d'un tiers, sans avoir reçu mandat de celui-ci. Cependant la simple ressemblance à celle qui résulterait d'un contrat de ce genre, ne peut pas cacher qu'en réalité, au moment de contracter le gérant avec le tiers, il n'existe pas de contrat de mandat, et par conséquent nous sommes, pour ainsi dire, devant une représentation dans le vide; et fréquemment on ne pourra pas prévoir s'il va se produire après la ratification du géré.

Deux siècles après la promulgation du Code Napoléon les exigences de l'économie moderne ont multiplié en France les cas de représentation et les Tribunaux ont dû se prononcer à diverses reprises sur de cas de représentation directe ou indirecte (plutôt appelés *parfaite* et *imparfaite*). Graduellement la doctrine française, tout au long le siècle passé s'en est bien occupé, soit par les civilistes soit par les commercialistes²¹¹.

211 Ouvrages monographiques:

PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations* (Th. Caen 1897); GOUGET, *Théorie générale du contrat avec soi-même* (Th. Caen 1903); VALLIMARESCO, *Des actes juridiques avec soi-même*, RTDC, 1926, p. 973 ss; POPESCO RAMNICEANO (Th. Paris 1927); MADRAY, *De la représentation en droit privé* (Th. Bordeaux 1931); FALQUE-PIERROTIN, *Les éléments constitutifs du contrat de mandat* (Th. Caen 1933); GLIVERDON, *L'évolution du contrat de mandat* (Th. Paris 1947); LÉAUTÈ, *Le mandat apparent*, RTDC, 1947, p. 288 et ss; FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui* (Th. Paris 1950); SAVATIER, *L'écran de la responsabilité devant l'autonomie de la personne*, D. Chr. 1959, 47; CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial* (Th. Montpellier 1959); LESCOT, *Le mandat apparent*, JCP, 1964 I 1826; ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes* (Th. Nice 1974); *L'abus des pouvoirs et des fonctions*, Travaux H. Capitant, 28 (1977); QUWNAUDON, *Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale* (Th. Strasbourg 1979, ronéo); STARCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques* (Th. Strasbourg 1982); SOURIOUX, *La croyance légitime*, JCP, 1982, I, 3058; GAILLARD, *La représentation et ses idéologies en droit privé français*, Droits, 1982, p. 91 ss; GAILLARD, *La notion de pouvoir en Droit privé* (Th. Paris-2, 1985); PETEL, *Les obligations du mandataire* (Th. Montpellier 1987); LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé* (Th. Paris-2, 1990)

Ouvrages généraux:

ROUAST, en *Travaux Ass. Henri Capitant*, IV, 1948, p. 110 ss; RIEG, *V^o Représentation*, Rep. Civil Dalloz.

À l'heure actuelle la doctrine reconnaît volontiers que les dispositions du Code civil ne sont pas toujours d'un grand secours pour construire une théorie juridique de la représentation²¹², ce qui n'empêche pas les auteurs de soutenir une conception plutôt restrictive de l'institution²¹³, ou bien d'émettre des réserves à propos de favoriser la représentation conventionnelle²¹⁴.

2. On peut remarquer, à propos de la représentation, une certaine ouverture de la doctrine française à l'égard de la législation étrangère, surtout à l'égard des Codes du XX^{ème} siècle²¹⁵, mais —et justement jusqu'au moment de la parution de cet avant-projet— moins intense dans les dernières années que celle opérée par ex. dans la doctrine espagnole dans cette matière, et ce bien que le Code civil espagnol appartienne à la famille du Code de Napoléon²¹⁶.

MARTY-RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 2^{ème} ed. I (Paris 1988); STARCK-ROLAND-BOYER, *Droit civil. Les obligations 2 Contrat*, 3^{ème} ed. (Paris 1989); LARROUMET, *Droit civil III Les Obligations. Le contrat*, 2^{ème} ed. (Paris 1990); MALAURIE-AYNÉS, *Droit civil. Les Obligations*, 2^{ème} ed. (Paris 1990); FLOUR-AUBERT, *Les Obligations. 1. L'acte juridique*, 5^{ème} ed. par Aubert (Paris 1991); CARBONNIER, *Droit civil. 4. Les Obligations*, 18^{ème} ed. (Paris 1994); TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6^{ème} ed. (Paris 1996).

212 LARROUMET op. cit. p. 152.

213 Par ex. MARTY et RAYNAUD refusent la qualification de représentation à celle imparfaite (op. et vol. cit. p. 87).

214 Ainsi le Doyen CARBONNIER, lequel après avoir exprimé son regret de que le Code civil ne contient pas une réglementation d'ensemble de la représentation, il écrit: "En prenant de la hauteur, on pourrait se demander s'il y a intérêt à tant favoriser la représentation conventionnelle, sous couleur d'autonomie de la volonté. C'est une abdication de la personnalité, et qui se prête à des combinaisons dangereuses pour les représentés: mandat irrévocable, contrat avec soi-même, dont on a trop facilement admis la validité de principe. La véritable autonomie de la volonté postulerait qu'il n'y eût de mandat que révocable *ad nutum* et impératif".

215 Par ex. le BGB, le Code suisse des Obligations et le Code civil italien de 1942 (cités par le Doyen CARBONNIER, op. et vol. cit. p. 207).

216 Voyez la bibliographie espagnole actuelle sur la représentation citée par GARCÍA CANTERO, *La representación*, en VVAA, *Anotaciones al Proyecto de Pavia* (Zaragoza 2005), p. 344. n. 62.

3. Tout d'abord il faut dire que le Code civil espagnol avait prévu en la matière une règle de portée générale parmi les dispositions introductives aux contrats. En effet, l'art. 1259 dispose: *Personne pourra contracter au nom d'autrui sans être autorisé par celui-ci, ou sans que la loi lui accorde sa représentation*²¹⁷. L'alinéa 1 règle les effets de la représentation sans pouvoir, ainsi que ceux qui dérivent de la ratification par le représenté: *Le contrat célébré au nom d'autrui par une personne qui n'a pas son autorisation ou bien la représentation légale sera nulle, à moins qu'il ne soit ratifié par la personne au nom de laquelle il a été conclu avant d'être révoqué par l'autre cocontractant*²¹⁸.

Cette règle générale sur la représentation²¹⁹ n'avait pas eu aucun précédent dans les Codes civils européens du XIX^e siècle et provient, presque littéralement, de l'art. 980 du Projet de GARCÍA GOYENA de 1851²²⁰, qui a été utilisé pour élaborer le C.c. de 1889; rédigé cet article dans le sens négatif, c'est possible aussi de l'interpréter au sens positif, de telle sorte qu'on pourrait le lire comme suit: *Il est valable de contracter au nom d'autrui lorsqu'on dispose d'un suffisant pouvoir d'agir; le contrat ainsi célébré oblige le représenté à l'égard du tiers avec qui a contracté le représentant, ce dernier ne s'obligeant pas ni n'acquérant aucun droit*²²¹.

De l'art. 1259 Cc espagnol il est possible de dégager quelques conséquences d'intérêt:

- on accepte généralement le fait de contracter au nom et pour compte d'autrui;

217 *Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*

218 *El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.*

219 *C'est "le seul article qui mentionne directement, et sans y mélanger d'autres institutions, la représentation", nous disent LACRUZ et alii, Elementos de Derecho civil, I-3^o (3^eme ed. par DELGADO ECHEVERRÍA) (Madrid 2005) p. 270.*

220 GARCÍA GOYENA avait écrit que cette règle appartienne à la jurisprudence universelle et qu'elle n'a pas besoin de motifs ni de commentaires (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Zaragoza 1974) p. 519).

221 *Ainsi DíEZ-PICAZO, Comentario del Código civil, II (Madrid 1991) p. 439.*

- on reconnaît deux sources de représentation, l'une volontaire et l'autre légale;
- la loi qualifie de nul l'acte accompli sans pouvoir de représentation, mais la doctrine moderne discute de la nature et des propriétés de cette *nullité*;
- on admet aussi la règle *ratihabitio mandato aequiparatur*;
- il est possible la révocation de l'acte par le tiers avant que la ratification y soit intervenue.

Une fois établie en droit espagnol la possibilité générale de la représentation dans les actes juridiques, la doctrine et la jurisprudence sont obligés, tout de suite, pour en compléter sa réglementation, en utilisant les règles du contrat civil de mandat (arts. 1709-1739 C.c.), et du contrat commercial de commission (arts. 244-302 C.com.), ainsi que, en cas de représentation légale, des règles sur l'autorité parentale, la tutelle, etc²²².

4. Sur les aspects théoriques de la représentation la doctrine espagnole s'inspire, initialement, de l'École allemande des Pandectes, soit directement (SAVIGNY, JHERING, WINDSCHEID, LABAND [1866], SCHLÖSSMANN [*Die Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig, 1900-1902]), soit à travers des traductions²²³; au siècle passé l'influence allemande continue à s'exercer en Espagne (par ex. MÜLLER-FREIENFELS [*Die Vertretung beim Rechtsgeschäfts*, Tübingen, 1955]), mais, par contre, l'inspiration doctrinale italienne, qui venait de loin, s'est intensifiée aussi (à ce propos on cite SAGESSE [*La rappresentanza nella teoria e nella pratica de Diritto privato*, Milano 1933], GIORGIANNI [*Sulla forma del contratto senza procura*, Milano 1951], GRAZZIANI [*La rappresentanza senza procura*, en *Studi di Diritto civile e commerciale*, Napoli 1953], FERRARI [*Gestioni di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962], PUGLIATTI

222 En général on ne considère pas la représentation judiciaire comme catégorie autonome.

223 LENEL, *Mandato y poder*, Rev. Der. Privado, 1924, p. 369 ss; HUPKA, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos* (Madrid 1930), celle-ci a connu un grand succès et ses idées ont eu une diffusion très répandue en Espagne.

[*Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965], et finalement on a utilisé des traductions²²⁴).

À l'heure actuelle la doctrine espagnole s'en occupe d'habitude, minutieusement et en profondeur, de la représentation dans la Partie Générale du Droit Civil, à propos de la théorie de l'acte juridique (c.à.d. le *Rechtsgeschäft* allemand, ou le *Negozio giuridico* italien, dont le concept et la terminologie ont été pleinement reçus par la doctrine et par la législation de ce pays), et aussi par référence dans le chapitre des effets du contrat; sans pour autant méconnaître que la réglementation la plus complète de la représentation directe se trouve, néanmoins, dans le régime du contrat de mandat²²⁵.

224 DE SEMO, *La gestión de negocios en la teoría y en la práctica* (Madrid 1961); MOSCO, *La representación voluntaria* (Barcelona 1963).

225 On peut énumérer, à titre d'exemple, les matières incluses sous le chapitre de la représentation dans un *Manuel* très utilisé dans les Facultés espagnoles (LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil, I-3º* [3ème ed. à la charge de DELGADO ECHEVERRÍA] [Madrid 2005], p. 269-321):

I. La représentation, en général. II. La représentation volontaire. Représentation directe. 3. La représentation légale. IV. La représentation indirecte.

Sous le I, on développe la conception classique sur la représentation directe, et on se pose la question de s'il y en aura d'autres cas de représentation, et de si la légale constitue-t-elle un vrai cas de représentation. On y analyse en détail le rapport représentatif et le contrat conclu par représentation.

Sous le II, on traite du concept, des caractères et des conditions de la représentation directe ou volontaire; la *contemplatio domini*; le pouvoir, la capacité et la forme; la substitution du pouvoir; l'extinction et l'apparence; la représentation sans pouvoir; la ratification; l'auto-contrat.

Sous le III, on décrit la représentation légale, ses cas, sa nature et son fonctionnement.

Sous le IV, on expose les cas légaux de représentation indirecte; le mandat pour acquérir et pour aliéner; les rapports parmi le mandant et le tiers; le contrat par personne à désigner. En général, on peut conclure que les matières ci-avant exposées sont plus ou moins pareilles à celles qui se trouvent dans la doctrine française actuelle ou dans celle des autres pays.

LA REPRÉSENTATION DANS L'AVANT-PROJET FRANÇAIS DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

5. La situation change radicalement si on prend comme point de comparaison cet ambitieux Avant-projet de réforme du Code civil, rédigé en tenant compte, entre autres, le Nouveau Code civil néerlandais de 1992, et la réforme allemande du BGB en 2001, et aussi des autres réformes d'outre mer (québécoise et brésilienne), sans oublier les projets européens de Landö et Gandolfi. Dans cet avant-projet, on trouve un régime global de la représentation, bien conçu et développé, permettant de construire une théorie générale de la représentation; tout en érigeant systématiquement le pouvoir d'agir au nom d'autrui comme condition spécifique de validité des actes accomplis par le représentant légal, judiciaire ou conventionnel²²⁶.

En général, les auteurs reconnaissent que nous sommes en présence d'une réforme partielle du Code dont le point de départ semble bien établie: *Le titre "Des Obligations" doit être le siège de maximes générales qui édictent un droit commun actualisé*, et, en conséquence, *l'avant-projet ne propose pas un code de rupture, mais d'ajustement*²²⁷.

Pour la représentation on dit,— modestement—, que l'avant-projet apporte un important *dispositif législatif*²²⁸ au texte du C.c., mais je crois qu'il s'agit d'une réelle nouveauté en Droit civil qui va faciliter énormément au XXI^{ème} siècle l'adaptation de la règle française du droit à la vie économique d'une Europe unie, dans le cas où ce projet soit adopté par le Parlement.

Tout d'abord l'institution est contemplée déjà à l'art. 1108, au moment de définir les conditions essentielles à la validité d'un contrat; au consentement des parties contractants, à leur capacité de contracter, à l'objet qui forme la matière de l'engagement et à la cause justifiant ceci,

226 J'utilise un exemplaire polycopié du Rapport adressé à M. la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 22 septembre 2005. La cite appartient à l'Introduction du Prof. CORNU p. 10.

227 CATALA, *Présentation générale de l'Avant-Projet*, loc. cit. p. 3 s.

228 HAUSER-WICKER, *Exposé de motifs (art. 1116 à 1120-2)*, loc. cit. p. 23.

car s'y ajoute, pour l'acte accompli par le représentant d'une partie, le pouvoir d'agir au nom de celle-ci²²⁹.

Il faut également remarquer que les auteurs de l'avant-projet, au moment de régler la capacité pour contracter, se trouvaient face à une difficulté non négligeable parce que la question de la capacité fait partie du droit des personnes plus que du droit des obligations. Pour notre travail nous intéresse la distinction y établie entre la *capacité de jouissance* (c.à.d. l'aptitude à être titulaire d'un droit, selon l'art. 1116) et la *capacité d'exercice* (ce qui constitue la règle générale, selon l'art. 1117, de contracter la personne par elle-même sans assistance ni représentation); notions qui, en effet, correspondent, en droit espagnol, à la *capacidad jurídica* et à la *capacidad de obrar*.

Nous intéressent les règles suivantes:

Art.1118-2: *Lorsque l'incapacité d'exercice est générale, la loi assure la représentation ou l'assistance de la personne protégée.*

Art. 1118-3: *Les personnes capables de contracter peuvent conférer à un tiers pouvoir de leur représenter.*

Art. 1118-4: *Les personnes morales contractent par l'intermédiaire de leurs représentants.*

Voici le point de départ permettant développer et régler la représentation légale (art. 1118-2), la représentation volontaire ainsi que le cas, peut être spécial, de la représentation des personnes morales (dont le régime juridique en général trouve encore des certaines difficultés en France, et qui dans d'autres législations donne lieu à ce qu'on appelle la *représentation organique*). À mon avis il s'agit là de trois règles très utiles afin de mieux encadrer dans le code civil l'institution de la représentation dans son ensemble, et d'y traiter ainsi son régime selon le § 3.

229 Le texte ajoute la suivante Note, très précise: *Le terme "pouvoir" est polysémique, mais c'est au sein de la représentation qu'il apparaît dans son sens spécifique le plus pur (CARBONNIER et GAILLARD) au rang des conditions de validité de l'acte accompli par le représentant. Il mérite donc bien d'être annoncé à ce titre dans l'art. 1108. C'est une condition occasionnelle (au cas de représentation) mais, dans cette hypothèse elle est essentielle.*

6. L'avant-projet a consacré à la représentation les arts. 1119, 1119-1, 1119-2, 1119-3, 1120, 1120-1, 1120-2, dont je souhaiterais faire l'analyse comparatif; et, tout d'abord, sur leurs aspects extérieurs et formels.

Quant à la position systématique de la représentation il me semble correcte et adéquate au but de celle-ci, le fait de l'inclure à l'occasion de régler le contrat et les obligations conventionnelles en général; et plus concrètement sous le chapitre II (*Des conditions essentielles pour la validité des conventions*), dans la section 2 qui traite de *la capacité des parties contractants et du pouvoir d'agir au nom d'autrui*. Certes, la représentation qui a son origine dans un contrat c'est peut-être la plus fréquente, bien qu'elle ne soit cependant pas la seule à exister dans la vie juridique actuelle.

Par rapport à la terminologie légale employée, l'avant-projet semble considérer analogue le mot *représentation qu'agir au nom d'autrui* (dans l'énoncé de la section 2), ou bien, plus correctement, *d'agir au nom et pour le compte d'autrui* (par exemple, à l'intérieur de l'art. 1120-1). Même si certains auteurs emploient d'autres termes, l'avant-projet a fait bien, à mon avis, de respecter le nom classique.

7. Quant au concept et à la nature juridique de la représentation²³⁰, c'est vrai que l'avant-projet emploie trois fois (aux arts. 1119, 1119-2, 1120-2) le mot *mission* (c.à.d. la mission de représenter en général, n'importe quelle soit la source; et la mission du représentant conventionnel, en particulier) afin de qualifier en quelque sorte la gestion du représentant; mais je ne pense pas qu'il existe, chez les auteurs de l'avant-projet, le propos d'attirer la attention sur ce terme pour offrir à la doctrine une base à n'importe quelle conception théorique sur cette figure. À mon avis, la doctrine continuera d'être libre pour s'exprimer et pour élaborer la théorie qui préfère sur ce problème, étant donné que le texte légal semble plutôt s'inspirer sur la doctrine classique ou traditionnelle²³¹.

230 Cependant pour LARROUMET, op. cit. p. 151, les controverses sur la nature juridique de la représentation ne possèdent pas un très grand intérêt pratique.

231 L'avant-projet se fait écho de la doctrine classique à propos de la nature de la représentation telle qui l'expriment, par ex., MARTY-RAYNAUD, op. et vol. cit. p. 86 (La représentation est une procédé juridique par lequel une personne agit pour le compte et

8. L'art. 1119 règle d'abord le classement de la représentation en raison de sa source (légale, judiciaire ou conventionnelle)²³², et, en référence à l'art. 1108, il établit que ces trois catégories de représentation obéissent, dans la phase du négociation pour la formation du contrat, à une condition complémentaire pour la validité du contrat. Après tout cela le texte fixe les limites légales de la représentation: le représentant n'est fondé à agir que dans la sphère des actes qui entrent dans la ca-

au nom d'une autre, de sorte que l'acte accompli par le représentant produit directement ses effets sur la tête du représenté), ou par le Doyen CARBONNIER, op. et vol. cit. p. 202 (Mécanisme par lequel un individu [représentant] passe un contrat par le compte d'un autre individu [représenté], en la personne du qui naissent les droits et les obligations). FLOUR et AUBERT, op. et vol. cit. p. 343, insistent plutôt sur l'idée du remplacement d'une personne par une autre pour la conclusion d'un contrat, ou, plus largement, pour l'accomplissement d'un acte juridique. De sa part, TERRÉ-SIMLER-LEQUETTÉ, op. cit. p. 136 s parlent d'une technique juridique d'utilisation quotidienne, au cas où une partie au contrat ne voudrait ou ne pourrait être présent lors de la conclusion de celui-ci; cela suppose le recours à des intermédiaires professionnels ou particuliers.

Dans la doctrine espagnole LACRUZ, *ed alii*, op. et vol. cit. p. 274 s. se font écho des modernes conceptions italiennes qui remarquent dans la représentation l'aspect de collaboration ou de coopération à l'acte juridique autrui (FERRARI, DE SEMO), ou bien plutôt de "substitution dans l'activité juridique" (SANTORO-PASSARELLI); et aussi des idées acceptées par DÍEZ-PICAZO (situation juridique dans laquelle une personne prête à une autre sa coopération par le moyen de la gestion de ses affaires en rapports avec les tiers). Finalement LACRUZ nous donne sa propre définition: "Phénomène juridique en vertu duquel une personne gère les affaires d'autrui, soit en son propre nom, soit au nom du représenté, mais toujours dans l'intérêt de celui-ci, une fois autorisé par l'intéressé lui-même ou par la loi, de sorte que les effets juridiques de telle action se produisent directement ou indirectement dans la sphère juridique du représenté". On constate que cet auteur soutient une conception très étendue de la représentation qui comprend aussi celle la parfaite que l'imparfaite et même il serait favorable à admettre la représentation du *nuntius* (op. et vol. cit. p. 272); à son avis la représentation c'est pas quelque chose déjà définie par la loi, mais une construction doctrinale qu'on emploie en fonction de son utilité.

232 Est-ce que l'avant-projet veut marquer la préférence pour la représentation légale en droit français sur les autres modalités de celle-ci? Il est certain que quantitativement la représentation qui émane de l'autorité parentale semble très nombreuse, et même —à défaut de statistiques— il se peut que son nombre pourrait bien dépasser celui des représentations conventionnelles. Mais en réalité la problématique doctrinale s'est posé à propos de celles-ci, et cependant l'avant-projet propose d'inclure le régime de la représentation légale dans le livre des Obligations et Contrats.

pacité de jouissance du représenté et dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés. En effet, la représentation, en tout cas, ne signifiera pas une amplification de la capacité de jouissance du représenté, et spécialement dans la représentation conventionnelle, le représentant ne pourra pas surpasser ou se dévier du pouvoir conféré.

Il est classique pour la doctrine française d'accepter l'existence d'une triple source de la représentation²³³. Quant aux limites en général de la représentation, MARTY et RAYNAUD les en avaient établis brièvement: "Il n'y a pas de représentation si une personne n'a pas reçu les pouvoirs d'agir au nom d'une autre ou n'agit pas dans la limite de ces pouvoirs.— La capacité s'apprécie dans la personne du représenté qui est seule partie au contrat"²³⁴. Les problèmes des limites se posent surtout dans la représentation volontaire; pour les autres, il suffit de consulter la loi ou la décision judiciaire. La nomination d'un *alter ego* appartienne, donc, à l'autonomie de la volonté²³⁵, et ici tous les degrés sont possibles²³⁶. Pour l'interprète, le point de départ semble claire:

233 MARTY-RAYNAUD, op. et vol. cit. p.88; FLOUR-AUBERT, op. et vol. cit. p. 344; LARROUMET, op. cit. p.158.

234 MARTY-RAYNAUD, op. et vol. cit. p. 87. Pourtant ces auteurs signalent en note 5 une apparente exception: "Cependant, dans certains cas, le fait même de la représentation supprime l'obstacle tenant à l'incapacité du représenté: ainsi le mineur et l'interdit son valablement représentés quoique incapables et même parce qu'incapables". Dans l'art. 1119 de l'avant-projet on peut lire que *le représentant légale ... n'est fondé à agir que dans la sphère des actes qui entrent dans la capacité de jouissance du représenté*. Justement la raison d'être de la représentation légale c'est de permettre au mineurs et aux incapacités de contracter dans les cas où ils ne pourront pas le faire dû à sa situation personnelle (acheter, vendre, louer etc). Mais il semble évident que si la loi empêche le mineur ou l'interdit de se marier, ceux-ci ne pourront le faire ni à l'aide de son représentant légale.

235 Le Doyen CARBONNIER, op. et vol. cit. p. 202 a dit que le mandataire dépend ici de la volonté du représenté de doser le pouvoir du représentant, soit quant aux contrats à conclure, soit quand à la discussion de leur clauses.

236 FLOUR-AUBERT, op. et vol. cit. p. 345. Ils ajoutent: "À la limite inférieure, le mandataire a parfois pour seule mission de transmettre, sans aucune initiative personnelle, la volonté du mandant: par exemple, d'exprimer l'acceptation (...) on dit qu'il n'est qu'un *porte-parole* ou messenger (en latin *nuntius*), et non plus un véritable représentant".

“Il est évident que le représentant ne peut agir que dans le cadre du pouvoir qui lui a été conféré. S’il dépasse son pouvoir, on doit admettre que l’acte ne doit pas normalement engager le représenté; cet acte n’engagera que le représentant. C’est là une solution parfaitement normale. Tout ce qui est fait en dehors des limites du pouvoir doit être considéré comme fait sans pouvoir; là où on dépasse le pouvoir, il n’y a plus de représentation”²³⁷. D’où la nécessité de prendre des précautions: “Ceux qui se proposent de contracter avec une personne par le truchement de son représentant doivent donc vérifier avec soin l’existence et l’étendu des pouvoirs dont il est investi, en se rapportant à la procuration, au jugement ou aux textes qui l’ont investi de sa mission”²³⁸. Les problèmes qui soulève cet article seront étudiés ci-après.

9. *Le représenté est seul engagé par les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs* (art. 1119-1, al. 1).

Ici ils sont décrits en général les effets de la représentation parfaite ou directe selon admet la doctrine à l’unanimité. Pour les expliquer, observe le Doyen CARBONNIER²³⁹, que si dans un sens, c’est le représentant qui contracte, en un autre sens, néanmoins, on considère qu’il ne contracte pas lui-même, qu’il ne fait que prêter sa volonté comme un instrument au représenté. Comme l’affirment, FLOUR et AUBERT, dans le contrat célébré par représentant il y a dissociation entre la phase de conclusion et celle d’exécution, où l’on ne voit que le représenté²⁴⁰; et c’est le pouvoir qui explique la dissociation, ajoute LARROUMET²⁴¹. En d’autres termes, l’effet essentiel de la représentation parfaite est que le contrat produit immédiatement tous ses effets sur la tête du représenté; aucune opération juridique n’est pas nécessaire pour transférer les effets du contrat du représentant au représenté, puisque ses effets se

237 LARROUMET, op. et vol. cit. p. 161.

238 TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, op. cit. p. 138.

239 Le Doyen CARBONNIER, op. et vol. cit. 203. “En d’autres termes, les droits et les obligations créés par le contrat naissent *immédiatement* en la personne du représenté, sans que le représentant en soit touché”.

240 FLOUR-AUBERT, op. et vol. cit. p. 346.

241 LARROUMET, op. et vol. cit. p. 153.

produisent directement dans le patrimoine de ce dernier²⁴². Les auteurs en détaillent ceux-ci: Le représenté devient immédiatement propriétaire des choses acquises pour son compte ou créancier des obligations assumées par le tiers; de même il devient directement et immédiatement débiteur à l'égard du tiers qui avait traité avec le représentant; une transaction conclue entre l'assureur, mandataire de l'assuré, et la victime est opposable à ce dernier; au plan procédural il existe une action directe entre personnes qui ont négocié *corpore alieno*: le représenté peut poursuivre directement le remboursement de sa créance contre le tiers contractant, comme il peut être lui-même directement assigné par ce dernier²⁴³.

L'alinéa 2 de l'art. 1119-1 établit cependant une exception à la règle générale précédente:

Mais le représentant répond des fautes qu'il a pu commettre dans l'exercice de ces pouvoirs, notamment s'il en résulte une cause de nullité de l'acte accompli au nom du représenté (Art. 1119-1, al. 2).

On peut douter si cette règle appartienne en réalité au régime de la représentation ou bien à celui du contrat de mandat. Rédigée en des termes généraux, elle semble prévoir des différentes responsabilités,

242 Ainsi TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, op. cit. p. 140. Deux observations complémentaires sont ajoutés par ces auteurs: 1) Le représentant n'acquiert en principe aucun droit et n'est tenu d'aucune obligation envers celui avec qui il a contracté; 2) La représentation fait naître des obligations dans les rapports du représentant et du représenté. Au cas 1) ils exceptionnent un autre, lequel est prévu à l'al. 2 de l'art. 1119-2 en de termes pareils: Les fautes commises personnellement par le représentant dans l'exécution de sa mission engagent sa responsabilité envers ce qui on été victimes (cas lequel sera examiné par la suite).

243 Voyez STARCK-ROLAND-BOYER, op. et vol. cit. p. 103. Parmi les conséquences pratiques qu'engendre le principe de l'effet directe, les auteurs mentionnent les suivants:

- les significations faites au mandataire font courir les délais contre le mandant;
- le fait que le mandataire de l'acheteur ait vérifié la marchandise et l'ait réceptionnée sans réserve empêche l'acheteur d'agir en résolution pour défaut de conformité;
- la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat conclu par le mandataire s'impose au mandant.

pas seulement à l'égard du mandant (de nature contractuelle et établies notamment aux arts. 1991 et suivants du Code civil), mais aussi envers le tiers avec qui le représentant a contracté (lesquelles semblent plutôt de nature extracontractuelle), ou éventuellement avec d'autres personnes (par exemple, s'il cause des dommages aux travailleurs du tiers qu'il transporte dans sa voiture pour s'adresser à rédiger le contrat). Mais la règle souligne un cas spécial de responsabilité du représentant: celui de donner lieu à une cause de nullité de l'acte accompli au nom du représenté; on s'imagine à celui-là agissant pour en faire tomber en erreur essentielle au tiers sur la nature du contrat qu'il est en train de conclure, ou bien laissant faire écouler le délai pour obtenir une autorisation administrative qui va conditionner la validité de l'acte; dans ces cas il semble qu'ils se produisent des effectifs inaccomplissements du contrat de mandat. À moins que le but de la règle en soit de renforcer la responsabilité engagé par le représentant pour d'autres titres. En tout cas l'importance pratique de cette règle semble très réduite²⁴⁴.

10. À mon avis l'art. 1119-2 établi deux règles subsidiaires d'interprétation sur la portée du pouvoir accordé au représentant²⁴⁵. "La

244 C'est l'opinion de STARCK-ROLAND-BOYER, op. et vol. cit. 104, qui disent que ces situations restent exceptionnelles, en citant des arrêts récents de la Cour de Cassation. Plus ancienne c'est la jurisprudence sur cette point mentionnée par TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, op. et vol. cit. p. 140 note 3.

245 Ces règles proviennent du C.c. français, et elles sont reproduites aux Codes du XIX^e siècle, et passent avec des variations à ceux du XX^e siècle.

On peut lire à l'art. 1988 du C.c. français: *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.— S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété le mandat doit être exprès.* Dont le texte fut reproduit aux arts. 1741 C.c. italien du 1865, et à l'art. 1713 al. 1 et 2 du C.c. espagnol.

Quelques modifications et certaines nuances on trouve à l'art. 396 CSO: *L'étendue du mandat est déterminée, si la convention ne l'a pas expressément fixée, par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte.— En particulier, le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution.— Le mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations; les règles de la procédure fédérale et cantonale sont réservées.*

Dans le même sens on peut lire à l'art. 1708 C.c. italien de 1942: *Il mandato comprende non gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli chi sono necessari al loro compi-*

représentation conventionnelle —ils dissent avec raison STARCK-ROLAND-BOYER²⁴⁶— prête davantage à discussion. De quelles prérogatives exactes, le représentant a-t-il été investi? A-t-il seulement été chargé de signer, à la place du mandant, une convention arrêtée dans toutes ses dispositions? Le mandat est alors *impératif*. A-t-il joui de toute latitude pour discuter les termes du contrat? Le mandat est *indicatif*". En voici le texte:

Lorsque la mission du représentant est conçue en termes généraux, elle n'embrasse qu les actes d'administration.

Lorsqu'elle est conçue en termes exprès, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire.

On se demande comment expliquer, si l'avant-projet devienne loi, le fait de la présence au Code civil des règles presque identiques (l'art. 1988 ne sera pas, sans doute, abrogé). À quoi on peut répondre qu'il n'existe pas une véritable identité parmi tous les deux (l'une parle du *mandat* et l'autre dans un sens plus large de *la mission du représentant*); la technique législative est donc différente (d'un côté l'énumération des cas, et d'autre on utilise une formule de portée générale); le contenu en diffère aussi (le texte nouveau ajoute *les actes qui en sont l'accessoire*, s'inspirant sans doute de codes civils plus récents). À mon avis le plus important en serait d'établir le caractère subsidiaire ou supplétif de la règle, caractère que les commentateurs de l'avant-projet acceptent et remarquent eux aussi²⁴⁷.

mento. — Il mandato generale non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non sono indicati espressamente.

246 STARCK-ROLAND-BOYER, op. et vol. cit. p. 94.

247 "Ainsi se trouve précisée la mission du représentant éventuel en fonctions des catégories d'actes à réaliser à défaut de précisions suffisantes dans l'acte instituant la représentation" (HAUSER et WICKER, loc. cit. p. 23).

Dans la doctrine espagnole LACRUZ, op. et vol. cit. p. 289, soutient aussi que le contenu du pouvoir de représentation en dépend de la volonté du représenté, lequel peut fixer en toute liberté les limites de l'action du représentant et jusqu'à quel degré celui-là pourra s'introduire dans la sphère juridique de celui-ci et compromettre son patrimoine et engager sa responsabilité. Il se pose un problème d'interprétation de la volonté du représenté en utilisant les règles adéquates et les moyens appropriés.

11. L'art. 1119-3 s'en occupe de deux problèmes classiques, à savoir, les conséquences juridiques du dépassement et du détournement de pouvoir. En voici le règlement:

L'acte accompli par un représentant hors de ses pouvoirs est nul. Le représenté peut toutefois le confirmer, s'il en a la capacité.

Les mêmes règles s'appliquent à l'acte par lequel le représentant se rend coupable d'un détournement de pouvoir au détriment du représenté, à moins que le tiers n'ait contracté de bonne foi.

Dans certain nombre des litiges relatifs à la représentation on constate leur origine dans les actes du représentant qui n'a pas obéi strictement aux instructions du représenté. Ceci peut résulter à la fois en raison d'un action coupable, et même dolosive, du représentant, ou bien simplement par erreur ou par une mauvaise interprétation des pouvoirs accordés, ou en raison des circonstances particulières (révocation non communiqué des pouvoirs, maladie ou mort du représenté etc.).

En principe la solution adoptée semble logique. Si dans le cas où le représentant a agi dans les limites du pouvoir, les effets du contrat célébré avec le tiers tombent dans la tête du représenté, et le représentant pour ainsi dire sort de la scène, en revanche, en cas d'absence ou de dépassement de pouvoir, les actes qu'il a accomplis n'engagent pas le représenté, et selon la jurisprudence ces actes sont nulles de nullité absolue, selon la théorie classique des nullités car le consentement fait alors défaut²⁴⁸. La doctrine moderne observe que l'action, ayant uniquement pour but de protéger les intérêts de la partie engagée contre son gré, la nullité devrait être relative, de surcroît les cocontractants de bonne foi peuvent —s'ils subissent de ce fait un préjudice—, agir en responsabilité contre le représentant sur la base de l'art. 1997 C.c. À cela la jurisprudence ajoute l'important tempérament de la théorie du mandat apparent, lequel a donné lieu en France à un abondant traitement doctrinale²⁴⁹.

248 C'est la conclusion plutôt provisoire qui établissent TERRÉ-SIMLER-LE-QUETTE, op. cit. p. 138.

249 Voyez les ouvrages monographiques de Léauté (1947), Calais-Auloy (1959), Lescot (1964) et Arrighi (1974). En droit espagnol voyez les travaux monographiques de

Plus de précisions on trouve chez STARCK-ROLAND-BOYER au moment d'analyser ces cas²⁵⁰. Selon ces auteurs, il n'y a ici ni la nullité absolue ni la nullité relative, mais l'inopposabilité. En effet, si le représentant dépasse le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés, l'acte ainsi fait n'est pas opposable au représenté. Mais cette règle ne fonctionne pas chaque fois que le mandant couvre après coup les opérations conclues en son nom: *ratihabitio mandato aequiparatur*. La ratification équivaut au mandat, en ce que l'agrément opère rétroactivement; à la ratification expresse la jurisprudence assimile la ratification tacite, telle qui découle du comportement du mandataire qui n'a pas précédemment protesté contre les dépassements répétés de pouvoir de son mandataire. Ajoutent ces auteurs qu'en l'absence de ratification, la règle de l'inopposabilité est entendue avec souplesse par la jurisprudence dans le souci de garantir les tiers cocontractants, ce qui l'amène, de façon générale, à tolérer certains débordements par rapport à la commission d'origine. Il n'empêche pas qu'il y a de cas où le dépassement des pouvoirs est patent et il ne peut pas être excusé par une compréhension bienveillante des juges; on rejoint alors le cas du défaut de pouvoirs. Ces auteurs mettent ensuite en relief, par rapport à la représentation conventionnelle, ce qu'ils appellent *le danger du mandat* en raison du fait que le mandat crée un lien de représentation bien précaire; le mandat est révocable à tout moment et sans que l'on soit obligé d'avoir un juste motif de révocation; on exprime cette possibilité en disant que le mandat est révocable *ad nutum*; et prend fin de plein droit par la mort du mandant ou du mandataire. Il est possible d'établir un mandat irrévocable, mais c'est cela une question de fait que le juge appréciera. Le principe général reste celui de la révocabilité *ad nutum*. En conséquence la précarité du mandat pourrait être la source de désagréables surprises pour le tiers qui contracte avec un mandataire, au vue du pouvoir que celui-ci lui montre, mais qu'il ignore la révocation du

RIVERO HERNÁNDEZ *Naturaleza y situación del contrato del "falsus procurator"*, Anuario de Derecho Civil, 1976, p. 1047 ss, et GORDILLO CAÑAS *La representación aparente* (Sevilla 1978).

250 STARCK-ROLAND-BOYER op. et vol. cit. p. 94 ss.

mandat ou la mort du mandant. C'est la raison pour laquelle le Code civil pose deux normes protectrices des tiers aux articles 2008 et 2009, qui ont de règles semblables dans les autres Codes civils européens²⁵¹, permettant élaborer à la jurisprudence la doctrine mentionné ci-avant du mandat apparent²⁵²; un point sur lequel ni la doctrine actuelle ni la jurisprudence récente n'arrivent à des solutions unanimes, et à l'égard duquel l'avant-projet ne se prononce pas de façon expresse.

À remarquer encore qu'à l'art. 1119-3 de l'avant-projet évoque de surcroît la *confirmation* de l'acte accompli par le représentant hors de ses pouvoirs. Il me semble préférable utiliser le mot *ratification* plus diffusé dans la doctrine, terme qui emploi par exemple l'art. 1998 C.c. *Si les mêmes règles sont applicables* ça signifie qu' aussi dans le cas du détournement du pouvoir l'acte accompli par le représentant sera nulle, mais qu'il y aura la possibilité de ratification. En tout cas si la partie cocontractant a agi de mauvaise foi (par exemple s'il connaît que celui-là à utilisé les pouvoirs à d'autres fins), il ne sera pas protégé.

Finalement je dirai que l'omission ici du régime du mandat apparent ne posera pas, à mon avis, des graves problèmes en cas d'approbation de l'avant-projet puis qu'elle restera en vigueur la doctrine jurisprudentielle sur la matière.

12. C'est pas une nouveauté en droit français le contenu de l'art. 1120 ni au fond dans le sens d'établir un régime différent ni en la forme:

L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentants.

La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits, sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant.

Peut-être la place plus appropriée de ces règles en serait-il l'art. 1119. En tout cas elles servent pour mieux marquer la différence essentielle entre certaines catégories de représentation: la conventionnelle

251 Par exemple aux arts. 1738 C.c. espagnol, 406 CSO, et 1729 C.c. italien de 1942.

252 Ainsi LARROUMET, op. et vol. cit. p. 164 ss.

est facultative et pas obligatoire, et elle constitue un moyen technique accordé à la personne pour mieux se développer dans la société tandis que la légale et la judiciaire deviennent impératives si le législateur veut faciliter qu'on puisse utiliser la capacité de exercice par des groupes sociaux très nombreux, tels les mineurs, les incapacités ou les personne morales²⁵³.

Les conséquences pratiques de ces règles sont importants: ainsi, la même personne en pourra désigner plusieurs représentants pour le même affaire, et aussi elle pourra les gérer personnellement, nonobstant le fait qu'elle ait déjà désigné un seul mandataire; en revanche jamais pourront coïncider deux tuteurs au nom du même pupille, ou, en général, deux représentants légaux pour le même mineur ou incapacité.

On peut se demander que signifie ce *devoir de loyauté* qui incombe au représenté à l'égard du représentant²⁵⁴. En principe la nomination d'un nouveau représentant pour le même affaire signifie la révocation tacite du premier mandat (art. 2006 C.c. français; mais voyez l'exception des arts. 1734 et 1735 du C.c. espagnol quant au mandat accordé pour contracter avec personnes déterminées); en principe, le représenté agit de manière discrétionnaire sans y avoir à donner des explications. À plus fort raison le représenté ne devra justifier pourquoi il a intervenu personnellement dans un cas pour lequel auparavant il y avait nommé un représentant.

Autrement sera-t-il le cas où a intervenu un mandat irrévocable, que la doctrine et la jurisprudence acceptent à certaines conditions; mais, à mon avis, ce devoir de loyauté déborde ce cas; si le représenté a promis l'irrévocabilité c'est évident qu'il aura violé le contrat de mandat, avec tous ses conséquences, s'il se présente à contracter personnel-

253 Néanmoins, dans la doctrine espagnole on se dirige vers une conception unitaire de la représentation parce que le mécanisme du fonctionnement c'est le même dans tous les deux modalités, c.à.d. l'action d'une personne au nom d'une autre et la production des effets directs dans la sphère juridique du représenté (LACRUZ *et alii*, op. et vol. cit. p. 273 et 309).

254 Une *Note* de l'avant-projet qualifie de *prudente* l'adjonction de cette réserve (loc. cit. p. 77).

lement. Cependant ce devoir de loyauté qui tombe sur le représenté et à l'égard du représentant²⁵⁵ semble rester, en général, à mi chemin entre le droit et la morale. Il faudra, donc, en tenir compte des circonstances (par exemple, il y eut une promesse verbale de ne pas révoquer, ou bien l'irrévocabilité pourrait être déduite de quelques faits, comme la durée prolongée de la représentation entre deux personnes unis par rapports d'amitié, etc).

En tout cas il semble être utile l'introduction de cet article dans le régime de la représentation.

13. La question de l'auto-contrat a également agité la doctrine civiliste européenne dès la fin du XIX^{ème} siècle et jusqu'à nos jours, et, en conséquence, il était obligé de le traiter ici en établissant d'une façon claire et nette leur régime. L'art. 1120-1 pose le principe général et ses exceptions.

Principe général: Il est interdit au représentant d'agir au nom et pour le compte des deux parties au contrat, ou de contracter lui-même avec le représenté, à moins que la loi ne l'autorise ou ne permette pas au juge de l'autoriser

Exceptions: À moins que la loi ne l'autorise ou ne permette au juge de l'autoriser.

L'interdiction pourrait être autrement levée, par l'accord exprès du représenté.

Ou dans le cas d'un groupement, par une décision licite de ses membres.

Dans la doctrine française les réserves et, même, la méfiance à l'égard du contrat avec soi-même s'étaient auparavant généralisées.

MARTY et RAYNAUD avaient établi clairement le bilan du débat²⁵⁶. L'expression de contrat avec soi-même — nous dissent-ils — est assez surprenante. En effet, on ne voit pas comment une personne peut avoir intérêt à se lier par un contrat avec elle-même, on ne voit pas non plus comment une telle application peut être logiquement et ju-

255 De sa part STARCK-ROLAND-BOYER, op. et vol. cit. p. 110, parlent plutôt d'un devoir de loyauté qui pèse sur le représentant.

256 MARTY-RAYNAUD, op. et vol. cit. p. 89 ss.

ridiquement réalisable; le contrat est, par définition, l'accord de deux volontés au moins; l'acte auquel ne participe qu'une seule volonté est, semble-t-il, un acte unilatéral. Cependant ces auteurs se penchent sur la réalité social, car il y a des hypothèses pratiques qui ont été décrites par cette formule, et il s'agit à la fois de savoir si cette expression est exacte et si le contrat avec soi-même est licite. Par la suite ils exposent plusieurs cas selon qu'il y a eu, ou pas, représentation. En jetant un coup d'oeil sur la doctrine ils rappellent que Demogue rejette radicalement le contrat avec soi-même et ne le considère qu'un acte unilatéral à effets juridiques. D'autres, comme l'italien Arno et Gouget, pour l'admettre proposent une notion particulière de l'obligation (qui serait moins un rapport entre deux personnes qu'entre deux patrimoines), et du contrat (caractérisé par la mise en rapport de deux patrimoines). Mais Marty et Raynaud pensent qu'il n'est peut-être pas nécessaire d'abandonner les idées traditionnelles de contrat et d'obligation pour expliquer juridiquement cette figure. L'expression même de contrat avec soi-même apparaît plus pittoresque qu'exacte et, en réalité, il y a bien deux parties au contrat, dont une ou les deux sont représentées. Il n'y a pas, donc, de difficulté insurmontable dans les hypothèses de contrat avec soi-même résultant de la représentation, et dans les autres, étant donné que la personne intervient à l'acte avec deux qualités différentes et exprime deux volontés différentes, et en suivant les opinions de Ripert et Boulanger, ils pensent qu'on est ici à l'extrême point des possibilités offertes par la notion de représentation. D'ailleurs on peut admettre que ce qui distingue l'acte bilatéral de l'acte unilatéral c'est moins la dualité des volontés que la dualité des parties, c.à.d. la dualité des intérêts. La conclusion de ces auteurs —qu'on peut qualifier des classiques dans la doctrine française— c'est que le contrat avec soi-même n'est donc juridiquement ni impossible ni inexplicable, mais il est souvent dangereux et plus difficile à utiliser; ainsi la véritable question qu'il pose en droit positif et celle de ses conditions de formation et de validité²⁵⁷.

257 MARTY-RAYNAUD, loc. cit. p. 91. La même position est acceptée par TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, op. et vol. cit. p. 141 s, en rappelant les exigences particulières en ce qui concerne l'extériorisation du consentement.

Plus nuancée semble-t-il la position d'autres auteurs. Ainsi STARCK, ROLAND et BOYER²⁵⁸ affirment qu'à première vue, on aperçoit mal comment il peut exister un contrat avec soi-même puisque, logiquement, il faut être deux pour pouvoir contracter. Mais cette figure discutée se vérifie dans plusieurs hypothèses qu'ils analysent: cumul des qualités de partie et de représentant, cumul des représentations et cumul des patrimoines. Sous l'angle de la législation on voit que le législateur n'a pas résolu ce problème dans son ensemble, et seul des cas particuliers ont été envisagés, plus ou moins sévères, tantôt interdisant (ainsi aux arts. 1596, 1597, 450, 389-3 al. 2, du Code civil, en matière de procédures collectives, de courtage et de société à responsabilité limitée), tantôt réglementant (en ce qui concerne les incapables majeurs, bourse de valeurs et société anonyme) le contrat avec soi-même. Le caractère parcellaire de la législation et son manque d'unité ont conduit la doctrine à se partager entre la thèse de l'illicéité (Demogue) et la thèse de la validité (Marty-Raynaud, Weil et Terré). En examinant la jurisprudence ces auteurs dissent que sa position est hésitante, mais la solution qui paraît l'emporter est plutôt celle de la prohibition²⁵⁹. En résumé, il semble que l'interdiction se manifeste surtout en présence d'une représentation légale; et, de fait, il serait singulier que la personne qui se voit imposer un représentant reste sans protection contre les dangers du contrat avec soi-même. Mais la même rigueur n'est pas de mise dans la représentation conventionnelle qui supporte, semble-t-il, une distinction suivant qu'il s'agit d'exécution d'ordres en sens inverse ou de contrepartie. Dans le premier cas —deux personnes ayant des intérêts opposés— on admettra la licéité du contrat avec soi-même. L'intermédiaire commun des deux parties n'ayant pas d'intérêt personnel à l'opération, on est en droit de penser qu'il sera impartial dans la transaction, pour conserver plus sûrement ses deux clients. Dans le deuxième cas, il en va différemment car, psychologiquement, le dédoublement n'est guère concevable. Le représentant qui se porte contrepartie, sans avertir le représenté, sera porté à passer un contrat

258 STARCK-ROLAND-BOYER, op. et vol. cit. p. 106 ss.

259 STARCK-ROLAND-BOYER, loc. cit. p. 111

avantageux pour lui et à trahir ses devoirs vis à vis de son mandat. Ici le danger de l'opération est indiscutable; il faut dans cette hypothèse que le mandant soit tenu au courant et qu'il autorise expressément son mandataire à jouer le rôle du cocontractant. Pour conclure, on propose la licéité inconditionnelle quand il s'agit de compenser des ordres et la licéité subordonnée à l'agrément du mandant en cas de contrepartie.

De son côté le Professeur LARROUMET²⁶⁰ change la perspective méthodologique utilisé jusqu'ici, et traite le contrat avec soi-même, pas dans le chapitre sur la représentation en général, mais sous l'angle de la formation du contrat. De ce point de vue, il existe cette figure quand il y a une partie à un acte juridique agissant dans une double qualité et non pas en une seule; le terme utilisé correspond à un abus de langage, puis qu'il est inconcevable qu'une personne puisse conclure un contrat avec elle-même dès lors qu'elle agit en une seule qualité. Finalement il accepte qu'il n'est pas inconcevable, lorsqu'une seule personne participe à la conclusion de l'acte juridique, même si elle agit en des qualités différentes, bien qu'il modifie très sensiblement la rencontre des volontés par rapport à ce qu'elle est dans la situation normale dans laquelle les deux volontés ne sont pas émises par la même personne. Il attire l'attention dans les cas où il y a opposition d'intérêts. Il semble que cet auteur vient à établir le principe général de validité et ce n'est que dans des cas particuliers que le contrat avec soi-même est prohibé dans l'intérêt du représenté, ou bien simplement s'il est soumis à des conditions particulières.

On peut conclure que l'avant-projet suit dans cette question la ligne traditionnelle de prudence qui avait caractérisé la doctrine française. En effet, pour l'admettre, il faut que la même loi l'autorise, et après on verra que cette autorisation devra en être expresse (ce qui ne serait pas fréquent), ou bien qu'elle autorise au juge sa concession (c.à.d. la loi confie au pouvoir judiciaire de l'autoriser, soit discrétionnairement soit sous certaines conditions). Dans le cas de la représentation conventionnelle l'interdiction légalement établie pourra en être levée par l'accord exprès

260 LARROUMET op. et vol. cit.p. 241 ss.

du représenté; c'est pas suffisante une autorisation tacite ou une autorisation présumée par la loi; dans le cas où le représenté est constitué par un groupement, il faut une décision licite de ses membres. Le caractère exceptionnelle de l'auto-contrat nous permet déduire que l'autorisation devra être précise et bien détaillée sans laisser aucun doute sur l'étendu du pouvoir accordé. À noter que dans l'art. 1120-1 de l'avant projet on ne mentionne pas l'opposition d'intérêts entre le représentant et le représenté comme la raison d'être de l'interdiction, mais c'est évidente que cette idée est sous-jacente et qu'elle restera un moyen essentiel d'interprétation. L'acte représentatif qui viole cette interdiction semble t-il nul de nullité absolue²⁶¹.

14. Deux questions sont réglées à l'art. 1120-2, qui correspondent à la position juridique du représentant, celle de son incapacité d'exercice et celle de l'extinction de son pouvoir, lesquelles également ont été assez débattues dans la doctrine.

Il est de l'essence de la représentation qu'une personne (représentant) intervienne dans un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui (représenté). Sans besoin de faire appel ici aux nombreuses théories élaborés pour expliquer ce phénomène, il faut admettre²⁶² qu'il y a une dissociation entre la formation du contrat et ses effets. Alors que la conclusion est appréciée en la personne du représentant, les effets se produisent dans le patrimoine du représenté. Dans cette mesure, il n'est serait pas faux de considérer que la volonté du représentant joue un rôle essentiel. On affirme que la volonté du représentant est indispen-

261 Dans la doctrine espagnole plus récente ont a évolue vers des positions plus ouvertes. Nous dissent LACRUZ *et alii*, op. et vol. cit. p. 306 ss, qu'il y a une unanimité pratique pour admettre l'auto-contrat quand il n'existe pas opposition d'intérêts entre le représentant et avec ceux du représenté, ou bien s'il y a autorisation, expresse ou implicite, mais certaine, de la parte du représenté (par exemple, il y aura autorisation implicite si le représenté a fixé le prix minimum ou maximum de la chose à vendre ou à acquérir). Quand aux effets de la violation de l'interdiction, les auteurs croient que la nullité absolue serait-elle excessive et peu réaliste car le représenté pourrait y être intéressé dans l'efficacité de l'acte accompli. Ces auteurs préfèrent que l'acte soit considéré inefficace à l'égard du représenté mais susceptible de ratification.

262 Comme il dit LARROUMET, op. et vol. cit. p. 153.

sable au jeu de la représentation²⁶³. Donc, s'il y a une volonté relevante il y en devra exister la capacité d'un sujet que la supporte. Mais quelle capacité d'exercice devra y être exigée? La même que celle du représenté? La doctrine, à l'appui de l'art. 1990 Cc, admet qu'il suffit une capacité général d'exercice²⁶⁴, et cela explique qu'à l'art. 1120-2 alin. 1 de l'avant-projet on parle seulement de l'incapacité ou de l'interdiction du représentant comme des obstacles pour entreprendre ou poursuivre la représentation. Mais le représentant devra donc être capable tout au long la durée de l'acte dans lequel il a intervenu²⁶⁵.

Dans l'avant-projet, à plusieurs reprises, ont parle des *pouvoirs qui ont été conférés au représentant*. Ici la terminologie française ne corresponde pas toujours aux concepts utilisés maintenant par la doctrine espagnole à propos de la représentation²⁶⁶. Ainsi on parle de *poder* et du *apoderamiento*, tous les deux applicables seulement à la représentation conventionnelle. On attribue à Regelsberger l'emploi de terme *pouvoir de représentation* par rapport au mécanisme juridique de légitimation de l'acte de représentation qui lui attribue la faculté de s'introduire dans la sphère juridique d'autrui. Ce pouvoir n'existe qu'en rapport avec l'acte représentatif, et il naît par l'*apoderamiento*, ce que le Doyen CARBONNIER²⁶⁷, en citant la thèse de GAILLARD, nomme comme la *procuracion*, qui ne se confond ni avec le contrat de mandat, ni avec l'acte instrumentaire destiné à faire

263 Comme l'assure le Doyen CARBONNIER, op. et vol. cit. p. 203.

264 Il semble excessive l'opinion qui soutiennent STARCK-ROLAND-BOYER, op. cit. p. 102: "L'incapacité du représentant ne fit pas obstacle à la validité du contrat qu'il souscrit au nom du représenté. Il suffit que le représentant ait une capacité de fait, celle de comprendre le sens et la portée de ses actes. *On peut donc agir licitement pour autrui, alors qu'on ne le pourrait pas pour soi-même* (en cursive dans l'original)".

265 STARCK-ROLAND-BOYER, op. cit. p. 102, appliquent la même règle aux vices du consentement: "Il n'est pas discuté que la représentation fonctionne par le jeu de la rencontre des consentements du tiers contractant et du représentant. Aussi, les vices du consentement et l'existence même du consentement sont examinés en la personne du mandataire: si ses facultés mentales étaient altérées, s'il a subi des violences, s'il a été induit en erreur au moment de la passation de l'acte, il y a autant des causes de nullité". Opinion soutenue aussi par MARTY-RAYNAUD op. et vol. cit. p. 87 et WEIL-TERRÉ-SIMLER, op. cit. p. 139.

266 Voyez pour tous LACRUZ, *et alii* op. et vol. it. p. 287 ss.

267 CARBONNIER, op. et vol. cit. p. 208.

preuve de ce contrat; il a la nature d'un acte unilatéral, qui n'a pas besoin d'être accepté, et LACRUZ²⁶⁸ ajoute qu'il s'agit d'une déclaration de volonté *recepticia*, c.à.d. qui devra être notifiée ou adressée à un sujet déterminé (la plupart considère que celui-ci est justement la personne du représentant, mais d'autres l'identifient avec le tiers cocontractant, ou bien, éventuellement, à tous les deux).

Ce *poder* (pouvoir), au sens espagnol, a une existence dans le temps; c'est concevable qu'il soit accordé pour un seul acte, lequel une fois conclu supposera l'extinction du pouvoir; mais c'est fréquent que la durée soit longue en prévision d'autres actes juridiques dans lesquels le représenté voudrait en être représenté par la même personne; c'est possible —mais pas probable— qu'à l'origine le représenté ait fixé la durée; mais normalement celle-ci sera illimitée. L'art. 1120-2 alin. 2 prévoit la révocation conventionnelle ou judiciaire de la représentation (c'est à dire, du pouvoir conféré). La doctrine espagnole considère applicables au *poder* (pouvoir) tous les causes d'extinction du mandat (voyez les arts. 2003-2010 du Cc français qui correspondent aux articles parallèles 1732-1739 du Cc espagnol). Mais l'avant-projet ne tient compte que le cas de la révocation. Celle-ci est une déclaration de volonté de la part du représenté qui anéanti les effets du pouvoir de représentation accordé au représentant; elle signifie un *contrarius consensus* par rapport à l'*apoderamiento*, et présente les mêmes caractères juridiques que celui-ci (unilatérale et adressé à une personne déterminée, c.à.d. *recepticio*); elle pourrait être expresse ou tacite. En Espagne on accepte, et par la coutume et par la jurisprudence, l'irrévocabilité du pouvoir²⁶⁹. L'extinction du pouvoir pour n'importe quelle motif ne suppose pas toujours, ni de façon absolue, la cessation des effets de l'acte représentatif. Dans certains cas établis par la loi on donne lieu à un *mandat apparent*²⁷⁰, une matière, pourtant, non réglée dans l'avant-projet.

268 LACRUZ *et alii* op. cit. p. 290 ss.

269 LACRUZ *et alii*, op. cit. p. 297.

270 Ce sont les des arts. 1734 et 1738 du Cc espagnol qui correspondent, en de termes pareils, aux arts. 2204, 2008 et 2009 du Cc français.

Pour la bibliographie française et espagnole voyez les notes 3 et 8.

Dans la doctrine générale française LARROUMET op. cit. p. 164, regrette que la Cour de Cassation n'applique pas la doctrine du mandat apparent au cas du dépassement du pouvoir. De sa part STARCK-ROLAND-BOYER, op. et vol. cit. p. 96-100 ont approfondi la question et soulignent qu'il existe une jurisprudence extrêmement abondante et assez confuse. Sa fréquence vient de ce qu'il n'est pas toujours facile de vérifier l'existence et les limites des pouvoirs du mandataire ou du prétendu tel. La rapidité nécessaire à la conclusion de nombreuses conventions à l'époque actuelle est une de causes de cette absence de vérification. Ce ne pas la seule: les usages, la confiance qu'inspire celui qui se prétend mandataire, d'autres facteurs encore, peuvent faire croire à l'existence d'un mandat qui, en réalité, n'a jamais existé ou qui ne conférait pas les pouvoirs nécessaires à la conclusion de l'acte litigieux. Les tiers se sont ingénies, donc, à trouver un système leur permettant de poursuivre celui qu'ils avaient considéré comme étant le mandant lors de l'opération conclue. C'est ainsi qu'est née la fameuse théorie du mandat apparent. Cependant, le fondement de cette théorie n'est pas facile à saisir, et, malgré une certaine stabilisation, les faits qui permettent de conclure à l'existence d'un mandat apparent restent encore sujets à controverse. Les auteurs cités ci avant veulent établir les grandes lignes d'une jurisprudence encore mouvante.

- critère tiré de la faute du mandant, et, en conséquence, de sa responsabilité; la meilleure façon de réparer le préjudice causé à un tiers de bonne foi, c'est d'empêcher qu'il ne se réalise, en déclarant le contrat conclu opposable au pseudo mandant (ce serait là une réparation en nature). Mais l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 13 décembre 1962 a déclaré que le mandant peut être engagé sur le fondement du mandat apparent, même en l'absence d'une faute, si la croyance du tiers sur l'étendu des pouvoirs du mandataire est légitime.
- critère tiré de l'erreur; mais la jurisprudence n'est pas unanime; tantôt a paru adopter une conception restrictive selon l'adage *error communis facit ius* (arrêt du 30 novembre 1965), tantôt permet tenir compte des circonstances qui autorisent les tiers à ne pas vérifier les pouvoirs (arrêt du 29 avril 1969); dernière critère qui semble se fixer.
- en conséquence, il n'est plus question d'erreur commune, ni de faute; le seul problème qui reste en suspens est de déterminer quelles sont les circonstances qui autorisent le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs; l'arrêt du 26 novembre 1970 se réfère à la nature de l'opération envisagée, à la personnalité et à la profession du prétendu mandant, et à la personnalité même du tiers.

On comprend bien la perplexité de la doctrine française dans cette question parce que rien ne permet pas de dire avec précision *a priori* quelles sont ces circonstances déterminantes (voyez auteurs cités, op. cit. p. 99 où ils ont aménagé une liste des circonstances prises des arrêts).

Pour conclure ils remarquent que ce qui rend le problème plus ardue encore, c'est que la Cour de cassation ne laisse pas au juge de fond l'appréciation souveraine du caractère légitime de l'erreur.

UN BILAN COMPARATIF

15. Peut être le moment est-il arrivé de jeter un coup d'oeil comparatif sur l'ensemble du régime de la représentation dans l'avant-projet.

À l'égard du C.c. espagnol le progrès est évident. Si au XIX^{ème} siècle le premier avait devancé le Code Napoléon en raison d'avoir prévu, dans les règles générales du contrat à l'art. 1259, quelques normes à portée générale sur la représentation légale et conventionnelle, l'avant-projet va améliorer clairement ce règlement (lequel pourtant n'avait pas empêché à l'heure actuelle ni l'ouverture vers la doctrine étrangère —et notamment, allemande et italienne— ni les nouveaux développements de la propre doctrine espagnole).

Dans le CSO le règlement de la représentation s'inscrit dans le premier chapitre sur la formations des obligations résultant d'un contrat. Celui-ci se présente d'une manière très large et détaillée (arts. 32-40), et définit d'abord la représentation directe et ses effets, et de décrire l'étendue des pouvoirs, les causes d'extinction, la restitution du titre, les cas du pouvoir apparent, l'absence des pouvoirs et la ratification. En général toutes ces questions et leur solutions se trouvent incluses (d'une façon expresse ou implicite) dans les règles que je viens d'examiner dans l'avant-projet.

Pour sa part, le Cc italien de 1942 apporte une évolution de la réglementation de la représentation par rapport au CSO; voici les matières y réglées:

- L'art. 1387 prévoit comme sources de la représentation, la loi et l'accord du représenté;
- L'art. 1388 décrit les effets de la représentation directe;
- L'art. 1389 s'occupe de la capacité du représentant et du représenté;
- L'art. 1390 règle les vices du consentement de ces sujets;
- L'art. 1391 établit les effets de la bonne ou de la mauvaise foi des parties;

- L'art. 1392 détermine la forme de la procuration (*procura* en italien, *poder* en espagnol);
- L'art. 1393 règle la preuve des pouvoirs du représentant;
- L'art. 1394 détermine l'annulabilité dans le cas de conflit d'intérêts;
- L'art. 1395 établi, en principe, l'annulabilité du contrat avec soi-même sauf certains cas prévus dans la loi;
- L'art. 1396 prévoit les modifications et l'extinction de la procuration;
- L'art. 1397 dispose sur la restitution du pouvoir;
- L'art. 1398 détermine la responsabilité du représentant apparent à l'égard du tiers qui a confié dans celui-là.
- L'art. 1399 règle la ratification du représenté;
- L'art. 1400 fait référence à d'autres formes de représentation dans le livre V.

Ce Code semble s'inspirer plutôt dans la tradition de codes latins (quelques fois en les modifiant) sans pour autant laisser d'avoir pris directement quelques règles du CSO (par exemple l'art. 1397 reproduit en partie l'art. 36 alin. 1 du CSO; et l'art. 1399 alin. 3 reproduit l'art. 38 alin. 2 du CSO) et même du BGB. Mais, en même temps, il modifie quelques fois cette tradition. Ainsi, de règle, à l'art. 1395, on dit que le contrat avec soi-même n'est pas valable, mais la sanction n'est pas la nullité absolue mais relative. Donc, en matière de représentation on pourrait dire que l'avant-projet est relativement proche des solutions prises dans le Cc italien du 1942.

16. L'avant-projet du Code européen des contrats de Pavie, connu aussi comme le Projet GANDOLFI, se trouve à l'heure actuelle dans une place quelque peu singulière²⁷¹. Même s'il a été présenté aux Autorités

271 Le texte officiel de l'avant-projet de Pavie est rédigé en français, et il a été publié plusieurs fois par l'Académie des Privatistes Européens. Maintenant j'utilise l'édition de poche revue et corrigée par Lucilla GATT (Milano 2004) p. 24-26 pour la représentation. Dans le même volume on trouve les traductions à d'autres langues (espagnol,

communautaires, il reste toujours un projet privé dont l'autorité provient exclusivement du prestige scientifique des membres de l'Académie de Juristes Européens de Pavie (une situation parallèle s'est produite aussi à l'égard du Projet Lando). Mais à la différence de celui-ci, le Projet de Pavie est rédigé sous la forme d'articles, et pas sous la forme des principes, ce qui permet plus facilement la comparaison avec l'avant-projet de réforme du Cc français. Et, à la différence aussi du Projet Lando dont la Commission s'est dissoute, le projet de Pavie suit son propre chemin parce qu'on travaille maintenant à l'élaboration du Livre II sur les contrats en particulier. Et cette dernière circonstance a produit, à mon avis, quelques effets indirects sur le contenu des arts. 60-69, qui constituent la section 3 du titre VI sur les effets du contrat. Étant donné qu'au moment de les rédiger il n'était pas réglementé le contrat du mandat il semble qu'on a eu des hésitations à l'heure d'inclure quelques règles qui peut-être devraient figurer dans celui-ci.

Il existe une coïncidence initiale entre l'art. 60 du Projet de Pavie et l'avant-projet quant à l'expresse admission des trois modalités de représentation (conventionnelle, légale —sans oublier qu'à l'art. 69 on règle aussi quelques cas de représentation commerciale— et judiciaire), tout en donnant la primauté à la première. À l'art. 67.4 il est prévu le cas du *nuntius*, c.à.d. la personne qui est chargée d'exercer une simple activité de transmission de la volonté d'autrui, et à laquelle on ne s'applique pas les règles sur la capacité et la bonne foi du représentant. C'est proche aussi dans les deux textes, la description de la représentation directe ou parfaite²⁷² (ignorant pourtant tous les deux la représentation indirecte ou imparfaite).

L'art. 61 règle le mandat apparent s'inspirant du § 164.1 BGB, ainsi que du droit de la *common law* et de la jurisprudence italienne²⁷³,

allemand, anglais, italien). Mais il en a aussi d'autres traductions (ainsi voyez GARCÍA CANTERO, *La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos*, Revista Jurídica del Notariado, n° 44, octobre-décembre 2002, p. 299-396)

²⁷² Voyez sur le concept et effets de la représentation directe dans le Projet de Pavie, GARCÍA CANTERO, *Anotaciones españolas, etc.*, loc. cit. p. 308-310.

²⁷³ GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 310.

institution pourtant inconnue à l'avant-projet, mais admise par la jurisprudence française.

À l'art. 62 on parle des aspects plutôt formels de l'acte de la *procuración* (*poder* au sens strict, en terminologie espagnole, dont j'ai parlé au numéro 14), sur lesquels l'avant-projet ne se prononce pas directement, mais qui sont sous-entendus à l'art. 1120-2. À noter que l'art. 62.2 du Projet de Pavie dispose que la procuración doit être conférée sous les formes prescrites par la loi pour le contrat que le représentant doit conclure (une certaine exception au principe de la liberté de forme).

L'art. 63 règle principalement de la révocation de la procuración; il y prévoit les effets de l'irrévocabilité et les cas spéciaux de la procuración conférée dans l'intérêt du représentant ou d'un tiers; c'est probable que son détail —voire minutie—, en soient la conséquence de l'absence d'une réglementation du contrat de mandat.

L'art. 64 règle les effets de la représentation apparente prévue à l'art. 61. En principe, le tiers de bonne foi qui avait conclu un contrat valable avec le représentant présumé, a deux actions: ou bien exercer la faculté de considérer le contrat comme conclu personnellement avec le représentant ou bien lui exiger des dommages intérêts dont l'art. 64.2 taxe la quantité. À cette option on peut ajouter la possibilité d'estimer conclu le contrat entre le représenté apparent et le tiers²⁷⁴.

La ratification prévue à l'art. 65 est nommée *confirmation* par l'art. 1119-3. La capacité et les états subjectifs des parties dans la représentation, réglés aux arts. 66 et 67 ont reçu une attention insuffisante dans l'avant-projet (arts. 1119-3 et 1120-2), ce qui obligera à compléter le régime avec les règles du mandat ou d'autres.

L'art. 68 sur le contrat avec soi-même et les conflits d'intérêts, est rédigé plutôt en des termes synthétiques, et répond à l'inspiration des arts. 1394 et 1395 du Cc italien de 1942, et rejetant les idées du BGB²⁷⁵ (voyez le numéro 15).

274 Sur ce régime, quelque peu complexe, on peut voir GARCÍA CANTERO op. cit. p. 323-326.

275 GARCÍA CANTERO op. cit. p. 334-340.

En résumé le Projet de Pavie a quelques remarquables similarités avec l'avant-projet, mais dans l'ensemble il nous offre une réglementation plus longue et détaillée que celle prévue dans ce dernier. Une fois rédigé le Livre II du Projet Gandolfi viendra le moment de constater si certaines règles de la représentation dans celui-ci *émigrent* ou non vers le contrat du mandat.

En tout cas le Projet de Pavie pourra en servir comme un élément interprétatif de la réforme française du Droit des obligations parce qu'il faut n'oublier pas le gros effort comparatif fait à Pavie pour trouver un équilibre dynamique entre les codes civils continentaux en vigueur et la *common law*.

C) ESTUDIOS DE MICROCOMPARACIÓN

A) FUENTES DEL DERECHO

¿CIVIL LAW VERSUS COMMON LAW, ... O, VICEVERSA?²⁷⁶

Sumario: 1. Introducción.— 2. De la *jurisprudencia* romana al concepto moderno de jurisprudencia.— 3. Desde el concepto de jurisprudencia en el *jus commune* hasta la Codificación.— 4. Ulterior desarrollo de la noción del valor creador de la jurisprudencia en los países del *Civil Law*: A) Francia. B) El caso italiano, el *Massimario* y el riesgo de desvirtuar el precedente. C) La relativa originalidad del Derecho español en este tema.— 5. El *precedente* entre los países del *Common Law*: A) El Derecho inglés: *A View from the Citadel*. B) El derecho australiano. C) Canadá. D) Estados Unidos.— 6. La actual fascinación que ejerce el mundo jurídico anglo-norteamericano: El *discreto encanto...* del *Common Law*.— 7. Epílogo para españoles.

1. INTRODUCCIÓN

¿Sigue teniendo entre nosotros, actualmente, algún interés seguir debatiendo sobre las relaciones entre la jurisprudencia —o, si se prefiere, el precedente²⁷⁷— y las fuentes del Derecho, tal cómo se plantea

²⁷⁶ Publicado en RJNot., núm. 69, enero-marzo 2009, págs. 411-440.

²⁷⁷ El término *precedente* está lejos de haberse generalizado en nuestro lenguaje jurídico, aunque está comenzando a difundirse en España. Puede verse a este respecto: XIOL RIUS, *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del TC*, PJ, 1982, pág. 25 ss.; Encarna ROCA TRÍAS, *Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad*, RJC 1986, pág. 841 y ss.; Leonor MORAL SORIANO, *A progressive Foundation of Precedent*, ASRPh. 2000, pág. 327 ss.; *Los precedentes del TS: El acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes*,

en recientes trabajos comparativos²⁷⁸? Cabría imaginar que, difundidos ampliamente los estudios comparativos en el mundo occidental, una de sus nociones elementales, en cierto modo, más popularizadas en el ámbito jurídico de la Europa continental haya sido la diferente función ejercida, respectivamente, por los Jueces y Tribunales entre los países del *Common law* simbolizada en los apotegmas *Judge made law*, o *Stare decisis*, y la misión, aparentemente más modesta, que aquéllos cumplen en el territorio del *Civil law*, limitándose a aplicar las normas que promulga otro poder del Estado²⁷⁹. Mirando a la historia reciente

PJ, 2000, pág. 119 ss.; *El precedente judicial* (Madrid-Barcelona 2002); MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *Labor del Juez: Precedente, "ratio decidendi", "obiter dictum"* (Discurso de ingreso en la RAJL, leído el día 26 abril 2004). En este trabajo lo utilizaré como sinónimo de jurisprudencia en sentido moderno y estricto, como es frecuente hacerlo fuera de España.

278 El punto de partida de mis reflexiones va a ser el volumen *Precedent and the law* (edited by Ewoud Hondius) (*Reports to the XVIIIth. Congress International Academy of Comparative Law*. Utrecht, 16-22 July 2006) (Bruylant. Bruxelles 2007) 517 pgs. La obra se compone de un breve prefacio del editor, seguido de su *General Report* (págs. 13-73), que, sin duda, representa una muy importante y reciente aportación comparativa al tema, seguida de 24 Ponencias nacionales que constituyen, por de pronto, una preciosa fuente de información sobre el planteamiento del tema en los correspondientes países (de España se ocupa el autor de este trabajo), agrupados sistemáticamente así: *The common law tradition*, *The civil law tradition: France, Germany* (incluyendo Grecia, Dinamarca y Finlandia), *The civil law tradition outside Europa* (con referencia a Brasil, Colombia, Japón, Corea del Sur), *The socialist and former socialist jurisdictions* (Macao, Chequia, Hungría, Polonia, Serbia), *Mixed jurisdictions* (Israel), y, finalmente, una breve referencia a las *International organisations*.

La obra surge como fruto del Congreso Internacional de Derecho Comparado de Utrecht del año 2006, y se ha editado sin esperar a la reglamentaria publicación de todas las Ponencias generales, que suele retrasarse bastante respecto de la fecha de aquél. Versa sobre uno de los temas tratados en el mismo, que, visto el temario general globalmente y a distancia, representa una de las materias diferenciales básicas entre los sistemas del *Civil Law* respecto a los del *Common law*. Ciertamente, este volumen no incluye información, ni de todos, ni de la mayoría de los países del mundo, pero sí abarca países muy representativos de uno y otro de los sistemas comparados, sin olvidar situaciones singulares tales como la antigua colonia portuguesa de Macao, incorporada política, pero no jurídicamente (al menos de momento) a China, o la de los antiguos países socialistas del Este de Europa, o la más conocida especial situación de los países escandinavos dentro del sistema del *Civil Law*.

279 Véase sobre el tema suscitado en el texto, una excelente traducción española del original italiano en su 3ª ed., del *Atlas de Derecho privado comparado* (coord. F. Galgano)

en España cabría concluir que el tema parecía estar definitivamente cerrado y que no valía la pena de replantearlo nuevamente.

No podemos, sin embargo, olvidar que la *jurisprudencia como fuente del derecho* ha sido —y, en cierto modo, sigue siéndolo entre nosotros— un *tema-guadiana*, debatido doctrinalmente antes y después de la entrada en vigor de las decimonónicas leyes procesales, del propio Código civil y, singularmente, después de la reforma del Título Preliminar en 1973, y nuevamente retomado el debate al promulgarse la nueva Lec. 2000 con su novedosa reforma del recurso de casación. Adviértase que últimamente el debate ha dejado de ser, exclusiva o mayoritariamente, civilista— pese a estar radicado en el Derecho civil, el estudio de las fuentes del ordenamiento—, pues se ha hecho notar que afecta también a los procesalistas (por la trascendencia práctica del recurso de casación, susceptible ahora de interponerse en ciertos casos también ante los Tribunales Superiores de Justicia), a los constitucionalistas (por afectar a la estructura del Estado mismo, y contribuir a perfilar con toda nitidez la función del Poder Judicial y sus relaciones con los otros Poderes). Sin olvidar la reciente presencia activa en el debate de algunos filósofos del Derecho y cultivadores de la Teoría General del Derecho.

Añádase un nuevo dato, aparentemente circunstancial, a saber, la laboriosa y costosa formación, desde hace medio siglo, de ese nuevo Ente político internacional que ahora denominamos Unión Europea, la cual agrupa en su seno a algunos países pertenecientes al sistema del *Common Law* (Gran Bretaña e Irlanda) aunque la gran mayoría de países, tanto de los fundadores como de los ulteriormente adheridos, siguen adscritos al sistema del *Civil Law*. Los interrogantes surgen numerosos: ¿cómo garantizar la interna homogeneidad de la UE cuando se albergan países sujetos a sistemas tan dispares? (así, la experiencia muestra que el difícil equilibrio interno que, en otras latitudes, mantie-

(trad. de Fernández Campos y Verdera Server) (Madrid 2000), la tabla 1 pg. 25 y ss. dedicada al tema del *Civil Law* y *Common Law*, con amplios tratamientos del precedente judicial en el sistema inglés (Francesca MORETTI), *Stare decisis* en los Estados Unidos (MATTEI), y en el resto del ámbito de *common law* (Luisa ANTONIOLLI), y el más breve tratamiento del precedente judicial en el *civil law* (GALGANO).

nen por ej. Québec, Luisiana o Puerto Rico, respectivamente en Canadá y en EEUU, no auguran, a medio plazo, una pacífica convivencia de diversos sistemas en el interior de un mismo ente político); ¿cabe asegurar que, en el futuro, ninguno de los países miembros *quiera cambiar del sistema* al que ahora pertenece?; y, de ocurrir tal hecho, ¿afectaría en algo su pertenencia a la UE? Aunque, acaso, lo más importante sería predecir hacia qué sistema de fuentes se inclinará definitivamente la propia UE en relación con el Derecho comunitario, delineado, hasta ahora, con buena dosis de atipicidad. Añádase que en el TEDH de Estrasburgo, cuyo funcionamiento no aparece regulado por una norma propiamente comunitaria —aunque su jurisdicción se extienda a la mayoría de los países de la UE—, difícilmente puede vislumbrarse, en su funcionamiento, un claro ejemplo de división de poderes dentro de una organización supraestatal; o es que, más bien, ¿no habría de considerarse, la actuación de dicho Tribunal, a modo de *avanzadilla del Common Law* en el continente europeo?

Por todo ello estimo que sigue siendo importante precisar y profundizar el concepto de *jurisprudencia* y el de su versión contemporánea del *precedente*, para analizar sus relaciones con la ley, muy variadas, y, no pocas veces conflictivas, a lo largo de la historia.

Los partidarios, genéricamente hablando, de incorporar de algún modo los países continentales al sistema del *Common law* están incrementándose desde finales del siglo pasado, de modo que su presión se hace sentir, cada vez más, en los ambientes jurídicos y, especialmente, privatistas. Para lograr aquel objetivo, se minimizan las diferencias entre ambos sistemas y se concluye que éstas son accesorias y circunstanciales, y tienden a desaparecer con el tiempo. Un prestigioso civilista italiano acaba de escribir, que, en su país, la jurisprudencia ha logrado ya su puesto entre las fuentes de producción del derecho, de modo que, en ciertos sectores, aquélla *reinscribirá o integrará el Codice civile*, y para describir este fenómeno se acude al relativamente novedoso término de *Derecho vivo* (*diritto vivente*)²⁸⁰.

280 ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto "vivente"*. *Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, en MARIANI MARIANI e CERRI "Diritto vivente. Il ruolo innovativo

2. DE LA *JURISPRUDENTIA* ROMANA AL CONCEPTO MODERNO DE JURISPRUDENCIA

Pese a la actual polisemia del término *jurisprudencia*, no cabe olvidar sus raíces latinas en el Derecho romano. Un especialista de la historia del Derecho Romano nos dice²⁸¹ que en la terminología de los juristas romanos la *iurisprudencia* es sólo la ciencia del derecho y el término no es reconducible a la actividad jurisdiccional; pero sería erróneo entender que tal actividad *científica* tuviese aspectos dogmáticos dado que la actividad de los *iuris prudentes* ha estado siempre marcada por una finalidad eminentemente práctica. Hay que partir de la célebre definición: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti vel iniusti scientia* (Ulpiano 1, reg. D.1.1.10.2), en la que la referencia al componente sacro (*divinarum rerum notitia*) nos sitúa directamente en la época arcaica en la que, igual que ocurre en otros pueblos, el derecho se presenta mezclado con la religión y la moral, apareciendo durante mucho tiempo monopolizado por el Colegio de los pontífices

della giurisprudenza" (Pisa 2007) pág. 36. Una bibliografía seleccionada sobre el *diritto vivente*, puede verse en CERRI, *Diritto vivente /Diritto giurisprudenziale: Un tentativo di saggio bibliografico*, loc. cit., págs.133 y s.

281 PROCCHI, *Brevi considerazioni semantiche: El "diritto vivente" ed il "diritto giurisprudenziale"*. Dalla "iurisprudencia" romana a la moderna "giurisprudenza", en id. id. pg.121.

Entre la bibliografía sobre este tema clásico que menciona el autor cabe seleccionar: KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (trad. ital.) (Firenze 1962); GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2ª ed. (Torino 1967); SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. ital.) (Firenze 1968); VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1974); CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I. La giurisprudenza romana e il passaggio dell'antichità al medioevo*, 2ª ed. (Torino 1976); SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza, cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana* (Bari 1977); D'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica* (Napoli 1978); BRETONE, *Technique e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed. (Napoli 1982); D'IPPOLITO, *Iuristi e sapienti in Roma arcaica* (Roma-Bari 1986); SCHIAVONI, *Giuristi e nobile nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico* (Bari 1987); VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di Lezioni* (Torino 1989); CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. II. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, 4ª ed. (Torino 1989).

(en italiano recuerdan la etimología del último término: *i facitori di vie*, o de quienes *aprono il cammino*; en español preferimos la versión literal de *constructores de puentes*). En efecto, en Roma los pontífices, guiados por el *pontifex maximus* eran los *sapienti* o intérpretes de su patrimonio cognoscitivo más importante; y, en primer lugar, de las *mores*, es decir de las antiguas tradiciones de comportamiento creadas en el interior de las estructuras gentilicias con anterioridad al nacimiento de la *Civitas*; dicho saber se transmitía por vía exclusivamente oral y nemotécnico en el interior del colegio. Los padres interrogaban a los pontífices acerca de lo que era el *ius*, es decir el comportamiento conforme a la tradición gentilicia, y obtenían un *responsum* de carácter oral, válido sólo para el caso planteado y que se confiaba a la memoria del Colegio de generación en generación. Con el transcurso del tiempo, cada interrogación de los *patres* se confrontaba también con las precedentes respuestas, y así nació una nueva sabiduría, a saber la ciencia del derecho articulada sobre bases casuísticas²⁸². Siguiendo la historiografía tardo-republicana, entre los años 451 y 450 a.C. una comisión de *decemviri*, provistos de poderes consulares, redactó las famosas XII Tablas recogiendo el viejo *ius pontificale* traducido en forma de leyes generales inmediatamente preceptivas para toda la comunidad. Con todo, el respeto hacia la letra del texto de las leyes de las XII Tablas se conservó muy fuerte en sentido formal, aunque de hecho seguía siendo el primitivo *responsum*, y no la *lex* la fuente primaria del *ius*. Por esta vía— dice el autor, siguiendo a Schiavone²⁸³— a lo largo del siglo IV a.C. el Derecho romano asume con estabilidad los caracteres que los modernos denominan *derecho jurisprudencial*, o sea “un derecho construido en torno al saber particular de una clase de expertos a los que la colectividad reservaba la misión de dictar las reglas de la convivencia social entre los ciudadanos, y no en torno a la forma de leyes generales”. Durante todo el siglo III a.C. el saber de los *pontifices* fue un saber restringido y aristocrático, casi exclusivamente oral. En la segunda mitad del siglo II a.C. se asiste al nacimiento de una verdadera y propia doctrina civilística: la *scientia iuris civilis*

282 PROCCHI *op. et loc. cit.* pag. 122.

283 PROCCHI *op. et loc. cit.*

fundamentada en tres bases: el paso de la oralidad a la escritura, el descubrimiento de conceptos jurídicos abstractos y la consiguiente adopción de técnicas clasificatorias de los mismos, y la ruptura de un nexo directo entre conocimiento jurídico y el primado político de la *nobilitas*. De este modo el saber jurídico alcanzó la dignidad de *ciencia autónoma* que desarrolla una tarea de primer plano en la producción del derecho. En la época de los Severos los juristas desarrollan una irrenunciable función-guía en el desarrollo y en la creación del derecho. Pero a partir de Diocleciano los juristas comienzan a perderla progresivamente, ya que el absolutismo imperial reconoce en el emperador la única fuente viva del derecho. Procchi llega a la siguiente conclusión²⁸⁴: La noción romana de jurisprudencia comprendía, no sólo la ciencia, sino también la práctica, ya que los *prudentes* contribuían fácticamente con su labor a la formación del derecho. Así la *jurisprudencia* se presenta, por tanto, como anticipada reflexión *científica* preordenada para la solución o la *decisión* de cuestiones prácticas, incluso fuera de los tribunales.

3. DESDE EL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA EN EL *JUS COMMUNE* HASTA LA CODIFICACIÓN

Ya se comprende que en el Congreso de Utrecht sobre *le précédent et la loi* (o si se prefiere: la Jurisprudencia y la ley) no se procediera a un tratamiento histórico exhaustivo del tema. Entre las ponencias procedentes de los países del *Civil law*, la francesa debida a Malaurie²⁸⁵ des-

284 PROCCHI, *op. et loc. cit.*, pg. 123.

285 MALAURIE, *Les précédents et le droit: Rapport français*, en el vol. cit. "Precedent and the law", pg. 142, escribe: "La ruptura tuvo lugar con la Revolución Francesa que ha cambiado profundamente las reglas del juego. Oponiéndose radicalmente al Antiguo Régimen, Montesquieu quiso, en nombre de la separación de poderes que el Derecho tuviera a la ley como fuente exclusiva y que los magistrados carecieran de todo poder creador. Basta con tres citas, de las cuales la última ha resultado ser la más célebre: 1ª) *Plus le Gouvernement approche de la République, plus la manière de juger doit être fixe*; 2ª) *Dans le Gouvernement républicain, les juges suivent la lettre de la loi*; 3ª) *Les juges de la nation (...) ne sont que la bouche que prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*. Precisamente esto es lo que ocurrió de modo inmediato después de la Revolución y los jueces no tuvieron más papel que la de ser *les bouches de*

taca con acierto cómo la Revolución Francesa representó una abrupta *ruptura* con el *Ancien Régime* y redujo la función del Juez, con una frase famosa, a ser *la bouche qui prononce les mots de la loi*.

En mi ponencia sobre el Derecho español²⁸⁶ me pareció conveniente precisar algo más la función judicial bajo el *jus commune* con cita de la obra clásica de De Castro, según el cual, en el Derecho romano, las sentencias de los tribunales no eran fuentes directas del derecho si bien han influido la evolución jurídica del mismo de modo que los abogados acostumbra a mencionarlas en sus demandas; acaso por ello Cicerón menciona a las *rebus iudicatis* entre las fuentes del derecho. Con todo, es importante recordar que Justiniano, quizá para evitar el mal uso de los precedentes judiciales, estableció que los jueces están sujetos exclusivamente a la ley sin que tengan que preocuparse de lo que resuelvan otros magistrados. En la Edad Media las sentencias judiciales se coleccionan en las *Fazañas* y *Albedríos* los cuales representan hoy una importante fuente de conocimiento para los historiadores; a veces, los autores de tales colecciones se han limitado a recoger lo ya existente, por ej. los antiguos usos y costumbres, pero otras veces llegan a crear la regla jurídica. Una vez que la Realeza se afirmó y reunió en sus manos el poder legislativo y el judicial, la consecuencia es que las sentencias de los tribunales no constituyen propiamente un cuerpo de doctrina;

la loi. Pese a la reverencia que Portalis dispensaba a Montesquieu, aquél, por el contrario, afirmó el poder creador del juez aunque subordinándolo a la ley: *Forcer les magistrats de recourir au législateur, ce serait le plus funeste des principes (...) On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois*; precisa también que la jurisprudencia se ejercía *sous la surveillance du législateur* que podía *la corriger*. Sin duda, desde 1790 al Año VIII, inspirándose en las ideas de Montesquieu, el absolutismo y la exclusividad de la ley fueron impuestos al juez a través del *référé législatif*, obligándole a recurrir al poder legislativo cada vez que se planteaba una dificultad interpretativa de una ley. El Tribunal de Casación (que ha precedido a la *Cour de Cassation*), en su actuación práctica, ha evitado muy frecuentemente aplicar esta disposición, que fue rápidamente abandonada, primero por el *Code civil*, cuyo art. 4º ha reconocido al juez la facultad de interpretar la ley. El *référé législatif*, sin embargo, sufrió diversos avatares, hasta que su último vestigio fue suprimido por la Ley de 1º abril 1837".

286 GARCÍA CANTERO, *Le précédent et la loi. Rapport de droit espagnol*, en el vol. cit. "The precedent and the law", pg. 193.

ante los Tribunales la *communis opinio* de los doctores puede alcanzar más peso que la doctrina jurisprudencial (*non exemplis sed legibus est iudicandum: C.7,14,13*).

De Castro²⁸⁷ resume así la doctrina clásica española sobre el valor de la jurisprudencia en la época del *jus commune*:

- el *usus fori*, el uso judicial, la práctica o el estilo de los Tribunales, no podrá nunca ser contrario a la ley porque no cabe crearlo (como costumbre) por un Magistrado designado por el soberano;
- propiamente hablando el *usus fori* se distingue de la costumbre, la cual no puede ser creada por una clase del estado (los Magistrados), y, por otra parte, se parte de la *costumbre del lugar* (requisito propio de las *Partidas*) y de la dependencia jurídica (administrativa) del juez; se admite que las sentencias puedan demostrar la existencia de una costumbre, pero ésta es el resultado del uso y de la tradición de un pueblo y no del uso de un tribunal;
- en general, se reconoce la autoridad práctica y doctrinal de las sentencias de los tribunales; se les califica de opinión probable, pero no obligatoria, y se aconseja seguirlas en caso de desacuerdo entre los autores o cuando no existe opinión común sobre el caso. Los tribunales no quedan vinculados por la doctrina de sus propias sentencias, pero se aconseja a los Jueces no cambiar de parecer sin motivo razonable (evitando veleidades y cambios caprichosos); en cualquier caso, se sostiene con firmeza que los Tribunales, tanto superiores como inferiores, no resuelven según los precedentes sino según la ley, la justicia y la razón natural. Carlos III promulgó la Real Cédula de 13 junio 1778 ordenando a los Tribunales no motivar sus sentencias.

287 De CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2ª ed. (Madrid 1949) págs. 501 y s.

4. ULTERIOR DESARROLLO CONTEMPORÁNEO DEL VALOR CREADOR DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES DEL CIVIL LAW

A) Respecto de Francia, dice Malaurie²⁸⁸, que, una vez readquirido y consolidado el poder de la jurisprudencia, se ha desarrollado de modo regular extendiéndose sin cesar, pudiéndose distinguir tres etapas: 1^a) Durante los tres primeros cuartos del siglo XIX la jurisprudencia, sobre todo, ha asimilado y apropiado las novedades del *Code civil*; más que de una aplicación de la ley, su misión consistió en deducir de ella, más allá del análisis literal, las líneas directrices y su coherencia, investigando su espíritu (así en materia de sucesiones en general, y de legítimas cuya significación y naturaleza construyó la jurisprudencia). 2^a) A partir del último cuarto del siglo XIX aparece en realidad el poder creador de la jurisprudencia; más que a la ordenación racional e intelectual del Derecho civil nuevo, atiende aquélla, no tanto a la complejidad de la ley, como a sus insuficiencias (así ocurrió con el enriquecimiento sin causa y, sobre todo, con el inmenso cuerpo pretoriano de la responsabilidad civil del hecho de las cosas inanimadas). Durante mucho tiempo el poder creador del juez ha sido objeto de admiración unánime que ha resaltado el realismo, la inteligencia y la adaptación a las nuevas realidades sociales y económicas; si bien a partir de 1960, la doctrina y la práctica manifiestan un gran desencanto, a causa de la complejidad, incertidumbre e inestabilidad de este nuevo *derecho pretoriano*. Formalmente la jurisprudencia se afirma, sin embargo, dependiente de la ley; así, por ejemplo, la *Cour de Cassation* proporciona siempre a la jurisprudencia un fundamento legislativo, por muy ficticio que sea en la realidad. Los prácticos ven en ella una fuente del derecho cuando la jurisprudencia es *constante*. 3^a) Desde finales del siglo XX se afirma mucho más fuertemente el poder creador de la jurisprudencia. Con frecuencia, en sus *visas* (es decir, la referencia a la ley que ella contempla cuando casa una sentencia), el Tribunal de Casación se apoya ahora en sus propias reglas, que ella misma ha enunciado, calificándolos de *principios*, o *superreglas*, más numerosas cada

288 MALAURIE, op. et loc. cit., pg. 143 ss.

vez (a fines del año 2004 había 96 variedades de ellas). En consecuencia la jurisprudencia deviene claramente en fuente autónoma del derecho; *elle fait la règle qu'elle applique: elle est vraiment devenue créatrice de droit*. En varias sentencias, muy recientes y solemnemente pronunciadas, la *Cour de Cassation* llega hasta romper deliberadamente con el derecho establecido (en materia de seguros de vida y de donación con causa inmoral). La doctrina francesa por lo general ha juzgado con severidad estas nuevas orientaciones jurisprudenciales, que conducen deliberadamente a una política normativa que no figura entre sus competencias y que conduce a una ruptura con el derecho establecido, atentando a la confianza que debe a la jurisprudencia, en razón del riesgo de la arbitrariedad judicial. Concluye Malaurie²⁸⁹: *On s'éloigne de plus en plus de la séparation de pouvoirs, base de la démocratie et les précédents prennent de plus en plus d'autorité*.

B) EL CASO ITALIANO, EL MASSIMARIO Y EL RIESGO DE DESVIRTUAR EL PRECEDENTE

No cabe duda que Italia, en esta cuestión, pertenece y se integra en el sistema del *Civil law*; y ello pese a que este país tardó más de medio siglo en organizar adecuadamente una *Corte di Cassazione* (TS) con eficacia unificadora de la interpretación de la ley²⁹⁰. Sin embargo la

289 MALAURIE, op. et loc. cit., pg. 146.

290 Pese a la unificación legislativa que supuso la promulgación del *Codice civile* de 1865, una vez lograda la unificación política con la ocupación del Estado Pontificio, no se consiguió de inmediato la unificación jurisdiccional pues siguieron funcionando las cinco sedes de Tribunales de casación correspondientes a los Estados preunitarios. Hubo que esperar a principios del siglo XX para que se unificara el Tribunal Supremo y éste pudiera cumplir su misión clásica y tradicional de unificar la interpretación de la ley por los Tribunales. Todavía el Decreto Legislativo de 2006 ha introducido algunas reformas legislativas en el recurso de casación encaminadas a dicho fin (que la doctrina denomina *funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*: así ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente etc.*, cit., pg. 37 s.); en efecto, el art. 363 del *Codice di procedura civile* permite ahora al Fiscal General plantear ante la Casación una cuestión que implique la afirmación de un principio de derecho, aunque el recurso sea inadmisibile (similar a nuestro recurso en interés de la ley), y, sobre todo, el nuevo

reciente doctrina del país denuncia una orientación, que corre el riesgo de desembocar en una inquietante desviación en relación con la debida función que cabe atribuir al precedente²⁹¹. Históricamente, Taruffo²⁹² recuerda que la práctica durante la vigencia del *jus commune* en Italia, nunca dejó de citar y argumentar sobre la base de los precedentes, incluso cuando por influencia francesa en el siglo XIX dominaba la Escuela de la Exégesis. Actualmente —acaso como lejana influencia de los *arrêtistes* galos del siglo XIX— se ha desarrollado ampliamente el hábito de mencionar los precedentes como una de las características más definitorias del trabajo ordinario de los jueces y abogados, habiendo surgido gran número de revistas muchas de las cuales incluyen notas y comentarios de los extractos de las sentencias, con tal

art. 374 del mismo Cód. prevé que las orientaciones contradictorias de cada una de las Salas (o Secciones) del TS sean resueltas por las Secciones Unidas (o TS en pleno), y que cuando una de las Salas quiera separarse del criterio mantenido por el Pleno, el recurso de casación se remita directamente a éste.

291 La bibliografía resulta ya considerable. Entre las obras de carácter más general, cabe mencionar: GALGANO, *Atlas de Derecho privado comparado*, cit., pág.80 ss.; *La globalizzazione nello specchio del diritto* (Bologna 2005); ALPA, *L'Arte di giudicare* (Bari 1996); ANZON, *Il valore el precedente nel giudizio sulle leggi* (Milano 1995); BIN, *Precedente giudiziario, ratio decidendi, e obiter dictum: due sentenze in tema di diffamazione*, "RTDPC"1988, págs.1001 ss.; BOVE, *La Corte di Cassazione come giudice di terza istanza*, id. 2004, pgs. 947 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale* (Torino 1999); CAMPEIS-DE PAULI, *Il giudizio di cassazione* (Milano 2006); CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?* (Milano 1984); DI FONZO, *Dogmi e dilemmi nel diritto giurisprudenziale* (Bari 2005); GAMBARO *Codici e diritto giurisprudenziale*, en el vol. "Scritti in memoria di G. Cataneo" (Milano 2002) pgs. 1171 ss.; GORLA, *s.v. Precedente giudiziale*, en "Enc. Giur. Treccani" (Roma 1990), vol. XXIII, pgs. 297 y sgs.; GUASTINI, *Le fonti del diritto e le interpretazione* (Milano 1993); *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano 2004); IANNIRUBERTO-MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di cassazione* (Milano 2007); LOMBARDI VALLAURI, *s.v. Giurisprudenza (teoria generale)*, "Enc. Giur. Treccani" (Roma 1989), vol. XV, págs. 1 ss.; MENGONI, *Diritto vivente*, en "Digesto civ." (Torino 1990), vol. VI, pág. 445 ss.; MONATERI, *Fonte del diritto*, en "Digesto civil" (Torino 1992), vol. VIII, págs. 379 ss.; "Giurisprudenza" en id. (Torino 1993), vol. IX, pag. 150 ss.; MONETA, *I mutamenti nella giurisprudenza della casazione civile* (Padova 1993); PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito* (Torino 2005); SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (Torino 2003).

292 TARUFFO, *Precedents in Italy*, en el vol. "Precedent and the Law", cit., pág. 177 ss.

finalidad²⁹³. La tarea de redactar los extractos de la jurisprudencia, se ha *oficializado* en relación con la jurisprudencia del TS, ya que el art. 68 del Ordenamiento Judicial prevé la existencia de la *Oficina del Maximario*, así como un centro de datos que registra, conforme a las máximas, todas las sentencias emanadas de este órgano judicial, de modo que los profesionales del derecho pueden conocer inmediatamente, para cada cuestión interpretativa que surja, si existen y cuáles son los precedentes de la jurisprudencia del TS, a los que se suman los de los tribunales de instancia extractados por las revistas privadas de jurisprudencia²⁹⁴. Parece que estos precedentes han de tener algún valor mayor que el simple estadístico por una doble razón: a) el juez de instancia cumple con el deber de motivación de la sentencia impuesto por el art. 132, núm. 4 del Cód. de Proc., con la mera referencia a la jurisprudencia de la casación (así STS 13 mayo 1983); y b) el juez de instancia, en cuanto tiene libertad para no adecuarse a la opinión expresada por otros jueces, y también para no seguir la interpretación propuesta por el TS, está obligado a aducir las razones congruentes que sean convincentes para negar la atendibilidad de la orientación interpretativa rechazada (STS 3 diciembre 1983), y asimismo debe motivar la sentencia cuando se aparta de sus propios precedentes (STS 30 julio 1986). A modo de resumen se expresa así Galgano²⁹⁵: “Al precedente se le reconoce este valor: dispensa al juez que lo sigue del deber de motivar; impone al juez que quiera apartarse de él, el deber de motivar convincentemente el rechazo. La eficacia de un sistema semejante está, sin embargo, su-

293 Algún autor habla del “gran desarrollo de una verdadera industria del precedente judicial, dirigida a un conocimiento de la jurisprudencia más completo, más capilar, más actualizado. Los productos que esta industria lanza al mercado son las revistas y los repertorios de jurisprudencia, los códigos anotados con la jurisprudencia, las colecciones sistemáticas de jurisprudencia, y, finalmente los *compact disk* de jurisprudencia. La necesidad que esta producción satisface es la previsibilidad de las futuras decisiones judiciales; la importancia del material que se suministra a los usuarios tiene un valor estadístico, basado en un cálculo de probabilidades: si los jueces ya han decidido en cierto sentido y con una reiteración determinada, es probable que decidan las controversias futuras del mismo modo” (Así GALGANO, *Atlas del Derecho privado comparado*, cit., pág. 78).

294 GALGANO, op. et loc. cit., pág. 80 y s.

295 GALGANO, op. et loc. cit., pág. 81.

bordinada a la condición de que el órgano supremo mantenga firmes sus propias orientaciones, al menos durante un tiempo apreciable. Pero la experiencia reciente denota una progresiva volubilidad de la *Cassazione*: observaciones estadísticas han puesto en evidencia más de doscientas “contradicciones de jurisprudencia al año” (Moneta), o sea más de doscientas sentencias anuales en las cuales el TS ha contradicho principios que había acogido precedentemente. Pero no son las aludidas las únicas críticas que hace la doctrina, no achacables exclusivamente a la circunstancia indubitada de que cada año se dictan en Italia alrededor de 20.000 sentencias del TS en materia civil y, por otra parte, que el número de Magistrados que componen la *Corte di Cassazione* excede de 450²⁹⁶.

Para Tarello, en su ponencia al Congreso de Utrecht²⁹⁷, pasando por alto las últimas reformas del recurso de casación, la eficacia de los precedentes en derecho italiano se define habitualmente con carácter solamente *persuasivo y no vinculante*, con lo que quiere significarse que ejercen solamente alguna influencia sobre los casos idénticos o similares, siendo tarea dificultosa definir en qué consiste tal *persuasividad*; dado que no puede ésta precisarse de antemano y para todos los casos, hay que decir que se trata de una cuestión de grado, dependiendo de varios factores tales como la clase del tribunal que ha dictada la sentencia, el número de precedentes que concurren en un caso determinado, quizá siendo discrepantes, y la cualidad intrínseca de la sentencia; en definitiva, no es materia objeto de definiciones teóricas y abstractas, sino muy relacionado con su éxito en la práctica; mirando retrospectivamente se llega a la conclusión de que hay sentencias de las que puede asegurarse que nunca llegarán a ser precedente mientras que otras llegarán a situarse entre la jurisprudencia, casos líderes o punteros durante años y, aun, décadas. Suelen diferenciarse los precedentes según su carácter vertical u horizontal; así, a mayor categoría del tribunal que la ha dictado, mayor autoridad del fallo; con todo, advierte Tarello que la fuerza persuasiva de la sentencia puede ser in-

296 Datos que proporciona TARELLO, *op. et loc. cit.*, págs. 182 y s.

297 TARELLO, *op. et loc. cit.*, pág. 178 ss. para lo que sigue en el texto.

dependiente del rango del Tribunal que la ha dictado (sensatamente advierte que *bad judgements are made by high courts, and good judgements are made by lower courts, and vice versa*). Pero ¿que es un precedente? Hay una respuesta legal: se trata del extracto que el *Ufficio del Massimario* de la *Corte di Cassazione* hace de cada sentencia dictada por éste, referente al fundamento jurídico (*legal statement*) en forma de una o varias máximas. Suele creerse que se trata de la *ratio decidendi* del fallo, pero el autor discrepa de esta opinión: “Una *máxima* puede corresponder a algún fundamento jurídico que el tribunal ha utilizado en su fallo, aunque tal fundamento sea un mero *obiter dictum* en el contexto del razonamiento del tribunal. Puede ocurrir, por tanto, que un argumento jurídico se usa como precedente aunque no haya sido la base efectiva del fallo previo. Por otra parte, cuando uno lee una *máxima*, el lector ignora si la misma corresponde efectivamente a la *ratio decidendi* del caso, y asimismo la relación que puede existir entre aquella y los hechos del caso. El usuario puede revisar todo esto obteniendo de la Oficina el texto completo de la sentencia, pero ello suele ser complejo en la práctica cuando se manejan docenas o centenares de precedentes”. En la práctica puede ocurrir que, respecto de un caso concreto, haya un número reducido de precedentes, supuesto en el cual puede hablarse de precedente en sentido propio; pero lo frecuente es encontrarse con masivos *cases-law*, consistentes en verdaderas series o cadenas de máximas relativas al mismo caso; en tal supuesto hay problemas prácticos para atribuir fuerza persuasiva a una sentencia concreta, cuyo valor, por otra parte, disminuye a medida que crece su número. Por otra parte, si los precedentes son muy numerosos, la posibilidad de que sean contradictorios entre sí es muy grande, pudiendo suceder que tales fallos sean simultáneos en el tiempo, o se sucedan unos detrás de otros. Hay una permanente incertidumbre en el usuario ya que nunca está seguro de haber encontrado el verdadero precedente en un caso determinado. El verdadero precedente, en tal situación, según deduce Tarello²⁹⁸, *does not existit and cannot exist in a chaotic situation in which even the supreme court has not control upon its own case law*. De ello de-

298 TARELLO, *op. et loc. cit.*, pág. 184.

riva el abuso y el mal uso del precedente, que, incluso, pueden darse conjuntamente; de una parte, todo juez, incluyendo a los que integran el TS, muestran una clara inclinación al uso masivo del precedente; de otra hay inclinación a citar el *último* precedente, cronológicamente hablando, al que se atribuye mayor valor persuasivo, cuando, en realidad, el precedente verdadero tiene mayor antigüedad en el tiempo. En Italia el precedente usualmente es una *massima* que constituye una formulación sintética y abstracta de una disposición legal, la cual puede, o no, corresponder a la *ratio decidendi* de la sentencia extractada; cada año se producen cientos y miles de precedentes emanados del TS, a los que deben añadirse varios centenares del TC, y los derivados de los Tribunales inferiores que también pueden considerarse tales; se da un alto grado de incertidumbre a la hora de determinar el valor de su *persuasividad*; a menudo se usan incorrectamente; en conclusión, entre el típico sistema del precedente en el *common law* y el seguido en Italia se dan más diferencias que similitudes, de modo que una convergencia entre ambos no parece existir.

C) LA RELATIVA ORIGINALIDAD DEL DERECHO ESPAÑOL EN ESTE TEMA

En mi ponencia al Congreso de Utrecht²⁹⁹ he tratado de resaltar la relativa originalidad del Derecho español en la materia, dentro de los sistemas del *Civil Law*, sin perjuicio de una evolución histórica en cierto modo similar o paralela a lo ocurrido en Francia y, en menor medida, a lo que está ahora ocurriendo en Italia, con soluciones legislativas caracterizadas, además, por la falta de concordancia entre las leyes procesales y las civiles. Como se sabe la introducción del recurso de casación en España tiene su antecedente en el recurso de nulidad que preveía el art. 261 de la Constitución de 1812, y que fue regulado, tras varias tentativas³⁰⁰ en la Lec. de 1855 y luego por la Lec. de 1881; dicho recurso ha estado siempre vinculado a la noción de la

299 GARCÍA CANTERO, *Le précédent et la loi*, en "Precedent and the law", cit., pág. 189 ss.

300 DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2ª ed. (Madrid 1949), pág. 502 y s., expone las vicisitudes sufridas por estos recursos de nulidad y casación.

jurisprudencia y, correlativamente, a su valor como fuente del Derecho. Inicialmente, siguiendo el modelo francés, se negó formalmente a los jueces y tribunales la facultad de interpretar la ley, función que competía al poder legislativo según el art. 131-1º de la Constitución de 1812; cuando los tribunales inferiores tenían dudas a propósito del sentido de una ley, el TS debía consultar con el Rey al objeto de promover una declaración del Parlamento a este respecto (art. 261-10º, Constitución 1812). Con el tiempo se debilitó este rigor jurisdiccional y se comenzó a reconocer a los tribunales facultades que exceden de una mera aplicación mecánica de la ley; al entenderse así la interpretación de las leyes nació la *doctrina jurisprudencial*, cuya noción iba a desempeñar un papel importante en el desarrollo sucesivo del tema hasta nuestros días. De una parte, el recurso de casación responde a la necesidad de asegurar la sumisión de jueces y tribunales al sistema en vigor de las fuentes del derecho; es decir, se trata de conseguir además que la doctrina jurisprudencial elaborada al interpretar la ley, sea uniforme en todo el territorio. Para lograr este objetivo, la Ley procesal contenía una lista cerrada de motivos de casación que permitía al TS admitir o rechazar un recurso; desde luego, la casación no constituye una tercera instancia que permita volver a discutir sobre los hechos, sino que aquél únicamente examinará el derecho aplicable al caso; los motivos alegados serán examinados por el TS y el recurso será estimado si la sentencia ha violado la ley o la doctrina establecida por el propio tribunal al interpretar la ley; la Lec. de 1855 ordena estimar el recurso si la sentencia recurrida va contra la ley o *contra doctrina admitida*, mientras que la Lec. de 1881 lo admite *por infracción de ley o de doctrina legal*, terminología esta última que llegará a nuestros días. Cabe deducir, por tanto, que la Ley procesal admitía la insuficiencia de la ley, y, en consecuencia, la necesidad de una *fuentesupletoria para llenar las lagunas de la misma*; en un principio el TS explicaba que la doctrina legal estaba constituida, sea por el antiguo *jus commune*, sea por la doctrina de los autores, pero finalmente triunfó la idea según la cual por doctrina legal hay que entender la elaborada por el TS, precisamente recaída a propósito del recurso de casación. Parece puede concluirse que, durante el periodo 1855-1899 la jurisprudencia del TS

estaba considerada, respecto al recurso de casación, como una fuente secundaria o indirecta del derecho, dada su calidad de motivo para introducir aquél. Después de la promulgación del Cc en 1889 parece que el art. 6 párr. 2º del mismo se propone eliminar la mencionada fuente supletoria a través de una norma procesal, a menos que tal supuesto se configurase como violación de los principios generales del derecho. Pero en realidad las cosas evolucionaron diversamente; por un lado, el TS incluyó, junto a la violación de la ley en sentido estricto, la violación de otras fuentes como la costumbre o los principios, y, de otro, ha admitido la violación o infracción de doctrina legal como motivo autónomo; posteriores reformas procesales en 1984 y 1992 han sustituido la expresión *doctrina legal* por la de *jurisprudencia*, mientras que habla de *infracción del ordenamiento jurídico* en lugar de *infracción de ley*. Después de promulgado el Cc parecía claro que la doctrina legal no estaba incluida entre las fuentes del derecho enumeradas en el art. 6 párr. 2 (redacción inicial), y ello a pesar de que la violación de esta última permitía interponer recurso de casación. Contradicción, al menos aparente, que se ha mantenido después de la reforma del Título preliminar del Cc en 1973; en efecto, del nuevo art. 1.1 resulta que la jurisprudencia no figura entre las fuentes del ordenamiento jurídico, si bien por primera vez en un texto sustantivo se atribuye a la jurisprudencia la función de *complementar* el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Se han fijado los siguientes requisitos para invocar la jurisprudencia como motivo de casación: 1º) que la sentencia emane de la Sala 1ª (civil), del TS; 2º) la doctrina mantenida en una sola sentencia no constituye doctrina legal o jurisprudencia, sino que hace falta que sea reiterada, lo que supone mantenimiento de la misma durante cierto tiempo (pero no está determinado ni el número de sentencias pronunciadas en el mismo sentido, ni la duración del periodo de tiempo durante el cual la doctrina se mantiene); en todo caso, a partir de la segunda sentencia coincidente cabe hablar ya de jurisprudencia (se requiere que la doctrina se haya consolidado, sin vacilaciones o dudas manifiestas); 3º) por doctrina jurisprudencial hay que entender estrictamente la *ratio de-*

cidendi, y no el *obiter dictum*; y 4º) debe darse una igualdad, o, al menos, una similitud entre los hechos determinantes de los supuestos fácticos. Hay que tener en cuenta que el art. 477.1 de la nueva Lec 2000 ha simplificado y reducido los motivos de casación, alterando los requisitos para interponerlo, aunque sin modificar el art. 1 Cc. En adelante sólo hay un único motivo de casación consistente en *la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones debatidas*; en consecuencia, ha desaparecido expresamente como motivo autónomo *la infracción de la doctrina legal o jurisprudencial*; con todo tal motivo, en cierto modo, reaparece a través del requisito del *interés casacional* que define el nuevo art. 477. 3, Lec.2000, a saber, cuando la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial del TS. Se constata que la nueva ley procesal ha originado cierta *devaluación* de la jurisprudencia del TS a estos efectos, aunque habrá que esperar todavía cierto tiempo para que se consolide la propia interpretación del concepto por parte de la Sala 1ª TS. Todavía cabe añadir que el Tribunal constitucional, por la vía del principio de igualdad (art. 14 CE), permite interponer recurso de amparo cuando un mismo tribunal aplica el mismo precepto legal, de manera diferente o contrario, en casos sustancialmente iguales; así la STC de 11 junio 1996 establece que: “Es preciso que el mismo órgano judicial, en casos sustancialmente idénticos, no resuelva diversamente sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o, al menos, que éste pueda deducirse razonablemente de los términos empleados por la sentencia impugnada”; añade inmediatamente que “el principio constitucional de igualdad no asegura en todo caso un tratamiento idéntico uniforme por todos los órganos judiciales porque este principio debe coordinarse con la independencia del poder judicial”.

5. EL PRECEDENTE ENTRE LOS PAÍSES DEL COMMON LAW

La publicación del volumen aquí recensionado, puede contribuir, sin duda, a eliminar dudas, e, incluso, ideas erróneas que se han difundido a propósito del significado del *judge made Law* y del *stare decisis*, y, en definitiva, a ofrecer una noción más exacta y precisa del precedente en el sistema del *Common Law*. En el Congreso de Utrecht se expuso la

doctrina vigente en Inglaterra, Australia, Canadá y USA, que se sintetiza a continuación.

A) EL DERECHO INGLÉS. A VIEW FROM THE CITADEL³⁰¹

Inicia Whittaker su exposición³⁰² afirmando que, a poco que se profundice en la doctrina del precedente inglés se llega a la conclusión de que el tratamiento judicial de los precedentes casos es menos vinculante, más arriesgado y mucho más sutil que podrían sugerir las reglas formales del *precedent*; a lo largo del tiempo la osadía de los jueces ingleses podía depender de cada concreta área del derecho y de las predilecciones personales de los jueces mismos; podría decirse en cierto sentido *wich the interpretation of the doctrine of precedent as well as its practical application is a expression of judicial individuality and personality*³⁰³. El autor se propone cuatro objetivos con su ponencia: describir la posición de los jueces en el sistema legal inglés, explicar la doctrina inglesa del precedente, así como el uso que se hace del mismo, y, por último, tratar de la actitud de los jueces ingleses ante la jurisprudencia europea³⁰⁴.

La posición legal de los jueces ingleses depende, en último término, de la relación que mantienen con el Parlamento, lo que, en parte, explica las relaciones entre el *common law* y la legislación emanada de aquél. En principio se reconoce la supremacía del Parlamento (y por tanto de las leyes por él promulgadas), pero también la del *common law* en todas aquellas materias no reguladas por otra disposición (el autor, aceptando el riesgo de inducir a error, dice que aquél representa efectivamente el *droit commun*). Además, la intervención legislativa o estatutaria del Parlamento (aparte las materias del *company law* o del

301 La frase inglesa pertenece al título de la Ponencia de Derecho inglés, debida a WHITTAKER, en el vol "Precedent and the Law", op. it. pag. 27 ss.

302 WHITTAKER, loc. cit., pg. 28.

303 WHITTAKER, loc. cit., pg. 29.

304 Sobre este tema, no directamente relacionado con el tema aquí desarrollado cfr. WHITTAKER, loc. cit., pág. 70-72.

land law, ajenas históricamente al derecho del *common law*) se considera excepcional³⁰⁵, a veces se promulga para derogar el propio *common law*, y, con mayor frecuencia, para completarlo o suplementarlo, utilizando conceptos ya acuñados por aquél; ello supone que los jueces no generalizan los supuestos regulados por la ley (*one does not generalise from exceptions*). También se observa la diferente situación en que se encuentra el juez continental frente a un texto legal formulado breve y abstractamente, y el juez inglés que toma en consideración sentencias dictadas hace algunos siglos, en un contexto y situaciones fácticas que aquél puede valorar ampliamente. Por ello los juristas ingleses piensan que los jueces del *Civil Law* a veces no toman muy en serio a sus respectivos Códigos cuando han creado doctrinas al margen del texto legal vigente (por ej. los franceses en materia de responsabilidad civil y los alemanes en relación con la buena fe). Por último, Whitteaker menciona³⁰⁶ una sutil línea que el Juez inglés no debe nunca traspasar aunque desde la Edad Media tiene facultad para crear derecho, a fin de no invadir el terreno al poder legislativo a quien se le ha conferido democráticamente; a veces los jueces ingleses han de resolver cuestiones respecto de las cuales no están preparados o carecen de información adecuada; tales materias se estima que debe regularlas el Parlamento³⁰⁷.

No es accidental que la formalización de la doctrina del precedente en el Derecho inglés ocurra en la misma época en que se lleva a cabo la reforma fundamental del sistema judicial, civil y penal, es decir, durante la segunda mitad del siglo XIX, y también coincide en el tiempo con la publicación sistematizada de las sentencias; así, en lugar de la variedad de jurisdicciones de la *Common Law* que habían sobrevivido, se crea la *High Court of Justice*, junto a la nueva *Court of*

305 Siguiendo a NICHOLAS, el autor dice gráficamente que las leyes del Parlamento representan *isolated irruptions* en el cuerpo del *common law* (WHITTAKER, loc. cit., pg. 32).

306 WHITTAKER, loc. cit., pág. 35).

307 De esta interesante cuestión no se ocupa la, por otra parte, extensa exposición que hace Francesca MORETTI, *El precedente judicial en el sistema inglés*, en el "Atlas etc.", cit., pág. 29 ss.

Appeal (con divisiones especializadas de lo criminal y de lo civil), así como el *Appellate Committee of the House of Lords*. El autor cree que el sistema se mantiene notablemente unificado³⁰⁸, pese a la aparición de cierto número de jurisdicciones especiales, y la promulgación en 1998 de sucesivas leyes sobre los derechos humanos, el Parlamento escocés, la Asamblea nacional de Gales y el Gobierno de Irlanda del Norte, las cuales mantienen a la *House of Lords* y a su *Privy of Council*, como supremo órgano judicial inglés.

La actual doctrina inglesa del precedente³⁰⁹ distingue entre *ratio decidendi*, con fuerza vinculante sobre las decisiones de otro tribunal futuro en función de la posición relativa que ocupa el que la ha dictado en la jerarquía judicial, y los *obiter dicta* que sólo pueden ejercer alguna autoridad persuasiva. *Ratio decidendi*, o fundamento de una decisión judicial, es aquella o aquellas proposiciones jurídicas que son necesarias para resolver el caso según sus hechos básicos. Los hechos de un caso, más que un contexto, juegan en el futuro un papel determinante para establecer su carácter vinculante. Advierte Whittaker que existe cierta fragilidad y contingencia en el último concepto ya que la relación con los hechos puede ser declarada, o por el tribunal que dictó el fallo o por el que más tarde lo aplica. En relación con la posición que ocupa en la jerarquía judicial: 1) Todo tribunal está vinculado por el fallo pronunciado por un tribunal superior; 2) la *Court of Appeal* está vinculada por sus propios fallos; 3) Hasta 1966 la *House of Lords* se consideraba vinculada por sus anteriores fallos, pero después de esa fecha, mediante el *Practice statement*, ya no lo está aunque, en la práctica dice el autor que se resiste mucho a *overrule its own decisions*³¹⁰. El *obiter dictum* ofrece un sentido algo diferente al que habitualmente le atribuimos nosotros, pues también está constituido por los votos particulares de la sentencia, no es vinculante, pero puede alcanzar valor persuasivo en función de

308 El autor lo compara con la dispersión jurisdiccional que cree ver en Francia con las competencias repartidas entre la *Cour de Cassation*, el *Conseil d'Etat* y el *Conseil Constitutionnel*.

309 WHITTAKER, loc. cit., págs. 40 ss.

310 WHITTAKER, loc. cit., pág. 43.

la categoría del Tribunal que dictó el fallo³¹¹. Asimismo poseen valor persuasivo las sentencias de otros tribunales de países pertenecientes al *Common law*, debido a que el *Privy Council* con sede en Londres es competente en última instancia, y se compone, casi siempre, de los mismos Jueces que componen la *House of Lords*.

Dice Hondius en su ponencia general³¹² que la extendida idea de que precedente y *common law* son conceptos intercambiables, es equivocada; el sistema del precedente es mucho más reciente que el propio *common law*, actualmente es objeto de controversia y es materia sujeta a cierta erosión. Cita a Bracton en 1256 cuando afirmaba que *the law was not to be found in individual cases; rather the case decision in their totality were a reflection of the law*. En el siglo XVI el desarrollo de la imprenta y el establecimiento de tribunales jerarquizados contribuyeron a modificar la naturaleza de la argumentación jurídica en el *common law*; otros elementos que contribuyeron a implantar el *stare decisis* fueron la difusión de la costumbre de fundamentar los fallos y el aumento de calidad de los *Law Reports*. Solamente en 1898 llegó a aceptarse —no sin fuerte polémica— la fuerza vinculante de los precedentes, regla que tiene excepciones mencionadas por Holdsworth en 1934³¹³.

Como final de su ponencia dice Whittaker³¹⁴: “En muchos *English cases* —especialmente de la *Court of Appeal* y de la *House of Lords*— los jueces no se limitan meramente a investigar para seguir la *ratio decidendi* de los casos o para ser persuadidos por los *obiter dicta* de los fallos precedentes. Más bien, tratan de comprometerse con la variedad de aproximaciones, técnicas, principios, y consideraciones encontradas en los casos precedentes y valorar los argumentos sustantivos que ellos manifiestan. De este modo, el precedente judicial inglés se revela como un proceso mucho más complicado que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, como los jueces tratan de

311 *Sometimes a very considerable persuasive authority indeed*, dice WHITTAKER, op. cit., pág. 44.

312 HONDIUS, *Precedente and the law*, cit., pág. 9 ss.

313 Véase la explicación de WHITTAKER, loc. cit., págs. 57 ss.

314 WHITTAKER, loc. cit., pág. 73.

resolver la tensión entre las virtudes de la solidez y justicia que existen detrás del *stare decisis* y la necesidad de adaptar el derecho a la realización de la justicia respecto de los hechos desarrollados antes”.

B) EL DERECHO AUSTRALIANO

Aparece muy vinculado al derecho inglés pues durante dos siglos esta isla-continente ha sido colonia británica, manteniendo actualmente relaciones con el mismo dada la pertenencia de Australia a la Comunidad Británica de Naciones a cuyo frente figura el monarca inglés, y la jurisdicción del *Privy Council* como último grado de jurisdicción en ciertos casos. Por otra parte, Australia está organizada como país federal (desde 1901), por lo cual mantiene también similitudes con la organización interna del derecho norteamericano. El ponente en el Congreso ha sido el Honorable *Justice Kirby*, miembro de la *High Court* de Australia³¹⁵. En su opinión, el cambio más significativo en los últimos treinta años respecto al precedente ha afectado a la fuerza vinculante de la jurisprudencia inglesa en los tribunales australianos. Hasta los años 1970-1980 el Comité Judicial del *Privy Council* de Londres era el último tribunal de apelación para los australianos y la cima o vértice de nuestro sistema legal, de modo que sus sentencias vinculaban a los tribunales federales y estatales de Australia; pero debido a varios factores, entre ellos la creciente influencia del derecho europeo en el desarrollo del derecho inglés, está disminuyendo la función del precedente inglés en el desarrollo futuro del derecho australiano; en adelante, el derecho australiano queda ajustado a las decisiones de los tribunales australianos, siendo precedente el derivado de la *High Court* australiana que está situada en el vértice del sistema y también tiene el carácter de tribunal constitucional³¹⁶. No está, sin embargo, muy claro

315 KIRBY, *Precedent— Report of Australia*, op. et loc. cit., págs. 75-83.

316 Como explica Luisa ANTONIOLLI, “*Stare decisis*” en el resto del ámbito de “*common law*”. 1. Australia en “Atlas”, cit., pág. 63: “La *High Court of Australia*, prevista por la Constitución federal, es competente para juzgar las apelaciones provenientes de todas las *Supreme Courts* estatales, tanto por cuestiones federales como nacionales; se trata de un mecanismo institucional de gran relieve porque garantiza la uniformidad del

en qué circunstancias excepcionales sus sentencias pueden ser *overruled* por el propio tribunal; desde luego, no es posible hacerlo en materia de derechos humanos y libertades fundamentales³¹⁷.

C) CANADÁ³¹⁸

Históricamente, observa Catherine Valcke ³¹⁹, el sistema legal canadiense resulta de combinar dos herencias coloniales, siendo la francesa la primera instalada en la *Nouvelle France*, sometida a los reyes franceses quienes a través de la ordenanza reguladora de la Compañía de las Indias occidentales de 1664, dispusieron que la *Coutume de Paris* rigiera en todos el territorio de la colonia. La conquista inglesa de 1759 alteró el sistema legal vigente, distinguiendo entre territorios previamente conquistados (colonia francesa) y los nunca ocupados (colonias inglesas), con la consecuencia de que el derecho inglés entró inmediatamente en vigor en los últimos, mientras que en los primeros se aplicaba el derecho local hasta la proclamación real de 1763 que aplicó a todo el territorio el derecho inglés; el *Quebec Act* de 1774 vino a establecer el régimen actual, pues restableció el derecho francés en lo relativo a la propiedad y derechos civiles, mientras que las materias penales, administrativas y constitucionales seguirían siendo gobernadas por el derecho inglés; todavía el *Constitutional Act* de 1791, redujo la aplicación del *french law* al territorio conocido como *lower Canada*. En su relación con Inglaterra, sólo a partir de 1982, Canadá fue reconocida como miembro soberano de la comunidad internacional. La autora sostiene que el sistema legal canadiense puede considerarse externa e internamente.

common law y de la interpretación de los *statutes* en todo el territorio nacional". Concluye la autora que "el derecho australiano sufre todavía el profundo impacto del *common law* inglés, que ha podido establecer firmes raíces en los dos siglos en que Australia ha dependido de Gran Bretaña, raíces que permanecen firmes incluso después de haber alcanzado la independencia" (loc. cit., págs. 63-64).

317 KIRBY, loc. cit., págs. 78 s.

318 Se ocupa extensamente Catherine Valcke, "Precedente" and "legal system" in *comparative law. A canadian perspectiva*, en "Precedente and the law", cit., págs. 85-110.

319 Catherine VALCKE, loc. cit., pág. 95.

Externamente es un estado federal que posee un sistema legal unificado y autónomo, con contornos bien definidos, y se divide en diez provincias y tres territorios con competencias claramente delimitadas, existiendo la *Supreme Court of Canada* que representa el vértice común de todos los tribunales canadienses. Sólo en la provincia de Quebec coexisten el *civil law* y el *common law*. Internamente, Catherine Valcke sostiene que el sistema legal ofrece mayor fluidez pues a la hora de recibir tanto el derecho inglés, como el francés, éstos han sido adaptados a las particularidades canadienses a través de numerosos *statutes*³²⁰; por otra parte, las diferentes *Courts of Appeal* canadienses parece que no se pronuncian uniformemente a la hora de citar los precedentes en sentido horizontal³²¹.

D) ESTADOS UNIDOS³²²

De todos los países que se han inspirado en el *common law*, sin duda los Estados Unidos representan el mayor interés comparatista, no sólo por las circunstancias de su nacimiento histórico sino por la importancia creciente —también en lo jurídico— de la influencia de esta potencia en el mundo. Escribe el ponente norteamericano que desde el inicio del establecimiento inglés en el continente americano los monarcas fomentaron la emigración garantizando a los colonos las mismas libertades, franquicias e inmunidades que hubieran disfrutado permaneciendo en Inglaterra, y aunque este compromiso fue desapareciendo durante la práctica del gobierno inglés en la colonia, siguió siendo muy importante para los americanos quienes justificaron, en parte, su rebelión con la invocación de aquellos derechos. Al proclamar la independencia, las colonias se apoyaron en el sistema de libertades de las leyes inglesas, y

320 En parecidos términos, se manifiesta Lucia ANTONELLI, "*Stare decisis*" en el resto del ámbito de "*common law*". 2. *Canadá*, cit., pág. 66, diciendo que "no es difícil prever que, visto el creciente número de casos judiciales de interpretación legislativa, acabará por acentuar la autonomía del *common law* canadiense respecto al *common law* inglés".

321 Catherine VALCKE, loc. cit., pág. 102 s.

322 SELLERS *The doctrine of precedent in the United States of America*, en "The precedente and the law", cit., págs. 111-135.

al elaborar sus respectivas Constituciones, reafirmaron la vigencia del *common law*. Hubo, sin embargo, ciertas interpretaciones divergentes entre colonos independizados y juristas ingleses, incluso antes de la declaración de independencia. Los norteamericanos se inspiraron preferentemente en las concepciones de Blackstone³²³ sobre el precedente, quien legó a los jueces encargados de aplicar el *common law* americano la presunción general de que el derecho es la perfección de la razón a través de la experiencia, de modo que si no resulta razonable, no puede ser *law*; también arraigó la idea de que el derecho puede evolucionar con el tiempo, aplicándose de modo diferente a circunstancias diferentes; tal idea de cambio persistió pese a que en el siglo XIX predominó en Inglaterra una concepción rígida y formalista del *common law* bajo la influencia de Bentham y sus discípulos.

Las diferencias entre el *common law* norteamericano y el inglés se deben a factores diversos. Así, cada uno de los diferentes estados norteamericanos puede recibir el *common law* procedente de Inglaterra o de otros países pertenecientes al mismo sistema. Además, desde principios del siglo XX se han ido difundiendo los *Restatements of Law*, los cuales han venido a ejercer una influencia considerable en el *common law* norteamericano. Aquéllos son elaborados por el *American Law Institute*, fundado en 1923 para promover la clarificación y simplificación del derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales; dicho Instituto se compone de jueces eminentes y juristas destacados, encargándose a prestigiosos profesores la elaboración de una ordenación más adecuada del *common law* americano, a fin de evitar que un gran número de sentencias dictadas por un gran número de Tribunales originaran un conjunto normativo irreconocible, carente de utilidad para la práctica, con abundancia de lagunas y con el riesgo de que aquél se transformara en un *rígido código legislativo*. El *Restatement* carece, en sí mismo, de valor legislativo pero se le reconoce cierto grado de autoridad para promover la certeza y la claridad ante los Tribunales; recapitula y reformula el derecho existente y se dirige a los tribunales exhortándoles a dictar sentencia de manera con-

323 En su obra *Commentaries on the laws of England* (Oxford 1765-1769), aunque el autor criticó a los independentistas.

sistente y razonablemente predecible; frente al precedente, se muestra respetuoso, pero no está vinculado al mismo cuando resulta inapropiado e inconsistente con el derecho considerado globalmente; puede parecerse a una forma de codificación, pero conserva la flexibilidad del *common law*; trata de anticiparse a la dirección en que evolucionará el derecho, elaborando previamente sus principios; en ocasiones ha promovido reformas legales que permiten acomodar mejor el derecho a las necesidades de la vida. Junto a los *Restatements* hay que situar el peso del *United State Supreme Court*³²⁴. No es raro encontrar declaraciones judiciales en el sentido de que: “*Stare decisis*” is not an inexorable command; rather it is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision (*Payne v. Tennessee*)³²⁵.

Otra diferencia importante entre el sistema norteamericano del inglés es la existencia de una Constitución en el primero, que atribuye al *U.S. Supreme Court* the pinnacle of the system of federal tribunals. Dicho tribunal invoca con frecuencia sus propios precedentes y examina su validez permanente. El autor se ocupa con amplitud, entre otros, de los casos *Roe v. Wade* (1973), *Cases v. Planed Parenthod of Pennsylvania* (1992), *Payne v. Tennessee* (1991), *Dikerson v. United States* (2000), *Lawrence v. Texas* (2003), sentencias con amplia repercusión en la opinión pública USA, en los cuales ha llegado a plantearse, y, algunas veces, se ha llevado a cabo, el abandono de un precedente del mismo tribunal (*overruling*)³²⁶.

324 Dice SELLERS, loc. cit., pág. 123: “Esta costumbre de los tribunales estatales de citar las sentencias de la *U.S Supreme Court* para explicar la propia interpretación estatal de los precedentes ilustra el fuerte deseo de una armonización continental del derecho entre los estados, así como el gran prestigio del *U.S Supreme Court*, aun cuando carezca de jurisdicción en el caso”.

325 Visto desde Europa, se coincide con esta opinión. Así MATTEL, “*Stare decisis*” en *los Estados Unidos*, en “Atlas, etc.”, cit., pág. 50, escribe: “En los Estados Unidos todos los factores contribuyen a hacer elástica la regla *stare decisis*: existen más de cincuenta pirámides distintas, teóricamente independientes; la Constitución induce a una decisión en clave de *public policy*; la cultura académica es hasta demasiado crítica; la cantidad de decisiones publicadas ha superado desde hace tiempo un nivel crítico, de modo que para todo se puede encontrar una cita favorable y su contraria”.

326 Sobre el *anticipatory overruling* informa MATTEL, loc. cit., pág. 59: “La doctrina conocida hoy como *anticipatory overruling*, o *anticipatory “stare decisis”*, avanzada

Las leyes o *Statutes* emanadas del poder legislativo pueden originar también precedentes, pero a diferencia de la Constitución o del *common law*, las leyes pueden modificarse o derogarse fácilmente por el Parlamento, lo que repercute obviamente en el propio precedente.

A modo de conclusión dice Sellers³²⁷ que el uso del precedente por los tribunales en USA debe ser contemplado como tradición o práctica, más bien que como doctrina legal en sentido estricto del término, porque está tan profundamente embebida en la cultura de la profesión legal y judicial que se acepta sin mucha reflexión por los jueces. En su significado más simple e importante, la doctrina del *stare decisis* exige que todos los tribunales inferiores sigan el precedente de los tribunales superiores, y acepten que el derecho se declara por éstos, y que no intenten *to overrule their decisions*. Pero no están claras las circunstancias en las cuales los tribunales pueden derogar o desviarse de sus propios precedentes. Se dice que las diferencias entre los tribunales ingleses y los norteamericanos radica en que los primeros están obligados a seguir sus propios precedentes, aunque sean erróneos o irracionales; a juicio del autor la diferencia estriba en la concepción norteamericana del derecho, íntimamente conectada con la razón, y no con la idea de mandato, sino con la de la verdad revelada por la experiencia. Cuando los tribunales americanos se apartan de sus precedentes lo hacen con citas numerosas de casos anteriores, de los precedentes de otros tribunales norteamericanos, del *Restatement*, si procede, de las opiniones de la doctrina, y de cualesquiera otros tribunales o autoridades en que pueda basarse. Por lo general los jueces norteamericanos al interpretar el *common law*, las leyes o la constitución, respetan sus propios precedentes como un *principle of policy*, más que como mandato inexorable. Las actitudes ante el precedente han sido notablemente estables a través de

en los años cuarenta por los jueces intermedios americanos Jerome Frank y Learned Frank; ésta es su más reciente formulación: "Un Tribunal inferior podrá rechazar seguir un precedente del Tribunal Supremo cuando resulte razonablemente cierto, a partir de pronunciamientos judiciales de los componentes de ésta, que el Tribunal Supremo ya no seguirá dicho precedente".

327 SELLERS, loc. cit., págs. 133 y ss.

la historia americana, con pequeños cambios retóricos, habitualmente entre los jueces discrepantes, dependiendo de la percepción de las necesidades diarias. En una época más *liberal* los jueces tienden a exagrar la fuerza vinculante del precedente, mientras que en una época más conservadora los jueces tienden a desacreditar los precedentes de los tribunales anteriormente liberales, pero ninguna consideración ha llegado a tener demasiada influencia en el tradicional consensus sobre el hecho de que apartarse del precedente exige una *especial justificación* que fundamente el daño inferido a las expectativas que inevitablemente representa aquél.

Los jueces americanos encuentran más fácil abandonar precedentes antiguos cuando la experiencia demuestra ser *unworkable* o cuando una lista continua de sucesivos precedentes han socavado gradualmente su fundamento; pero lo encuentran arduo hacerlo cuando están en juego la propiedad, los contratos o la libertad. Los jueces del *common law* derogan precedentes *prospectively*³²⁸, pero habitualmente no lo hacen porque un precedente *overruled* debe ser visto como que ha sido erróneo o irrazonable aun antes de que la *High Court* declara serlo.

6. LA ACTUAL FASCINACIÓN QUE EJERCE EL MUNDO JURÍDICO ANGLO-NORTEAMERICANO: EL DISCRETO ENCANTO... DEL COMMON LAW

Si anteriormente ha quedado descrito el significado diferente del precedente judicial en los dos sistemas en presencia, tal como han sido expuestos en el Congreso de Utrecht, también puede confirmarse el

328 Como explica MATTEL, loc. cit., pág. 61: "Ante una situación donde los Tribunales se apartan a menudo del precedente, el problema de la parte que de buena fe, había confiado en una cierta línea jurisprudencial, luego superada por un *overruling*, surge inmediatamente. Algunos Tribunales americanos procuraron obviarlos mediante una operación que más tarde fue conocida como *prospective overruling*; estos tribunales decidieron que, cuando una parte había adquirido un derecho de naturaleza dominical o contractual sobre la base de una vieja regla de *common law* que en aquel momento se decidía cambiar, las expectativas de tal parte merecían protección, y la decisión del caso concreto debía ser todavía adoptada conforme al sentido de la antigua regla".

actual fascinamiento que la cultura jurídica del *common law*, fundamentalmente inglesa y norteamericana, ejercen en el mundo civilizado, comenzando por lo lingüístico y finalizando en lo institucional. Observa Hondius³²⁹, en el prólogo de la obra, que al Congreso de Utrecht se presentaron veinte ponencias redactadas en inglés y cuatro en francés (obviamente la de Francia, y también las de Grecia, Hungría y España); sorprende que Bélgica e Italia la hayan presentado en inglés, así como el resto de países asistentes al Congreso (no acudieron los demás países francófonos). Estatutariamente los congresos internacionales organizados por la *Academie Internationale de Droit Comparé*, como el de Utrecht, son bilingües (¿por cuánto tiempo?). Pero si el idioma es sólo un instrumento para expresar y comunicar ideas y pensamientos, en la realidad condiciona mucho el contenido y sirve para ejercer atracción sobre las instituciones —en nuestro caso, jurídicas— del país al que pertenece aquél. Entresaco algunos ejemplos, a mi juicio reveladores.

Como ya se expresa en el significativo título de la ponencia belga: *Precedent versus gravitacional force of Court decision in Belgium: Between theory, law and fact*³³⁰, el autor expresa su personal convicción, no apoyada, sin embargo, en ninguna norma legal, sobre la conveniencia de que su país adopte una *cultura* en la que las decisiones judiciales sean utilizadas expresamente. Ello a pesar de que el art. 6 del C.c. belga, reproduciendo el art. 5 del C.c. francés, prohíbe expresamente los *arrêts de règlement* y, consecuentemente, un sistema judicial basado en la fuerza vinculante del precedente; norma relacionada con el art. 149 de la Constitución que impone el deber de fundamentar las sentencias, y con el art. 23 del Cód. de Procedimiento civil que fija el alcance de la cosa juzgada; sistema que se cierra con los arts. 84 y 133 de la propia Constitución a propósito de la interpretación de las leyes que sólo pueden realizarse por otra ley o por un decreto. El autor propone³³¹, no obstante, la adopción de una cultura jurídica en la que la *fuerza gravita-*

329 HONDIUS, *Precedent and the law*, preface, pg. V.

330 Ponencia a cargo de ADAMS, profesor de las Universidades de Amberes y Tilburg, *Precedent and law*, cit., págs.149-175.

331 ADAMS, loc. cit., pág. 175.

toria de las sentencias de los tribunales sea reconocida de hecho, y en la que aquéllas entren expresamente en el proceso argumentativo de los tribunales. Si la ley puede calificarse, entre otras cosas, como cultura de la argumentación, el debate sobre la mejor o más racional solución de una disputa legal debería incluir el razonamiento bien argumentado y claramente expresado (incluyendo una discusión sobre la calidad o racionalidad de las anteriores precedentes). Por otra parte, en Bélgica sólo llega a publicarse el 1% de las 500.000 sentencias anuales que dictan los tribunales, y, a juicio del ponente, debería facilitarse mucho más su publicación.

El ponente danés³³² llama la atención sobre la especial situación jurídica de su país, derivada de la ausencia de una codificación civil y mercantil, propiamente tal³³³, careciendo asimismo de normas procesales a propósito del valor que debe atribuirse a las sentencias de otros tribunales, quedando en libertad la doctrina para reconocer, o no, algún valor al precedente. Así resulta en la práctica que las sentencias dictadas por los Tribunales superiores daneses se consideran *relevantes* por los inferiores cuando éstos resuelven casos similares; también aparece muy evidente que los tribunales daneses, incluyendo el TS, se consideran vinculados por sus propias decisiones, a menos que graves circunstancias aconsejen apartarse de ellas; incluso horizontalmente un tribunal danés puede considerar relevante la sentencia dictada por otro de la misma categoría siempre que, previo análisis de la anterior decisión, lo considere *persuasivo*. No deja, por último, de sorprender la afirmación del autor de que el TS no puede describirse propiamente como tribunal de casación³³⁴. Se menciona, por otro lado, la escasa *transparencia* de las sentencias dictadas por los altos tribunales daneses. Ello le sirve para

332 LOOKOFOSKY, *Precedent and the law in Denmark*, en "Precedent and law", cit., págs. 253-266.

333 Lo que explica a juicio del ponente, el escepticismo reinante entre los juristas daneses sobre la futura codificación civil europea, con la significativa excepción de Ole Lando(LOOFKOSKY, loc. cit., pág. 258 y s., y nota 29).

334 Véanse las explicaciones por las cuales el TS actúa en Dinamarca, algunas veces, como tribunal de apelación: LOOFKOSKY, op. cit., pág. 257.

matizar la conclusión final de que, efectivamente, los tribunales daneses *make law* y que sus precedentes son *vinculantes en grado significativo*. Similar —no sin diferencias— es la situación jurídica de Finlandia, cuyo ponente³³⁵ llega a la conclusión de que este país está evolucionando hacia una “*light variant*” of *binding precedent*, lo que, a su juicio, repercute en la clasificación de los sistemas jurídicos nórdicos como una subclase diferenciada dentro de los sistemas de *Civil law* continental³³⁶.

En Colombia, lo que he denominado *secreto encanto del common law*, se ha convertido en *atracción irresistible* que, en pocos años, ha logrado transformar el sistema jurídico del *civil law* al que pertenecía el país, en un sistema que parece regido por el *precedente judicial*, y ello mediante varias sentencias emanadas del TC y del TS, el cual, de consolidarse, podría obligar a incluir a este país sudamericano en la órbita del *common law*. La ponencia redactada por Bernal Pulido³³⁷, catedrático de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional, describe con detalle las fases del proceso seguido y la actual situación.

Inicialmente el C.c. de Andrés Bello (1873), inspirado en el C.c. francés, estableció que las leyes obligan a nacionales y extranjeros residentes en Colombia (art. 18), que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Está, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de

335 HUSA “*Sort of binding*” – *Finish precedent as a source of Law*, en el vol. “*Precedent and law*”, cit., pág. 267-286.

336 La ponencia se centra, fundamentalmente, en exponer la actual doctrina finlandesa de las fuentes del derecho (págs.270 ss.), inspirada en el sistema del *civil law*, enumerando en primer lugar las *authoritative sources* y, a falta de ellas, se indican las *substantive sources* descritas como *fuentes permitidas* del derecho que *pueden* ser utilizadas por el intérprete, entre los que menciona los precedentes, los principios generales del derecho, la teoría general del derecho, la moral, los argumentos fácticos y, finalmente, los argumentos comparativos; advierte que todas estas fuentes tienen una posición secundaria o suplementaria y, por tanto, un débil carácter vinculante. En la práctica, sin embargo, los juristas tienden a considerar, de hecho, como fuentes vinculantes a las sentencias dictadas por el TS.

337 BERNAL PULIDO, *Precedent in Colombia*, en el vol. “*Precedent and law*”, cit., pág. 311-321.

su competencia por vía de disposición general o reglamentaria (art. 17). Las sentencias judiciales podrían considerarse una fuente secundaria del derecho en caso de oscuridad de las leyes; esta naturaleza auxiliar está regulada por el art. 4 de la Ley 169 de 1896, conforme al cual tres decisiones del TS como Tribunal de casación, sobre los mismos hechos, pueden ser consideradas como doctrina probable y los jueces pueden aplicarla en casos análogos. En los años treinta del siglo pasado, en época de cambios políticos, una serie de Magistrados del TS integraron el llamado *Tribunal áureo*³³⁸, el cual, con base en la jurisprudencia francesa, introdujo conceptos como el de la buena fe, enriquecimiento injusto, abuso de derecho, responsabilidad civil objetiva, fraude de ley y error en los contratos; aunque estos conceptos no estaban reconocidos por la ley, fueron tenidos en cuenta por los tribunales civiles: de no ser así el TS casaba la sentencia, creándose así, a juicio del ponente, los primeros *precedentes* en el derecho colombiano.

El art. 230 de la Constitución colombiana en vigor, dispone que los jueces en sus sentencias sólo están vinculados por el imperio de la ley; la equidad, las resoluciones judiciales, los principios generales de la ley y la doctrina son sólo criterios auxiliares de la actividad judicial. Pese al carácter tradicional de este precepto, a partir de 1991 se ha suscitado en Colombia una fuerte discusión a propósito del carácter de las sentencias judiciales, especialmente del TC, distinguiendo el autor la *tesis escéptica* y la *tesis optimista*³³⁹. Autores como Estrada y Montealegre Lynett, magistrados del TC como López Medina, y la sentencia del propio TC C-131 de 1993, sostuvieron que la Constitución declara a la ley como única fuente del derecho, vinculante para el juez como garantía de su independencia; adicionalmente se aduce que ninguna norma legal vincula al juez a las sentencias de los tribunales superiores, y que el principio *stare decisis* pertenece al sistema del *common law* y no del *civil law*. La tesis optimista, defendida por el propio ponente³⁴⁰, opone otros argumentos a la tesis escéptica, y desde 1995, con alguna alterna-

338 Cfr. MORALES, *La nueva jurisprudencia de la Corte*, 2ª ed. (Bogotá 1939).

339 MORALES, loc. cit., pág. 314 ss.

340 BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos* (Bogotá 2005).

tiva, ha visto adherirse a su posición al TC. Se argumenta que resulta imposible separar el momento creativo de la ley y el de su aplicación; así las resoluciones judiciales vienen a concretar el carácter vinculante de la ley. Otorgar valor al precedente permite dar coherencia al sistema legal, pues el principio de igualdad requiere que dos casos idénticos sean resueltos del mismo modo; también ayuda a dar estabilidad al sistema a través del tiempo; y robustece el principio de igualdad de trato en su aplicación a los individuos en idénticas o similares circunstancias, antes o después. Se niega la tradicional interpretación del art. 230 de la Constitución en el sentido de que la vinculación del juez al precedente no afecta a su independencia, pues la vinculación se refiere a resoluciones judiciales y no a personales opiniones o intereses de los tribunales superiores.

El TC ha tratado de *blindar* su concepción del precedente, interpretando el art. 230 de la Constitución bajo la perspectiva de la igualdad de trato, y así el juez que no obedece al precedente viola el principio constitucional de igualdad al introducir una discriminación que la ley no tolera. Por otra parte la decisión C-836 el TC ha modificado la tradicional interpretación del art. 4 de la Ley 169 de 1896, en el sentido de establecer la vinculación de los jueces ordinarios a los precedentes del TS, y, de no hacerlo, ha de explicar de modo claro y bien desarrollado, los argumentos que justifiquen el rechazo de un precedente. El recurso de casación es el modo de controlar el TS el respeto a sus precedentes; el TC utiliza el *certiorari* y las acciones de injunción contra las sentencias de los tribunales ordinarios que desconocen los precedentes de aquél; el TC en pleno controla el respeto de sus precedentes por parte de las secciones del propio tribunal y del Congreso.

A juicio del ponente³⁴¹ el nuevo sistema instalado en Colombia parece consolidado en el futuro aunque hay una laguna legal sobre el ámbito de aplicación de estos precedentes.

341 BERNAL PULIDO, loc. cit., pág. 321.

7. EPÍLOGO PARA ESPAÑOLES

Ante todo conviene destacar que en el excelente *general report* de Hondius³⁴² se ofrece una visión de conjunto de las 24 ponencias presentadas, y se extraen algunas conclusiones, entre las cuales destaco la siguiente³⁴³: “Muchos autores predicen que el futuro reside en el *common law*, que gradualmente extenderá su teoría del precedente, primero a los países occidentales sujetos al *civil law* y luego a los antiguos países socialistas del centro y este de Europa. Yo no comparto este punto de vista. Yo estoy de acuerdo en que la igualdad y la predictibilidad de las sentencias justifica la adhesión a una limitada teoría del *stare decisis* [...]. En su lugar yo abogo por un sistema basado en la autoridad persuasiva de los casos constextualizados por la doctrina legal. [...] Coincido con el profesor Malaurie cuando concluye su ponencia francesa: *Le rôle du précédent est donc différent dans le système juridique français et la 'Common Law'; ces deux systèmes se sont légèrement rapprochés, mais d'une manière superficielle. Cette différence est une des richesses de l'héritage culturel de l'Europe*”.

En mi opinión en los sistemas europeos del *Civil law* deben esforzarse por conservar, sin alteración, la teoría de las fuentes del derecho conforme a los respectivos códigos civiles en vigor, haciendo caso omiso de los insistentes cantos de sirena que postulan la aceptación del principio del *stare decisis* y del *judge made law*. Por supuesto que la alternativa, que se sugiere en el título, no resulta hoy realista, y la tendencia denunciada resulta unidireccional. En consecuencia, hay que insistir, entre nosotros y en los países pertenecientes al *Civil Law*, en que la jurisprudencia no es una fuente del derecho³⁴⁴. Y aunque a lo largo de los dos siglos pasados hemos padecido, en España, la falta efectiva de una coordinación, en este punto, entre la normativa sustantiva civil y la procesal, ahora, después de promulgada la Lec. 2000 cabría hablar

342 HONDIUS, *Precedent and the law* cit., pág. 1-24.

343 HONDIUS loc. cit., pág. 24.

344 Cfr. las conclusiones de mi ponencia, loc. cit., págs. 204 ss. y el apartado 4.C) de esta recensión.

de una mejor coordinación entre el art. 1. ap. 1 y 6 C.c. con la reglamentación del recurso de casación civil. El verbo *complementar* del art. 1.6, C.c. no ayuda nada a la función propia de la jurisprudencia, pese a la abundante bibliografía que ha suscitado. Hay, con todo, acuerdo mayoritario en reconocer la *función práctica* de la jurisprudencia, al menos en los siguientes casos: 1) en la aplicación e interpretación de todas las fuentes del derecho al objeto de lograr la unidad o uniformidad del criterio jurisdiccional; 2) en la posibilidad de interponer recurso de casación ante el TS o los TSJ competentes, y también el recurso de amparo ante el TC por violación del principio de igualdad; 3) en la actuación práctica del derecho positivo que permite a éste convertirse en derecho vivo (así cabe mencionar el campo de la responsabilidad civil extracontractual y el contrato de obra). Entre nosotros se insiste en el principio constitucional de la independencia del poder judicial que viene acompañada de la libertad de interpretar la ley; ello conlleva importantes consecuencias: 1) Los Jueces y Tribunales de todas las categorías no están vinculados por su propia jurisprudencia (aunque se sugiere que den razones para explicar el apartamiento de ella); 2) si en un caso concreto hay jurisprudencia contradictoria de los tribunales superiores, los inferiores pueden elegir libremente cualquiera de las orientaciones, o seguir la propia; 3) la misma regla se aplicará cuando en el tribunal superior hay varias secciones que dictan sentencias divergentes; 4) los jueces y tribunales inferiores no están obligados a seguir la jurisprudencia del TS; 5) la doctrina establecida por el TC a propósito de la jurisprudencia contradictoria que puede violar el principio de igualdad, representa una limitación de la libertad de fallar los jueces y tribunales, pero aquélla se atenúa ya que se permite justificar razonablemente los motivos del cambio, y, por otra parte, la doctrina constitucional no impide que tribunales diversos adopten soluciones divergentes en casos análogos.

Desde un punto de vista práctico, creo positivo para la formación de nuestros juristas las actuales mayores posibilidades de información que los alumnos disfrutaban sobre la actuación de los tribunales ingleses y norteamericanos, pero dudo de la utilidad de generalizar entre nosotros la técnica de actuar aquéllos, y aun de emplearla para describir la

actuación de los nuestros cuando la normativa española posee escasos puntos de contacto con la que rige aquélla.

Creo necesario que se someta a revisión la enseñanza de la jurisprudencia en nuestras Facultades, debiendo aspirarse a que los estudiantes aprendan pronto el manejo de la misma, y conozcan su valor jurídico. La invocación de la jurisprudencia por los operadores del derecho ante los tribunales y órganos administrativos deja, a mi juicio, no poco que desear. Sin que falten tampoco críticas del uso que los jueces y tribunales hacen de la jurisprudencia en sus sentencias³⁴⁵. También convendría analizar, bajo esta perspectiva, la jurisprudencia del TS. Es cierto que la acumulación excesiva de recursos ante la Sala 1ª puede obstaculizar el propósito de mejorar la calidad de sus sentencias, objetivo que parece poco conciliable con la necesidad de reducir el retraso en la resolución de los recursos. Se observa últimamente un cambio en la estructura de los fallos del TS, sin apartarse por ello de las exigencias de la nueva ley procesal, tendente a proporcionar al lector de la sentencia el mayor número de datos fácticos y de *rationes decidendi*; habrá que seguir la evolución del mismo. También sería conveniente dar a la publicidad la manera o procedimiento utilizados para redactar el sumario o resumen de la sentencia, y a qué funcionario se encarga tan delicada tarea, y ello para evitar que se planteen entre nosotros las graves deficiencias que, por ej. se denuncian abiertamente en la ponencia de Taruffo sobre el derecho italiano³⁴⁶.

La obra que recensiono aparece, por lo tanto, también para españoles, fecunda en consideraciones doctrinales y prácticas.

345 Ejercí la profesión de juez durante quince años y era muy extendida la idea de que las demandas mencionaban generalmente abundante jurisprudencia, pero, en cierto modo, sólo *ad pompam vel ostentationem*, y por ello los jueces, al dictar sentencia, prescindían de aquellas citas de precedentes judiciales, utilizando otras más correctas. Creo que esta corruptela se ha ido corrigiendo, aunque no sé si ha desaparecido del todo.

346 TARUFFO loc. cit., pág. 182-184.

B) DERECHO PATRIMONIAL

“NUMERUS CLAUSUS ET NUMERUS APERTUS DANS LA MODÈRNE THÉORIE DES DROITS RÉELS (UN APPERÇU SUR LE DROIT ESPAGNOL)”³⁴⁷

Je me propose d’attirer l’attention de nos amis et collègues étrangères à propos d’une question que si bien ne suscite presque pas des discussions en dehors de nos frontières, cependant elle reste encore ouverte, pour ainsi dire, chez les civilistes espagnols. En somme, il s’agit de savoir s’il existe la possibilité pour les privés de créer des nouveaux droits réels à côté de la liste typifiée dans la loi.

Ce problème ne se pose pas absolument dans le droit allemand étant donné le caractère constitutif de l’inscription dans le Registre Foncier; et pareille solution dans le droit suisse. Par contre, en France on avait donné une réponse affirmative à ce problème dans le très ancien *arrêt Coquelard de 13 février 1834*. Mais la moderne doctrine française essaie, en général, d’en réduire, dans la théorie ou dans la pratique, le sens et la portée de cet arrêt. C’est ainsi que LARROUMET³⁴⁸, a introduit la distinction, d’un côté, entre l’augmentation ou la diminution des prérogatives d’un droit réel nommé, ce qui est autorisé par la Cour de Cassation, et, d’autre part, la création *ex nihilo* des droits réels principaux ou accessoires, ce qui semble n’avoir pas été posé jamais, jusqu’à présent, en France devant la Cour Suprême; pour les droits réels accessoires, l’auteur serait d’accord pour appliquer le principe de légalité. De sa part, il ap-

347 Publicado en el vol. “Land Law in Comparative Perspective” (edits. M^a Elena Sánchez Jordán and A. Gambano), 2002, págs. 97-100.

348 LARROUMET, *Droit civil*, II, Paris 1990, p. 35 ss.

profondie la question proposée le Prof. ATIAS³⁴⁹, lequel considère qu'il serait un acte d'audacie politique et thécnique d'appliquer l'autonomie de la volonté a la création du droits réels; en effet, d'un point de vue politique l'arrêt Coquelard semble être, à son avis, l'héritier directe du régime immobilière de *l'Ancien Régime*; d'un point de vue technique le fait de permettre la libre création des droits réels signifiera —pour ainsi dire—, une manque de respect pour le travail créateur developpé dans le Code. Mais en réalité, l'arrêt précité a permis la survivence des beaucoup des structures immobilières locaux originaires de l'Ancien Regime; et d'autre part celui-ci a conduit à en faire du droit réel un instrument souple que les juristes posterieurs, cependant, n'on pas voulu utiliser; en somme, pour ATIAS l'année 1834 représente ou bien la date précise d'une défaite ou, au moins, d'un effort inutile.

En Italie, l'art. 2 de la Constitution confirme le principe de la typicité des droits réels, lequel est acceptée aussi par la majorité de la moderne doctrine civiliste italienne. Á propos de la création conventionnelle des servitudes, il traite VITUCCI³⁵⁰. Resolument contre la doctrine du *numerus apertus*, se manifeste COMPORTI³⁵¹, s'appuyant sur l'idée d'une protection plus efficace à l'égard de la partie plus faible. GUARNIERI³⁵² offre un très intéressant point de vue historique et comparatiste, mettant en lumière la variété des types des droits réels qui présente l'expérience. NATUCCI³⁵³ écrit que sur la base de l'art. 1322 C.c. 1942, les privés son autorisés pour en établir le contenu qui bon leur semble, même celui qui correspond à un droit réel, avec des effets soit pour eux mêmes soit pour ses héritiers, mais sans effets à l'égard de tiers. En somme, dans ce pays la doctrine est presque unanime en faveur du *numerus clausus*³⁵⁴.

349 ATIAS, *Droit civil. Les biens*, I (Paris 1990), p. 61 ss.

350 VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale de servitù*, RDA, 1971.

351 COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale* (Milano 1977), p. 299 ss.

352 GUARNIERI, *Diritti reali e diritti di credito* (Padova 1979).

353 NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I (Padova 1982), p. 160 ss.

354 Qui a inspiré d'ailleurs le gros volume de GAMBARO, *Il diritto di proprietà* (Milano 1965), par exemple à propos de l'accession, p. 763. Très intéressant aussi l'étude

Dans le Code civil portugais de 1966 on trouve un bon exemple d'une réponse législative expresse inspiré dans le *numerus clausus*. Ainsi dans l'art. 1306 on lit: "C'est pas permis la constitution d'avec les effets réels, des restrictions au droit de propriété ou des types démembrés de ce droit, sauf dans les cas prévus dans la loi; toute restriction résultant d'un acte juridique quelconque, qui ne remplit pas ces conditions, aura seulement un caractère personnel". Cependant, dans la doctrine il faut signaler l'opinion contraire du OLIVEIRA ASCENSÃO³⁵⁵ point de vue ratifiée plus tard en soutenant une interprétation restrictive de cet article aux fins de permettre la constitution des droits réels par le biais d'une coutume³⁵⁶: en somme il pense que le législateur portugais, s'il devrait être loué pour avoir tranché législativement la question, pourtant il s'avait inspiré dans une excessive préoccupation par la sécurité. Pourtant, en faveur de la solution prise par le Code civil de 1966, se manifestent d'autres auteurs³⁵⁷.

Le Code civil espagnol de 1889 garde silence à propos du critère adopté quant au problème du *numerus clausus-numerus apertus* dans la création des droits réels. Pour les droits à caractère personnel, l'art. 1255 dispose que les privés ont la possibilité de créer des contrats typiques ou atypiques, nommés ou innommés, mais rien n'est prévu pour les droits réels, ni dans le sens négatif ni dans le sens positive. Cependant, quant aux servitudes l'art. 594, inspiré dans l'art. 686 C.c. français, dispose qu'il est permis au propriétaire d'un immeuble d'établir sur sa propriété, toutes les servitudes que bon leur semble, et de la manière et de la forme qu'il considère le plus convenable à ses intérêts, pourvu qu'il ne soit contraire aux lois et à l'ordre publique. En conséquence, il serait libre pour chaque propriétaire d'immeubles, d'imposer sur eux tout espèce des servitudes, en respectant les limites précités.

comparatif de MERRYMANN *Policy, autonomy and the "numerus clausus"*, in *italian and american property law*, dans *The American Journal of Comparative Law*, 1963, p. 225 ss.

355 OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* (Lisboa 1968), p. 78 ss.

356 OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos reais* (Lisboa 1971), p. 222 ss.

357 MOTA PINTO, *Lições de direitos reais* (Coimbra 1971), p. 115 ss.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, III (Coimbra 1972), p. 84 ss.

C'est un peu suprenant que la question est résolue au marge du Code civil, et dans la législation du Registre Foncier en vigueur. En effet, l'art. 2, núm. 2 de la Loi Hipotécaire de 1946 détermine les droits réels qui ont accès au Registre Foncier; et pour ainsi dire le législateur a combiné les critères de l'énonciation ou de la liste, et celui de la définition; ainsi si au núm. 1° on parle des titres traslatifs ou déclaratifs du domaine des immeubles et des droits réels imposés sur eux, au núm. 2° on énumère les titres où on constitue, reconnaît, transmet, modifie ou éteint les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, emphytéose, hypothèque, servitudes ou d'autres droits réels. La plupart de la doctrine espagnole considère que la dernière phrase constitue un vrai énoncé de la doctrine du *numerus apertus*. Cette règle se développe à l'art. 7 du Règlement Hipotécaire de 1947, qui permet l'accès au Registre de tout acte ou contrat aux effets réels, *qui sans en avoir un nom propre en droit, il modifie, dès maintenant ou dans l'avenir, les facultés qui correspondent à la propriété sur les immeubles ou qui sont inhérentes aux droits réels*³⁵⁸.

Un argument complémentaire favorable au critère du *numerus apertus* provient du Droit civil, spécial ou *foral*, que l'art. 149.1,8 de la Constitution espagnole reconnaît dans certains territoires historiques. En effet, le *Fuero Nuevo* ou *Compilación de Derecho Foral* de la Navarre admet des nouveaux droits réels analogues au droit de superficie (par ex. les droits de supra-édification ou de sous-édification) ainsi que certains droits réels d'acquisition, même d'origine conventionnel (tels le droit de préemption d'origine conventionnel ou légal, et les droits de rétrait et d'option).

358 En droit espagnol il y a eu toujours un certain divorce entre l'opinion de la doctrine et les critères des Tribunaux par rapport au sujet du *numerus clausus* – *numerus apertus*. À la moitié du XX^e siècle la doctrine était majoritaire en faveur du *numerus clausus*. Voyez par ex. le Prof. SERRANO y SERRANO, dans son remarquable étude comparatif *El Registro de la propiedad en el C.c.suizo comparado con el Derecho español* (Madrid 1935), p. 165, lequel énumère les bénéfices qui dérivent pour la pratique juridique d'adopter le système du *numerus clausus*: l'uniformisation de toutes les catégories des droits réels sur les biens à travers des caractères bien déterminés; en conséquence, la tâche du Conservateur des Hypothèques devienne facilitée et aussi le travail de la doctrine juridique; finalement on laisse le domaine des droits à caractère personnel pour en satisfaire les nouvelles besoins pratiques.

En résumé: Si, d'un côté, dans la doctrine espagnole à l'heure actuelle semblent triompher des solutions intermédiaires³⁵⁹, d'autre part dans les récentes résolutions adoptés par la Direction Générale des Régistres et du Notariat dans les recours interposés contre la qualification du Conservateur des Hypothèques, on a fini pour adopter un critère favorable au *numerus apertus* mais avec des limitation et des restrictions³⁶⁰, en contraste évident avec la jurisprudence de la Cour Suprême plus libérale quant à la reconnaissance des droits réels d'origine conventionnel.

359 DÍEZ-PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en el *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, II (Madrid 1976), pp. 299 et suivantes; MONTÉS PENADÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo* (Madrid 1980), pp. 219 et suivantes.

Voyez mon exposée générale, dans CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 14^e. ed. (Madrid 1992) pp. 82-86. *Adde*: ROMÁN GARCÍA, *La tipicidad en los derechos reales* (Madrid 1995). Une position résolue pour le *numerus clausus* est soutenue par LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, III-1^o, *Derechos reales* (Madrid 2000), pp. 12-18.

360 Par ex. voyez les *Resoluciones* de 10 avril et 5 juin 1987.

LES DIFFÉRENTES FONCTIONS DE LA POSSESSION EN DROIT PRIVÉ³⁶¹

Resumé: Dès l'époque la plus ancienne du Droit Romain, la possession traverse l'histoire du droit se perpétuant en tant qu'institution, et s'adaptant dans ses fonctions aux changeantes circonstances économiques et sociales. À côté de l'effet probatoire, conservé dans toutes les législations, il faut rappeler que la maxime médiévale *en fait des meubles, possession vaut titre*, s'applique aujourd'hui fréquemment, dans presque tous les pays, au trafic mobilière, en dépit d'une certaine tendance vers le formalisme dans les contrats, accentuée dans la législation de la protection de consommateurs. La possession d'immeubles conserve son importance pratique, et quand elle est de bonne foi c'est le fondement pour attribuer les fruits à celui qui gère les biens d'autrui. Mais la publicité foncière reste importante à *l'usucapio contra tabulas*; par contre, *l'usucapio secundum tabulas* conserve toute son efficacité. Les actions possessoires — une création du Préteur romain — sont utilisées habituellement devant les tribunaux. Il faut conclure que *possessio civilis*, *possessio ad interdicta*, *usucapio*, *praescriptio*, etc, sont des termes romains que le juriste moderne utilise normalement.

INTRODUCTION

1. Est-ce vrai que, depuis longtemps, le domaine possessoire a été, à près peu, laissé à l'abandon?; c'est qu'assure Trigeaud³⁶², un juriste français auteur d'une thèse érudite sur cette institution. Mais si on

361 Publicado en "European Review of Private Law", 1998, págs. 363-382.

362 TRIGEAUD, *La possession immobilier* (Paris 1981), p. 5.

consulte les Codes civils en vigueur aux pays occidentaux, y on trouve des régimes légaux dans la matière, plutôt minutieux et parfois très complexes et détaillés; et dans les Répertoires de jurisprudence les sentences prononcées sur la possession sont fréquentes, et surtout à propos des biens immeubles; d'autre part, dans la doctrine juridique, s'il y eut une question très ardemment discutée tout au long le XIX^e. siècle et dans une bonne partie du XX^e., c'est la possession, tantôt à propos des textes romains —sur lesquels, pourtant, les romanistes ne se mettent pas d'accord—, soit sur la nature juridique de l'institution même (fait ou droit?, et, si oui, de quelle classe?); parfois le débat tombe sur les effets accordés par la loi, et sur sa portée et sa raison d'être; finalement, il est acquis que sur la possession la bibliographie doctrinale devienne énorme³⁶³. Il faut l'avouer: on constate dans la doctrine, un peu par-

363 Une bibliographie sur la possession en droit civil européen ne pourra pas être que sélective, Ainsi, en partant du droit romain, et aussi des autres pays de l'Antiquité, et en passant par le Moyen Age où se mêlent les influences romaines, germaniques, et canoniques, jusqu'à la Codification, elle y inclue la célèbre dispute entre SAVIGNY et IHERING, on a l'impression de qu'elle est devenue trop vaste. Le Prof. SACCO dans son récent ouvrage (*Il possesso*, Trattato CICU-MESSINEO, Milano 1988, p. XV-XXIX) a bien choisie une bibliographie significative sur le droit italien, français, allemand et suisse, ainsi que celle des pays de la Common Law la plus accessible aux juristes continentaux. Pour la compléter je cite la bibliographie contenue dans un Traité espagnol, d'ailleurs très ouvert au droit comparé (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, II-1^o, 14^eme éd. aux soins de GARCÍA CANTERO, Madrid 1992, p. 631-637), dans laquelle on trouvera la doctrine ibéroaméricaine. Dans la récente doctrine spécifique espagnole il est à signaler: ESPÍN CÁNOVAS, *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión*, RDP (Revista de Derecho Privado), 1943, p. 958 ss.; *La adquisición de la posesión inmaterial en el derecho español* (Salamanca 1965); *Función del justo título en la adquisición de derechos por usucapión*, RDP, 1969, p. 835; G. GARCÍA VALDECASAS, *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año*, RDP, 1946, p. 336 ss.; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión* (Madrid 1962); LACRUZ, *Contribución a una pedagogía de la posesión* (Madrid 1969); MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles* (Madrid 1979), *Presunción de propiedad y exhibición del título, Centenario del Código civil* (Madrid 1990), II, p. 33 ss.; JORDANO BAREA, *Una elección sobre la posesión*, ADC (Anuario de Derecho Civil), 1986, p. 1035 ss. Peut-être le Prof. HERNÁNDEZ GIL a été l'auteur espagnol qui a prêté l'attention la plus continuelle à ce sujet; maintenant tous les travaux qu'il a dédié à la possession ont été recueillis dans le tome II des *Obras completas* (Madrid 1987) (que l'on citera par la suite). Il ne faut pas négliger la doctrine portugaise, réduite mais de qualité: DÍAS MARQUÉS, *Prescrição aquisitiva* (Lisboa 1960); OLIVEIRA

tout, une certaine fatigue à propos de la possession³⁶⁴. Mais, il est à rémarquer, que la discussion a repris récemment avec des nouvelles orientations et perspectives³⁶⁵. Non, il faut le reconnaître, la possession c'est pas une institution morte; par contre, elle continue à jouer un rôle important dans le domaine de la propriété et des droits réels³⁶⁶. Des concepts qu'y on utilise, tels que la bonne et la mauvaise foi, la paix sociale, la négligence du propriétaire, la fonction sociale des biens, etc. obligent les juristes à une réflexion attentive³⁶⁷. Et pour ceux qui aiment de rester dans le *ciel des concepts*, la possession c'est un stimulate pour se plonger dans le réel, parce qu'elle nous amène directement à repenser le fondement même de la protection juridique en général, et elle nous contraindre aussi à distinguer subtilement quelques points, par exemple, parmi la *detention* et la *possession* (s'il y a lieu).

ASCENSAO, *Direitos reais* (Lisboa 1971), p 235 ss.; RODRIGUES, *A Posse. Estudo do direito civil português* 3^{ème} éd. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soraes (Coimbra 1981). Dans le même volume: LUSO SOARES, *Ensaio sobre o Posse como fenomeno social e instituição jurídica*.

364 Ainsi LARROUMET, *Droit civil*, II (Paris 1985), p. 47: "En réalité, il semble bien qu'il ne soit pas possible, du moins en droit moderne, de prendre partie pour l'une plutôt que pour l'autre de ces conceptions. En effet, le régime juridique de la possession, dans ces conditions et surtout dans ses effets, met tantôt l'accent sur la protection possessoire pour éviter les voies de fait, et utilise la possession comme présomption de la titularité du droit, sans compter que l'*animus* et le *corpus* sont les éléments d'égale importance de la possession. Il n'y a donc pas plutôt tel fondement que tel autre, conception subjective plutôt qu'objective. La possession est une institution polyvalente qui, par conséquent, correspond à plusieurs finalités".

365 Surtout dans le remarquable ouvrage de HERNÁNDEZ GIL, *La función social de la posesión* (Madrid 1969) (inclue dans les *Obras completas*, cit, II, p. 675 ss.), et sous une autre perspective —plutôt philosophique— la thèse de TRIGEAUD cit.

366 Ainsi MALAURIE-AYNÉS, *Cours de Droit civil. Les biens. La publicité foncière*, ed. 1994/1995 (Paris 1994), p. 129 : "La possession est au coeur du droit des biens".

367 TERRÉ, Préface à TRIGEAUD, *op. cit.*, p. IX, nous alerte sagement: "Il faut de tout pour faire un monde, y compris le monde de juristes, surtout à notre époque. Les nécessités de temps et de l'espace ont, de nos jours, contraint souvent trop d'entre eux à délaisser la réflexion fondamentale. Après tout, peut-être était-ce nécessaire pour réagir contre certains abus et inévitable en raison d'une destabilisation des sources du droit et d'une dèrèglement des règles".

2. Je laisserai de côté ces classiques discussions —parfois infécondes— qui ont donné lieu, dans nos pays, à des dizaines des volumes. Par contre, je veux me pencher sur les fonctions de la possession dans les systèmes juridiques continentaux; je m’efforcerai, donc, à répondre cette question: *à quoi serve la possession?*³⁶⁸; on verra en fin que, malgré tous les différences des législations, y on trouve des convergences dans les finalités poursuivis par cette institution.

3. Il nous dit le Doyen Carbonnier³⁶⁹ que la possession confère au possesseur une série des béatitudes. En réalité cette expression poétique (*beati possidentes !*) masque, ou, plutôt, cache, les véritables effets de la possession. Si l’on imagine une possession qui ne produirait pas des effets, il s’agirait évidemment d’un fait exclusivement social, dépourvu d’efficacité juridique. Dans cet étude les faits nus ne nous intéressent pas. L’auteur cité ci-dessus nous parle d’un effet minimum de la possession —l’effet probatoire—; et, ensuite, il s’occupe de la protection possessoire, et finalement de l’effet créateur de la possession. Sous un angle quelque peu différent, Sacco³⁷⁰ énonce en général les rapports de fait entre l’homme et les choses, et attire notre attention sur les cas où la possession de fait reste un antagoniste de la propriété, et aussi sur ceux où la possession est devenue l’alliée de celle-ci; après l’exposée des modalités de la possession, l’auteur s’occupe des présomptions, des preuves et aussi des remèdes possessoires, pour en arriver finalement aux effets extrapossessoires (c.à.d. l’auteur semble penser que la possession se projette en dehors de ses frontières). Et si on poursuit dans ce catalogue d’opinions, on peut voir dans les 80 pages dédiées à la possession par les plusieurs auteurs d’un récent Traité italien de

368 Il me semble exacte ce qui écrit TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 9, à propos de la possession: “La finalité du concept, à cet égard, est donc principalement pratique. C’est un moyen d’action, une mécanique montée pour produire des effets de droit. Et il est frappant de constater que les interdits du préteur, à Rome, sont nés sous l’impulsion de nécessités, d’exigences de protection précédant la création de la notion; et cycliquement d’ailleurs, dans l’histoire médiévale on observe une pareille anticipation de l’effet qui se présente avant sa cause théorique”.

369 CARBONNIER, *Droit civil*, 3, 11^e. ed. (Paris 1984), p. 181.

370 SACCO, *op. cit.*, p. 9 ss.

droit civil³⁷¹, qu'on y a divisé la matière en trois sections, la possession en général, les effets et, à la fin, la protection des situations possessoires; on déduira, donc, que pour ces auteurs la tutelle juridique de la possession reste en dehors du cadre des effets de celle-ci (mais, dans ce cas, il n'y a pas de coïncidence dans l'exclusion avec le précédent). Par contre, le plan utilisé par Castán³⁷² semble très simple parce qu'il s'occupe des suivantes questions: 1. Les effets produits tant que la possession subsiste: A) La protection de l'état possessoire; B) L'usucapion. 2. Les effets quand la possession a cessé en vertu de la demande du propriétaire: A) La possession de bonne foi; B) La possession de mauvaise foi. 3. Spécialités de la possession d'immeubles. Finalement, un auteur classique dans la doctrine portugaise énumère les effets de la possession sans y introduire un critère doctrinal de classification, de sorte qu'il traite successivement de la présomption de la propriété, la prescription, les fruits, les bénéfices et l'accession, et aussi de la protection possessoire³⁷³.

L'EFFET PROBATOIRE DE LA POSSESSION

4. Si la possession est appelée *l'imgo domini*, c'est logique que dans le procès à propos de la propriété le possesseur puisse se bénéficier des plusieurs avantages; tel l'effet probatoire de la possession que, dans certaines législations acquiert le rang de présomption. Cet effet à une origine romaine —dont la portée est discutée— et qui décrit Trigeaud³⁷⁴ dans les termes suivants: "Le premier effet attribué à la possession est la présomption de propriété qui explique que le possesseur ait le rôle de défendeur au procès pétitoire et reste possesseur intérimaire pendant la durée de l'instance; sa position de défendeur lui permet de triompher de son adversaire, si celui-ci échoue à prouver le droit qu'il revendique.

371 BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI et NATOLI, *Diritto civile*, 2, *Diritti reali* (Torino 1993), p. 347-427.

372 CASTÁN, *op. et vol. cit.*, p. 831

373 RODRIGUES, *A posse*, cit., p. 275 ss,

374 TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 309 s.

De tels avantages qui se relient entre eux, sont donc imputables, d'après les romanistes, à la présomption du droit qu'institue la possession. Toutefois, le point est controversé, et Savigny y a émis des réserves: il ne reconnaît que les interdits et l'usucapion comme effets de la possession, il élimine la prétendue présomption qui serait à l'origine des avantages exposés: à son avis, ils découlent de principes de procédure, indépendants de ceux qui régissent la matière possessoire". Après ce résumé historique, l'auteur donne un aperçu général de la doctrine française, et y ajoute son opinion personnelle: "À la suite de Pothier, les civilistes français, en désaccord cette fois avec Savigny, penchent dans l'ensemble pour l'interprétation des romanistes. Ils remarquent surtout qu'en tant que défendeur, le possesseur est déchargé du fardeau de la preuve, et conserve la possession quand le demandeur revendiquant n'établit pas le bien-fondé de ses prétentions". On exige de cette possession de remplir seulement les conditions de l'art. 2229 C.c.fr.; la présomption est établie implicitement par la loi, et cela autoriserait à le présenter comme une présomption légale ou de droit; sa raison d'être c'est que la plupart de temps le possesseur est propriétaire ou titulaire du droit réel qu'elle laisse supposer. Mais Trigeaud, s'appuyant sur Laurent, reste d'accord avec Savigny, et il pense, en conséquence, que les avantages corrélatifs de la présomption se déduisent de la règle de procédure *actore non probante, reus absolvitur*³⁷⁵.

5. Il y a des législations qui reconnaissent expressément cette présomption de propriété, mais dans des termes et avec une portée différente; c'est le cas du droit portugais, espagnol, autrichien, allemand et suisse³⁷⁶.

375 CARBONNIER, *op. et vol. cit.*, p182, se rallie à l'opinion générale, soulignant que la présomption résulte de la nature des choses, et qu'il n'y a pas à distinguer entre bonne et mauvaise foi, et qu'il n'est pas même nécessaire que la possession soit exempte de vices.

376 En Italie la loi ne dit rien à ce propos, et SACCO, *op. cit.*, p. 372, soutient que la présomption de propriété, liée à une possession actuelle du défendu n'a pas le caractère de vraie présomption .

6. Le C.c.port. de 1867, aux arts. 477 et 952, déclare une présomption de propriété, que la doctrine ne considèrait pas comme un effet spécifique de la possession mais une conséquence du fardeau de la preuve, et, d'autre parte, cet effet était mis en rapport, pour le limiter, avec le Registre Foncier³⁷⁷. Cette règle on l'a conservé dans l'art. 1268-1° du nouveau Code de 1966, qui déclare la présomption de titularité de la propriété, et aussi d'autres droits réels, tel qu'on l'établit à l'art. 1251³⁷⁸.

7. Le droit espagnol est riche en présomptions possessoires³⁷⁹, et, parmi elles, l'art. 448 y fait une déclaration rémarquable: "Le possesseur en concept de maître jouit de la présomption légale d'être possesseur avec un juste titre, et on ne peut pas l'obliger à l'exhiber"³⁸⁰;

377 RODRIGUES, *A posse*, cit., p. 276 ss.

378 "Il s'agit d'un ancien principe, très important pour la pratique, en raison du grand nombre des droits réels qui ne sont pas validement constitués. Le possesseur se trouve à l'abri de surprises parce que la présomption suffit normalement pour assurer le respect des tiers. Mais cette présomption devra en être coordonnée avec d'autres présomptions, et notamment celles qui découlent du Registre Foncier; dans ce sens l'art. 1268 introduit l'exception des droits qui auparavant étaient inscrits dans celui-ci" (OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 267).

379 CASTÁN, *op. et vol.* p. 714 s., énumère —en plus de celle étudiée dans le texte— les suivantes: 1° La présomption de bonne foi, tant que le fait contraire ne soit pas prouvé (art. 434); 2° La présomption de continuité de la bonne foi initiale ou originaire, sauf la preuve de la mauvaise foi postérieure (art. 435), 3° La présomption de jouir de la possession avec le même titre qu'au moment de l'acquisition, sauf preuve contraire (art. 436); 4° La présomption de que le possesseur actuel, qui a prouvé la possession dans un moment précédent, il a possédait aussi dans la période intérimaire, sauf preuve contraire (art. 459); 5° La présomption en faveur de qui a récupéré selon la loi la possession indûment perdue, d'en avoir possédé sans interruption, quant aux effets, et pour son bénéficiaire; 6° La présomption quant à l'étendue de la possession d'immeubles, et à l'égard des meubles et d'objets qui se trouvent dedans (art. 449).

380 Voyez MIQUEL GONZÁLEZ, *Presunción de propiedad y exhibición del título, Centenario del Código civil*, II (Madrid 1990) p. 1333 ss. L'auteur soutient que l'origine de l'art. 448 C.c. n'est pas germanique, mais qu'il se trouve dans le texte romain *Lex cogi possessorem* (C.3,31,11), et qu'elle a reçu aussi l'influence de la doctrine autrichienne du Droit Naturel; cette règle a beaucoup des précédents dans le droit et la doctrine espagnole, et notamment les *Siete Partidas*, et les *Leyes del Estilo*, et ainsi dans le Droit canon (canon si

cette règle ne s'applique pas à l'usucapion ordinaire parce que, dans ce domaine, l'art. 1954 dispose qu'il n'existe pas de présomption à l'égard du juste titre. Selon l'arrêt du *Tribunal Supremo* de 12 décembre 1956, à l'art. 448 il n'y a pas seulement une présomption de la possession à titre de maître, mais, au fond, il existe une présomption de propriété. La doctrine fait la différence entre le *concept* de la possession, et le *titre*; le premier a un caractère plutôt subjectif (ainsi l'usurpateur possède en concept de propriétaire parce qu'il veut l'être); par contre, le titre a un caractère objectif, qui ne dépend pas de la volonté du possesseur, et il reste en rapport avec l'origine légal de la possession. Par conséquent, la présomption de l'art. 448 C.c.esp. signifie la présence du juste titre, c.à.d. le contrat ou l'acte qui a donné lieu à la possession³⁸¹.

8. Le § 323 All.BGB dispose: "Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermutung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aussgefordert werden"³⁸². Selon Winigarten la présomption d'un titre valide se base dans le droit inné à la bonne réputation, en vertu de laquelle aucune personne devra suposer qu'un autre considère la chose comme sienne, sans un motif légitime. Le possesseur

diligenti) . À son avis l'origine immédiate de cet article se trouve autour des problèmes possédés en Espagne par l'abolition du regime seigneurial, au moment d'exiger aux anciens maîtres d'exhiber leurs titres de propriété. Du même auteur voy. le commentaire à l'art. 448 dans le *Comentario del Código civil*, I (Madrid 1991), p. 205 ss.

381 LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, III (Barcelona 1979), p. 57.

382 La primitive doctrine autrichienne énonce d'autres *beatitudines possessionis*. Ainsi WINIWARTER (*Il diritto civiles austriaco* , trad. italienne de CALLIGARI, Venezia 1838, vol. II, p.65) énumère les suivantes *beatitudines*, à coté de celle citée au texte:

a) Devant le Juge, en cas de doute devra être préféré le possesseur (§ 324);
 b) Quelque soit la qualité de la possession, personne n'est pas autorisé à la troubler arbitrairement (§ 339);

c) Parmi les droits qui résultent de la possession figure aussi celui de protéger sa possession, et, au cas où le secours de la justice arriverait trop tard, celui de repousser la force par l'emploi d'une autre force appropriée (§ 344).

Il semble que le précédent législative du § 323 All.BGB se trouve dans le § 45 du code pour la Galitzia occidental, qui commence pour dire que toute personne a le droit naturel à la bonne réputation, supprimée dans le texte autrichien, et qui met en rapport la présomption du titre avec la *Aufforderung*.

ne pourra pas être provoqué à présenter son titre, sauf par celui qui a acquis un droit, ou par le Ministère Public³⁸³. Mais la moderne doctrine autrichienne a minimisé la portée de cette présomption³⁸⁴.

9. Le § 1006 BGB dispose: “Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei”. Il faut souligner que la règle s’applique seulement aux choses mobilières, et que ce paragraphe n’est pas en rapport avec le principe français *en fait des meubles possession vaut titre*. La doctrine allemande dit que le § 1006 cité vient d’établir une présomption *iuris tantum*, et que cette présomption reste aussi valable pour l’usufruit et pour le gage. Dans les cas où il y a plusieurs degrés de possession, la présomption s’applique au possesseur médiate de la catégorie supérieure. Le sens de la règle c’est que le possesseur, au moment d’acquiescer la possession, il a acquis aussi la propriété, ou un autre droit réel; et pour détruire la présomption il faut prouver que l’acquisition de la possession n’était pas accompagnée de la propriété. Et si le possesseur prétend d’avoir acquis préalablement la propriété³⁸⁵, il devra le prouver après l’acquisition de la possession³⁸⁶.

383 WINIWARTER, *op. et vol. cit.*, p. 67.

384 Ainsi SPIELBUCHER, dans RUMMEL, *Kom. z. All.BGB* (Wien 1983), I, p. 268; à son avis, le sens originaire du § 323 était de protéger le possesseur contre l’*Aufforderung*, une action qui a disparu de la procédure en vigueur; maintenant on applique les règles du fardeau de la preuve.

385 Ainsi WOLF, dans *Tratado de Derecho civil de Ennecerus-Kipp-Wolf*, III-1°, *Derecho de cosas* (trad. esp. Pérez González et Alguer), 2e. ed. (Barcelona 1951) p. 105 ss.; GURSKY, dans *Staudinger’s Kom. BGB*, 12 éd., III (Berlin 1989), com. § 1006; KOHL, *Alternativkom. z. BGB*, IV (Darmstadt 1983), p. 581 ss.

386 Dans la même tradition germanique on trouve la présomption de propriété dans le droit suisse. Ainsi l’art. 930: “Le possesseur d’une chose mobilière en est présumé propriétaire.– Les possesseurs précédents sont présumés avoir été propriétaires de la chose pendant la durée de leur possession”.

LA PROTECTION POSSESSOIRE

10. On entend par là —écrit le Doyen Carbonnier³⁸⁷— une protection qui est donné à la possession pour elle-même contre les troubles qui pourraient lui causer des tiers; mais, à la vérité, les actions possessoires n'existent qu'en matière immobilière. Et la raison de la protection en est convaincante. Le législateur tend à empêcher les actes de violence, à faire régner la paix publique; le propriétaire qui a perdu la possession de sa chose peut être tenté de la récupérer; si la possession n'était pas protégée, le propriétaire pourrait songer à avoir recours à la force pour reprendre la possession³⁸⁸. Mais cette explication ne serait-ce pas la seule, et pour d'autres auteurs³⁸⁹, le fondement de la protection possessoire se base sur des raisons de surtê juridiqu, mises en avant sur la justice; en effet, la loi rétablit la paix sans préjuger la résolution définitive du cas, et par conséquent, on maintien le *statu quo* possessoire, de sorte qu'on vient à créer un droit subjectif préalable aux autres droits subjectifs.

Les *interdicta retinendae et recuperande possessionis* représentent, peut être, l'apport le plus originel que le preteur romain a fait au droit moderne de la possession³⁹⁰, et pas seulement dans le domaine terminologique³⁹¹, mais aussi dans la portée et l'objet de la protection contre les actes violents qui ont troublé la possession. Et justement, cette protection pourra

387 CARBONNIER, *op. et vol. cit.*, p. 183,

388 WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 319.

389 HERNÁNDEZ-GIL, *op. et vol. cit.*, p. 29.

390 *Ad exemplum*: Voyez art. 446 C.c. esp.; arts. 1168-1170 C.c. ital. 1942; arts. 929-930 C.c. suizo; arts. 1276 ss. C.c.port. 1966; § § 344 ss. All.BGB; § § 858 à 866 BGB, etc.; mais il y a des différences à propos de la portée de l'auto-tutelle du possesseur. D'accord aux §§ 859 et 860, le possesseur a le droit de se défendre *mit Gewalt* contre l'attaque à sa possession; voyez WOLFF, *op. cit.*, p. 90 ss.; par contre, en droit espagnol cette possibilité reste très restreinte (voyez, dans le même ouvrage les *Notes des traducteurs*, p. 92 ss.

391 Le droit espagnol reste fidèle, littéralement, à la terminologie romaine: "interdictos de retener y recobrar la posesión" (réglés aux arts. 1651 ss. de la Loi de la procédure civile). En droit français on parle du système des trois actions possessoires resté, du Moyen Âge jusqu'à nos jours, sans changement: la complainte, la dénonciation de nouvelle oeuvre, et la réintégrande, d'ailleurs non modifié au fond dans le réforme de 1975 (TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 313 ss.). En droit italien on parle "di azione di reintegrazione et di manutenzione", aux arts. 1168-1170 C.c. ital.

transformer une situation de fait en situation juridique, voire en droit subjective³⁹². En tout cas, dans les différentes législations cette protection possessoire n'est que provisoire, jusqu'au moment où —éventuellement— le vrai propriétaire exerce avec succès l'action revendicatoire³⁹³.

ACQUISITION DES FRUITS ET D'AUTRES BÉNÉFICES PAR LE POSSESSEUR DE BONNE FOI

11. Il s'agit d'un effet possessoire³⁹⁴ qui consacrerait, en général, tous les Codes en vigueur³⁹⁵. On pourra dire que la perception des

392 Pour sa part, SACCO, *op. cit.*, p. 9 ss., a mis en relief que cette protection possessoire n'est pas une exigence logique et peremptoire, mais seulement un accident historique de sorte qu'elle pourra exister, ou pas, dans des différentes expériences juridiques et que là où elle est présente, on pourra l'expliquer différemment. Pour ma part, j'en suis d'accord pour le caractère contingent et pas nécessaire de cette protection possessoire, mais à l'ére actuelle, et aussi tout au long de l'histoire, il est indiscutable que celle-ci est généralisée partout. D'autre part, l'auteur pense que les remèdes civils pour faire face aux troubles violents du pouvoir de fait ne pourront pas rendre services à la société actuelle pour les suivantes raisons: 1° La repression, et de la violence et de la clandestinité, s'est fait habituellement par la voie criminelle; 2° Dans la société moderne la seule repression de la violence serait-il un encouragement à l'usage de la violence elle-même. 3° Si la société se propose de décourager avec des moyens civils la violence et la clandestinité, elle ne pourra pas faire différence avec la lésion violente des autres situations de fait; 4° L'évolution du droit tend à supprimer, sans bruit, la tradition favorable à la descalification de la lésion violente et clandestine; il offre l'évolution de l'interdit *unde vi* dans l'époque justinienne, et la pratique française et italienne qui font une formalité de ces conditions pour les actions possessoires, du même que l'évolution anglaise sur l'action de *trespass*.

393 En général sur le conflit entre la propriété et la possession, v. le brillante exposé de SACCO, *op. cit.*, p. 13 ss. Pour la situation concrète éveillée dans le texte, l'auteur écrit que l'armonisation entre le droit de propriété et la possession sans titre s'opère accordant au propriétaire la faculté de mettre fin à la situation du possesseur par l'exercice de l'action revendicatoire; avant le moment de la citation le propriétaire jouit d'une spécificité du droit potestatif.

394 Pour CASTÁN, *op. et vol. cit.*, p. 716, ceux sont des effets produits au moment de la cessation de la possession à la demande du propriétaire; cependant SACCO, *op. cit.*, p. 351, les qualifie des effets extrapossessoires de la possession.

395 Voyez: arts. 549 et 450 C.c. fr.; §§ 330 ss. AIBGB; arts. 451 ss. C.c. esp.; §§ 987 ss. BGB; arts. 1148 ss. C.c. it. 1942; art. 938 C.c. suizo; arts. 1270 ss. C.c. portugais de 1966.

fruits c'est la manière de se manifester la possession, elle-même, à l'extérieur³⁹⁶, bien entendu qu'il s'agit d'un effet limité à la possession de bonne foi³⁹⁷. Et pourtant, il semble que le principe *res fructificat domino* ne serait-il pas suffisamment respecté dans ce cas; pour éclaircir cela on a essayé plusieurs explications. Il semble raisonnable ce qu'on trouve dans l'ancienne doctrine portugaise qui soutient³⁹⁸ que le possesseur de bonne foi croyait d'être vrai propriétaire, et pour cela il y employait son argent et son travail, et organisait la production de sorte qu'il tennait compte des revenus, et s'engageait dans des nouvelles obligations qu'il ne pourrait pas les accomplir sans les revenus qu'il a obtenu; en conséquence il n'est pas juste qu'il en soit privé en honneur d'un droit éventuel et parfois inconnu; le vrai propriétaire devrait s'occuper mieux de son patrimoine, et s'il ne le connaissait pas, certainement il ne comptait pas sur ses revenus. Et c'est pareille l'explication qu'on donne dans la moderne doctrine française³⁹⁹. Pour les autres *benefices* (en portugais: *benfeitorias*) de la possession de bonne foi, le fondement de la règle en serait le même que pour l'acquisition des fruits⁴⁰⁰.

396 HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 319.

397 Ce qui donne lieu à une certaine contradiction parce que le possesseur de mauvaise foi pourra devenir propriétaire de la chose par l'usucapion sans, pour autant, dans la période intermédiaire, s'approprier les fruits produits par celle-ci; mais il faut tenir compte que la bonne foi est présumée et que normalement la présentation de la demande du vrai propriétaire (l'ancienne *litis contestatio*) serve à interrompre la mauvaise foi (ainsi HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 320). En droit moderne —comme le dit WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 345— c'est la conséquence d'un principe de procédure en vertu duquel le juge doit se placer au jour de l'introduction du procès pour apprécier les droits des parties afin qu'elles ne pâtissent pas de lenteurs de la justice.

398 Ainsi SEABRA cité par RODRIGUES, *op. cit.*, p. 304 s.

399 Voyez WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 343 s. Dans la récente doctrine espagnole: DELGADO ECHEVERRÍA, *Adquisición y retención de frutos por el poseedor*, ADC, (Anuario de Derecho Civil) 1975, p. 551 ss.; DORAL, *Liquidación de la gestión posesoria*, RDP, 1977, p. 399 ss.; CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos*, ADC, 1988, p. 35 ss. Un aperçu général sur les aspects moraux, ABAD, *El poseedor de buena fe y la restitución de los frutos según los moralistas clásicos*. (Madrid 1967).

400 Á mon avis le C.c. suisse a réussi à établir le mieux ce régime aux articles 938 et 939:

12. On dispose unanimément dans les codes civils que le possesseur de mauvaise foi n'a pas droit aux fruits perçus —qu'il devra pourtant restituer au propriétaire, et même les *fructus percipiendi*—, et seulement il pourra réclamer les dépenses nécessaires⁴⁰¹. C'est vrai qu'il a dédié son travail à la production des fruits, mais la mauvaise foi empêche de lui accorder ce bénéfice. Dans ce cas, le principe *res fructificat domino* y sera pleinement respecté.

L'USUCAPION: L'EFFET CRÉATEUR DE LA POSSESSION

13. L'usucapion, ou prescription acquisitive, dont l'origine romaine résulte de l'union, à l'époque justinienne, de l'ancienne institution de l'*usucapio* et de la *praescriptio longi temporis*— peut-être provenant du droit grec—, et qui a donné lieu au célèbre maxime juridique *res habilis, titulus, bona fides, possessio, tempus*, manifeste un autre effet très caractéristique de la possession. La fonction de transformer en propriétaire le possesseur de bonne foi qui a conservé la chose pendant les délais légaux, c'est une idée bien acquise qu'inspire la plupart des modernes législations; bien entendu que les différences —et même, les oppositions— sont nombreuses dans certains points; par exemple, quant au placement systématique de la matière dans les codes (soit dans le titre de la propriété, ou bien à la fin du texte légal, et à côté de la prescription

"Le possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé ne doit de ce chef aucune indemnité à celui auquel il est tenu de le restituer.— Il ne répond ni de pertes, ni des détériorations."

"Le possesseur de bonne foi peut réclamer du demandeur en restitution le remboursement des impenses nécessaires et utiles qu'il a faites et retenir la chose jusqu'au paiement.— Les autres impenses ne lui donnent droit à aucune indemnité, mais il a la faculté d'enlever, avant toute restitution, ce qui a uni à la chose et qui peut en être séparé sans dommage, à moins que le demandeur ne lui en offre la contre-valeur.— Les fruits perçus par le possesseur sont imputés sur ce qui lui est dû en raison de ses impenses".

401 Comme le dit SACCO, *op. cit.*, p. 365, les réparations et les dépenses ordinaires devraient être considérés comme le passif inhérent au jouissance de la chose, et elles seront compensés avec les fruits; en conséquence, le possesseur de mauvaise foi, qui devra restituer les fruits, a droit au remboursement des frais de production et aussi les dépenses ordinaires dont le montant n'excède pas la valeur des fruits.

extintive), ou pour la qualification de cette acquisition à titre onereux ou gratuite; et aussi à l'égard des modalités admises (usucapion ordinaire, extraordinaire, et même immémoriale), ou dans la durée des délais (tendance très marquée pour les abrégés); mais surtout quant aux effets accordés à l'usucapion d'immeubles en présence des Registres Foncières; pourtant, ceux-ci un peut partout, et de plus en plus, mieux organisés (néanmoins il y a des législations qui acceptent l'*usucapio contra tabulas*).

14. Entre l'effet créateur et la tutelle possessoire il y des rapports très étroites⁴⁰², qui ont donné lieu à une terminologie spécifique: *possessio ad usucapionem* et *possessio ad interdicta*; l'effet possessoire minimal ce sont les *interdicta* et, en conséquence, la *possessio ad usucapionem* c'est une possession plus qualifiée (en effet, il y a des possessions protégées par le droit qui ne sont pas aptes pour acquérir la propriété par le moyen de l'usucapion); celle-ci est une conséquence nécessaire de la protection accordée à la possession, parce que, si bien la protection est provisoire de sorte qu'elle sera sacrifiée devant la propriété, cependant dans le cas de négligence ou d'abandon de la chose par le propriétaire, la protection provisoire devienne définitive et la possession se transforme dans un droit réel; l'usucapion va signifier le triomphe du principe de la sécurité juridique sur le principe de la justice.

Cet effet créateur a été soumis toujours à des certaines conditions⁴⁰³. Le Doyen Carbonnier nous dit qu'une possession, du moins une possession utile, exempte de vices, peut faire acquérir la propriété; le fait peut créer le droit; cette acquisition de propriété se produit dans des conditions diverses; parfois la *bonne foi* y est nécessaire, de sorte que l'on peut se demander si l'effet créateur ne vient pas de la bonne foi, de la croyance, autant que de la possession; mais il arrive aussi que *toute possession* ait un effet créateur (Cependant cette affirmation de l'auteur devra en être nuancée: seulement la possession *animo domino* donne lieu, par prescription, à la propriété).

402 Ce qui a remarqué HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 357 et *passim*.

403 Ainsi CARBONNIER, *op. et vol. cit.*, p. 183.

Le bien fondé de l'usucapion est appuyé vigoureusement par la doctrine, même si la moral semble s'y opposer⁴⁰⁴: "Lorsque l'usucapion a pour résultat de dépouiller le vrai propriétaire au profit d'un simple possesseur serait-il de mauvaise foi, la solution n'est pas nécessairement injuste: elle peut être justifiée par le fondement général de toutes les prescriptions, le désir, dans l'intérêt du commerce juridique, de stabiliser au bout d'un temps plus ou moins longue les situations de fait et aussi la nécessité de ne pas trop encombrer la justice"⁴⁰⁵.

Tombant aussi sur les meubles, que sur les immeubles —mais avec de différente portée dans chaque cas—, il semble que l'usucapion à encore un rôle à jouer dans les sociétés modernes, même après l'évolution que celles-ci ont subi⁴⁰⁶.

404 WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 380 s.

405 Le même auteur a écrit auparavant (*op. et vol. cit.*, p. 320): "Le propriétaire qui se désintéresse de sa chose, qui laisse un tiers se mettre en possession, n'est pas économiquement intéressant. Le possesseur est celui qui utilise la chose, qui l'exploite, qui la travaille en fait. Il peut paraître légitime qu'il soit aussi rapidement que possible juridiquement considéré comme le véritable titulaire du droit car c'est lui qui fait de la chose l'usage socialement utile. On observera toutefois que cette justification de l'effet de la possession ne vaut que dans le cas où un certain délai doit s'écouler pour que la possession conduise à la propriété".

406 Ainsi le fait noter CASTÁN *op. et vol. cit.*, p. 380 s.: "Le droit moderne a accepté et poursuivi l'évolution du Droit commun, dans le sens d'affaiblir l'exigence du titre dans l'usucapion, et par contre, d'accentuer l'exigence de la bonne foi requise par la tradition canonique. Dans la politique législative actuelle il y a une orientation général pour l'abréviation des délais, en harmonie avec les circonstances de la vie moderne. Pour plusieurs auteurs la prescription dans le droit moderne a perdu grande partie de son utilité, parce que celle d'immeubles n'a pas de raison d'être quand on accorde au Registre Foncier une valeur substantif, et celle des meubles elle n'a pas beaucoup de jeu quand on a consacré la maxime *en fait des meubles possession vaut titre*. Mais la prescription immobilière conserve encore un rôle d'une certaine importance pour en faire prevaloir la réalité contre le Registre dans le cas d'inertie du titulaire; et quant à la matière mobilière la prescription instantannée ne s'applique pas toujours dans tous les cas, lesquels seront soumis à la prescription ordinaire".

CARBONNIER, *op. cit.*, p. 287, nous donne un aperçu sociologique: "Moins facilement peut-on imaginer aujourd'hui qu'un intrus dénué de droits s'empare de tout un immeuble et le fasse fructifier pendant des années sans être inquiet. Il ne faut donc pas rêver de la prescription acquisitive comme d'un moyen de socialisme empirique qui permettrait de faire accéder à la propriété de la terre, par éviction des propriétaires né-

15. Quant aux espèces d'usucapion s'est généralisée la distinction ordinaire-extraordinaire, et aussi quant aux conditions requises⁴⁰⁷; par contre, c'est exceptionnelle la prescription immémoriale⁴⁰⁸. La question des délais c'est la plus diversifié dans les différents Codes, et l'évolution semble s'orienter vers une réduction du temps⁴⁰⁹.

gligents, les individus laborieux ayant assumé les peines et les risques de l'exploitation. Il est probable que l'institution est surtout active pour les fractions de terrains aux confins des immeubles, fractions sur lesquelles un acte de vente a pu porter par erreur, ou qui ont pu, même, être usurpées sciemment aux dépens des voisins".

407 En France il y a prescription ordinaire et abrégée; en Espagne, prescription ordinaire et extraordinaire (cfr. CASTAN, *op. et vol. cit.*, p. 381); en Italie, on trouve huit cas de prescription en raison de l'objet et des conditions exigées (cfr. SACCO, *op. cit.*, p.388 ss.); au Portugal, on fait la distinction entre les immeubles registrés ou pas, et les meubles soumis, ou non soumis, au registre, et, en tout cas, les délais sont différentes en présence de bonne ou de mauvaise foi (OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 336 ss.). Quant aux conditions requises pour l'usucapion, voyez l'exposé de CASTÁN, *op. et vol. cit.*, p. 383 qui reste applicable à toutes les législations.

408 Voyez quelques exemples: RODRIGUES, *op. cit.*, p. 297-302 (l'auteur écrit sous le code civil de 1867, et il considère qu'à son époque il serait impossible de la prouver). En Espagne, l'art. 148 de la *Compilación* de Droit civil de l'Aragon, admis la prescription immémoriale à l'égard des servitudes. En Italie, SACCO, *op. cit.*, p. 390, se manifeste en faveur de conserver cette pratique *praeter legem* d'usucapion, et cite la s. de 23 octobre 1975 de la *Corte di Cassazione* qui la reconnaît.

409 Le délai de 40 ans du § 1473 All.BGB à l'égard de la propriété de l'Etat et des personnes privilégiés, et de 30 ans des immeubles non inscrits sont réduits dans le C.c.portugais au 15 ans pour la prescription *secundum tabulas* des immeubles avec la bonne foi et aux 20 ans avec mauvaise foi, et si la possession est inscrite, le délai est de 5 ans avec bonne foi et 10 ans avec mauvaise foi. Et si on prendre les meubles, on passe de 30 ans de l'art. 2262 C.c.fr., à 5 ans dans le C.c. suisse, et à 3 ans, avec bonne foi dans le C.c. esp., et le même délai pour les meubles non soumis au registre au Portugal. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 285, rappelle que les délais étaient courts dans l'époque primitive de Rome, et écrit: "Les courts délais conviennent à une société barbare, peu bureaucratique, où les preuves de la propriété sont périssables; avec le développement et la civilisation du papier, on peut allonger les papiers; mais, un progrès de plus, et on reviendra à la brièveté, pour des raisons différentes, parce que les droits sont tellement bien assis qu'il ne se produit pour ainsi dire plus d'usurpations". Mais laissant à côté l'idéalisme de l'auteur, on peut se demander si l'ère de l'informatique va permettre une conservation durable des papiers.

LA RÈGLE “EN FAIT DE MEUBLES LA POSSESSION VAUT TITRE”

16. Il s’agit d’un effet possessoire très énergique, dont l’origine ne se trouve pas dans le droit romain mais dans l’ancien droit germanique; il représente l’opposé de la règle romaine *Ubi rem meam invenio, ibi eam vindico*, et représente aussi l’application d’autres maximes médiévales liées à la *Gewere*, ainsi celles des *Hand wahre Hand, Wo du deine Glauben gelassen hast da sollst du ihn suchen*; et, en principe, cet effet semble d’accord avec la doctrine moderne de la protection de l’apparence. C’est pas une règle généralisée dans toutes les législations, mais limitée à quelques codes latins et germaniques; en fait, elle élimine l’application du régime de l’usucapion des meubles (et pour cela on parle de *prescription instantannée*); et on la juge très adaptée aux conditions de la société de la consommation qui donne lieu à la production massive des objets mobiliers, soumis au trafic rapide et fréquent qu’empêche la consultation des documents d’acquisition. Là, où elle existe, a donné lieu à beaucoup des discussions dans la doctrine et aussi à des jurisprudences contradictoires.

17. Les textes fondamentaux⁴¹⁰ sont les suivants:

Art. 2279 C.c.fr.: “En fait des meubles la possession vaut titre.— Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient”.

C.c.ital. 1865. Art. 707: “Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l’effetto stesso del titolo. Questa disposizione non si applica all’universalità dei mobili”. Art. 708: “ Colui però che a smarrita la cosa o che ne fu derubato, può ripeterla da quello presso cui la trova, salvo a questo il regresso per indennità contro colui dal quale l’ha ricevuta”. Art. 709: “Se però l’attuale possessore della cosa sottratta o smarrita

410 On conserve les textes originaux pour mieux apprécier les nuances qui, parfois, on a donné lieu à des grands débats dans la doctrine respective.

L'ha comprato in una fiera o in un mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietario non può ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata”.

Art. 464 C.c. esp.: “La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.– Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.– Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.– En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de comercio”.

BGB. § 932: 1. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. (...) 2. Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört”. § 935 “1. Der Erwerb des Eigentums aufgrund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war. 2. Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden”.

C.c.suisse. Art. 933: “L'acquéreur de bonne foi auquel une chose est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur

du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer". Art. 934: "Le possesseur auquel une chose mobilière a été volée ou qui l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisi de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans.— Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou d'un marchand d'objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur, ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n'est à la condition de lui rembourser le prix qu'il a payé.— La restitution est soumise d'ailleurs aux règles concernant les droits du possesseur de bonne foi". Art. 935: "La monnaie et les titres au porteur ne peuvent être revendiqués contre l'acquéreur de bonne foi, même si le possesseur en a été dessaisi contre sa volonté".

C.c.ital. 1942. Art. 1153: "Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di qui non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.— La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede del acquirente.— Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno"⁴¹¹.

18. L'étude comparative des textes précédents nous permet de conclure, en principe, que la même règle, littéralement ou dans des termes analogues, se trouve partout dans ces codes⁴¹². Et à son côté, on rencontre aussi une liste, plus ou moins longue, d'exceptions coïncidentes, sauf exceptions, dans l'essentiel. Quant à la première règle, on accepte généralement son origine germanique, et les exceptions —en principe, conservant l'action revendicatoire— représentent le droit romain classique. La possession acquise de bonne foi, fait que le possesseur devienne propriétaire, sans attendre que le délai pour l'usucapion soit accompli. C'est, peut-être, l'effet de la possession le plus énergique de tous ceux qu'on a exposés jusqu'ici; le vrai propriétaire sera privé de son droit et

411 Les articles successifs sont moins intéressants pour notre objet (1154: connaissance de l'origine illégitime de la chose; 1155: plusieurs aliénations de la même chose; 1156: universalité des meubles ou meubles enregistrés; 1157: possession de titres de crédit).

412 Les phrases "Possession vaut titre" et "La posesión equivale al título", signifient qu'on devienne propriétaire, ou bien que celui-ci devra en être maintenu.

l'acquisition produira des effets même si le vendeur de la chose n'avait pas le droit d'en disposer. Mais, il ne manque pas, dans les différents pays, des discussions dans la doctrine à propos de l'interprétation qu'on devra faire de cette règle fondamentale⁴¹³.

19. Dans le droit médiéval allemand⁴¹⁴ on s'applique le droit romain pour les choses volés ou perdues, de sorte que le propriétaire dépossédé peut les revendiquer à l'égard des tiers. Mais si celui-ci a laissé volontairement sa *Gewere* à titre de comodate, dépôt, bail ou gage, il ne pourra pas réclamer la chose qu'à l'égard de l'autre contractant; par contre, le tiers acquiert une possession inattaquable. Après la Reception, le principe romain de la revendicabilité des choses meubles acquiert la catégorie de droit commun, maintenue jusqu'à 1900; mais la règle allemande se conserve dans certains Droits particuliers, avec deux modifications: 1^a) on exige la bonne foi à l'acquéreur; 2^a) la perte de la possession se transforme en perte de la propriété⁴¹⁵.

20. Plus concrètement, en France, l'origine et le développement de la règle ne sont pas toujours parallèles; dans la doctrine on peut distinguer parmi les précédents anciens et les immédiats de la règle de l'art.2279 C.c.; et s'il y a d'accord à propos de ceux-ci, les opinions sont différentes quant aux premiers. Ainsi pour l'origine de la règle, lui semble au Doyen Carbonnier⁴¹⁶, que le texte du D. 41.2.47, pourrait être utile pour donner corps, plus tard, à l'idée que le propriétaire du meuble déposé perd tout lorsque le dépositaire abuse du dépôt. Et même si l'auteur attribue à une influence germanique la suppression

413 Dans la doctrine espagnole DÍEZ-PICAZO qualifie à l'art. 464 C.c. d'*énigme* et de *hiéroglyphique*. (dans le *Prólogo* à MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles* [Madrid 1979], p. 7).

414 Je suis l'exposée de WOLFF, *op. et vol. cit.*, p. 391 s.

415 Une remarquable recherche historique plus récente a été faite par MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 25; l'auteur pense qu'il est très douteux que le principe *Hand Wahren Hand* serait en vigueur dans les anciens droits populaires germaniques et, en concrète dans les Lois visigothiques. Mais dans la doctrine on continue à attribuer aux "précédentes germaniques" la règle *en fait des meubles* (SACCO, *op. cit.*, p. 378).

416 CARBONNIER, *op. et vol. cit.*, p. 340 ss.

de la revendication mobilière; cependant aux XIII^e et XIV^e siècles on voit, en France, réapparaître la revendication mobilière même en dehors des cas de vol et de perte; un fait que l'auteur l'attribue aussi à la renaissance du Droit romain et un retour à la législation justinienne. Peut-être il s'agit simplement d'un ensemble des solutions empiriques élaborées par la jurisprudence en tenant compte des usages pratiqués dans les corporations, et s'efforçant de concilier les intérêts en présence. Toutefois, l'intérêt du commerce, pour lequel la revendication est une gêne, paraît céder momentanément à l'intérêt de la propriété, qui, à une époque des troubles et de pillages, appelle une protection plus énergique, et aussi à l'intérêt de l'ordre public, aux exigences de la police urbaine. Mais aux XVII^e. et XVIII^e. siècles va se produire un retour: l'ordre et la paix étant revenus et le commerce se développant, on sentira moins l'utilité, et davantage les inconvénients, de la revendication; d'où un mouvement pour la restreindre, et elle est enfermée dans un délai de trois ans là où elle continue à être admise, mais finalement elle n'est plus admise que dans les cas de perte ou de vol⁴¹⁷.

Mais quant à l'origine immédiat de la règle, il n'est pas douteux que les rédacteurs du Code civil se sont référés à la jurisprudence du Châtelet de Paris et à Bourjon en rédigeant l'art. 2279⁴¹⁸. Maintenant,

417 WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 408 s.; l'auteur passe des précédents médiats et se limite à dire que la règle de l'art. 2279 ne date que du XVIII^e. siècle. Jusqu'alors, les Pays de coutumes, aussi bien que les Pays de droit écrit, ont suivi la tradition romaine; le délai requis pour l'usucapion des meubles variait du reste selon les coutumes; beaucoup admettaient la prescription de trois ans; mais celle-ci exigeait bonne foi et juste titre, et, si la bonne foi se présume, il n'en est pas de même du juste titre, que le possesseur doit nécessairement prouver; de là des difficultés qui on amené, en France tout au moins, l'abandon du système romain et l'adoption de la règle nouvelle.

418 WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 409; CARBONNIER, *op. et vol. cit.*, p. 341 s.; avec beaucoup de détails, MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 109 ss.. Bibliografía básica: BOURJON, *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (Paris 1747; après sa mort le livre est édité en 1770 y 1773); sur cet auteur et son ouvrage, MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code civil* (Paris 1971); JOBBÉ-DUVAL, *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français* (Paris 1880).

Il fait noter le Doyen CARBONNIER, *loc. ultim. cit.*, p. 341, que le Tribunal de Châtelet de Paris était plus proche des besoins du monde des affaires que ne l'étaient

et sur son interprétation, et sa portée et sa justification il y a presque l'unanimité dans la doctrine française⁴¹⁹. La règle comporte deux sens ou deux fonctions: selon les cas, la possession constitue un mode d'acquisition ou elle remplit une fonction probatoire⁴²⁰. Ici nous intéresse le premier des deux, qu'on justifie abondamment⁴²¹: Les meubles sont destinés à circuler de main en main; il est impossible à l'acquéreur, la plupart de temps, de vérifier les droits de son auteur et de rétablir la chaîne des propriétaires successifs, les opérations mobilières n'étant généralement pas constatées par écrit et les meubles se transmettant très simplement, de la main à la main. Il n'y aurait aucune sécurité pour l'acquéreur s'il pouvait être exposé à une revendication ou à une action en nullité nées des transactions antérieures. L'équité exige d'autant plus la protection de celui qui est entré en possession d'un meuble dans des conditions normales qu'il n'y a rien à se reprocher, alors que, souvent, une faute peut être imputée à son adversaire; c'est un déposant, un prêteur qui auront imprudemment traité avec un dépositaire, un

les Parlements, et que cette jurisprudence soit en rapport avec l'expansion de la finance plus encore qu'avec celle du commerce. À son avis, il serait diabolique de chercher dans la résurgence de la maxime une intention du parti au pouvoir; celle de jeter le voile sur les trop nombreuses dépossessions militaires du Directoire et du Consulat; ce qui est sûr —conclue l'auteur— c'est que les événements ultérieurs n'ont pas été sans influencer l'attitude de la législation à l'égard de la revendication mobilière.

419 Voyez: WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 406-435; CARBONNIER, *op. et vol. cit.* p. 329-347. Cette auteur dit que cette maxime donne au droit des meubles corporels sa physionomie propre; elle est faite pour eux, qu'ils peuvent être touchés, maniés, transmis sans formalité, sans publicité, de la main à la main. Pour les meubles corporels, la possession vaut titre; il faut entendre: le titre de propriété. De sa part, WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 406, ajoute que cette règle n'est pas un simple rappel du principe que la possession fait présumer la propriété; elle signifie en outre que la possession confère au possesseur du meuble un titre nouveau, distinct de celui qu'il tient de son auteur et, par conséquent, non infecté par les vices qui peuvent entacher celui-ci, à condition que le possesseur soit de bonne foi.

420 "La possession fait présumer, sauf preuve contraire, une acquisition régulière de propriété en la personne du possesseur (...): la loi présume que le possesseur a été mis en possession en vertu d'un titre d'acquisition régulier, et non d'un titre précaire, et il appartiendra au revendicant de faire tomber cette présomption" (WEIL, *loc. cit.*, p. 407 s.). Mais ce deuxième effet a été déjà examiné auparavant.

421 WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 407.

empreteur assez peu délicats pour vendre le meuble qui leur avait été confié.

21. En Espagne, depuis un demi siècle, la doctrine a discuté assez —et le débat n'est pas encore close—, à propos de l'art. 464 C.c., dont l'origine immédiat on accepte qu'il dérive de l'art. 2279 C.c.fr., mais dont l'interprétation suscite des positions contradictoires. Il faut reconnaître que la règle espagnole n'est pas une copie de la française⁴²²; d'abord parce qu'on a changé le cadre systématique; en effet, le législateur espagnol a réglé la possession et la prescription dans des livres différents du code (l'une au livre II, et l'autre dans le livre IV); d'autre part, les rapports entre les articles 464 et 1955 (sur la prescription acquisitive des meubles), ne sont pas claires. Dans la doctrine on trouve trois positions⁴²³. La plus ancienne on l'appelle romaniste⁴²⁴ parce qu'elle s'appuie sur l'influence prépondérante du Droit romain dans l'histoire du droit espagnol; et aussi sur le placement de l'art. 464 dans le titre de la possession et pas dans l'usucapion, qui permet de l'entendre como présomption du titre; il n'y a pas, donc, acquisition automatique ou instantanée de la propriété; cette interprétation a été adoptée par la Cour de Cassation (c.à.d le TS., mais dernièrement ce Tribunal semble busculer dans l'autre interpretation)⁴²⁵.

422 Le mot "privación ilegal" semble différent de la "perte" ou le "vol".

423 Une exposée générale de la polemique dans CASTÁN, *op. et vol. cit.*, p. 441 ss. Plus amplement HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 505 ss.

424 Dans la doctrine ancienne, MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA, TRAVIESAS, DE BUEN, SOLS GARCÍA; et plus récemment MIQUEL GONZÁLEZ, *cit.*

425 Dans l'arrêt de 19 juin 1945 le *Tribunal Supremo* a pris une très nete position romaniste, pour les suivantes raisons: 1°) Le législateur espagnol n'a pas voulu adopter littéralement l'art. 2279 C.c.fr.; 2°) L'interpretation romaniste c'est la plus conforme à la tradition espagnole; 3°) Les besoins du trafic sont protégés par l'application du Code commerce; 4°) L'art. 464 ne serait-il pas inutile sous la perspective romaniste parce que la position du possesseur y est renforcée; 5°) Qu'il serait dangereux d'étendre l'effet de la possession étant donné l'importance économique acquis par les meubles dans la société; et 7°) Qu'il serait contraire à l'éthique d'augmenter les cas d'acquisition *a non domino*. L'arrêt du 27 mai 1958 a ratifié cette doctrine. Mais il y a récemment d'autres arrêts du *Tribunal Supremo* qui sont plus favorables à la position germanique: 19 décembre 1966, 14 décembre 1970 et 4 octobre 1971 (pourtant, moins catégoriques selon l'analyse très profond qu'en fait MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles*, *cit.*, p. 288 ss.).

La doctrine germanique est plus récente et elle fait presque l'unanimité chez les civilistes actuels —sauf des quelques remarquables exceptions—, et elle a été soutenu résolument par le Prof. Hernández Gil et ancien président du T.S., depuis 1944⁴²⁶; pour lui, l'art. 464 établit l'équivalence entre la possession de bonne foi et le droit de propriété, donant lieu à une acquisition *a non domino*, qui élimine la revendication par le propriétaire dépossédé, sauf dans le cas de perte ou "privation illégale" compris au sens strict; en tout cas, elles restent des actions personnelles pour les parties intéressées; l'usucapion de l'art. 1955 s'applique seulement quand l'art. 464 n'a pas eu lieu. Pour la *doctrine mixte*⁴²⁷, il ne s'agit pas d'une acquisition *a non domino*, mais de l'exercice de la revendication par le possesseur qui a perdu la chose ou de laquelle il a été privé; cette règle va plus loin du celle de l'art. 448 (précédemment examiné), et au lieu d'une présomption *iuris tantum* la loi établit une équivalence qui ne cède pas qu'à la preuve contraire de la perte ou de la privation illégale (entendue au sens large: le vol, l'escroquerie, l'abus de la confiance, le dol civil etc.)⁴²⁸.

22 Le § 935 del BGB est interprété par la doctrine allemande⁴²⁹. dans le sens que l'acquéreur des choses meubles, de bonne foi, en acquiert sa propriété, et pas seulement la possession inattaquable comme dans le droit allemand médiéval; cette acquisition se base sur la transmission d'un non-propriétaire, et, en conséquence, on n'acquiert pas

426 HERNÁNDEZ GIL, *El giro de la doctrina española en torno al art. 464 del C.c. y una posible interpretación de "privación ilegal"*, RDP, 1944, p. 491 ss.; *De nuevo sobre el art. 464 del C.c.*, RDP, 1945, p413 ss.; *Nuevas perspectivas para la interpretación del art. 464 del C.c.* (Madrid 1976). Maintenant recueillis dans les *Obras completas*, 2 *La posesión* (Madrid 1987).

427 VALLET DE GOYTISOLO, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del C.c.*, ADC, 1956, p361 ss. (ahora en el vol. *Derecho de cosas*, Madrid 1973, p. 409 ss.); et avec de nuances, DíEZ-PICAZO et GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 5é. ed. (Madrid 1990), p. 223 ss.

428 Pour les autre alinéas de l'art. 464 C.c. esp. c'est pas le moment opportun de les expliquer en détail parce qu'il y a beaucoup des coïncidence dans le droit comparé.

429 WOLFF, *op. et vol. cit.*, p. 394 ss.; REICH, *Alternativkommentare*, 4, cit., p. 397 ss.; WIEGAND, *Staudinger's Kom. cit. III*, 12é.ed. (Berlin 1989), p. 350 ss. et ivi bibliographie.

une propriété *nouvelle*, mais seulement l'*ancienne* qui appartenait au vrai propriétaire. La règle ne s'applique pas aux choses perdues, même si l'acquéreur agît en bonne foi; et on considère perdues les choses dont la possession a été perdue, sans son consentement, par le possesseur immédiate; on fait l'exception de l'argent et des titres au porteur en raison aux besoins du commerce; si les choses sont vendues aux enchères après la vente, l'adjudicataire de bonne foi en acquiert la propriété. La bonne foi c'est la croyance dans la propriété du transmettant (la *culpa lata* est exclue). On justifie l'acquisition pour protéger la croyance d'être propriétaire, la personne que le procure la possession⁴³⁰ En bref, on accepte la maxime traditionnelle *Hand wahre Hand*⁴³¹.

23. En droit italien⁴³² on a reçu aussi la règle *possessiono vale titolo presso terzi di buona fede*⁴³³, mais, malgré la similitude terminologique, le C.c. de 1942 a y introduit quelques importantes modifications. Sacco dit⁴³⁴ que le législateur italien reste, au fond, fidèle au droit romain, de sorte que la revendication domine le droit des choses meubles: mais une concession est faite au système opposé; celui qui reçoit du transmettant un titre valide d'acquisition et acquiert la possession de la chose, il se transforme en propriétaire s'il se trouve en bonne foi; cette forme d'acquisition a non domino rend hommage à l'apparence⁴³⁵, à la possession, à la bonne foi, et à la validité du titre; elle est apte pour tous les choses meubles de façon qu'on a éliminé la discrimination concernant les choses volées et perdues. Cependant, la doctrine discute le dernier point, compte tenu des problèmes possédés dans le commerce international par les biens culturels,

430 Ainsi WOLFF, *loc. cit.*, p. 396.

431 WIEGAND, *loc. cit.*, p. 351.

432 Dans cette matière voyez: GENTILE, *Il possesso nel diritto civile* (Napoli 1956); *Effetti del possesso* (Napoli 1958); NATOLI, *Il possesso* (Pisa, 1971-1972); MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, 3ème ed. (Milano 1975); SACCO, *Le transfert de la propriété des choses mobilières*, RDC (Rivista di Diritto Civile), 1979, I, p. 442 ss. *Il possesso*, cit., p. 377 ss.

433 SACCO, *op. cit.*, p. 378.

434 SACCO, *op. cit.*, p. 38 s.

435 Ce qui nie BIGLIAZZI GERI et alii, *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, cit., p. 383 s. À son avis, le fondement de la règle en est constitué par le manque d'un système de publicité mobilière.

qui a donné lieu, un peu partout, à un *trafic anormale*⁴³⁶. Mais à côté de l'élimination de l'exception traditionnelle appliquée aux choses perdues ou volées, l'art. 1153 C.c.it. de 1942 insiste surtout dans la validité du titre d'acquisition par le possesseur; si le contrat de transmission a des vices, la règle ne s'applique pas, de sorte que pour l'acquisition a non domino, on tient compte seulement de la manque de titularité dans le transmettant⁴³⁷; l'acquisition à titre de donation pose des problèmes⁴³⁸. Contrairement, dans la doctrine française ou espagnole, on parle de l'inutilité d'un titre⁴³⁹, de sorte que le possesseur n'a pas à prouver l'existence de ce titre, comme la loi l'exige pour l'usucapion des immeubles. En conséquence, si bien l'art. 1153 C.c.it. s'inspire dans la règle ancienne, d'un côté on a éliminé les exceptions traditionnelles et d'autre part les conditions pour l'appliquer sont plus sévères.

LA POSSESSION D'INMEUBLES ET LE RÉGISTRE FONCIÉR

24. À l'égard de biens immeubles il n'y a aucune règle parallèle à celle très connue d'origine médiévale et qui dispose *en fait des meubles possession vaut titre*. Et pourtant, la possession immobilière continue à jouer un rôle fondamental à l'égard de l'exercice des actions possessoires (en fait, celles-ci sont possibles seulement pour les immeubles), et aussi dans l'acquisition des fruits et d'autres bénéfices. Reste l'usucapion; et si pour l'*usucapio secundum tabulas* on considère partout que le titulaire inscrit devra se bénéficier de tous les présomptions et les bénéfices légaux⁴⁴⁰, cependant quant à la possession immobilière non

436 Il insiste SACCO, *op. cit.*, p. 382 s.

437 Pour le caractère originaire de l'acquisition se prononcent résolument BIGLIAZZI et alii, *op. et vol. cit.*, p. 384. Il semble hésitant SACCO, *op. cit.*, p. 387.

438 BIGLIAZZI GERI et alii, *op. et vol. cit.*, p. 385 ss.

439 WEIL, *op. et vol. cit.*, p. 415 s.

440 Voyez: § 900 BGB, et sur ceci WOLFF, *op. et vol. cit.*, p. 279 ss., GURSKY, *Staudinger's Kom.*, cit. 12ème ed., III, p. 274 ss.; et aussi l'art. 937 C.c.suisse. Pour la France, le Doyen CARBONNIER. *op. et vol. cit.*, p. 285 s.: "Il est vraisemblable que l'institution (de la prescription acquisitive) est en recul. Dans les pays de livres foncières (ex. Allemagne), elle n'a logiquement plus de place; la prescription ne peut avoir lieu à l'encontre d'un

inscrite l'opinion majoritaire soutient que l'*usucapio contra tabulas* devra en être repoussée⁴⁴¹.

QUELQUES CONCLUSIONS

25. La possession romaine a eu, à son époque, une fonction très importante dans le Droit des biens. Au Moyen Âge, et par rapport aux meubles, la possession de bonne foi dévient déterminante pour acquérir immédiatement la propriété. Et cette panorama n'a pas changé, dans beaucoup des pays, à l'époque des codifications au XIX^e. et XX^e. siècle. Et face au XXI^e. siècle la possession mobilière maintient son importance juridique, même si les circonstances socio-économiques ont changé; ainsi dans les pays occidentaux, la règle *possession vaut titre* s'applique fréquemment au grand nombre d'acquisitions des biens meubles résultante de la société de consommation (même si la protection des

propriétaire inscrit. Mais, même ailleurs, la tyrannie de l'écrit, les tendances bureaucratiques, la manie des vérifications d'identité (qu'a notablement accentuée chez nous le décret 4 janvier 1955 sur la publicité foncier, a. 4 s.) ont pour résultat que l'achat d'un immeuble entier à un non propriétaire est un événement presque inimaginable dans la métropole, hors le cas de l'achat à un héritier apparent. Encore moins facilement peut-on imaginer aujourd'hui qu'un intrus dénié de droits s'empare de tout un immeuble et le fasse fructifier pendant des années sans être inquiété". À l'égard du droit portugais ancien, RODRIGUES, *A posse* cit., p. 280 souligne le conflit entre les présomptions possessoires avec l'art. 267 du décret de 1929 sur la publicité foncière; pour le droit en vigueur l'art. 8 du Code de Registre Foncière établit la présomption des que le droit inscrit appartienne au titulaire dans les termes prévus à l'inscription.

441 Le droit espagnol représente une exception dans ce panorama de droit comparé. Depuis 1861, au moment de la création d'un moderne Registre Foncière, les rapports entre la possession et ce Registre ont été conflictifs. Jusqu'à 1944 la possession d'immeubles avait l'accès au Registre indépendamment de la propriété. Mais la Loi en vigueur de 1946 l'a interdit (art. 5). Par contre, on a renforcé les présomptions possessoires en faveur du titulaire inscrit; ainsi à l'art. 38 on présume que le titulaire d'un droit réel inscrit il est aussi le possesseur de ceci. Mais surtout il est à remarquer que, et à côté de l'*usucapion secundum tabulas* (art. 35), il est prévu, avec des certaines limitations, l'*usucapion contra tabulas* à l'art. 36, même contre les tiers protégés par la publicité du Registre Foncier (voyez des amples développements, ROCA-SASTRE et ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*. 7^eme ed., II, Barcelona 1979, p. 5 ss., aussi sur l'évolution historique des rapports entre la possession et le Registro Foncier en Espagne, p. 80 ss.).

consommateurs a fait naître une tendance à renforcer le formalisme, en général, dans les contrats qui les affectent); et, bien sûr, la maxime citée s'applique aussi au trafic commercial (soumis à des règles propres aux pays où l'unification des obligations n'a pas eu lieu). Dans la pratique, le cas du *jus possessionis* sur des immeubles n'a pas disparu du tout; cette situation, à l'égard des tiers, est protégée par les actions possessoires; certes, en présence du vrai propriétaire le possesseur sera vaincu; mais si celui-ci se trouve en bonne foi, et en tant que cela subsiste, le possesseur aura la jouissance et d'autres bénéfices de la chose (par ex., le droit à retirer les améliorations qu'il y a introduit, ou, au moins, une indemnité). Pour l'usucapion d'immeubles, là où il existe un système de publicité foncière, seulement sera appliquée la modalité *secundum tabulas*, et, de ce fait, la possibilité d'acquérir la propriété à travers l'*usucapio contra tabulas* aura disparu. La publicité qui dérive de la possession y est remplacée par la publicité foncière; il y a, donc, la perte d'une importante fonction possessoire, ou, au moins, une réduction de sa portée. Reste dans tous cas l'effet probatoire, d'une grande importance pratique, qui résulte de la possession en général.

**(Commentaire à l'arrêt de 13 janvier 1999,
de la Cour de Cassation)**

**LA NULLITÉ DU CONTRAT PAR VIOLENCE:
POINT DE VUE ESPAGNOL⁴⁴²**

1. Les vices du contrat en droit espagnol. 2. Les notes distinctives qui le séparent, dans cette matière, du droit français. 3. Le régime de la violence et de l'intimidation contractuelle en droit espagnol. 4. Quelle sera la décision si les faits se soumettent au droit espagnol?

1. LES VICÉS DU CONTRAT EN DROIT ESPAGNOL

Le régime de la violence contractuelle en droit espagnol c'est pas une copie littérale du celui contenu dans le Code civil français; même si, à la fin, y on trouve des traces évidentes de celui-ci, et les solutions pratiques sont presque identiques dans tous les deux Codes.

Dans le Code civil espagnol de 1889, la violence contractuelle est prévue dans le livre IV^e, titre II (*Des contrats*), chapitre II (*Des conditions essentielles pour la validité des contrats*); c'est une matière incluse dans la section 1^{ère} (*Du consentement*). Après une disposition générale contenue dans l'art. 1265 (*Il sera nul le consentement prêté par erreur, violence, intimidation ou dol*), on traite après de l'erreur (art. 1266), de la violence et de l'intimidation (aux arts. 1267 et 1268), et on finit par le dol (arts. 1269 et 1270). Les effets de l'existence de ces vices contractuels, c.à.d. la nullité accordée comme sanction (plus exactement, la nullité relative ou l'annulabilité), sont prévus au chapitre VII (arts. 1300 et suivants).

442 Publicado en "European Review of Private Law", 2002, págs. 837-845.

Pour notre sujet reste fondamentale l'art. 1267, qui donne une définition de la violence à l'al. 1, et encore une deuxième, pas coïncidente du tout, du vice de l'intimidation aux al. 2 et 3; et finalement l'effet du *timor reverentialis* il est prévu à l'al. 4. D'une façon complémentaire, l'art. 1268 règle la violence exercée par un tiers.

En voici la traduction française des arts. 1267 et 1268:

Art. 1267. *Il y a violence quand pour obtenir le consentement on emploie une force irrésistible.*

Il y a intimidation quand on inspire à l'un des contractants la crainte rationnelle et fondée de subir un mal imminent et grave soit dans sa personne ou dans ses biens, soit dans la personne ou les biens de son conjoint, descendants ou ascendants.

Pour qualifier l'intimidation on considère l'âge et à la condition de la personne.

La crainte de déplaire aux personnes auxquelles on doit soumission et respect n'annulera point le contrat.

Art. 1268. *La violence ou l'intimidation annulent l'obligation même si celles-ci ont été utilisés par un tiers qui n'a pas intervenu dans le contrat*⁴⁴³.

Il faut ajouter encore l'art. 1301 selon lequel le délai de prescription pour les vices du consentement est de quatre ans; dans le cas de violence ou intimidation ce délai écoule à partir du jour où celles-ci ont cessé; on règle aussi aux arts. 1309 à 1313, le régime général de la confirmation du contrat annulable.

443 Art. 1267. "Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato."

Art. 1268. "La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato".

2. LES NOTES DISTINCTIVES QUI LE SÉPARENT, DANS CETTE MATIÈRE, DU DROIT FRANÇAIS

À propos de la violence contractuelle on constate quelques différences de structure et de régime parmi le droit espagnol et français; le premier sépare plus nettement la définition du vice et de ses conséquences juridiques; en plus, les arts. 1267 et 1268 du Ccesp. offrent une synthèse meilleure que les arts. 1111 à 1115 du Ccfr.⁴⁴⁴; par contre, ceux-ci règlent immédiatement le régime de l'action en cas de violence. Cependant, en droit espagnol les arts. 1301 et 1309 à 1313, semblent mieux rédigés d'un point de vue technique, parce qu'ils établissent, en générale, l'action de nullité relative en raison des vices, et la confirmation des contrats annulables.

À première vue, en droit espagnol il y a deux vices du consentement, quelque peu analogues, qui sont prévus séparément: la violence et l'intimidation; il suffit de lire les deux premiers al. de l'art. 1267, et aussi les arts. 1268 et 1301. Donc, on peut se demander: Est-ce qu'il y a, parmi ces préceptes, identité de nature, de régime et des effets, ou bien il faudra conserver la différence en tout cas? Et si elle existe réellement, quelle serait la note distinctive? Plus encore, si l'origine romain du Droit des obligations est commun au droit espagnol et français, d'où provient la différence?

Pour la doctrine traditionnelle espagnole il faudra identifier la *violence* —dont on parle aux arts. 1267, 1268 et 1301—, avec la *vis absoluta* ou *vis corpore illata*, de sorte que sa présence dans le rapport contractuel ne signifie autrement que l'inexistence du consentement par l'application de l'art. 1261-1°. C'est la faute du législateur —on pense—, d'avoir mêlé dans la même section du Code civil la violence absolue et la violence morale, ou intimidation. Aux arts. 1265, 1267, 1268 et 1301, on ne peut pas régler autre chose que l'intimidation, laquelle ne représente rien d'autre qu'un vice du consentement contractuel. La force irrésis-

444 Ch.LARROUMET, *Droit civil 3 Les obligations. Le contrat*, 3è ed. (Paris 1996), pp 326 s., écrit: "Le Code civil s'est étendue beaucoup plus sur la violence que sur le dol et l'erreur, alors qu'elle constitue pourtant un vice du consentement d'une application beaucoup moins fréquente".

tible employée pour extorquer le consentement de l'autre contractant, doit être traité comme un cas d'inexistence du consentement et, en conséquence, il faut la régler autre part; bien sûr, il s'agit de ces cas rares décrits dans les Manuels (la personne qui dirige la main de l'autre et le fait signer un écrit, ou bien celui qui le leve le bras pour qui semble donner son accord à une demande), mais, au fond, ils sont des hypothèses presque impossibles de les trouver dans la réalité⁴⁴⁵.

Récemment on a soutenu que l'interprétation traditionnelle de la violence, définie à l'al. 1 de l'art. 1267, doit être rectifiée, et que malgré les termes employés par celui-ci, on ne décrit pas ici un cas de *vis absoluta*, mais plutôt un cas d'utilisation de la force physique pour produire dans l'autre contractant cet état psychologique que va faire naître en lui la crainte (le *metus* ou *timor* dans les textes romains). Il s'agirait donc, d'un cas d'intimidation, violence morale ou *vis relativa*⁴⁴⁶. Il serait un peu paradoxal, mais ainsi il semble que le Code civil espagnol a resté plus fidèle à la doctrine romaine que le Code Napoleon⁴⁴⁷ et les autres européens; et également il aurait suivi de très près notre doctrine historique⁴⁴⁸.

445 Le bilan de cette orientation doctrinale a été fait par A.GORDILLO, *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, RDP 1983, pp. 219 ss., qui remarque la surprise de notre doctrine devant le seul Code civil occidental qui traite ensemble la *vis absoluta* et la *vis relativa*.

446 F.DE CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico* (Madrid 1967), pp. 135 ss.; A.GORDILLO, op. cit., pp. 229 ss. (lequel a utilisé la doctrine romaniste et celle du *jus commune*); F.JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales* (Bologna 1988) pp. 270 ss.; A.MORALES MORENO, *Comentarios del Código civil II* (Madrid 1991) pp 464 ss.

447 J.CARBONNIER, *Droit civil 4 Les obligations*, 18^e éd. (Paris 1994), p 91, expose la *communis opinio*: "La violence dans l'a. 1111 est, à proprement parler, l'emploi de la menace, ce que l'on appelle la violence morale, violence qui fait pression sur la volonté, mais ne l'abolit pas (*coacta voluntas, tamen voluntas*). Et le vice du consentement qu'elle détermine est la crainte". De sa part, A.WEIL et F.TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 4^e (Paris 1986), p. 199, même en séparant les concepts de violence physique et morale, ils proposent de les assimiler quant à ses effets, de manière à réserver à la seule victime de la violence l'exercice de l'action en nullité. Voy. aussi la nouvelle éd. de F. TERRÉ, Ph. SIMMLER et Y. LAQUETTE, 6^e (Paris 1996), p. 199. Dans le même sens Ch. LARROUMET, op. cit., pp. 327 s.

448 Le Droit romain a connue les deux formes de *vis* et *metus* (c.à.d., la *vis absoluta* et la *vis relativa*) avec la même conséquence de produire un vice du consentement;

3. LE RÉGIME DE LA VIOLENCE ET L'INTIMIDATION CONTRACTUELLE EN DROIT ESPAGNOL

Même si, en matière de vices, la violence et l'intimidation vont normalement ensemble, pourtant le Ccesp. remarque la différence aux al. 1 et 2 de l'art. 1267. Donc, il faudrait distinguer entre la force irrésistible qui extorque le consentement, et la violence moral qui produit l'intimidation; les conditions exigées par la loi pour annuler le contrat vicié sont aussi différentes⁴⁴⁹. Dans le premier cas on ne tient compte, pour ainsi dire, que des aspects extérieures et objectifs; l'emploi de la force physique pour obtenir le consentement est contraire aux règles de la vie en société, et notamment si le degré de telle force se manifeste —à l'égard d'un citoyen moyen—, de façon irrésistible (par ex. l'un de contractants fait l'objet à l'autre de graves maltraitements corporels⁴⁵⁰ avant de rentrer au cabinet du notaire pour la signature du contrat); ces faits, d'accord à l'al. 1 de l'art. 1267, constituent un vice du consentement, même si la victime ne serait pas impressionné par eux⁴⁵¹; en effet, la doctrine estime que dans ces cas les conditions établies aux al. 2 et 3 du même article, ne sont pas requises. La violence morale est notamment plus subtile et raffinée; et de ce fait, on peut dire que l'emploi des moyens physiques appartient aux stades élémentaires et primitives des sociétés. Quant à la violence morale, les possibilités de l'en utiliser sont plus nombreuses dans la société moderne; la loi ne les énumère pas, mais elle déclare les effets juridiques que l'intimidation produit normalement dans le contractant-victime; l'intimidation produit la crainte, mais il faut dire que pas dans tout cas d'une crainte

cependant dans l'histoire du Droit romain, à un certain moment, on ne parle pas que du *metus* mais sans exclure la *vis absoluta*. Le Ccfr. aux arts. 1111 à 1115 s'oublie de la *vis absoluta* et ne parle que de l'intimidation ou violence moral. Par contre, le Ccesp. restera fidèle à l'art. 990 du Projet de Code civil de GARCÍA GOYENA qui constitue le précédent immédiate de notre art. 1267 al. 1.

449 F. DE CASTRO y BRAVO, op. cit., p. 134.

450 C'est le cas décrit par J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tome III, *Derecho de obligaciones*, 16^e ed. (mise au jour de G. GARCÍA CANTERO) (Madrid 1992), p.621.

451 Dans ce sens F.DE CASTRO y BRAVO, op. cit., p. 134.

purement irrationnelle ou spontanée serait suffisant pour annuler le consentement⁴⁵²; la crainte doit être rationnelle et fondée de subir un mal, n'importe sa nature, mais en tout cas, avec les notes d'inminent (déjà présent ou très proche) et grave, et qui peut tomber soit sur la personne soit sur les biens du contractant ou de sa proche famille; les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour en apprécier l'existence des ces conditions dans le contrat considéré; la loi parle de l'âge et de la condition de la personne⁴⁵³, et aussi la loi élimine le *metus reverentialis*. L'intimidation pourrait être utilisée, bien par l'autre contractant bien par un tiers qui n'intervient pas dans le contrat (art. 1268). La menace d'utiliser les voies judiciaires pour exercer son droit ne constitue pas, en principe, une forme d'intimidation, à moins qu'on veut obtenir par ce biais plus des avantages que par la voie judiciaire; en conséquence, l'intimidation devra être illicite⁴⁵⁴. L'intimidation devra être aussi déterminante, c.à.d. que la menace doit se trouver en rapport de causalité avec le consentement exprimé; ainsi, en principe, la terreur ambiantal n'est pas pris en considération par les Tribunaux comme vice du consentement⁴⁵⁵.

452 Comme l'écrit L. DíEZ-PICAZO, *La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, 1979, p. 545.

453 En Espagne, une loi de 1990 a supprimé la référence au sexe (en corrigeant Pothier!) dans l'idée d'éliminer toute discrimination en raison du genre. Le propos de la loi s'avère inutile parce qu'avant 1990 le juge pourrait ne pas l'apprécier à l'égard de la femme en raison des circonstances (partout il y a des femmes psychologiquement plus forts que des hommes concrets) et après la loi, le juge restera libre aussi pour déclarer l'intimidation en raison d'être femme, et, en tout cas, pourra l'utiliser malgré le silence de la loi.

454 Selon F. DE CASTRO y BRAVO, op. cit., pp. 144 ss. cette condition ne pas exigée par le Cesp., mais la doctrine la considère nécessaire et d'accord aux principes de notre droit et du droit romain. La jurisprudence en est abondante; l'arrêt du T.S. de 27 mai 1950 a résolu qu'il y avait intimidation de la part d'un père qui menaçait sa fille de l'incapaciter par prodigalité si elle ne se mariait; le mariage civil célébré para elle a été annulé.

455 F. DE CASTRO y BRAVO, op. cit., pp. 141 s., en rapport avec les nombreuses demandes d'annulation des contrats célébrés dans notre Guerre Civile, rejetées par les Tribunaux parce que l'ambiance de terreur était indéfini et il n'était pas dirigé à la formation d'un contrat. Mais dans les très peu de cas où la situation de terreur révolutionnaire a

4. QUELLE DEVRA ÊTRE LA DECISION SI LES FAITS SE SOUMETTENT AU DROIT ESPAGNOL?

Dans le cas examiné, on ne se dénonce pas une quelconque violence physique, concrète et déterminée, exercée sur la demanderesse ou sa famille, malgré que l'arrêt en fait un référence générique aux *violences physiques* et morales; donc, à mon avis, et étant donné un manque de précision sur l'acte ou les actes constitutifs de violence physique, il n'y a pas de question à propos de l'application de l'art. 1267 al. 1, Ccesp., même si, le cas échéant, on pourrait le tenir en compte. Il semble plutôt qu'on est en présence d'un cas normal de la violence morale que le responsable d'une secte a exercé sur l'un de ses membres en vue d'obtenir, au bénéfice de la communauté ou d'autres membres d'elle, la vente d'un immeuble appartenant à la demanderesse.

Dans les vices du consentement, les tribunaux espagnols, également qu'en France, sont souverains pour en apprécier l'existence de l'intimidation; mais il faut reconnaître que dans l'arrêt de la Cour de Cassation on ne trouve pas suffisamment éclairés les données de fait. Celle-ci relève que la Cour d'Appel avait souverainement apprécié les éléments de l'espèce considérant que les violences physiques et morales (mais, lesquelles?, je me permets d'insister) étaient de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne à un mal considérable. Il me semble d'intérêt noter que, selon l'arrêt, la Cour d'Appel pouvait se fonder sur des éléments d'appréciation postérieures à la date de formation du contrat; en appel, donc, la Cour semble avoir utilisé la preuve des présomptions de l'art. 1253 Ccesp. pour constater l'existence de violence au moment de la formation du contrat⁴⁵⁶; il s'agit d'une preuve indirecte, à défaut de la preuve directe du vice de la volonté contractuelle.

été justement déclaré como vice du contrat, l'auteur croit qu'il s'agit plutôt de dol. Voyez aussi l'arrêt de 4 decembre 1948 del TS, qui comment L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I Introducción. Teoría del contrato*, 5ème éd. (Madrid 1996), p. 169.

456 Il s'agit d'une présomption *iuris tantum* qui exige l'existence d'un lien précis et direct, d'accord aux règles du critère humain, parmi le fait prouvé et celui qu'on traite

Le Code civil espagnol ne prévoit pas spécifiquement la violence de nature religieuse dans les contrats; dans l'arrêt examiné, et sous le nom un peu neutre de *communauté* il semble qu'on fait référence aux sectes religieuses qui prolifèrent un peu partout en Europe. Dans l'espèce, et selon le droit espagnol on ne peut pas parler d'un domaine où se croissent les liens de la religion et du contrat; au sens strict c'est pas un cas où la religion devient protagoniste. En Espagne les sectes ne sont pas mentionnées directement dans la Constitution⁴⁵⁷. L'Etat a reconnu la personnalité morale des Eglises, en général, sans les soumettre à de restrictions dans le domaine contractuel, et de ce fait toutes les confessions reconnues peuvent contracter suivant les règles du Code civil; c'est clair que les personnes qui s'engagent avec celles-ci pourront invoquer, le cas échéant, les vices du consentement qui énumère l'art. 1265; dans la pratique on n'a pas posé des problèmes en rapport avec le cas examiné en France⁴⁵⁸.

de le prouver. En général, la matière de la preuve des obligations contenue dans le Cc restera sans vigueur une fois que la nouvelle Loi de la Procédure civile de 7 janvier 2000, rentrera en application le 8 janvier 2001.

457 Notre Constitution de 1978, à l'art. 16.3 établit la séparation entre les Eglises et l'Etat, ainsi que la liberté religieuse pour les individus et les communautés (art. 16.1); mais il s'agit d'une *separation à l'amiable*, si on pourrait le dire, de sorte que dans le même texte constitutionnel ils sont prévus des rapports de collaborations entre l'Etat, l'Eglise catholique et les autres confessions reconnues (par ex., les Accords juridiques de 1979 signés avec le Saint Siège, et les Accords de 1992 signés avec les Eglises évangéliques, la Communauté Musulmane et la Communauté Juive). La Loi organique de 5 juillet 1980, a développé le principe constitutionnel de liberté religieuse, et le Décret Royal de 9 janvier 1981 a créé le *Registro de Entidades Religiosas* au Ministère de la Justice. Les confessions qui n'ont pas signé des accords avec l'Etat, et les sectes doivent s'inscrire dans ce Registre si elles veulent jouir des bénéfices qui accorde la Loi de Liberté Religieuse; en consultant les motifs du refus à l'inscription on pourra en déduire éventuellement s'il s'agit de sectes nocives.

458 Traditionnellement on rencontre dans le droit espagnol quelques règles en matière des testaments qui reflètent une certaine méfiance, non pas à l'égard des églises (dans le passé, seulement par rapport à l'Eglise catholique), mais par rapport à certains de ses membres qui parfois utilisent leurs pouvoirs spirituels au profit personnel ou de ses congregations. Ainsi on peut lire à l'art. 752: "Les dispositions testamentaires faites par le testateur dans sa dernière maladie en faveur du prêtre qu'il a confessé, ou de ses parents en quatrième degré, ou de son église, communauté ou institut, ne produiront

À propos de *sectes nocives*, il y a une littérature abondante⁴⁵⁹, mais il n'existe pas une doctrine jurisprudentielle civil spécifique qui leur soit applicable. Dans le terrain contractuel il faut s'attacher à la preuve appréciée dans le cas. On a l'impression, en général, qu'il s'agit des groupes très fermés de sorte que les adeptes, une fois captés, se heurtent à beaucoup d'obstacles pour s'en sortir; il semble aussi que ces groupes cherchent les personnes qui se trouvent à faire face à des difficultés personnels ou familiaux (par exemple, après un divorce non voulu, ou à une séparation restant à la charge des enfants sans aide de l'autre conjoint, comme dans l'espèce) surtout de nature psychologique.

En Espagne l'état de besoin seulement il est tenu en compte pour qualifier d'usurateur un prêt⁴⁶⁰. Dans le cas examiné on ne parle pas d'une vente au prix irrisoire, ou bien d'un contrat susceptible de fonder une action de rescission par lésion (action qui pourtant n'existe pas dans le Ccesp., mais elle est prévue dans le droit civil de la Catalogne et de la Navarre). L'arrêt estime que pendant les années que la femme avait appartenu à la communauté, elle manquait de liberté soit pour célébrer, que pour attaquer la validité du contrat en question; c.à.d. la violence morale existait non seulement au moment de célébrer le contrat de vente en faveur de la communauté, mais cette situation s'est maintenue aussi dans la suite jusqu'au moment de la sortie de la communauté. Une fois que la femme a récupéré sa liberté spirituelle et psychologique, le délai de prescription a commencé à couler. Je remarque que l'action est exercée avant de finir les quatre ans prévus à l'art. 1301 Ccesp.; en conséquence l'action n'était pas prescrite selon notre droit.

pas des effets"; une règle pareille se trouve à l'art. 909 Ccfr. et aux arts. 1769 Ccport. de 1887, et 2194 du Ccp.1966; la doctrine y voit des incapacités relatives pour succéder, et on discute même sa raison actuelle d'être,

459 En général, voyez MOTILLA, *Sectas y Derecho en España, Un estudio en torno a la posición de los Nuevos Movimientos religiosos en el ordenamiento jurídico* (Madrid 1990); GUERRA, *Diccionario Enciclopédico de las sectas* (Madrid 1998).

460 Pour Ch.LARROUMET, op. et vol. cit., p. 328, il ne lui paraît pas possible d'assimiler l'état de nécessité à la violence.

En conclusion: la decision en Espagne en serait identique ou presque à la prononcée par la Cour de Cassation, si la preuve des faits aurait également réussie. Malgré la différente durée du délai de prescription, l'action n'était pas prescrite en droit espagnol.

C) DERECHO DE FAMILIA

¿UNIDAD O PLURALIDAD DE MODELOS MATRIMONIALES?⁴⁶¹

Sumario: 1. Introducción.– 2. Un cuadro de las novísimas reformas familiares europeas más significativas.– 3. Los madrugadores países escandinavos: A) Suecia. B) Dinamarca. C) La resistencia finlandesa al reconocimiento de la unión homosexual. D) A modo de resumen sobre la experiencia escandinava.– 4. El cuasi indescifrable *laberinto normativo* francés: A) La Ley de 1999 sobre el Pacto civil de solidaridad. B) Caracteres y contenido del PACS. C) Críticas vertidas por la doctrina francesa. D) Algunas conclusiones para juristas foráneos.– 5. El *rizar el rizo* holandés, o *to marry or not to marry, that is the question*: A) La Ley de 1997 sobre las Parejas de hecho registradas (*registered Partnership*). B) La Ley del 2000, que permite el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. C) Algunos datos estadísticos. D) ¿Sobra la Ley de 1997? E) La adopción de menores por parejas del mismo sexo. F) Repercusión en la posición jurídica de los hijos: ¿Se viola el principio de igualdad de filiaciones y de no discriminación de los hijos?– 6. La *apisonadora teutónica*: La *Lebenspartnerschaft* del 2001: A) Planteamiento general. B) La Ley del 2001 sobre la *Lebenspartnerschaft*. C) Significado general de la Ley. D) Constitución y requisitos de la unión sexual legalizada. E) Efectos. F) Extinción. G) Régimen jurídico de la cohabitación hetero- u homosexual, no registrada. H) Algunas conclusiones.– 7. El luso: *sí pero no*: A) La Ley de 1999 sobre uniones de hecho hetero-

461 Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con ocasión de la festividad de San Raimundo de Peñafort (Zaragoza 2003).

Las reformas legislativas ocurridas después en países como España, Portugal, Reino Unido, Canadá o USA en relación con el matrimonio homosexual, no afectan al planteamiento y conclusiones de este trabajo.

sexuales (primer texto legal inaplicado). B) Las Leyes del 2001 sobre el estatuto legal de la comunidad doméstica y la Relación *de facto* (nuevos textos legales en suspenso). C) Reflexión conclusiva.– 8. Epílogo para españoles: La *imaginación creadora* de las CCAA.– 9. Conclusiones: 1ª El Estado no puede permanecer neutral o indiferente ante la discusión abierta sobre el modelo de unión sexual legalizada. 2ª Hay que adoptar una postura muy exigente y crítica a la hora de regular otras formas de convivencia sexual con fines familiares. 3ª El pluralismo de las formas de convivencia sexual legalizada, en vez de beneficiar o hacer mejorar la posición jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la empeora. 4ª Ninguna de las nuevas leyes en la materia ha resuelto prácticamente el problema fáctico que quería afrontar el legislador. 5ª Debe revalorizarse la familia matrimonial. 6ª El debate sobre el modelo matrimonial no es religioso.

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la Reforma protestante, y atravesando el decisivo periodo de la codificación civil de los siglos XIX y XX, ha venido a cristalizarse en los países europeos un modelo de unión sexual institucionalizada, cuyos caracteres pueden enunciarse así:

1º) Aceptación generalizada del término *matrimonio* para designarlo, el cual, como es sabido, tiene un origen romano-canónico y se ha impuesto en la mayoría de idiomas modernos (así del *matrimonium* derivan los términos equivalentes en español, francés, italiano, portugués, inglés etc; el *casatorie* rumano presentaría una sorprendente relación con el español antiguo *casorio* o *casamento*; en cambio, tienen otro origen etimológico, el *huwelijk* holandés y el alemán *Ehe*, relacionados sin embargo entre sí).

2º) *Heterosexualidad*, ya que, hasta ahora, de modo unánime, las regulaciones codiciales del matrimonio establecían que sólo podían casarse entre sí, un hombre y una mujer (por tanto, no dos hombres, ni dos mujeres entre sí). No conozco, en efecto, en la historia del derecho europeo ningún ejemplo de legislación de un solo país que, en algún momento, haya legalizado el matrimonio homosexual.

3º) *Monogamia*, dado que la unión sólo puede contraerse entre *un* solo hombre y *una* sola mujer. Las legislaciones occidentales consideran este requisito de orden público, estableciendo sanciones penales para quienes lo infrinjan (delito de *bigamia*), al tiempo que se produce la nulidad de las uniones ulteriores. Lo afirma tajantemente el art. 147 del C.c.fr.: *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.*

4º) *Consensualidad*, pues el matrimonio se constituye mediante la libre manifestación de la voluntad de ambos contrayentes, habiéndose acuñado un principio general que ahora recoge nuestro art. 45 párr. 1º C.c.: *No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.* Conviene no olvidar que esta norma, que asegura uno de los flancos de la libertad matrimonial, ha sido una conquista relativamente reciente, pues durante el siglo XIX, y quizá todavía en la primera parte del XX, prevalecieron en algunas regiones europeas, en la realidad social, los matrimonios *arreglados* o concertados por las familias de los contrayentes, de modo que para estos últimos la celebración consistía en realizar, en el mejor de los casos, una especie de contrato de adhesión.

5º) *Solemnidad*, bifurcándose conforme al sistema matrimonial adoptado por cada país, a veces tras fuertes tensiones Iglesia-Estado; en el caso del *matrimonio civil obligatorio* la voluntad matrimonial había de manifestarse exclusivamente ante una autoridad estatal (el Juez o el Alcalde, ordinariamente); o si se trataba del *matrimonio civil facultativo*, el consentimiento podía expresarse además, alternativamente, ante la Autoridad religiosa competente, pudiendo éste diferenciarse conforme al llamado *sistema latino o anglosajón*; siendo residual el sistema de *matrimonio religioso obligatorio* (actualmente, vigente, no obstante, en los estados musulmanes, en el estado de Israel, y hasta 1870, en el nuestro). Ya he indicado cómo, históricamente, este carácter enfrentó, durante siglos, a la Iglesia y al Estado, aunque actualmente aquella secular contienda puede considerarse, en cierto modo, superada, quedando como importante resultado de la misma la convicción común de que el matrimonio, en ambos ordenamientos, debe ser, a la vez, consensual y solemne.

6º) La unión conyugal debe *inscribirse en un Registro Público*, con carácter obligatorio, vinculándose a la inscripción importantes conse-

cuencias en orden a la prueba y legitimación para el ejercicio *erga omnes* del estado civil de casados.

7º) La unión conyugal se concibe asimismo como *unión duradera*. Todavía algunos jueces ingleses —y también el TC alemán—, utilizan la fórmula *marriage for life*, o *for lifetime*, si bien en los países europeos se ha generalizado el divorcio vincular (no lo acepta Malta, en la actualidad). En este punto se produce indudablemente la máxima discrepancia entre el ordenamiento civil y el canónico, aunque, sociológicamente, cabría decir que sigue vigente, en cierto número de países, el *matrimonio mayoritariamente indisoluble*, por mantenerse moderada su tasa de divorcialidad.

2. UN CUADRO DE LAS NOVÍSIMAS REFORMAS FAMILIARES EUROPEAS MÁS SIGNIFICATIVAS⁴⁶²

Haciendo un apresurado inventario de lo sucedido en el último siglo, bien puede decirse que el matrimonio ha sido, en Europa, una de las instituciones civiles más reformadas, en profundidad, a todo lo largo y ancho del siglo XX. Le afectó, en primer lugar, el principio fundamental de *igualdad de los cónyuges*, incluido en diversas Declaraciones internacionales de Derechos, lo cual obligó a una revisión del capítulo relativo a los derechos y deberes conyugales en las relaciones internas de los casados, así como también respecto de los padres en relación con sus hijos, y de unos y otros frente a terceros; y simultánea o sucesivamente ello hubo de repercutir necesariamente en el régimen económico del matrimonio, tanto en el legal, como en cualquiera de los pactados. Estas reformas en cada legislación estatal, no se hicieron de golpe sino escalonadamente, obedeciendo a la situación de cada país, y a la receptividad de éste a los estímulos exteriores, culminándose el proceso, casi siempre, en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En segundo lugar, avances espectaculares

⁴⁶² Me remito a la Ponencia general sobre el tema *Quelle famille pour le XXI^e siècle?*, que he presentado en el XVIº Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en el mes de julio del 2002, en la Univ. de Brisbane. Para elaborarla utilicé las Ponencias nacionales recibidas de quince países pertenecientes a todos los continentes.

en la *biología reproductiva* (contraceptivos y pruebas biológicas de la paternidad) requirieron asimismo un giro de 180° en el Derecho de filiación, con repercusión inmediata en el Derecho matrimonial. El nacimiento en Londres de la primera bebé-probeta, Louise Brown, en 1978, significó el pistoletazo de salida de una revolucionaria legislación sobre las *nuevas técnicas de procreación asistida*, con el laudable propósito de solucionar la grave problemática que las mismas suscitaban; aunque en este punto la unanimidad legislativa no se ha producido, pues al lado de países que no han legislado sobre el tema por la desconfianza ante las nuevas técnicas (por ej., Alemania), hay que situar a otros países sumamente restrictivos (Suiza), junto a otros, como el nuestro, excesivamente generosos a la hora de su admisibilidad, incluso en mujeres solas, supuesto que gran número de países rechazan expresamente, así como su aplicación en mujeres lesbianas caso que también, con frecuencia, suele rechazarse.

Este acelerado cambio, que se está desarrollando en el decurso de no muchos años, está produciendo asimismo serios problemas de ajuste con el resto del sistema codicial de la familia, no sólo entre nosotros sino también en otros países. Pero la situación se ha agravado con otra oleada de reformas, que se realizan asistemáticamente en cierto número de países occidentales, con inmediato reflejo —querido o no querido, pero ineludible—, en el modelo matrimonial hasta ahora legalmente aceptado por el respectivo ordenamiento. Tales novísimas reformas legislativas no parecen ser, salvo excepciones, el resultado de documentados trabajos de investigación, ni se deben a categóricos mandatos constitucionales —a veces se presentan, más bien, en pugna con ellos—, sino que obedecen, usualmente, a la aplicación de coyunturales principios ideológicos impulsados por grupos de presión, con alguna elemental apoyatura sociológica.

Desarrollo, a continuación, el siguiente esquema⁴⁶³:

463 Incluso, bajo una perspectiva comparatista, se advertirá que la selección de países no ha sido arbitraria, pues todos ellos pertenecen a la CE, y, más aún, lo que me parece decisivo, forman parte de la familia romano-germánica, con estricta aplicación de la división de poderes y predominio de la ley como fuente del derecho. Para comparar las regulaciones de estos países con algunos pertenecientes al sistema del *common law* sería necesario un gran esfuerzo que no se compensaría con los parvos resultados obtenidos.

- Los madrugadores países escandinavos.
- El indescifrable *laberinto normativo francés*.
- El rizar el rizo holandés: *To marry or not to marry, that is the question*.

Cuando *the Judge makes law*, la ley en sentido propio significa algo diferente de lo que por tal entendemos en los países del *Civil Law*.

Si nos fijamos en la situación que, sobre este tema, se vive en los Estados Unidos, encontramos una serie de datos significativos difícilmente armonizables entre sí, y, por supuesto, no menos difícilmente trasladables a nuestro país. En dos Estados de la Unión, Hawai y Vermont —ciertamente, de escaso peso económico, político y social en el conjunto—, se ha constitucionalizado el matrimonio homosexual, conducta que también se sigue en las leyes administrativas de ciertos Ayuntamientos y en diversas jurisdicciones inferiores. Frente a ello hay una treintena de Estados cuya legislación omite toda referencia a las parejas de hecho —hetero- u homosexuales—, y once en los que la homosexualidad todavía se persigue criminalmente. Además la legislación federal considera al matrimonio heterosexual como única unión legalizada, tal como se deduce de la *Defence of Marriage Act*, de 1996, que define el matrimonio bajo la ley federal como *a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word "spouse" refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife*; además se establece que ninguna jurisdicción americana está obligada a reconocer efectos al matrimonio homosexual celebrado en otra. Ante semejante panorama normativo no parece fácil, repito, aplicar el método comparativo —a menos que se limite uno a narrar historias, a veces dramáticas (la prensa australiana en el verano del 2002 ha aireado el caso de una pareja norteamericana de gays residente en otro Estado, que se domicilió en Vermont para legalizar su unión y que regresaron luego a su lugar de origen; pero habiendo decidido poner fin a aquella, ocurre que en su Estado de residencia no les conceden el divorcio por no estar casados, careciendo, además de aptitud legal para hacerlo, quedando así obligados a domiciliarse nuevamente en Vermont para disolver su *matrimonio*, no reconocido en la gran mayoría de Estados norteamericanos).

Un planteamiento incisivo sobre el tema en general —aunque no comparto íntegramente sus conclusiones—, en KRAUSE, *Marriage for the New Millenium: heterosexual, same sex —or not at all?* Deutsches u. Europäisches Familienrecht, 2 (2000) p. 208 ss. Un estudio de la *Act relating to civil Union*, del 1º julio 2000, del Estado de Vermont: LUNDMARK, *Homosexuelle Partnerschaften in den USA: Die Einführung der Civil Union*, id. id., p. 236 ss. (se analizan consecuencias de la s. del TS de 1999, de Vermont en *Baker v. Vermont*; la s. ha utilizado el subterfugio de no fundarse en la *equal protection clause* de la Constitución norteamericana, lo que impide el recurso de inconstitucionalidad contra la ley, sino en el *common benefits clause* que no obliga a los demás Estados a reconocerla, sino únicamente a reconocerla *full faith and credit*). Un trabajo informativo se encuentra en la crónica de KATZ, *The United States: Domestic partnership laws*, en *The International Journey of Family Law* 1997, p. 485 ss.

— La *apisonadora* germánica.

— El luso: *sí pero no*.

Me apresuro a aclarar que no voy a realizar, pese a las apariencias, un estricto ejercicio de Derecho comparado, pues, a mi juicio, no concurren en este caso los requisitos mínimos para una correcta aplicación del referido método que, únicamente en el caso de darse, sería fructífero en sus resultados. Me limitaré a *mostrar* un —en mi opinión— interesante panorama legislativo europeo y autonómico, y a extraer algunas consecuencias *pro domo meo*. Todo ello, me interesa subrayarlo, con pleno respeto a las conductas o situaciones personales que, eventualmente, pudieran verse aquí aludidas o enjuiciadas.

3. LOS MADRUGADORES PAÍSES ESCANDINAVOS⁴⁶⁴

Si entre 1910 y 1920, los países escandinavos, con anterioridad incluso al nuevo régimen político surgido de la Revolución de Octubre, se adelantaron a reformar su Derecho civil introduciendo el principio de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, con repercusión en el Derecho de Filiación, al permitir la libre investigación de la paternidad, incluso con intervención de la Administración⁴⁶⁵, en la década de los Ochenta fueron también los primeros en reconocer, mediante la promulgación de leyes, efectos jurídicos a las parejas de hecho⁴⁶⁶ a través de su inscripción, ampliándose esta última, en una segunda fase, a las uniones homosexuales. Como es habitual, el proceso ha sido progresivo, y no siempre se han aceptado idénticas reglas en todos estos países.

464 En general, ofreciendo una visión de conjunto: Rebecca PROBERT, Anne BARLOW *Cohabitants and the law; recent European Reforms*, Deutsches u. Europäisches Familienrecht 2 (2000) p. 76 s.

465 Punto en el que no fueron seguidos por las posteriores reformas de los restantes países europeos occidentales.

466 El término *Partnerskab* lo traducen al inglés los juristas nativos por *Partnership*; en cambio, los juristas galos hablan de *Concubinage*, mientras que en español se utiliza la expresión *Pareja de hecho*. No suele utilizarse, en cambio, el término *Matrimonio*.

A) SUECIA

Con carácter general, y en contraste con lo que luego se dirá respecto de Dinamarca, en el primer país considerado se ha seguido una política fragmentaria y ocasional en relación con las parejas de hecho, introduciendo su normativa con ocasión de las reformas de Derecho matrimonial llevadas a cabo a partir de la segunda mitad de los años 80, regulando por ej. la atribución y la partición de la vivienda común entre los convivientes de hecho, en caso de ruptura o de fallecimiento de uno de ellos, así como del ajuar; hay que acudir además a la mención esporádica y puntual que se encuentra en leyes generales, o bien interpretar el silencio que guardan éstas; del Código de la Propiedad Inmobiliaria se deduce que el arrendador está obligado a aceptar como arrendatario al conviviente de hecho que continúa en la vivienda común después de la ruptura; de otras normas se deduce que entre los convivientes no rige la presunción de paternidad, ni el deber legal de alimentos, ni el derecho a usar el apellido del otro, ni pueden adoptar conjuntamente y carecen de derechos sucesorios recíprocos⁴⁶⁷.

La Ley de 1987 (*Cohabitees joint homes Act*) sobre el hogar común de los convivientes de hecho, entró en vigor el 1º enero del año siguiente, y se inscribe en el marco del singular régimen económico legal sueco de los cónyuges, que puede calificarse inicialmente de una modalidad del régimen de participación, en la que ésta comprende no sólo a las ganancias, sino a la totalidad del patrimonio neto del otro cónyuge (igual que un régimen de comunidad universal). Este efecto puede soslayarse pactando su exclusión mediante la calificación de ciertos bienes como privativos. El régimen que la Ley de 1987 aplica a las parejas de hecho, sigue las pautas de aquél, pero limitándose a la casa común y a su ajuar, a menos que las parejas expresamente lo excluyan pactando su carácter de bien privativo. En cuanto al ámbito de aplicación, se declara aplicable la ley *a las relaciones de convivencia en las que una mujer y un hombre no casados viven juntos en condiciones*

467 Así MARTÍN CASALS *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho* ADC, 1995, p.1765 ss. Como se verá a continuación la normativa se ha modificado ulteriormente, ampliándose los derechos de los convivientes.

análogas a las del matrimonio. La doctrina entiende⁴⁶⁸ que la ley no es aplicable cuando algún miembro de la pareja está casado con un tercero, y tampoco a la convivencia entre padres e hijos, entre hermanos y, en general, entre aquellas personas que no pueden casarse entre sí por mediar entre ellas un impedimento. Inicialmente la ley estaba destinada a las parejas heterosexuales, pero otra Ley de 1987 (*Homosexual Cohabitees Act*) la aplicó también a las parejas del mismo sexo⁴⁶⁹. En cuanto a la casa y ajuar comunes, la ley sienta el principio general de que el titular de tales bienes no puede disponer de ellos sin el consentimiento del otro, bajo la sanción de la anulabilidad, a instancia del conviviente de hecho perjudicado, con la debida salvaguardia de los derechos de terceros adquirentes, de buena fe y a título oneroso. Hay un procedimiento de liquidación y división, interesando destacar que el conviviente más necesitado tiene derecho a que se le asigne la vivienda y el ajuar, si bien abonando en metálico lo que exceda de su parte. Por otro lado, aunque la vivienda no reúna los requisitos que fija la ley, uno de los convivientes puede continuar en la vivienda común tras el cese de la convivencia; ello puede ocurrir por no haber sido adquirido durante la convivencia, o cuando lo fue sin el propósito de destinarlo a vivienda común; para reclamar la cesión de la vivienda hay que tener la condición de conviviente más necesitado u otras circunstancias justificadas, una de las cuales, según la ley, es haber tenido

468 Sigo a MARTÍN CASALS, loc. cit., p. 1766.

469 Observa, no obstante SALDEEN *Sweden: Joint Custody, special representative for children and cohabitees' property*, The International Survey of Family Law. 2001 Edition, p. 409, que la equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales no se produce a todos los efectos (el subrayado es mío) sino únicamente en las materias especificadas en la Ley de 1987. Adviértase que ha habido en el Parlamento sueco varios intentos de ampliar los derechos de las parejas de hecho homosexuales; así cabe citar la *New Partnership Commission*, creada en 1991 y que emitió su Informe en 1993, y el *Cohabitees Committee*, creado en 1997 y que concluyó su Informe en setiembre de 1999 (*New Cohabitee Rules*), proponiendo diversas reformas en la materia, sin que hasta ahora se hayan plasmado en leyes. Amplia información en las Crónicas de SALDEEN, *Sweden: Family Counselling, the tortious liability of parents and homosexual Partnership*, Annual Survey of Family Law 1993, p. 519 ss; *Joint custody special representative for children and cohabitees' property*, The International Survey of Family Law. 2001 Edition, p. 408 ss.

hijos comunes; la atribución de la vivienda no es gratuita pues la ley obliga a abonar una compensación económica al titular cedente.

B) DINAMARCA⁴⁷⁰

Este país ha sido el primero del mundo en reconocer oficialmente y legalizar, el concubinato, o unión de hecho, de dos personas del mismo sexo. En 1988 se constituyó una Comisión de estudio, y, aunque sus conclusiones sólo fueron votadas por una minoría de aquélla, sin embargo en la Cámara de Diputados hubo amplia mayoría de votos para aprobar la Ley núm. 372 de 7 junio 1989⁴⁷¹. Hay un notable paralelismo entre los requisitos para contraer matrimonio y para inscribir una pareja de hecho homosexual; hay, sin embargo, una diferencia pues para inscribir esta última hace falta que al menos uno de los miembros de la pareja resida en el país y ostente la nacionalidad danesa; otra diferencia afecta a la opción de celebrar alternativamente una ceremonia religiosa, que no existe en el caso de la pareja de hecho⁴⁷². La inscripción de ésta, realizada debidamente, produce los mismos efectos que el matrimonio⁴⁷³, salvo que no da lugar al ejercicio de la patria potestad conjunta ni a la adopción de

470 Puede verse la crónica de Marianne HOJGAARD PEDERSEN *Denmark: Homosexual marriages and new rules regarding separation and divorce*, Annual Survey of Family Law, 1990, p. 289 ss. La traducción francesa del Anuario, bajo la dirección de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, se titula *Regards sur le Droit de la Famille dans le monde*, y la crónica lleva por título *Le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la separation* (op. últim. cit., p. 127 ss.). En el texto sigo la trad. francesa.

471 Traducción alemana en *Deutsches u. Europäisches Familienrecht*, 2 (2000) p. 50.

472 Sin embargo, el Comité de los Obispos de la Iglesia Nacional Danesa Evangélica Luterana acordó en 1997 introducir una ceremonia religiosa de bendición de tales uniones homosexuales, no equivalente a la celebración del matrimonio religioso, fijándose un plazo de diez años *ad experimentum* para que los Pastores competentes pudieran aplicar alguna de las modalidades que se proponen (cfr. la crónica de Linda NEILSEN and Annette KRONBORG en *The International Survey of Family Law* 1996, p. 143-145).

473 De modo gráfico se ha escrito por Linda NIELSEN *Denmark; New rules regarding marriage contracts and reforma considerations concerning childrens*, Annual Survey of Family Law, 1991, p. 313 que *when danish law refers to "marriage" or "spouse, such references automatically include registered partnerships and registered partners*.

menores; tampoco se aplican las normas danesas que producen efectos en razón a la diferencia de sexo (por ej. las presunciones de paternidad). La unión de hecho inscrita⁴⁷⁴ puede disolverse según las mismas reglas y procedimientos dictados para el matrimonio; pero una reforma de 1989 prohíbe utilizar los servicios de mediación de un clérigo; por lo demás, las reglas sobre separación y divorcio son aplicables al partenariado homosexual. Se ha modificado el Código penal para castigar como bigamia el hecho de inscribir una relación de hecho cuando se está casado con otra persona, o se mantiene otra relación de hecho con ella. Si las parejas homosexuales no se inscriben, disfrutarán de los mismos derechos que los concubinos heterosexuales (por ej. en materia de pensión alimenticia, derechos sucesorios y derecho a la vivienda).

No hay normas generales sobre el concubinato o mera cohabitación, y parece que, por el momento, no hay proyectos legislativos para regular sus derechos familiares; la política trata de garantizar que la posición social y económica de los cohabitantes no casados no sea superior (*sic*) a la de los cónyuges. Se están incrementando, sin embargo, las reglas sobre la seguridad social, impuestos y viviendas —que son materias de singular importancia en Dinamarca—, de modo que ha ido desarrollándose un *cisma* entre la tradicional legislación familiar, y lo que la doctrina denomina *surrounding areas* de la legislación que afectan también a la familia⁴⁷⁵. En 1999 se han suavizado dos restricciones o limitaciones de la Ley; por un lado se les permite adoptar a menores, aunque tal adopción puede carecer de efectos en el ámbito del Derecho Internacional Privado; por otro, ya no se requiere que uno al menos de los miembros de la pareja tenga nacionalidad danesa, bastando con tener domicilio dos años antes en Dinamarca (requisito que no se exige a los ciudadanos de los demás países nórdicos)⁴⁷⁶. En cuanto a la eficacia social de esta ley,

474 El texto inglés alude, como se ha visto, a la *registered partnership*, y el texto francés utiliza como sinónima la expresión *partenariat homosexuel*, que también cabría traducir literalmente al español, aunque sea menos frecuente hablar entre nosotros de *partenariado*.

475 Linda NIELSEN, loc. cit., p. 315.

476 Cfr. SCHERPE, loc. cit., p. 34.

se ha ensalzado por algunos⁴⁷⁷, destacándose la aceptación social y la ausencia de problemas en su aplicación. Pero cabe preguntarse por la utilidad práctica y oportunidad de la misma, pues si en 1989 se calculaba aproximadamente en 600.000⁴⁷⁸ el número de personas viviendo en concubinato (hetero- y homosexual), con referencia al 1º enero 1998 estaban inscritos en los Registros oficiales un total de 4.337 ciudadanos daneses⁴⁷⁹, distribuidos aproximadamente en dos tercios de varones y un tercio de mujeres, en alguna modalidad de unión homosexual. En la misma fecha se había constatado un total de 322 varones y 218 hembras, que habían ya roto su unión⁴⁸⁰. Una conclusión parece imponerse: o bien subsisten muchas parejas homosexuales al margen del Registro, las cuales por razones desconocidas no desean acceder al mismo; o bien lo exiguo del número de los *beneficiarios* de la ley no parece haber justificado razonablemente la promulgación de ésta.

C) LA RESISTENCIA FINLANDESA AL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN HOMOSEXUAL

Además de las leyes sobre el tema de Noruega, promulgada en 1993⁴⁸¹, y de Islandia, en 1996, que se han inspirado en las legislaciones

477 Cfr. el trabajo encomiástico de SCHERPE *Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark*, Deutsches u. Europäisches Familienrecht, 2 (2000) p. 32 ss., quien destaca el dato, mencionado en el texto, de cómo en el seno de la Comisión que estudió el tema sólo cinco miembros votaron a favor de introducir la figura, y seis en contra, entre ellos el presidente de aquella. En cambio en el Parlamento la votación arrojó 71 votos a favor, 47 en contra y 5 en blanco. Al cabo de diez años de aplicación, dos de los miembros de la Comisión que se manifestaron en contra, hoy han cambiado de opinión y reconocen públicamente que la ley ha sido un éxito.

478 Linda NIELSEN, loc. cit.

479 El número impar resulta de incluir, no solo a las parejas rotas por acuerdo, sino también a los sobrevivientes de parejas disueltas por la muerte de uno de los miembros.

480 Datos proporcionados por SCHERPE, loc. cit., p. 35. Incluye también la progresión anual para uno y otro sexo, así como la distribución por edades, correspondiendo las uniones más numerosas a las comprendidas entre 24 y 54 años.

481 Una información sobre las circunstancias de su aprobación y el contenido de la misma puede encontrarse en LØDRUP *Registered partnership in Norway*, The Inter-

expuestas, cabe destacar —en lo que me consta a la hora de redactar este trabajo (octubre 2002)— el caso singular de Finlandia respecto del resto de países nórdicos. En 1997 se nos informaba⁴⁸² de las vicisitudes parlamentarias experimentadas en los proyectos de legalizar las uniones homosexuales en este país. Ya en 1992 una Comisión de la Familia, establecida por el Ministerio de Justicia, publicaba su Informe acerca del modo en que eran tratadas por la ley las diferentes formas de familia, bajo el principio inspirador de la neutralidad del legislador ante las diferentes formas de vida familiar, salvo que por razones específicas procediera aplicar otra política legislativa. La Comisión entendió que ni los gays ni las lesbianas eran tratadas legalmente según las premisas del encargo. La diferencia de trato podría originar una discriminación sin justificación razonable. La Comisión entendió que no había obstáculos, ni éticos ni religiosos, para regular tales situaciones, ni limitaciones de ninguna clase que impidieran equiparar tales uniones al matrimonio. El Ministerio de Justicia, sin embargo, era reticente a iniciar ningún trámite

national Survey of Family Law 1994, p. 387 ss. Parece claro que se ha adoptado como modelo la ley danesa de equiparación a los efectos del matrimonio, estableciéndose que *registration of partnerships has the same legal consequences as entering into marriage* (s. 3), salvo las excepciones que la propia ley establece; así la s. 2 aplica a la unión homosexual los requisitos para celebrar el matrimonio, añadiéndose que también constituyen impedimentos el vínculo matrimonial u otra unión registrada con tercera persona, al tiempo de celebrar aquélla; cualquier tribunal noruego es competente para conocer de las causas de disolución de la unión homosexual; pero las reglas sobre la adopción a favor de los cónyuges no se aplican a los miembros de la pareja homosexual (s. 4). La mayoría de los Obispos de la Iglesia Luterana noruega se opusieron a la ley, afirmando que el legislador había ido demasiado lejos al equiparar la unión homosexual con el matrimonio, debilitando la posición de este último en la sociedad, opinión secundada por la mayoría de las organizaciones clericales así como por el partido del Pueblo Cristiano. Sin embargo, la mayoría del *Storting* o Parlamento votó a favor del proyecto del Gobierno. El Prof. LØDRUP, autor de la crónica, opina que directamente la nueva ley no devalúa el matrimonio porque sus destinatarios son personas que legalmente no podían contraer matrimonio entre sí; destaca, a su vez, que es el hecho del registro de la unión homosexual el que las equipara al matrimonio.

482 En la crónica de HELIN, *Finland: Enforcement of custody, access and residence orders, intercountry adoption and registration of same sex couples*, The International Survey of Family Law, 1997, p. 163 ss.

en esa dirección, y en diciembre del mismo año el propio Ministro hubo de contestar a una pregunta por escrito, en el sentido de que cualquier propuesta era prematura, ya que introducir la legislación solicitada por la Comisión podría enfrentarse a valores básicos del Derecho de Familia, por lo cual era necesario un amplio debate a todos los niveles de la sociedad. Hubo un intento de lo que puede calificarse como de iniciativa popular, trámites que decayeron al convocarse las elecciones de 1995 sin haberse realizado los trabajos preliminares por el Comité Parlamentario de leyes ordinarias. El Gobierno constituido después de las elecciones era una coalición de cinco partidos, los cuales estaban divididos sobre el tema, dando por resultado que no llegó a elaborarse la necesaria propuesta legal. Una nueva iniciativa popular presentada en 1996, reforzada con la firma de varios Ministros que eran parlamentarios, tampoco contó con la mayoría suficiente. El rechazo del proyecto fue acompañado, sin embargo, de un requerimiento al Gobierno para que iniciara medidas apropiadas encaminadas a remover las desventajas legales que deben afrontar en su vida familiar las uniones homosexuales. En diciembre de 1997 el Gobierno creó un Grupo de trabajo, aunque sin encargarle hacer un anteproyecto de Ley. Carezco de ulteriores noticias, sin que publicaciones recientes informen sobre novedades legislativas al respecto⁴⁸³.

D) A MODO DE RESUMEN SOBRE LA EXPERIENCIA ESCANDINAVA

- la experiencia nórdica se ha centrado en la regulación, y bajo qué requisitos, de la pareja o unión homosexual, y ha estado promovida eficazmente por las diferentes asociaciones de gays y lesbianas⁴⁸⁴;
- hay respuesta legislativa en cuatro de los cinco países nórdicos o escandinavos (por orden cronológico: Dinamarca, Suecia, No-

483 Cfr. en el documentado trabajo de SCHERPE, loc. cit. lo que dice sobre la situación en Finlandia, p. 37, nota 2.

484 Lo explica detalladamente Ingrid LUND-ANDERSEN *Cohabitation and Registered Partnership in Scandinavia: The legal position of Homosexuals*, en el vol. colectivo *The Changing Family* (ed. por EEKELAR and NHLAPO) (Oxford 1998), p. 397 ss.

ruega e Islandia), siendo todavía un tema arduamente debatido en Finlandia (aunque también lo ha sido animadamente en cada uno de los países referidos, antes de aprobar sus respectivas leyes);

- parece inspirarse la reforma en el principio de neutralidad, indiferencia o abstencionismo del Estado frente a las uniones de hecho, aunque todos son conscientes de las consecuencias que para la institución matrimonial van a significar las nuevas regulaciones;
- varían las concretas actitudes de los legisladores pues mientras en Dinamarca y Noruega no se vacila en declarar la equiparación con el matrimonio, en Suecia se intenta, al menos, que éste último no resulte perjudicado, siendo éste, precisamente, el argumento que ha servido a los diferentes gobiernos finlandeses para negarse al reconocimiento;
- tampoco hay unanimidad en cuanto a los efectos reconocidos a la unión de hecho heterosexual.

4. EL CUASI INDESCIFRABLE LABERINTO NORMATIVO FRANCÉS

A) LA LEY DE 1999 SOBRE EL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD

Enunciado sorprendente, a simple vista: ¿No ha sido Francia uno de los primeros países europeos en anunciar el *advenimiento del concubinato o unión libre*⁴⁸⁵? ¿No se había desarrollado en este país una completa doctrina jurisprudencial que resolvía todos —o casi todos— los problemas jurídicos que plantea la vida de las parejas de hecho⁴⁸⁶? ¿No había elaborado la doctrina francesa completísimos estudios sociológicos y comparativos, definitivos en la materia⁴⁸⁷? ¿No estaba en condi-

485 JOSSERAND, *L'avènement du concubinat*, Dalloz H. 1932, Chron. 46; NAST *Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage legal*, 1938, Chron. 37.

486 Me remito, en general, a mi monografía *Aspectos civiles del concubinato en el Derecho civil francés* (Roma-Madrid 1965).

487 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI *Les concubinages. Approches socio-juridiques*, 2 vols (Lyon 1986); *Des concubinages dans le monde* (Paris 1990).

ciones de ser —por todo ello— un terreno abonado y privilegiado para alumbrar un texto legal impecable, exhaustivo, convincente y por todos admitido? La realidad no ha sido así, y la Ley 99-944, de 15 noviembre 1999, relativa al pacto civil de solidaridad (en adelante PACS), se aprobó en un clima de grandes discusiones, incluso con manifestaciones en la calle, y no ha obtenido una aceptación doctrinal generalizada, proliferando las críticas desde diversos ángulos a la nueva ley⁴⁸⁸.

B) CARACTERES Y CONTENIDO DEL PACS

Formalmente la reforma ha consistido en añadir el título XII al Libro I del Cc; ubicación sistemática que se considera, por un lado, *simbólica* al incluirse en el Libro que trata de las personas y la familia, aunque también *maladroite* por insertarse, a continuación, de la capacidad y de los *mayores protegidos*; y, por último, no menos que *paradójica* pues, según interpretación vinculante del *Conseil Constitutionnel*, el PACS no es otra cosa que un contrato aunque sometido a un régimen

488 Predomina un matiz expositivo —propio de esta clase de publicaciones—, en la crónica de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI *How matters stand now in relation to Family Law reform*, The International Survey of Family Law, Edition 2000, p. 143, esp. p.158 ss. Resulta, en cambio, muy crítico R. CABRILLAC *Libres propos sur le PACS*, Dalloz et Sirey, 1999, Chr. p. 71 ss. Más moderado en su crítica se expresa LEMOULAND *Présentation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité*, en id. id. Chr., p. 483, aunque no ahorra observaciones y puntos de interrogación. Parecido tenor aparece en PIASTRA *Loi relative au PACS*, id. id. 2000, Chr. p. 203, si bien su objetivo central es comentar la Decisión del *Conseil Constitutionnel* de 9 noviembre 1999, al recurso contra la ley interpuesto por 213 diputados y 115 senadores. El equivalente de nuestro TC ha declarado constitucional la ley, si bien ha acudido al procedimiento —también conocido entre nosotros— de ofrecer la adecuada *interpretación constitucional* de bastantes preceptos dudosos (otra interpretación, por tanto, sí que sería inconstitucional). Por su parte REVEL en la sección de *Législation française en matière de droit privé* de la RTDC, 2000, p. 175 ss. afirma paradójicamente que si bien el PACS no es *el* matrimonio, no deja de ser *un* matrimonio, y que el advenimiento de una forma de matrimonio distinta de la de los tradicionales arts. 144 ss Cc. —hasta ahora, expresión única de unión matrimonial— no puede menos de afectar a la arquitectura general del derecho matrimonial; ambas formas de matrimonio necesariamente se influirán recíprocamente y sus aproximaciones acabarán por integrarse en la definición substancial de la unión matrimonial.

especial⁴⁸⁹. El título se divide en dos capítulos, el primero es el más extenso y regula en su integridad el PACS, y el segundo se dedica, con un único precepto, al *concubinage*. Se ha aprovechado la circunstancia de que el art. 515 estaba sin contenido normativo, y se ha recurrido a la técnica de desarrollarlo en sucesivos apartados, de modo que el PACS se regula desde el art. 515-1 al 515-7, mientras que al concubinato se dedica exclusivamente el art. 515-8.

El capítulo relativo al PACS no aparece subdividido, pero pueden diferenciarse en su contenido las cuestiones siguientes:

— *definición*: Un pacto de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad, de diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común; respeta, por tanto, la monogamia, pues se excluye que se celebre entre tres o más personas; la organización de la vida en común no tiene por objeto exclusivamente lo patrimonial, aunque este aspecto es el que destaca de la regulación; si bien parece implícito el mantenimiento de relaciones (hetero- u homo-) sexuales;

— *requisitos personales*: Bajo pena de nulidad no puede existir pacto de solidaridad: 1) Entre ciertos parientes por consanguinidad (ascendiente y descendiente en línea recta; entre colaterales hasta el tercer grado incluido) y por afinidad (sólo en línea recta). 2) Entre dos personas, una de las cuales, al menos, está casada. Y 3) Entre dos personas una de las cuales al menos está ya vinculada por un PACS. Viene a la mente la idea de los impedimentos al matrimonio tal como los regula la legislación francesa, destacando la expresa prohibición del incesto y la que, por analogía, puede calificarse de prohibición de la *bigamia*;

— *inscripción*: No queda muy claro en qué momento se perfecciona el contrato del PACS, o —para utilizar los términos legales— *la convention passée* entre los miembros de la pareja, ni los efectos que produciría un mero acuerdo consensual; tampoco se requiere una determinada *celebración* análoga al matrimonio. Sin embargo el extenso art. 515-3 requiere que los dos sujetos dirijan una declaración conjunta

489 LEMOULAND, loc. cit., p. 484.

al Secretario (*greffier*) del Tribunal de Instancia del lugar de su residencia común, presentando por duplicado el contrato realizado entre ellos, al objeto de comprobar si concurren los requisitos de validez, junto con un certificado del Secretario del Tribunal de Instancia del lugar de su respectivo nacimiento, tras lo cual procederá a la inscripción en un Registro especial. Resulta, por tanto, que el efecto de la inscripción es importante jurídicamente porque confiere fecha cierta al PACS y produce efectos frente a terceros. Toda modificación en el PACS debe notificarse al Secretario del Tribunal donde está inscrito. Son muchas las cuestiones que se plantean; parece claro que el PACS no es un acto exclusivamente privado pues se exige la inscripción en la forma dicha⁴⁹⁰; pero nada se dice de los efectos de un PACS no registrado, que ha de valer, al menos, como convención según las reglas generales ¿será tratado de concubinato ordinario? También se prevé el caso de un PACS contraído en el extranjero, cuando al menos uno de los intervinientes tiene nacionalidad francesa, en cuyo caso la inscripción se lleva a cabo por los agentes diplomáticos y consulares de Francia;

— *contenido*: Tratan de ello los arts. 515-4 y 515-5, destacándose el amplio margen otorgado a la autonomía de la voluntad de los *pacsés*, aunque la doctrina ha visto alguna regla imperativa. Cabe deducir que el principio enunciado en el art. 515-1 de que la finalidad del PACS es *organizar su vida en común* con referencia a los contratantes de aquél, viene a desarrollarse —aunque parcialmente— en los dos preceptos aludidos, cuyo contenido es el siguiente:

“Los compañeros (*partenaires*) vinculados por un pacto civil de solidaridad se aportan recíprocamente una ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda se fijarán en el pacto”

“Los compañeros quedan obligados solidariamente respecto de terceros, en relación con las deudas contraídas por cada uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria, y por los gastos relativos a la vivienda común” (art. 515-4).

490 LEMOULAND op. et loc. cit.

“Los compañeros de un pacto civil de solidaridad, indicarán en la convención a que alude el art. 515-3, pár. 2º, si quieren someterse al régimen de comunidad de los muebles que constituyen el mobiliario, y adquieran a título oneroso después de celebrar el pacto. En defecto de pacto, tales muebles se presumen indivisos por mitad. La misma regla se aplica cuando la fecha de adquisición de estos bienes no pueda fijarse”.

“Los restantes bienes que los compañeros adquieran a título oneroso después de la conclusión del pacto, se presumen indivisos por mitad, a menos que se disponga otra cosa en el acto de adquisición o de suscripción”(Art. 515-5). Resulta evidente la inspiración de lo transcrito en el régimen matrimonial, aunque a distancia y parcialmente, permitiéndose así calificarlo por la doctrina de *un mariage édulcoré*⁴⁹¹. En cuanto al *contenido personal* del PACS, no hay rastro de la fidelidad, y casi tampoco de la vida en común como obligación (no parece prohibida la cláusula de mantener viviendas separadas). En cuanto a la ayuda mutua, se limita a lo *material*, lo que podría reducir el PACS a un seguro mutuo en determinados supuestos de dificultades financieras para los miembros de la pareja. En todo caso, el contenido puede ampliarse —o reducirse— en el acuerdo inicial o en las sucesivas modificaciones. Lo que parece subsistir del régimen matrimonial primario, con carácter mínimo obligatorio, es una especie de autoridad doméstica otorgada a cada miembro de la pareja, con el resultado de imponer la responsabilidad solidaria de ambos frente a terceros (¿habrá responsabilidad individual del compañero que contrató? ¿será, por tanto, subsidiaria, la responsabilidad solidaria del otro?). La doctrina denuncia grave inseguridad jurídica pues, aparte de establecerse de hecho un régimen de separación, la comunidad de bienes residual es poco eficaz en caso de desacuerdo, y son de prever graves pleitos patrimoniales en caso de ruptura, así como riesgo de fraude para terceros⁴⁹². Defectos igualmente subsanables mediante pacto.

— *extinción*: Los casos y el procedimiento se contienen en los arts. 515-6 y 515-7, siendo este último el básico. El PACS finalizará, según los

491 CABRILLAC, loc. cit., p. 72.

492 CABRILLAC, op. et loc. cit., p. 73 s.

casos: 1) Desde que se anota al margen del acta inicial, la declaración conjunta dirigida por ambos compañeros al Secretario del Tribunal de Instancia de su residencia. 2) Tres meses después de la manifestación de un miembro al otro, siempre que una copia de aquélla se remita al Secretario del Tribunal de residencia. 3) En el momento del matrimonio o de la muerte de cualquiera de los compañeros. La minuciosa descripción de la puesta en marcha de estas —en realidad— cuatro causas de extinción, permite a la doctrina observar que *no se puede decir que el legislador haya elegido la vía de la sencillez*⁴⁹³. La *ruptura por mutuo acuerdo* equivaldría al divorcio consensual simplificado, pues basta con dirigir al Secretario del Tribunal de la residencia de ambos una declaración conjunta, para que la inscriba y garantice la conservación del escrito. Obsérvese que no hay ningún control de tal declaración, ni se dice si deben entregarla en persona o pueden enviarla por correo; tampoco hay que alegar motivo alguno; se trata del *mutuo disenso* contractual aplicado íntegramente al PACS, aunque de alguna manera *solemnizado*. La *ruptura unilateral* exige dos requisitos, en primer lugar, manifestarlo al otro miembro de la pareja (¿bastaría de palabra o ante testigos, o por e-mail?), y, en segundo lugar, que una copia de tal manifestación (no se dice que literal, luego podría bastar un mero relato de la notificación verbal, o ante testigos) se remita al Secretario del Tribunal para que la registre. Pero hay que esperar a que transcurran tres meses desde la comunicación al otro para que se entienda extinguido el PACS. Se dice que estamos en presencia de una aplicación de la doctrina general de la ruptura unilateral de los contratos indefinidos. De hecho cabe pensar que la ruptura se ha materializado ya porque el miembro descontento se ha marchado de la vivienda común; en tales circunstancias, no parece fácil notificar nada al que no se ha quedado en el hogar ¿*quid* si no se cumplen los requisitos legales para la ruptura?, ¿habrá que entender subsistente el pacto mientras no se inscriba la ruptura en el Tribunal?, ¿podrá subsistir indefinidamente la autoridad doméstica del otro con la consecuencia de obligar solidariamente al miembro que rompió por actos del primero? La *ruptura por matrimonio* de cualquier miembro de

493 LEMOULAND, loc. cit., p. 485.

la pareja con un tercero, parece que se produce automáticamente, aunque recae sobre el casado la carga de informar al otro de tal hecho, y enviar al Secretario del Tribunal en que se registró el PACS para que lo inscriba en el registro especial, un certificado de matrimonio así como el de nacimiento en que conste la mención de aquél.

Entre los dos modelos de unión sexual legal la primacía de la ley parece decantarse a favor del matrimonio, cuya celebración extingue automáticamente el pacto de solidaridad (sin que se produzca la inversa pues el PACS celebrado por un casado es radicalmente nulo a tenor del art. 515-2, núm. 2); como sabemos, un PACS sólo impide otro con persona distinta (art. 515-2, núm. 3). *La muerte* de cualquiera de los miembros de la unión extingue igualmente el pacto, requiriéndose que el sobreviviente o cualquier interesado remita copia del acta de defunción al Secretario del Tribunal en que se hizo constar el PACS. Quizá se advierte descoordinación con el Registro del Estado civil, de modo que es posible que sigan inscritos, como vigentes, PACS que han dejado de existir. La complejidad de las causas de extinción puede desanimar a celebrar entre sí este tipo de contrato, puesto que las parejas homosexuales, después de la Ley de 1999, se ven sujetas a un complejo mecanismo de extinción.

El capítulo relativo al *concubinage*⁴⁹⁴ consta exclusivamente del art. 515-8, cuyo contenido es el siguiente: “El concubinato es una unión de

494 La importancia de la terminología utilizada por el legislador había sido ya subrayada por CARBONNIER, *Droit civil 2 La famille*, 19 ed. (Paris 1998), p. 313: “Se habla, con bastante indiferencia, de *concubinage* (no sin jugar a veces con la similitud con el concubinato romano, especie de matrimonio inferior), o de *unión libre* (rota libremente porque había sido libremente concluida). Ambos términos son sinónimos, aunque el primero haya adquirido un acento más popular, y el segundo una tonalidad más elevada. Ocurre también que de un hombre y una mujer se dice que *viven maritalmente*. Es un grado más: viven a ojos de terceros como si estuviesen casados; hay matrimonio aparente, *faux ménage*. La palabra *cohabitation*, introducida recientemente, viene acompañada de un aire juvenil. De los países anglosajones han llegado expresiones tales como *marriage informel*, *marriage consensuel*, que sugieren que casi hay matrimonio salvo en lo relativo a la solemnidad; sin embargo se está fuera del matrimonio, si éste se define por el rito social”.

hecho caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de diferente o del mismo sexo, que viven como pareja". Este texto no figuraba en el proyecto de ley, y fue introducido por el Senado, al parecer con el propósito de que constituyera una alternativa que hiciera inútil el PACS; la Asamblea conservó ambas figuras, ampliando, sin embargo, los supuestos de hecho del concubinato⁴⁹⁵. La Ley de 1999 representa un salto cualitativo para el concubinato, el cual deja ya de ser un concepto jurisprudencial⁴⁹⁶, para convertirse en legal, y, además, incorporado al Cc; por otra parte, la jurisprudencia había establecido un paralelismo puntual entre matrimonio y concubinato, de modo que se excluía generalmente el concubinato homosexual, mientras que ahora lo admite expresamente el art. 515-8⁴⁹⁷. En cambio, los caracteres de estabilidad y continuidad, coinciden con los ofrecidos por la mayoría de la doctrina⁴⁹⁸.

C) CRÍTICAS VERTIDAS POR LA DOCTRINA FRANCESA

Arrancan del origen de la ley, pues procede del Informe titulado *Rénover le droit de la famille*, emitido por el Grupo de Trabajo dirigido por la Profesora Françoise DEKEUVER-DEFOSSEZ, del que formaba parte, entre otras personas, un psicoanalista, equipo al que se atribuye la inspiración en el positivismo sociológico, consistente en *adapter les lois aux moeurs*⁴⁹⁹. Más concretamente, se ha dicho que la ley es fruto de

495 LEMOULAND, op. et loc. cit.

496 En todos los Manuales de Derecho de Familia se incluía un capítulo, más o menos extenso, dedicado al concubinato o unión libre. Vid. por todos WEIL-TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 5ª ed. (Paris 1983); CARBONNIER, op. vol. et ed. cit., p. 313 ss, bajo el título *Le concubinage (dite encore union libre ou cohabitation)*. Original es el método expositivo de HAUSER, Danièle HUET-WEILER, *Traité de droit civil (sous la direction de J. Gestin). La famille. Fondation et vie de la famille*, 2ª ed. (Paris 1993), ya que estos autores siguen paso a paso el desarrollo de la familia, y, siempre, a continuación de la familia matrimonial, se ocupan de los problemas que suscita el concubinato.

497 HAUSER et Danièle HUET-WEILER, p. 196

498 Gráficamente CARBONNIER, op. loc. et ed. cit., p. 313, dice que el concubinato es un hábito.

499 Así T. REVET y C. JAMIN, en RTDC, 1999, p. 899 s.

una voluntad de compromiso político entre la satisfacción de grupos de presión y el apaciguamiento de los electores, aparentando que se trata sólo de un simple modo de gestionar los bienes de los concubinos, mientras que un análisis demuestra que persigue la finalidad de *crear un sucedáneo del matrimonio*; afirmándose tajantemente que se trata de una figura poco convincente del arte legislativa que lleva a un texto concreto, hipócrita en sus principios y peligroso en sus aplicaciones; ideas que se desarrollan diciendo que la ley es hipócrita en sus principios, 1º porque el PACS es más bien un matrimonio-bis, y 2º, porque en la práctica está reservado a las parejas homosexuales. De aquí se plantean varios interrogantes: ¿La ley debía ser fruto de relaciones de fuerza entre grupos de presión?, ¿la ley debe legislar para una minoría?, ¿qué valor social atribuir a la oficialización de las uniones homosexuales si la perpetuación de la sociedad resulta ser un valor esencial? Observando que la nueva ley vehicula una nueva concepción de la pareja y familia que nada dice sobre los hijos, invoca la frase de MONTESQUIEU cuando hablaba de *lois inutiles qui affaiblissent les lois neccessaires*. Se concluye esta dura crítica con la afirmación de que la ley es *exemple topique d'une certaine dégénéresence de la technique législative*⁵⁰⁰.

REVET, por su parte, no vacila en considerar la promulgación de la Ley de 1999 como un acontecimiento de primera importancia, pues se propone instituir nada menos que una nueva forma de organización jurídica de la vida conyugal, abierta, señaladamente, a las uniones de las personas del mismo sexo, y reconociendo a la voluntad, ya común a ambos compañeros, ya propia de uno u otro, un papel en muchos aspectos, ignorado por el derecho del matrimonio, y en particular en el momento de la ruptura. Ambos rasgos —que no son los únicos— atestiguan ya suficientemente la amplitud de la innovación operada en el derecho de la unión conyugal. Las causas directas de esta revolución se deben a dos factores acumulados. En primer lugar, la voluntad de las parejas homosexuales, impelidas por sus representantes y por otros simpatizantes, para conseguir se les aplique un régimen civil, fiscal, social, etc., adecuado a la naturaleza de su unión, a través del recono-

500 CABRILLAC, *Libres propos sur le PACS*, Dalloz et Sirey, 1999, Chr, p. 72 s.

cimiento oficial, único medio —según los interesados—, de garantizar la admisión social de estas parejas. En segundo lugar, la voluntad de una mayoría política de izquierdas de atender estas reivindicaciones, dejando de momento las cuestiones de filiación, incluida la adopción. A la vista de ello se pregunta el autor, si ante tales condicionamientos, ¿había otra vía distinta de la de introducir *una unión conyugal no matrimonial*? Pero la fórmula utilizada no deja de estar marcada por cierto barroquismo, hasta el punto de que surgen dudas de si existe en la realidad un tercer género entre matrimonio y concubinato, y de si realmente queda algún espacio entre ambos. De aquí que se hable de una *figura sui generis, mariage-bis, mariage light*, o, por último, de *une espèce de concubinage*. Después de haber sentado que el PACS *no es el matrimonio, pero que sí puede ser un matrimonio*, concluye así: *Reste à savoir ... si la vocation du pacte civil de solidarité n'est pas de devenir le mariage*⁵⁰¹.

Otros autores avanzan serias inquietudes acerca de su efectiva aplicación, pues resulta dudoso que los homosexuales quieran someterse efectivamente a la nueva Ley⁵⁰². Sobre la interpretación vinculante que de la Ley ha hecho el *Conseil Constitutionnel*, y saliendo al paso de los argumentos de los recurrentes de afectar a la noción de *matrimonio republicano*, se observa, desde otra perspectiva menos crítica⁵⁰³, que la conclusión de un pacto no tiene ningún efecto en particular respecto del estado civil, pues no se anota al margen del acta de nacimiento, de aquí que, en defecto de norma legal expresa, *los pacsés no pueden ser asimilados a los casados*. A su juicio, el PACS es una nueva solución para organizar contractualmente una vida en común, en paralelo y diferentemente del matrimonio; menos formal que el matrimonio y no sujetándose a las mismas reglas, el PACS es un contrato que permite a las parejas hetero- u homosexuales, organizar su vida en común; resulta ser menos que el matrimonio, aunque más que el concubinato; es un estatuto nuevo de vida común, que se añade al matrimonio, al

501 REVET, en RTDC, 2000, p. 173 ss.

502 LEMOULAND, loc. cit., p. 487.

503 PIASTRA, *Loi relative au PACS*, Dalloz et Sirey, 2000, Chr., p. 204 ss.

concubinato, *e incluso al celibato* (sic). No puede menos de calificarse lo que antecede, de un *difícil equilibrio sobre la cuerda floja de un texto dudoso*. Partiendo de una inicial aceptación de la Ley, a la Profesora Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI⁵⁰⁴ le parece arduo que el legislador en el art. 515-8 haya definido una situación de hecho como es el concubinato, recordando que ello se debió a la discrepancia surgida entre el Senado y la Asamblea en el trámite parlamentario de la Ley de 1999. Observa el notable crecimiento de las parejas de hecho heterosexuales, que del 3,6% en 1965 han pasado al 20%, en las últimas estadísticas (paralelo al crecimiento de los nacimientos extramatrimoniales, que del 6% en 1965, han pasado al 40% del total actual). En cuanto al PACS, la autora cree que era una legislación necesaria dada la jurisprudencia reiterada de la *Cour de Cassation* contraria al reconocimiento de efectos a la unión homosexual; en su opinión debía haberse limitado a las aproximadamente 50.000 parejas homosexuales actualmente existentes en Francia, y nunca, además, a los dos millones de parejas heterosexuales. Por último, después de una sucinta descripción de la nueva figura, el Profesor HAUSER destaca el gran número de dudas sin aclarar que deja el texto legal, remitiéndose prudentemente a la futura interpretación de los Tribunales⁵⁰⁵.

D) ALGUNAS CONCLUSIONES PARA JURISTAS FORÁNEOS

Pese a la equívoca terminología legal, hay unanimidad en constatar la introducción de una incrementada pluralidad —cuasi laberín-

504 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, crónica cit., p. 158 ss. Para esta autora, la pareja que vive en concubinato ha llegado a ser una parte de la moderna vida social. Resultan muy complejas las razones que han llevado al actual reconocimiento social diversas formas de vida conyugal, y el cambio experimentado en relación con la reprobación de quienes no viven sus relaciones familiares dentro de los vínculos del matrimonio; probablemente se incluye entre ellas la creciente neutralidad del estado, que, según Jacques Commaille, tiende a proporcionar a todas las parejas un estado legal que no toma en cuenta la vía a través de la cual se han constituido.

505 HAUSER *Nichteheliche Lebensgemeinschaft in Frankreich: Der "Pacte civil de Solidarité" (PACS) nach dem Gesetz n° 99-944 vom 15. November 1999*, Deutsches u. Europäisches Familienrecht, 2 (2000), p. 21 ss., esp. p. 23.

tica—, de modelos de unión sexual legal, por motivaciones ideológicas, en el ordenamiento galo. Esta pluralidad podría describirse así:

— el matrimonio civil, tradicional o *republicano*, directamente derivado de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791, acogido luego en el Código de Napoleón;

— el pacto civil de solidaridad social, aplicable según la ley a uniones hetero- u homosexuales, si bien —y pese a las apariencias— resulta de hecho dirigido fundamentalmente a estas últimas; sus efectos no llegan a equipararse a los de la unión conyugal, aunque en algunos aspectos se la ha tomado claramente de modelo;

— el concubinato o *concubinage* regulado por el art. 515-8, antes sólo aplicado por la jurisprudencia a las uniones heterosexuales y ahora —poco comprensiblemente según la doctrina más solvente— referido a ambas; tampoco se explican las razones de su mantenimiento al lado del PACS, y accesible a los mismos sujetos;

— el concubinato hetero- u homosexual, que no cumpla los requisitos de la Ley de 1999, pero que cabe esperar sea igualmente reconocido por los Tribunales siempre que se satisfagan los requisitos hasta ahora exigidos por éstos;

— aunque parezca sorprendente, es posible que haya que revisar la tradicional doctrina mantenida frente a los matrimonios religiosos, desde la Revolución carentes de efectos civiles, pero que, en el futuro, ya no habrá razones suficientes para que no lleguen a ser reconocidos por el ordenamiento francés como formas válidas de regular la vida en común de un hombre y una mujer. ¿Tendrá menor consistencia jurídica el matrimonio celebrado conforme a una confesión religiosa acreditada, que el PACS o el *concubinage*?

5. EL RIZAR EL RIZO HOLANDÉS, O TO MARRY OR NOT TO MARRY, THAT IS THE QUESTION⁵⁰⁶

Lo que puede parecer paradójico del precedente enunciado, resulta ser copia casi literal del título de una de las sugestivas crónicas de la Profesora Caroline FORDER que se cita en nota, y parece apropiado para describir llamativamente la legislación de un país que, primero, promulga una ley sobre el concubinato o partenariado inscrito, pareja de hecho o unión libre, equiparándolo al matrimonio, y accesible, en consecuencia, tanto a las parejas hetero- como homosexuales, y, poco tiempo después, modifica el régimen del matrimonio llamémosle tradicional, suprimiendo el requisito de la heterosexualidad; se tiene la impresión de que se legisla algo así como *por círculos concéntricos*, cuya última manifestación hace inútil la anterior. De aquí surge la pregunta de la autora: *¿interesa casarse hoy en Holanda?*, o, si se quiere, *el dilema de casarse o no casarse*. La serie de sucesivas reformas familiares resulta ser, en buena parte, la puesta en aplicación de las propuestas contenidas en el Informe de la Comisión Kortmann (compuesta por ocho especialistas en diversos campos del Derecho de familia, Derecho internacional privado, seguridad social, aspectos legales de la homosexualidad y del feminismo) emitido a instancia del Gobierno y que recaía sobre

506 Hay que mencionar, en primer término, las sugestivas Crónicas sobre el derecho holandés de familia publicadas en los últimos años:

Caroline FORDER *An unductchable family law partnership, parenthood, social parenthood, names and some art 8 ECHR case law*, The International Survey of Family Law 1997, p. 259 ss.; *Opening up marriage to same-sex partners and providing for adoption by same sex couples, managing information on sperm donors, and lots of private international law*, id. id. 2000, p. 239 ss.; *To marry or not to marry: that is the question*, id. id. p. 301 ss; Wendy SCHRAMA *Reforms in ducht family law during the course of 2001: Increased pluriformity and complexity*, id. id. 2002, p. 277 ss.

Y como el tema ha trascendido de las fronteras de este país, hay múltiples referencias a estos cambios legislativos en la abundante bibliografía genérica:

SCHLÜTER-HECKES u. Sonja STOMMEL *Die gesetzliche Regelung von ausserehe-lichen Partnerschaften gleichen and verschiedenen Geschlechts im Ausland um die deutschen Reform vorhaben*, Deutsches u. Europäisches Familienrecht, 2 (2000) p. 1 ss., esp. p. 4; Bea VERSCHRAEGEN *Gleichgeschlechtliche Beziehungen im Spiegel des Rechts*, id. id., p. 64 ss. esp. p. 66-67.

diversas partes del Derecho de Familia contenido entonces en el Libro primero del Cc promulgado en 1970⁵⁰⁷.

Por sucesivo orden cronológico interesa destacar los siguientes textos legales:

A) LA LEY DE 1997 SOBRE PAREJAS DE HECHO REGISTRADAS (*REGISTERED PARTNERSHIP*)⁵⁰⁸

Parece que, al tiempo de discutirse la ley, la doctrina holandesa consideraba errónea la extensión a las parejas heterosexuales del registro sobre el que versaba aquélla. En tal sentido la propuesta original de la ley se destinaba precisamente a las personas que no podían casarse entre sí, por encontrarse dentro de los grados prohibidos de parentesco; pero en 1995 se advirtió que eran muy escasas las solicitudes de ins-

507 La Comisión dividió las cuestiones a estudiar en dos grandes grupos: por un lado las relaciones entre el matrimonio y la unión de hecho registrada, y por otro la incidencia de esta última en las relaciones con los hijos. Hubo acuerdo unánime sobre este último punto (los efectos de una relación homosexual con los hijos que pudiera tener uno de los miembros de la pareja nada tenían que ver con las relaciones entre matrimonio y filiación). Las opiniones estaban divididas (cinco a tres) en cuanto a las relaciones entre matrimonio y unión de hecho registrada; se coincidía en que únicamente podían coexistir dos instituciones: así además del matrimonio, cabía o bien la *registered partnership* o un matrimonio modificado que permitiera el acceso a los homosexuales. La mayoría de la Comisión (cinco miembros) optó por el matrimonio tradicional para los heterosexuales, y además una nueva modalidad de matrimonio para homosexuales, aunque sin efecto para los hijos. Entendían que a lo largo de la historia el matrimonio había sido una institución flexible, y nuevamente se adaptaría a la nueva realidad de las parejas homosexuales. La minoría (tres miembros), junto al matrimonio propugnaba la mera existencia de una unión registrada. El legislador no siguió al pie de la letra con exclusividad ninguna de estas orientaciones. Más ampliamente cfr. Caroline FORDER, loc. últim. cit., p. 264-268.

508 En la versión inglesa de la crónica se nos dice que, a lo largo de la discusión parlamentaria, se sustituyó la expresión *registration of co-habitation*, por la *registration of partnership*. En español *registro de cohabitantes* resulta tan poco usado como *registro del partenariado* (galicismo, menos usado aún que la expresión anterior); últimamente se han generalizado entre nosotros las expresiones *pareja de hecho* o *unión de hecho*, habiéndose abandonado —acaso por peyorativo— el término concubinato, tan caro a los franceses.

cripción de esta clase de parejas, y por ello se eliminó dicho requisito quedando abierta la inscripción a toda clase de parejas de hecho. Subjetivamente la ley se aplica a todos los ciudadanos holandeses, a los nacionales de los países pertenecientes a la Unión Europea y a los de los países de la EFTA, que residan legalmente en Holanda; también a los procedentes de otros países que residan legalmente en el país (en el debate se suprimió el plazo mínimo de residencia de un año). El registro produce los mismos efectos que el matrimonio en el sector público (impuestos y seguridad social), salvo que el derecho internacional o el comunitario dispongan otra cosa; en la esfera privada el registro produce igualmente los mismos efectos que el matrimonio, dada la remisión que el art. 80b del Libro I Cc hace a los títulos 6, 7 y 8 de este último; en estos títulos se regulan las relaciones entre los cónyuges (alimentos, régimen económico, poder de administración y disposición, y las reglas sobre la comunidad de bienes); también se equiparan en cuanto al apellido y a los derechos hereditarios; en consecuencia, cualquier reforma legal en el régimen del matrimonio repercutirá automáticamente en el régimen de la *registered partnership*. Pero la inscripción no produce ninguna clase de efectos, ni crea relación jurídica alguna entre uno de los miembros de la pareja con los hijos que el otro tenga o pueda tener, y que vivan en su compañía (así una lesbiana no tendrá ninguna relación con el hijo de la otra); ello se aplica igualmente a la pareja heterosexual con hijos que procede a inscribir su unión (antes deberá reconocer al hijo, en tal caso, al objeto de disfrutar de la patria potestad compartida con el otro miembro de la pareja). Matrimonio y pareja de hecho registrada se excluyen recíprocamente.

Desde el comienzo de estas reformas, la doctrina holandesa ha admitido la existencia de graves problemas de Derecho Internacional Privado para el reconocimiento en otros países de las parejas registradas en Holanda⁵⁰⁹; incluso pueden originarse, por iguales razones,

509 *The difficulty is exactly that marriages are recognised worldwide just because the institution of marriage is know in worldwide; the international fate of the registered partnership is uncertain because the institution is so little present in national systems worldwide* (Caroline FORDER, *An Undutchable Family Law etc.*, cit., p. 262).

problemas internos⁵¹⁰. También se ha detectado la posibilidad de registrar una pareja de hecho, por ej. entre comprador y vendedor, para defraudar al fisco. Problemas menores: las vacaciones por razón de matrimonio no estaban previstas para las parejas registradas; de más calado: la posible objeción de conciencia del Encargado del Registro a efectuar la inscripción de estas parejas; o la incongruencia que supone que una pareja de hecho registrada, que quiera casarse entre sí, haya de proceder a la extinción de aquélla, demostrando que se ha producido una *ruptura irremediable entre ellos*, cuando no es el caso⁵¹¹...

B) LEY DE 21 DICIEMBRE 2000, QUE PERMITE EL ACCESO AL MATRIMONIO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Se trata, sin duda, de la primera ley europea que permite contraer matrimonio a los homosexuales entre sí; y ello, no a través de un artificio, enmascarado bajo cualquier subterfugio legal, sino directamente, modificando el requisito general de la heterosexualidad vigente hasta ahora de modo unánime en los Códigos europeos continentales, incluido el holandés; de aquí su indudable trascendencia para los demás países europeos, sobre todo si esta reforma neerlandesa se pone como modelo a los demás países comunitarios. En cierto modo se ha franqueado un paso lógico, una vez regulada la *partnership* que produce idénticos efectos que el matrimonio (acaso sin la posibilidad de adoptar) para las parejas de hecho, hetero- u homosexuales, que acceden a un registro oficial. En aquellos países, como Francia, en donde tal peldaño no se ha ascendido todavía, se comprenden bien las protestas de quienes se oponen radicalmente a la equiparación con el matrimonio de cualquier otra modalidad de unión sexual, pues tarde o temprano se franqueará

510 Dos varones italianos registran en Holanda su unión de hecho homosexual; pero uno de ellos contrae en Italia matrimonio con una mujer y vuelve a Holanda. Este país está obligado a reconocer ambas uniones, la registrada en su país por dos ciudadanos de la UE, y el matrimonio posterior celebrado en el país de origen de uno de los miembros de aquélla, por aplicación del DIP. Solución no prevista en la ley (Caroline FORDER, loc. últim. cit., p. 263).

511 Supuestos recogidos de Caroline FORDER, loc. cit., p. 263 s.

el último paso y se ascenderá el último peldaño. En todo caso, es lícito y obligado preguntarse por las últimas consecuencias que pueden derivarse del trascendental paso dado legalmente en Holanda.

Esta ley procede mediatamente del Informe Kortmann, si bien no literalmente. La tramitación parlamentaria ha sido laboriosa, aunque las mayorías finales que ha alcanzado en el Parlamento han sido holgadas⁵¹². El 11 diciembre 1998 el Gobierno envió el proyecto de ley al Consejo de Estado, que lo informó favorablemente, presentándose en el Senado el 8 julio 1999, el mismo día en que se comenzaba a discutir la proposición de ley que permite adoptar a los homosexuales. Aquel proyecto tenía dos partes, una el acceso al matrimonio de los homosexuales, y otra la posibilidad de convertir una unión de hecho registrada en matrimonio y *viceversa*. Ya indiqué que la minoría de miembros de la Comisión Kortmann se oponía al acceso de los homosexuales al matrimonio, ya que, a su juicio, la respuesta legal consistente en la posibilidad de la inscripción de tales uniones, ya era suficiente para las necesidades de tales uniones.

El proyecto del Gobierno siguió en este punto la propuesta mayoritaria, con el complemento de la posibilidad legal de adoptar, y la necesidad de autorización judicial para que el compañero homosexual tuviera la patria potestad compartida sobre los hijos exclusivos del otro. Hay que advertir que la decisión gubernamental fue adoptada después del cambio de Gobierno subsiguiente a nuevas elecciones en mayo de 1998, que dieron origen a una coalición de partidos, pactando entre sí sacar adelante tales proyectos. En la discusión se esgrimieron importantes argumentos; por un lado el principio de igualdad de trato requiere que los homosexuales puedan casarse; además el ejemplo holandés puede animar a otros países en ese camino. Por otro lado se hizo valer en contra el deterioro que sufriría el matrimonio en la sociedad y, sobre todo, la dificultad de que estas uniones se reconocieran en el extranjero; no pareciendo deseable que un pequeño país pueda servir de modelo al resto del mundo. El contenido de la regulación era simple:

512 Da cuenta de los primeros trámites parlamentarios Caroline FORDER, en la crónica publicada en *The International Survey* etc, 2000, p. 47-251.

equiparación entre ambas modalidades de matrimonio en orden a los requisitos de capacidad y de celebración, causas de nulidad y efectos, salvo en lo relativo a los hijos y a las normas de Derecho internacional privado. Como la Ley de 1997 debía revisarse a los cinco años en lo relativo a su aplicación práctica, la mayoría de la Comisión Kortmann recomendaba, una vez que el matrimonio fuera accesible a los homosexuales, la derogación de dicha norma, ya que las diferencias con el matrimonio venían a ser de escasa entidad⁵¹³.

La segunda parte del proyecto legislativo trata de la conversión recíproca de una unión registrada en matrimonio (supuesto que se ve lógico) y, al contrario, la de un matrimonio en simple unión registrada (poco probable); se opera mediante una manifestación de voluntad ante el Encargado del Registro del lugar de la residencia de cualquiera de ellos. Los efectos resultan complejos según los casos, especialmente habiendo hijos. De aprobarse la ley, se prevé una modificación de la de 1985 a propósito de los transexuales pues ahora no habría incompatibilidad alguna para que subsistiera un matrimonio, inicialmente heterosexual, y luego convertido, aparentalmente, en homosexual. La discusión en ambas Cámaras entre el Gobierno y quienes se oponían, o apoyaban, la ley por razones religiosas se ha calificado *as a discussion between two deaf persons*⁵¹⁴, pues cada parte mantuvo sus posiciones ideológicas; votaron en contra el Partido Protestante estricto y el Partido Cristiano Demócrata, y lo hicieron a favor el Partido de la Izquierda de los Verdes, la Izquierda Liberal y el Partido Laborista.

513 Como explica Caroline FORDER, loc. últim cit., p. 250: 1º) La unión registrada finaliza por mutuo acuerdo de los miembros de la pareja; y en caso de muerte deben intervenir notario y letrados para liquidar los efectos patrimoniales; en caso de extinción del matrimonio siempre actúan los tribunales, 2º) No cabe la separación judicial en el caso de la unión registrada, mientras que sí cabe en caso de matrimonio, y 3º) La ley prohíbe la celebración del matrimonio religioso antes del matrimonio civil, prohibición que no rige para la unión registrada. Esta, por lo demás, gran similitud entre ambas instituciones origina confusión. En contra se alega el elevado uso de la Ley de 1997 por parejas heterosexuales para lograr beneficios de tipo económico.

514 Wendy SCHRAMA, crónica cit. en *The International Survey, etc.*, 2002, p. 279.

No ha quedado claro si el Encargado del Registro puede hacer valer la objeción de conciencia para negarse a celebrar el matrimonio de los homosexuales; aunque el tema se debatió en el Parlamento y fuera de él, el Gobierno prefirió no pronunciarse, dejando a los Ayuntamientos de los que depende el Registro tomar decisiones a este respecto.

C) ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

Con frecuencia el Gobierno se apoya en datos estadísticos para introducir reformas concretas en una ley que se está debatiendo en el Parlamento. Por otro lado, las nuevas leyes aprobadas apenas si han tenido tiempo de asentarse en la realidad social, y se corre el riesgo de considerar como definitivo el efecto del *boom* inicial.

Juzgo, no obstante, de interés los datos que se derivan del primer año de aplicación de la Ley de 1997 que creó la figura de la *registered partnership*⁵¹⁵. En este periodo se inscribieron un total de 4.556 uniones, de las cuales 1.550 (es decir, un tercio del total) eran uniones heterosexuales. Durante los once primeros meses de aplicación, el 37% lo eran entre dos varones, mientras que la celebrada entre dos mujeres representaba el 31% de uniones, y el mismo porcentaje representaban las uniones heterosexuales. Se dice que la afluencia al registro de parejas homosexuales ha superado las previsiones del Gobierno, y también ello ha ocurrido en los países escandinavos⁵¹⁶. En cuanto a la edad hay diferencias con el matrimonio; la edad media de casarse para los varones holandeses es de 30 años y de 27 para las mujeres; en cambio para la pareja de hecho registrada es de 45 años para los primeros y 43 para las segundas; entre las parejas homosexuales el mayor número de inscritas se concentra entre 35-54 años, y para los heterosexuales entre 25-34. Se

515 Los tomo de Caroline FORDER, crónica citada en *The International Survey*, etc., 2000, p. 240-242.

516 Razonablemente se observa que no se sabe si este *boom* inicial va a ser seguido ulteriormente, y que también en relación con el matrimonio hay variaciones estacionales; así por ej. hay mayor tendencia a casarse en junio que en diciembre (Caroline FORDER, loc. ultim. cit., p. 240).

señala la siguiente diferencia de edades entre los miembros de la pareja: siete años para dos hombres, cinco para dos mujeres y para heterosexuales, y cuatro para la pareja casada. Entre los matrimonios, el 15% han nacido fuera de Holanda; entre las parejas de hecho, solo el 6%; los extranjeros que se inscriben como parejas de hecho proceden mayoritariamente de Bélgica, Alemania e Indonesia; en cambio Marruecos y Turquía, que tienen amplia representación entre los inmigrantes, no la tienen entre las parejas de hecho registradas. Entre las parejas homosexuales sólo el 25% había contraído previamente matrimonio; entre las heterosexuales, el porcentaje se reparte por mitad, y el 33% eran divorciados. Las uniones homosexuales se concentran en Amsterdam y otras grandes ciudades; por el contrario, las uniones heterosexuales se reparten por todo el territorio. Parece que se confirma la idea de que la motivación de realizar una unión registrada es de orden económico (herencia, pensiones y vivienda compartida). Entre los miembros de uniones de hecho registradas el 25% espera casarse más tarde; algunos expresan su aversión al matrimonio; otros creen que financieramente les ofrece más seguridad que el matrimonio. El 80% de las uniones homosexuales manifiesta su intención de convertirse en matrimonio cuando ello sea legalmente posible, y ello para dar mayor seguridad a los hijos que puedan tener, así como por la mayor significación del matrimonio como institución y (por los varones) para obtener la total equiparación. Por último, aunque no cabe obtener una total evidencia estadística, resulta que el número de matrimonios no ha disminuido al entrar en vigor la Ley de parejas registradas (entre junio de 1997 y junio 1998 se produce, incluso, un leve crecimiento de matrimonios de residentes en Holanda).

Menos son los datos estadísticos correspondientes a los efectos de la entrada en vigor de la Ley de 21 diciembre 2000 sobre el matrimonio homosexual⁵¹⁷. Durante los seis primeros meses de vigencia de la ley alcanzaron el número de 1900, lo que representa el 3,6% del total de matrimonios celebrados en el mismo periodo; de aquella cifra, hay 600 uniones del mismo sexo en las que uno o ambos miembros de la pareja

517 Los tomo de Wendy SCHRAMA, loc. cit., p. 279.

habían estado casados con persona de distinto sexo. El 55% del total de uniones estaba compuesto por varones y el 45% eran mujeres. Finalizado el año 2001⁵¹⁸ se han celebrado 2387 matrimonios entre personas del mismo sexo, con una distribución entre varones y mujeres similar al primer semestre (en total 1325 parejas de gays y 1062 de lesbianas). En el mismo periodo de tiempo se han celebrado más de 82.000 matrimonios heterosexuales

Junto a estos análisis micro-estadísticos conviene recordar que se habla de 1.300.000 de cohabitantes no casados (sin que se precise el número de homosexuales entre ellos)⁵¹⁹, y frente a esta cifra resultan extremadamente modestos los resultados que empiezan a arrojar los primeros años de aplicación de las nuevas y revolucionarias leyes. Así desde el 1º enero 1998 al 1º enero 2001 se computan 4.433 parejas heterosexuales inscritas⁵²⁰. A este ritmo ¿cuántos años serán precisos para que se inscriban el millón largo de cohabitantes no casados? Dada la confusión que puede haberse generado en la sociedad, no extraña, por lo demás, que se auspicie la derogación de la Ley de 1997, tema que analizo a continuación.

D) ¿SOBRA LA LEY DE 1997?

El tema viene de lejos y se manifestó ya en el seno de la Comisión Kortmann. Ahora se reconoce abiertamente que la finalidad de la Ley sobre la Registered Partnership —a saber, lograr igualdad de trato con los homosexuales— ha sido plenamente alcanzado con la Ley del 2000 que permite el matrimonio homosexual. Queda por explicar y justificar el acceso de los heterosexuales a la Ley de 1997, y, por tanto, el mantenimiento de dicha ley. Aparte de la animadversión que algunos de

518 ANTOKOLSKAIA and Katharina BOELE-WOELKI, *Ducht Family Law in the 21st century: Trend-setting and straggling behind at the same time* (ponencia nacional holandesa al Congreso de Brisbane), p. 3.

519 Ofrece el dato Wendy SCHRAMA, loc. cit., p. 281. Por su parte, ANTOKOLSKAIA and Katharina BOELE-WOELKI, loc. cit., p. 2, dicen que hay más de 1,4 millones de parejas holandesas que viven juntas sin formalizar su unión.

520 Dato también de Wendy SCHRAMA, loc. cit., p. 280 s.

éstos puedan abrigar frente al matrimonio (¿también después de la Ley del 2000?) se invoca la necesidad de dotar a las parejas heterosexuales de una regulación que ofrezca un menor grado de simbolismo que el matrimonio. El Gobierno, desoyendo el dictamen del Consejo de Estado que se oponía a la subsistencia de ambas instituciones, ha diferido el adoptar una solución hasta el año 2006. Se critica esta postura del Gobierno, y se plantean una serie de cuestiones fundamentales que merecerían mayor profundización⁵²¹: ¿Cuál es la función del Estado respecto a la regulación de las relaciones basadas en el afecto? ¿Hay un modelo de regular estas relaciones que debía ser preferido por el legislador? ¿Debería derogarse el matrimonio? Ya se comprende que, sobre el tema, no hay unanimidad de opiniones entre los diferentes partidos políticos.

E) LA ADOPCIÓN DE MENORES POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

La Ley que lo ha admitido se aprobó el 21 diciembre 2000, y ha entrado en vigor el 1º abril 2001. Esta reforma no ha merecido tanta atención por parte de la opinión pública como las otras, aunque altera fundamentalmente la naturaleza de la adopción. La institución de la adopción se admitió en Holanda en 1956, y se modificó por Ley de 24 diciembre 1997; su finalidad es la mejor protección del interés de los menores; debe ser aprobada por el Juez, quien debe asegurarse el cumplimiento de aquella finalidad; la adopción extingue los vínculos con la familia de origen y crea nuevos vínculos con los adoptantes; se trata de una medida excepcional sujeta al cumplimiento de diversos requisitos. Pero, con la actual modificación, parece que se persigue fundamentalmente el interés de los adoptantes de adquirir en su beneficio una relación paterno-filial respecto del adoptado, y no tanto en perseguir el interés del menor; por ello algún autor propone sacar este título de la filiación, e incluirlo en uno nuevo que regule las relaciones de la pareja homosexual y el adoptado. Esta modalidad de adopción se recomendó por la Comisión Kortmann, y aunque el Gobierno inicialmente

521 Recco los argumentos de Wendy SCHRAMA, loc. cit., p. 281.

no la acogió, luego cambió de opinión y presentó el correspondiente proyecto de ley⁵²². La votación definitiva para su aprobación arrojó un resultado similar al de la ley del matrimonio homosexual.

F) REPERCUSIÓN EN LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS: ¿SE VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE FILIACIONES Y DE NO DISCRIMINACIÓN?

Probablemente los desajustes —graves a mi juicio— que expondré a continuación en relación con la posición de los menores —con una clara violación del principio de igualdad—, afectados por las reformas familiares hasta aquí descritas, son consecuencia de un método de legislar por temas concretos, careciendo, o habiendo perdido, una visión general del Derecho de Familia; sector, como se sabe, de extraordinaria delicadeza, íntimamente relacionado todo él entre sí, de modo que el desplazamiento de una institución, o su reforma total o parcial, desencadena inmediatamente consecuencias en cascada en el resto del ordenamiento familiar⁵²³.

Hay al menos dos aspectos decisivos en este punto: uno es saber si los padres han formalizado, o no, su relación; si lo han hecho efectivamente, todavía cabe diferenciar si los padres están casados o si sólo han celebrado una unión registrada. Un segundo criterio hace referencia a que se trate de los miembros de una pareja homosexual o heterosexual. De aquí resultan hasta cinco situaciones posibles (y cabría todavía imaginar alguna más), con diferente contenido de derechos y obligaciones⁵²⁴:

522 Las vicisitudes parlamentarias del proyecto están expuestas por Caroline FORDER, *The International Survey*, etc., 2001, p. 312-315. La discusión en la primera Cámara se relata por Wendy SCHRAMA, *The International Survey*, etc., 2002, p. 289-291.

523 Lo reconoce un autor que aprueba, en principio, las reformas (Wendy SCHRAMA, loc. últim. cit, p. 303: *Family law resembles a patchwork of regulations, with some main principles for the situations which occur most often and a whole body of regulations with only a limited scope of applications designed for specific situations.*

524 Para no extenderme en cuestiones laterales, me limito a enumerar las posibles situaciones en que los hijos pueden encontrarse, y a transcribir los excelentes cuadros sinópticos, del autor a quien sigo: Wendy SCHRAMA, loc. últim. cit., p. 291 ss;

1) relación en la que los padres están casados con personas de sexo opuesto;

2) relación en que los padres de sexo opuesto, sin estar casados, han registrado su unión;

3) relación en la que los padres de sexo opuesto, ni se han casado, ni han registrado su unión;

4) relación en la que los *padres*, ya estén casados o hayan registrado su unión, son del mismo sexo;

5) relación en la que los *padres* del mismo sexo, ni se han casado, ni han registrado su unión.

(Adviértase que la *paternidad*, en los casos 4 y 5, posee un significado especial por lo que el término *padres* se destaca en cursiva).

Cuando entre nosotros el TC ha elaborado, desde hace años, una consolidada doctrina en torno a la no discriminación por razón del origen, bien asimilada por los operadores del derecho y por la sociedad en general, parece difícil asumir estas consecuencias discriminatorias, al menos en apariencia, que se derivan de las reformas matrimoniales holandesas. Resulta claro que no sólo hay una pluralidad de formas de unión sexual legalizada, y que, por añadidura, resulta modificada y adulterada la tradicional en algo tan esencial como la heterosexualidad; si bien, hasta ahora, se nos había ocultado que aquella pluralidad acarrea, o podía acarrear, otra pluralidad de relaciones entre padres e hijos, con amplia diversidad de contenidos. Todo ello resplandece en los cuadros sinópticos que, a continuación, transcribo⁵²⁵.

especialmente llamo la atención sobre el contenido de las aludidas y detalladamente pormenorizadas posiciones jurídicas de los hijos.

525 Los tomo literalmente de Wendy SCHRAMA, loc. cit., p. 299-301.

ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO

	Opposite-sex partners who have married	Opposite-sex partners who have registered a partnership	Opposite-sex partners who have not formalized their relationship	Same-sex partners who have registered a partnership or married	Same-sex partners who have not formalized their relationship
Parenthood	Woman: Legal status of mother. Man: Legal status of father.	Woman: Legal status of mother. Man: Status of father, but only after recognition.	Woman: Legal status of mother. Man: Status of father, but only after recognition.	Partner 1: Legal status of parent. Partner 2: No status of parent (recognition not possible).	Partner 1: Legal status of parent. Partner 2: No status of parent (recognition not possible).
Custody					
Conditions and legal basis of custody	Parents have automatic shared custody.	If the child is recognised before its birth, both parents have automatic shared custody. If the child is recognised after its birth, the parents may register as having shared custody with the county court registrar. Parents have automatic shared custody.	After recognition of the child the parents may register as having shared custody with the county court registrar. If the child is not recognised, only the mother has automatic custody. The parents may apply for shared custody.	If the child is born during the marriage or registered partnership and if there is no other legal parent, the partners acquire automatic shared custody. If there is another legal parent, the partners have to apply for shared custody.	The parent and his/her partner may acquire shared custody if, where there is no other legal parent: 1) the parent has sole custody; 2) the partner has a close personal relationship with the child. If there is another legal parent: 3) where there has been one year's actual care of the child by the parent and the partner, and 2) the parent must have had sole custody for 3 years. The court determines where there are substantial indications that the interests of the child will be neglected if the order is granted.
End of shared custody	After a divorce, shared custody continues. Both parents may request sole custody. The criterion is the best interests of the child.	After termination of the registered partnership, shared custody continues. Both parents may request sole custody. The criterion is whether the circumstances have changed and which custody regulation is in the best interests of the child.	After breakdown of the relationship, shared custody continues. Both parents may request sole custody. The criterion is whether the circumstances have changed and which custody regulation is in the best interests of the child.	After the dissolution of the marriage or registered partnership, shared custody continues. Both parents may request sole custody. The criterion is whether the circumstances have changed and which custody regulation is in the best interests of the child.	After breakdown of the relationship, shared custody continues. The other legal parent may request sole custody. If sole custody is granted to the partner, both parents may always request sole or shared custody. The criterion is whether the circumstances have changed and which custody regulation is in the best interests of the child.
Maintenance	Both parents have a duty to maintain the child until the child until he/she is 18 or 21 years old.	Both parents have a duty to maintain the child until he/she is 18 or 21 years old. If the man has not recognised the child, he is under a duty to maintain the child as if he were a parent.	Both parents have a duty to maintain the child until he/she is 18 or 21 years old. If the begueter has not recognised the child, he is under a duty to maintain the child as if he were a parent.	The parent has a duty to maintain the child until he/she is 18 or 21 years old. The partner is obliged to maintain the child during the marriage or registered partnership. After termination thereof, he/she is no longer under such a duty.	The parent has a duty to maintain the child until he/she is 18 or 21 years old. The partner is obliged to maintain the child until he/she is 18 or 21 years old or, after termination of shared custody, for a period equivalent to the period of shared custody. In special cases, the court may determine a longer period.
Surname	The parents may choose the family name of either parent. If they do not make a choice when they register the child's birth, the child will have the father's name.	The parents may choose the family name of either parent. If they do not choose the father's name at the moment of recognition, the child will continue to have the mother's name. If the man does not recognise the child, the child has his/her mother's name.	The parents may choose the family name of either parent. If they do not choose the father's name at the moment of recognition, the child will continue to have the mother's name. If the man does not recognise the child, the child has his/her mother's name.	The parents may choose the family name of either parent. If they do not make a choice when they register the child's birth, the child will have the mother's name.	The partners may apply to the court for an order changing the name of the child into the name of the parent or the name of the partner. The court has to reject the request if a child of 12 years or older does not consent, if the request for shared custody has been rejected or if it is contrary to the interests of the child. The case-law seems to indicate a reserved approach.

6. LA APISONADORA TEUTÓNICA: LA *LEBENS-PARNERTS-CHAFTGESETZ* DEL 2001

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

A diferencia de otros países europeos, podríamos decir que Alemania ha afrontado directamente el tema que ha preocupado a la doctrina y a los poderes legislativos en los últimos años: ¿Pueden los homosexuales celebrar, o no, matrimonio? Se ha prescindido de vías oblicuas y no se han desvirtuado instituciones cuya realidad la nueva ley ya no enmascara. Como recuerda el Prof. COESTER⁵²⁶, aunque el Derecho alemán manejaba el término *matrimonio* en varios contextos, no lo había definido, dado que su significado pareció obvio al legislador hasta la promulgación de la Constitución de Bonn de 1949. Ha sido el TC al interpretar el art. 6.1 de aquélla, el que ha precisado los elementos nucleares que integran el concepto legal de matrimonio. Así se le define: “es la unión de un hombre y una mujer, para toda la vida, basada en el libre consentimiento de ambos, declarado en un acto formal, en el momento de su constitución”. Éste es el concepto secularizado del matrimonio recibido de la tradición cristiana europea, coincidente sustancialmente con el anteriormente expuesto⁵²⁷. El matrimonio

526 En la Ponencia de su país al XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Brisbane, 14-20 julio 2002). Manejo el texto que recibí como Ponente general del tema, p. 6 ss.

527 El autor enumera los siguientes caracteres: monogamia, heterosexualidad, basado en el libre consentimiento de las partes, celebrado para toda la vida, en presencia del Encargado del Registro. Indica las atenuaciones que se han producido en estas notas: La monogamia no impide el reconocimiento de la validez en Alemania de un matrimonio polígamo celebrado en el extranjero, siendo anulable el segundo vínculo, de modo que temporalmente pueden tener validez dos matrimonios de una misma persona. El fácil acceso al divorcio por causas objetivas y el elevado índice de divorcialidad debilita de hecho el principio de que el matrimonio dura de por vida. El carácter formal y solemne del matrimonio se ve afectado por la reforma de 1998 para la revalidación de un matrimonio nulo por defecto de forma cuando las partes han convivido de buena fe durante diez años (o sólo cinco en caso de muerte prematura de uno de los cónyuges) y la existencia de un documento público basado en la presunción de que el matrimonio existe (§ 1310 III BGB). Por último la Ley de 2001, que se examina en el texto, supone un debilitamiento del carácter heterosexual del matrimonio (COESTER, loc. cit., p. 7).

válidamente celebrado atribuye además un reconocimiento público, un *status* privilegiado en todos los ámbitos del derecho (especialmente fiscal, hereditario, procesal etc). La Constitución dispone, además, de una especial protección para las parejas casadas, y la disolución del matrimonio requiere siempre intervención del Juez.

B) LA LEY DEL 2001 SOBRE LA *LEBENSPARTNERCHAFT*

Supuesto lo anterior, se entiende la situación socio-jurídica de las parejas homosexuales en Alemania⁵²⁸; hasta 1969 los actos de esta naturaleza practicados entre varones se castigaban como delito, y sólo en 1994 los homosexuales recibieron penalmente el mismo trato que los heterosexuales. La doctrina comenzó a estudiar las salidas civiles a esta problemática, sea a través de un contrato o de un testamento; pero su situación familiar hubo de enfrentarse a la s. de 4 octubre 1993, del TC, que negó a los homosexuales el derecho a casarse. La polémica doctrinal⁵²⁹ se incrementó cuando los diversos partidos políticos presentaron en el Parlamento sus propuestas de regulación⁵³⁰, agudizándose el debate con posiciones ideológicas encontradas⁵³¹, y la variedad de interpretaciones sobre la posible inconstitucionalidad de la nueva regulación⁵³². La discusión parlamentaria ha sido tensa, con algunas vicisitudes llamativas, pues el proyecto inicial hubo de ser dividido en dos partes, dado que sólo así la primera (titulada

528 Sigo a Nina DETHLOFF, en su crónica *The registered Partnership Act of 2001*, en *The International Survey etc* 2002, p. 171.

529 El tema de la *nichteheliche Lebensgemeinschaft* había suscitado abundante bibliografía. Buena documentación se encuentra en las siguientes monografías: Bea VERSCHRAEGEN *Gleichgeschlechtliche "Ehen"* (Wien 1994) y SCHIMMEL *Eheschliessungen gleichgeschlechtlicher Paare?* (Berlin 1996).

530 Una exposición crítica en Bea VERSCHRAEGEN *Gleichgeschlechtliche Beziehungen im Spiegel des Rechts*, *Deutsches u. Europäisches Familienrecht*, 2(2000) p. 68-75; STRICK *Gleichgeschlechtliche Partnerschaft- Von Straftatbestand zum Status?* Id. id.p. 82-94; PAWLOWSKI *Abschied von der "bürgerlichen Ehe"? Ist der Schutz der Ehe durch den Staat noch zeitgemäss?*, id. id. p.19-28.

531 DIEDERISCHEN *Homosexuelle -von Gesetzes wegen?* NJW, 2000, p.1841 ss.

532 Así SCHOLZ-UHLE *Eingetragene Lebenspartnerschaft u. Grundgesetz*, NJW, 2001, p. 393-400.

Lebenspartnerschaftsgesetz) pudo ser fácilmente aprobada, mientras que la segunda (rotulada *Lebenspartnerschaftergänzungsgesetz*), con las disposiciones complementarias, fue rechazada por el Consejo Federal, en donde el Gobierno no tenía mayoría. La primera parte del proyecto entró en vigor el 1º agosto 2001, y su estudio minucioso es el que ofrece, sin duda, un subido interés para nuestro propósito.

C) SIGNIFICADO GENERAL DE LA LEY

En una primera y matizada aproximación al significado general de esta ley, dice COESTER⁵³³ que con ella no se permite a los homosexuales acceder al *matrimonio*, pero la nueva institución de la *unión homosexual registrada* se ha configurado siguiendo las líneas del matrimonio, de modo que aquéllos han sido colocados en pie de igualdad en casi todos los aspectos legales con las personas casadas (régimen económico, alimentos, apellidos, divorcio y sus consecuencias, público *status*). Sin embargo, los homosexuales registrados no tienen capacidad para adoptar y después del divorcio no hay división de los derechos de pensión; las diferencias todavía existentes en materias accesorias, desaparecerán cuando se apruebe la segunda parte de la ley. En suma, no estamos en presencia de un *small marriage*, sino de una *alternativa equivalente (aliud)* al matrimonio para los homosexuales, a quienes la legislación ordinaria les prohíbe casarse entre sí. Cabe observar que las diferencias entre el matrimonio y la unión registrada de los homosexuales reposan, por decirlo así, en el filo de la navaja, pues dicho autor dice que ambos tipos de uniones están diferenciados, pero, en principio, son iguales. Precisamente, subraya COESTER, aquí se marcan las diferencias con otros países europeos en este punto, pues no se trata de una especie de *secondary marriage*, a mitad de camino entre el matrimonio y la mera cohabitación no marital; si bien se insiste que en Alemania no se ha autorizado el matrimonio a los homosexuales. Después de esta tan trabajosa y matizada diferenciación, parece conveniente, en mi opinión, analizar la ley en detalle.⁵³⁴

533 COESTER, loc. cit., p. 8 s., p. 172 ss.

534 Para lo que sigue, Nina DEHTLOFF crónica cit.

D) CONSTITUCIÓN Y REQUISITOS DE LA UNIÓN HOMOSEXUAL LEGALIZADA

Los miembros de la *Lebenspartnerschaft* deben ser del mismo sexo, definiéndose éste como en el caso del matrimonio, en lugar de hablar del concepto equívoco de la *orientación sexual*⁵³⁵, cuya constatación puede afectar a la privacidad de la persona. En realidad utilizarán aquella figura los gays y las lesbianas, pero la doctrina entiende que podrían constituirla dos personas del mismo sexo aunque *con orientación heterosexual*⁵³⁶ (en cuyo caso parece que la finalidad de la ley no se cumpliría). Sólo pueden establecerla dos personas, y no más de dos personas; igual que ocurre con el matrimonio, se entiende que *por ahora*⁵³⁷ una comunidad íntima, basada en la responsabilidad mutua, sólo puede fundarse en la comunidad existente entre *dos* personas. Las partes deben hacer una declaración de voluntad presencial —sin que quepa la representación—, dirigida a la otra parte, sobre su intención de ingresar en esta unión para toda la vida —se admiten, sin embargo, formas legales de ruptura—, sin que pueda establecerse ninguna condición o término⁵³⁸. La manifestación de voluntad de los compañeros ha de expresarse ante la autoridad competente; cuestión que la ley remite a los *Länder*, los cuales mayoritariamente se han pronunciado a favor del Encargado del Registro de Estado civil. Una vez prestada, la declaración no puede revocarse.

535 En Alemania el sexo de los recién nacidos se determina en el nacimiento, en relación con los órganos sexuales primarios, acudiéndose al dictamen médico en caso de duda. Si hubo error en la determinación inicial, cabe su rectificación posterior. Para los transexuales la Ley de 1980 estableció dos soluciones, la *kleine Lösung* que autoriza únicamente al cambio de apellidos, y la *Grosse Lösung* sujeta a mayores requisitos, y que autoriza la celebración de matrimonio conforme al *nuevo* sexo.

536 Así Nina DETHLOFF, loc. cit., p. 172.

537 Significativo subrayado de la autora cit. en nota anterior.

538 La versión inglesa que manejo dice literalmente: *The partners must, while present in person, declare to each other their mutual intent to enter a partnership for life* (así Nina DEHTLOFF loc. últim. cit.). Antes vimos que esta última nota de indisolubilidad la requiere asimismo el TC alemán para el matrimonio, con todas las atenuaciones que suponen la amplia admisión del divorcio; cabría decir que en Alemania la unión homosexual es más difícil de romper que el matrimonio mismo.

Esta unión no es accesible a los menores de edad, ni a quienes están casados (entre sí, o con tercera persona), ni a quien ya forma parte de otra distinta unión registrada. Se trata de una medida que garantiza una especie de *monogamia homosexual*. Sin embargo, se ha denunciado la existencia, en esta regulación, de una laguna legal pues tales prohibiciones no funcionan en sentido inverso. La persona que forma parte de una unión registrada no tiene obstáculo para casarse con otra persona, y tal hecho tampoco constituye una causa de divorcio⁵³⁹. Tampoco podrán igualmente establecerla aquellas personas que tienen entre sí impedimento para casarse por razón de parentesco. Hay una norma legal que parece apuntar a la utilización de la técnica simulatoria, ya que no puede válidamente establecerse dicha unión cuando no existe el propósito común de ambas partes de asumir las obligaciones legales derivadas de la *Lebenspartnerschaft*. No hay, sin embargo causas de nulidad, de modo paralelo al matrimonio, proponiéndose por la doctrina acudir a las causas de disolución de la unión; a menos que se trate de problemas relativos a los vicios de la declaración de voluntad, en cuyo caso se propone utilizar la doctrina general del negocio jurídico⁵⁴⁰.

E) EFECTOS

Con carácter general, en el aspecto personal, la Ley establece que la unión homosexual registrada establece una relación de derechos y obligaciones comunes, inspirados en el principio de solidaridad entre los compañeros o miembros de la unión; que se traducen en el cuidado y apoyo recíprocos, la organización común de la vida y la asunción de responsabilidades del uno por el otro. Hay una inspiración en los derechos y deberes del matrimonio, si bien no se produce una total identidad. El régimen de los apellidos es similar al de los casados.

539 En lugar de ver aquí un olvido del legislador (así Nina DETHLOFF, loc. cit., p. 173), que habría omitido modificar el §1306, ¿no sería más bien el implícito reconocimiento legislativo de ser la unión homosexual de rango inferior al matrimonio?

540 Así Nina DETHLOFF, loc. cit., p. 174.

La solidaridad encuentra plena aplicación en materia patrimonial, pues cada uno de los compañeros tiene la obligación de contribuir con la ayuda financiera adecuada, y con su trabajo, a las necesidades del otro. La ley presume que la pareja se ha puesto de acuerdo para distribuir las tareas de sus miembros, ya sea el trabajo fuera de casa, ya sea en el interior del hogar. Las obligaciones patrimoniales de cada compañero no afectan a los hijos que cualquiera de ellos tenga, aunque vivan en su compañía. Se atribuye a cada uno, como en el matrimonio, a modo de una potestad doméstica (*Schlüsselgewalt*) con capacidad para obligar solidariamente al otro en relación con los gastos ordinarios. Estas normas, que pueden calificarse de *régimen cuasi-matrimonial primario* de la unión homosexual, parecen poco realistas. Responden probablemente a una imagen ideal que el legislador se ha representado de la unión homosexual; pero la doctrina reconoce que hay muy pocos estudios sobre la manera de organizarse económicamente tales uniones en la práctica, y, por otro lado, el modelo matrimonial sirve de poco, dado que la regla general es que en aquélla falten los hijos, propios de alguno o adoptados⁵⁴¹. Otro matiz diferencial se produce en relación con el equivalente del régimen económico patrimonial, pues, a diferencia de los casados, los miembros de la unión homosexual están obligados a declarar, al tiempo de formalizarla, qué reglas han adoptado, aunque disponen de cierta capacidad de elección entre el régimen de participación, la separación de bienes o la comunidad.

La ley prohíbe la adopción conjunta a ambos miembros de la pareja, y asimismo la adopción que pudiera hacerse por un compañero respecto de los hijos del otro, por lo cual no pueden ostentar el equivalente alemán de la patria potestad conjunta. Pero la ley ha establecido un *kleines Sorgerecht*. Éste tiene carácter residual, y no se da cuando hay otro progenitor extraño que comparte con el compañero tales derechos sobre un menor; se extiende sólo a decidir con el titular del derecho sobre las cuestiones de la vida cotidiana, lo que implica también el deber de contribuir a su mantenimiento, y a representarle juntamente con el otro. Los Tribunales tienen la facultad de reducir o

541 En el mismo sentido Nina DETHLOFF, loc. cit., p. 175.

excluir estos derechos en interés del menor. En caso de peligro inminente, el compañero puede adoptar las medidas necesarias para aquél. En Alemania no se ha regulado hasta ahora la procreación asistida, de modo que la situación jurídica de la compañera respecto del hijo alumbrado por la otra durante la vigencia de unión homosexual registrada, no resulta nada clara en la legislación⁵⁴².

F) EXTINCIÓN

El régimen es complejo, hasta el punto de que, en términos generales, cabe decir que disolver esta unión es más costoso que obtener el divorcio ordinario de un matrimonio⁵⁴³. Si se solicita con base en el mutuo acuerdo, el Tribunal lo acuerda doce meses después de presentada la declaración; pero si se trata de una ruptura unilateral, el Tribunal disolverá la unión registrada 36 meses después de presentada la solicitud. Estos plazos sólo pueden abreviarse cuando se demuestra que la continuación de la unión representa para el solicitante una inaceptable severidad o dureza por razones referentes a la persona de cualquiera de los compañeros. Ello da pie a la doctrina a suponer que aquella causa será —probablemente— la más invocada, siempre que previamente haya una petición de ruptura con base legal para iniciar, en todo caso, el transcurso de los plazos correspondientes. Más sencilla es la extinción de la unión por fallecimiento de uno de sus miembros, en cuyo caso se aplican, en principio, las mismas reglas que las que regulan los derechos del cónyuge superviviente. Si la disolución se produce por acuerdo o por decisión unilateral, hay una especie de deber de alimentos prorrogado cuando el otro no ha logrado el empleo que esperaba, o si ello se ha debido a su edad avanzada; los tribunales pueden distribuir la vivienda común y su mobiliario.

542 Cfr. Nina DETHLOFF, loc. cit., p.177 s.

543 Lo subraya Nina DETHLOFF, p. 179.

G) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COHABITACIÓN HETERO- U HOMOSEXUAL, NO REGISTRADA⁵⁴⁴

Las parejas hetero- u homosexuales, que no han querido registrarse tienen libertad de cohabitar sin someterse a ninguna regulación; ejercitan la libertad reconocida en el art. 2.1 de la Constitución, aunque carecen de *status* y protección legal; las sanciones penales contra ellas han sido derogadas. El ordenamiento alemán respeta la decisión de permanecer *outside of the law* aunque se ha negado a otorgarles una regulación especial. Ello no impide que puedan disfrutar de los beneficios que les otorgan leyes especiales (por ej. en materia de seguridad social), así como ciertas soluciones jurisprudenciales para evitar injusticias. Pero no cabe aplicar por analogía, ni la ley matrimonial, ni ley sobre parejas homosexuales. En consecuencia, los miembros de una pareja de hecho no formalizada son extraños entre sí a todos los efectos (alimentos, derechos hereditarios, deducciones fiscales, presunción de paternidad, etc). Cabe que tales efectos se regulen por contrato, pero parece que, en Alemania, se hace escaso uso de este mecanismo jurídico.

H) ALGUNAS CONCLUSIONES

Tiene razón la doctrina alemana cuando subraya la originalidad de la ley del 2001. No se parece al modelo holandés pues se ha dejado intacto el régimen primigenio del matrimonio; los homosexuales siguen sin poder casarse en dicho país. Pero se ha tratado de dar una solución legal al problema de estas parejas, a quienes la legislación prohíbe contraer matrimonio entre sí. Esta solución no está representada por el PACS, sino por algo distinto al matrimonio, aunque igual en sus efectos. El estudio detallado de la ley permite descubrir desviaciones del régimen matrimonial, que podemos considerar casi inevitables. Así: ¿Rige entre los homosexuales un deber de fidelidad?, ¿qué traducción tiene el concepto de *cargas del matrimonio* aplicado a la *Lebenspartnerschaft*?, ¿cómo funciona esa *mini-patria potestad*, además residual, otorgada eventualmente al otro compañero de la pareja?, ¿o sucederá más bien en la práctica que el hijo padezca una tremenda confusión

544 Sigo a COESTER, ponencia cit., p. 9 s.

a propósito de quiénes son sus progenitores?, ¿por qué el legislador trata de lograr una mayor estabilidad y duración de las parejas homosexuales, respecto del matrimonio (aunque en ambos sigue utilizando la fórmula tradicional de *para toda la vida*)? ... *et sic de caeteris*.

Se ha impugnado la ley, con sólida argumentación, por utilizar inadecuadamente determinados conceptos tales como *discriminación*, *orientación sexual*, *minoría*, etc.⁵⁴⁵, lo que, de ser cierto, permitiría dudar tanto de la *ratio legis* como de la oportunidad de la Ley⁵⁴⁶; también se impugna la supuesta igualdad o equiparación de efectos entre ambas figuras, no teniendo así más remedio que ver en la unión homosexual legalizada un *matrimonio de segunda clase*⁵⁴⁷. Bajo otra perspectiva se ha defendido que, a la vista de la protección constitucional del matrimonio en el art. 6 de la Constitución, la única diferenciación posible sería la que se estableciera entre las uniones *in iure* o *de facto*, aptas para realizar los fines de la procreación, y las restantes, tanto si se trata de uniones entre dos personas como entre más, las cuales, por definición, no pueden alcanzar aquellos fines. Lo que hace temer que se añada confusión a la confusión.

7. EL LUSO: SÍ, PERO NO⁵⁴⁸

Observa ANTUNES VARELA⁵⁴⁹ que, hasta la Revolución de abril de 1974, la situación jurídica de concubinato (unión libre o *de facto*)

545 Así Bea VERSCHRAEGEN, *Gleichgeschlechtliche Beziehungen im Spiegel des Rechts*, cit., p. 72 ss.

546 La única justificación a favor de la ley, que aduce Nina DETHLOFF, p. 180, es que contribuye a reducir la discriminación contra las parejas del mismo sexo.

547 En tal sentido SCHLÜTER *et alii*, loc. cit., p. 18.

548 Sobre el tema puede verse PAIS, Sofía Oliveira "*De facto*" *relationship and same-sex relationship in Portugal*, *The International Survey* etc. 2002, p. 337 s.; ALMEIDA, Gerardo da Cruz, *Da união de Facto, convivência more uxorio em direito internacional privado* (Lisboa 1999); COELHO, João P.T., *A Família; perspectiva evolutiva do conceito tradicional*, *Revista do Ministério Público*, 1993, núm. 54, p. 113-123; HÖRSTER, *Does Portugal need to legislate on "de facto unions"?*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, núm. 13, p. 274 ss.

549 ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1º vol. 5ª ed. (Lisboa 1999), p. 27 ss.

carecía, en Portugal, de una tutela jurídica especial; la convivencia *more uxorio* era un dato de hecho que, en algún supuesto, servía para determinar la paternidad ilegítima del hijo nacido de una unión no matrimonial de sus padres. Pero el art. 36.1 de la Constitución de 1976 establece que *todos têm o direito de constituir família e de construir casamento em condições de plena igualdade*. Precepto que se completa con el art. 36-4º, relativo al uso de cualquier designación discriminatoria relativa a la filiación dentro o fuera de matrimonio. En aplicación de estos principios constitucionales se han producido algunas reformas legislativas que, a juicio del autor, no han servido para crear entre los interesados relaciones familiares o conyugales⁵⁵⁰. El tema, sin embargo, se ha reabierto en los últimos años⁵⁵¹, planteándose inicialmente una ampliación de los derechos concedidos a las uniones heterosexuales, y también el reconocimiento eventual de la unión entre personas del mismo sexo. Como motivos que inducen a la unión de hecho se han aducido los siguientes: los gastos que supone la ceremonia del matrimonio; la existencia de impedimentos legales para casarse; el rechazo a la burocracia y a la intervención estatal en el matrimonio formal y solemne; la pérdida de beneficios fiscales y sociales al casarse, y también el poder experimentar las ventajas de un *matrimonio a prueba*.

Aunque no existen muchos estudios estadísticos, se calcula, con referencia al año 1991, que, sobre una población de unos diez millones de habitantes, alrededor de 194.000 portugueses viven en una relación de hecho. Entre los jóvenes portugueses no parece gozar de gran predicamento la opción por la pareja de hecho; una encuesta parcial realizada en 1996, en la zona metropolitana de Lisboa arrojaba el resultado de que sólo el 7,7% elegiría vivir juntos sin estar casados. En 1999, sobre una muestra de 1624 encuestados de 15 a 29 años, se proponían casarse entre el 80 y el 90%. El matrimonio canónico es prevalente en la práctica⁵⁵². Por otra parte, desde 1975 se ha facilitado y simplificado el

550 ANTUNES VARELA, op. et vol. cit., p. 31.

551 PAIS, Sofia Oliveira, loc. cit., p. 337 ss.

552 En el trienio 1996-1998 se celebraron los siguientes matrimonios canónicos: 42.322, 44.457 y 44.644. En el mismo periodo los matrimonios civiles fueron los siguientes:

divorcio, al que acceden incluso quienes se han casado canónicamente. Por esta razón han venido a desaparecer algunos de los argumentos a favor de la unión libre. Según Sofía Oliveira PAIS⁵⁵³ —en opinión que comparten otros autores—, matrimonio y unión de hecho no han de equipararse, aunque el legislador no deberá ignorar la realidad social de la cohabitación, y ello por razones de equidad y de protección de la parte débil, lo que justifica el reconocimiento legal de algunos efectos a la misma.

A) LA LEY DE 1999 SOBRE UNIONES DE HECHO HETEROSEXUALES (PRIMER TEXTO LEGAL INAPLICADO)⁵⁵⁴

Además de conservar los beneficios que concedían otras normas vigentes a los convivientes *de facto*, la Ley de 28 agosto 1999 impone algunas prohibiciones a los convivientes, tomadas del régimen de los impedimentos matrimoniales (así no haber alcanzado los 16 años, enfermedad mental notoria, parentesco de consanguinidad, vínculo matrimonial no disuelto, condena penal, etc.). En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el sobreviviente tiene una opción para adquirir la vivienda común y disfrutar durante cinco años de un derecho de habitación; derecho a vacaciones y otros beneficios sociales, igual que los casados; el derecho de adoptar conforme al régimen general. Pero se ha reprochado a esta ley que no establece obligaciones ni deberes, en compensación a los derechos. El resultado paradójico es que la nueva ley discrimina negativamente a las parejas casadas sobre las que recaen deberes y obligaciones, entre sí y respecto de terceros. Esta ley no ha entrado en vigor, aunque se considera que la protección dispensada, en otras leyes, a las parejas de hecho no resulta inferior a la otorgada en legislaciones extranjeras que hacen de la unión de hecho *a secondary kind of marriage*.

tes: 21.351, 21.313 y 21.954. En ambas clases de matrimonio se está experimentando un suave crecimiento del índice de matrimonialidad, a diferencia de lo ocurrido desde 1976 a 1995.

553 PAIS, Sofía Oliveira, loc. cit., p. 339.

554 PAIS, Sofía Oliveira, loc. cit., p. 341 s.

Paralelamente, a lo largo de los años 1999 y 2000, se han presentado varios proyectos de ley (del Partido socialista, del Partido comunista, del Partido de los Verdes y del Partido de la Izquierda del Centro), coincidentes todos en ampliar la cobertura legal a las parejas del mismo sexo, aunque diferenciándose en las denominaciones utilizadas (así el Partido socialista hablaba de *vida em economia comun*, que la traducción inglesa lo equiparaba a *domestic partnership*, definida aquélla como “la situación de dos personas que pública y notoriamente viven en comunidad de mesa y casa por más de dos años”); tampoco había unanimidad en las causas de disolución, pues algunos proyectos sólo preveían la muerte y la celebración de matrimonio con otra persona, y otros añadían el cese de la vida común o la voluntad unilateral. Estos proyectos respondían a diferentes concepciones de la familia y del matrimonio, habiendo quien se oponía a la extensión de beneficios a la unión homosexual por ser el primer paso hacia el reconocimiento del matrimonio homosexual, que destruye la noción de matrimonio basada esencialmente en la diferenciación de sexos. Otros invocaban a favor el art. 36.1 de la Constitución⁵⁵⁵.

B) LAS LEYES DEL 2001 SOBRE EL ESTATUTO LEGAL DE LA COMUNIDAD DOMÉSTICA Y LA RELACIÓN *DE FACTO*

La Ley 6/2001 establece algunas medidas de protección de las personas que viven en una relación doméstica. Esta nueva institución se basa en la solidaridad social y se define como la situación en que dos o más personas, una de las cuales ha cumplido, al menos, la edad de 18 años, viven en comunidad de mesa y casa, por más de dos años, ayudándose recíprocamente y compartiendo recursos económicos. Hay algunos impedimentos para establecer esta comunidad doméstica: la existencia de un contrato que implique vivir en la misma casa, o una relación laboral entre los sujetos, o la existencia de otra comunidad doméstica para fines temporales y específicos; o cuando alguno de los miembros de la comunidad ha sido sometido a coacción física o psico-

555 Opiniones doctrinales recogidas por PAIS, Sofía Oliveira, loc. cit., p. 343.

lógica. Los beneficios que derivan de esta situación son los siguientes: derecho a vacaciones, tanto en la empresa privada como pública; preferencia para un puesto de trabajo en el servicio civil en términos equivalentes a los casados; los beneficios fiscales otorgados a los cónyuges se conceden también a los miembros de una comunidad doméstica; al morir el propietario de la vivienda, el sobreviviente (¿o sobrevivientes?) tiene un derecho de opción para adquirirla, o de habitar en ella durante cinco años.

La Ley 7/2001 deroga la de 1999 sobre las uniones de hecho heterosexuales, sustituyéndola por un régimen más amplio. Se define esta situación de hecho como “una situación legal de dos personas que, independientemente de su sexo, viven juntas por más de dos años”. Así se ha ampliado a las uniones homosexuales el régimen que la Ley de 1999 aplicaba a las uniones de hecho heterosexuales. No pueden contraer este tipo de unión las personas que no han cumplido 16 años, los que padecen enfermedad mental notoria, los parientes por consanguinidad, los ya casados y quienes han sido condenados a determinados delitos. Se confirma la prohibición de adoptar conjuntamente a ambos miembros de la pareja homosexual. Se determina que esta relación se extingue por la voluntad, muerte o por matrimonio con otra persona de cualquiera de los componentes de la pareja. Como ya ocurrió con la Ley de 1999, la de 2001 parece que tampoco puede ser aplicada, por ahora, por falta de desarrollo normativo, aunque esta situación podría cambiar en el futuro⁵⁵⁶.

C) REFLEXIÓN CONCLUSIVA

De las aludidas dos leyes sucesivas promulgadas en el transcurso de apenas dos años, cuya aplicación está pendiente, al parecer, de desarrollo normativo, y cuando actualmente ha ganado las elecciones un partido de centro-derecha cuya filosofía parece no coincidir con la que inspiró las leyes examinadas, resulta un panorama escasamente interesante *a priori*. Llama, en cambio, la atención que simultáneamente

556 Así PAIS, Sofía Oliveira, loc. cit., p. 345.

con la ley en vigor referente a las uniones de hecho cualquiera sea la orientación sexual de sus componentes, se haya aprobado también una novedosa ley de convivencia doméstica que se limita a las relaciones patrimoniales, con interesantes beneficios legales, aunque la suponemos igualmente pendiente de ulterior desarrollo legislativo.

8. EPÍLOGO PARA ESPAÑOLES: LA IMAGINACIÓN CREADORA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Cuando las noticias mundiales circulan por Internet y, por ejemplo, resulta posible seguir en tiempo real los resultados de los debates parlamentarios en cualquier país de la UE, resulta inevitable que la *novísima reforma del Derecho de Familia* que se está gestando en los países de nuestro entorno, llegue de alguna manera a nuestro país, se difunda a través de todos los *mass media*, e influya finalmente en la elaboración de los programas de los partidos políticos (sobre todo en vísperas electorales), en los planes operativos de los grupos de presión, y, en último término, en las propuestas parlamentarias. Una manifestación de dicho fenómeno, parcial, pero importante, y no meramente testimonial, la encontramos en las leyes autonómicas promulgadas últimamente sobre la materia⁵⁵⁷.

557 Al lado de lo que, con todo respeto, puede calificarse de *desmadre legislativo autonómico* en relación con las parejas de hecho, se está empezando a producir un, no menos pernicioso, *desmadre judicial* por parte de algunos Tribunales inferiores pertenecientes a territorios de derecho común. Sirva de ejemplo paradigmático la declaración de herederos *abintestato* a favor del hombre que ha convivido durante veintiséis años con una mujer. Se trata del Auto dictado por la Jueza del JPI núm. 5 de Elche, y confirmado por otro Auto de 24 julio 2002 por la Sección 7ª de la AP de Alicante (con sede en Elche) después del recurso interpuesto contra aquél por el MF. Lo sorprendente es que, en estos autos, se citan los arts. 943 y 944 Cc que deniegan tal supuesto derecho a los convivientes de hecho, e igualmente la jurisprudencia del TC y del TS que, en ningún caso, han reconocido tal derecho. No obstante lo cual, en atención a las circunstancias extraordinarias concurrentes en el caso, a la doctrina de la apariencia (los convivientes se presentan como casados), a la equidad como medio interpretativo de las normas, y a la realidad social, desconocen los preceptos codiciales y acceden a la declaración de heredero del varón conviviente respecto de los bienes dejados por la causante. Es curioso que se cita la Ley valenciana 1/2001 de 6 de abril, pero se afirma, con razón, que solo posee

No procede en esta sede profundizar en el análisis de cada una de estas leyes⁵⁵⁸, ni abarcar la ya amplia bibliografía producida⁵⁵⁹. Ini-

valor administrativo; también se invocan las leyes catalana y aragonesa, que califican de efectos limitados; omiten, sin embargo, la cita de las leyes navarra y balear que hubieran podido apoyar la resolución. En resumen, parece que se compite en una carrera *por ver quién da más*, y los tribunales inferiores de un territorio sujeto al Cc pasan olímpicamente de sus preceptos y *crean su propia norma* cual si pertenecieran al sistema del *common law*, o, al menos, a un cantón suizo. Actitud que no puede menos de calificarse de peligrosa frivolidad cuando está en juego, entre nosotros, el grave tema de la unidad o pluralidad de modelos legales de vida sexual.

558 Por orden cronológico de aparición cabe mencionar:

Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

Aragón: Ley 6/1999, de 26 marzo, de parejas estables no casadas.

Navarra: Ley 5/2000, de 3 julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

Valencia: Ley 1/2001, de 6 abril, por la que se regulan las uniones de hecho.

Madrid: Ley 11/2001, de 19 diciembre, de uniones de hecho.

Baleares: Ley 18/2001, de 19 diciembre, de parejas estables.

Asturias: Ley 4 /2002, de 23 mayo. de parejas estables.

(Se anuncia otra ley de la Comunidad Andaluza).

559 Aunque sí hacer una selección con variedad de ideologías y enfoques metodológicos:

Carmen BAYOD LÓPEZ, *Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial*; R. BERCOVITZ, *Las parejas de hecho*, Aranzadi Civil, 1993-1, p. 1823 ss; M^a del Carmen CORRAL GIJÓN *Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales*, RCDI, 2000-I, p. 3325 ss, y II, p. 559 ss; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2^a ed. (Madrid 1991); GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales* (Madrid 1995); M^a Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho* (Madrid 1995); GAVIDIA SÁNCHEZ, *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)* (Valencia 1995); Id. id. *Las uniones libres en la Ley foral navarra de parejas estables*, AC, 2001, núm. 17, p. p. 605 ss; GITRAMA GONZÁLEZ, *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*, Homenaje a J. Beltrán de Heredia (Salamanca 1984) p. 209 ss; JORDANO BAREA, *Matrimonio y unión libre*, AC, 1999-1, p. 181 ss; LACRUZ BERDEJO *Convivencia "more uxorio". Estipulaciones y presunciones*, vol. colectivo El centenario del Código civil (Madrid 1991), I, p. 1061 ss; Aurora LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho*, Cuadernos Aranzadi Civil, núm. 12 (2002); MARTÍN CASALS, *Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de uniones estables de pareja*, DPyC, núm 12 (1998) p. 143 ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *Las uniones de hecho. Derecho aplicable*, AC, 1994-4, p. 1095 ss; Id. Id. *Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas estables no casadas*, Aequalitas, núm. 2, octubre 1999, p. 20 ss; PANTALEÓN PRIETO, *La autorregulación de la unión libre*, PJ, núm. 4, 1986, p. 119 ss; REINA-MARTINELL, *Las*

cialmente, al igual que también ocurre en algunas de las legislaciones extranjeras analizadas, los legisladores autonómicos no se han puesto de acuerdo en el modo de designación (se habla de *uniones* y de *parejas*, que se adjetivan también diversamente como de *estables* o de *hecho*, *libres*, *públicas*, etc); en algún caso la *voluntas legislatoris* aparece ya en el enunciado de la norma (así en Navarra se dice *para la igualdad jurídica de las parejas estables*; en el Principado de Asturias, *para garantizar el principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico* de aquél; en ambas se presupone que el término de comparación es el matrimonio) como buen ejemplo de voluntarismo jurídico; otras veces la finalidad se expresa en el articulado (por ej. paridad de trato en relaciones de derecho público, pero paridad que habrá de limitarse, exclusivamente, al ámbito público de la respectiva Comunidad Autónoma). En idéntica línea, aunque con mayor precisión, el art. 13 y la disp. Adicional 2ª de la Ley de Baleares sientan igualmente el principio de igualdad total con los cónyuges en materia de sucesión testada, intestada, y derechos y obligaciones entre los mismos. En principio, como es notorio, cabe diferenciar, a estos efectos, dos grupos de CCAA: las que poseen plenas competencias sobre su derecho civil propio (Cataluña, Aragón, Navarra y Baleares) y las que carecen de ellas (el resto); es evidente que el campo de actuación para estas últimas es más reducido que en el primer grupo.

Con todo, el art. 149.1,8 CE representa, a mi juicio, un límite infranqueable para la actividad legislativa autonómica en esta materia, de modo que al promulgarse por las CCAA la referida legislación, no estarán facultadas, sin embargo, para alterar el preexistente modelo constitucional de unión sexual legalizada. Esta cuestión aparece también relacionada con la sistemática empleada por el legislador autonómico. En este punto, ha sido muy cuidadoso el legislador catalán

uniones matrimoniales de hecho (Madrid 1996); SERRANO GARCÍA, *Matrimonio, pareja estable no casada y Derecho de sucesiones*, Aequalitas, núm. 2, octubre 1999, p. 26 ss; TORRES LANA, *Relaciones patrimoniales a la conclusión de la "convivencia more uxorio"*, Homenaje a Vallet de Goytisolo (Madrid 1998), V, p. 771 ss; Id. Id. *De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas*, Aranzadi-Civil, 1993-II, p. 2407 ss; VILAGRÁS ALCAIDE (director), *El Derecho europeo ante la pareja de hecho* (Barcelona 1996).

que ha regulado estas uniones, de modo muy significativo, al margen del Código de Familia —promulgado, por cierto, en la misma fecha—, dando a entender que relega aquellas uniones al ámbito puramente contractual; pero leyendo con detenimiento la regulación que se propone, tanto para las parejas hetero- como homosexuales, resulta evidente que se ha tomado el régimen matrimonial como modelo, del que, sin embargo se distancian en algunos puntos. Por último, hay regulaciones que suponen una modificación del régimen ya establecido en su derecho propio (así, la ley navarra reforma su Compilación); otras optan por el mecanismo de ley especial (Islas Baleares) que regirá obviamente junto a su propia Compilación.

Terminología variopinta, diferente metodología sistemática, diverso contenido, a veces contradictorio⁵⁶⁰, no cabe, apenas, extraer una línea generalizada de una común orientación legislativa; antes bien, y al margen de copias descaradas entre sí, en algunos casos parece que determinada CA ha tratado de emular a las anteriores en aplicación del consabido *¿quién da más?* Una vez que se suscite la litigiosidad sobre estas materias se hará necesaria la intervención del poder central para solucionar, por ejemplo, las aporías del Derecho Interregional que contienen cada una de aquellas leyes autonómicas.

Aparte de una razón de simultaneidad meramente cronológica ¿hay analogías y divergencias con las leyes extranjeras anteriormente expuestas? Trataré de sintetizar a continuación algunas conclusiones que se derivan del variado y complejo panorama legislativo, interno e internacional, que he expuesto.

560 Así, en ocasiones, se declara con valor constitutivo la inscripción de la unión en un Registro *ad hoc*; en otras posee aquélla valor meramente declarativo y probatorio; la adopción conjunta se prohíbe a los homosexuales en Cataluña y Aragón, y en Navarra se les permite expresamente. A veces se diferencia entre unión hetero- y homosexual (Cataluña, Aragón, Valencia y Madrid), y en ocasiones se les dispensa un tratamiento unitario (Navarra, Asturias o Baleares).

9. CONCLUSIONES

1ª) El Estado no debe permanecer neutral o indiferente ante la discusión abierta sobre el modelo de unión sexual legalizada.

Dado que cada modelo matrimonial supone un modelo familiar distinto, no cabe duda que la respuesta que se adopte ha de influir en el desarrollo que se haga del art. 39.1 CE, según el cual *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*. Obsérvese que *familia* se expresa en singular. Por otra parte, el art. 32 garantiza especialmente el *jus connubii*, lo que representa, sin duda, una de las formas más enérgicas de protección *jurídica* de la familia, debido a que históricamente el matrimonio ha sido, entre nosotros, la forma habitual y normal de constituir una familia, y lo sigue siendo en la actualidad. Lo que ocurre es que el concepto de *familia* no deriva exclusivamente del matrimonio, pues *asimismo* (cfr. art. 39.2) se protege a las relaciones entre padres e hijos aunque aquéllos no estén casados; lo que constituye un *añadido, un plus* de la fundamental protección concedida constitucionalmente al matrimonio por el art. 32, aunque está por demostrar que ese *plus* de protección implique la creación de un segundo modelo matrimonial. Hay que subrayar la frase inicial del 32.2: La ley regulará *las formas de matrimonio*; formas, en plural, garantiza que no se impondrá el sistema de matrimonio civil obligatorio y único (alusión al secular enfrentamiento en España entre la Iglesia y el Estado); pero matrimonio en singular, lo que, a mi juicio, asegura la unicidad del modelo matrimonial querido por el constituyente⁵⁶¹.

561 Yo creo que, de alguna manera, y para el tema específico aquí tratado, hay que dar por superada la discusión entre *formas* y *clases* de matrimonio, sobre la cual anteriormente me he posicionado. Y ello por la elemental razón de que la postura que patrocina la pluralidad de modelos matrimoniales se enfrenta ahora, por igual, a la Iglesia y al Estado; podríamos decir que tanto se ataca a la línea de flotación de la concepción civil o estatal del matrimonio, consolidada en la doctrina europea y que se ha conservado hasta el último tercio del siglo XX, como a la concepción canónica del matrimonio que la Iglesia Católica mantiene en el CIC de 1984.

Sobre los conceptos constitucionales de matrimonio y familia, así como sobre el sistema matrimonial vigente hoy en España, me he manifestado en Comentarios Albaladejo, II, 2ª ed. (Madrid 1982) p. 14 ss. Recoge la *communis opinio*, LACRUZ, *Elementos IV Familia* (nueva ed. a cargo de RAMS ALBESA) (Madrid 2002), p. 41 ss.

Hay que rechazar, por tanto, para nuestro sistema en vigor, la filosofía de la *neutralidad*⁵⁶², inspiradora de la política legislativa mantenida por Dinamarca y Suecia, y, al parecer, según algunos, también por el último legislador francés; esto último, a diferencia del legislador alemán, que ha permitido sostener a la doctrina de este país, que a los homosexuales se les ha cerrado el paso al matrimonio, y no tienen acceso al mismo; es decir que en Alemania se ha pretendido establecer de modo expreso que el modelo matrimonial siga siendo único; también parece haber querido salvar el descrito escollo, el *Conseil Constitutionnel* francés al reducir el PACS a mero contrato especial, aunque en la doctrina, como antes expuse, hay diversidad de pareceres sobre esta cuestión.

Por todo ello, a la hora de enjuiciar al legislador autonómico español, hay que dejar bien sentado que éste tampoco puede ser neutral cuando se pretende equiparar, en sus efectos —en todo o en parte—, al matrimonio y a la unión homosexual (como lo han hecho Navarra o Baleares), o cuando eleva las parejas de hecho a la categoría de unión sexual legalizada, aunque a ésta no se la pretenda equiparar al matri-

562 Sobre el tema, en general, pueden verse: POPENOE, *Disturbing the Nest. Family Change and Decline in Modern Societies* (Nueva York 1988); BRADLEY, *Family Law and political culture, scandinavian laws in Comparative Perspective* (London 1996). Del mayor interés resulta AGELL, *Should and can Family law influence social Behaviour?*, en el vol. col. *The Changing Family* (ed. by Eekelaar and Nhlapo) (Oxford 1998) p. 124 ss. El autor se pregunta si esa política legislativa de neutralidad ha influido en la conducta de los ciudadanos en materia familiar, y la respuesta es afirmativa; desde los años 1960 en que comenzó a practicarse en Suecia aquella política, las estructuras familiares han cambiado dramáticamente; el número de matrimonios ha entrado en barrena mientras que la cohabitación de parejas no casadas se ha incrementado espectacularmente; el 55% de todos los hijos nacidos en el país tienen madres no casadas, las cuales mayoritariamente conviven con el padre. El legislador no se ha preocupado ni por la estabilidad, ni por la frecuencia de matrimonios. Las estadísticas muestran que las perspectivas de una ruptura son más elevadas en las parejas de hecho que en los matrimonios; en 1991 tales separaciones afectaron al 40% de casados y al 60% de no casados; en el caso de nuevo matrimonio, las posibilidades de que la nueva unión acabe en divorcio son más elevadas que en el caso del primer matrimonio. Contrasta aquella política legislativa en relación con el matrimonio si se la compara con la activa función desempeñada por el legislador respecto de la relación padres-hijos y la igualdad entre los sexos.

monio (¿un matrimonio⁵⁶³ de segunda división, es decir, una *copia no adulterada* de aquél?).

Tampoco puede quedar indiferente el legislador español, si el día de mañana se trata de introducir entre nosotros, el matrimonio homosexual, o el llamado matrimonio *de grupo*, o el poligámico, o el celebrado según el rito gitano, o el matrimonio entre hermanos o medio hermanos.

2ª) De entenderse que el modelo matrimonial ha de ser único, pienso que **hay que adoptar una postura muy exigente y crítica a la hora de regular de alguna manera otras formas de convivencia sexual con fines familiares.**

El ejemplo de otros países muestra que resulta muy difícil mantener la primacía constitucional del matrimonio cuando se promulgan leyes especiales en la materia. Inevitablemente —es el caso de la legislación autonómica— se toma por modelo el matrimonio, al que —confiésenlo, o no— tratan de asemejarse las diversas modalidades de regulación de las parejas estables de hecho. La experiencia demuestra que al cabo de poco tiempo la *vis atractiva* resulta irresistible, y la semejanza se convierte en identidad, casi total. ¿Qué hacer en tal caso? Los holandeses han dado el paso subsiguiente *adaptando el matrimonio a la unión homosexual*. No parece difícil predecir que seguirán parecido camino los países escandinavos. Hoy por hoy, la *Lebenspartnerschaft* alemana es un

563 No se entiende muy bien lo que se dice en la E. de M. de la Ley de las Islas Baleares del 19 diciembre 2001: “Todo ello ... ha conducido al reconocimiento de determinados efectos de la relación de pareja en la esfera civil, patrimonial, fiscal y de función pública que, *sin que suponga en ningún momento una copia adulterada de la figura tradicional del matrimonio* (subrayado mío) constituye la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables, en la cual se ha eliminado cualquier discriminación por razón de la orientación sexual de éstas, y que descansa en un evidente consenso social”. Mencionar el *adulterio* junto al *matrimonio*, resulta poco oportuno, sobre todo si el art. 4º de la Ley alude, sin especificar, a las *relaciones personales derivadas de la convivencia* ¿Se deben fidelidad los miembros de la pareja de hecho? ¿Cuál es la naturaleza de ese *régimen jurídico específico* que se instaura? ¿Es un estado civil de la persona, o es un mero acuerdo derivado del 1255 C.c. vigente en las Islas? ¿Estaríamos más próximos al PACS que a la *Lebenspartnerschaft*?

aliud, pero, se añade, a renglón seguido, que *igual al matrimonio*. ¿Ocurrirá lo mismo en relación con la legislación de las CCAA?⁵⁶⁴. Debería impedirlo el techo competencial que fija la Constitución.

Cabría entender que, al menos, por prudencia legislativa debiera ofrecerse algún cauce legal a las diversas situaciones fácticas de convivencia sexual. Pero la misma prudencia puede alertar, sin embargo, sobre los *riesgos de la pluralidad de modelos*, aunque inicialmente tales regulaciones sean muy diferentes y alejadas del modelo matrimonial. En primer término sobre el *número de modelos*. En Alemania, a partir de la Ley del 2001, sólo hay *dos* modelos legales de convivencia sexual, relegándose la cohabitación de hecho, o la unión homosexual no legalizada, a meras situaciones fácticas alegales, cuya regulación se encomienda a los tribunales. En Holanda diversas voces hacen ver la innecesariedad de la —novísima, pero ya anticuada— ley de uniones de hecho registradas, una vez que se ha otorgado el *jus connubii* a los homosexuales. En Francia, en cambio, hay, al menos *cuatro* modelos detectables en el ordenamiento y otros tantos están detectados por la doctrina; algo similar cabe decir en Cataluña, pese a la buena intención del legislador de marcar las diferencias entre el matrimonio y las parejas de hecho sometidas a la ley⁵⁶⁵ —hetero- y homosexuales— e, implícitamente, las uniones que queden al margen de la ley (parejas

564 Dice el art. 13 de la Ley de 19 diciembre 2001, de las Islas Baleares: “Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho civil balear prevé al cónyuge viudo”. La Disp. Adicional 2ª, todavía con mayor amplitud, establece que: “Los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Islas Baleares se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable”. Obsérvese que ya no se trata de una aplicación analógica, sino de una equiparación legal de efectos entre matrimonio y pareja estable. Por cierto que con esta última norma se haría innecesaria la regulación contenida en los Títulos I y II de dicha Ley, salvo en las materias en que se *privilegia* a la pareja de hecho en relación con el matrimonio (por ej. en las causas de extinción de la pareja estable, del art. 8). En Baleares, por la vía de la equiparación de efectos se podría llegar a la absorción de un modelo de relación sexual por el otro.

565 Puede leerse en el Preámbulo de la Ley 10/1998, de 15 julio, sobre uniones estables de pareja el siguiente texto literal (la cursiva es mía):

que rehuyen toda clase de formalismo, dice el preámbulo de la Ley catalana). En segundo lugar hay que ser muy realista en esta materia, y así resultará probable que, al cabo de cierto tiempo de haber introducido una pluralidad de uniones sexuales legalizadas, la equiparación se haga siguiendo la ley del mínimo esfuerzo; por ej., ¿cómo mantener la exigencia de que el divorcio se decrete judicialmente mientras las parejas de hecho se disuelven por decisión unilateral de cualquiera de los componentes, sin ulteriores requisitos? ¿Cómo exigir a las uniones de hecho alguna forma de solemnidad si, precisamente, su razón de ser estriba en su negativa y rechazo a toda solemnidad? ¿No están ya desacreditados desde hace siglos: el matrimonio puramente consensual, el matrimonio *por sorpresa*, y el *common law marriage* rechazado expresamente en los EEUU y en declive en Escocia?

3ª) El pluralismo de formas de convivencia sexual legalizada, en vez de beneficiar o hacer mejorar la posición jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la empeora.

Lo prueba convincentemente el caso holandés en el que la doctrina ha logrado diferenciar *hasta cinco situaciones diversas, con pluralidad de derechos y de obligaciones, entre procreantes y procreados*, y que van desde el supuesto óptimo, constituido por los hijos que han nacido en el seno de una pareja heterosexual casada, hasta el mínimo representado por

“El matrimonio es una realidad social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer de contraerlo es un derecho constitucional. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y de deberes que *no se produce de una manera jurídicamente necesaria entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio*. Estas consideraciones son aplicables, sin impedimento, a las parejas de homosexuales que conviven maritalmente, porque, de modo similar a la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni hay un derecho constitucional en relación con su establecimiento, bien al contrario del matrimonio entre hombre y mujer (...). Más adelante se concluye: “La regulación de las parejas de hecho heterosexuales o de las homosexuales implica el reconocimiento de unas situaciones no necesariamente equiparables al matrimonio”. Como se dice en el texto, no basta la buena voluntad del legislador si, objetivamente, hay base para acercarse progresivamente, en sus efectos, al matrimonio.

los hijos procreados en el seno de una pareja heterosexual no registrada, y que no han reconocido a aquéllos. El principio de igualdad de filiaciones, tan trabajosamente conquistado en Europa durante los años 1950-1970, parece quebrarse en aras de la diversidad de uniones que mantienen entre sí los posibles o aparentes padres. Rota la ecuación matrimonio-filiación, se abre un *numerus apertus* de posibles situaciones de filiación. Si se trata de una pareja heterosexual legalizada, sólo adquirirán la patria potestad compartida cuando hayan reconocido al hijo antes de su nacimiento; si le reconocen después, no basta el hecho del reconocimiento sino que se requiere, además, la autorización judicial. Si se trata de una pareja homosexual, bien sea que hayan inscrito su unión, o que hayan celebrado matrimonio, cuando uno de los miembros tiene un hijo por cualquier medio, el otro no adquiere la patria potestad compartida sobre el menor, aunque la ley le reconoce una facultad residual en el caso de que ninguna otra persona ejerza sobre el menor la patria potestad.

En Francia, una de las objeciones de la doctrina es que la regulación del PACS guarda silencio sobre los hijos⁵⁶⁶.

En Alemania el legislador ha configurado junto al normal *Elterlichegewalt* una patria potestad reducida y subordinada a favor del otro miembro de la pareja homosexual; lo que constituye un factor de confusión y un torpe remedio a una situación insoluble,

Bajo nuestra perspectiva, cabe preguntarse ¿dónde queda la *protección integral de los hijos* a que alude el art. 39.2 de nuestra Constitución? ¿qué campo de actuación resta todavía al *the best interest of Child* de los Tratados internacionales?

4ª) Por otra parte, ninguna de las nuevas leyes ha resuelto prácticamente el problema fáctico que quería afrontar el legislador.

En Francia la doctrina está de acuerdo en que las parejas heterosexuales, aunque puedan legalmente hacerlo, no se acogerán al PACS. En Holanda y en Suecia, al ritmo actual, tales parejas tardarían bastan-

566 CABRILLAC, op. et loc. cit., p.73.

tes decenios en quedar sujetas mayoritariamente a las nuevas leyes, y tampoco es seguro que lo hagan. En Alemania está por comprobar, una vez desaparecido el efecto inicial, que todas, o la gran mayoría, de las parejas homosexuales existentes en el país, vayan a legalizar de hecho su unión según el esquema diseñado tan minuciosamente por el legislador.

Es probable, por tanto, que, en el próximo futuro, seguirá habiendo uniones de hecho, hetero- u homosexuales, que permanezcan al margen de las leyes que eventualmente han sido o vayan a ser promulgadas, las cuales han pretendido, sin embargo, comprenderlas en su ámbito de aplicación con la sana intención de resolver definitivamente el problema social planteado, pero sin lograrlo. No es preciso ser profeta para prever, a la vuelta de pocos años, una nueva *Ley de parejas de hecho al margen de la ley de parejas de hecho*.

5ª) Debe revalorizarse la familia matrimonial.

A riesgo de decir algo políticamente incorrecto, y de remar contracorriente, me atrevo a afirmar que, entre nosotros, en los últimos decenios la familia matrimonial ha sido legalmente devaluada, y socialmente menospreciada y postergada. Un sereno análisis de las consecuencias de todo ello, obligaría a poner remedio legal de inmediato.

El SOS y el estímulo nos llegan del otro lado del Atlántico. El Prof. WARDLE⁵⁶⁷, de la Univ. de Utah acaba de alertarnos en los siguientes términos: *Las reivindicaciones a favor del matrimonio homosexual constituyen un desafío para nosotros y para toda nuestra generación al objeto de recordar la importancia de la institución matrimonial. Nos resulta útil aceptar este reto. Desde hace muchísimo tiempo nuestras sociedades se han basado en el matrimonio y en la familia. Es hora de redescubrir y volver a contar la historia del nombre de esa unión, la más ordinaria, pero la más esencial y beneficiosa para la sociedad. Es hora de reafirmar el matrimonio y rechazar los falaces argumentos pluralísticos a favor del matrimonio homosexual.*

⁵⁶⁷ WARDLE *Same-sex marriage and the limits of legal pluralism*, en el vol. ed. por EKEELAAR and NHLAPO, *The Changing Family* (Oxford 1998), p. 396.

Entre nosotros, al interpretar el art. 39.1 CE, dedicado a la protección de la familia, muchas veces se ha puesto el énfasis en la familia no matrimonial, como si lo matrimonial fuera la excepción, o, peor, si constituyera una mácula o un estigma, algo legalmente indeseable y a rechazar, un mal trago que los autores de la Constitución de 1978 no tuvieron otro remedio que pasar. En realidad, hay que reiterar que el matrimonio es el único modelo de unión sexual constitucionalmente protegido, al estar expresamente mencionado en el art. 32. Ello explica que se hayan hecho esfuerzos inauditos para encontrar algún otro fundamento constitucional directo para la unión sexual no matrimonial, cuando en realidad no lo hay.

No lo es el principio de igualdad rectamente entendido, porque casarse y no casarse no pueden considerarse realidades homogéneas ni comparables; lo primero pertenece al ámbito del ejercicio de los derechos constitucionales; mientras que lo segundo es una manifestación negativa, el mero reverso que se produce respecto de cualquier derecho constitucional (así por ej., el de no asociarse, no crear fundaciones, no afiliarse a un sindicato, no practicar ninguna religión, no presentarse a elecciones políticas, etc). Tampoco puede traerse a colación el principio de no discriminación, por análogas razones; así quien no ha sido diputado o senador no puede pretender que se le discrimina si no disfruta de las pensiones que aquéllos reciben al cesar en sus cargos después de cierto tiempo de ejercitarlos. El que no es viudo, ha dicho reiteradamente el TC, no puede reclamar una pensión de viudedad (aunque alegue comprensibles razones ideológicas para no haberse casado). El libre desarrollo de la personalidad ampara indiscutiblemente a hetero- y homosexuales para organizar su vida personal sin cortapisas; pero ello no justifica que, además, se les otorguen los mismos derechos que a los casados, pues han ejercido obviamente la facultad de no contraer matrimonio. No deja de ser paradójico que, en algunos de estos casos, el denostado, marginado y vituperado matrimonio haya venido a ser objeto del deseo, punto de referencia y modelo, precisamente por parte de quienes se habían alejado ostensiblemente de él.

6ª) El debate sobre el modelo matrimonial no es religioso.

El tema del modelo matrimonial adoptado en un determinado país, no pertenece al ámbito de la confesionalidad del Estado, ni siquiera exclusivamente a los cuestiones religiosas que debe afrontar un país no confesional. Hay un acervo de convicciones sociales que se han ido sedimentando en la conciencia colectiva lentamente, a lo largo de los siglos. La experiencia recientísima de los países de nuestro entorno muestra sobradamente que no puede impunemente declararse la neutralidad del Estado en esta materia, ni contentarse con decir que al Estado resulta indiferente la unidad o pluralidad de modelos matrimoniales (ahí están paladinamente los efectos perversos producidos en el caso sueco); ni alterar la noción de matrimonio amputándole de la nota esencial de la heterosexualidad (en Holanda da lo mismo casarse, que no casarse, aunque para los hijos ya no resulta indiferente lo que hagan sus progenitores como se ha visto). En Francia son interminables las discusiones sobre el significado de esa poco eufónica forma de relación sexual organizada que, abreviadamente, se denomina PACS. En Alemania las diferencias entre el *Ehe* y la *Lebenspartnerschaft* tampoco terminan de definirse. Pero sobre todo, la experiencia es unánime en el sentido del clamoroso fracaso de las nuevas leyes que han tratado de legalizar, junto al matrimonio, otras modalidades de vida íntima entre los sexos. Junto a las diferentes leyes sobre parejas de hecho, sigue flotando el número incontable de otras parejas de hecho que prefieren la alegalidad.

Como la tela de Penélope, *tejer, destejer y volver a empezar*.

¿DERECHO DE FAMILIA EUROPEO? ¿DERECHO EUROPEO DE FAMILIA⁵⁶⁸

Sumario: 1. Introducción.– 2. El Derecho de Familia en los Códigos europeos de la primera y segunda generación.– 3. La primera Revolución operada en el Derecho de Familia a principios del siglo XX.– 4. El impacto en el Derecho de Familia de la segunda Revolución biológica.– 5. La nueva Revolución ideológica en el Derecho de Familia a comienzos del siglo XXI.– 6. Imposibilidad actual de un Derecho europeo de Familia.– 7. Previsible desarrollo de normas concretas sobre Derecho Familiar europeo.

1. INTRODUCCIÓN

En el comienzo del siglo XXI ¿estamos más próximos a una unificación europea del Derecho de Familia que lo estaban al inicio del siglo XX, cuando se desarrolla en el continente la segunda generación de Códigos civiles? ¿Qué efectos han producido en este campo las dos grandes revoluciones operantes en el ámbito familiar a partir de la segunda mitad del siglo XX, y la tercera todavía no concluida?

Por otra parte, si no pocos juristas europeos están convencidos de la necesidad de trabajar para lograr, a corto o medio plazo, un Código civil para todos los países de la Comunidad Europea (con la probable inclusión de Suiza), parece ineludible e inevitable pensar en el Derecho de Familia que, sin embargo y por mucho tiempo, se ha conside-

⁵⁶⁸ Publicado en el vol. "Derecho Privado Europeo" (coord. CÁMARA LA-PUENTE) (Madrid 2003), págs. 1175-1184.

rado que pertenecía al **núcleo duro** de materias civiles refractarias a toda unificación y, previa y consecuentemente, a un fructífero trabajo comparativo. Precisamente ilustres comparatistas no han ocultado su asombro por la rápida unificación de ciertos aspectos del Derecho de Familia, que pueden considerarse inmediata deducción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, tales como la igualdad entre el hombre y la mujer, dentro y fuera del matrimonio, la no discriminación entre los hijos nacidos dentro o fuera de aquél, y **the best interest of Child** como principio general aplicable a todas las relaciones jurídicas en que el menor aparece implicado, ya se trata del ejercicio del poder paterno o tutorial, el acogimiento o la adopción. Precisamente este acercamiento de las legislaciones europeas, al parecer, no ha sido casi nunca fruto de un acuerdo previo, ni producto de una previa planificación, sino resultado de las ideas dominantes en la opinión pública, facilitadas acaso por campañas institucionales de la ONU, o desarrollo de principios constitucionales en cada uno de los Estados, o, eventualmente, imposición vinculante de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (casos *Marcks* y *Johnston*).

La cuestión, por su importancia para el presente y futuro de la Comunidad Europea y para los países que la integramos, requiere cuidadosa reflexión, sin que sean aconsejables precipitaciones por parte del legislador estatal o comunitario (ahí está el desairado papel que nuestra Ley de Procreación Asistida de 1988 está haciendo en relación con las ulteriores leyes europeas sobre la materia), ni tampoco resultaría razonable echar por la borda principios elaborados y arraigados en la secular historia nacional o europea (así por ejemplo ¿fue conveniente en su momento y entre nosotros, para los habitantes de los territorios de derecho común, la propuesta de adoptar como legal el régimen de participación en las ganancias, cuando se discutió en las Cortes Generales la Ley de 13 mayo 1981? Y, más recientemente, ¿ha sido suficientemente meditada la propuesta presentada, y rechazada —aunque luego aprobada en 2005—, en nuestras Cortes de prescindir del requisito de la heterosexualidad en la regulación del matrimonio civil?). No parece inadecuado hacer un elemental inventario de la reciente historia.

2. EL DERECHO DE FAMILIA EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS DE LA PRIMERA Y SEGUNDA GENERACIÓN

En los Códigos civiles del siglo XIX y primera mitad del siglo XX hay muchas instituciones familiares fácilmente identificables debido a la común tradición jurídica romano-canónica-germánica, sin que, por otro lado, había suficientes elementos para poder elaborar un *jus commune europeo*, en el que, por otro lado, pocos, o nadie, pensaban ni creían en aquel momento histórico.

Así en particular:

- Se perpetúa una regulación de la posición jurídica de la mujer, en general, en clara situación de inferioridad respecto al varón, y ello tanto respecto de la mujer soltera como casada, asegurándose respecto de esta última una organización jerárquica de la familia cuya indiscutible cabeza era el marido.
- Se detecta un modelo generalizado de *matrimonio occidental*, como única unión sexual legalizada, basada en el libre consentimiento (consensualismo) prestado necesariamente por un hombre y una mujer (heterosexualidad), en la forma prevista en la ley (solemnidad), susceptible de inscripción en un Registro Público para producir efectos *erga omnes*; nótese que, jurídicamente hablando, entre el matrimonio canónico y el matrimonio civil indisoluble (contemplado en Italia y en España), había notorias afinidades jurídicas (no obstante al carácter sacramental del primero), habiendo operado de modelo el primero respecto del segundo.

Pero se conservaban importantes y decisivas diferencias:

- en la indisolubilidad del vínculo que cierto número de países europeos han mantenido, al menos en parte de su historia (Austria hasta 1938 para los matrimonios canónicos; Italia hasta 1970 para todos; España, ininterrumpidamente hasta 1932, y desde 1938 a 1981; Portugal, para matrimonios canónicos desde 1940 a 1977).
- en la admisibilidad, o no, de los efectos civiles para el matrimonio celebrado en forma religiosa.

- en el ámbito de aplicación de las leyes de divorcio, durante muchos años basado en la culpa y por hechos graves, hasta la introducción del divorcio por causas objetivas y, por último, por mutuo consenso; adviértase nuevamente que el matrimonio civil disoluble por divorcio, va alejándose del modelo matrimonial canónico; alejamiento que llega a su culmen con las actuales leyes escandinavas que rechazan la mera separación conyugal, y admiten la ruptura legal del vínculo por voluntad unilateral, y sin alegación de causa (pero este modelo nórdico —admitido en España por reforma de 2005— no creo pueda considerarse como representativo de Europa).
- en la intervención de la familia en el matrimonio de los menores de edad, que algunas legislaciones permitían, y aún permiten, anular cuando no medió el consentimiento familiar, y otras no.
- en la edad para la mayoría de edad y para poder contraer matrimonio.
- en los sistemas de organización económica del matrimonio, inspirados en la atribución generalizada al marido de las facultades de gestión de los bienes, tanto bajo el régimen de la separación como en el de la comunidad
- en la posibilidad de investigar la paternidad y la maternidad, y en la utilización de las pruebas biológicas.
- en los efectos, en general, de la filiación no legítima.
- en la regulación de la adopción, especialmente en sus requisitos, clases y efectos,
- en el ámbito de la obligación alimenticia, que algunos países la ampliaban a los parientes por afinidad y otros la mantenían dentro de la familia consanguínea.
- en el fundamento y organización de la tutela orientada en torno a los sistemas de tutela de familia o de autoridad (normalmente judicial).

3. LA PRIMERA REVOLUCIÓN OPERADA EN EL DERECHO DE FAMILIA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

La igualdad de los cónyuges y de los hijos, se había anticipado ya, de alguna manera, en la segunda década del s. XX en los países escandinavos y en la Unión Soviética, aunque la primacía cronológica hay que concedérsela a los primeros. En efecto, además de establecer la igualdad entre los sexos, en los países escandinavos comienzan a aparecer leyes que regulan la filiación extramatrimonial con especial protagonismo de la madre, quien por su reconocimiento obligado (*mater semper certa est*) tiene facultad para denunciar eficazmente la identidad del padre, incluso en vía puramente administrativa; y una vez identificado el padre, éste deberá cumplir *ope legis* sus obligaciones legales, aunque sin ejercer ninguno de los derechos inherentes a la patria potestad, que se otorga exclusivamente a la madre. Después de la Revolución de Octubre, y superado un breve periodo de anarquía legislativa y administrativa en relación con el Derecho de familia, el legislador soviético hace caso omiso de las predicciones de Marx y Engels sobre el futuro del matrimonio y de la familia, y lleva a los textos constitucionales de la URSS algunos principios fundamentales: protección jurídica de la familia, igualdad entre el hombre y la mujer, y no discriminación frente a los hijos. Hay que decir que los nuevos principios familiares instaurados en los sistemas nórdico y soviético no logran, sin embargo, generalizarse en el resto de Europa (compruébese, no obstante, el posible eco de los mismos en la Constitución de la Segunda República española de 1931).

Habrà que esperar al fin de la Segunda Mundial y al movimiento de ideas suscitado por la Declaración de la ONU de 1948, así como a las campañas impulsadas por la propia Organización internacional (en favor de los derechos de la mujer, no discriminación por razón del origen etc.). Lo cierto es que en todos los países europeos, entre los Años Cincuenta y Setenta, se desencadena entre los países occidentales una campaña, al parecer no planificada, que ha dado origen a una profunda reforma de los Códigos civiles europeos de la primera y segunda generación, cuyo resultado ha sido establecer, en el ámbito del

Derecho civil, la igualdad entre el hombre y la mujer, y cuyo prototipo puede ser la famosa *Gleichberechtigungsgesetz* de 1957, la cual supuso una minuciosísima investigación de los parágrafos del BGB para eliminar toda discriminación en relación con la mujer en cualquiera de sus situaciones jurídicas, o en el interior de los estados civiles. Como la misma tarea legislativa se ha llevado a cabo prácticamente en todos los países de Europa occidental, hoy puede hablarse de que, al menos en esos concretos sectores del Derecho Civil y de Familia, se ha logrado un notabilísimo acercamiento, que casi ha concluido en una unificación, la cual, a raíz de la caída del Muro de Berlín sirve ahora de modelo a las reformas que, después de 1990, están realizando las antiguas Democracias Populares, desvinculadas ya del modelo comunista.

La igualdad entre los hijos se ha visto, además, favorecida por el notable progreso de la Medicina y Biología, experimentado en la segunda mitad del siglo XX. La contracepción otorga a los progenitores un poder bastante eficaz para controlar la descendencia; al tiempo que la perfección de las pruebas biológicas permite aproximarse a una convicción casi absoluta sobre la paternidad en los casos debatidos judicialmente (a lo que debe añadirse el descubrimiento del genoma humano); al mismo tiempo se ha profundizado sobre el derecho que los supuestos progenitores tienen a no someterse a tales pruebas en ciertos casos. Su resultado ha permitido sustituir la regla codicial de la parcial o reducida investigación de la paternidad por el principio de la libre y total investigación encaminada a fijar judicialmente la verdad biológica en las relaciones entre procreantes y procreados; todo ello en sustitución de las reglas distintas y, con frecuencia, opuestas consignadas en los Códigos europeos.

De este modo, la proyección de los derechos humanos sobre el grupo familiar está facilitando una parcial, aunque notable, unificación del viejo *Ius Familiae*, eliminando hirientes discriminaciones, contribuyendo así a una modernización generalizada del Derecho de Familia, y a su humanización y socialización.

4. EL IMPACTO EN EL DERECHO DE FAMILIA DE LA SEGUNDA REVOLUCIÓN BIOLÓGICA EN EL SIGLO XX

En 1978 nace en Londres la niña Louise Brown mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, con utilización de semen de donante. Inicialmente parecen poder resolverse así los problemas de ese 10-15% de la población de los países occidentales que, por diversas causas, no puede tener descendencia por vías naturales; se hace constar en las nuevas leyes que con tales técnicas se persigue remediar la infertilidad de los matrimonios. Se trata de otro avance espectacular en materia de filiación que, sin mucho análisis, se coloca al lado de la adopción, remedio jurídico tradicional para matrimonios sin hijos. Pasado el entusiasmo de los primeros tiempos (todos hemos visto en los medios de comunicación la foto de los nuevos padres sonrientes con su bebé, rodeados del equipo médico que intervino), la reflexión se impone y las críticas y preguntas sin respuesta se avanzan, especialmente por parte de juristas y moralistas. En la práctica tales técnicas se ofrecen, no como sustitutivo, sino como alternativa a la procreación natural; y no sólo a las parejas casadas sino también a las meras uniones de hecho, aunque sin demasiado control sobre la situación efectiva de estas últimas; se advierte que la noción misma de procreación humana se ve alterada (ya no es un acto que pertenece a la privacidad de los procreantes, sino abierto a la necesaria intervención de terceros, el equipo médico, con posibilidad de errores o de manipulaciones); la audacia —o ingenuidad— de algún legislador ha llegado a autorizar la inseminación de mujeres solas, con lo que parece consagrarse un incondicionado —aunque realmente inexistente— derecho de la madre al hijo. Es verdad que se ha pretendido no alterar el régimen codicial de la filiación —por cierto, recientemente modificado y contenido en los Códigos civiles—; pero el impacto en estos últimos es profundo; nace una paternidad basada exclusivamente en la voluntad del padre legal; tratándose del conviviente la ley autoriza que cualquier testaferrero preste su apellido a la madre inseminada, con ausencia de toda voluntad de ser padre; se relega —al parecer— al armario de cosas inservibles el principio de veracidad biológica que tanto esfuerzo exigió su conquista; se atribuye la paternidad con presunciones *iuris et de iure*, más inflexibles que las

contenidas en los Códigos decimonónicos. Se permite la inseminación *postmortem* del progenitor legal, con desconocimiento de elementales principios del derecho sucesorio. Es verdad que se prohíben —¿candorosamente?— las *madres de alquiler*, pero todos los interesados saben encontrar en Internet ofertas a buen precio de cualquier clase de gametos y embriones, así como de madres sustitutas, y su precio, así como las clínicas extranjeras dispuestas intervenir.

Nada extraña que el inicial entusiasmo se haya enfriado, y que dista de haber consenso sobre buena parte de las graves cuestiones surgidas en la utilización de las técnicas de reproducción asistida, por lo cual los países que carecen de legislación especial no tienen prisa en regularla, y los que se deciden a hacerlo, en general, muestran criterios restrictivos. Se trata de un sector difícilmente unificable por ahora. Sin olvidar el elevado costo y el alto porcentaje de fracasos en su aplicación. ¿No cabría concluir que el *lobby* de las Clínicas de infertilidad, muy poderoso en los países avanzados, se ha precipitado en lograr la promulgación, por un lado, de normas fuertemente reglamentistas (muchas veces incumplidas), y, por otro, en marginar durante su elaboración la opinión de los juristas especializados en derecho de filiación, es decir, de los civilistas?

5. LA NUEVA REVOLUCIÓN IDEOLÓGICA EN EL DERECHO DE FAMILIA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

El hecho de que un hombre y una mujer convivan sin estar casados no es de hoy. A partir del momento en que una sociedad se dicta reglas jurídicas sobre las relaciones intersexuales, parece que siempre se encuentran infractores de aquéllas. Lo que varía es la reacción del ordenamiento ante semejantes conductas, no siendo infrecuente que quienes así conviven hayan debido afrontar sanciones penales. En Roma las relaciones entre el *iustum matrimonium* y el *concubinatus* pasaron por alternativas diversas, sin aparecer nunca suficientemente clarificadas. El Derecho canónico, una vez elaborada su doctrina jurídica matrimonial, ha de luchar durante varios siglos contra la corrupción de costumbres, sin que parece que llegara a obtener completo éxito,

como lo prueba la regulación de la *barraganía* en las Partidas. A partir del Concilio de Trento, una vez eliminada la teoría y la práctica del *matrimonio por sorpresa*, queda bien claro el único modelo matrimonial que se impone en Europa, sea en los países católicos como protestantes. Acaso merezca la pena señalar la excepción del *common law marriage*, que, en realidad, es un matrimonio consensual y no solemne que no parece haber tenido, en la práctica, excesiva aplicación, y que no cuenta con simpatías en la doctrina.

En el C.c. francés va a prevalecer la personal opinión de Napoleón: *Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*. Como consecuencia de la aceptación de este criterio, en los países europeos, tanto en los Códigos civiles de la primera como de la segunda generación, el concubinato o unión de hecho, va a carecer de relevancia jurídica, o, a lo sumo, sólo la tendrá negativa. Los Tribunales, singularmente en Francia, se verán obligados a formular una doctrina jurisprudencial, especialmente aplicable a los casos de ruptura involuntaria por muerte del concubino (responsabilidad civil del causante del accidente frente a la concubina y a los hijos comunes), o por consecuencia de la ruptura voluntaria por decisión unilateral (suerte de las donaciones, destino de los bienes comunes, remuneración del trabajo desarrollado por la concubina en casa o en la empresa o negocio del concubino, etc.).

Al final de la década de los Años Ochenta se detecta en Europa, aunque con desigual distribución geográfica, un crecimiento notable de las uniones de hecho al margen del matrimonio, y, acaso por primera en la historia, se hace valer el derecho de los convivientes a ser tratados como casados, pese a haber rechazado celebrar la unión legal. También se plantea el caso de los homosexuales que tienen prohibido casarse entre sí. La primera hipótesis (unión de hecho heterosexual) envuelve una *contradictio in terminis* no fácil de superar; por un lado se alega el incuestionable derecho a no casarse, pero al mismo tiempo se hace valer, en cuanto a sus efectos, la no discriminación o tratamiento igual con las parejas casadas (cuya aplicación igualitaria resulta, sin embargo, harto discutible al no tratarse del mismo supuesto de hecho). En cuanto a las uniones homosexuales se responde que a todos sus componentes se les reconoce el *ius connubii* con personas de distinto sexo, y que, por

otro lado, tratándose de mayores de edad, tal conducta no es objeto de sanción penal ni civil en España, pudiendo por tanto utilizar todos los mecanismos jurídicos que ofrece el ordenamiento para contratar entre sí al objeto de regular sus relaciones personales y patrimoniales en el uso de su personal autonomía.

Lo cierto es que se ha desarrollado un movimiento legislativo que se inicia entre la mayoría de los países escandinavos, en los que, durante la década de los Años Noventa, se promulgan sucesivas leyes reguladoras de una *partnership* (palabra inglesa algo ambigua que lo mismo puede designar a la unión entre casados, como a los amigos, o a los convivientes), aplicable tanto a los heterosexuales como homosexuales que se inscriben en un Registro especial. El modelo de estas leyes parece haber sido el matrimonio legal cuyos efectos se copian, salvo en algunos extremos, como en lo relativo a la facultad de adoptar conjuntamente. En Holanda el proceso ha sido algo más complejo, y por etapas, pues inicialmente se elabora una ley de parejas de hecho (incluidas las homosexuales) a las que prácticamente se van reconociendo la totalidad de los derechos matrimoniales, y luego se modifica el régimen del matrimonio, omitiendo en él el requisito de la heterosexualidad. En 1998, y tras grandes discusiones en el Parlamento y en la calle, se aprueba en Francia el pacto civil de solidaridad (PACS), que requiere la inscripción en un registro judicial, y cuyos efectos son los establecidos por los intervinientes; a su lado se incorpora al C.c. la vieja figura jurisprudencial del *concubinage*. La doctrina, sin embargo, no se ha puesto de acuerdo para calificar y jerarquizar lo que, aparentemente, constituye una trilogía de formas legales de unión intersexual. En Alemania en el 1º agosto 2001 ha entrado en vigor la *Lebenspartnerschaftsgesetz*, no sin debate (que obligó a fraccionar el proyecto en dos partes para que se aprobara más fácilmente), que permite el registro de las parejas homosexuales y les atribuye gran parte de los efectos del matrimonio, En cambio, las uniones de hecho, homo- y heterosexuales, carecen de regulación legal. En este país, el mantenimiento de la unidad de las uniones intersexuales, sólo se ha logrado a costa de devaluar el matrimonio.

El movimiento ideológico ha llegado a España, originando una pluralidad de leyes autonómicas (Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia,

Madrid, Baleares), que tienen poco en común, ni siquiera en la terminología —lo que impide aquí exponer detalladamente su contenido—, salvo la duda generalizada sobre su mácula de inconstitucionalidad, por incidir en la reserva estatal del art. 149.1.8 CE. En Cataluña se ha extremado el cuidado de destacar que la figura no pertenece al Derecho de familia, pues no puede atribuirse a descuido del legislador el hecho de aprobarse el mismo día y publicarse en el mismo periódico oficial el Código de Familia y esta ley de uniones estables de pareja, desdoblada en dos figuras, la unión estable heterosexual y la homosexual; esta última se somete a mayores requisitos de forma (escritura pública), aunque se les atribuyen mayor número de derechos civiles (de naturaleza sucesoria, que se niegan a los heterosexuales). En Aragón la ley se aplica indistintamente a todas las parejas estables no casadas, a las que se reconocen determinados derechos forales (facultad de otorgar testamento mancomunado, posibilidad de utilizar pactos sucesorios), aunque no se les atribuyen propiamente derechos sucesorios, y se reserva la adopción a las uniones heterosexuales; la igualdad con las parejas casadas se reduce al ámbito del derecho público aragonés no tributario. Probablemente hay que calificar de ley más audaz a la navarra que, a efectos sucesorios, equipara a los casados con los *emparejados* o *convivientes*, reconociéndoles, incluso, la facultad de adoptar conjuntamente.

Este recientísimo movimiento ideológico de reforma del Derecho de familia, desarrollado en algunos países europeos, por afectar a la institución básica del matrimonio, me parece que está representando un notable retroceso en el auspiciado proceso unificador. No creo que haya consenso generalizado, entre los países europeos, ni sobre el matrimonio de los homosexuales, ni sobre el abandono del único modelo legal de unión intersexual. La reciente s. del Tribunal de Estrasburgo declarando conforme al Convenio de 1950 la decisión del Juez francés que deniega la adopción a un adoptante homosexual, me parece significativo sobre la disparidad de pareceres que parece detectarse, a nivel estatal, en esta materia⁵⁶⁹.

569 Al tiempo de redactar este trabajo no podían preverse los cambios legislativos en España y otros países, ni cambios de criterio del Tribunal de Estrasburgo.

6. IMPOSIBILIDAD ACTUAL DE UN DERECHO EUROPEO DE FAMILIA

He subrayado algunos avances experimentados respecto a la unificación, en cuestiones puntuales sobre el Derecho de Familia, cuestiones respecto de las cuales no es previsible ningún retroceso ni marcha atrás. Pero la reforma que estamos viviendo sobre uniones de hecho y procreación asistida no parece que ofrezcan base para elaborar un derecho uniforme.

¿Modelo único de relación intersexual, o pluralidad de modelos?, y, por otro lado, en su caso ¿qué relación entre sí? Si la unificación se hiciera sobre la base de la unión libre (constitución fáctica y ruptura unilateral sin intervención de ninguna autoridad pública) no parece que sean características entusiasmantes para un sector importante de la población europea que sigue compartiendo la convicción de ser el matrimonio base de la familia; no resultaría inverosímil que amplios grupos de esa sociedad desertaran de esa unión legal desvaída, *light* y sin contornos, que difícilmente puede servir de fundamento a la sociedad europea del siglo XXI. El descenso del número de matrimonios plantea un serio problema de política jurídica, a saber, cómo presentar a los jóvenes, y educarles, para que se animen al matrimonio (la *indiferencia* estatal en este punto no parece haber dado buenos resultados). Mantener una pluralidad de formas legales de relación sexual no parece estar justificada. Habrá que contar con que algunos, o muchos, países europeos lo entiendan así.

Las nuevas técnicas de reproducción asistida, sin olvidar su lado positivo y benefactor, necesitan ser repensadas. El legítimo interés económico de las Clínicas especializadas, y el temor de que disminuya el número de donantes si se cambia la regulación, no parece motivo suficiente para echar por la borda principios fundamentales del Derecho de Filiación, trabajosamente adquiridos y que sólo ahora estaban empezando a dar sus frutos. El principio de veracidad biológica sirve tanto para implantar la regla de que *mater semper certa est*, con abandono del alumbramiento anónimo, como en materia de procreación asistida para determinar la filiación del hijo nacido en virtud de tales

prácticas. Quizá la utilización de la técnica de la adopción, previa a la concepción, pudiera servir para resolver estos problemas de modo más coherente con la Constitución.

7. PREVISIBLE DESARROLLO DE NORMAS CONCRETAS SOBRE DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

Las dificultades no deben hacer desistir del empeño unificador, que debe ser realista, eficaz y persistente. Hay que seguir utilizando mecanismos que se han acreditado eficaces para tal fin, por ej. los Convenios entre diversos países europeos sobre cuestiones concretas (así la Convención Europea de 1975 sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio). A continuación indicaré algunas ideas a propósito de ello:

- en materia de Registro Civil, la Comisión europea está realizando un importante acercamiento en cuanto a soluciones prácticas, y, en ocasiones, llegando a reglas unificadoras, tarea que, indudablemente, debería continuar.
- en cuanto a la filiación, acaso sea llegado el momento de analizar los resultados obtenidos en las distintas legislaciones europeas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación, y sus consecuencias prácticas.
- para la adopción es cierto que las Actas de La Haya de 1993 han originado una *praxis* casi homogénea en relación con las adopciones internacionales; pero subsisten cuestiones de interés en las legislaciones nacionales que merecerían un tratamiento unificado (unidad o pluralidad de adopciones; requisitos subjetivos; intervención administrativa; efectos).
- en cuanto al derecho de alimentos, hay cuestiones civiles que se regulan muy disparmente entre los países europeos (lista de parientes acreedores y deudores de alimentos; determinación de la cuantía de la deuda alimenticia; garantías de su percepción; relaciones del sistema civil con la Seguridad Social)
- sobre la tutela, aunque actualmente no existen sistemas puros en esta materia, hay cuestiones de interés común reguladas

divergentemente (el oficio del tutor, derechos y deberes, el problema de su remuneración, la intervención de tutores profesionales, la persona jurídica como tutor, la intervención judicial en el seguimiento de las tutelas, etc.).

MODELOS DE MATRIMONIO Y DE DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI

Sumario: 1. A modo de introducción: Aporías legales.– 2. *Versus familiam matrimonialem*: Urgencia de revalorizar jurídicamente la familia matrimonial.– 3. A propósito de algunos supuestos de pluralidad de modelos familiares.– 4. ¿Por qué debe seguir protegiéndose constitucionalmente a la familia matrimonial?– 5. La falsa unificación de la unión sexual legalizada operada por Ley 13/2005?– 6. ¿Próxima legalización estatal de las uniones de hecho?– 7. Una, no muy lejana, mirada retrospectiva: *Familia, semper reformanda est?*– 8. *Global Family Law?*– 9. ¿Derecho familiar europeo?

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: APORÍAS LEGALES

No resulta predecible, ni en nuestro país, ni probablemente en ninguno de los de nuestro entorno, aventurar cómo se desarrollará en el siglo XXI la regulación legal del matrimonio y de la familia pues las incertidumbres e interrogantes superan a las certezas⁵⁷⁰. Cabe, no

570 Cfr. mi *Rapport général* sobre el tema *Quelle famille pour le XXI^e siècle?*, presentado en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Brisbane (Australia) en 2002. Con el material ofrecido por una veintena de países pertenecientes a diversos sistemas jurídicos, ofrezco unas conclusiones generales que, en cierto modo, son su trasfondo y han venido a concretarse en el presente estudio. Se ha publicado en redacción española en el vol. *Convergence of legal systems in the 21st century. La convergence des systèmes juridiques au 21^e siècle (Bruxelles 2006)*, p. 301 ss (cfr. especialmente las conclusiones, p.355 ss) También se ha publicado en la argentina *Revista de Derecho comparado, n° 9 Derecho de familia-1*, p. 7 ss., y en este volumen.

Sobre el Derecho comparado de la familia, tan discutido doctrinalmente, puede

obstante, deducir entre nosotros con bastante probabilidad que las dos Leyes 13 y 15/2005 van a afectar profundamente, hasta el punto de vaciar de su contenido, a buena parte del Tít. IV, libro I, del Código civil y a otros relacionados con sus normas⁵⁷¹. En efecto, por un lado resulta lógico por ej. que deje de interesar científicamente la actual regulación de los presupuestos de celebración del matrimonio y las subsiguientes causas de nulidad, ya que la citada Ley 15 autoriza a que, una vez celebrado el matrimonio, y al cabo de breve plazo pueda la unión conyugal dejar de producir legalmente sus efectos a la solicitud conjunta,

consultarse la reciente exposición de KRAUSE, *Comparative Family Law*, ch. 32 del vol. "The Oxford Handbook of comparative law" (a cargo de REIMANN-ZIMMERMANN) (Oxford 2006), p. 1099-1131. Sugerente obra de síntesis, redactada desde la perspectiva del mundo norteamericano, en ocasiones frente a la perspectiva europea, pero sin descuidar otros sistemas familiares, con inquietantes conclusiones para el mundo occidental debido a su natalidad en caída libre.

571 Con diversidad de matices lo reconocen muchos autores. Entre otros, CLAVERÍA GOSALBEZ, *La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005. Breve estudio legislativo*, ADC 2007, p. 12, escribe: "El matrimonio deja de ser un vínculo, aunque pretenda disfrazarse, mediante la exigencia de sentencia, de ruptura controlada; se ha saltado al modelo "romano", pues basta la declaración de un cónyuge, sin alegar causa, ni conductas antijurídicas, ni culpabilidad del otro, y sin necesidad de obtener la anuencia de éste, para que el Juez *tenga que decretar la disolución*". Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el "matrimonio" entre personas del mismo sexo*, en el vol. "Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo" (Madrid 2007), enjuiciando conjuntamente las Leyes 13 y 15/2007, afirma que con ellas "se da un paso de gigante en el proceso de acercamiento del matrimonio civil a la que en ocasiones ha sido calificada como su institución-sombra (*shadow-institution*), es decir, a las uniones matrimoniales, o parejas de hecho; es, en efecto, el matrimonio civil el que se acerca así, en su configuración, a las uniones de hecho, las cuales, a su vez, han experimentado y experimentan un proceso de progresiva juridificación, que difumina paulatinamente las diferencias entre los dos fenómenos" (loc. cit., p. 19 s.). Aunque ambas posturas no son idénticas, dado que el *matrimonium legale* romano, sujeto en su caso al proceso de *divortium*, parece diverso del mero *concubinatus*, y sin analizarlas en profundidad, las cito aquí para mostrar la preocupación de una parte de la doctrina civilista española por el drástico cambio que suponen las referidas leyes. En relación con nuestro sistema matrimonial: cfr. GARCÍA CANTERO, "Unde venis et quo vadis, hispanica familia?", I.E.F. Univ. de San Pablo. Doc. de trabajo Serie Familia y Sociedad, núm 3/2007.

o de uno sólo de los cónyuges sin alegar ni probar la concurrencia de causa alguna de ruptura. Bajo otra perspectiva cabe también plantear si posee hoy suficiente *ratio legis* una estricta regulación de las capitulaciones matrimoniales, cuya naturaleza accesoria o de acompañamiento apendicular del negocio principal no puede desconocerse, ni tampoco que la consistencia normativa de este último vaya desvaneciéndose a la vista del operador jurídico. Así ocurría hasta 2005 que la doctrina estaba de acuerdo en no aceptar la validez de una cláusula capitular en la que, *ad exemplum*, se autorizara discrecionalmente a cualquiera de los futuros cónyuges a solicitar incondicionalmente la separación o el divorcio transcurrido cierto tiempo de la celebración de las nupcias, y ello por contradicción con la ley y las buenas costumbres *ex art.* 1328 Cc; ahora, después de la Ley 15/2005 parece que semejante cláusula, transcurrido el trimestre de la boda, sería plenamente válida⁵⁷².

Pero se producen otras aporías jurídicas en varias ramas del derecho. Así si el matrimonio, según la vieja fórmula canónica, atribuye a cada cónyuge el *ius in corpus* sobre el otro —implícitamente acogido por la legislación civil— nadie puede negar que celebrar matrimonio supone afectar cada cónyuge a lo más íntimo de su persona. Sorprende, en consecuencia, que el art. 156 pár. 2º del Cp 1995 disponga lo siguiente: “No será punible la *esterilización de persona incapacitada* que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. El art. 15 CE declara categóricamente que *todos tienen derecho ... a la integridad*, derecho que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos, sin exclusión de los incapaces, y sin que obviamente baste la petición de los padres o representantes legales del incapaz

572 Una cláusula del siguiente tenor: *Cada futuro cónyuge al consentir el matrimonio lo condiciona o se reserva la facultad de separarse ad libitum después de tres meses de casados*, parece recoger el espíritu de dicha ley y, por tanto, debiera reputarse válida.

para despojarle del mencionado derecho constitucional, ni siquiera con autorización judicial aunque se revista con el pretexto *del mayor interés* de aquél⁵⁷³. La norma penal parece desconocer la posibilidad de que la enfermedad mental evolucione en sentido positivo y permita al sujeto celebrar válidamente matrimonio⁵⁷⁴, en cuyo momento el sujeto será consciente del aberrante cercenamiento de un derecho fundamental de la persona de que ha sido víctima (a saber, la posibilidad de que, precisamente, a través de la celebración de un matrimonio, pudiera tener posibilidad legal de descendencia matrimonial). En semejante, y no improbable, hipótesis ¿frente a quién podrá dirigirse civilmente la víctima: contra sus progenitores que solicitaron la esterilización, contra los facultativos que la aconsejaron, contra la clínica que la llevó cabo, contra la autoridad judicial que la autorizó o el fiscal que dio su visto bueno? A mi juicio esa esterilización de incapaces, un tanto oculta en una norma penal, y que evoca terribles hechos similares ocurridos en la Alemania nazi, representa un grave menoscabo indirecto del *jus conubi* al suprimir con amplia certeza la mera posibilidad de descendencia de una futura unión conyugal del sujeto así esterilizado⁵⁷⁵.

Para cerrar esta breve casuística baste recordar que el lento ritmo de celebración de los llamados matrimonios homosexuales en España a partir de la Ley 13/2005 que lo autorizó, unido por cierto al movimiento en sentido contrario, ya iniciado, de su ruptura legal, no pueden evitar que en la práctica surjan problemas y conflictos que la norma no ha resuelto, derivados, *ad exemplum*, de esa extraña doble paternidad o maternidad respecto del hijo adoptado por la pareja homosexual, o de la relación sobre el hijo biológico de uno de los miembros de la pareja que también puede aparecer, de hecho o de derecho, respecto del otro.

573 Apurando el argumento podría razonarse en algún supuesto (por ej. reo convicto de gravísimos delitos contra la humanidad) que *el mayor interés del reo* sería, en tal hipótesis, que se le condenara a la inconstitucional pena de muerte ...

574 Cfr. art. 56 pár. 2º Cc que contempla la posibilidad de dictamen médico positivo sobre la capacidad para contraer matrimonio.

575 La introducción de la citada norma en el Cp 1995 ha suscitado en la opinión pública española menor atención que la derivada de la propuesta francesa de esterilizar químicamente a los pederastas.

Biparentalidad del mismo sexo complicada en algún caso con una *triparentalidad sobrevenida* sobre el mismo menor⁵⁷⁶.

Todavía cabría hablar —*last but not least*—, de *efectos colaterales* de las citadas Leyes 13 y 15/2005, por ej. si se constata una disminución del número de uniones legales celebradas en España a partir de la entrada en vigor de ambas (¿para qué casarse si es tan fácil descasarse? pueden plantearse aquellos ciudadanos que atribuyen al matrimonio un valor importante en su vida), que fuera seguido de incremento paralelo de las uniones de hecho; asimismo si se produce una reducción notable de adopciones internacionales debido a la *desconfianza* de no pocos países de origen de tales niños para ser adoptados en España (parece que en esta línea se alinean países como China, Rusia, India, etc.) sobre la efectiva heterosexualidad de quienes aspiran a adoptarlos⁵⁷⁷.

En todo caso parece conveniente seguir profundizando en las relaciones, no solo jurídicas, entre matrimonio y familia.

2. *VERSUS MATRIMONIALEM FAMILIAM*: URGENCIA DE REVALORIZAR JURÍDICAMENTE A LA FAMILIA MATRIMONIAL

Hasta hace no mucho tiempo, el matrimonio como unión sexual legalizada ha servido, entre nosotros, de sólido, exclusivo —o, al menos, preferente— fundamento de la familia, permitiendo como corolario la supervivencia histórica de la sociedad española a través de sus vicisi-

576 Por ej. cuando uno de los miembros de la pareja homosexual tiene, o ha tenido en el pasado, un hijo biológico reconocido unilateralmente y después de constituida aquélla, el otro progenitor biológico lo reconoce. En tal hipótesis la regla del 180.4 Cc no resulta aplicable fuera de la expresa adopción.

577 De hecho las estadísticas oficiales acusan un descenso de adopciones internacionales en el año 2006 y primer semestre del 2007, sin que se reconozca el posible motivo que denuncio en el texto. El descenso puede deberse a un endurecimiento de los requisitos de la adopción en el país de origen; pero puede haber influido además la resistencia de esos países a entregar sus menores a adoptantes homosexuales, y la propaganda oficial sobre las bondades del matrimonio homosexual puede haber ocasionado ya un mal colateral difícilmente reparable a los futuros candidatos españoles a la adopción internacional.

tudes de todo tipo en los últimos siglos (invasión napoleónica, pérdida de las últimas colonias, guerra civil, penuria económica y subsiguiente bloqueo de la ONU etc ...). Mientras tanto, la llamada *familia natural* o, en su caso, *ilegítima*, siguiendo la terminología originaria del Cc, conservaba entre nosotros cierto reconocimiento legal, pudiéndose añadir que, en ausencia de estudios sociológicos solventes, cabe conjeturar que su peso social era poco relevante⁵⁷⁸. El primer cambio decisivo de esta situación socio-legal se produce mediante la desaparición en nuestro ordenamiento de la discriminación referente al *status filiationis* por razón del nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE) con la promulgación de la Ley de 13 mayo 1981; la nueva normativa afecta directamente a las relaciones paterno-filiales así como de los hijos de una misma persona entre sí, y también contribuyó indirecta aunque fundamentalmente a la revalorización social de las familias constituidas por los progenitores con sus hijos no matrimoniales, ya que si convivían todos juntos⁵⁷⁹, de alguna manera reflejaban cierta *imago matrimonii* pese a que no se correspondía, sin embargo, con la realidad jurídica al no estar casados los padres entre sí. Quizá se iniciara entonces la difusión de la idea de la *pluralidad de modelos familiares* —por cierto, nada original pues ya existía *in nuce* en la redacción originaria del Cc—, idea apoyada ahora en la Constitución de 1978 y que ha servido posteriormente para una doble finalidad, bien sea la de *sumar* (es decir, que sin mengua del tratamiento preferente de la familia matrimonial ex art. 32 CE, se viene a advertir que también la *otra familia* debía ser considerada por el ordenamiento), y la segunda con el propósito de *restar* (es decir, se persigue que se otorgue a la familia no matrimonial un trato plenamente equiparado con el de la familia matrimonial con atribución de todos o la mayoría de

578 Cfr. GARCÍA CANTERO *En torno a la familia natural en el Código civil español*, en Festschrift W. Bosch, 1976, p. 227 ss.

579 Hipótesis menos frecuente, en los años de la Transición, según se deduce de mi trabajo sobre *La filiación extramatrimonial en la realidad social (Un estudio de sociología jurídica)*, lección inaugural del curso académico 1978-1979 de la Universidad de Bilbao, ya que en la mitad de los casos el hijo convivía con la madre único progenitor que le había reconocido, llegando apenas al 20-25% de convivencia de ambos padres con el hijo, y un porcentaje mínimo de convivencia exclusiva con el padre reconocedor.

privilegios legales de ésta, lo que se ha traducido, de hecho, y no pocas veces, en una auténtica *desprotección* de la última y, consiguientemente, una protección social preferente de la no matrimonial).

En el momento actual cabría imaginar la existencia de cierto número de ciudadanos partidarios de la idea de formar su *propia y personal familia*, a la que han llegado de modo reflexivo y consciente, por lo cual desean permanecer al margen de cualquier legalidad establecida tanto estatal como religiosa⁵⁸⁰. Es cierto que algunos ejemplos contemporáneos de similar actitud, tales como las denominadas *comunidades sexuales*, han resultado efímeras en otros países en que inicialmente arraigaron (Dinamarca, Suecia, USA, Canadá), y carentes de repercusión efectiva entre nosotros (así ciertas sorprendentes y aberrantes uniones entre consanguíneos de segundo grado apenas si lograron entre nosotros alguna fugaz notoriedad televisiva). Por otro lado, ni la poligamia, ni la poliandria, al margen de su indudable inconstitucionalidad, no parecen gozar de mucho predicamento en España ni siquiera en su fase puramente fáctica (sin perjuicio de la situación de los musulmanes polígamos emigrantes en España cuyo *status* matrimonial tiene difícil encaje con nuestro ordenamiento; y mucho menor número de supuestos parecen darse en el pequeño grupo de los españoles conversos al Islam y residentes en nuestro país).

Por otra parte no parece aventurado conjeturar que una auténtica *unión de hecho sin papeles* debe afrontar obstáculos difícilmente salvables en la actual floresta de leyes autonómicas vigentes entre nosotros, las cuales parecen respetar escasamente la libertad del ciudadano, mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, que ha decidido optar por otra diversa regulación de las relaciones sexuales con vista a aplicar su *propia concepción de la familia*.

A modo de conclusión me atrevo a aseverar que el tejido social preponderante entre nosotros sigue estando representado mayorita-

580 A estos efectos trato unitariamente a los partidarios del matrimonio exclusivamente civil y del matrimonio religioso en sus diversas modalidades cuando se trata de contraponerles la resistencia a cualquier normativa.

riamente por los vínculos jurídicos y sociales derivados de la unión matrimonial, lo cual nos ha permitido de hecho alcanzar la importante cifra de 44 millones de habitantes antes de finalizar la primera década del siglo XXI. Pero esta constatación de lo que puede calificarse de *retorno a la familia matrimonial* no impide considerar aquí otras situaciones familiares diversas que pueden presentarse entre nosotros.

En efecto, al lado de la consideración global mayoritaria de las familias basadas en el matrimonio, se dan entre nosotros grupos familiares no fundamentados, *de iure o de facto*, en la unión legal sino exclusivamente en vínculos biológicos o adoptivos a los que, *lato sensu*, conviene la denominación de *familiares*. Cabe interrogarse sobre las relaciones que estas últimas mantienen con la familia matrimonial.

Ocurre así con la filiación que ha venido a denominarse *extramatrimonial* o *no matrimonial*, en la reforma española; por cierto la legislación francesa de 1972 no llevó a sus últimas consecuencias la *reforma terminológica*, y mantuvo la nomenclatura tradicional, ahora suprimida en la reforma de 2005⁵⁸¹. De modo lateral cabe recordar que la filiación fuera de matrimonio crece de modo alarmante en muchos países occidentales, y tal filiación está dando así origen a lo que en el mundo anglosajón acostumbran a calificar de *one-parent-family* (es decir, familias con un único progenitor, situaciones que, ciertamente, se originan igualmente cuando durante la minoridad de los hijos, fallece uno de los

581 Recuérdese que Francia, después de la ley básica de 1972, conservó la denominación de *filiation naturelle* como contrapuesta a la de *filiation legitime* —cuya existencia legal suponía implícitamente cierto trato discriminatorio respecto a la otra categoría de filiación— (los hijos naturales obviamente eran *no legítimos*). Pero la Ordenanza de 4 julio 2005 ha producido lo que algunos autores califican de auténtica *revolución del Derecho francés de filiación*, con inspiración en previos estudios de los profesores Irène THERY (*Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*), y Françoise DEKEUWER-DÉFOSEZ (*Rénover le droit de la famille*), publicados en *La Documentation française*, respectivamente en 1998 y en 1999, y de modo simbólico o emblemático elimina las categorías de la filiación legítima y la filiación natural, junto a la figura de la legitimación (Véase la crónica de FULCHIRON, *Egalité, vérité, stabilité: The new french filiation law after the ordonnance of 5 july 2005*, *The International Survey of family law*. 2006 Edition, p. 203 ss.).

cónyuges). Siguiendo bajo la hipótesis de una filiación no matrimonial este tipo familiar está casi siempre constituido por la madre biológica y el hijo a quien ha reconocido (a veces conviven hijos procreados por la madre con diversos varones, de modo que aquéllos resultan ser medio hermanos entre sí por serlo sólo de madre). Casi todas las legislaciones favorecen o facilitan el reconocimiento voluntario o impuesto de la filiación no matrimonial materna, y así la mayoría de los países europeos han adoptado el principio *mater semper certa est* a partir de las reformas legislativas operadas durante la segunda mitad del s. XX⁵⁸². Por contraste la filiación no matrimonial paterna con carácter exclusivo aparece menor número de veces veces en la realidad social, siendo algo más frecuente el reconocimiento conjunto por ambos progenitores.

El matrimonio no deja, sin embargo de estar presente en el horizonte vital de estas situaciones de *one-parent-family*; puede así ocurrir que habiendo convivencia de ambos progenitores decidan libremente contraer matrimonio entre sí, adquiriendo el hijo sobrevenidamente la cualidad de hijo matrimonial, o bien que el progenitor conviviente se case con un varón que no es realmente el padre del menor pero realiza un *reconocimiento de complacencia* cuya validez puede eventualmente impugnarse por violar la verdad biológica; en último término cabe que se utilice la vía de la adopción casi siempre privilegiada por la ley. En estos supuestos aparece *ex post facto* un vínculo matrimonial relacionado con la familia anterior, en algún caso con riesgo de eventual impugnación ulterior.

Los niños integrados en la familia del, o de los adoptantes ofrecen más bien el aspecto inicial de supuestos de desvinculación entre el matrimonio y la familia. La adopción —en algunas legislaciones calificada de plena— supone, por lo general, la ruptura del vínculo que

582 Conocido es, no obstante, que Francia ha logrado conservar en su legislación la modalidad de *enfantement sous X*, incluso con las bendiciones del TEDH de Estrasburgo, siendo de notar además que —siguiendo de algún modo dicho precedente— algunas ciudades alemanas e italianas están implantando una versión secularizada del famoso *torno de las monjas*, como forma indirecta de combatir de algún modo a la moderna plaga del aborto.

hasta entonces mantenía el menor con su familia de origen, salvo en cuanto a los impedimentos matrimoniales; pero puede ocurrir, y es muy frecuente que ello ocurra, que se trate realmente de menores abandonados por sus padres o cuidadores, o sin progenitores legalmente reconocidos, lo que supone en realidad inexistencia de previo núcleo familiar o, todo lo más, la de una familia incompleta o irregular. Pero una vez formalizada la adopción ello viene a representar casi siempre el ingreso del menor adoptado en una nueva familia, tanto en la nuclear constituida por los adoptantes casados, como en la familia amplia de estos últimos constituida por ascendientes, descendientes y colaterales, con los cuales emparenta asimismo el adoptado.

Conviene recordar, con todo, que la adopción legislativamente ha pasado por una *época áurea* en los países europeos durante la segunda mitad del siglo XX, y en la actualidad está recibiendo un renovado impulso importante a través de la *adopción internacional*, habiendo suscitado entre nosotros abundante bibliografía en el último decenio, pese a que demográficamente la presencia de la filiación adoptiva apenas si llega al uno por ciento de la totalidad de los niños nacidos en España anualmente. También ha influido en el hecho de tratarse de una *institución de moda*, incluso en las revistas del corazón, el nuevo giro legislativo de las reformas post-constitucionales que han transformado la adopción en instrumento de política social de asistencia a menores en situación de necesidad ⁵⁸³. Por su singularidad podría mencionarse aquí la adopción por persona sola, ya se trate de soltera, viuda, separada o divorciada. Modalidad opcional permitida en muchas legislaciones aunque poco usada en la práctica, quizá por resultar de suyo poco compatible con la *ultima ratio* de la adopción (proporcionar al adoptado el hogar familiar normal del que hasta entonces ha carecido). Salvo si las agencias adoptionales actúan con prejuicios ideológicos, la

583 Véase el art. 39.2 CE al hablar de la protección integral de los hijos como deber impuesto a todos los poderes públicos, desarrollado en el epígrafe del cap. V, libro I, del Cc reformado por Ley de 1987 al hablar de la *adopción y otras formas de protección de menores*. Sobre el tema cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad* ADC, 1992, p. 1391 ss. y PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción* (Madrid 1989).

praxis muestra que la gran mayoría de candidatos a la adopción son matrimonios, por supuesto heterosexuales, con o sin hijos, en cuyo caso el destino final de la adopción viene a ser una familia de base matrimonial en cuyo seno se desarrolla y perfecciona la personalidad del adoptado, siendo minoritarios los casos en que se origina un supuesto de *one-parent-family* por haber adoptado una persona sola.

También merece atención el reciente fenómeno denominado de la *familia recompuesta o reconstituida*, intensificada entre nosotros desde la reintroducción del divorcio vincular en 1981, en el cual, de una parte se confirma al menos indirectamente la presencia reiterada del matrimonio en la sociedad actual⁵⁸⁴, aunque, de otra, la variedad de situaciones que pueden darse hacen complejas las relaciones que los hijos de anteriores nupcias puedan seguir manteniendo con el otro progenitor en orden a los derechos de visita y comunicación para cuyo ejercicio aparece legitimado por la previa sentencia de disolución del vínculo conyugal. Si tras el divorcio cada ex-cónyuge se mantiene en el *status* que deriva de él, será clave la titularidad de la guarda sobre los hijos comunes y su ejercicio exclusivo. Existirán sobre los hijos de la primera unión, *familias matrimoniales incompletas*; está por ver, por lo demás, la aplicación que las Audiencias Provinciales van a hacer de la nueva institución de la *guarda compartida*, concebida al parecer para conservar, a favor del hijo, del modo más intenso que en la anterior regulación, la existencia y el recuerdo del *hogar primitivo*; la mayor convivencia, o, al menos, el contacto más intenso, que aquélla implica pudiera eventualmente hacer resurgir el primitivo amor entre los ex-cónyuges, que pueden volver a casarse entre sí —como innecesariamente dice desde 1981 el art. 88 párr. 2º Cc—, o, simplemente, que reanuden la convivencia al amparo de un vínculo canónico no disuelto por el divorcio civil. Aquí se daría una auténtica familia *reconstruida o recompuesta*. En los restantes supuestos

584 Así después de un fracaso matrimonial, uno o ambos ex-cónyuges persisten en su propósito de proporcionar al, o a los hijos de la primera unión, la posibilidad fáctica de disfrutar de un nuevo hogar formado por uno de los progenitores con terceras personas que, por diversas razones, pueden considerar, en cierto modo, que también es suyo.

—que serán, sin duda, los más frecuentes— la reconstrucción o recomposición familiar deja siempre al margen a uno de los progenitores biológicos que sólo podrá ejercer el derecho de comunicación y visita con su hijo matrimonial. Pero si la recomposición se tradujera en mera convivencia fáctica sólo habría una nueva familia en sentido sociológico. Podría hablarse de una recomposición más intensa y compleja si se trata de dos divorciados con hijos de anteriores uniones que contraen matrimonio entre sí; en tal caso aparece una nueva familia legal, diferente ciertamente de aquéllas en las que nacieron los hijos, y que fueron destruidas por la sentencia de divorcio, pudiendo integrarse éstos en la misma a través de una modalidad específica de adopción (art. 175.4 y 176,2, 2ª) que, no obstante precisa del asentimiento del otro progenitor divorciado, logrado, acaso, mediante algún tipo de compensación. En todo caso parece conveniente que al reiterar matrimonio se otorguen capitulaciones en las que se precise la situación en que van a quedar los hijos de anteriores nupcias, dado que la nueva redacción del art. 68, no sin cierta imprecisión, menciona *las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo* (se supone que a cargo de cada uno de los cónyuges bínubos⁵⁸⁵). Objeto de acuerdo puede ser completar, desarrollar y aun modificar respecto a lo no imperativo, lo previsto en el art. 1362, causa 1ª pár. 2º Cc; al margen de la posible adopción por parte del nuevo cónyuge del progenitor biológico del menor es conveniente establecer el tratamiento y relación entre ellos, la intervención del nuevo cónyuge en la educación y vida personal del menor hasta su mayoría, incluso las prácticas religiosas de haber diversidad confesional entre ellos; también las relaciones a seguir manteniendo con sus hermanos de doble vínculo cuya guarda se ha adjudicado al otro progenitor, y las que pueden establecerse con los hijos que nazcan en el nuevo hogar. En el orden patrimonial es aconsejable que se lleve a efecto la extinción y liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia del divorcio y el

585 Por supuesto que aquí se incluyen los hijos y ulteriores descendientes del primer matrimonio, así como sus propios padres y abuelos, y hasta los de su ex-cónyuge si se hubiera anteriormente comprometido civilmente a asistir, dado lo indefinido de *otras personas dependientes a su cargo*.

claro establecimiento del nuevo régimen que rija las ulteriores nupcias (con preferencia, acaso, por la separación de bienes).

3. A PROPÓSITO DE ALGUNOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE MODELOS FAMILIARES

En todos los idiomas europeos la palabra *familia* es polisémica, y así aparece utilizada en el lenguaje jurídico desde la Constitución hasta las leyes ordinarias, ya pertenezcan al derecho público (pensemos en el Código penal, en las leyes administrativas o en las fiscales) o al privado (con especial referencia al Código civil). Dicha cualidad terminológica puede haber influido también, de alguna manera, junto a la nueva regulación de la filiación como antes indiqué, en la idea, últimamente difundida entre los juristas, de que existe una *pluralidad de modelos familiares*, hasta el punto de que algunos lo aceptan como dogma o principio inconcuso del Derecho de Familia en el siglo XXI, enunciado que, a mi juicio, precisa, no obstante, de ulterior revisión⁵⁸⁶. Es cierto que el art. 39.1 CE no se refiere exclusivamente a la familia matrimonial, dado que, en mi opinión, resultaba extraordinariamente difícil para el legislador constitucional fijar definitivamente una noción de familia dada la multivocidad con que aparece igualmente en la legislación ordinaria de nuestro país. Pero no resulta menos indubitado que sólo el matrimonio aparece mencionado y tutelado en el art 32 CE, lo que se justifica sobradamente por la ya invocada presencia continuada y sociológicamente mayoritaria de las uniones matrimoniales en el devenir histórico de la sociedad española. El TC que casi siempre invoca la pluralidad de sentidos del vocablo *familia* en el art. 39 CE, nunca ha llegado a declarar con alcance general que ambas familias, la matrimonial y la otra, hayan de ser tratadas igualmente, y sólo aplica el canon igualatorio a supuestos muy concretos (por ej. a efectos de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de vivienda, ahora regulado por el art. 16,1, letra b) LAU 1994 acogiendo la doctrina del TC, si bien su importancia

586 Cfr. GARCÍA CANTERO *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?* (Servicio de Publicaciones de la Univ. de Zaragoza, 2003), incluido *supra* p. 349 ss.

práctica ha quedado minimizada al suprimirse las prórrogas legales e indefinidas del contrato), rechazándolo en otros de mayor enjundia económica (como las pensiones de viudedad reiteradamente negadas a quienes, pudiéndolo hacerlo, no han querido contraer matrimonio entre sí), y reservándolas a las personas viudas.

Aunque se aceptara entre nosotros la *pluralidad significativa de modelos familiares* tomada, ciertamente, *lato sensu*, la sociología muestra la presencia mayoritaria de la familia basada precisamente en el matrimonio; y aun podría añadirse, *ex post 2005*, en el matrimonio heterosexual pues el llamado *matrimonio homosexual* carece todavía de un peso significativo en las estadísticas globales sobre los matrimonios, siendo todavía menos significativas el número de uniones homosexuales con hijos de variada procedencia (a excepción de la conjunta biológicamente imposible), habiendo recordado antes la enemiga de los grandes países de origen de nuestros niños adoptados (China, Rusia, Rumanía) respecto a la adopción por homosexuales.

Obsérvese que algunos supuestos de familia no matrimonial tienen apoyo constitucional⁵⁸⁷. Por otra parte, adviértase que la adopción en cuanto tal institución familiar no aparece directamente mencionada en la CE de 1978, según tuvo ocasión de aclarar el propio TC en 1982, a propósito del desigual tratamiento legal a efectos de montepíos, de los hijos adoptados plena y menos plenamente. Pese a ello el legislador ordinario ha equiparado a todos los efectos la posición jurídica del hijo adoptado con la del hijo matrimonial, en los territorios sujetos al Cc, como también lo ha hecho el legislador aragonés (art. 53 de la Ley de derecho de la persona del 2006).

587 Así con base en los arts. 14 y 39.2 CE se deduce que el hijo no matrimonial, voluntariamente reconocido o declarado judicialmente como tal, es titular de iguales derechos que el hijo matrimonial de sus progenitores, y así entra en la familia del reconocedor o reconocedores con igualdad de derechos respecto a los otros miembros de la familia matrimonial, ya sea a efectos de exigir alimentos legales, reclamar legítimas o derecho a suceder abintestato, solicitar los derechos de comunicación y visita, ostentar los apellidos de sus progenitores, etc.

4. ¿POR QUÉ DEBE SEGUIR PROTEGIÉNDOSE CONSTITUCIONALMENTE A LA FAMILIA BASADA EN EL MATRIMONIO?

Siendo claro que bajo la Constitución en vigor, sólo el matrimonio es objeto específico de regulación constitucional en el art. 32, y, por ende, también la familia en él basada, y que, a su vez, la familia matrimonial aparece implícita aunque inequívocamente mencionada en el art. 39.1 a efectos de su protección económica, social y jurídica por parte de todos los poderes del Estado, cabe todavía interrogarse: ¿Debe el ordenamiento español seguir privilegiando al matrimonio frente a las restantes variedades o modalidades de unión sexual que la autonomía privada ha ideado y algunos legisladores autonómicos han normativizado, o pueden idear o normativizar en el futuro? Problema estrechamente relacionado con el relativo a la conveniencia *hic et nunc* de mantener o establecer la unidad o la pluralidad de unión sexual legalizada entre el hombre y la mujer.

En términos abstractos cabría imaginar a un legislador que brindase a los ciudadanos más de una modalidad de unión sexual legalizada, como ha ocurrido, y sigue ocurriendo, a lo largo de la historia⁵⁸⁸. En semejante hipótesis el legislador podría establecer *ab initio* el mismo tratamiento legal a cada una de las modalidades que los ciudadanos eligieran; a medio plazo es más que probable que el desenlace normal de tal situación conduciría a que las preferencias sociales se focalizasen en una de ellas, marginando las restantes, incluso terminológicamente de modo que la designación de una sirviera, en la práctica, para designar a todas ellas (por ej. la de *matrimonio*, *marriage*, *mariage* o *Ehe*, o, en su lugar, la preferencia podría recaer en *registered partnerschift*, o en *unión sexual legalizada*). A mi juicio no será fácil desplazar el término *matrimonio*, universalmente generalizado e incluido en todos los diccionarios. En todo caso y mientras por hipótesis no se lograra alcanzar una total identidad de efectos para todas las uniones sexuales legalizadas, la

588 Por ej. matrimonio poligámico, poliginico o monogámico; *matrimonium legale* y *concubinatus*, *matrimonium cum manu et sine manu*; matrimonio canónico y barraganía; *marriage and civil union*; *mariage civil et pacte civil de solidarité*; *Ehe und Lebensgemeinschaft*; *Customary marriage*, *Religious marriage and Civil marriage*, etc

práctica de modo inevitable hablará de uniones o matrimonios de primera, segunda o tercera clase, con obvio desconcierto de sus usuarios que difícilmente comprenderán la *ratio* de la diferencia y emprenderán campañas ante la opinión pública para lograr democráticamente la plena equiparación. Parece difícil que una inicial pluralidad de modalidades de unión sexual legalizada subsista y se mantenga por mucho tiempo, siendo lógico que prevalezcan las tendencias unificadoras en ausencia de suficientes explicaciones para la diferenciación.

5. LA APARENTE UNIFICACIÓN DE LA UNIÓN SEXUAL LEGALIZADA OPERADA POR LA LEY 13/2005

La legalización del llamado *matrimonio homosexual* ha supuesto en nuestro ordenamiento familiar una auténtica revolución por atacar frontalmente la concepción matrimonial vigente entre nosotros de modo ininterrumpido a lo largo de la historia, con clara infracción del art. 32 CE⁵⁸⁹, que contempla una única modalidad de unión hetero-

589 Pueden verse en el vol. colectivo *La reforma del derecho de familia en el Código civil español* (Granada 2005), entre otras las siguientes aportaciones que valoran jurídicamente la nueva figura:

GARCÍA CANTERO, *Sobre el llamado "matrimonio homosexual". Análisis de algunas de las cuestiones debatidas* (p. 43 ss.);

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El matrimonio de los homosexuales; una tergiversación de los derechos fundamentales* (p. 59 ss.);

MARTÍNEZ LÓPEZ-NÚÑEZ, *Desquiciamiento inconstitucional de la familia protegida por el Código civil* (p. 67 ss.);

ESCRIVÁ-IVARS, *Sistema matrimonial y derechos fundamentales. Notas a la "nueva" legislación matrimonial* (p. 81 ss.);

DURÁN RIVACOBÁ, *Filiación y matrimonio homosexual* (p. 117 ss.);

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Adopción conjunta por personas del mismo sexo; las razones de un no* (p. 141 ss.).

Adde: R.BERCOVITZ, *El matrimonio de los homosexuales, Aranzadi Civil, 2004-III* p. 2272 ss. ; RAMOS CHAPARRO, *Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio*, AC 2005-10; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual (entre personas del mismo sexo)?* RDP, 2005, p. 37 ss. En el cit. vol. *Constitución, derecho al matrimonio etc.*, cit. además del trabajo ya cit. de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el matrimonio etc.* puede consultarse DE PABLO CONTRERAS,

sexual legalizada⁵⁹⁰. Por otra parte, mediante la Ley 13/2005, el legislador ordinario apenas si ha logrado realizar su propósito unificador de ambas modalidades matrimoniales, ya que de la nueva normativa se deduce que el matrimonio homosexual es inepto para producir la presunción de paternidad de un marido que, o bien no existe este último (unión, entre dos mujeres), o se da por partida doble respecto a dos varones incapaces biológicamente de procrear entre sí, situación que nunca puede servir de base a aquélla⁵⁹¹. Digamos que accesoriamente el legislador se despreocupa por aclarar mínimamente la perturbación terminológica causada en la relaciones de parentesco reguladas en el Cc, las cuales siempre han tenido como punto de partida la diferenciación hombre-mujer, padre-madre, polos parentales de difícil sustitución con la elipsis de *progenitor 1º y 2º*; adviértase que si se persiste en esta última designación será ineludible fijar legalmente el orden o jerarquía entre ellos.

La citada Ley 15/2005 ha introducido en el Cc, al menos en apariencia, un segundo tipo o modalidad de unión sexual legalizada que se pretende, sin conseguirlo, equipararlo al matrimonio heterosexual; pese a la identidad terminológica, ambas modalidades difieren en su estructura antropológica y en sus efectos (señaladamente la presunción de paternidad del art. 117 Cc). Tal matrimonio homosexual deviene un *corpus estraneus* en el sistema codicial y no podrá invocar la garantía constitucional del art. 32 CE. Analizando el *iter* parlamentario nuestro legislador ha procedido con incomprensible precipitación, despreciando olímpicamente los ejemplos del Derecho comparado a este respecto. Dijérase que, en el proceso de elaboración de la norma, ha pretendido *quemar etapas* tratando de ganar por la mano a otros legis-

La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 julio, de reforma del C.c. en materia del derecho a contraer matrimonio, op. cit., p. 87 ss., con abundante documentación comparatista.

590 Me parece plenamente convincente la exhaustiva argumentación de MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el "matrimonio" entre personas del mismo sexo*, cit., p. 51-65.

591 DURÁN RIVACOBÁ, op. et loc. cit., p. 129, nota que ni tan siquiera son iguales los matrimonios con independencia del sexo de los partícipes, sino que incluso cuando sean los cónyuges homosexuales tampoco es lo mismo si son hombres o mujeres.

ladores europeos más prudentes y precavidos, pues, a excepción del belga y del holandés, hay países con tanta tradición de buen hacer legislativo como Alemania, cuyo TC había declarado cautelarmente que el matrimonio heterosexual era el único contemplado en el art. 6º de la Ley Fundamental de Bonn con el término de *Ehe*, por lo cual el legislador ordinario creó en 2001 la figura de la *Lebensgemeinschaft* dedicado fundamentalmente a regular las uniones homosexuales; similarmente en Francia se había acudido en 1999 al novedoso *pacte civil de solidarité* (PACS) que el equivalente de nuestro TC aceptó exclusivamente como forma contractual, nunca familiar; similares diferencias terminológicas se observan entre la *civil union* inglesa introducida en 2004 y el *Marriage*, y las diferentes formas de *registered partnerscap* escandinavas introducidas a partir de 1993 y el matrimonio. Algunos años de rodaje permitirán constatar si estas figuras son efectivamente aceptadas por los colectivos de gays y lesbianas, y por el resto de la sociedad, así como su adecuado funcionamiento en el tráfico. En comparación, la política legislativa sobre el tratamiento del denominado matrimonio homosexual seguida en los países de nuestro entorno, con la de nuestro legislador, el juicio valorativo no puede, en modo alguno, ser favorable a este último. Con todo, el futuro no deja de ser problemático, y no exclusivamente por la falta de resolución del TC del recurso contra la ley. De una parte los grupos de presión homosexuales son muy poderosos en el mundo occidental. Resulta igualmente incierta la aceptación práctica de las nuevas normativas por dichos colectivos⁵⁹²; durante los primeros años de vigencia de aquéllas no cabe hablar de un apoyo masivo; la historia reciente muestra sorprendentes cambios de opinión en el interior de aquéllos (hace medio siglo en USA los grupos de gays y lesbianas menospreciaban públicamente al matrimonio legal como institución que ellos consideraban *degradada*). Por otro lado la admisión definitiva en

592 Sumamente instructiva resulta la *perspectiva sociológica* que ofrece MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el "matrimonio" etc.*, cit., p. 31-35. Su conclusión, a la vista de las cifras que maneja, es que no parece que hubiera una demanda social real, sino, en todo caso, inducida artificiosamente, y, asimismo, que la discriminación y las injusticias que esta ley vendría a poner fin, o no existían en realidad, o no eran tan agudamente sentidas por los afectados como se decía.

los Derechos familiares occidentales de la modalidad “matrimonial” homosexual obligaría a una revisión codicial en profundidad.

6. ¿PRÓXIMA LEGALIZACIÓN ESTATAL DE LAS UNIONES DE HECHO?

Sin pretender agotar ahora la problemática doctrinal⁵⁹³ y jurisprudencial sobre las uniones sexuales de hecho, o al margen de la legalidad matrimonial, baste indicar que no es, ni de aquí ni de ahora, la aparición en la realidad social de uniones básicamente heterosexuales celebradas al margen de la legalidad matrimonial (los homosexuales durante muchos siglos no se han exteriorizado socialmente); tampoco lo ha sido la aspiración a lograr de alguna manera la igualdad de trato con el matrimonio (que casi lo consiguieron a fines del Imperio Romano). Pero en nuestros días se ha producido un nuevo planteamiento sobre bases diferentes que cabría resumir así:

- El fenómeno tiene lugar por causas sumamente variadas, con amplia difusión en el mundo occidental tanto perteneciente al *Civil* como al *Common Law*, con notable repercusión en los estudios demográficos⁵⁹⁴;
- Con alguna frecuencia se está en presencia de uniones no meramente pasajeras u ocasionales, sino con cierta vocación de permanencia o estabilidad, de modo que, a veces, la problemática jurídica surge precisamente al morir uno de los miembros de la pareja;

593 En la reciente obra colectiva, *Comentarios a la Ley de Parejas estables de las Illes Balears* (Coordinadora M^a Pilar FERRER VANRELL) (Palma de Mallorca 2007), se incluye una extensa, aunque no completa, bibliografía sobre el tema p. 473-484.

594 Pueden consultarse los siguientes trabajos contenidos en el vol. colectivo *Marriage and cohabitation in contemporary societies. Areas of legal, social and ethical change. An international and interdisciplinary study* (Coord. EEKELAAR and KATZ) (Toronto 1980):

FESTY, *Aspects demographiques de la formation de la famille en Europe occidentale*, p. 2-15; ANDRUP-BUCHHOFER-ZIEGERT, *Formal marriage under the crossfire of social change* (p. 32-38); STRAVER-ROBERT-Van der HEIDEN, *Lifestyles of cohabitation couples and their impact on juridical questions* (p. 39-45); OLMESDAHL, *Marriage and cohabitation: cross-cultural comparisons* (p. 46-56).

- Sin embargo, cada vez más acceden a los Tribunales importantes cuestiones pecuniarias originadas al romperse unilateralmente la unión de hecho, ya sea en relación con el modo de reparto de los bienes adquiridos durante la misma, ya sea respecto de la remuneración retroactiva del trabajo que uno de sus miembros ha realizado —o pretendido realizar— a favor del otro o en beneficio del hogar común;
- Se plantea cada vez con mayor urgencia la necesidad de prestar asistencia social a los miembros más débiles de la unión después de la ruptura (generalmente la mujer y los hijos), no siendo infrecuente que la convivencia haya incluido a personas extrañas entre sí por carecer de todo vínculo jurídico con los miembros de la pareja (en una unión de hecho anterior, al romperse, uno de los miembros se hace cargo de un hijo del otro habido con tercera persona y lo aporta a la nueva unión);
- En relación con nuestro país, y en ausencia de una normativa general específica, se produce una falta notable de coincidencia entre las diversas regulaciones autonómicas existentes, unas veces apoyadas en competencias sobre el propio Derecho civil y otras, de modo más difuso, en el deber de asistencia a determinados colectivos sociales;
- Mayor entidad tienen todavía las fuertes dudas surgidas doctrinalmente sobre las efectivas competencias de tales CCAA en relación con la Constitución de 1978 para regular, como muchas hacen, efectos cuasi- o para-familiares respecto de estas modalidades de uniones fácticas, homo- o heterosexuales.

La problemática estrictamente civil de la unión de hecho —también calificada de *unión libre*— podría resumirse así: ¿Hay un derecho a no casarse que venga a ser, de algún modo, el reverso constitucional del *jus connubii*? Anteriormente me posicioné en sentido negativo⁵⁹⁵, pero aun en la hipótesis de que el legislador quisiera brindar a los ciudadanos un marco legal para ejercerlo, cabe interrogarse sobre los

595 GARCÍA CANTERO, *¿Derecho a no casarse?*, AC, 2004-1, pág.13 ss.

criterios a utilizar ¿qué razones se oponen a que se les sujetara al régimen común de la sociedad civil, o de la asociación, o a la de una mera comunidad romana, o al arrendamiento de servicios ...? y ¿por qué no encomendarlo a la autonomía de los propios interesados?

Sería razonable interrogarse sobre su razón de ser en la sociedad del siglo XXI: ¿estará destinado a reemplazar al matrimonio como unión sexual legalizada, o, al menos, a figurar como alternativa al mismo?, o, en último término, ¿a perpetuarse como una especie de paradigma del *quiero y no puedo*, como una mala copia o triste caricatura del matrimonio —dicho sea con pleno respeto a la dignidad personal de cuantos las integran—? No parece oportuno profundizar en esta problemática, aunque sí enhebrar algunas consideraciones.

El pretendido *derecho a no casarse* no es un derecho constitucional que se ampara en el envés del art. 32 CE, sino mero ejercicio de la libertad de la persona que sí constituye un valor constitucional (art. 1º CE). Puede considerarse embebido en la moderna *libertad matrimonial* que la doctrina unánimemente concibe en sentido negativo, reservando a cada contrayente en el acto de la celebración de las nupcias la facultad de no contestar a la pregunta del funcionario autorizante, guardando silencio, o de hacerlo negativamente, frustrando así la finalidad del acto. Pero, al margen de estar protegida penal y civilmente, tal facultad de *no consentir el matrimonio propuesto*, es difícil deducir de su ejercicio algo tipificado en el ordenamiento (salvo el resarcimiento del art. 43 si se dieran sus requisitos); así el novio que huye sorprendentemente del Juzgado antes de formalizar su matrimonio, no parece querer expresar inequívocamente que sólo se propone mantener una unión de hecho con su novia; de haberlo querido parece improbable que hubiera iniciado el expediente matrimonial, y en su lugar, de acuerdo con su *partenaire* hubieran iniciado la convivencia, acaso invitando a una fiesta a los amigos más íntimos⁵⁹⁶.

596 En la STS de 5 diciembre 2005 se dice (FD 11) que la petición de una certificación preparatoria para contraer matrimonio no significa por sí misma la existencia de la voluntad de contraerlo y requiere de un examen conjunto con las restantes pruebas para indagar la verdadera voluntad de los interesados. Se trata en el caso de una convi-

Para explicar el fenómeno de las uniones de hecho ¿podría alegarse que las vigentes formalidades previas provocan entre los ciudadanos resistencia social a contraer un matrimonio legal? Pienso que realmente no radica aquí fundamentalmente la oposición a celebrar nupcias aunque acaso podría revisarse la tramitación del expediente matrimonial cuya regulación, por cierto, la Ley de 1981 relegó a la legislación registral civil, de carácter administrativo y no sustantivo; en dicha línea debería simplificarse en lo posible la tramitación como lo permite hoy la tecnología ya instalada en los Registros civiles, incluso con posibles conexiones europeas para la celebración de los matrimonios con extranjeros. Los sociólogos, por su parte, descubren otras motivaciones para explicar el descenso generalizado del número de matrimonios celebrados en el espacio comunitario. Aunque parecen representar una minoría de la población, no faltan entre nosotros personas de ideología ácrata que deniegan abiertamente competencia al Estado y a las Iglesias para regular el propósito que les anima de unirse a otra persona para constituir una familia. No faltan otras motivaciones que podríamos calificar de más prosaicas, así participan de la opinión difundida entre los jóvenes de no asumir compromisos personales duraderos, ya que, se piensa, *si nos va mal, lo dejamos sin más*. O bien se alegan razones puramente económicas (no podemos pagar los gastos que conlleva la ceremonia nupcial), o simplemente *porque muchos así lo hacen* (sin más razonamiento), o porque *está de moda en los programas de TV*. Puede haber algunas veces obstáculos jurídicos difíciles de superar en el caso concreto (el contrayente extranjero no sabe si se casó válidamente en su país, o bien fracasó una breve experiencia conyugal y los

vencia que había durado un decenio durante el cual se habían adquirido dos inmuebles puestos a nombre de ambos convivientes. Después de la ruptura el varón pretende que el dinero fue aportado exclusivamente por él por lo cual solicita la titularidad exclusiva de aquéllos acudiendo infructuosamente a diversas fundamentaciones (negocio fiduciario, donación por razón de matrimonio, etc.). En esa prolongada vida en común parece que en cierto momento estuvo presente la idea de contraer matrimonio, realizándose lo que pueden calificarse de actos preliminares (solicitud de documentos para iniciar el expediente matrimonial) que, no obstante, no llegaron a culminarse, por lo cual el TS da por probada exclusivamente la unión fáctica, confirmada, entre otras pruebas, por el nacimiento de una hija común.

esposos de la primera unión han perdido todo contacto personal); o dificultades de tipo psicológico (se llegó muy enamorado al anterior matrimonio y la decepción por el fracaso paraliza cualquier intento para repetirlo). Por otro lado, y a salvo los esfuerzos de algunas confesiones religiosas (especialmente la católica) hay que reconocer que en materia de preparación de los jóvenes al matrimonio, el Estado y la sociedad en general se despreocupan habitualmente de llevar a cabo una adecuada e imprescindible labor formativa⁵⁹⁷. Si al Estado no ha de dejar indiferente la estabilidad matrimonial, y ello tanto en interés de los hijos y de los propios cónyuges, como de la sociedad, parece que ha llegado el momento de tomar iniciativas para impedir siga creciendo en el mundo occidental y, en particular, en nuestro país, la espiral de las rupturas legales de las uniones conyugales⁵⁹⁸.

Ha de reconocerse que no resulta fácil identificar la *ultima ratio* de quienes se proponen constituir una familia al margen del matrimonio legal, sin que pueda atribuirse de modo decisivo y exclusivo, a cierto ambiente social difuso favorable a tal actitud en que pueden vivir sumergidos los interesados. Resulta evidente en nuestro país que todos los ciudadanos tienen acceso a celebrar matrimonio con plena libertad, en cualquier momento de su vida. Pero si inicialmente una determinada pareja, al comienzo de la vida en común, no lo hacen, se constata claramente su rechazo; si posteriormente se casan entre sí —por ej. después de cierta reflexión o al nacer el primer hijo—, cabe decir que se ha superado el rechazo inicial; puede suceder, y es frecuente, que la convivencia cese por ruptura unilateral o bilateral, lo que podría inducir falta de madurez para la vida en común y así la experiencia acaba; pero si la convivencia dura hasta el fallecimiento de uno cualquiera de los convivientes, el rechazo inicial quedaría plenamente ratificado, sin

597 En Chile la nueva normativa prevé la asistencia de los contrayentes a cursillos prematrimoniales impartidos por el Estado, que pueden ser suplidos por otros organizados por las Iglesias y diversas entidades.

598 ¿Esperar, quizá, a que los Manuales de la nueva asignatura *Educación para la ciudadanía* expliquen con claridad a los alumnos de primaria y secundaria el significado de los arts. 32 y 39.1 de la Constitución?

que normalmente se llegaran a conocer las razones últimas y decisivas, a menos que las hayan expresado públicamente.

En principio no cabe eludir cierta contradicción cuando esas parejas de hecho reclaman para sí ante los tribunales los derechos y beneficios que la ley otorga a los casados, o cuando el legislador —inexplicablemente— se los concede, o un juez decide atribuírselos en una sentencia al resolver un conflicto judicial. Si se ha rechazado de modo indudable por los convivientes el cumplimiento de los requisitos legales para casarse ¿cómo justificar la reclamación posterior de aquellos beneficios o efectos favorables de las nupcias, o la sumisión voluntaria a ulteriores requisitos legales que, al menos parcialmente, reproducen los exigidos para casarse? Menor justificación tiene que el legislador establezca que la convivencia fáctica durante cierto número de años, o el nacimiento de un hijo común atribuya iguales o parecidos efectos que el hecho de estar legalmente casados ¿no se corre así el riesgo de *suplantar la voluntad de los interesados*, quienes, de haber querido las nupcias las hubieran legalmente celebrado?

No parecería prudente que el legislador erija ahora este modelo de convivencia intersexual como alternativa al matrimonio legal⁵⁹⁹ cuando en el mundo jurídico occidental no hay unanimidad ni en su admisión, ya que, frente a países que vienen a equipararlos tendencialmente a los matrimonios, otros remiten a las regulación jurisprudencial en los países del *Common Law*, ni menos en su tratamiento⁶⁰⁰. A título de anécdota —y de ejemplo a no imitar— cabe citar que en los Países Bajos, en cierto momento de su voráGINE de cambios legislativos familiares a

599 La STS de 12 septiembre 2005, dictada por el pleno de la Sala 1ª afirma categóricamente que *Hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por analogía legis de normas propias del matrimonio (...) ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad* (doctrina que se reitera en STS de 5 diciembre 2005, Fj 17).

600 Cfr. ampliamente GARCÍA CANTERO, *¿Qué familia para el siglo XXI?*, en *Convergence of legal systems etc.*, cit., p. 306-326.

finales del siglo XX, las uniones de hecho registradas y los matrimonios legales producían idénticos efectos jurídicos, y al legislador se le ocurrió un desconcertante sistema de *pasarelas legales* mediante las cuales los anteriormente casados podían expresar conjuntamente ante el Encargado del Registro civil su voluntad de convertirse en *registered partnership*, y viceversa); tal posibilidad legal —al parecer, poco usada en la práctica— hizo plantearse a algunos la pregunta: ¿por qué mantener dos modalidades idénticas, aunque con terminología diversa, de unión sexual legalizada?; parece que la opinión mayoritario se inclinó de momento a favor de mantener legislativamente el matrimonio⁶⁰¹. Entre nosotros no es posible predecir si antes de acabar la presente legislatura el Gobierno se decidirá a presentar en las Cortes alguna de las propuestas sobre regulación de las parejas de hecho que han tenido entrada en aquéllas, siendo, a primera vista, poco probable que el Gobierno intente un *común denominador* que abrace y satisfaga a las CC AA que ya han legislado en la materia⁶⁰², siendo una idea bastante generalizada en la doctrina que la promulgación de las Leyes 13 y 15/2005 obligará a revisar la mencionada legislación autonómica. Quizá lo solución menos perjudicial para la legislación familiar española sea abrir un compás de espera hasta conocer el fallo del TC contra la Ley 13/2005 y, mientras tanto, seguir confiando a los Tribunales ordinarios la resolución de la conflictividad sobre uniones de hecho, cuya depurada jurisprudencia en la materia puede ayudar a clarificar el, más bien, oscuro panorama legislativo. Sin perjuicio de que la doctrina continúe en el análisis crítico de la normativa en vigor.

601 Por otro lado, los beneficios otorgados en este país a la unión registrada no parecen animar al gran número de parejas de hecho neerlandesas no casadas que han renunciado, hasta ahora, a acudir masivamente al Registro para *regularizar* su situación.

602 Véase el bienintencionado intento de reducirlos a unidad por parte de COCA PAYERAS *Comentarios a la Ley de parejas estables etc.*, cit., p. 42 ss.

7. UNA, NO MUY LEJANA, MIRADA RETROSPECTIVA: *FAMILIA, SEMPER REFORMANDA EST?*

Si después de la Constitución de 1978 y del pleno ingreso de España en las organizaciones europeas, pareció a muchos que el final del siglo iba a presenciar entre nosotros una renovación legislativa del Derecho de Familia, tranquila y reposada, al tiempo que dentro de materias perfectamente delimitadas y, en cierto modo, agotadas, invitando en consecuencia a la Manualística a iniciar la exposición de la materia con un minucioso capítulo retrospectivo en el que se inventariase las etapas que siguió nuestro legislador para remozar en este punto el ya arcaico texto de 1889, sin embargo, la realidad de los últimos años ha seguido bien diversos derroteros.

Ciertamente, una vez promulgada la Constitución, se produce una ineludible adaptación de la *praxis* a la nueva normativa, no exenta de vacilaciones de la inicial jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, con notable intervención del TC en cuestiones tan llamativas como la negativa a someterse a pruebas biológicas por parte de alguno de los presuntos progenitores. Todo ello ha facilitado el cumplimiento de la finalidad de las reformas, aunque en materia de filiación hay todavía algunas cuestiones puntuales pendientes de cumplimentar por el legislador ordinario (por ej. fijación del plazo para que el presunto padre pueda ejercer la acción de impugnación), también hay ciertas discordancias en la jurisprudencia a propósito de la retroactividad del nuevo régimen familiar. En materia matrimonial hay menos cuestiones conflictivas por ser escasos los recursos que llegan a conocimiento del TS (recientemente el relativo al posible carácter temporal de la pensión compensatoria), pudiendo, acaso, sorprender el número de sentencias recaídas sobre el reconocimiento civil de las sentencias canónicas de nulidad, sobre el que la nueva Lec. 2000 parece haber resuelto las dudas. En su conjunto, con todo, la interpretación jurisprudencial de las reformas ofrece, en su posible variedad, un panorama que podría considerarse más bien normal, si se tiene en cuenta la profundidad de aquéllas.

Sin embargo, junto a esta de fase de adaptación y asimilación de las reformas exigidas por la Constitución de 1978 (formalizadas, por cierto,

no de modo unitario y global, sino sectorialmente y con llamativas ausencias de la coordinación adecuada con el sistema codicial y con las restantes reformas entre sí), se ha abierto, sin solución de continuidad, con escaso o nulo apoyo en el texto constitucional y en los originarios tratados básicos aprobados por la ONU, una nueva e imprevisible fase de cambios legislativos, a veces hasta en conflicto con las anteriormente inmediatas reformas legales, que aparecen inspiradas y animadas por grupos ideológicos minoritarios, muy activos y eficaces en el juego parlamentario, originando un sorprendente giro en la orientación tradicional de nuestro *Ius Familiae*, alterando decisivamente su fisonomía hasta el punto de llegar a sustraer nuestro sistema jurídico familiar del tronco europeo occidental, sin explicación convincente, y sin lograr ubicarnos tampoco adecuadamente en ninguno otro conocido y solvente⁶⁰³.

Resultan ya lejanos en el tiempo —y hasta algunos pudieran caer en el error de considerarlos obsoletos— los famosos textos internacionales que han logrado su universalización y han impuesto la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, dentro y fuera del matrimonio y en todas las relaciones jurídico-privadas, quebrando así definitivamente la secular discriminación de la mujer, en general y sobre todo en el seno de la familia. Lo propio cabe decir de la igualdad entre todos los hijos, cualquiera fuera su origen, borrándose así el indigno trato que las legislaciones civiles han dispensado, hasta mediados del siglo XX, a los hijos no matrimoniales. El principio del *the best interest of child* todavía sigue siendo eficaz motor de reformas legislativas, en Europa y en otros continentes, cuyo desarrollo se ha facilitado por la ONU a través del Convenio de 1989, y cuya virtualidad efectiva dista, con todo, de haberse agotado.

Quizá merezca mayor y persistente atención el influjo causado por los avances de la investigación médica y biológica en el Derecho de la persona y de la familia en general y en el de la filiación en particular. Obligado es referirse a la legalización de los métodos contraceptivos que ha supuesto mayor control y dominio de la sexualidad humana en relación

603 Véase el Epílogo de mi trabajo *Unde venis et quo vadis, hispanica familia?*, cit., p. 35.

con la procreación⁶⁰⁴; asimismo a la libertad de acceso a las nada complejas pruebas de paternidad y maternidad, cuya fiabilidad ha crecido hasta porcentajes muy satisfactorios, y no sólo para excluir sino para afirmar la discutida relación biológica entre dos personas, prueba de los grupos sanguíneos a los que se ha añadido últimamente la prueba del ADN, acaso de mayor eficacia⁶⁰⁵. A partir del nacimiento en 1978 de la niña inglesa Louise Brown, mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida, el procedimiento se ha ido legalizando en bastantes de los países occidentales, acaso no con tanta rapidez como se auguraba⁶⁰⁶. Recuérdese que la inicial finalidad de estas técnicas consistía en ayudar a las parejas infértiles por diversas causas para lograr descendencia. La explotación industrial de este avance científico (se calcula que entre el 10 y el 15% de los matrimonios de los países occidentales no pueden tener hijos mediante procreación biológica) ha generalizado la posibilidad de su empleo aunque sólo para personas acomodadas. Pero algunas leyes, como la nuestra de 1988, no sin influencias ideológicas permiten utilizar dichas técnicas, no sólo a los matrimonios sino a las parejas de hecho, e incluso a mujeres solas en aplicación de un imaginario *derecho al hijo* carente, en todo caso, de fundamento. El elevado porcentaje de fracasos, unido a los precios elevados que perciben las clínicas especializadas,

604 Si bien el vertiginoso incremento de las estadísticas de abortos provocados en el mundo occidental parece desmentirlo.

605 En este punto me parece oportuno llamar la atención sobre cierto fetichismo en que podemos estar incurriendo los juristas ante los científicos. En efecto, el *arcanum naturae* con que solía calificarse la relación de paternidad desde el Derecho romano —ahora desmantelado científicamente—, puede conducir, por contraste al respeto excesivo ante la aureola y prestigio procedente de los datos biológicos y médicos. Alguna reflexión debe merecer lo ocurrido en Noruega —uno de los países europeos más madrugadores en este campo— respecto a las revisiones que recientes leyes de 1997 y 2002 permiten respecto de las sentencias dictadas hace más de medio siglo con base en pruebas sanguíneas deficientes tal como muestra ahora el ADN. (Cfr. LODRUP *Changing paternity*, The International Survey of family Law. Edition 2006, p. 320 ss.). Sobre un total de 210 casos revisados en el periodo 01.04.03 a 20.04.04 ahora se demuestra que en un tercio de supuestos hubo error, porcentaje, a mi juicio, preocupante.

606 Pueden encontrarse informaciones comparativas recientes en GARCÍA CANTERO, *¿Qué familia para el siglo XXI?*, cit., p. 332-341.

unido al tráfico escandaloso que paralelamente se produce en Internet de espermatozoides, óvulos y ovocitos, y madres de alquiler, que permiten lograr la aberración del *hijo a la carta*, coadyuvan a que el tema parezca encontrarse en un cierto *impasse*. Por otra parte estos avances médicos y biológicos, y sus aplicaciones prácticas, proceden en ocasiones de posturas filosóficas según las cuales todo lo posible en el ámbito científico es igualmente legal y lícito en la praxis, lo que convertiría a la investigación de tal naturaleza en operación en cierto modo neutral, exenta de valoraciones éticas, encaminándose actualmente, al parecer, hacia la experimentación con embriones para avanzar en la posible curación de enfermedades, la creación de híbridos animal-hombre y la llamada clonación terapéutica.

Los juristas somos, en todo caso, conscientes del cambio que los nuevos progresos médico-biológicos introduciendo en el *Ius Filiationis* y, en particular, en la noción de *procreación humana* que todavía presupone, mientras no se derogue, el texto del Cc. Así de acto profunda y exquisitamente humano, perteneciente al ámbito de la privacidad de los progenitores, en cuya intervención intervienen exclusivamente un hombre y una mujer, se ha convertido en acto médico, podríamos decir que neutral y aséptico, en el que existe ciertamente una inicial actuación voluntaria de los futuros padres aunque con sentido diferente, al que se adiciona decisivamente la intervención de terceras personas anónimas que proporcionan su espermatozoides, su óvulo, o el ovocito ya fecundado, e, imprescindiblemente, la colaboración de uno o varios facultativos que pueden intervenir incluso descuidadamente, o no *secundum lex artis ad hoc* y también por error y hasta, eventualmente, por dolo. Se van a contradecir abiertamente los principios constitucionales de *veracidad de la filiación*, es decir de hacer coincidir la filiación legal con la biológica, y el de la *libre investigación de la filiación*. La intervención de toda esa variedad de sujetos puede llevarse a cabo correctamente, según la ley, y, en su momento, alumbrarse al fin por la mujer así fecundada un nuevo ser humano, al que se le atribuirá imperativamente una filiación determinada, la cual, fuera del caso de utilización del espermatozoides del marido o del conviviente, o de un ovocito de la pareja fecundado por razones médicas *in vitro*, no coincidirá ya con la filiación biológica.

Pero el art. 7.1 de la Ley de 1988 remite a las normas vigentes, es decir, al Cc lo que supone incorporar a este último un *corpus straneus*, un nuevo tipo de filiación que supone un concepto de procreación diferente del alojado en aquél y regulado por principios distintos y aun contradictorios con lo que establece la Constitución y la Ley de 13 mayo 1981 que la desarrolla. Resulta que los hijos así procreados van a disfrutar, en consecuencia, de otro *status filiationis*, en muchos aspectos inferior al de los nacidos por procreación normal o natural, con evidente violación del art. 14 CE y del implícito *igualdad de filiación*. Suele decirse para explicar la singularidad que los autores de la Constitución de 1978 no contemplaron el supuesto de las nuevas técnicas procreativas; pero de ser ello cierto, hay que decir que el legislador ordinario ha errado el camino con la Ley de 1988. Altérese en lo procedente la norma fundamental y luego desarróllese adecuadamente, y no se siga el procedimiento inverso⁶⁰⁷. A todo lo cual ha de sumarse el repugnante comercio internacional que, por las apariencias, parece difícil de atajar⁶⁰⁸.

607 Pobre e insuficiente resulta, por otro lado, la explicación del TC para rechazar el recurso contra la Ley de 1988 (de permitirse la libre investigación de la paternidad, no habría donantes, es decir —traduzco libremente—, desaparecería el saneado negocio de la Clínicas de tratamiento de la infertilidad).

608 Véase a este respecto la opinión reprobatoria de LACRUZ *Elementos* IV (2ª ed. rev. y puesta al día por RAMS ALBESA) Dykinson (Madrid 2005) p. 375: “Lo conflictivo de esta materia en sí se ha complicado más en la vida real desde el momento en que han surgido intermediarios con ánimo de lucro, y contratos onerosos con grandes cantidades para retribuir la colaboración de otra mujer con la gestación necesitada. No hace falta mucha imaginación ni sensibilidad para comprender el rechazo mayoritario, casi unánime en la doctrina (sobre todo europea, y en la española) y en las leyes o trabajos legislativos e informes de Comisiones *ad hoc* tanto de esa realidad como de la mediación y contratos aludidos, con algunas excepciones para aquellos casos en que aquella colaboración sea altruista y sin remuneración alguna a título de contraprestación. Mayor apertura puede apreciarse en la doctrina y tribunales anglosajones (sobre todo USA), y en algún ordenamiento americano”.

En mi opinión el criterio de la licitud no debiera radicar en la difícil delimitación y prueba entre el *animus donandi* o lucrativo de la persona que ha cedido su esperma u óvulo, sino en el concepto de *veracidad de la filiación* que parece haber desaparecido de las preocupaciones actuales. Si el niño nace mediante aportación de esperma no perteneciente al marido, el hijo no puede atribuirse a éste. Si el óvulo lo proporciona mujer distinta de quien gesta al nuevo ser, tampoco la maternidad debiera corresponder a ésta. Con mayor razón si el hijo ha

Nuevos ataques a la concepción romano canónica del matrimonio y de la familia en el mundo occidental se están desencadenando so capa de progresismo por parte del feminismo radical⁶⁰⁹, proponiendo básicamente una ideología de género que, en su intención, se proponer suplantar al concepto jurídico de sexo, tal como hasta ahora se ha estudiado en el Derecho de la persona. Este cambio no es algo episódico o accidental, sino plenamente intencional, y afecta de modo directo e inmediato a la concepción legal del matrimonio, habiendo contribuido a facilitar el reconocimiento legal del llamado matrimonio homosexual. Según la concepción tradicional, todavía predominante en el mundo occidental⁶¹⁰, las personas se diferencian por razón de su sexo conforme a la composición cromosómica que acompaña a la persona desde su desarrollo embrionario hasta su muerte; por ello las leyes del mundo jurídico occidental disponen que tal sexo se haga constar en el acta de

sido engendrado mediante óvulo y espermatozoides de terceros. En último término parece clara la necesidad de reflexionar, o bien sobre la utilidad y conveniencia de inventar nuevos conceptos de paternidad y maternidad (mujer gestante o nutricia, padre social, aparente o ficticio), o bien recurrir a conceptos ya contrastados (padre o madre adoptantes).

609 Ana M^a VEGA GUTIÉRREZ, *Políticas familiares en un mundo globalizado*. Cuadernos del Instituto M. de Azpilicueta (Berriozar, Navarra, 2002) esp. p. 70 ss. Se trata de una lúcida exposición en la que se define la *gender perspective* como una visión global del mundo donde toda relación y actividad humana se entienden como socialmente *construidas*, incluida la propia identidad sexual de los individuos. Nada sería inmutable y todo estaría en manos del juego de la libertad. Con inspiración marxista se propugna la lucha de sexos, de modo que el feminismo de género no busca tanto la igualdad como la construcción de una sociedad sin clases sexuales. La sociedad debería propiciar la indiferenciación sexual para que cada persona pudiera elegir libremente su identidad u orientación sexual. Y los ordenamientos jurídicos estatales deberían garantizar idéntico tratamiento a cualquier expresión de la sexualidad humana, ya sea la homosexualidad o el lesbianismo, la bisexualidad, la transexualidad o el travestismo. Nuestro modelo dominante de familia no sería más que un modelo entre muchos, de ahí que se plantee la redefinición de todas aquellas instituciones vinculadas a la diferenciación social. Por consiguiente, en su proyecto social se rechaza la imposición de un único modelo de familia, y se incluyen todos los modelos alternativos. Hay que rabajar por una sociedad sin sexos. Por último, conviene no olvidar que el feminismo ha contado con el fuerte respaldo de instituciones y organizaciones internacionales muy poderosas política y económicamente (*Institut Kinsey, Population Movement, International planned parenthood Federation*).

610 Cfr. GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 331 s.

nacimiento en base a la inicial observación del facultativo que asiste al parto o que interviene en el Registro Civil, y ello sin perjuicio de que el sexo inicial dudoso pueda ser rectificado en proceso ulterior con toda clase de pruebas. En principio, ni el llamado *sexo psicológico* (el propio de una persona que se encuentra incómodo o a disgusto con su sexo cromosómico y gusta de aparentar su pertenencia al sexo contrario), ni el *sexo social* (que históricamente se han dado entre nosotros como la Monja Alférez, y que corresponde a personas que por razones muy diversas han enmascarado su sexo propio, y adoptan el contrario con cambio de su personalidad) tengan, en principio, repercusión jurídica, originándose el fenómeno social del travestismo. Pero el moderno transexualismo aspira a su reconocimiento legal, como ha ocurrido en nuestro país (después de la doctrina jurisprudencial formada por las SSTs de 02.07.87, 03.03 y 15.07.89 y 19.04.91) y en otros, variando, sin embargo, sus requisitos y efectos; en efecto, algunas leyes requieren la sumisión del sujeto a una intervención quirúrgica que modifique los caracteres sexuales externos de la persona, en otros basta un certificado médico que acredite estar sometido a un tratamiento hormonal adecuado; en alguno se obstaculiza la celebración de matrimonio con el nuevo sexo, y en otros se autoriza expresamente. El tema del transexualismo no puede decirse que se haya resuelto uniformemente, ni siquiera que se hayan afrontado adecuadamente algunos problemas preexistentes a la mutación legal (subsistencia, o no, del vínculo legal que el transexual haya podido contraer; subsistencia, o desaparición, de relaciones de filiación derivadas de aquel matrimonio⁶¹¹, o, incluso, de relaciones al margen del matrimonio⁶¹²), así como de soluciones al posible *arrepentimiento del transexual*⁶¹³.

611 El hombre transformado en mujer sigue siendo *padre* de los hijos nacidos del matrimonio anterior de éste.

612 El sujeto contemplado en la nota anterior, aunque se transforme legalmente en mujer, puede ser legalmente demandado como padre de un hijo nacido fuera de matrimonio antes del cambio.

613 El transexual ¿podrá retornar al sexo primitivo? La experiencia extranjera muestra que no faltan casos de arrepentimiento de aquél; y si se contestara afirmativamente aquella pregunta todavía cabe demandar ¿cuántas veces podrá intentarlo?

8. GLOBAL FAMILY LAW?

Cabe cuestionarse si nuestro Derecho de familia no resultará, a la postre, inevitablemente afectado por el reciente fenómeno del Derecho Global, el cual, en última instancia, impondrá modelos unitarios de regulación en todos los países del mundo. Se recuperaría así el sueño de los padres fundadores del Derecho Comparado que en el Congreso de París de 1900 expresaron su firme convicción en la existencia de un derecho mundial, vigente simultáneamente en todos los continentes, cualesquiera fuesen sus tradiciones históricas, su cultura o su religión. De realizarse semejante hipótesis bastaría con fijar, de una vez por todas, el modelo unitario de matrimonio y familia, y la misión de cada legislador estatal se reduciría a adaptarlo al país respectivo. Durante la segunda mitad del siglo XX han aparecido hechos nuevos que parecen confirmar aquella tendencia unitaria. Así los *mass media* reproducen comportamientos familiares y hábitos sexuales bastante unificados en todo el mundo, y ahora también a través de Internet; súmanse los desplazamientos constantes de millones de personas, fuera del lugar de su residencia habitual, debido a razones de trabajo, estudio o turismo, cuando no por conflictos internos o internacionales. Con todo, cabe notar que el grado de abandono de las pautas propias de comportamiento para adoptar las del país receptor no siempre es total, ni definitivo, y de producirse es más bien lento y con retrocesos, debiéndose, además, contar con los retornos al país de origen. En éstos los grados de libertad de circulación de las nuevas concepciones no siempre existen en la medida adecuada; algunos países practican la censura sobre obras, películas y programas televisivos extranjeros; TV no llega siempre a todos los rincones, o sólo lo hace selectivamente. En cambio, en el interior de los países de la UE hay libre circulación de los *mass media*, en ocasiones con traducción inclusive al idioma del país de destino. En contraste abierto todavía hay sistemas jurídicos herméticos, o muy cerrados, a las influencias extranjeras, incluso cuando sus nacionales emigran a otros países con fines laborales⁶¹⁴. El intento de Turquía

614 En el ámbito europeo es bastante conocido el ghetto que los kurdos han levantado en territorio alemán, de modo que la segunda generación sigue sin intentar aproximarse a la sociedad germana, aunque aquéllos hayan incorporado el idioma. Fal-

de ingresar en el club europeo ofrece un buen observatorio, ya que este país lleva cierto tiempo modificando su derecho civil, especialmente el Derecho de familia, para hacerlo homogéneo con el europeo; aunque todo ello con resultados inciertos⁶¹⁵. También podrían traerse a colación los efectos que en el ámbito familiar han producido en el Japón el importante fenómeno de la *apertura jurídica a Occidente*, operada a fines del siglo XIX, inicialmente, con adopción del modelo francés, y luego del alemán. En materia matrimonial la *apertura* ha supuesto en concreto la regulación de un matrimonio puramente consensual, con inscripción obligatoria⁶¹⁶.

En mi opinión, ni antes ni después de producirse la globalización descrita ha podido definirse un modelo único de matrimonio y familia aplicable a todos los países del mundo.⁶¹⁷ A riesgo de incidir en un tópico, cabría decir que cada civilización tiene el suyo propio, sujeto cier-

tan estudios sociológicos sobre el comportamiento familiar de los maghrebíes en España; aunque los emigrantes traigan aquí a sus familias, se tiene la impresión de que vuelven a sus países para casar a sus hijos, siendo infrecuentes los matrimonios mixtos.

615 Después de los cambios constitucionales en octubre de 2001, al siguiente mes se procede a revisar el Cc promulgado en 1926, entrando en vigor las reformas el 01.01.02. Se reafirma el carácter civil del matrimonio, se eleva a 18 años para ambos sexos la edad núbil, se suprime la figura del jefe de familia, la mujer casada conserva su apellido de soltera, se introduce como legal el régimen de participación en lugar de la separación, se permite el cambio de sexo y se anuncia la creación de Tribunales de Familia. Con todo, la doctrina turca se muestra escéptica sobre la vivencia de los nuevos principios en la sociedad, especialmente la igualdad de sexos (Cfr. ÖRÜCÜ, *Family law enters the new century*, The International Survey of Family Law. 2004 Edition, p. 469 ss, esp. p. 481 s.

616 Cfr. BARBERÁN-DOMINGO *Código civil japonés. Edición bilingüe y actualizada a 30 de septiembre de 2006* (Cizur Menor 2006) p. 374 nota 971 y art.739.1.

Es puramente anecdótico que en el centro de Tokio exista el llamado *Parque de los matrimonios*, en el que algunas iglesias cristianas brindan a las parejas niponas la posibilidad de celebrar una *solemnidad matrimonial* de tipo cristiano, irrelevante para su ley personal.

617 Esta es la conclusión de la Profesora Paloma DURÁN Y LALAGUNA, *Nuevas formas de derecho de familia. Una lectura desde Naciones Unidas*, en Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI/2005, p. 532, después de exponer aquellos campos en los que ha habido consenso, “explica que no haya sido posible debatir con respeto y sin imposiciones, la definición de lo que sea la familia, y la necesidad de su protección. Aunque ... se sigue

tamente a recíprocas influencias con otros modelos, aunque casi siempre es posible detectar un núcleo duro resistente a la asimilación por otro. Si nos centramos en el continente africano⁶¹⁸, no resulta fácil predecir si el denominado *customary marriage* o *mariage coutimière* resistirá con éxito el fuerte embate que representa, por una lado, el matrimonio moderno, heredado de la potencia colonizadora, y ahora regulado por los nuevos estados que han accedido a la independencia y, por otro, el matrimonio islámico que se difunde imparablemente en el África negra. Tampoco en el continente asiático puede hablarse de modelos familiares preponderantes, siendo emblemático el ejemplo de la India.

Dicho lo anterior, es justo reconocer la parcial labor unificadora de ciertos aspectos del Derecho de familia desarrollada por la ONU con base en el art. 16 de la Declaración de 1948, y en los sucesivos textos internacionales emanados de dicho organismo (Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 1966; Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; Convenio sobre los derechos del menor de 1989), cuyos efectos en nuestro ordenamiento ya se expusieron *supra*. Obsérvese, no obstante, que el influjo directo de tales textos internacionales no siempre es idéntico en la práctica; mientras algunos países los incorporan a su derecho interno con elevado grado de cumplimiento, otros no pasan de incorporarlos formalmente a sus Constituciones, sin ulteriores efectos prácticos. Quizá la ONU debiera revisar los mecanismos jurídicos de control de cumplimiento de tales tratados por los estados adheridos a la misma.

9. ¿DERECHO FAMILIAR EUROPEO?

En relación con un posible Derecho familiar europeo que rija en todos los países de la UE el panorama actual es complejo, confuso y hasta

considerando la herramienta básica de toda sociedad, no hay consenso para definirla ni para establecer qué se considera familia en cada sociedad”.

618 Son de leer las interesantes páginas dedicadas a la familia africana por SACCO, *Il diritto africano*, en el *Tratatto di Diritto comparato*, dirigido por él mismo (Torino 1993) p. 204 ss.

caótico. Ante todo conviene mencionar el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales*, aprobado por el Consejo de Europa en 1950, el cual, si bien no tiene por objeto regular el matrimonio y la familia entre los países signatarios, de hecho su aplicación por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, especialmente su art. 8º, mediante la admisión del recurso individual una vez agotadas las instancias nacionales, no sólo ha hecho respetar dicho Convenio, sino que se ha convertido, *de facto*, en un motor de reformas familiares⁶¹⁹. Cabría incluso plantear si dicho Tribunal no se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, pues dicho Tribunal europeo no tiene fácil su encaje en la jerarquía judicial de cada país miembro del Consejo, ni su eventual relación con el Tribunal Constitucional respectivo, de existir éste. Tampoco en el Convenio de 1950 se ha adoptado expresamente el sistema de la *Common law* por lo que se refiere a la regla *Judge made Law*, ni el Convenio incluye una normativa completa sobre el Derecho de Familia. Depuración de facultades jurisdiccionales de ámbito europeo que será imprescindible una vez que la UE complete su organización judicial, después de que se apruebe su Constitución o ley fundamental.

Otro motivo de confusión radica en el movimiento codificador europeo que ha surgido con fuerza en la última década del pasado siglo y parece mantenerse en la presente. Ocurre, sin embargo, que si bien la unificación del Derecho contractual encuentra no pocos adeptos y proyectos particulares bastante consolidados (Proyectos Lando y Gandolfi), el propósito de codificar todo el Derecho privado, con inclusión del Derecho de familia⁶²⁰, suscita menos entusiasmo (Proyecto von Bar, que se presenta como continuador del Proy. Lando).

619 Recuérdense los casos emblemáticos *Marcxs vs. Bélgica*, o *Johnston vs Eire* que condenaron a ambos estados demandados a refomar radicalmente su derecho interno sobre filiación no matrimonial.

620 En el 2001 se crea en Holanda, con carácter privado, una *Comisión sobre el Derecho de Familia Europeo* (CEFL según la denominación inglesa *Commission on European Family Law*) con la finalidad de encontrar el *common core* de la regulación familiar de los países europeos, habiendo comenzado a publicar trabajos sobre las causas y consecuencias del divorcio a partir de 2003. No parece que las Leyes 12 y 13/2005 se hayan inspirado en los trabajos de esta Comisión.

¿Qué puede hacer un jurista español que no está dispuesto a que la regulación del matrimonio y de la familia deriven en el siglo XXI por rutas insospechadas? He propuesto la reconsideración de la familia matrimonial como objetivo inmediato, para lo cual parece evidente que ni los impulsos universales, ni los exclusivamente europeos van a resultar decisivos. Nuestras señas de identidad siguen estando en la concepción romano-canónica del matrimonio y de la familia. Sin renunciar a los principios constitucionales quizá proceda recordar aquel consejo de resonancias agustinianas: *Noli foras ire in interiore Hispaniae habitat veritas.*

EL FRACASO DEL DIVORCIO, EN ESPAÑA Y EN EUROPA: ANOTACIONES A LA LEY DE 2005⁶²¹

“...consideramos el divorcio un producto de la corrupción de los hombres y de la sociedad. El Estado que no hace nada para evitar semejante corrupción, pues en la escuela no se enseña el verdadero sentido de la vida ni los principios objetivos de la moral, termina por aceptar el divorcio, el cual, además de concretarse en la práctica, es una idea dinámica, que por su fuerza disolvente, por contagio y por imitación, y por adecuarse sin ningún esfuerzo a los impulsos de las bajas pasiones, a todos los impulsos de la sensualidad y volubilidad del corazón, se convierte en un eficaz agente de descomposición social, que con su sanción legal introduce la inestabilidad en todas las relaciones sociales, para debilitar al Estado, desorganizar la sociedad y destruir la familia, en contubernio de esterilidad de vida, castración de ideales y liquidación de toda espiritualidad”⁶²².

621 Publicado en “RJNot”, núm. 58, abril-junio 2006, págs. 167-203. También en “Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial”, núm. 5, 2006, págs. 9-50

622 BETTINI *Indisolubilidad del matrimonio* (Buenos Aires 1993) p. 435. La obra, sorprendentemente, está prologada, entre otros, por Felipe González y Peces Barba. El autor, militante cristiano, fue perseguido y torturado por el régimen militar argentino, y en homenaje a su memoria se ha editado esta obra suya inédita en la que defiende la característica esencial y más conocida del matrimonio cristiano, que es la indisolubilidad, y por lo cual también la prologan miembros de la jerarquía católica argentina.

Probablemente es la última obra jurídica publicada en lengua castellana que tiene por tema principal la indisolubilidad matrimonial.

Sumario: 1. Introducción.– 2. La responsabilidad del Estado y de otros causantes en la propagación del divorcio legal.– 3. Primeras conclusiones.– 4. Evolución de las causas legales del divorcio en el siglo XX.– 5. Funcionamiento del llamado sistema de divorcio-sanción.– 6. El divorcio-quebra.– 7. El divorcio por mutuo consentimiento.– 8. El divorcio sin alegación de causa y a petición de cualquiera de los cónyuges.– 9. El divorcio tramitado ante las autoridades administrativas.– 10. Algunas líneas provisionales de convergencia.– 11. La nueva ley española 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio.– 12. El fracaso del divorcio y sus posibles remedios.

1. INTRODUCCIÓN

Analizada en la multiplicidad de sus efectos⁶²³, se llega a la conclusión de que la disolución del matrimonio por divorcio se ha convertido en un auténtico cáncer de la institución matrimonial, la cual ha sido, y sigue estando, de este modo minada desde dentro, de modo lento aunque inexorable, en las sociedades occidentales, especialmente a lo largo del pasado siglo XX y en los inicios del XXI. El hecho de su generalización en la gran mayoría de legislaciones civiles matrimoniales, y de su práctica universalización a todos los países del mundo⁶²⁴, ya no permite que sea considerado aquel régimen jurídico como una cuestión simplemente opinable, ni como meramente accidental o secundaria en la regulación matrimonial, ni tampoco como una circunstancia regula-

623 Me he ocupado extensamente del tema en GARCÍA CANTERO, *El divorcio en los estados modernos*, en la obra colectiva *¿Divorcio o indisolubilidad?* (Madrid 1978), p. 502-513.

624 Entre los estados integrantes de la UE únicamente lo desconoce Malta (país al que, por cierto, ninguna instancia comunitaria le ha obligado, para ingresar en aquella, a renunciar a la indisolubilidad matrimonial conforme a sus tradiciones jurídicas). Por su parte Chile ha dejado de ser el único país iberoamericano que conservaba aquella dentro de su sistema de matrimonio civil obligatorio, aunque, curiosamente, su Cc sigue proclamando la indisolubilidad como nota esencial del matrimonio. Cfr. GARCÍA CANTERO, *Chile estrena divorcio*, AC, n° 5, marzo 2005, p. 517 ss. especialmente p. 522. También publicado bajo el título *Marriage and divorce in Chile*, The international survey of family law. Edition 2005, p.155 ss.

tiva menor cuya existencia no afectaría a la institución misma; por el contrario, el divorcio puede considerarse en realidad —permítaseme el símil bélico— como una carga de profundidad que apunta de lleno a la línea de flotación de la familia, por lo que, sin caer en catastrofismos, cabe augurar, a muy corto plazo, un naufragio total de la institución matrimonial y de la familia en la sociedad occidental. Y si, paralelamente, se mantienen la política *pro divortio*, o, al menos, la del *laissez faire*, o de la neutralidad del Estado ante los cambios familiares, cabe preguntarse: *Cui prodest?*

Ciertamente, otros hechos y movimientos sociológicos e ideológicos han coadyuvado y siguen coadyuvando también eficazmente en el aludido ataque al matrimonio y a la familia, y hay que reconocer que en el último cuarto de siglo han logrado notables éxitos tales como el reconocimiento legal de algunos —o de todos— los efectos del matrimonio a las llamadas uniones de hecho, culminando últimamente en el reconocimiento del *soi-dissant* matrimonio homosexual. Aquellos eslóganes —que hoy nos parecen algo ingenuos en su formulación—, del primer tercio del siglo pasado que llegaron incluso a reflejarse en el enunciado de artículos publicados en sesudas revistas jurídicas francesas (*Le crepuscule du mariage* o *L'avènement de l'union libre*), están sorprendentemente a punto de convertirse en realidad; si bien durante el periodo intermedio han variado radicalmente los métodos empleados para obtener dichos fines; aquellos antifamiliaristas declarados y románticos que podría simbolizar ZOLA con su conocido *ex abrupto*: *Famille, je vous haïs!*, iban del brazo, quizá sin darse cuenta del todo, con los partidarios de ENGELS (quien sostuvo que cuando el ciudadano ya no está legitimado para poder afirmar legalmente que *esta cosa es de mí propiedad*, dejará igualmente de poder afirmar *esta mujer es mía*; es decir, desaparecida la propiedad privada desaparecerá el matrimonio); más tarde, similares propósitos se mantendrán por los propulsores de las *Comunas* de los años Sesenta del pasado siglo (todavía subsistentes minoritariamente en Dinamarca, EEUU y Canadá, y hasta en alguna de nuestras Islas Afortunadas), quienes al defender la total promiscuidad en el interior de las mismas, creyeron, erróneamente, haber dado nacimiento a la primera sociedad que había logrado prescindir de cualquier

vínculo jurídico familiar. Quizá lo más llamativo del último cuarto de siglo es que el movimiento antifamiliar ha decidido actuar, no ya sólo *ad extra*, sino que ha penetrado dentro de las instituciones, brindando a los cónyuges, por ej, procedimientos jurídicos cada vez más rápidos y eficaces de autodestrucción, logrando que se instaure en algunos países el divorcio *ad libitum*, por decisión unilateral y sin alegación de causa.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE OTROS CAUSANTES EN LA PROPAGACIÓN DEL DIVORCIO LEGAL

En abstracto no cabría negar la responsabilidad final del Estado que, en último término, propone, promulga y aplica la normativa divorcista. La historia muestra, a estos efectos, que, modernamente y a través de una doble vía, suele instaurarse el divorcio en una legislación que lo desconocía hasta ese momento; bien sea mediante un régimen revolucionario (así ocurre en Francia después de 1789, y en Portugal después de 1917, y probablemente sucedió en la España de 1932), o también en virtud de violentos acontecimientos externos que se traducen en irresistibles presiones (así el *Anschluss* en Austria en 1938 significó la eliminación del régimen concordatario existente y la extensión a este país del régimen matrimonial nazi cuyas características todos conocemos); bien sea —supuesto hoy normal— mediante la aprobación democrática de leyes ordinarias (modificando, a veces, la Constitución opuesta a aquél, como tras varios intentos fallidos ha ocurrido en Irlanda), todo ello en virtud de mayorías parlamentarias sostenidas por Partidos en cuyos programas se había inscrito previamente el tema divorcista; dándose el caso de que no siempre aquéllos respetan la eventual objeción de conciencia de sus diputados en materia tan sensible y delicada, y así se han podido contemplar, tanto actitudes heroicas de parlamentarios fieles a sus convicciones que se atreven a desafiar a sus partidos, como el caso contrario, quizá más frecuente. Si de modo muy general cabría decir que los partidos calificados *lato sensu* de izquierda suelen ser favorables al divorcio, la historia muestra casos en que aquéllos han votado a favor de la indisolubilidad (así en la primera Ley española de Matrimonio civil de 1870, o las subsiguientes

mayorías de partidos laicos italianos que fueron rechazando sucesivamente en el país la introducción del divorcio desde 1865 a 1970, hasta la formación en la última fecha de un novedoso *frente laico divorcista* que se benefició de las debilidades del frente contrario⁶²⁵); el ejemplo opuesto se produjo en España al redactarse la Constitución de 1978, con la actitud poco clara y, hasta cierto punto, vergonzante, en esta concreta cuestión, de la UCD.

La experiencia demuestra que, introducido por primera vez el divorcio en un sistema jurídico determinado, resulta hartamente difícil volver democráticamente al primigenio régimen indisolubilista, de aquí que, a la inicial responsabilidad estatal se añade la de *mantenella* y *no enmendalla*, y, lo que es peor, la *huida hacia adelante* que suponen las sucesivas modificaciones legislativas encaminadas, casi exclusivamente, a facilitar más y más el divorcio, como abrumadoramente enseña la historia europea y americana del siglo XX.

Creo, no obstante, que hace falta una mayor perspectiva histórica que permita diferenciar causas y modular responsabilidades. Si bien los efectos del divorcio se han agravado considerablemente en Europa, y en el mundo occidental, a lo largo del siglo XX, es preciso remontarse como hecho decisivo a lo ocurrido algunos siglos atrás, y señalar como clave el momento histórico en que el Estado moderno empieza a dis-

625 He escrito en otro lugar (GARCÍA CANTERO, *El divorcio en los Estados modernos*, en loc. cit., p. 445):

Se ha observado, en general que el triunfo de la Ley Fortuna fue debido a un hecho nuevo en la historia parlamentaria italiana, a saber, la formación de un frente divorcista nutrido de fuerzas políticas muy diversas, pese a lo cual ha sabido mostrarse muy unido y compacto hasta el final; su común denominador era el laicismo, y frente a él sólo quedaba la democracia cristiana, el partido monárquico y el movimiento social italiano; por primera vez en la historia política italiana, el frente antidivorcista aparecía, en contraste, desunido, inseguro y poco dispuesto a anteponer la defensa de la indisolubilidad a otras metas políticas. Singularmente extraña fue la intervención del senador LEONE, después de una reñida votación en el Senado (se aprobó la continuación de la discusión del proyecto de ley por 155 votos contra 153), ofreciéndose a mediar en la redacción de un texto técnicamente mejorado que obtuviera una mayoría más calificada; así se consiguió una mayoría de 164 votos frente a 150, que permitió pasar adelante un proyecto que, de otra forma, hubiera corrido la suerte de los fracasados anteriormente.

putar abiertamente a la Iglesia Católica (las demás confesiones cristianas apenas influirán en el resultado, como luego se verá, o apoyarán claramente las tesis estatales⁶²⁶) las competencias exclusivas en materia matrimonial. Contienda mantenida con desiguales medios, y desarro-

626 Un caso singular es el representado por las Iglesias ortodoxas orientales que, al cabo del tiempo, terminan aceptando, en mayor o menor medida, el régimen divorcista del Estado. Así describe la inicial situación anterior al Cisma, PUJOL (*El divorcio en las Iglesias ortodoxas orientales*, en el vol. colectivo *El vínculo matrimonial*, etc., cit., p. 371 ss, especialmente p. 433): 1. *La Iglesia de los primeros siglos, representada por los Padres y escritores, proclamó la indisolubilidad del matrimonio y, por consiguiente, fue contraria al divorcio.* 2. *El divorcio admitido por los Padres debe ser entendido, no en el sentido de ruptura del vínculo matrimonial, como en el derecho romano, sino en el de ruptura de la vida familiar y conyugal.* 3. *Las circunstancias del tiempo no permitan una clara imposición de la indisolubilidad matrimonial, ya que no era admitida por el derecho romano; no es, pues, de extrañar una cierta tolerancia ante uniones ilegítimas, que, sin embargo, siempre fueron condenadas por los Padres.* 4. *Las segundas nupcias, si bien nunca fueron recomendadas, por ser un indicio de incontinencia, sin embargo eran permitidas, aunque sujetas a una penitencia eclesiástica y que impedían entrar en las filas del clero.* 5. *El adulterio del hombre y de la mujer fue equiparado por algunos Padres, fundados en la ley divina; sin embargo, el adulterio del marido no siempre fue considerado motivo para el repudio.* 6. *Los argumentos en defensa de la indisolubilidad fueron: a) la autoridad de la Sagrada Escritura. b) desde su origen el matrimonio fue indisoluble, y Jesucristo devolvió al matrimonio su primera estabilidad, no como ideal sino como un precepto; c) el matrimonio tiene tal virtud unitiva que de dos personas hace una sola carne, lo cual hace imposible el divorcio verdadero; d) por el matrimonio ni el marido es dueño de su cuerpo, ni la esposa del suyo, sino que la propiedad pasa al otro; e) unirse con una tercera persona, en vida del otro cónyuge, siempre y en todos los casos es un adulterio, lo mismo en el esposo que en la esposa, aunque en el orden penitencial haya tal vez una diferencia; f) el matrimonio debe regirse por la ley evangélica y no por las leyes humanas, aunque éstas admitan el divorcio pleno.* Después de producirse el Cisma de Oriente, la situación puede decirse que, en este punto, se agravó, y así el propio autor, después de analizar la doctrina de las Iglesias más importantes, concluye (loc. cit., p. 423 s): *Para enjuiciar las Iglesias orientales ortodoxas en lo que se refiere al divorcio, es preciso tener presente varios elementos. Ellas se han encontrado con una costumbre muy radicada en la vida de los pueblos, confirmada por la ley civil, que ha determinado y legalizado varias causas para el divorcio y que la Iglesia, por la preponderancia del Estado, se ha visto obligada a admitirlas. Al correr de los tiempos fueron añadidas otras causas, con el fundamento de una interpretación incorrecta del Evangelio. Y el pueblo ha ido acostumbrándose a considerar el divorcio como cosa no sólo lícita, sino también como una salida natural para los inconvenientes propios de todo matrimonio. Todo esto ha formado una tradición que las Iglesias ortodoxas no pueden romper y que les impide reaccionar convenientemente, aunque muchos no dejen de ver los malos efectos que del divorcio se siguen en la familia, en la sociedad y en la misma Iglesia.*

llada con alternativas diversas a lo largo de los últimos siglos, aunque su resultado final ha sido, globalmente, negativo para los objetivos de la Iglesia católica.

Habría que diferenciar, de entrada, a partir de la Reforma, entre los Estados de mayoría católica que conservaron por mucho más tiempo la unidad religiosa, tanto jurídica como sociológicamente, y los demás Estados afectados decisivamente por aquella (en aplicación del principio *cujus regio eius religio*). En efecto, hasta la Reforma del siglo XVI, en el ámbito de la Cristiandad medieval occidental se aceptaba que el matrimonio pertenecía a las denominadas *quaestiones mixtae* distribuyéndose cuidadosamente la competencia jurisdiccional de modo que lo relativo a la existencia del vínculo matrimonial y a las causas de separación, correspondía a la Iglesia, mientras que el Estado entendía exclusivamente de los llamados *efectos civiles* (régimen económico del matrimonio, filiación, sucesiones, etc). Todo ello a salvo de algunas concretas cuestiones disputadas, especialmente en Francia (por ej. la doctrina galicana sobre los consentimientos requeridos para el matrimonio de los hijos sujetos a patria potestad).

Las consecuencias de la Reforma van a influir decisivamente en tan difícil equilibrio competencial, inclinando decisivamente la balanza, en último término, a favor del Estado⁶²⁷. A partir de LUTERO la teología reformada admite el divorcio vincular⁶²⁸, y ya no considera que el matrimonio sea uno de los sacramentos, sino una materia es-

627 Ampliamente puede consultarse BRESSAN, *La indisolubilidad del matrimonio en el Concilio de Trento*, en el vol. colectivo *El vínculo matrimonial etc.*, cit., p. 220 ss.

628 Así WOLFF en la trad. esp. del *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS *ed altri* IV-1º, 2ª ed. (Barcelona 1953) p. 218 ss, y para lo que sigue. Lutero empezó a tratar de la indisolubilidad del matrimonio en su libro *De captivitate Babylonica* (1520) con la finalidad de negar la autoridad del Papa sobre los fieles; para él las disposiciones eclesiásticas sobre el matrimonio eran uno de los ejemplos de despotismo injustificado por parte de la Iglesia, y constituían una usurpación del poder temporal. En sus escritos posteriores admite claramente el divorcio por causa de adulterio, en calidad de derecho de cónyuge inocente y como una concesión divina, añadiendo otras causas (impotencia, ausencia prolongada, incitación al mal, incompatibilidad de caracteres y diversidad de religión que impidiese la vida cristiana).

tatal cuya regulación exclusiva se encomienda al poder temporal; los novios seguirán acudiendo a la iglesia para recibir una bendición, pero las Iglesias surgidas de la Reforma se limitarán a prescribir normas morales y rituales sobre el matrimonio —a las que, desde luego, no renuncian y siguen practicando en buena medida sus fieles—, pero sin querer interferir para nada en la regulación estatal; de aquí que no haya escrúpulo alguno en bendecir matrimonios en que intervienen divorciados, ni en pronunciarse recientemente, por ej., a favor de la nueva legislación escandinava, como han hecho varias Iglesias luteranas de aquellos países, que autorizan a sus pastores a bendecir, incluso, a las parejas homosexuales que lo pidan.

La doctrina de las Iglesias surgidas de la Reforma sostiene, con ciertas restricciones, el divorcio vincular⁶²⁹; el derecho canónico protestante acepta como causas de divorcio el adulterio, la *malitiosa desertio* y la *quasidesertio*, la obstinada negativa a cumplir el débito conyugal, las insidias y las sevicias que, finalmente, van a convertirse en causas autónomas; además algunos soberanos territoriales pertenecientes a aquella confesión, admitieron además el divorcio por mutuo consentimiento y por enajenación mental.

La Escuela Protestante de Derecho Natural ofrece apoyatura jurídica a tales concepciones religiosas, pues concibe el matrimonio como un contrato civil, ampliando incluso las causas de divorcio señaladas por la doctrina canonista protestante⁶³⁰; así el *Allgemeines Landrechts* prusiano lo admite por mutuo acuerdo en caso de matrimonio sin hijos,

629 MELANCHTON fue más moderado en este punto que LUTERO, pues reconocía que la indisolubilidad fue querida por Dios; pero interpreta los textos evangélicos en el sentido de que Cristo admite un verdadero divorcio a favor del cónyuge inocente en caso de adulterio y de abandono del hogar. CALVINO redujo el divorcio al caso de adulterio. Pero BUCERO, un discípulo de LUTERO sostuvo que el legislador civil tenía amplias facultades para reconocer el divorcio (Cfr. BRESSAN, loc. cit., p. 220 y sgte).

630 En general ERLE *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jhs* (jur. diss. Göttingen 1952); SCHWAB *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, p. 125 ss. Dice gráficamente WOLFF, op. cit., p. 219 que la doctrina jusnaturalista del matrimonio como contrato civil ha dado grandes facilidades al divorcio en las leyes civiles desde el siglo XVIII.

y, asimismo, por decisión unilateral si la voluntad de ruptura está tan arraigada que no hay esperanza alguna de reconciliación y de consecución de los fines del estado matrimonial. La Ley del Reich de 1875 derogó todo el derecho eclesiástico todavía residualmente vigente en algunos estados territoriales, y generalizó el divorcio vincular. Se preparó el terreno para que, al promulgarse el BGB alemán, no hubiera variación sustancial en cuanto a la admisión del divorcio en todo el Imperio, aunque sí una cierta aparente moderación pues el legislador adoptó, en esta materia, una vía media entre algunos Derechos particulares muy favorables al divorcio y el derecho canónico protestante oficial, más restrictivo.

En la regulación del matrimonio civil alemán codificado se señala así una cierta confluencia entre las ideas galicanas y protestantes secularizadas que ponen el acento como momento perfectivo del matrimonio en la intervención del funcionario del Registro; la declaración de éste viene a constituirse en heredero de la actuación celebrativa del párroco protestante. Por otra parte, nada supondrá para el significado exclusivamente civil del matrimonio el llamado *parágrafo del Kaiser* (§ 1588), respetado en las sucesivas reformas matrimoniales alemanas, introducido por deseo de Guillermo I y tomado de la Ley sobre el estado civil de las personas, que representa, más bien, un gesto de magnánima deferencia antes que una auténtica aceptación de las doctrinas de la Iglesia católica sobre el matrimonio⁶³¹.

Lenta fue, por otro lado, la admisión y desarrollo de la práctica del divorcio en Inglaterra, pues después de la separación de Roma, los tribunales eclesiásticos ingleses continuaron pronunciando únicamente sentencias de nulidad y de separación *a mensa et thoro*; la sola posibilidad

631 WESENBERG-WESENER *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. esp. de la 4ª ed. alemana por J.J. de los Mozos Touya) (Valladolid 1995) p. 308 s.

El §1588 dice: *Las obligaciones eclesiásticas en relación con el matrimonio no son alteradas por las disposiciones de esta sección*. Sobre el significado que, de modo unánime, la doctrina alemana actual atribuye a dicho parágrafo, puede verse WACKE en el *Münchener Komm.* 5 *Familienrecht* 1978, p. 1109.

de pasar a nuevas nupcias era obtener una resolución del Parlamento que decretase el divorcio *a vinculo*, procedimiento que se desarrolló a partir del siglo XVIII⁶³²; por ello, a lo largo de este último siglo se tramitaron sólo 134 peticiones de divorcio, debido probablemente al elevado costo del procedimiento, y no llegaron al centenar las introducidas antes de entrar en vigor la *Matrimonial Causes Act* de 1857, que legalizó, por primera vez en este país, el divorcio por sentencia judicial.

Con todo, las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa fueron decisivas en la generalización del divorcio en Europa, habiendo previamente abonado el terreno las ideas de la Reforma sobre el matrimonio y los principios sustentados por la Escuela protestante del Derecho Natural. Los filósofos liberales del siglo XVIII, especialmente MONTESQUIEU y VOLTAIRE atacaron el principio de indisolubilidad matrimonial en nombre de la libertad, la cual, sostenían, no podía enajenarse en un compromiso perpetuo⁶³³. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama que *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*; de donde derivaba que si el matrimonio sólo puede ser considerado como un contrato civil, era ineludible deducir la admisión del divorcio por mutuo consentimiento. La Asamblea Legislativa aprobó la Ley de 20 septiembre 1792⁶³⁴ que admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, y además por mutuo consentimiento y por incompatibilidad de caracteres alegada por uno cualquiera de los cónyuges; sucesivos Decretos van ampliando las causas de divorcio y simplifican el procedimiento hasta el punto de que el Oficial del Estado Civil podía pronunciarlo por el mero hecho de haber vivido separados los cónyuges durante seis meses, hecho que cabía probar por acta de notoriedad y seis testigos. Los efectos de esta legislación no se hicieron esperar, y si bien el divorcio fue poco practicado en las zonas rurales, alcanzó proporciones inquietantes en las ciudades

632 CRETNEY, *Family Law*, 3ª ed. (London 1997) p. 39.

633 Sobre la repercusión de estas ideas, es clásica la obra de OLIVIER MARTIN, *La crise du mariage pendant la Révolution* (Paris 1901).

634 La analiza ampliamente OLIVIER MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (Paris 1909).

hasta el punto de que en 1798 el número de divorcios superó al de matrimonios celebrados. La propia Convención se alarmó y un nuevo decreto revolucionario derogó las amplias facilidades que se habían concedido, volviéndose al régimen estricto de la Ley de 1792⁶³⁵.

Los autores del C.c. francés de 1804 estaban divididos sobre la oportunidad del divorcio y, al parecer, eran poco favorables a su conservación. Lo mantuvieron, sin embargo, ya sea para no dar la impresión de que habían sacrificado demasiado el derecho revolucionario (opinión de MARTY y RAYNAUD), ya sea en razón al fondo individualista de la filosofía que inspiraba aquél, a su intención secularizadora y al influjo personal de Bonaparte que no dejó de entrever la posibilidad de servirse del mismo en provecho propio⁶³⁶. Se aceptó, en definitiva, una postura en apariencia transaccional, eliminándose el divorcio por voluntad unilateral; se conservó el divorcio por mutuo consenso, si bien sujetándolo a requisitos muy estrictos (asentimiento de los padres y de los cónyuges, acuerdo sobre la educación de los hijos, cesión inmediata a éstos de la mitad de los bienes de cada cónyuge), y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciéndose más costoso y complicado el procedimiento. Por último, se restablece la separación de personas, suprimida por la Revolución, que vino a considerarse *el divorcio de los católicos*.

Pero la primera fase de la vigencia del divorcio en Francia no fue muy duradera pues su suerte se vinculó a las vicisitudes del Imperio, de modo que, al caer éste, se derogó aquél. Con la Restauración se proclamó nuevamente el catolicismo como religión del Estado, y una Ley de 1816⁶³⁷ suprimió el divorcio contra el cual se había pronunciado

635 El tema ha sido objeto de investigación durante los primeros años del siglo XX: OLIVER MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (Th.Paris 1901); CRUPPI, *Le divorce sous la Révolution* (Th. Paris 1910); THIBAUT-LAURENTE, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire* (Th. Montpellier 1939).

636 Observación de CARBONNIER, *Droit civil 2 La famille* (14^a ed, Paris 1991), p. 162.

637 Inspirada en la obra de DE BONALD *Du divorce considéré au XIX^e siècle, relativement à l'état domestique et à l'état public de la société*. Afirma CARBONNIER, op. et loc. cit., p. 164, que *l'abolition du divorce en 1816 n'avait laissé aucun regret dans la doctrine civiliste du XIX^e. siècle*.

la opinión pública católica y su jerarquía. Pero en 1830 deja de ser el catolicismo la religión oficial y, a partir de entonces, el tema del divorcio evoluciona en función de las opiniones mayoritarias secularizadoras o confesionales; se señalan hasta cuatro intentos parlamentarios para introducirlo, que fracasaron, y hubo que esperar a la IIIª República para la reintroducción, esta vez definitiva, del divorcio en Francia, impulsada por el escritor NAQUET, elegido diputado en 1870, quien tras varios intentos logró se aprobara en 1884 la ley que lleva su nombre⁶³⁸. En la intención de su autor el restablecimiento del divorcio debía ser un remedio muy excepcional aplicable a los casos, más bien raros, en que el mantenimiento de la unión conyugal parecía prácticamente imposible; se prescinde del divorcio por mutuo consentimiento y se toman precauciones para impedir que por medios indirectos o fraudulentos se logre la ruptura matrimonial; se instaura un divorcio basado en la culpa y en virtud de sentencia por causas determinadas. Este bienintencionado discurso del legislador va a reiterarse en otros países, pero, en último término, siempre fracasará en sus objetivos últimos, siendo desbordado por la realidad.

Este modelo francés, que puede calificarse de napoleónico, o revolucionario redivivo, va a ejercitar un indudable atractivo en Europa y en otros continentes, especialmente en los países iberoamericanos, creando el estereotipo de legislación avanzada y progresista que, obviamente, debía ser imitada. Pueden traerse a colación los argumentos exhibidos para introducir el divorcio en la Constitución española de 1932, que la doctrina más solvente⁶³⁹ consideró que no respondía ni a las necesidades, ni al sentir del pueblo. Se trató de una imposición partidista como reconoce uno de los comentaristas de la Ley de divorcio de 1932⁶⁴⁰. Así

638 Su pensamiento aparece recogido en las siguientes obras: *Religion, propriété, famille* (Paris 1869); *Le divorce* (Paris 1876); *La loi de divorce* (Paris 1903). Sobre los trabajos preparatorios de la Ley Naquet: LE GOASGÜEN *Le divorce devant l'opinion, les Chambres et les Tribunaux* (Th. Rennes 1913).

639 Así se expresaba el Notario Sr. DÍEZ PASTOR, *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la Constitución*, RDP 1933, p. 194.

640 DELGADO IRIBARREN, *El Derecho de familia en la Constitución de la República española de 1931*, RDP, 1932, p. 69 s. escribe: *Era convicción general y unánime que se admitiría*

en cuanto a la conveniencia de su implantación en nuestro derecho se alegó que esta institución es un *postulado del progreso jurídico de los pueblos* y una consecuencia necesaria del *principio de libertad de conciencia* y de la constante y cada día más intensa relación entre los naturales de las diversas naciones; es *remedio imprescindible* de la vida moderna para solucionar conflictos y situaciones sentimentales y familiares que conviene encauzar por normas legales antes de que rebasen la línea del deshonor y de la inmoralidad (*sic*); se invocaba el número de legislaciones que lo admiten y el reducidísimo de los que mantienen la indisolubilidad. Argumentos que *pari passu* volveremos a encontrar, sustancialmente, al discutirse en Italia la Ley Fortuna-Baslini⁶⁴¹ y en España la Ley Fernández Ordóñez-Cavero.

3. PRIMERAS CONCLUSIONES

A partir del siglo XVI algunos Estados europeos empiezan a reivindicar insistentemente, frente a la Iglesia católica, la competencia legislativa exclusiva para regular el matrimonio de todos sus súbditos, con independencia de la religión que profesasen. Por su parte, la doctrina teológica de las Iglesias surgidas de la Reforma contribuye a reforzar la pretensión estatalista. En este sentido el matrimonio civil (*Zivil-Ehe*), recogido y regulado más tarde en el BGB alemán, va a ser ampliamente tributario y exponente representativo de tales exigencias. Anteriormente la ideología de la Revolución Francesa había supuesto un golpe decisivo de timón en el conflicto Iglesia-Estado al postular eficazmente la secularización total y absoluta de la legislación matrimonial, con lo que se daba plena satisfacción a aquella reivindicación

el divorcio en la nueva Constitución como postulado de los partidos políticos que contribuyeron al cambio de régimen, y, por ello, la Comisión parlamentaria, separándose del Anteproyecto presentado por la Asesoría Jurídica, que no hacía indicación alguna sobre este punto, presentó su Dictamen a la Cámara con el principio del divorcio, dejando su reglamentación para una ley especial; en esta situación el resultado favorable a este criterio estaba prejuzgado, y solamente el señor Ossorio y Gallardo quiso hacer honor a sus conocidas opiniones antidivorcistas y opuso en la Cámara argumentos limpios de todo carácter dogmático o jurídico.

641 Cfr. GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit., p. 445 s.

estatal. Estas ideas vendrán a recogerse en el *Code Napoleon* que se difundirá prácticamente en toda Europa, realizando una pródiga siembra que fructificará más tarde en numerosos textos legislativos. La mayor resistencia se encontrará, precisamente, en los países latinos en los que la imagen y la vivencia social del matrimonio indisoluble había profundamente arraigado, razón por la cual sólo mediante movimientos revolucionarios o situaciones similares se conseguirá eliminar aquélla.

El triunfo de la Revolución de Octubre de 1917 apenas si va a alterar el cuadro descrito pues en este punto, tanto la Unión Soviética —después de un primer momento de anarquía legislativa—, como sucesivamente después de la IIª GM, las llamadas Democracias Populares, van a implantar un sistema de matrimonio civil obligatorio y disoluble mediante divorcio vincular⁶⁴².

La resistencia a la introducción del divorcio, en los países de mayoría católica, se instrumentará diversamente; unas veces a través de las defensas generadas en la propia sociedad debido a la percepción de los beneficios seculares de la indisolubilidad matrimonial, apreciados incluso por sectores laicos de la población; otras mediante el apoyo institucional que supone la celebración de Concordatos o Acuerdos Jurídicos de los Estados con la Santa Sede, pues al tratarse de tratados internacionales su derogación ofrecía mayores dificultades a las mayorías parlamentarias simples que traten de derogar pura y simplemente la indisolubilidad matrimonial regulada por leyes internas. Así se constata que el Tratado de Letrán de 1927 contribuyó en Italia a mantener el

642 Con mayor amplitud de detalles puede verse GARCÍA CANTERO, op. et vol. cit., p. 467-470. Una vez caído el Muro de Berlín, varios de estos países han firmado Acuerdos jurídicos con la Santa Sede (Polonia, Croacia, Eslovenia, Lituania) precisamente al objeto de reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado canónicamente, y se disponen a reformar en consecuencia su Derecho de familia, siendo la primera medida la de reincorporarlo al Código civil rescatándolo de los Códigos familiares de la era socialista. Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en el Cc lituano promulgado el año 2000, como expone KESERAUSKANS, *Moving in the same direction? Presentation of family law reforms in Lithuania*, en *Annual Survey of Family Law*. Edition 2004, p. 322. ss. El autor expone las dificultades encontradas para incorporar al Cc figuras como el matrimonio homosexual, postulado por algunos grupos de presión, pero rechazada por la opinión pública.

régimen indisolubilista, incluso después de promulgado el Cc de 1942; en Portugal el Concordato de 1940 introduce un difícil equilibrio —que se mantendrá hasta la firma del Protocolo Adicional de 1975—, ya que el matrimonio civil seguía siendo disoluble por divorcio, mientras que el canónico, por aplicación de aquél, dejaba de serlo⁶⁴³; el Concordato español de 1953 reforzó el principio indisolubilista tradicional recogido en las Leyes Fundamentales del régimen de Franco; pero el Concordato austríaco no resistió la forzada anexión del país al III Reich en 1938. Últimamente se ha debilitado la influencia de los Concordatos o Acuerdos Jurídicos en orden a apoyar la indisolubilidad matrimonial, ya que los Estados, pese a suscribirlos, se reservan la facultad de disolver por divorcio incluso los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, hasta con efectos retroactivos (así ha ocurrido en España con los Acuerdos Jurídicos de 1979, en Italia con los de Villa Madama de 1984 y los más recientes firmados con Polonia, Lituania, Croacia, Eslovenia y Malta). En Irlanda la constitucionalización de la indisolubilidad matrimonial ha retrasado durante algunos años la introducción del divorcio en Irlanda; institución esta última que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo no ha considerado exigible a dicho país, al ingresar en la UE, por el Convenio europeo de 1950.

643 Como se ha dicho en el texto, la introducción del divorcio en Portugal fue consecuencia de una Revolución. El Cc de 1867 había establecido con claridad la indisolubilidad de la unión conyugal en su art. 1056 al disponer que *el matrimonio es un contrato perpetuo hecho entre dos personas de sexo diferente, con el fin de constituir legítimamente la familia*. Se reconocían efectos civiles al matrimonio canónico y se reservaba el matrimonio civil a los que no profesaban la religión católica. La Revolución de 1910 modificará sustancialmente este sistema, al implantar por Ley de 25 diciembre del mismo año el matrimonio civil obligatorio; anteriormente otra Ley de 3 de noviembre del mismo año introduce por primera vez el divorcio en el país, tanto por consentimiento mutuo como por diversas causas subjetivas y objetivas. El Concordato de 1940 introduce, a su vez, en el art. 24, una innovación importante al establecerse que, *en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico, se entiende que, por el hecho de la celebración de éste, los cónyuges renuncian implícitamente a la facultad civil de solicitar el divorcio*. En todo caso, el porcentaje de divorcios respecto del número total de matrimonios celebrados en el periodo 1961-1974, apenas si llega al 1% (GARCÍA CANTERO, loc. cit., p. 482)

4. EVOLUCIÓN DE LAS CAUSAS LEGALES DE DIVORCIO EN EL SIGLO XX

Pero si nos posicionamos como observadores neutrales podríamos decir que el decidido empeño estatal por regular en su integridad la institución matrimonial no ha ido a la par con la disposición, por parte de los Estados —tan celosos, por lo demás, de sus atribuciones soberanas—, de instrumentos jurídicos eficaces ni de procedimientos adecuados para resolver razonablemente el problema secular de las crisis conyugales, que la historia demuestra suelen plantearse en cualquier sociedad y en cualquier época histórica. Un análisis de lo ocurrido a lo largo del siglo XX con la evolución de las causas legales para instar ante los Tribunales la ruptura legal del vínculo, nos lo confirmará.

Las legislaciones estatales muestran una gran variedad de las denominadas *causales del divorcio*, cuya formulación obedece a razones circunstanciales, históricas y sociales propias de cada uno de los respectivos países. Pero aunque la normativa del divorcio haya evolucionado de modo no uniforme en los países occidentales a lo largo del siglo XX, incluso a veces con alternativas de signo diverso, hay sin embargo una coincidencia en el sentido de la evolución misma la cual (salvo situaciones muy puntuales, como la originada en la Francia del Gobierno de Vichy durante la IIª GM) ha tendido hacia su progresiva facilitación y, simultáneamente, a la sucesiva simplificación del procedimiento legal⁶⁴⁴. La doctrina se muestra de acuerdo en señalar, en general, las siguientes bien definidas etapas:

1ª) El sistema denominado de divorcio-sanción, basado en causas subjetivas consistentes en hechos imputables al actuar culposos, o doloso, de alguno de los cónyuges.

2º) El sistema denominado de divorcio-remedio o divorcio-quebra, basado en causas objetivas que suponen la ruptura irremediable

644 Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *La problématique du divorce dans la législation d'Europe occidentale*, RIDC 1989 p. 8, afirma que resulta bastante claro que se dibujan ciertas tendencias generales, entre ellas la más visible incontestablemente es la *creciente liberalización del acceso al divorcio*.

de la convivencia matrimonial, precisamente al margen de cualquier conducta culposa o dolosa de cualquiera de los cónyuges.

3º) El divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges; este sistema a veces coexiste con cualquiera de los dos anteriores, y, representa un salto cualitativo, prescinde en todo caso, y por definición, de la culpabilidad en la ruptura.

4º) El divorcio sin alegación de causa y a petición unilateral de cualquiera de los cónyuges. Sistema emparentado con el repudio musulmán y de otras civilizaciones antiguas, y modernamente iniciado en los países escandinavos y todavía escasamente secundado.

5º) Otras formas atípicas de divorcio no judicial (por ej. ante el Alcalde o ante cualquiera otra autoridad administrativa, o funcionario). Hasta ahora estas modalidades de divorcio, pese a intentos recientes, tampoco se han generalizado.

Parece conveniente profundizar en el significado y efectos de todo tipo que supone la adopción de cada uno de ellos en la regulación de la institución matrimonial y familiar.

5. EL SISTEMA DEL DIVORCIO-SANCIÓN

Responde sociológicamente a una sociedad en la que todavía está viva y actuante la idea de la indisolubilidad (*matrimonio para toda la vida*, que es, curiosamente la fórmula que aun siguen utilizando en sus sentencias los jueces ingleses, y también los alemanes, para describir a la unión conyugal: *marry for life*). En tal contexto social el divorcio constituye algo excepcional o insólito en la vida de las familias y, por ello, resultará poco frecuente. Ha sucedido, caso por caso, que uno de los cónyuges ha podido incurrir en una violación grave o muy grave de los deberes conyugales, o, acaso, ha llegado a atentar contra la vida del otro; en tales supuestos la ley otorga a la víctima de tan incalificable conducta, un *plus* a modo de compensación, a saber la facultad de solicitar al Juez la disolución del vínculo conyugal; bien entendido que tal facultad se le deniega al culpable, sufriendo éste además todas las consecuencias desfavorables de la ruptura legal del vínculo (por ej. re-

vocación de las donaciones que ha recibido por razón del matrimonio, pérdida de la cuota de gananciales, etc.), quedando, además, obligado a abonar al inocente una pensión alimenticia, además de la que señale el Juez por razón de los hijos que siempre se encomiendan a la guarda de este último. La idea de culpabilidad será el criterio legal básico que fije y determine los efectos del divorcio.

Hay que reconocer cierta *aureola de moralidad* con que pudo presentarse ante aquella sociedad, este sistema de divorcio. Existiendo un inocente y un culpable, el divorcio representaba una sanción que parecía adecuada al grave incumplimiento de sus deberes conyugales. Diríamos que el legislador no necesita renunciar expresamente a la indisolubilidad o perpetuidad del vínculo conyugal, sino que establece una excepción a la misma al ordenar que ciertos comportamientos, bien descritos por otra parte, de uno de los cónyuges *agotan la capacidad de sufrimiento* del inocente; la ley le brinda, en tal caso, la posibilidad —aunque no la obligación— de liberarse de un vínculo que se supone oneroso.

¿Cómo funcionó en la práctica este sistema de divorcio-sanción? Si durante los primeros años de su implantación se produce un porcentaje reducido de casos, con tendencia incluso decreciente, al cabo de algún tiempo la tasa global de divorcios se incrementa, al principio levemente, y luego multiplicándose por varios dígitos, confirmándose así la regla de que, roto el valladar jurídico del carácter legal indisoluble de la unión matrimonial, de modo inexorable el divorcio crea, engendra o suscita más divorcio. Jurídicamente cabe extraer la conclusión de que resulta ilusorio creer que basta con fijar en las leyes unas conductas concretas y bien determinadas, enmarcadas bajo requisitos estrictos, para llegar a configurar excepcionalmente las causas legales de la ruptura de modo que siga manteniéndose sociológicamente la regla de la indisolubilidad. Sucede que, poco a poco, Abogados y Tribunales harán uso, aislada o conjuntamente, de la *analogía legis*, y no es infrecuente que una causa determinada de ruptura se convierta, no en virtud de la norma, sino por la doctrina jurisprudencial en *causa generalis* (por ej. la injuria). Probablemente la reiteración de aquellos casos que llegaron a

calificarse como *drama y comedia del divorcio*⁶⁴⁵ hubieran debido hacer sonar todas las alertas, para un legislador prudente, sobre la gravedad de los hechos que estaban ocurriendo a diario ante los Tribunales estatales.

En efecto, por un lado las exigencias procesales requerían la prueba plena del supuesto descrito en la norma como causa de divorcio, lo que movía al actor a hacer desfilar en las audiencias judiciales los *trapos sucios* de todas las interioridades, reales o ficticias, de la propia unión, provocando, a veces, que la contraparte hiciera lo propio para lograr, al menos, la declaración de culpas compartidas. De este modo los debates judiciales se convertían en auténticas y encarnizadas batallas que venían a agravar las consecuencias del divorcio mismo. Por otra parte la picaresca leguleya dio origen a letrados especializados en plantear procesos con base en cualquiera de las causas legales pues disponían en cada caso del número de testigos acomodaticios preparados para deponer puntualmente sobre lo que convenía al cliente. Lo primero se hubiera podido paliar utilizando los recursos procesales que han permitido siempre restringir la publicidad de las audiencias en determinados casos (orden público, moralidad, intimidad de las personas); lo segundo se hubiera suprimido, persiguiendo criminalmente a los testigos falsos, y desenmascarando el fraude y la simulación procesales. Pero el legislador estatal no hizo lo procedente para atajar las descritas corruptelas, sino que prefirió la *huida hacia adelante*, animado por los partidos supuestamente progresistas que propugnaban, una y otra vez, mayores facilidades para la ruptura legal del vínculo matrimonial. Así surge la segunda etapa de la carrera divorcista.

6. EL DIVORCIO-QUIEBRA

Se propone eliminar la *noción de culpabilidad* (al parecer, *única responsable* de los males que se habían producido bajo el anterior sistema) en el régimen de la ruptura legal del vínculo; en efecto, la realidad

645 Amplia descripción de estos fenómenos en Francia puede encontrarse en GROSLIÈRE, *La réforme du divorce* (Paris 1976).

muestra que, algunas veces, o no hay verdadero culpable en un divorcio determinado, o bien que las culpas aparecen compartidas. Se piensa que la dureza y la violencia incluso del debate judicial pueden reducirse o suprimirse si la ley se limita a exigir la prueba de hechos objetivos que, por sí mismos, demuestren la fractura irremediable de la unión conyugal; si, por ej. después de la separación han fracasado varios intentos de reconciliación, o si la separación de hecho se ha prolongado durante muchos años y cada cónyuge ha rehecho su vida ¿qué esperanzas de restablecimiento o reanudación de la vida conyugal puede suscitar el matrimonio celebrado? La sentencia que se dicte certificará la defunción de una unión que ya no existía hacía tiempo. Los más optimistas pueden pensar ingenuamente, como añadidura, que ya no se producirán más casos de drama o de comedia en los procesos legales de divorcio, y que, en todo caso, al clarificarse la normativa aplicable, disminuirá el número de pleitos matrimoniales.

Obsérvese que se da un giro, al menos de noventa grados, al proceso de divorcio; en efecto, la ley en adelante puede seguir un doble camino en la regulación de este sistema de divorcio; o bien limitarse a proclamar el principio general de la quiebra del matrimonio como causa legal de ruptura conyugal, encomendando a los Tribunales que lo apliquen al caso concreto, con cierta libertad de apreciación; o bien se enumeran una serie de hechos (con base, generalmente, en la separación no interrumpida durante cierto tiempo, unida a determinadas circunstancias), cuya prueba obliga, sin más, al Juez a pronunciar el divorcio. La nueva normativa aligera, en principio, la actuación de los Tribunales reduciendo lo que puede calificarse de presión emocional. Pero, por otro lado, no dejará de originar, por su parte, una nueva problemática.

Por de pronto se hace necesario encontrar otro criterio, distinto de la culpabilidad, que guíe al Juez a la hora de aplicar los efectos legales derivados de la ruptura. La ley ya no se preocupa de imputar a uno de los cónyuges la responsabilidad por el fracaso conyugal sino que atiende preferentemente a sus efectos entre los cónyuges y respecto de sus hijos; sustitutivamente suele adoptar el criterio de la *necesidad* que puede presentarse, al tiempo de la ruptura, en cualquiera de los

afectados. Pero acaso sucede que el cónyuge necesitado de protección ha sido, en realidad, el causante responsable de la ruptura conyugal (el *culpable* en la terminología del anterior sistema). Entonces ¿cómo se justifica moralmente que dicho cónyuge pueda resultar, además, beneficiado con una pensión o con la adjudicación del uso de la vivienda conyugal, o con la atribución de la guarda de los hijos? La objetivación de las causas de divorcio hace perder a éste, casi totalmente, su apariencia de justificación moral intrínseca, dando origen a resultados que, al menos, pueden calificarse de poco equitativos, cuando no de claramente injustos. Por otra parte ya no puede hablarse, en modo alguno, de que el legislador presupone o da por supuesto que el matrimonio es, de suyo, indisoluble. Esta característica se sustituye por otra: La duración de la unión conyugal, *per se* ya no es, jurídicamente, de por vida; el matrimonio puede acabarse antes de la muerte de cualquiera de los cónyuges pues se disuelve legalmente cuando, en vida de ambos cónyuges, la convivencia conyugal se ha roto irremediabilmente sin esperanza de reconciliación. En la historia del divorcio retrocedemos muchos siglos atrás, aproximándonos, de algún modo, a la vieja idea romana: *matrimonium non consensus sed concubitus facit*, de suerte que el consentimiento matrimonial no viene a prestarse de una vez para siempre sino que, en cierto modo, cada cónyuge lo reitera a cada instante y la unión cesa de existir cuando alguno deja de prestarlo efectivamente. Por otro lado cabe plantear una cuestión general ¿cómo proteger objetiva y eficazmente, de existir, el interés de los hijos, y de la sociedad en general, en un sistema de divorcio-quebra? ¿cómo garantizar la declaración del art. 92.1 Cc de que *el divorcio no exime(n) a los padres de sus obligaciones para con los hijos*, o, si se quiere ¿cómo hacer efectivas las facultades que la patria potestad otorga a los hijos, una vez pronunciado el divorcio, cuando tales facultades, en fase de actuación, van a experimentar una profunda transformación que puede hacerlas inefectivas?

7. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENSO

Además del mundo romano en el que ya estuvo presente⁶⁴⁶, la idea de la ruptura conyugal por mutuo acuerdo aparece modernamente en las doctrinas de la Escuela protestante del Derecho Natural, y suele adoptarse inicialmente en los periodos revolucionarios, aunque luego pasa a segundo término y hasta desaparece de la legislación. Seduce por su simplicidad; si el matrimonio sólo es un contrato, el *contrarius consensus* ha de ponerle fin. El Juez únicamente ha de velar para que el consentimiento de cada cónyuge se otorgue con plena consciencia y libertad. La sumariedad y rapidez en los procesos está garantizada; por otra parte, el acuerdo en la ruptura hace presumir *prima facie* la concordancia de las partes a la hora de determinar las consecuencias patrimoniales de aquélla y, eventualmente, las que puedan producirse en relación con los hijos.

Aparte de que la realidad muestra que pocas veces los cónyuges se encuentran en paridad de circunstancias ante el divorcio a la hora de expresar su consentimiento, siendo frecuentes los casos en que la voluntad de alguno está, directa o indirectamente, condicionada de alguna manera, no apareciendo casi nunca en la superficie con total transparencia los sacrificios que alguno de los cónyuges se ve obligado a hacer, por ej. para conservar la custodia de los hijos, o para no ser desahuciado de la vivienda familiar, el problema fundamental estriba, no obstante, en la filosofía que sirve de inspiración a esta modalidad de ruptura; en efecto, la ley viene a autorizar a los cónyuges a disponer discrecionalmente sobre la subsistencia del vínculo y sobre las consecuencias de la ruptura, es decir, sobre materias que, de suyo, deben considerarse de orden público, fuera, por tanto, de la autonomía de los contrayentes. Por otro lado, la protección efectiva de los derechos de los hijos menores no sólo está amenazada sino que, incluso, puede resultar perjudicada respecto al anterior sistema. Además ¿a qué concepción del

646 En Roma el divorcio *communi consensu* es siempre libre y el emperador Anastasio en el 497 autorizó a la mujer a volver a casarse transcurrido un año. Justiniano siguió aceptando el divorcio por el simple acuerdo común de los cónyuges (IGLESIAS, *Derecho romano*, 6ª ed. 1972, p. 560).

matrimonio responde, en una legislación, la generalización del divorcio por mutuo consentimiento? Si con frecuencia se utiliza el término *institución* para definir a la familia y al matrimonio, en adelante será difícil calificarlo así. Tal interrogante fundamental explica que esta causa de divorcio haya estado mal vista en largos periodos históricos, y que, no raras veces, haya sido eliminada incluso de la legislación, aunque reaparezca y trate de imponerse como la regla general, impulsada ahora por un pseudo-progresismo⁶⁴⁷.

8. EL DIVORCIO SIN ALEGACIÓN DE CAUSA Y A PETICIÓN DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES

Hoy por hoy este sistema divorcista se presenta en forma aislada en el panorama europeo, y, hasta cierto punto, como ejemplo de cierta osadía legislativa, pudiendo considerarse, en último término, como lógico desenlace del movimiento *liberalizador del divorcio* que vengo describiendo. En efecto, si, en la práctica, triunfan la gran mayoría de demandas judiciales de divorcio alcanzando porcentajes que superan el 90% de las presentadas, de modo que, prácticamente, cabe concluir que *se divorcia el que quiere*, ¿no resulta, en cierto modo, farisaico mantener una ficción de proceso judicial con la única finalidad de respetar las formas? Suprimamos la ficción y demos a cada cónyuge lo que pide, sin la carga —siempre onerosa— de demostrar nada. Esta solución se ha legalizado en algún país escandinavo como alternativa al divorcio por causas objetivas; la diferencia procesal de trato con estas últimas consiste en que aquella modalidad precisa esperar un semestre, desde la presentación de la demanda, para que se dicte sentencia, lo que viene a representar un plazo de reflexión legal.

Para analizar esta hipótesis de ruptura legal del matrimonio, lo primero que viene a la mente es el *repudio* musulmán, del que se dife-

647 Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN (loc. cit., p. 9) con cita de DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes* [Génève 1980], afirma que el divorcio por mutuo consentimiento era considerado con disfavor en la mayoría de los países europeos precisamente debido a su carácter contractual.

renciaría en que éste sólo se otorga al marido, mientras que en la ley escandinava tal modalidad de divorcio está abierta a cualquiera de los cónyuges. Resulta, por otra parte, extraordinariamente difícil encontrar cualquier asomo de justificación para este sistema de ruptura del vínculo, no ya moral, mas ni siquiera legal; acaso podría únicamente encontrarse explicación en una hipotética competición frente a las facilidades que la unión libre legalizada suele proporcionar a los que así cohabitan (consagración legal del clásico *portazo*). Pero, cabalmente, ocurre que en los países escandinavos, desde hace décadas, se postula la indiferencia o neutralidad estatal frente al matrimonio; luego aquel bienintencionado propósito no puede tomarse en consideración. De generalizarse este sistema de divorcio habría que concluir que el propio legislador vendría a certificar la desaparición del matrimonio como institución legal. Obsérvese que, bajo este sistema, el divorcio puede concederse contra la voluntad del otro cónyuge a quien no se le da siquiera oportunidad procesal de demostrar al Juez que no hay causa ni motivo de divorcio. Sobre todo suscita nuevamente el gran interrogante: ¿qué concepción de matrimonio y, en consecuencia, de familia responde a un sistema de divorcio en el que la ruptura se basa en la libérrima e incondicionada voluntad de cualquiera de los cónyuges? ¿qué valor atribuye la ley, en realidad, al compromiso matrimonial?⁶⁴⁸.

648 La llamada *Comisión de Derecho de Familia Europeo*, fundada en Utrecht a principios del 2003, bajo la forma de una fundación sometida al derecho neerlandés, basada en una iniciativa científica de carácter privado y cuyos miembros son independientes de cualquier organización o instituto es plenamente consciente de que no hay consenso para lograr un derecho de familia armonizado entre los países de la UE, por lo cual sólo aspira a formular principios generales no vinculantes. En 2004 se han publicado unos denominados principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados (cfr. Katharina BOELE-WOELKI *et alii*, *Principles of european family law concerning divorce and maintenance between former spouses*) de mero valor doctrinal pues ningún país se ha adherido a los mismos. Por lo demás, cabe decir que entre ellos no se contempla la ruptura por simple decisión unilateral como explica la autora últimamente citada: "Los principios de divorcio empiezan con tres principios generales con respecto a la admisibilidad del divorcio, el procedimiento legal y autoridad competente y las formas de divorcio. Luego se tomó la decisión por [*sic*] dos formas de divorcio: el divorcio por consentimiento mutuo y el divorcio sin el consentimiento de uno

9. EL DIVORCIO TRAMITADO ANTE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS U OTRAS

Algunas veces este sistema no judicial obedece a razones históricas; así hasta mediados del siglo XIX el divorcio se tramitó en Inglaterra ante el Parlamento. Otras se ha visto, en esta modalidad como una de las posibles salidas al actual atasco que sufren, en varios países, los tribunales competentes en la tramitación de los procesos en materia de divorcio. Se ha aplicado también por algunas Democracias populares, sistema que, sin embargo, suelen abandonar tales Estados al recuperar la libertad política. Tiene algún interés analizar el sistema que sigue aplicándose actualmente en Dinamarca y en Noruega, así como hacer ver el fraude procesal que durante algunos años ha hecho que la mayoría de procesos de divorcio en Inglaterra se haya tramitado, con escasas garantías, ante las jurisdicciones inferiores.

Por razones históricas⁶⁴⁹ desde hace más de tres siglos los países nórdicos conocen una alternativa al procedimiento judicial de divorcio que tiene su origen en la facultad que se habían arrogado los reyes

de los esposos. En la primera forma de divorcio se presta atención en cuatro principios a la noción de consentimiento mutuo, el periodo de reflexión, el contenido y forma del acuerdo y, por último, la determinación de las consecuencias. También con respecto a la segunda forma de divorcio se formularon tres principios, que tratan (de) la separación de hecho, la cláusula de dureza y, por último, la determinación de las consecuencias". Del esquemático resumen que hace la autora se desprende, en primer lugar, que la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL) centra la atención en la idea de la responsabilidad propia de los cónyuges. Por eso el consentimiento entre los esposos desempeña, en tales principios, un papel importante. El divorcio consensual por consiguiente debe presentarse lo más atractivo posible. Una pregunta político-jurídica importante es, sin embargo, ¿qué formas de mecanismos de control son necesarias para evitar el abuso de la autonomía de las partes? En segundo lugar, se desprende que en el caso de que uno de los esposos se resista al divorcio, no se utilizará la ruptura definitiva como causa del divorcio. Después de discusiones largas la CEFL se ha decidido finalmente por un criterio que puede ser constatado objetivamente: la separación de hecho" (Katharina BOELE-WOELKI, *La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges, en el vol. Nous reptes del Dret de família. Materials de les tretzenes jornades de Dret català a Tossa [Girona 2005] p.50 s.*)

649 Sigo las explicaciones de Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN, loc. cit., p. 29 ss.

escandinavos de otorgar por decreto la ruptura legal del vínculo a sus súbditos en casos especiales, y de modo singular cuando la ley no prevé el caso solicitado; así se introducen simultáneamente el divorcio por mutuo acuerdo, el divorcio a petición unilateral y el divorcio sin culpa; todo ello sin que se alteren las respectivas normas sustantivas. Tales facultades se atribuyen inicialmente al Canciller y luego al Gobernador del Condado. Cuando a principios del siglo XX los países nórdicos aproximan su derecho matrimonial sobre la base de reglas heredadas del pasado, lo hacen sobre el derecho sustantivo del divorcio pero no en cuanto a las normas procesales de cada uno de ellos; así resulta que Noruega y Dinamarca conservan sobre el divorcio un régimen híbrido regulando un procedimiento judicial y otro administrativo, mientras que Suecia y Finlandia se deciden por el procedimiento exclusivamente judicial. Se afirma⁶⁵⁰ que en Dinamarca y Noruega la casi totalidad de los divorcios se tramitan en vía administrativa por razones de simplicidad y economía, y, además, porque el cónyuge opuesto al divorcio tiene la convicción de que su resistencia resultaría inútil ante el Juzgado. La autoridad competente en ambos países sigue siendo el Gobernador del Condado asistido por agentes administrativos con formación jurídica, con la misión de ayudar a los cónyuges en la tramitación del procedimiento, y con la finalidad de lograr acuerdos amistosos. Pero difieren en la ulterior fase, pues en Dinamarca los cónyuges deben ponerse de acuerdo, no sólo sobre el divorcio como tal sino sobre sus cuestiones anexas; por falta de tal acuerdo el divorcio no puede pronunciarse administrativamente y se reenvía a los Tribunales. En Noruega el procedimiento administrativo es obligado cuando el divorcio se basa en la separación, pero —a diferencia del otro país nórdico— la falta de acuerdo en las cuestiones anexas no impide el pronunciamiento administrativo del divorcio. En ambos países es obligatorio el intento de conciliación, debiendo comparecer los cónyuges personalmente; los oficiales administrativos tienen el deber de comprobar la existencia de la causa de divorcio y de asesorar a los cónyuges sobre las cuestiones anexas, si bien dejándoles un amplio margen de autonomía; también

650 Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN, loc. cit., p.30.

deben comprobar si los acuerdos relativos a la guarda de los hijos son conformes al interés de éstos, y, en caso contrario, el Gobernador puede denegar su aprobación.

Significativo es lo ocurrido recientemente en Inglaterra, que muestra la importancia práctica del procedimiento en orden al buen o mal funcionamiento del divorcio. Hasta 1967 se mantuvo el punto de vista oficial según el cual el divorcio constituía un asunto de tal importancia que no podía resolverse por las jurisdicciones inferiores, sino en virtud de un proceso tramitado ante la *High Court*. Sin embargo, a partir de la indicada fecha los *County Courts* recibieron competencias para resolver los *divorcios no contradictorios*, y en 1973 se introdujo un procedimiento especial en el que el actor presentaba una declaración jurada, en cuyo caso si el demandado no se oponía, los documentos serían examinados por un auxiliar del juzgado, de suerte que si este funcionario no encontraba ninguna anomalía, el Juez podría dictar sentencia en audiencia pública sin necesidad de que las partes estuvieran presentes. Inicialmente este expeditivo procedimiento sólo se aplicaba a las demandas basadas en la separación de dos años, y siempre que no hubiera hijos menores de edad, pero en 1975 se amplió a las causas basadas en el adulterio y en el abandono del hogar. Escribiendo en 1989 Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN⁶⁵¹ afirma que, en aquel momento, más del 98,5% de divorcios se tramitaban por el procedimiento especial, y una cifra que no llega al 2,5% lo hacían siguiendo el trámite contencioso. Su valoración crítica era muy dura sobre esta situación: *Hay una contradicción flagrante entre el derecho procedimental y el material, que no ha sufrido alteración, pero sobre todo entre la realidad y las intenciones proclamadas del legislador. Los divorcios se dictan según un procedimiento sumario, sin la comparecencia de las partes, sin examinar a fondo la causa de la ruptura invocada, sin tentativa de conciliación, sin plazo de reflexión, sin regulación de sus efectos que serán tratados ulteriormente por el Juez por simple lectura de una serie interminable de casos designados por un número de orden ante una sala de audiencia vacía* ". La situación legal parece haber

651 Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN, loc. cit., p. 28. Sustancialmente de acuerdo también CRETNEY *Family Law*, 3ª ed. (London 1997) pg. 42.

cambiado con la Family Law Act 1996, tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales⁶⁵².

10. ALGUNAS LÍNEAS PROVISIONALES DE CONVERGENCIA

Doctrinalmente en el momento actual el tema del divorcio en sí mismo considerado, en su naturaleza y efectos, es algo que apenas si interesa prácticamente a la mayoría de la doctrina europea, la cual suele pasar sobre tales cuestiones sin demasiado detenimiento⁶⁵³. Se ha convertido, diríamos, en tema de *ordinaria administración*, debatiéndose más bien el *punctum ardens* de la guarda compartida o del modo de hacer eficaces las pensiones a favor de los hijos o del otro cónyuge, o las quejas generalizadas de los padres varones divorciados que se ven postergados, frente a la madre, en las decisiones judiciales respecto a sus relaciones con los hijos comunes. Pero semejante actitud, de aparente neutralidad o, incluso, de inhibición, entiendo que ahora debiera ser revisada en atención a nuevos datos fácticos y jurídicos que vienen reiteradamente produciéndose.

En las diversas legislaciones occidentales se observa que, por lo general, no suele regir un único sistema de divorcio (el denominado *monismo divorcista*: así por ej. de tal naturaleza es el implantado en Inglaterra y Gales por la Ley de 1996), sino habitualmente un *pluralismo* cuyo ejemplo paradigmático ha sido Francia después de la reforma de 1975 (divorcio por causas objetivas, por culpa, por mu-

652 En general, CRETNEY, *Family Law* 3ª ed. (London 1997) p. 43 ss. En particular, sobre los aspectos procedimentales p. 46 ss. así como sobre la *cláusula de dureza* para denegar el divorcio, que el autor considera sustancial más que grave.

653 Una excepción en Francia lo constituye CARBONNIER, *op. et vol. cit.*, p. 59 ss, que dedica una decena larga de pgs. a la introducción del tema del divorcio, tratándolo metodológicamente desde un punto de vista pluridisciplinar, incluyéndolo en un título más amplio que denomina *le démarriage*, ocupándose de su historia, de las opiniones de las distintas confesiones a propósito de la ruptura legal del vínculo, así como de los aspectos sociológicos. A modo de conclusión dice: *Tout balance faite, le jugement moyen des Français à l'égard du divorce s'est probablement stabilisé autour de la formule célèbre: un mal nécessaire. Elle a traduit la position de la Réforme avant celle de la morale laïque* (p. 169).

tuo consentimiento, por adhesión a la propuesta del otro cónyuge, también denominado *par double aveu*) y se mantiene después de la reforma del 2004⁶⁵⁴; no infrecuentemente, y frente a los sistemas puros, se aplica un *sistema mixto* como el italiano de 1975, o el nuestro aprobado en 1981⁶⁵⁵. En realidad, al margen del sistema o sistemas legalmente seguidos, en la práctica *se divorcia el que quiere* (o *los que quieren*), siendo muy reducido el porcentaje de demandas rechazadas por los Tribunales (dato que habitualmente silencian las estadísticas). La mayor litigiosidad deriva actualmente sobre las consecuencias de la ruptura legal del vínculo, sea en relación con los bienes de los cónyuges y singularmente la atribución del uso de la vivienda familiar, sea en relación con la guarda de los hijos y, eventualmente, sobre el derecho de visita y comunicación con los hijos del progenitor que no detenta la guarda.

A mi juicio lo más importante a la vista de esta *variedad*— incluso, *mixtura*— de sistemas de divorcio es llegar a la convicción clara de que, a cada sistema de divorcio, corresponde una diversa concepción del matrimonio en la legislación respectiva, de modo que, insensiblemente, se va produciendo sucesiva y gradualmente una *degradación* de la concepción legal del matrimonio y de la familia en el país de que se trate. Pérdida de valor de la que, acaso, no son plenamente conscientes los parlamentarios que, distraídamente, votan favorablemente las nuevas leyes de reforma; pero pérdida real y efectiva que puede conducir a un

654 Sobre la última reforma del divorcio galo, además del tratamiento manualístico contenido en la nueva ed. de MALAURIE-FULCHIRON, *La famille* (Paris 2004), cfr. LEMOULAND, *La Loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, D. 2004, 1825 ss; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Le nouveau droit de divorce*, JCP 2004, 1037 ss; FULCHIRON, *Les métamorphoses des cas de divorce (propos de la réforme du 26 mai 2004)*, Defrénois 2004, p. 1103 ss; *The new french divorce law*, The international survey of family law. Edition 2005, p. 241 ss.

655 Al tiempo de publicarse la Ley de 1981, atribuí a nuestro sistema divorcista el carecer de una filosofía coherente, homogénea y sistemática, de suerte que el legislador daba la impresión de haber ido tomando piezas sueltas de sistemas extraños (GARCÍA CANTERO, *Comentarios Albaladejo II*, 2ª ed. [Madrid 1982] p. 331; una crítica general de la ley en este punto puede verse en op. cit., pgs. 299-302).

vaciamiento de significado de lo que, en último término, supone aquella institución.

Remontándonos a la historia europea reciente cabría conjeturar que, tras alguna reflexión, no pocos parlamentarios votaron, y bastantes ciudadanos aplaudieron la aprobación de las primeras leyes divorcistas basadas en la culpa. En primer lugar, se trataba de una facultad que la ley atribuía exclusivamente a la víctima; en segundo lugar, la culpabilidad era el módulo que debía aplicar el Juez a todos los efectos de la ruptura legal del vínculo, lo que venía a justificar moralmente de alguna manera esta última, o servía para tranquilizar escrúpulos de conciencia. El cónyuge inocente que había sido víctima de una incalificable conducta por parte del culpable pasaría, probablemente, a ser compadecido por sus conciudadanos (de aquí la reacción por parte de alguno de los afectados de no dar siquiera el paso de solicitar judicialmente el divorcio), aunque, de acudir a los tribunales, iba a encontrar amplia comprensión en el foro y en la sociedad. Para el culpable, toda la reprobación social y, en su caso, pasar a la situación civil de *divorciado*, la cual probablemente estaría al inicio muy mal vista, de modo que, cabe sospechar que las posibilidades para ellos de reiterar nupcias serían probablemente mínimas; por todo ello el divorcio tendría carácter excepcional en bastantes países europeos, cuyas legislaciones admitían la ruptura legal del vínculo, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Cabe concluir que la concepción social del matrimonio como unión indisoluble, apenas si sufrió grave quebranto bajo la vigencia de este inicial sistema divorcista. No obstante, como se ha advertido, la reiteración de procesos de divorcio, sobre todo en los núcleos urbanos de mayor población, inicia, más pronto o más tarde, un movimiento de aceptación social de la figura y, en contrapartida y paralelamente, de lenta erosión de aquella noción indisoluble del matrimonio.

La generalización del divorcio por causas objetivas, promovida al unísono por la doctrina y por los prácticos, va a alterar decisivamente los términos de la cuestión. Es verdad que mayoritariamente el matrimonio indisoluble todavía se vive sociológicamente en no pocas sociedades occidentales, sobre todo en extensas zonas rurales y en los territorios de mayor práctica religiosa; pero la clase media incorporará, poco a poco,

a sus hábitos la normalidad de la ruptura legal del vínculo, la cual, aun siendo todavía minoritaria en la sociedad, empieza a adquirir ya carta de naturaleza. Se difunde la concepción de que el matrimonio ya no se contrae *for life*, sino que el Juez puede disolverlo cuando, a instancia de alguno de los cónyuges, o de los dos, se ha roto de modo irreversible la vida en común de los cónyuges; además se ha reducido el costo procesal de los procesos de divorcio y los cónyuges *civilizadamente* pueden salir de la audiencia del Juzgado despidiéndose, incluso amistosamente, como ciudadanos que van a ser en el futuro, jurídicamente hablando, extraños entre sí. Obsérvese que las leyes, en cuanto al fondo del proceso de divorcio, sólo toman exclusivamente en consideración las alegaciones de los cónyuges, sin tener en cuenta el parecer de los hijos menores, salvo, en las últimas leyes, en cuanto a determinar los efectos en su respecto de la sentencia estimatoria que se dicte. A lo que conozco, sólo la derogada legislación matrimonial de la desaparecida República Democrática alemana autorizaba al Juez a desestimar la demanda de divorcio cuando los hijos comunes, por ser contrario a sus intereses, se oponían al divorcio de sus progenitores. También cabe traer a colación las excepcionales *cláusulas de dureza* (*clause de durété*, *Härtelklausel*) que, en circunstancias muy concretas y determinadas, autorizan a los Jueces a denegar el divorcio cuando su pronunciamiento va a agravar considerablemente la situación material, económica, psicológica o espiritual del otro cónyuge; una circunstancia similar figuraba en el proyecto español de 1981, pero fue eliminada en la votación final de la ley. Por lo general, los Jueces, allí donde aquéllas están en vigor, hacen de estas cláusulas una aplicación muy circunspecta y excepcional, que parece, más bien, querer *maquillar* con un superficial baño de moralidad una institución que, en realidad, se opone frontalmente a cualquier norma ética. En este sistema de divorcio cambia radicalmente el criterio para regular los efectos de la ruptura legal del vínculo; ya no será, como en el anterior, la culpabilidad de uno de los cónyuges sino la *necesidad* de éstos o la de los hijos comunes. Antes puse de relieve los posibles resultados inequitativos a que puede conducir la aplicación de los nuevos criterios. Por otra parte, tendencialmente el número de divorcios crece de modo generalizado e imparable en casi todos los países, aunque no en todos con el mismo ritmo.

Poco que añadir a lo ya dicho hasta ahora sobre el divorcio por mutuo consentimiento. Sus defensores ven en este sistema la consagración máxima de la autonomía de la voluntad. Los cónyuges decidieron en su momento casarse, y ellos más tarde, autónomamente, deciden *descasarse*. ¿Pura lógica? Sí, habría que responder, en el caso de tratarse exclusivamente de un contrato de compraventa, de préstamo o de comodato. Pero en ninguno de los ejemplos aducidos suele haber hijos directamente afectados por la disolución de un vínculo contractual como ocurre en la ruptura legal del matrimonio de sus padres. La supuesta lógica —que ya aplicaron los autores pertenecientes a la Escuela protestante de Derecho Natural, y, más tarde, los revolucionarios franceses—, cae por su base. Si en oposición a la concepción institucional, se acepta la naturaleza meramente negocial del matrimonio, se trataría de un contrato distinto de los demás, con importantes repercusiones en terceros y en la propia sociedad (el crecimiento exponencial de las rupturas legales alarma en muchos países a los sociólogos).

El divorcio sin alegación de causa *prima facie* parece constituir un eficaz primer paso hacia la directa desjuridificación del matrimonio legal. Bajo este sistema divorcista, el matrimonio quedaría reducido jurídicamente a una mera relación de cortesía o de conveniencia social (como puede serlo el deber de llevar un ramo de flores a la dueña de la casa que nos ha invitado a comer). Aquello del *matrimonium fundamentum regnorum* resulta que fue una ilusión de los sabios antiguos. Ahora bien, y bajo una perspectiva de la evolución histórica del divorcio en los países occidentales ¿no estaríamos reconociendo así paladinamente que el Estado ha terminado fracasando en su propósito de regular omnicompreensiva y discrecionalmente la unión conyugal? Si el siglo XX representa el apogeo y exaltación del Estado soberano como regulador exclusivo del matrimonio y de la familia, los maléficos resultados del ejercicio de tales facultades, o, al menos, sus claros y evidentes desaciertos, sobre todo en cuanto al divorcio, están mostrando la falta de un fundamento serio para aquella pretensión (en efecto, el Estado moderno que, por lo general ha acertado en la regulación de las instituciones privadas, ha demostrado fracasar clamorosamente en cuanto a las crisis conyugales), sin olvidar la evidente responsabilidad

civil en que ha podido incidir, caso por caso, por los daños causados directamente a los interesados, y a la sociedad, por la mala gestión de tales facultades competenciales (*culpa in legislando*).

Por otra parte, en bastantes países occidentales se ha aceptado mayoritariamente que el divorcio sólo puede ser pronunciado por el Juez. En nuestro ordenamiento lo garantiza así el art. 24 CE que asegura a todos los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos e intereses por los jueces y tribunales. Por tanto, no sería constitucionalmente posible entre nosotros un divorcio exclusivamente administrativo o notarial, ni eventualmente acordado por los interesados en documento privado. Se trataría, por tanto, de un verdadero fraude que por ley se regularan los trámites de tal hipotético divorcio no judicial, de modo que viniera a obstaculizar, de hecho, la oposición al divorcio por el otro cónyuge, y se premiara de alguna forma la renuncia a ejercer la acción ante los tribunales.

11. LA NUEVA LEY ESPAÑOLA 15/2005, DE 8 DE JULIO, EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

La segunda ley de divorcio postconstitucional se ha promulgado en España al cumplirse 24 años y un día de la que, en su momento, se calificó castizamente de *Ley San Fermín* o, más exactamente por designar a sus monitores gubernamentales, Ley Fernández Ordóñez-Cavero. En el ámbito comparativo puede afirmarse que se inspira genéricamente en esa corriente ampliamente liberalizadora de la ruptura legal del vínculo que he venido analizando, si bien agudizando sus caracteres más extremos hasta el punto de que la legislación matrimonial española cabría decirse que ha tocado fondo —¿cómo imaginar la siguiente reforma?, ¿qué a cada contrayente en el momento de la celebración se le entregue, con el Libro de Familia, una sentencia de divorcio que contenga la fecha en blanco ...?— permitiéndose hacer balance de las últimas consecuencias de aquella corriente. Sin embargo, nuestra ley no deja de ser *singular* por no pocas razones. No sigue, ni alude siquiera, a las ya avanzadas propuestas facultativas de la Comisión Europea de Derecho de Familia, y renuncia, sin motivarlo, a introducir *controles* de los posibles *abusos* de la autonomía de la voluntad de los cónyuges al

solicitar el divorcio que regula aquélla⁶⁵⁶. Prescinde de toda referencia al Derecho comparado (por ej. la legislación sueca que podría invocar parcialmente en su apoyo, o la francesa de la Ley 26 mayo 2004, que, mas bien, sería ejemplo de lo contrario). En cuanto a los antecedentes españoles, el Preámbulo de la Ley se limita a realizar una presentación, más bien sesgada, de la Ley de 1981, omitiendo, curiosamente, toda referencia a la primera Ley de Divorcio de 1932 (¿quizá por no tener que criticarla ahora?). Se deja igualmente de lado cualquier dato sociológico (cuando el Gobierno tenía a su disposición las estadísticas de Eurostat⁶⁵⁷ que aquél alimenta oficialmente).

Parece que la última *ratio* de nuestra ley es la exaltación del valor constitucional de la libertad de los cónyuges que, cabe afirmar, se lleva al paroxismo, hasta el punto de dinamitar el fundamento de cualquier compromiso jurídico⁶⁵⁸. Se afirma en el Preámbulo, como postulado básico que *la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. Del que se deduce que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna*. En el último de los argumentos transcritos no deja de detectarse cierta tautología pues, aparte de la problemática existencia de ese dudoso *derecho a no continuar casado* (¿mera facultad, reverso del *jus connubii*?), se da por supuesto que en este caso se alteran los principios procesales de prueba (art. 217 Lec 2000), dispensando al cónyuge de probar la concurrencia de causa alguna de

656 Cfr. Catharina BOELI-WOELKI *La Comisión de Derecho de Familia europeo etc.*, cit., p. 51.

657 Según tales estadísticas, España, Italia e Irlanda eran los países comunitarios con menor índice de divorcialidad, que en los últimos años gira en torno a uno por mil habitantes, mientras que la media gira en torno a dos divorcios por millar de habitantes, superándola Suecia, Dinamarca y alguno de los países últimamente llegados a la UE, que se aproximan a los tres divorcios.

658 Por ese camino cabría concluir que el art. 1256 es inconstitucional por oponerse al libre desarrollo de la personalidad del contratante.

ruptura, infringiendo abiertamente con ello el art. 32.2 CE⁶⁵⁹ (*la ley regulará las causas de disolución*, fórmula imperativa que ha desconocido paladinamente el legislador de 2005). Cuando, en realidad, había que demostrar que los actos y negocios de Derecho de familia son abstractos y carentes de causa y motivación; prueba que en modo alguno aporta la E. de M. Más adelante el legislador apostilla su novedosa e inconstitucional concepción del matrimonio al afirmar categóricamente que *tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos* [cónyuges]. No habrá, al parecer, en el futuro un estado matrimonial de casados sino por el contrario una situación inestable y claudicante en la que la subsistencia del vínculo matrimonial dependerá exclusivamente del consentimiento constantemente reiterado por cada uno de los cónyuges; basta, en efecto, que no coopere alguno de ellos en la prestación de ese tácito consentimiento cotidianamente otorgado para que el Juez ineludiblemente tenga que pronunciar el divorcio.

Por lo que antecede nada extraña que la nueva regulación del divorcio en España sea una de las más lacónicas y escuetas del mundo occidental. Viene conservada en el Cc con el pie forzado de la regulación anterior, pero bastaría, por ejemplo, con un único precepto que contuviera, ordenada y sucesivamente, los actuales arts. 86, 88 y 89. La regla general básica aparece formulada en el art. 86:

*Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio*⁶⁶⁰, a petición de uno sólo de los cónyuges, de am-

659 En la Sesión plenaria del Congreso de los Diputados, celebrada el 21 abril 2005, la diputada de CIU, señora Pigem y Palmés, lo advirtió con claridad: *Creemos que en sede contenciosa sería más respetuoso con nuestro marco jurídico y especialmente con el art. 32.2 de la Constitución, mantener la necesidad de explicitar cuál es la causa por la que se solicita la separación, una causa que además ilustrará al juzgador acerca de la realidad de cada familia concreta, una ilustración que parece necesaria ya que es sobre esa realidad sobre la que el juzgador deberá adoptar los efectos de la separación* (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, año 2005, núm. 84, p.4103). A la enmienda propuesta por CIU se adhirió la diputada del PP, señora Matador de Matos (loc. cit.p. 4107), siendo ambas enmiendas rechazadas.

660 En el art. 85 se añade *y el tiempo de su celebración*, de aquí que resulta repetitivo en este punto el art. 86, a menos que se haya querido decir que la reforma carece de efecto retroactivo.

bos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81.

Se enuncia el principio del divorcio judicial, vigente anteriormente y que ratifica el art. 89 (*La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare*). Se reitera la aplicabilidad del divorcio también para el matrimonio canónico y las demás modalidades de matrimonio religioso admitidas en el ordenamiento. La nueva ley ha alterado las relaciones entre separación y divorcio; se mantiene la primera para respetar la decisión de aquellos ciudadanos que no desean que su matrimonio se disuelva judicialmente; pero se elimina la regla de que la separación, de hecho o de derecho, constituya el primer paso para el divorcio que anteriormente regía con alguna excepción (cfr. causa 5ª, art. 86, Ley 1981). Ello no obsta para que la Ley 2005 haya unificado los requisitos legales de la separación y divorcio, de suerte que el art. 86 se remite, sin más, al art. 81 en cuanto al plazo de duración del matrimonio para solicitar aquéllos (tres meses, con una excepción para las llamadas *demandas instantáneas* del art. 81-2º).

La ley contempla dos únicas modalidades de divorcio, por acuerdo o por voluntad unilateral. En realidad, el art. 86 Cc se refiere a ésta última en primer término, lo que parece significar que el legislador la privilegia. Por cierto que, en cuanto a la segunda modalidad, hay cierta contradicción en el Preámbulo con relación al derecho derogado; de una parte se dice que en la Ley de 1981, en ningún caso el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes; lo cual probablemente coincidía con la voluntad del Gobierno de la UCD en su proyecto de ley. Pero las enmiendas aprobadas durante la tramitación del mismo en las Cortes permitieron que, por vía procedimental, se admitiera el divorcio mediante acuerdo de ambos cónyuges. Ello explica que en el Preámbulo de la nueva Ley se diga que los requisitos que deban concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente (*sic!*) debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio (¿también viene a fijar la ley —indirectamente— la máxima duración legal del viaje de bodas?). En cuanto al

divorcio por acuerdo tampoco se respetan los requisitos prudenciales mínimos de la CEDF, fijados en un periodo legal de reflexión que puede ser de tres o de seis meses, a partir de la presentación de la demanda, según que haya, o no haya, acuerdo en el convenio regulador.

En resumen: Cabría decir gráficamente que nuestro legislador se ha sentido obligado a *quemar etapas*; máxima simplificación sustantiva y procesal que originará una aceleración en la tramitación de estas causas, justificando así el calificativo popular de *divorcio exprés*. Cabe preguntarse, no obstante, si tal rapidez se logrará acaso en detrimento de alguno de los interesados, y si se respetarán los principios de la *protección jurídica de la familia* y de la *protección integral de los hijos* enunciados por los apartados 1 y 2 del art. 39 CE.

Por de pronto, se ha incumplido abiertamente el *derecho de los hijos menores a ser oídos* en el proceso de divorcio instado por cualquiera de sus progenitores, o por ambos; derecho proclamado por el Convenio de 1989, de inmediata aplicación en España por lo dispuesto en el art. 39.4 CE, y que la Ley de 1996 se apresuró a recibir. No parece imposible que en un proceso de divorcio, a instancia de uno de los cónyuges, comparezcan hijos con suficiente juicio para decir al Juez que se oponen al divorcio solicitado por su progenitor, dado que perjudica su propia formación, y porque, a su parecer, la demanda carece de toda motivación por tales o cuales razones. ¿Utopía o ciencia ficción? En todo caso una facultad legal que por mandato de la ONU ha recogido el art. 8º de la Ley de 1996. Sin olvidar que, según corroboran estudios extranjeros, algunos hijos de padres divorciados siguen pensando, al cabo de los años, que no pueden perdonar al progenitor que solicitó y obtuvo la ruptura legal del vínculo. Por lo demás, el art. 8 de aquélla no ofrece duda alguna en su exégesis: *El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*. Es cierto que la regla 4ª del art. 770 Lec. 2000, completado por la nueva ley de 2005 con un nuevo párrafo, dispone genéricamente que, *cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años* (la regla añadida contiene garantías razonables para tal audiencia). Pero la regla de la intervención de los menores e incapacitados se inserta

inmediatamente después de aludir a los pronunciamientos sobre medidas que les afecten, es decir, la guarda o custodia, alimentos, etc., lo que ya venía ocurriendo bajo la Ley de 1981. Sin embargo, lo que yo propugno ahora es que, con base en el art. 8º Ley 1996, se conceda a tales menores e incapacitados el derecho a hacerse oír en el proceso de divorcio, materia indudablemente familiar y cuya sentencia estimatoria *afectará ineludiblemente a su esfera personal, familiar o social*.

¿Puede alguno dudar de que la sentencia de divorcio vaya a afectar, por lo general, a los hijos menores? El propio legislador de 2005 lo reconoce paladinamente en el Preámbulo: *Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de una familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*. Este párrafo retrata exactamente la actitud del estado moderno —e implícitamente, la de nuestro *estado de bienestar*— ante la ruptura legal del vínculo matrimonial. Implícitamente reconoce que tanto la aplicación de la Ley de 1981 como la vigente producen *consecuencias* (eufemismo para ocultar los *graves perjuicios* derivados de la sentencia estimatoria en relación con los cónyuges y sus hijos), para todos los miembros de la familia; daños que, tácitamente, confiesa no poder remediar en su origen, precisamente la ley que el mismo Estado ha propuesto y promulgado. El Estado hace dejación de sus deberes de proteger a la familia resignándolos en la nueva *panacea* de la práctica de la mediación matrimonial. Pero ¿qué ocurrirá si las partes no desean acudir al mediador, o éste fracasa? Los daños y consecuencias del divorcio se perpetuarán con inmediato reflejo en la sociedad. Otra indudable manifestación de privatización en el ámbito del Derecho de Familia.

La Ley del 2005 ha pretendido perfeccionar la regulación del divorcio, no sólo en aspectos prácticos o funcionales, sino en depurar su razón última para existir, que lo ha cifrado, o sublimado, en el ejercicio de la máxima libertad para cada uno de los cónyuges (proclamación del supuesto derecho a no estar casado); paralelamente, consciente o inconscientemente, ha subvertido la noción de matrimonio en sentido

legal, pues, después de la reforma, ni siquiera llega esta institución a la categoría de mero contrato o negocio jurídico; así, aunque sigue atribuyendo a los Tribunales la competencia para sentenciar aquél, acaso daría igual que este divorcio lo pronunciara un funcionario público que ha cursado la carrera de Derecho, el secretario del Registro civil, el alcalde o el concejal encargado de la asistencia social (no teniendo que analizar jurídicamente los hechos alegados como causa de su pretensión, cualquiera de los mencionados puede valorar si la petición de separación o divorcio reúne los requisitos legales).

12. EL FRACASO ESTATAL DEL DIVORCIO Y SUS POSIBLES REMEDIOS

Hablo, en general, de fracaso o no consecución de los fines perseguidos, en la regulación estatal del divorcio porque las sucesivas normativas producidas en los dos últimos siglos, se muestran incapaces de resolver razonable y equitativamente los conflictos familiares; porque el número de éstos no queda circunscrito a cierto porcentaje estabilizado, ni menos aún logra su disminución; porque tampoco ha conseguido, al resolverlos, que se asegure la protección de las personas más vulnerables de la familia; porque la *one-parent-family*, secuela ineludible del divorcio, representa un núcleo familiar incompleto cuyo *standard of life* se ha reducido notablemente después de la ruptura, y muchas veces precisa ayuda de la asistencia pública⁶⁶¹.

La perspectiva histórica de más de un siglo para examinar la evolución de cualquier institución jurídica parece suficiente para obtener

661 ¿Qué calificativo merecería un estado que al regular, por ej., el contrato de compraventa, lo hiciera bajo el principio de que el interés social exige otorgar a cada contratante las mayores facilidades para apartarse, romper o rescindir unilateralmente el contrato que voluntariamente ha asumido, pues así se deduce como corolario de la libertad de la persona como valor constitucional y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)? ¿Qué consecuencias económico-sociales se producirían si el número de incumplimientos de este contrato creciera constantemente, año tras año, frustrando las razonables expectativas de miles de vendedores de productos?, ¿no sería sensato revisar el sistema legal de rupturas para estabilizar y fomentar el comercio?

conclusiones significativas. Al cabo de algunos años de funcionamiento de los sistemas divorcistas que he descrito, ninguno de los patrocinados por el legislador occidental, hasta aquí examinados, ha servido para frenar con claridad, o hacer disminuir, el número de divorcios legales; antes al contrario, las reformas legales del divorcio han terminado inexorablemente por incitar a los cónyuges a solicitar, en un número mayor que bajo el sistema anterior, la ruptura legal de su unión. Por todo ello resulta difícil encontrar hoy juristas que se muestren ni plena ni medianamente satisfechos con la legislación divorcista vigente en su respectivo país. Como el incremento de rupturas legales es acumulativo, al final del siglo XX el número de sentencias de divorcio se ha multiplicado por varios dígitos, sin que el estreno de un nuevo sistema implique un factor de retroceso o, al menos, de estabilización en el número de aquéllas. Paralelamente se están produciendo en muchos países, fenómenos inquietantes: ha disminuido la frecuencia de matrimonios (fenómeno no directamente achacable al incremento de divorcios, pero sí aparece con él indirectamente relacionado); crece con velocidad variable según los países, el número de uniones de hecho y el de hijos nacidos fuera de matrimonio. Por otro lado, también resulta incuestionable que nadie pondera o ensalza, eventualmente, los sistemas divorcistas en vigor por su justicia o bondad intrínsecas, sino, todo lo más, por razones formales, es decir por el aligeramiento de trámites procesales y por la rapidez de actuación, que permiten dictar sentencia a los Tribunales con relativa mayor agilidad. En todo caso, los posibles perjuicios causados a los cónyuges y a los hijos, o a la institución familiar misma, por las rupturas matrimoniales, no suelen tomarse en consideración para ser atajados *in radice* sino, todo lo más, paliados o remitidos a la iniciativa privada o a una futura legislación estatal sin plazo de cumplimiento⁶⁶².

662 Está por ver la puesta en aplicación del fondo de garantía de pensiones, contemplado en la Disp. Adicional única de la Ley 2005, según la cual: "El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos". Obsérvese que es un compromiso que no tiene plazo de cumplimiento; que no afecta a

Tampoco es frecuente plantearse el tema fundamental de la actitud y de la responsabilidad general del Estado ante el divorcio y su fracaso. Diríamos que se trata de cuestiones insólitas o políticamente incorrectas. Pero cabe, no obstante, observar que tratándose exclusivamente de la protección de los menores se asume generalmente que el Estado debe empeñarse a fondo en tutelar el *best interest of Child*. Paradójicamente se sostiene que, sin embargo, en materia matrimonial, aquél debe ser neutral, no debiendo tomar partido cuando los ciudadanos se inclinan por aceptar y reconocer cualquier regulación de organización de sus relaciones sexuales, por atípicas que sean y cualesquiera sean sus efectos. Concretamente, respecto de estas últimas se sostiene que el Estado no tiene que expresar ninguna preferencia por el matrimonio sino proteger por igual todas las opciones que, libérrimamente, se manifiesten en la sociedad; lo que conlleva igualmente neutralidad en caso de divorcio⁶⁶³. Obsérvese, sin embargo, que declarar la máxima protección a los hijos (que se califica de *integral* en el art. 39.2 CE), comprometiendo en ella al Estado y a los demás poderes públicos, y ser neutral a propósito del matrimonio y de su ruptura (cuando todavía en muchos países occidentales el mayor número de ciudadanos nacen precisamente en el seno de un matrimonio legal), resulta una ingenuidad, o una *contra-dictio in terminis*, cuando no representa una postura farisaica.

Por otra parte, aun existe en la sociedad occidental un elevado número de ciudadanos que planean vitalmente su matrimonio como proyecto a largo término, es decir para durar *de por vida*. De otro modo, sería comprensible interrogarse ¿para qué casarse si resulta tan fácil di-

la pensión compensatoria del cónyuge separado o divorciado, ni tampoco a la pensión alimenticia del cónyuge separado; por último, se ha olvidado en la lista de beneficiarios a los hijos mayores incapacitados.

663 Se lo plantea interrogativamente FULCHIRON, *The new french divorce law*, op. cit., p. 250, al concluir su crónica de derecho francés: *Is marriage to be merely one among many forms of living as a couple, to be taken up, arranged and dissolved on the basis of individual choice alone?* Todo ello a pesar de que el país vecino no ha dado el paso decisivo de nuestra Ley de reforma del 2005, y mantiene, como escribe aquel autor, el divorcio por culpa reducido a las violaciones más graves de los deberes y obligaciones conyugales (loc. cit., p. 247).

vorciarse? Puede afirmarse, por ello, que un divorcio sencillo y rápido puede estimular, más bien, a los ciudadanos a constituir meramente una unión de hecho, que a casarse. En nuestro ordenamiento, relacionando los art. 32 y 39.1 CE se concluye por deducción la existencia del derecho individual de hombres y mujeres a contraer un matrimonio indisoluble, que para bastantes sectores de población sigue siendo la modalidad que colma sus más íntimas aspiraciones, y, por ello, se adapta mejor a su proyecto vital. Pero ocurre que nuestra legislación ordinaria no contempla, ni permite, la tutela jurídica de una familia basada en el matrimonio indisoluble⁶⁶⁴. Desde 1981, y con mayor razón a partir de 2005, ya no puede haber en España familias jurídicamente estables, sino *familias frágiles y fragilizadas* legalmente por causa de una política matrimonial que, desde hace un cuarto de siglo, discurre por

664 El término *matrimonio indisoluble* ha desaparecido de nuestro vocabulario jurídico. Probablemente la última vez que se pronunció en el hemisferio de San Jerónimo fue con ocasión de la presentación del proyecto de ley de divorcio por el Ministro Sr. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ cuando dijo aquella rotunda y peyorativa frase, poco acorde, sin embargo, con la tozuda naturaleza de las cosas, e intrínsecamente falsa por tanto: *El matrimonio no puede ser indisoluble porque nada hay indisoluble en esta vida. ¿No contemplamos a diario tantos matrimonios disfrutando el sereno amor de la tercera edad? ¿No muestra la realidad diaria que también es indisoluble, por ej., el amor de la madre por sus hijos? Es curioso que actualmente algunos familiaristas norteamericanos están comenzando a descubrir, aun sin nombrarlo, las bondades del matrimonio indisoluble, tomando por punto de partida el art. 16 de la Declaración de la ONU de 1948, al que denominan the long-term Marriage. Así PARKMAN To what "marriage" do we have a right? en el vol. colectivo Family Law and Human Rights (edit. By Peter Lodrup and Eva Midvar) Trondheim, Norway 2004, p. 556 ss. Expone minuciosamente este autor los numerosos beneficios que derivan de dicha modalidad matrimonial, especialmente bajo una perspectiva económica y social; por ello los cónyuges están dispuestos a asumir determinados sacrificios para obtenerlos: Since those benefits will generally occur in the future, the durability of the marriage is in an important factor encouraging the personal sacrifices (loc. cit., p. 558). La conclusión resulta sumamente clara: The only way to create a credible long-term commitment to marriage is to make it difficult to dissolve a marriage (loc. cit., p. 561). [Adviértase que el autor prescinde de cualquier motivación religiosa y que el objeto de su trabajo es impulsar la celebración de matrimonios que vayan precedidos de un pre-nuptial agreement, es decir, que este autor parece asignar también un nuevo objetivo a las capitulaciones matrimoniales que, por influjo hispano-francés, siguen concertándose en el estado americano de Nueva Orleans].*

derroteros opuestos a aquéllos por los que debiera transitar. Porque ¿qué quiere decir *protección jurídica* de la familia? A mi juicio, que los cónyuges que hayan optado por una familia estable, dispongan también de mecanismos legales para asegurar la subsistencia de la familia por ellos formada, cualesquiera sean los conflictos que en su seno surjan; significa también que la ley no estimule la ruptura legal sino que facilite la reconciliación (y a ello debieran conducir, eventualmente, los mediadores); en consecuencia, si no hay más remedio que acordar la separación de los cónyuges, los miembros más vulnerables deben recibir las ayudas pertinentes, y debiera ofrecerse a todos los interesados mecanismos eficaces de mediación que busquen, no solo la ruptura más o menos *civilizada*, sino también el *restablecimiento* de una armónica convivencia familiar. En definitiva, que en lugar de hacer prevalecer un *favor divortii* como abierta o solapadamente se postula, predomine el *favor matrimonii* y el *favor familiae* que exigen imperiosamente y de consuno el bien común de la sociedad. No hay, propiamente, un *jus ad divortium* sino un derecho de cada cónyuge —al menos, de cierto número de ciudadanos—, a no ver frustradas sus expectativas de concertar un *long-time marriage*, es decir un matrimonio *for life*, lo que supone que sobre cada uno de ellos —y también sobre abogados y jueces que intervengan en su caso— recae, como dice la sec. 1 de la *Matrimonial Causes Act* inglesa, de 1996, el deber de hacer todo lo posible por *save the marriage*. Obligación que recae asimismo, sobre el Estado en general, y, en particular sobre aquellos juristas que tienen que resolver un conflicto familiar.

Durante el siglo pasado los Estados occidentales lograron ver culminada su aspiración de ser únicos árbitros de los conflictos conyugales. Coadyuvaron en tal empresa varias Escuelas filosóficas y jurídicas y la nada desdeñable ayuda de las Iglesias surgidas del Cisma y de la Reforma, por lo cual alguna responsabilidad alcanzaría a estas últimas en el antes demostrado fracaso del divorcio legal. Es posible que los funcionarios estatales de diversos países europeos creyeran de buena fe que mejorarían la labor llevada a cabo, en materia matrimonial, por la Iglesia Católica a lo largo de varios siglos anteriores. Hoy no cabe abrigar ilusiones en este punto, pues la realidad está demostrando que

el poder estatal lo ha hecho, a lo largo de la historia, y lo está haciendo en el presente, mucho peor que la Iglesia, habiendo sido actualmente desbordado por las demandas sociales y las reivindicaciones de grupos minoritarios muy activos.

El *remedio* a las crisis conyugales ya no puede consistir en dejarse arrastrar por esta corriente, facilitando jurídicamente, cada vez más, la ruptura de los matrimonios legalmente celebrados. Durante más de un siglo, han estado inspiradas las legislaciones occidentales en el *favor divortii* y ahora, al cabo de bastantes años de aplicación, se muestra claramente que *el problema es el divorcio*, por su imparable difusión, por sus perversos efectos para los propios cónyuges, sus hijos y la sociedad en su conjunto, porque, en suma, el divorcio engendra divorcio y acaba socavando los fundamentos de la institución familiar.

No parece justo que el Estado imponga totalitariamente a todos los ciudadanos un único modelo de *matrimonio light*, que puede quebrarse a la menor crisis. Por el contrario, los ciudadanos que lo deseen debieran poder acceder a lo que, en terminología anglosajona, se designa como *long-term marriage*, y que aquí tradicionalmente hemos apellidado sin más de *matrimonio indisoluble*. Los demás remedios que ahora aconseja seguir la Comisión Europea de Derecho de Familia —y que consiste fundamentalmente en generalizar el divorcio por mutuo consenso—, es más de lo mismo, incidiendo en idénticas causas de fracaso que los anteriores sistemas aplicados.

No parece infundado predecir que si el legislador estatal persiste en el mismo camino, —y, peor todavía, si tratara de hacerlo cualquier órgano europeo—, y no cambia de rumbo su política familiar, la privatización del matrimonio resultará inevitable⁶⁶⁵. Así permite constatarlo la Ley española del 2005. No es inadecuado reiterar que, quizá, muchos ciudadanos discurren así: ¿para qué casarse si la ley otorga a la unión libre casi idénticos derechos y beneficios sociales que al matrimonio? No

⁶⁶⁵ Lo reconoce abiertamente, a la vista de la reforma francesa de 2004, FULCHIRON, loc. cit., p. 250 s: *Divorce reform would become part of the progressive slide of the institution of marriage from the public to the private sphere.*

resulta indiferente para el estado y la sociedad que haya muchos matrimonios que funcionen armónicamente, ejerciten responsablemente sus facultades reproductivas, y sean capaces de superar las inevitables crisis conyugales. Uniones conyugales válidamente celebradas entre jóvenes ilusionados por realizar un proyecto duradero de vida en común. Rebajar las exigencias legales para la celebración del matrimonio y para su ruptura legal, no es la mejor manera de disuadir a los ciudadanos de que entren en unas uniones de hecho a las que se las colma de beneficios legales y sociales y, probablemente, hasta se vaya a permitir su ingreso en el Registro Civil. Entre otros motivos porque el índice de fecundidad entre tales parejas de hecho resulta muy inferior al mínimo de reemplazamiento de la población.

**XVI CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO COMPARADO
(Brisbane, 14-20 julio 2002)
¿QUÉ FAMILIA PARA EL SIGLO XXI?⁶⁶⁶
PONENCIA GENERAL**

Sumario: 1. Introducción.– 2. La nueva actitud legal en relación con la cohabitación fuera de matrimonio.– 3. La definición del matrimonio.– 4. Los datos constitucionales.– 5. Hacia el reconocimiento legal de las uniones de hecho.– 6. Las diferentes etapas seguidas habitualmente para el reconocimiento legal de la unión libre.– 7. Las parejas de hecho ante los Tribunales.– 8. Y ¿el futuro?– 9. La significación jurídica del sexo.– 10. Algunas conclusiones a propósito de la determinación del sexo jurídico.– 11. La procreación médicamente asistida (PMA).– 12. El Derecho de filiación. Las relaciones entre padres e hijos.– 13. El régimen de la adopción.– 14. *The best interest of Child*.– 15. Las personas pertenecientes a la Tercera Edad en el Derecho de Familia.– 16. A modo de conclusiones.

⁶⁶⁶ Publicado en el vol. "Convergence of legal systems in the 21st. Century (General Reports delivered at the XVIIIth. International Congress of Comparative Law) (Bruxelles 2006), págs. 301-366. También en "Revista de Derecho Comparado" (Argentina), núm 9, Derecho de Familia-1, págs. 7-76.

Al leer muchas de las Ponencias nacionales que he recibido me he dado cuenta de que para bastantes ponentes el tema del Congreso les interesaba, casi vitalmente, con mayor intensidad y amplitud que cualquier otro tema científico de aquél; ello explica los comentarios personales, a veces apasionados que aquéllos han expresado. Personalmente estoy convencido de que el futuro del Derecho de familia en cada uno de nuestros respectivos países vendrá a ser diferente de adoptarse uno u otro de los modelos de matrimonio y familia aquí propuestos, uno u otro de los tipos de relación padres-hijos presentada, o bien el sistema de adopción que se acoja, o, si se acepta o no, la procreación médicamente asistida. Me complace comprobar que las quince Ponencias nacionales que he recibido pertenecen a todos los continentes, como puede comprobarse en la siguiente lista alfabética: Alemania, Australia, Austria, Escocia, España, Estados Unidos, Grecia, Holanda, Italia, Japón, Nueva Zelanda, Quebec, Sudáfrica, Suiza y Venezuela. A excepción de los países islámicos, constato que están aquí representados todos los sistemas jurídicos significativos. Agradezco profundamente las aportaciones que han hecho todos los ponentes, y me excuso de antemano por no haber logrado dar cuenta de toda la riqueza en ellas contenida. Pero resulta evidente que el Ponente general no puede realizar un inventario puntual y exacto de la totalidad de Ponencias nacionales, sino que su misión consiste, más bien, en describir sus grandes líneas y los puntos de convergencia y divergencia que pueden darse entre las distintas legislaciones. Hay que reconocer, por otro lado, que el tema enunciado resultaba demasiado amplio. Después de esta breve, pero necesaria introducción, abordo directamente la materia.

1. INTRODUCCIÓN

Por orden alfabético y, a veces con algún retraso respecto a las fechas preestablecidas, he recibido las Ponencias nacionales cuyos autores se indican en notas a pie de página: Alemania⁶⁶⁷, Australia⁶⁶⁸, Aus-

667 Prof. Dr. Michel COESTER *Nacional Report: Germany* (München).

668 Prof. Dr. Klaus Z. ZIEGERT *Australian Families and their Law* (Sydney).

tria⁶⁶⁹, Escocia⁶⁷⁰, España⁶⁷¹, Estados Unidos⁶⁷², Grecia⁶⁷³, Holanda⁶⁷⁴, Italia⁶⁷⁵, Japón⁶⁷⁶, Nueva Zelanda⁶⁷⁷, Quebec⁶⁷⁸, Sudáfrica⁶⁷⁹, Suiza⁶⁸⁰ y Venezuela⁶⁸¹. Cuantitativamente el número de Ponencias nacionales parece haber disminuido con relación a temas similares en otros Congresos internacionales de Derecho Comparado⁶⁸². Con todo ya he dicho que ahora están representados todos los continentes aunque con mayoría de países occidentales pertenecientes al sistema del *Civil Law*. Ciertamente la representación de los países del *Common Law* es reducida aunque, en todo caso, significativa (Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda). Están ausentes los países escandinavos los cuales, entre los europeos, han sido pioneros para legalizar las uniones de he-

669 Prof. Dr^a Bea VERSCHRAEGEN (Wien).

670 Prof^a Dr^a Lilian EDWARDS (Edimburgh).

671 Prof. Dr. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Una aproximación de Derecho español* (Zaragoza).

672 Part I, Prof. Dr. Harry D. KRAUSE, *Marriage Mutates into modern modes: musing on formal, semi-formal and informal relationship of heterosexual and same-sex partners* (Illinois). Y Part II, Prof. Dr. David D. MEYER, *The bonds and bounds of childrearing* (Illinois).

673 Prof. Dr^a Pénélope AGALLOPOULOU, *Les différents types de familles contemporaines selon le Droit héllénique* (Pyrée).

674 Remitidas sucesivamente en forma parcial: Prof. Dr Masha ANTOKOLSKAIA, *The recent developpement in Ducht filiation, adoptions and joint custody law*. Posteriormente: Prof. Dr. Masha ANTOKOLSKAIA y Prof. Dr^a Katharina BOELE-WOELKI, *Ducht family law in the 21é century: trend-setting and stragglng behind at the same time*.

675 Prof. Dr^a Gabriella AUTORINO STANZIONE, *Autonomia privata e rapporti familiari tra situazioni giuridiche e situazione di fatto* (Salerno).

676 Prof. Dr. Satoshi MINAMIKATA (Niigata).

677 Prof. Dr^a Victoria GRAINER (Wellington).

678 Prof. Dr. Benoît MOORE *Rapport québécois* (Montréal).

679 Prof. Dr. Chuma HIMONGA (Cape Town), y Prof. Dr. Angelo PANTAZIS (Johanesburg).

680 Prof. Drs. Andrey LEUBA, Philippe MEIER y Suzette SANDOZ (Neuchâtel et Lausanne).

681 Prof. Dr^a Heydee BARRIOS, *¿Cúal familia para el siglo XXI?* (Caracas).

682 Así en el Congreso de Teherán (1974) recibí en calidad de Ponente general una veintena de ponencias sobre el tema "Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio".

cho homo- u heterosexuales. Sensible es también la ausencia de Francia que por Ley de noviembre de 1999 ha aprobado el PACS, novedosa y original que constituye una relación de hecho que se añade, por un lado, al institucional *matrimonio civil republicano y laico* del Código de Napoleón, y, por otro, al tradicional *concubinage* regulado hasta ahora por la jurisprudencia y que dicha ley ha incluido en el Código civil. Tampoco he recibido ninguna ponencia de los antiguos Países del Este Europeo, actualmente en fase de elaboración de nuevas leyes sobre el Derecho de Familia. Tampoco están presentes los países cuya legislación familiar se inspira en el Corán⁶⁸³.

Dejando a salvo lo anterior he de reconocer que para redactar la Ponencia general dispongo de un material comparativo que, a simple vista, posee un extraordinario valor, ya que, junto a la postura que puede calificarse de tradicional, en no pocos países se está frente a una nueva realidad social que requiere una nueva regulación positiva; asimismo hay países no occidentales que han conservado hasta ahora sus instituciones familiares propias pero que también deben afrontar, de una u otra forma, las nuevas realidades del grupo anterior; sin olvidar a quienes han salido de un régimen de *apartheid* y afrontan el desafío de legislar para todos en libertad; sin olvidar, a algunos países de la *Common Law* que, parece, disponen de mayores facilidades instrumentales para actualizar su derecho familiar.

En cuanto a la metodología, observo que no siempre se ha observado por los ponentes nacionales el consejo de seguir el orden de cuestiones fijado en el cuestionario que les remití inicialmente; así lo han hecho aproximadamente la mitad de ponentes; algunos de éstos han elegido cuestiones concretas para profundizar ciertos puntos o aspectos, lo cual si no carece de interés científico, hace correr el riesgo de perderse en aspectos colaterales. En resumen, cabe decir a título gene-

683 En 1992 mi país ha firmado un Acuerdo con la Comisión Islámica de España, reconociendo efectos civiles al matrimonio celebrado según el rito musulmán, a condición de cumplir los requisitos de inscripción en el Registro Civil y respetar el principio monogámico (Acuerdos similares los ha firmado España con las Confesiones protestantes y judía).

ral que las cuestiones aquí tratadas pueden condicionar o caracterizar la evolución del Derecho de familia en muchas partes del mundo a lo largo del siglo XXI, y para encontrar una adecuada solución puede coadyuvar modestamente el método comparativo aquí empleado.

2. LA NUEVA ACTITUD RESPECTO A LA COHABITACIÓN FUERA DEL MATRIMONIO

Constituye casi una banalidad afirmar que el fenómeno de la cohabitación al margen del matrimonio no pertenece exclusivamente a nuestra época, y que, por tanto, no es la primera vez que se intenta encontrar soluciones jurídicas. Esta vida en común de un hombre y una mujer es tan antigua que ya el Derecho Romano había conocido varios modelos de unión sexual; así, entre otros, el *iustum coniugium* y el *concubinatus*, habiendo variado a lo largo de las épocas las relaciones que ambos modelos han mantenido (a veces se prohibía el concubinato, a veces se le toleraba, a veces se le favorecía). El punto de vista del legislador y de los tribunales ha variado a lo largo de los siglos, así como la valoración social de este fenómeno. En efecto, se ha pasado de perseguir penalmente a las personas que vivían irregularmente desde el punto de vista matrimonial, a otra actitud de ignorancia⁶⁸⁴, hasta llegar a los tiempos recientes en los que hay países cuya tasa de uniones libres crece constantemente, dando origen a demandas —favorecidas por fuertes grupos de presión, y también a una opinión pública favorable— que exigen para estas uniones un tratamiento legal equivalente al de los casados, o, al menos, cierto reconocimiento oficial de las mismas con efectos de derecho civil, social o fiscal. El fenómeno se ha intensificado al final del siglo XX, habiendo recaído diferentes respuestas legislativas o jurisprudenciales. Todas las ponencias se hacen eco de este fenómeno pudiéndose exponer el panorama que a continuación se indica.

En un pasado no muy lejano se encontraba en las legislaciones un punto de partida común, incluso a nivel constitucional, en relación con

684 Se recuerda la opinión más bien despectiva de Napoleón al tiempo de redactar el *Code civil*: *Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*.

la posición preferente concedida por la ley al matrimonio, lo que se presentaba de modo casi unánime (Venezuela constituye, a este respecto, la única excepción). Pero últimamente varios países han promulgado leyes relativas a las uniones de hecho, o bien se disponen a hacerlo, alterando aquella primacía al equipararlas al matrimonio legal.

Actualmente si falta un régimen legal, la doctrina y los tribunales se esfuerzan por encontrar un fundamento jurídico a esas uniones, ya sea en los mismos principios constitucionales, o, al menos, en la naturaleza misma de la unión libre. A la vista de estas tendencias más significativas parece conveniente hacer un balance, para lo cual puede servirnos la ponencia de los Estados Unidos en el que se nos propone, a modo de síntesis, un concreto cuestionario: Si parece claro que en todos los casos ha sido el matrimonio el modelo que se ha adoptado para regular la unión de hecho, cabe preguntarse: ¿qué requisitos matrimoniales van a exigirse a las uniones de hecho para producir efectos? ¿A qué reglas deberán someterse los cohabitantes? ¿cuales serán los límites de la autonomía de la voluntad de éstos para establecer su régimen? Si, finalmente, la ley, o los tribunales en los países de la *Common Law*, reconocen a la unión de hecho exactamente los mismos efectos que al matrimonio ¿se mantendrán, sin embargo, entre ambos, diferencias de régimen? O, por el contrario ¿se unificará el régimen de cada institución? O, más bien, ¿se decidirá mantener un trato preferente legal, ya sea para el matrimonio, ya sea para la unión de hecho? En cuanto a la denominaciones respectivas, ¿se conservará la tradicional de *matrimonio*, o este término desaparecerá de la terminología legal en aras de la denominada *privatización del derecho de familia*? Fácil es de observar que la ponencia norteamericana pone el énfasis más en plantear preguntas que en ofrecer respuestas, lo cual se debe probablemente a la problematización que el tema tiene actualmente en su país.

3. LA DEFINICIÓN DEL MATRIMONIO

Resulta excepcional que los Códigos civiles en vigor definan el matrimonio. Este es el caso de Austria cuyo § 44 del AllBGB establece que el matrimonio es *el contrato entre dos personas de sexo diferente, que declaran*

querer vivir juntos, procrear hijos y asumir las responsabilidades en relación con los hijos comunes, y, por último, ayudarse mutuamente sobre la base de la reciprocidad. Pese al indicado silencio, es lo cierto que en la mayoría de los países occidentales se ha heredado la concepción canónica del matrimonio después de haber sufrido un proceso de secularización a partir de la Revolución Francesa. Los rasgos de esta concepción son los siguientes: el matrimonio es unión para toda la vida (*for lifetime*⁶⁸⁵), que se forma por la libre decisión de los cónyuges, se basa en la monogamia, requiriéndose la heterosexualidad y el carácter solemne del acto que debe inscribirse en el Registro del Estado Civil⁶⁸⁶; en algunos Estados se acepta también que

685 Muy conocida es la concepción del matrimonio sustentada por el Lord Penzance en *Heide v. Heide* (1866): *Marriage as understood in Christendom may be defined as the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others.*

686 Para Alemania dice COESTER (ponencia cit., p. 6 y sgte): *Although German law uses the term marriage in various contexts, it does define it. The meaning of marriage seemed obvious to the legislature still in 1949 when the Constitution was enacted. In construing the Constitution however, the Constitutional Court has developed a more precise definition, which indicates the core elements of a legal marriage: Marriage is the all embracing union of one man and one women, intended to last for lifetime, based on the free consensus of both partners, declared in a formal act of marriage formation. Intended to interpret art. 6.1 of the Constitution, this definition is equally valid for all others areas of law, notwithstanding some differences in detail. Thus the core elements of legal marriage may be summarized as follows. The marriage is monogamous, heterosexual, based on the free will of the partners, concluded for lifetime in the presence of a state registrar. The elements reflect —as the Constitutional Courts has put it— the secularised concept of the cristian european tradition.*

En cuanto al Canadá Francés, recuerda MOORE (ponencia cit. 18 y sgtes):

Dans le Code Civil tant le terme époux que celui de conjoint réfèrent uniquement à ceux qui sont mariés. Sous réserve des rares exceptions, les dispositions du C.c. se limitent donc au couple légitime; le nom de concubin n'apparaît donc ni sur l'acte de décès, ni sur le certificat d'état civil de la personne; enfin, le droit successoral ne reconnaît pas le conjoint de fait qui ne figure ainsi pas dans la succession abintestat du défunt. Le C.c. du Quebec donne au mariage une signification bien précise; dans une première temps, malgré une laïcisation significative du mariage, celui-ci reste fondamentalement empreint d'une gravité religieuse; ainsi le mariage demeure un contrat à perpétuité, et le législateur marque clairement, même dans la loi sur le divorce, sa préférence à ce que les conjoints restent unis. Ce mariage est basé encore, aux termes de l'art. 392 C.c.Q. sur une obligation de fidélité qui, semblant être une obligation de loyauté exarcebé, est unique en droit et semble aujourd'hui de plus en plus orpheline; enfin, il demere interdit aux couples du même sexe et est soumis à un cérémonial empreintant significativement à la liturgie du

la ceremonia pueda desarrollarse válidamente ante un ministro religioso (países escandinavos, Inglaterra, Grecia), y, a veces, se reconocen efectos civiles, bajo ciertos requisitos, a las sentencias de nulidad pronunciadas por los Tribunales canónicos (Italia, España, Portugal, Eslovenia, Polonia, Lituania, Colombia). En el Japón⁶⁸⁷, que no ha recibido la tradición occidental del matrimonio, ninguna ley define este último, si bien la doctrina considera que, con base en el art. 24 de la Constitución, la unión homosexual no puede ser protegida como unión conyugal; en cuanto a la mera unión de hecho heterosexual, se considera que podría ser protegida jurídicamente a título de promesa de matrimonio.

4. LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES

El art. 77 de la Constitución venezolana de 1999 describe el matrimonio como la unión celebrada entre un hombre y una mujer, basada en el libre consentimiento y en la absoluta igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Simultáneamente aquel precepto declara que las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer, conforme a los requisitos establecidos por la ley producen los mismos efectos que el matrimonio. En este país, por tanto, se produce constitucionalmente una igualdad legal de efectos entre el matrimonio y la unión de hecho, bajo determinados requisitos⁶⁸⁸. El C.c. de Venezuela no define el matrimonio (aunque su art. 44 se refiere a alguna de sus notas como a la monogamia y a la heterosexualidad); la doctrina dice que el matrimonio es una comunidad de vida, protegida por la ley que han establecido un hombre y una mujer por mutuo acuerdo, y a perpetuidad. En cuanto a la unión de hecho o concubinato, tampoco es objeto de una definición, por lo cual en la ponencia se propone una definición al objeto de poder

mariage; ces symboles continuent à donner au mariage une dimension méta-juridique, sacralisant, qui lui est indissolublement lié.

687 En este país el matrimonio no es un acto solemne que deba celebrarse ante una autoridad pública. El art. 739 del C.c. exige únicamente para la validez de aquél la inscripción en el Registro civil, solicitada verbalmente o por escrito por los cónyuges y en presencia de dos testigos mayores de edad.

688 Así Haydee BARRIOS, ponencia cit., p. 9 y sgtes.

aplicar el art. 77 de la Constitución. Por otro lado, el país es resueltamente opuesto a la legalización de las uniones homosexuales⁶⁸⁹. A juicio de este Ponente general, el caso de este país hispanoamericano no es único, pero constituye una singularidad, y no parece corresponder a los fenómenos ideológicos y sociales producidos en Europa y otros lugares, en el último decenio, de que hablaré a continuación.

5. ¿HACIA EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA UNIÓN DE HECHO?

El movimiento que pretende el reconocimiento legal de las uniones de hecho, y, más concretamente, de la unión homosexual, se presenta en casi todas partes, pero no siempre en todos los países con igual intensidad, por lo cual sus resultados también difieren. Cabe estimar que el primer paso se produce con ocasión de la primera revolución en el Derecho de familia al finalizar la Segunda Guerra mundial. Al aceptar el principio de no discriminación de los hijos en razón a su origen⁶⁹⁰, la preferencia general concedida por la ley al matrimonio como institución-base de la sociedad parece, de algún modo, amenazada. En adelante la realidad social va a ofrecer, casi en todos los países, un continuo crecimiento del número de nacimientos extramatrimoniales y, consiguientemente, de uniones de hecho (pese a las dificultades para disponer de estadísticas fiables a este respecto⁶⁹¹).

689 En cuanto a las relaciones entre el matrimonio y las uniones de hecho, que podrían desembocar en la absorción de uno por el otro, en la ponencia se nos dice que matrimonio y unión libre responden a distinta realidad social, económica y religiosa, por lo cual ambas modalidades de unión sexual legalizada pueden subsistir, si bien el matrimonio será preferido por quienes disfrutan de cierta posición económica.

690 Vide a este respecto mi Ponencia general al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, *Situation juridique des enfants nés hors mariage* (Teherán, 1974), en VVAA, *Rapports généraux* (Bruselles 1977) p. 327 y sgtes.

691 Las distintas ponencias nacionales ofrecen abundantes datos sociológicos a este respecto:

En cuanto a Australia (ZIEGERT, ponencia cit., p. 13 y sgtes) nos dice que la historia colonial de este país es diferente de la experiencia norteamericana y se parece más a la canadiense. Por razón de la composición de sus familias la sociedad australiana es verdadera-

Resumo a continuación los distintos puntos de vista que se mantienen por parte de la legislación y de la jurisprudencia.

En Austria⁶⁹² existe cierto reconocimiento legal de las uniones de hecho, aunque no en el marco del Derecho civil en sentido estricto. La

mente una sociedad multicultural. El número de hogares (*households*) se incrementa constantemente, y así en los 90 últimos años la población se ha multiplicado por 1,6% y el número de hogares por 2,4%. En la actualidad el 98% de la población vive en familia (es decir, 16,8 millones de personas). Sin embargo, el número de personas por hogar se reduce constantemente (4,5 en 1911 y 2,6 en 1999). Lo propio ocurre con el número de matrimonios (7 por 1000 en 1901, 12 en 1942 y 6 en 1999). Las uniones de hecho se incrementan (8,5% de *households* en 1992, y 9,1 en 1999). También crece el porcentaje de divorcios: 0,1 por 1000 matrimonios en 1901, 0,8% durante el periodo 1961-1970, lo que suponía cierta estabilización con tendencia decreciente, 4,5 por 1000 en 1976, después de la ley de familia de 1975, y 2,8 por 1000 en 1998. Últimamente casi la tercera parte de los matrimonios termina en divorcio.

Moderados son los datos de Grecia suministrados por Pénélope AGALLOPOULOS (ponencia cit., p. 8), según la cual el porcentaje de las personas que viven juntas sin estar casadas es el más bajo de todos los miembros de la UE; así en ésta es el 7%, en Grecia sólo el 1%; en cuanto a las personas de menos de 30 años, la media europea es del 28% mientras que en Grecia lo es del 7%.

En Nueva Zelanda, Virginia GRAINER (ponencia cit.) nos dice que el porcentaje de matrimonios ha caído desde el 45,5% en 1971, al 15,6% 2000. El divorcio ha subido desde el 5,1% en 1971 hasta el 12,3% en 2000. En el periodo 1991-1996 el número de personas que viven juntas sin estar casadas se ha incrementado en el 41%. El número de adopciones se ha reducido: 3967 en 1971 y 540 en 1996.

En el Canadá MOORE (ponencia cit., p. 17) ofrece estadísticas muy sucintas; en 1996 el 14% de las parejas heterosexuales viven en unión de hecho, pero en el Quebec la tasa se eleva al 24%; en 1986, 10,8% de niños vivían con padres no casados frente al 74,8% que sí lo estaban, mientras que en 1996 los porcentajes respectivos son el 20,2% y el 63,6%. En 1996, el 52,8% de los niños de Quebec han nacido fuera de matrimonio, y se producen 48 divorcios para 100 matrimonios.

En España después de la Guerra civil 1936-1939, el porcentaje más alto de nacimientos fuera de matrimonio se produce en 1945 (38.709 que representan el 6,7% de nacimientos; cuantitativamente el número desciende progresivamente y así en 1970 hay sólo 8598 que representan el 1,33% del total de nacidos. Luego la tendencia cambia y en 1980 nacen 22.414 niños fuera de matrimonio, que representan el 3,93%; en 1986, 35.129 (8,01%). El número total de nacimientos también ha descendido progresivamente: en 1976, 677.456; en 1980, 571.018; en 1985: 456.298; en 1988: 415.844. La tasa de fertilidad se encuentra entre las más reducidas de la UNE.

692 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 2.

unión libre o el concubinato carecen de cualquier efecto comparable con el matrimonio pues los sujetos carecen siempre de la voluntad de casarse; no hay pensiones alimenticias, ni durante la unión ni después de su disolución, ni división de bienes, ni derechos sucesorios. Sin embargo, según el derecho arrendaticio el conviviente supérstite tiene, bajo ciertos requisitos, el derecho de continuar en la casa del difunto; (*maintien dans les lieux*); en un proceso civil o penal el compañero no puede ser obligado a testificar contra el otro; una unión de hecho puede utilizar también la procreación asistida; finalmente, la mejora de la posición jurídica de los hijos ilegítimos refleja indirectamente el reconocimiento legal de las uniones de hecho. La ley no reconoce de ninguna manera a las uniones homosexuales, y en el momento de redactar la ponencia no hay ningún indicio de que el Gobierno piense cambiar esta posición, aunque —piensa la ponente—, se detecta en Europa una presión política para trabajar en esta dirección, lo que, a largo plazo, podría influir en Austria.

En Derecho escocés se nos dice en resumen⁶⁹³ que el modelo paradigmático es el matrimonio frente a cualquier otra relación afectiva o sexual entre adultos, incluso aunque el derecho reconozca también la relación padre-hijo fuera de matrimonio; precisamente este tipo de relación tiene un carácter permanente, por lo que constituye el punto central de la familia; esta nota característica suele faltar habitualmente en las meras uniones sexuales entre adultos, por más que el número de estas últimas se haya multiplicado últimamente.

En España, el art. 32 de la Constitución declara el derecho que todo hombre y mujer tienen de contraer matrimonio con igualdad de derechos y obligaciones. El art. 39 declara asimismo que los poderes públicos tienen el deber de proteger jurídica, social y económicamente a la familia, aunque no ofrece una definición de esta última; dicho artículo establece además el deber de proteger integralmente a los hijos, así como a sus madres, con independencia de su filiación; por último, se ordena que la ley facilite la investigación de la paternidad. El Tribunal Constitucional

693 Lilian EDWARDS ponencia, cit.

ha declarado que la palabra *familia* significa algo más amplio que la familia legítima, pero se ha negado a aplicar el principio constitucional de igualdad en cuanto a los efectos de la unión de hecho en relación con el matrimonio porque se trata de cosas diferentes en la realidad social; en consecuencia, y de modo reiterado, ha denegado pensión de viudedad a la mujer que ha cohabitado de hecho sin estar casada; sin embargo, le ha reconocido el derecho a continuar el contrato de arrendamiento de vivienda de que era titular su compañero. El legislador civil, penal y social han equiparado ambas situaciones en otros casos (por ej. en la capacidad para adoptar o para testificar, en la situación penitenciaria, en el derecho de asilo, etc.). La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, desde hace una docena de años aproximadamente, ha elaborado una doctrina general según la cual a las relaciones patrimoniales entre cohabitantes no se les aplica, en principio, el régimen económico del matrimonio; pero en razón a las circunstancias concurrentes podrá declararse existente una voluntad implícita de establecer una comunidad ordinaria o una sociedad civil, lo que dará origen a su liquidación en caso de ruptura. También aceptan los Tribunales una reclamación basada en el enriquecimiento injusto de un cohabitante frente al otro (por ej. la mujer que ha permanecido en el hogar encargándose de los hijos comunes, o que ha desempeñado las funciones de secretaria del varón sin remuneración mientras ha durado la unión, etc.). Hay que mencionar aquí el Derecho civil de determinadas Comunidades Autónomas, a que luego me referiré, y que han promulgado normas sobre uniones de hecho, incluso de carácter homosexual, con —aparente— invasión de las facultades constitucionales del Estado en materia de matrimonio (art. 149.1.8 CE)⁶⁹⁴.

694 Se trata de la Ley catalana de 15 julio 1998 sobre uniones estables, la Ley de 20 marzo 1999 de Aragón sobre parejas estables no casadas, la Ley de 3 julio de 2000 de Navarra para la igualdad jurídica de las uniones estables, la Ley de 6 abril de 2001 de la Comunidad Valenciana sobre la regulación de las uniones de hecho, la Ley de 19 diciembre 2001 de la Comunidad de Madrid sobre uniones de hecho y la Ley de igual fecha de parejas estables de las Islas Baleares. El contenido de esta legislación es sumamente variado y hay dudas serias sobre su constitucionalidad (el Gobierno ha introducido recurso sobre algunas de ellas). Celebrado el Congreso de Brisbane, otras leyes han sido promulgadas con idénticas características. Pero es probable que el panorama legislativo a nivel estatal cambie con el nuevo Gobierno socialista después de las elecciones del 2004.

En los Estados Unidos⁶⁹⁵ se está suscitándose un fuerte debate para legalizar *the gay marriage* con pintorescos y recientes episodios que han trascendido a los medios de comunicación; no se olvide que todavía una cuarta parte de Estados norteamericanos penaliza estos comportamientos. La Ley federal reconoce únicamente el matrimonio heterosexual, norma que se reproduce en ciertos número de Estados, en cambio, los Estados de Vermont y Hawai han hecho constar en sus constituciones la paridad de efectos entre el matrimonio y las uniones de hecho, tanto hétero- como homosexuales, regla que están aplicando también los tribunales de otros Estados, por lo que puede concluirse que la cuestión sigue abierta.

En cuanto a Grecia⁶⁹⁶, la ponencia correspondiente nos dice que la familia natural es la familia basada en la unión libre, y según el derecho griego la unión libre es una situación de hecho que ni está autorizada ni prohibida, aunque a veces todavía se la considera que infringe las buenas costumbres. El art. 1444 del Cod. Civil viene, sin embargo a penalizarla al disponer que “el derecho a la pensión alimenticia cesa si el beneficiario vuelve a contraer matrimonio o si vive de modo permanente con otra persona en unión libre”. No hay otras disposiciones aplicables y tanto la doctrina como la jurisprudencia se esfuerzan por rellenar las lagunas. Parte de la doctrina sostiene la aplicación analógica a la unión libre de las disposiciones referentes al matrimonio (así la vida en común y las decisiones que afectan a esta forma de vida, contribución a las cargas de la familia, vivienda familiar, reparto del mobiliario, participación en las ganancias, pensión después de la ruptura, régimen de la procreación asistida, etc.); también se encuentran resoluciones judiciales en la misma dirección: por ej. admisión de un contrato de trabajo entre los concubinos o posibilidad de ejercer la acción de enriquecimiento sin causa, posibilidad de establecer una sociedad entre los concubinos o admisión de una sociedad de hecho, posibilidad de dejar en testamento al otro concubino una parte de los bienes que no perjudique la legítima de los parientes próximos. Las

695 KRAUSE, ponencia, cit., p. 12.

696 Pénélope AGALLOPOULO, ponencia, cit., p. 8 y sgtes.

reglas sobre la vivienda familiar se aplican por analogía, pero en caso de muerte por accidente de uno de los concubinos, el superviviente carece de acción para reclamar una indemnización de daños y perjuicios, o una suma por los gastos de hospitalización o por las exequias; sin embargo cabe accionar por el *pretium doloris*. La madre que reconoce a un hijo nacido fuera de matrimonio le transmite su apellido, asumiendo el mantenimiento del menor.

Por lo que se refiere a Italia⁶⁹⁷, y en ausencia de un régimen legal, la doctrina se esfuerza por apoyarse en los arts. 2, 29 y sgtes de la Constitución de 1947; es verdad que el art. 29 otorga protección preferente a la familia basada en el matrimonio⁶⁹⁸. Pero se recuerda que el art. 2 hace referencia al individuo que se encuentra en las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad; precisamente se identifica una de tales formaciones como la familia de hecho. Por esta vía se aproxima la familia de hecho a la familia legítima, pudiendo aquélla lícitamente regularse mediante los *accordi di convivenza* (acuerdos de convivencia), tanto en sus relaciones personales como patrimoniales. Se invocan asimismo los precedentes comparativos, tales como la Ley belga de 23 noviembre 1998, la ley catalana de 15 julio 1998 y la ley francesa de 15 noviembre 1999, que han oficializado estos acuerdos de vida en común. Se cita en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 mayo 1998, y la de 8 junio 1993 del Tribunal de Casación; según esta última la *convivenza more uxorio* entre un hombre y una mujer, en estado libre, no engloba una causa ilícita que suponga la nulidad del

697 Quiero destacar la magnífica y completa ponencia presentada por la Profesora Gabriela AUTORINO STANZIONE, cuyo significativo título es el siguiente: *Autonomía privada y relaciones familiares entre las situaciones jurídicas y las situaciones de hecho*. Con inspiración en las ideas del Profesor PERLINGIERI sobre el Derecho constitucional de la familia, la autora intenta fundamentar la posibilidad de crear en derecho italiano un régimen de la familia de hecho utilizando los acuerdos sobre la vida común, al tiempo que analiza los obstáculos legales que a ello se oponen.

698 Este art. 29 figura a la cabeza del Título II que habla de las relaciones ético-sociales, y cuyo texto dice lo siguiente: *La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regula sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.*

contrato que atribuya derechos patrimoniales de uno a favor del otro, por el mero hecho de que tal contrato aparezca vinculado a tal relación, ya que tal vida en común no es ilícita ni contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

En cuanto a Quebec la ponencia⁶⁹⁹ da cuenta de algunas incoherencias y paradojas que presenta su sistema jurídico. De una parte existe una ignorancia legislativa de los concubinos, aunque ello no es universal; así las diferentes leyes sociales y fiscales, tanto provinciales como federales, impulsadas por resoluciones judiciales que han invalidado disposiciones que limitan las ventajas sociales exclusivamente a los casados, otorgan ahora a los cónyuges de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, los mismos derechos y ventajas que a las parejas casadas. Pero aquí se detiene el reconocimiento del concubinato en el derecho del Quebec, concluye MOORE. Esta no intervención del legislador puede estar justificada, y en cierto momento ha sido motivado, por una concepción moral de la familia; pero hoy ello parece más bien deber explicarse por una libre elección que han adoptado los cohabitantes de no casarse. Según esta justificación los consortes de hecho que rehusan el matrimonio lo hacen precisamente con la finalidad de no someterse al régimen matrimonial primario de orden público que prevé el C.c. Si esto es cierto, el legislador no debe intervenir en el concubinato para preservar este último reducto de la libertad contractual. Pero esta justificación de la no-reglamentación del concubinato y, por tanto, de la ausencia de protección de los cónyuges de hecho, debe ser relativizado. En cierto momento no era seguro que los concubinos rehusasen el matrimonio para no quedar sujetos a una reglamentación de orden público. Más bien al contrario parecía que la mayoría de ellos consideraba que al cabo de algún tiempo serían considerados por la ley como cónyuges casados. Esta creencia es tanto más grave en cuanto que crea un sentimiento de falsa seguridad que incita a los concubinos a no otorgar contratos de vida en común. Por otra parte, los cohabitantes homosexuales no pueden optar por realizar una unión *legítima*. Pero al menos las parejas de hecho pueden paliar la ausencia de una reglamentación en su respecto a través de la contractualización de

699 MOORE, ponencia, cit., p. 19 y sptes.

su relación y de los efectos de una eventual separación. Este contrato de vida en común, al no ser un contrato de capitulaciones, no está sometido a las formalidades de este último; se trata meramente de un contrato in-nominado cuyo contenido sólo está limitado por el orden público; por ej. las partes pueden incluir un sostén alimenticio recíproco, la adopción de las reglas del patrimonio familiar o incluso las del régimen matrimonial legal. Pero parece que estos contratos no son frecuentes; los concubinos creen erróneamente que están sujetos a un régimen matrimonial por lo cual resulta inútil formalizar tal contrato. Una primera solución de carácter mínimo podría ser ofrecer una mejor información y publicidad de la importancia práctica de celebrar esta clase de contratos. Paralelamente el ponente propone la creación de un régimen mínimo aplicable tanto a las parejas homosexuales como heterosexuales y que comprenda tres instituciones: la residencia familiar en el caso de que la pareja viva con un hijo común, el régimen de protección recíproca, y el soporte alimenticio. Finalmente propone la creación de un nuevo estado civil que reconozca oficialmente la existencia de estas parejas no casadas⁷⁰⁰.

Situación similar, en parte, es la existente en Suiza⁷⁰¹. Se está asistiendo en este país a una evolución de la sociedad en este punto. Por un lado, y debido a motivos múltiples, hay parejas heterosexuales que no quieren ser incluidas en el mundo matrimonial, aunque reivindicán, con todo, el reconocimiento de lo *serio* de su compromiso recíproco y desearían beneficiarse del mismo derecho privado que las parejas casadas en la medida en que éstas disfrutan de una protección de dicha naturaleza (por ej. vivienda, sucesiones ...) y público (por ej. fiscalidad, seguros sociales, agrupamiento familiar ...). Por otra parte hay parejas del mismo sexo que desean ver reconocida tanto su homosexualidad como su deseo de vivir en pareja *como personas casadas*, y, por tanto, a recibir una protección de su vida de pareja. Pero, al tiempo de redactarse la ponencia, el derecho suizo no reconocía expresamente a las pa-

700 El ponente nacional es consciente de que la aceptación de su propuesta podría significar el abandono por el legislador de la institución matrimonial misma (ponencia, cit., p. 28).

701 LEUBA-MAYER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 23 y sgts.

rejas no casadas de sexo diferente. Con todo la jurisprudencia consagra cierta *oficialización* de este modo de vida. En verdad, la terminología que permite designar a la cohabitación de dos personas no casadas varía considerablemente, según sea, especialmente, la intensidad y la duración de las relaciones, e, incluso, el sexo de los compañeros. Por el contrario, en Suiza no se ha extendido todavía la noción de concubinato a la cohabitación duradera entre dos personas del mismo sexo. Se hablará en este caso de *partenariat*, o de *partenariat homosexuel*. Sin embargo está sometido a consulta un anteproyecto de ley sobre el partenariado registrado que se reservaría exclusivamente a las parejas del mismo sexo. Los ponentes son de la opinión de que esta nueva figura, cuyos preceptos se han imitado textualmente del derecho matrimonial, dará origen a una gran discusión⁷⁰².

702 Ponencia, cit., p. 25. Los autores de ésta ofrecen una minuciosa información sobre los pasos que han conducido a este anteproyecto:

“Se abre paso, también en Suiza, la tendencia a encontrar una solución jurídica para las parejas del mismo sexo. La cuestión se ha convertido especialmente *sensible* a partir de 1995. En efecto, el 9 de enero de este año se presentó una petición a nivel federal por un Comité denominado *Les mêmes droits pour les couples de même sexe*. Avalada por más de 85.000 firmas, esta petición tenía el texto siguiente: *Los abajo firmantes invitan a la Asamblea Federal a suprimir la discriminación jurídica de que son objeto las parejas del mismo sexo. Las parejas del mismo sexo que constituyen una relación duradera deben poder obtener al fin los mismos derechos que se confieren a las parejas heterosexuales mediante el matrimonio. En particular el derecho de estancia para el compañero extranjero, y la igualdad de trato en relación con el cónyuge deben garantizarse en caso de enfermedad o fallecimiento*. Pero el 6 de septiembre de 1995 se depositaba también en la Cancillería Federal, otra petición firmada por más de 88.000 personas oponiéndose a la petición anterior en los siguientes términos: *Capítulo 1º. Por la presente los abajo firmantes solicitan al Consejo Federal y a la Asamblea Federal no ceder a los cantos de sirena de una pequeña minoría que exige un estatuto de igualdad entre las parejas homo- y heterosexuales. Capítulo 2º. Las células base de la sociedad, que son la pareja natural y la familia, merecen nuestra atención más grande y deben ser promovidos los valores que ellos representan*. El mecanismo parlamentario se ha puesto así en movimiento y después de cierto número de proposiciones por parte de ambas Cámaras, basadas en las demandas anteriormente expuestas, el Consejo Federal ordenó a la Oficina Federal de la Justicia que preparara una ponencia proponiendo diversas soluciones, la cual se presentó en junio de 1999 y ha sido sometida a una muy amplia consulta popular.

La ponencia proponía elegir entre cinco modelos diferentes, a saber: 1) Algunas intervenciones puntuales en las leyes, como por ej. en materia de estancia y estable-

cimiento, o en las sucesiones (Código civil), o en los Seguros Sociales. 2. Un contrato de partenariatado de naturaleza puramente contractual sin efectos para terceros. 3. Un partenariatado registrado con efectos relativamente autónomos inspirado en el derecho matrimonial. 4. Un partenariatado registrado con efectos parecidos a los del matrimonio. Y 5. Un matrimonio bis. Después de un procedimiento de consulta que ha durado más de seis meses, parece que tiene la preferencia el partenariatado registrado, pero vacilando entre las variantes 3 y 4.

La Facultad de Derecho de Lausanne ha reaccionado ante este movimiento. A iniciativa de dos Asistentes del Prof. Dutoit, Profesor de Derecho civil comparado y de Derecho internacional privado, D^a Florence Guillaune y Don Raphaël Arn, se ha organizado el Coloquio de Lausanne de 23 febrero del 2000 cuyas Actas han sido publicadas. En las Actas se estudian dos modelos de partenariatado homosexual, uno constituye un *matrimonio bis*, reservado exclusivamente a los homosexuales, excluyendo la adopción y eliminando el apellido de familia de tales *cónyuges*. Fuera de estos dos puntos ninguna otra adaptación particular sería necesaria salvo, eventualmente, una adaptación de la Constitución Federal. El otro modelo sería un contrato de partenariatado estable, de naturaleza estrictamente privado aunque con posibilidad de producir efectos de derecho público si los compañeros lo declaran a la autoridad competente designada por los Cantones. Este efecto de derecho público no sería una condición de validez del contrato sino más bien una libertad de opción dejada a los cocontratantes, aunque libertad limitada en la medida en que esa declaración dirigida a una autoridad tendría consecuencias para todo el derecho público y no exclusivamente para aquellos efectos de derecho público elegidos por los compañeros (así no habría posibilidad de declarar no someterse a los seguros sociales y sí a los requisitos fiscales). Las dos variantes contempladas en el Coloquio implicarían muy probablemente vías diferentes. La primera, o sea el matrimonio bis, exigiría probablemente una revisión constitucional previa. En efecto, si se quiere introducir un matrimonio bis reservado a los homosexuales, sería preciso que el art. 14 de la Constitución relativo al matrimonio comprendiera tanto las parejas de distinto como del mismo sexo. La ventaja de este procedimiento sería que se sometería de oficio, mediante un referéndum obligatorio, abriéndose así un debate público indispensable para tal revolución; además la novedad no se incluiría en el orden público suizo sino después de obtener la doble mayoría de ciudadanos y de cantones, lo que representa una protección de las minorías populares. Pero si la introducción del matrimonio bis operase, como algunos lo contemplan, sin modificación constitucional, ello significaría que la novedad legislativa no se sometería a debate público, a menos que 50.000 ciudadanos lo soliciten, por la vía del referéndum facultativo el cual, demás, sólo requiere la mayoría popular. La variante contractual se basa en una noción de familia que resulta ser imprecisa en el ordenamiento jurídico suizo. Como sólo se trataría de regular una forma de vida comunitaria, este contrato de partenariatado debería estar abierto tanto a las parejas del mismo sexo como de sexo diferente. En efecto, al no ser una institución análoga al matrimonio lo cual se reserva a personas de sexo diferente, este contrato sólo representaría un diverso modo de vida. En nombre del principio de no discriminación consagrado

En Holanda, por virtud de la Ley de 17 diciembre 1997 que entró en vigor el 1° enero 1998, dos personas cualquiera sea su sexo pueden hacer registrar su unión de hecho y obtener, por esta vía, efectos similares a los del matrimonio. Parece que entre los años 1998 y 2001, el número de parejas homosexuales registradas ha disminuido considerablemente, mientras que se incrementa el número de parejas heterosexuales que se acogen a aquélla, lo que se debe probablemente a la entrada en vigor a partir de 1° abril 2001 de la Ley que acepta el matrimonio homosexual⁷⁰³.

6. LAS ETAPAS SEGUIDAS NORMALMENTE PARA EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA UNIÓN LIBRE

Es muy conocido que, en Europa, los países escandinavos han sido los pioneros en la promulgación de leyes que han ido reconociendo, bajo

en el art. 8 de la Constitución Federal, debería ofrecerse a ambas categorías de parejas, y así se tendría a priori una solución perfectamente conforme con la Constitución. Naturalmente que como cualquier modificación legislativa este procedimiento se sometería a referéndum facultativo. En el momento actual, al redactarse la ponencia, el debate en el derecho suizo está totalmente abierto aunque el Departamento Federal de Justicia y Policía acaba de someter a consulta popular un anteproyecto de partenariado reservado a parejas del mismo sexo. En todo caso, cualquiera sea la solución adoptada, ello exigirá una adaptación del Derecho Internacional Privado, a la vista de la gran variedad de medidas adoptadas en el extranjero, o, incluso, de la ausencia de tales medidas. Se tratará de regular el reconocimiento y efectos en Suiza de una unión libre entre personas del mismo o diverso sexo celebrado en el extranjero, y al mismo tiempo evitar que si Suiza introduce tales contratos en su ordenamiento jurídico, no se vea inundado por aquellos que carecen de soluciones jurídicas en sus respectivos países.

703 Masha ANTOLOSKAIA y Katharina BOELE-WOELKI, ponencia, cit., p. 6 y sgtes. Dicen que la igualdad de efectos entre el matrimonio y las parejas de hecho registradas existe en cuanto a los requisitos sustanciales, formalidades, celebración, ceremonia, anulación y prueba. Pero no hay divorcio para la unión de hecho y el compañero de una unión de hecho no tiene relaciones jurídicas con los hijos que pueda tener el otro compañero. Después de 1° abril del 2001 las parejas holandesas (hétero- y homosexuales) pueden elegir entre las siguientes posibilidades legales: el matrimonio civil, la unión de hecho registrada o el contrato de cohabitación formalizado ante Notario y cuyos efectos son los convenidos. Los sociólogos hablan todavía de 1,4 millones de parejas que carecen de cualquier formalización jurídica.

diferentes denominaciones, a las uniones fuera de matrimonio, a lo largo del último decenio del siglo XX. Después de ellos Holanda lo ha hecho en dos tiempos, primero mediante una ley especial sobre el concubinato o partenariado (*partnership, partnescav*), y, a continuación, modificando la legislación matrimonial permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁰⁴. A continuación Francia ha aprobado, en medio de grandes discusiones, el denominado con abreviaturas PACS (o *pacto civil de solidaridad*), abierto a toda clase de parejas, sometido a estrictos requisitos de celebración —inspirado en los del matrimonio—, pero cuyos limitados efectos deben ser concertados expresamente en el momento de su celebración; queda en vigor el *concubinage*, cuya regulación se incorpora al C.c. al que la doctrina añade todavía la unión de hecho sin formalidades que anteriormente regulaba la jurisprudencia. Entre las Ponencia presentadas hay países en los que una ley regula directamente la unión libre, mientras que otras veces el reconocimiento se hace indirectamente al regular aspectos diversos del matrimonio. Pertenecen al primer grupo Alemania y Holanda, y Nueva Zelanda al segundo.

La Ley alemana de 16 febrero 2001 constituye buen ejemplo de una accidentada elaboración legislativa⁷⁰⁵. El debate parlamentario comenzó en 1998 y pronto se advirtió que el primer proyecto dedicado a regular en su integridad la *Lebenspartnerschaftsgesetz* carecía de posibilidades de ser aprobada por ambas Cámaras, por lo cual el Gobierno dividió el proyecto de ley en dos partes, lo que resultó un acierto pues el primero fue aprobado por el Parlamento mientras que el segundo fue rechazado por el Consejo Federal. La primera parte entró en vigor el 1º agosto 2001, habiendo rechazado el Tribunal Constitucional el recurso interpuesto por algunos *Länder* que solicitaban la suspensión de la Ley. Se ha comprobado que después del mes de agosto de 2001 muchas parejas homosexuales de otros países han entrado en Alemania (efecto temido en un caso similar, por ej. en Suiza). La Ley no permite que los

704 Sobre este punto puede verse la excelente Crónica de Caroline FORDER, *To marry or not to marry: That is the question*, en *The International Survey of Family Law*, 2001 Edition, p. 301 y sgtes.

705 COESTER, ponencia, cit., p. 8 y sgtes.

homosexuales contraigan matrimonio, pero esta figura de *partenariado inscrito* o *registrado* se regula siguiendo la línea de la institución matrimonial. Los compañeros de esta unión se encuentran en un mismo pie de igualdad en casi todos los aspectos de la ley (bienes comunes, alimentos, derechos de sucesión, apellidos, divorcio y sus consecuencias, estado público). Sin embargo, no pueden adoptar, y después del divorcio no pueden dividir el derecho a la pensión. Cuando se apruebe el segundo proyecto, desaparecerán las diferencias en materia fiscal y social. En resumen el ponente concluye⁷⁰⁶: *The registered partnership is designed not a small marriage, but as an equivalent alternative (aliud) to marriage for homosexuals, which are prevented from marriage. The two types of unions are separate, but (in principle) equal.* Adviértase que las restantes parejas que no se proponen el reconocimiento legal de su unión, tienen libertad para cohabitar sin someterse a ningún régimen, pues la libertad de opción se reconoce por el art. 2.1 de la Constitución de Bonn. Todos los artículos del Código penal que castigaban estas relaciones han sido suprimidas. La nueva ley no ha regulado, en general, la situación de quienes viven al margen de la ley, pese a que la Ley de la Seguridad Social prevé en su favor algunos efectos económicos. Por otra parte, los Tribunales alemanes conceden muchas veces ciertos beneficios en caso de ruptura de la unión de hecho, para evitar grandes injusticias, pero no para otorgar un estatuto jurídico a los cohabitantes. Por regla general no cabe aplicar por analogía las reglas del matrimonio o de la Ley del 2001 a estas meras situaciones de hecho; entre sí los cohabitantes de hecho son extraños uno para otro, a menos que hayan celebrado un contrato de cohabitación, lo que resulta más bien raro en la práctica.

En Nueva Zelanda⁷⁰⁷, aunque la familia nuclear tradicional sigue siendo la forma predominante de la familia, sin embargo hay indicios que permiten concluir que, cada vez más, el concepto de familia depende menos de formalidades legales y de vínculos biológicos. En la sociedad hay una menor desaprobación respecto del divorcio, de la vida en común sin matrimonio, de las relaciones homosexuales, del parentesco

706 COESTER, ponencia, cit., p. 9.

707 Virginia GRAINER, ponencia, cit., p. 1 y sgtes.

e infecundidad aislados, que la existente diez años antes. Este cambio de actitud ha tenido eco en la legislación más reciente. Es el caso de la *Matrimonial Property Act* de 1976 que ha sufrido tres enmiendas en 2001, otorgando la extensión a las parejas no casadas del régimen de comunidad en caso de matrimonio. Las personas no casadas no están obligadas a observar ninguna formalidad para quedar sujetas a este régimen económico, sino que basta con vivir juntos en una relación de hecho; así la ley establece que existe una relación entre dos personas del mismo o diferente sexo, sin estar casadas recíprocamente, pero que viven juntos como pareja. Los Tribunales exigen cierto requisitos como la duración de la relación, los requisitos de la residencia común, si ha habido o no relaciones sexuales, el grado de independencia financiera o de interdependencia, si han recaído acuerdos entre las partes sobre el recíproco sostenimiento económico, la propiedad, uso y adquisición de la propiedad familiar, el grado de compromiso recíproco sobre la vida compartida, los cuidados y alimentos prestados a los hijos, el pago de las deudas del hogar y la fama y aspectos públicos de la relación la cual debe durar al menos tres años de modo que a medida que la relación se considera como matrimonial se deduce la duración de la unión. Hay ciertos extremos criticados de la nueva ley porque conduce al efecto sorprendente de entender casados a los ciudadanos cuando éstos no han tenido voluntad real de hacerlo, dando así lugar a resultados injustos; parece, en efecto, que no pocas personas que viven unidas en tal tipo de relación no consideran que asumen al mismo tiempo los derechos y obligaciones del matrimonio. Puede resultar igualmente que personas que conviven sin estar casadas por más de tres años, carezcan entre sí de la interdependencia financiera que se produce entre los casados. En la tramitación parlamentaria de la ley se sometió a discusión la extensión de este régimen a las parejas homosexuales, siendo aprobada por 80 votos contra 39. La autora de la ponencia destaca la contradicción que supone autorizar a los homosexuales que se acojan a la *Matrimonial Property Act de 2001* y la negativa a contraer matrimonio según la jurisprudencia (*Quilter versus Attorney General*, 1998)⁷⁰⁸. En la conclusión de la ponencia se avanza la idea de que

708 Virginia GRAINER ponencia, cit., p. 6 y sgte.

acaso el propósito de la ley haya sido el objetivo de hacer recaer sobre los patrimonios particulares el mantenimiento de ciertas personas que, de otro modo, vivirían a expensas de la comunidad.

Procede mencionar aquí algunas leyes regionales o autonómicas que se han promulgado en España sobre las uniones de hecho⁷⁰⁹. El planteamiento legal es el siguiente: El art. 149.1.8 de la Constitución española de 1978 atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el derecho civil, pero simultáneamente reserva a ciertos territorios históricos la facultad de regular su derecho civil propio (es el caso de Aragón, Navarra, País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, y territorios sujetos al Fuero de Baylío en Extremadura). La misma regla constitucional excepciona las formas de matrimonio que, en todo caso, competen exclusivamente al Estado. De aquí deriva que en España sólo puede haber un régimen estatal sobre el matrimonio en lo relativo a las relaciones personales; por tanto las Comunidades Autónomas son incompetentes para regular las uniones de hecho en base a criterios de unificación con el matrimonio. Sin embargo, tales Comunidades Autónomas pueden ser competentes para regular los aspectos patrimoniales del matrimonio (así en el Cc rige como legal el régimen de gananciales, en Aragón la sociedad conyugal, en Navarra las conquistas, en Cataluña y Baleares, el régimen de separación de bienes) así como la de atribuirles beneficios de carácter social. Desde 1998 se ha producido un fenómeno que puede calificarse de *hemorragia legislativa* consistente en la proliferación de leyes autonómicas sobre uniones de hecho, sin que el Estado haya dictado una ley de aplicación general. La ley catalana de 15 julio 1998 parece ser la redactada con mayor cuidado técnico, pues dicha ley ha quedado fuera del Código de Familia promulgado en la misma fecha, pareciendo dar a entender que la unión de hecho es mera institución contractual, tanto si se trata de uniones hétero- como homosexuales, y no una institución de derecho de familia, aunque también puede tratarse de un propósito enmascarador para ocultar la

709 Vide GARCÍA CANTERO, *The catalan Family Code of 1998 and other autonomous region laws on de facto unions*, en *The International Survey of Family Law*, 2001 Edition, p. 399 y sgtes.

verdadera naturaleza de la figura. Dicha ley, en capítulos separados, regula la unión estable heterosexual y la unión homosexual; pero el contenido de ambas regulaciones es idéntico, salvo algunos puntos (así las uniones homosexuales deben formalizar su unión ante notario y no pueden adoptar, mientras que disfrutan de derechos sucesorios limitados). Los efectos comunes a ambos tipos de unión hacen referencia al deber de contribuir a las cargas de la vida en común, el derecho a los alimentos recíprocos mientras dura la unión y después de su ruptura bajo ciertas condiciones, el alojamiento familiar común y la posibilidad de ser tutor del otro cuando se abre la tutela en caso de incapacidad. Las demás leyes autonómicas se caracterizan por la variedad de efectos, siendo de notar que la competencia de las Comunidades que carecen de derecho civil foral o especial, resulta sumamente restringida respecto de las otras (así ocurre con Madrid o Andalucía); es de señalar que la ley navarra de 3 julio 2000 ha equiparado a todos los efectos la unión homosexual con la heterosexual y con el matrimonio, y contra ella se ha presentado recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno, todavía no resuelto. Ante este mosaico de leyes autonómicas⁷¹⁰ y el silencio del

710 Que conduce con frecuencia a resultado contradictorios, como lo subraya el ponente español (MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia: una aproximación de derecho español*, cit., p. 8 y sgtes.): *Se prevé en tres leyes autonómicas (catalana, aragonesa y navarra) que la relación de hecho pueda constituirse por documento notarial, sin que haya vida en común, ni deber de establecerla en el futuro. Pero el efecto legal es sorprendente porque: 1) dado que la ley presume que se ha creado una unión de este tipo por el mero hecho de haberse redactado el documento notarial será preciso que transcurra un año para que la unión pueda extinguirse según la propia ley; por tanto, habrá una fictio iuris de unión de hecho pero no una unión fáctica. Y 2) dado que las mismas leyes prevén que la unión se extingue un año después de la separación de hecho, la consecuencia será la subsistencia legal de las parejas de hecho que no existen en la realidad. Estamos por tanto en presencia de un mayor formalismo que el que se atribuye al matrimonio. Se establece también un sistema de impedimentos no matrimoniales pero copiados de los impedimentos matrimoniales, así como un embrión de régimen patrimonial. ¿No se corre el riesgo de descubrir el matrimonio? Las leyes examinadas justifican el régimen que ellas han introducido en nombre de la libertad de los que cohabitan, ya que pueden elegir entre casarse o no casarse. Pero las mismas someten obligatoriamente un régimen legal a todas las parejas que han vivido juntas durante uno o dos años, incluso aunque ellas no lo quieran (resultado que podría ser inconstitucional). Por otro lado se corre el peligro de que existan parejas de hecho que no estén sometidas a la ley, o que no quieran someterse a ellas ¿Qué se hará en este caso?*

Estado hasta el momento de redactar esta ponencia general conviene recordar que han sido los Tribunales los encargados de resolver los casos, tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios, cuyas resoluciones forman un cuerpo de doctrina de gran interés⁷¹¹.

7. LAS PAREJAS DE HECHO ANTE LOS TRIBUNALES

Voy a ocuparme solamente de aquellos casos en que los Tribunales resuelven exclusivamente los problemas jurídicos planteados por las uniones de hecho, ya se trate de países pertenecientes a la *Common Law* o al *Civil Law*. Ciertamente la actitud de los Tribunales no es la misma, pues en el primero *Judge made Law* y pese al caso de ausencia de norma legal el Juez encontrará la regla aplicable; en cambio, en los países del *Civil Law* el Juez deberá atenerse a la jerarquía a de normas que establezca su ordenamiento jurídico.

Se hace notar, respecto de Australia⁷¹², el importante papel que recientemente ha desempeñado en estas materias la *Family Court: New developments have to be taken into account. These are, for instance, anti-discrimination legislation which formalises the cohabitation of homosexual couples and their rights to have and care for children, or the bio-medical advances in IVF giving rise to new family options, such as the possibility for singles without a partner to have children*. En cuanto a Nueva Zelanda se nos dice⁷¹³: *On occasions when financial accountability was in question, the New Zealand Courts have been willing to impose the same familial obligations on same sex partners as they would on heterosexual partners on the basis that the relationship between the parties was in the nature of marriage*. Todo ello incluso aunque la ley del país no permite celebrar matrimonio a los homosexuales, como ya se ha dicho. Más complicado es el panorama que se presenta en África del Sur (un país que comparativamente

711 Vide últimamente Aurora LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho (Análisis comparado legislativo y jurisprudencial)*, en Cuadernos Aranzadi Civil n° 12 (Cizur Mayor, 2002).

712 ZIEGERT, ponencia, cit., p. 26.

713 Así Virginia GRAINER, ponencia, cit., p. 6.

puede considerarse mixto), una vez finalizado el *apartheid* y existiendo la voluntad política de establecer un régimen plenamente democrático. Después de la aceptación expresa de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, y a la vista de una concepción tradicional de matrimonio, el ponente señala los siguientes puntos de discusión⁷¹⁴: la cohabitación fuera de matrimonio, las familias creadas por gays y lesbianas y el matrimonio musulmán. Ocurre que la ley sudafricana no reconoce la cohabitación extra-marital, pero los Tribunales reconocen efecto a los contratos privados de vida en común por no ser contrarios a las buenas costumbres, aunque ello apenas tiene utilidad para nadie porque la mayoría de la población es pobre, analfabeta e ignora la ley; en consecuencia no hay en ningún momento deber legal de alimentos, la patria potestad corresponde a la mujer a menos que también se conceda un derecho de visita al padre en atención al mejor interés del menor; los cohabitantes pueden hacer testamento cada uno a favor del otro, pero carecen entre sí de derechos de sucesión abintestato. La *South Africa Law Commission* busca una modificación de la ley en atención al gran número de personas que viven juntas sin estar casadas según el *Civil Law*, y también porque el régimen segregacionista ha originado gran número de rupturas familiares, de modo que se piensa que la legalización de la cohabitación podría remediar, al menos en parte, estas situaciones ayudando a redistribuir la propiedad privada. En cuanto a la familia homosexual se piensa que la sentencia del Tribunal Constitucional *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home affairs* (2000) ha sido determinante ya que en un caso de inmigración se ha declarado que la palabra *cónyuge* significa también *el compañero en una relación permanente entre personas del mismo sexo*. La ley sudafricana tampoco reconoce el matrimonio musulmán por su carácter poligámico; pero en el caso *Amod v. multilateral Motor Vehicle Accidents Fund* (1999), la *Supreme Court of Appeal* ha reconocido acción por la pérdida de sostén a una mujer casada según el rito islámico, de hecho monogámica. La aludida Comisión Legal de África del Sur estudia igualmente el reconocimiento legal del matrimonio islámico.

714 PANTAZIS, ponencia, cit., p. 1 y sgtes.

8. Y ¿EL FUTURO?

El ponente general debe realizar una seria reflexión ante este panorama tan rico y variado que las ponencias nacionales ponen ante nosotros. Por un lado sería fácil dejarse llevar por la corriente y ceder, sin más profundizaciones, ante esas presiones, incluso internacionales, de que nos habla la ponente austríaca. Prefiero, sin embargo, plantear la cuestión fundamental: ¿Hay razones convincentes para cambiar el actual sistema que ha regido desde hace siglos las relaciones entre el hombre y la mujer para crear una familia y educar a los hijos? O bien, en este momento histórico ¿vamos a prescindir del matrimonio en la legislación, creando en sustitución suya, o a su lado eventualmente, otro tipo de unión que incluya expresamente las relaciones homosexuales? ¿Se preferirá, más bien, conservar todos y cada uno de estos modelos legales de relaciones sexuales, manteniendo entre ellos ciertas diferencias de momento, pero acercando progresivamente sus efectos en todo caso? ¿O se preferirá conservar bajo el nombre de *matrimonio* cualquier tipo de relaciones sexuales, actuando para ello con finalidad unificadora? Solución esta última que no parece lógica ni coherente pues un análisis de algunas leyes vigentes muestra que se trata de figuras sustancialmente diferentes, e, incluso, incompatibles entre sí, sea desde el punto de vista de su constitución, de su desarrollo o de su extinción. Resulta evidente que quienes quieren casarse no quieren sólo establecer meramente una situación de hecho sino algo específicamente diverso; recíprocamente, quienes han entrado en tales relaciones de hecho, han excluido habitualmente, y por diferentes motivos, la unión legal. Quienes piden la equiparación de los efectos entre el matrimonio y esas relaciones de hecho están conformes en ese último punto, pero excluyen los demás aspectos de la institución matrimonial, Cabe preguntar: ¿Interesa a la sociedad la desaparición del matrimonio sustituyéndolo por esas otras relaciones que pueden romperse por decisión unilateral sin acudir al Juzgado, y sin invocar una causa justificativa?, ¿sería bueno para la sociedad que bajo el *nomen* de matrimonio la ley ofrezca un *totum revolutum* de relaciones sexuales legalizadas?

Nuevamente desde Estados Unidos se plantean agudos interrogantes⁷¹⁵: A) Si los cohabitantes han celebrado un contrato con la finalidad de regular sus relaciones, ya sea oralmente o por escrito, habría que saber bajo qué requisitos tal acuerdo resulta válido (y a este propósito el autor recuerda que el *Statute of Frauds* exige que los contratos prematrimoniales se hagan por escrito). ¿Habrá limitaciones a la autonomía de los contratantes para formalizar estos contratos? O, por el contrario ¿van a disponer los cohabitantes de mayor libertad que los casados en orden a apartarse de un *standard cohabitation*? B) Si el acuerdo de los cohabitantes se presume por el mero hecho de vivir juntos, ¿podrá aceptarse que puedan extinguirlo en cualquier momento?, ¿hasta qué punto la conducta de los cohabitantes puede revocar o desconocer acuerdos previos? ¿Puede deducirse un acuerdo de hecho en cuanto a la cohabitación para el periodo durante el cual no son válidos los acuerdos expresos? La cohabitación doméstica ¿debería estar sujeta a requisitos de forma o a la inscripción en un Registro público? (el autor hace notar que en los Estados Unidos el declive del *Common Law marriage* ha estado unido a las dificultades de su prueba). C) ¿Debe prever también la cohabitación entre personas del mismo sexo? A este respecto observa KRAUSE⁷¹⁶ que la nueva ley de Vermont que lo autoriza, prohíbe, sin embargo, las relaciones homosexuales incestuosas, pero en cambio la ley de Hawai permite la cohabitación entre una madre y su hijo u otros parientes; parecido problema se plantea con la bigamia (así el actor Lee Marvin estaba casado con ocasión del célebre caso de California, pero la Ley de Vermont prohíbe la simultaneidad entre matrimonio y cohabitación). D) En general ¿deben aplicarse a la cohabitación las prohibiciones para celebrar matrimonio? (sabemos que en el Estado de Vermont, la nueva ley prohíbe la *incestouse same-sex-partnership*, mientras que en Hawai se admite que mantengan una *domestic partnership* una madre y su hijo u otros parientes. Los requisitos de edad y el consentimiento de los padres ¿deben aplicarse en la última situación? ¿Qué hacer con la

715 KRAUSE, ponencia, cit., p. 5 y sgtes.

716 KRAUSE, ponencia, cit., p. 6.

bigamia? En opinión de KRAUSE⁷¹⁷ hay que temer que la admisión sin restricciones de la cohabitación ponga fin al tabú del incesto, una vez que, propiamente, la poligamia sucesiva ya se tolera en el caso de divorcio y en la doctrina de la *putativa sopase*. En su opinión⁷¹⁸ la cuestión decisiva sería la siguiente: *Here —I think— lies the ultimate question on the road to sub-marriage partnership legislation. The question is whether current conditions warrant the truly radical step of imposing rights and obligations on those who do not choose to undertake them? Let us not forget that cohabitation without marriage remains attractive to marry adult citizens precisely because it permits separation without divorce and without financial consequences.* E) Y si se decide imponer efectos o consecuencias a los cohabitantes ¿deberán éstas ser mayores o menores que las derivadas del matrimonio? Hay que recordar que en el *Common Law marriage* se han concedido consecuencias *equitativas*, las cuales han sido modificadas en algunos Estados para imponer consecuencias *justas* respecto de personas que, de otro modo, serían perjudicadas. Ahora podemos interrogarnos no sólo si existe una relación de hecho, sino si deberá producir algunos efectos que las partes han querido, o deberían haber querido. ¿Tal acuerdo debería sellarse mediante el cumplimiento de ciertos requisito?, ¿y por qué tales formalidades no son las del matrimonio? ¡Habremos redescubierto el matrimonio! Los filósofos sociales discuten en el momento actual si otorgar un *status* legal se convierte en algo verdaderamente *progresista* —como lo defienden los abogados liberales—, o, si en realidad, oponerse es algo *reaccionario* —lo que niegan los conservadores. El movimiento a favor de la legalización de la cohabitación a fin de adaptar la ley moderna a los *lifestyle*, transforma el *free love* en *unfree*, concluye KRAUSE⁷¹⁹, de modo que viene a resu-

717 KRAUSE, ponencia, cit., p. 7.

718 KRAUSE, ponencia, cit., p. 8.

719 El autor (loc. cit., p. 8 y sgtes) examina si hay argumentos de derecho público para establecer los diferentes estilos de vida respecto a las relaciones sexuales, de modo que los subsidios y las subvenciones legales deberían adaptarse al valor social atribuido a cada tipo de relación. En su opinión, el matrimonio y la familia crean un marco eficaz y ordenado para la actividad sexual; e igualmente un marco eficaz y ordenado para las relaciones sociales así como un sustrato adecuado y un marco de recíproca seguridad eco-

citarse el antiguo *concupinatus* atribuyendo a la concubina el honor y la posición jurídica de esposa.

9. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL SEXO

Ahora altero el orden de las cuestiones indicadas en el cuestionario ya que si una legislación acepta el matrimonio homosexual, es evidente que desaparece una de las razones jurídicas más importantes para inscribir el sexo de las personas en el Registro del Estado civil; ciertamente, en tales casos pueden existir otras razones, como ocurrirá siempre con el interés social de las diferencias entre los sexos, pero tal diferencia carecerá de efectos jurídicos; en tal caso la diferencia biológica entre los sexos carecerá casi de trascendencia jurídica. Por otro lado es verdad que los avances de la Cirugía plástica permiten, desde hace algunos años, el cambio de la apariencia sexual de las personas (se supera así lo que tradicionalmente se ha dicho que constituía la única limitación del Parlamento inglés, es decir cambiar a un hombre en mujer, y viceversa ...). ¿Disminuirán los casos de transexualismo cuando se permita legalmente el matrimonio de homosexuales? Me parece que no hay todavía datos suficientes para dar una respuesta adecuada.

Volviendo al régimen mayoritario en los diversos países, es interesante recoger la opinión del ponente de Quebec⁷²⁰, para quien el grupo social tiene necesidad de identificar a sus componentes, y por ello el derecho ha creado a su servicio determinados documentos que se recogen y se conservan en el Registro civil y en las diferentes actas del estado civil de la persona; existen por tanto el hombre y la mu-

nómica frente a los acontecimientos adversos, incluso para encargarse de los ancianos; es decir, una garantía económica a largo plazo; en consecuencia, un marco eficaz y ordenado para la procreación en adecuadas condiciones económicas y afectivas; un marco eficaz y ordenado para la integración de los hijos en la sociedad de modo que los hijos nacidos de matrimonio se encuentran más a gusto que los hijos de solteros en orden a su futuro económico. Toma como ejemplo el impuesto sobre la renta y el sistema federal de la seguridad social. En su opinión la ley debería conceder el mismo trato a las parejas, casadas o no, que se encuentren ante idéntica situación de hecho, lo que no siempre ocurre en la realidad.

720 MOORE ponencia citada, p. 12 y sgtes.

jer como una realidad binaria que, al margen de ciertas alteraciones biológicas, no conoce excepciones. El nombre y el sexo constituyen el segundo polo estabilizador de la identificación de la persona. Creada esta última por mera voluntad de las personas, podría técnicamente ser modificada sin mayores dificultades, pero el derecho, buscando la referida estabilidad, enmarca estrictamente tal posibilidad. Por mucho tiempo se pensó que ese delicado acuerdo entre libertad individual y estabilidad social del nombre de la persona no podía aplicarse al sexo. El estado civil bajo esta perspectiva no solo era indisponible —igual que el nombre— sino que debería ser inmutable, contrariamente a este último. No deriva de la libertad sino de lo divino y de la naturaleza, y en este sentido se imponía la estabilidad sin afectar para nada a la autonomía de la persona.

El procedimiento habitual para inscribir el sexo del recién nacido es similar en todos los países. El médico o la comadrona asistente redactan un parte en el que figura el sexo del niño según resulta de un primer examen de éste, y esta circunstancia así como el nombre y el de los padres, si son conocidos, junto a otros datos exigidos por la ley se hacen constar en el acta de nacimiento; de este modo la indicación de su sexo acompañará a la persona durante toda su vida, a menos que el médico haya incurrido en error notorio que ulteriormente sea corregido. De otra suerte el sexo originario es inmutable. El principio de igualdad de los sexos, hoy aceptado universalmente, significa que, al margen de que la persona aparezca identificada como varón o hembra, en cualquiera caso el ser humano gozará de los mismos derechos y obligaciones. La mujer que le ha dado a luz será jurídicamente la madre, y será padre el varón que ha mantenido relaciones sexuales con aquélla ya sea aplicando la presunción de paternidad del marido, o las pruebas admisibles en derecho; fuera de matrimonio las relaciones de filiación se determinan por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial dictada en aplicación de las pruebas admisibles. El principio de igualdad jurídica de los sexos inscrita en la Declaración de 1948 ha dado origen a un movimiento bastante generalizado de reformas legislativas en este campo, no sólo en el ámbito del Derecho privado sino también del público, en cuya descripción no puedo entrar aquí.

Desde hace algunos años el régimen legal tradicional el sexo debe afrontar un fenómeno ya aludido, debido a las intervenciones quirúrgicas que intentan remediar la patología del transexualismo dando origen a una nueva reflexión sobre los caracteres del sexo en sentido jurídico⁷²¹. El ponente de Quebec plantea el transexualismo en los siguientes términos: *Frente a esta multiplicidad (de aspectos posibles del sexo) el derecho, en ausencia de una definición del sexo, debe elegir: ¿Cómo tratar a quien teniendo cuerpo de varón se siente y actúa como una mujer, si así se prueba? O peor todavía, cómo considerar a quien, genéticamente varón recibe por obra de la medicina, un cuerpo de mujer, apariencia morfológica de acuerdo con su psique? Negarse a adaptar el sexo jurídico con esta apariencia es obligar al transexual a desvelar habitualmente su vida privada. Es también denegarle un tratamiento total, pues si las intervenciones hormonales y quirúrgicas se proponen permitir una reunificación de los sexos psíquico y morfológico, tal reunificación no puede ser total sin una legitimación jurídica. A la inversa, la aceptación por el derecho de esta mutación sexual, exige la elaboración de criterios que imponen por sí mismos cierta concepción de la noción de sexo.* Sin dejar de reconocer que el ponente hace una aguda presentación del tema, en realidad el planteamiento es todavía más complejo pues prescinde de considerar otros elementos igualmente importantes. Si se legaliza el derecho al cambio de sexo, habrá que resolver si tal facultad es absoluta e incondicional, o si debe añadirse el principio de responsabilidad del transexual por los actos propios en este campo anterior al cambio de sexo (si ha tenido hijos de un matrimonio anterior o de una unión de hecho, aquéllos deberán conservar la relación de filiación tal como se manifestó entonces, pudiendo llamarle en consecuencia *padre* o *madre* aunque su sexo aparential haya mutado). Científicamente no está todavía aclarado si tales cambios de sexo son irreversibles; si la respuesta sigue siendo negativa, como parece, habrá

721 MOORE, ponencia it. pg. 13: *se debe contar con el sexo genético o cromosómico, que es absolutamente inalterable, con el sexo morfológico o anatómico, que puede, al menos en apariencia, ser modificado en todo o en parte mediante intervenciones quirúrgicas, y finalmente el psico-social o comportamental, cuya disparidad con los dos anteriores, caracteriza el transexualismo.* Algunos añaden la dimensión social o sociológica del sexo que consiste en la estimación o valoración que la sociedad hace de los individuos en razón a su sexo.

que plantearse si la opción por cambiar el sexo sólo es ejercitable una vez en la vida, o si, por el contrario, cabe hablar de un *derecho a retornar al sexo primitivamente detentado*. O, mejor aún, ¿será razonable denegar esta última facultad?

Las respuestas a esta cuestión no son unánimes. No se menciona el tema en las ponencias italiana, austríaca, griega, neozelandesa y australiana (aunque parece que los tribunales de los dos últimos países sería favorables a la aceptación del cambio de sexo). En el derecho escocés⁷²² el sexo se define en el momento del nacimiento y no se puede ser alterado jurídicamente después; sólo se acepta el sexo biológico, es decir el cromosómico. En África del Sur no existe una definición legal del sexo, y para el *Common Law* el criterio de los tribunales resulta restrictivo⁷²³; en el caso *W versus W (1976)* se ha declarado la nulidad de un matrimonio contraído entre un transexual (un varón transformado en mujer), y la sentencia argumenta más bien en el sexo biológico establecido en el acta de nacimiento que en el sexo morfológico o psicológico. En derecho español no hay una regla legal para definir jurídicamente el sexo, pero desde principios de la década de los años 90 el Tribunal Supremo, en tres sentencias sucesivas que constituyen doctrina jurisprudencial, ha aceptado que la pruebas del cambio de sexo morfológico y la realidad del sexo psicológico, permiten la modificación del acta de nacimiento en este punto, aunque añaden que el transexual no puede casarse en el nuevo sexo. En el Japón⁷²⁴ los Tribunales de familia con competentes para el cambio de sexo, y muchas sentencias han resuelto que el sexo cromosómico es el determinante; recientemente la *Sapporo High Court* ha decidido en casos de sexo dudoso en el que no era correcta la determinación del médico asistente al parto que figuraba en el acta de nacimiento inspirándose en el bienestar de la persona para el futuro; pero la sentencia de 9 febrero 2000 el *Tokyo High Court* ha denegado el cambio de mujer a varón basándose en el sexo cromosómico; parece, por tanto, que prevalece mayoritariamente un criterio riguroso

722 Lilian EDWARDS, ponencia citada.

723 Chuma HIMONGA, ponencia, cit., p. 3 y sgtes.

724 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 1.

en los tribunales nipones. En Venezuela⁷²⁵ el tema no está resuelto por la ley, aunque el art. 56 de la Constitución establece el derecho de toda persona a su identidad, principio que carece de desarrollo legislativo, sin que la doctrina se pronuncie sobre la característica esencial del sexo jurídico. Análoga es la situación en Suiza⁷²⁶, país en el que, desde 1950, se practican estas intervenciones jurídicas pero en el que la legislación calla sobre el tema; en 1996 un juez cantonal ha invitado al Oficial encargado del Estado civil a inscribir en el Registro de nacimiento y de la familia el cambio de sexo de un hombre casado por tercera vez en 1990, y cuya esposa actual conocía desde el principios los problemas de identidad sexual de su marido y había aceptado plenamente el cambio. La Oficina Federal del Estado civil remitió una circular a las autoridades cantonales del vigilancia del estado civil conminándolas a *hacer depender la inscripción de los futuros cambios de sexo de la presentación de una sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio o del certificado de defunción del cónyuge*; pero tal circular carece de efectos legales y hasta podría ser inconstitucional.

En Alemania⁷²⁷ el sexo se determina mediante el examen de los órganos sexuales primarios del recién nacido; en caso de duda, es decisiva la opinión del médico, y si hay una constatación errónea, deberá ser corregida más tarde si se comprueba que la identidad sexual se ha cambiado al otro sexo (transexualismo) la ley autoriza el cambio oficial de sexo (Ley de 1980 basada en la garantía constitucional de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad); en tal caso el demandante ha de tener 25 años cumplidos y deberá demostrar la existencia de un sentimiento profundo y permanente de pertenecer a un sexo diferente del que aparece en la inscripción. El solicitante puede escoger entre la *kleine Lösung* (o pequeña solución) que autoriza sólo el cambio de nombre que indique ahora el nuevo sexo, o la *grosse Lösung* que autoriza el cambio oficial del sexo en los registros públicos, bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) ausencia de vínculo ma-

725 Haydee BARRIOS, ponencia, cit., p. 7.

726 LEUBA-MEYER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 25.

727 COESTER, ponencia, cit., p. 4 y sgtes.

trimonial; 2) incapacidad permanente para procrear, y 3) intervención quirúrgica para modificar los órganos sexuales externos. Las anteriores relaciones de filiación establecidas por el sujeto no pueden ser modificadas por el cambio oficial de sexo.

En el Quebec⁷²⁸ el Cc autoriza desde 1977 la modificación de la mención del sexo en el Registro del estado civil. El art. 71 del mismo requiere cuatro condiciones para obtenerla así como la del nombre, si a ello ha lugar: 1) La persona debe ser mayor de edad; 2) El solicitante debe ser ciudadano canadiense y estar domiciliado en el Quebec al menos un año antes; 3) no estar casado; y 4) haber sufrido con éxito los tratamientos médicos y quirúrgicos que impliquen una modificación estructural de los órganos sexuales aparentes. La doctrina no ha interpretado de modo unánime estos requisitos; los efectos del cambio de la mención del sexo son simples y limitados ya que únicamente se altera el acta de nacimiento; el acta de un matrimonio anterior o de nacimientos de hijos no sufren modificación; en consecuencia, el cambio de la mención de sexo no alcanza ni al tiempo pasado ni a los terceros y en modo alguno modifica los derechos y deberes de la persona. El nombre de pila no e modifica necesariamente. En todo caso, el efecto principal del cambio de sexo es la posibilidad de contraer matrimonio con una persona de sexo opuesto al aparental, es decir, del mismo sexo genético, pero el otro cónyuge podrá invocar la nulidad de la unión por causa de error, si ignoraba el cambio operado.

10. ALGUNAS CONCLUSIONES A PROPÓSITO DE LA DETERMINACIÓN DEL SEXO JURÍDICO

No parece en modo alguno que se haya generalizado la aceptación del matrimonio homosexual, por lo cual subsistirá, al menos a estos efectos, la necesidad de determinar jurídicamente el sexo de las persona. No creo que haya razones graves y decisivas para alterar el sistema, hasta ahora habitual, de hacer constar en el momento de nacer el sexo de los recién nacidos en base a una exploración elemental de éstos.

728 MOORE, ponencia, cit., p. 13 y sptes.

Si conforme al ordenamiento jurídico el sexo sirve para determinar la capacidad para contraer matrimonio, creo que el derecho debe basarse en criterios objetivos, sólidos e inmutables, entre los que figuran el sexo cromosómico. Hay que alegrarse de los avances biológicos y quirúrgicos que permiten aportar soluciones paliativas a algunos de los graves problemas —singularmente psicológicos— que sufren los transexuales. Pero respetando estas identidades minoritarias, es preciso no ceder a la tentación de asimilarlos a la regla general que ellos no representan⁷²⁹, no olvidando que estas personas poseen un carácter masculino o femenino aparente o ficticio, incluso aunque sea aceptado por el derecho. Por estas razones, me inclinaría a la *kleine Lösung* alemana.

11. LA PROCREACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA (PMA)

Después de la gran revolución jurídica producida en el interior del Derecho de la filiación a mediados del siglo XX, y como consecuencias de los avances de la Medicina que han permitido establecer, casi sin margen de error, el vínculo de filiación biológica entre padres e hijos, introduciendo paralelamente el principio de igualdad de todas las filiaciones (temas estudiados ya en el Congreso de Derecho comparado de Uppsala de 1966, y de Teherán de 1974), he aquí que el nacimiento en Londres de la niña Louise Brown, el primer bebé nacido en el mundo a consecuencia de la aplicación de la técnica de la procreación médicamente asistida, ha dado origen a que en no pocos países, tanto los legisladores como los jueces, se pregunten sobre los importantes problemas jurídicos planteados por su aplicación. Entre los países aquí representados ha sido Africa del Sur, mediante la *Children's Status Act* de 1987, y España mediante la Ley de 1988, los pioneros en la promulgación de una ley especial sobre la materia. Han seguido otros países, como el Reino Unido mediante la *Human fertilisations and embryology Act* de 1990, aplicable igualmente en Escocia; por último se han unido

⁷²⁹ Como expresan LEUBA-MAYER-SANDOZ ponencia, cit., p. 26. En el mismo sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, ponencia, cit., p. 4, reclama ideas claras al legislador respecto a las relaciones sexuales y la familia.

al grupo Austria y Suiza en 1998. En los demás se han buscado soluciones indirectas, como en Quebec, con ocasión de reformar el derecho de filiación, o con apoyo en la Constitución (Grecia y Venezuela), o, finalmente, por vía jurisprudencial.

Algunos países ignoran la PMA, o más bien la consideran restrictivamente, o son claramente hostiles a la utilización de estas técnicas. En el Japón⁷³⁰ se practica la procreación asistida desde hace medio siglo y alrededor de 10.000 niños han nacido ya de su aplicación, pero no existe una ley especial sobre ella, cabiendo mencionar sólo el Informe del año 2000 de la Comisión establecida por el Ministerio de la Salud y del Bienestar. Conforme a los códigos de conducta de los médicos, sólo se permite acceder a ella a las personas casadas; si el marido ha dado su consentimiento, el hijo será considerado legítimo: pero si no lo ha otorgado, el recién nacido es ilegítimo de la madre; en mayo del 2001 se ha producido un caso de madre portadora, pero ello ha sido contra las reglas médicas de conducta; finalmente el niño ha sido adoptado por la madre genética (ambas madres eran hermanas); parece, sin embargo que hay parejas japonesas que viajan a los Estados Unidos o Corea para utilizar con mayor amplitud tales técnicas. En Alemania⁷³¹, en el caso de inseminación homóloga en mujer casada, no se plantean problemas jurídicos porque la procreación sigue siendo *act of two*, y la presencia del médico resulta irrelevante; pero si se emplea material genético procedente de un tercero la ley resulta hostil, y así: a) En el caso de las Agencias para la adopción se prohíbe expresamente que se comercie con madres portadoras, de modo que los contratos estipulados con ellas no pueden exigirse su cumplimiento ante los tribunales, y es ilegal la promesa de una remuneración por dar a luz a un niño; 2) la Ley sobre la protección del embrión de 1990 prohíbe toda manipulación con los gametos femeninos y con los embriones, de modo que está prohibida cualquier transferencia a madres portadores con vistas a la procreación asistida; y c) la inseminación heteróloga no está prohibida, pero se aplican a su práctica reglas profesionales de con-

730 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 2.

731 COESTER, ponencia, cit., p. 11 y sgtes.

ducta muy severas. El Gobierno tiene el propósito de regular esta materia mediante una ley, pero al tiempo de redactar la ponencia no había ni siquiera anteproyecto. La discusión pública y política gira en Alemania en torno a la idea de preservar la intimidad del acto procreador, y todos los esfuerzos se dirigen a prevenir el panorama descrito en la obra de Aldous HUXLEY *Brave new World*, pues, de otro modo, el hijo se convierte en un producto elaborado a gusto de los padres, lo que hace temer por la solidaridad interna de las familia.

También se avanzan algunas reservas en Canadá⁷³² pues el ponente observa que las técnicas de la procreación médicamente asistida abren la puerta a un control por el hombre del futuro de la especie humana. Si permiten el acceso a la parentalidad a favor de parejas estériles —innegable efecto benéfico—, albergan dentro de sí peligros importantes muy conocidos; así el eugenismo, la comercialización de los gametos, de los embriones y aun de los seres humanos —mediante el alquiler del útero—, y también el despedazamiento de la filiación. En el sistema federal que rige en Canadá los legisladores, tanto federal como provinciales, han sido llamados a intervenir en diversos aspectos de la regulación de estas técnicas. En consecuencia, varias ponencias e informes han sido presentados a los diferentes poderes legislativos que abarcan el conjunto de los problemas planteados. A continuación el legislador federal ha intervenido preparando un proyecto de ley para incriminar ciertas prácticas vinculadas a las nuevas tecnologías de reproducción humana, pero tal proyecto no llegó a convertirse en ley. En materia de derecho privado el legislador de Quebec ha modificado el art. 586 del antiguo Cc, y más tarde, en 1994, al adoptarse un nuevo código se ha añadido una nueva sección titulada *De la procréation médicalemente assistée*, cuyas disposiciones tratan principalmente de adaptar las reglas de la filiación a esta nueva realidad, así como la prohibición de madres portadoras y la asunción de la responsabilidad del niño nacido en virtud de estas intervenciones médicas. En la medida de lo posible intentan reinscribir una realidad idéntica a la de la filiación natural en torno a dos polos, por

732 MOORE, ponencia, cit., pg. 2 y sptes.

un lado la negativa a aceptar una *triparentalidad*⁷³³ y la búsqueda de una *biparentalidad*.

En Grecia⁷³⁴ hay una Comisión especial constituida en noviembre del 2000 por el Ministerio de Justicia para estudiar las consecuencias de la biogenética en el derecho de familia, estando encargada de proponer las oportunas disposiciones legislativas. La ponente considera que la ley sobre la procreación médicamente asistida se basa en el art. 5.1 de la Constitución que permite a todos los ciudadanos el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, a constituir una familia a través de tales técnicas. La reforma del Cc de 1983 ha introducido el art. 1471 párr. 2º según el cual: *La impugnación de la paternidad por el marido de la madre queda excluida si ha consentido la concepción del hijo por parte*

733 La ponencia cita a este respecto el art. 539 CcQ. Que reitera la regla bien conocida según la cual el progenitor genético, a través de una donación de esperma o de embrión, no puede, sobre esta base, reclamar un vínculo de filiación; regla completada por el art. 642 que establece la confidencialidad que impide al menor conocer su orígenes biológicos. MOORE encuentra aquí una contradicción, al menos aparente, con el régimen de la adopción, cuya explicación podría radicar en la intención de favorecer legalmente la procreación médicamente asistida y especialmente la donación de gametos. En caso de peligro grave, el tribunal puede autorizar la divulgación de los datos necesarios, pero exclusivamente a las autoridades médicas. El art. 541 prevé que los convenios de procreación o de gestación por cuenta ajena, son nulos con nulidad absoluta. Pero con esto no se resuelven todos los problemas. En opinión del ponente estas prohibiciones tratan de proteger a priori al niño, es decir, intentar desanimar esta práctica y así evitar que un niño nazca en tales circunstancias. Pero a posteriori el interés del niño exige quizá que las personas que desean realmente asumir la función de padres puedan hacerlo efectivamente asegurando así al niño una *biparentalidad* normal (ahora bien, ¿cómo resolver el caso de que todas las personas implicadas quieran al niño? Parecería mejor tener ideas claras desde el principio del proceso). En cuanto al objetivo de garantizar al menor una parentalidad bilinear y sortear otra deficitaria, en opinión del ponente el resultado final es, al menos, perfectible. El marido puede desconocer al hijo si prueba que éste no es ha nacido como resultado de la procreación médicamente asistida, y también cuando no ha dado su consentimiento a su realización. Si la pareja no estaba casada, el art. 540 dispone que aquel que después de haber dado consentimiento no reconoce al niño nacido de estas prácticas, compromete su responsabilidad frente a la madre y al menor. Mayores dudas todavía si la madre estaba comprometida en una relación de hecho homosexual; los tribunales todavía no se han pronunciado a este respecto.

734 Pénélope AGALLOPOULO, ponencia, cit., p. 21 y sgtes.

de su esposa mediante inseminación artificial. Parece que en este país son utilizados todos los métodos de la procreación asistida, cuyo coste se asume, además, por la Seguridad Social. El anonimato de los donantes se garantiza por el secreto médico. Una sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Atenas de 2000 estableció que la impugnación de la paternidad se excluye en el caso de que el concubino haya consentido en la concepción del niño a través de la inseminación artificial incluso con esperma de tercero⁷³⁵.

En África del Sur⁷³⁶ la *Children's Status Act* de 1987, sección 5, regula los casos de la mujer casada inseminada con esperma de varón distinto de su marido, el cual ha dado su consentimiento; a todos los efectos se considera que el hijo es legítimo y ningún derecho o deber compete a la persona que ha dado el gameto; además se presume, salvo prueba en contrario, que el marido ha prestado su consentimiento a la inseminación de su mujer; el niño nacido mediante la aplicación de estas técnicas no mantiene ningún vínculo jurídico con la persona de quien proviene el gameto; no se prevé la maternidad por subrogación, pero la Comisión Legislativa de África del Sur ha recomendado que se legalice esta técnica bajo estrictos requisitos. La *Human Tissue Act* de 1983 establece requisitos muy severos para la utilización de estas técnicas; inicialmente se prohibió su utilización por las parejas no casadas pero últimamente se ha levantado esta prohibición.

En España la Ley de 22 noviembre 1988 sobre reproducción asistida humana ha regulado diversos aspectos (médicos, administrativos, penales y civiles) de la aplicación de estas nuevas técnicas de procreación humana; la aprobación de la ley fue precedida por los trabajos

735 Pero la autora sostiene (Ponencia, cit., p. 25 y sgte.) frente a la mayoría de la doctrina griega, la validez de un contrato entre la madre portadora y la pareja que lo solicita si se cumplen determinados requisitos (que se trate de una pareja estéril, que se demuestre que la vida de la madre esté en grave riesgo si queda embarazada, y el contrato debe hacerse necesariamente a título gratuito) en tal caso la madre portadora o gestante podrá ser obligada a cumplir el contrato. Si además resulta que la madre portadora ha dado su óvulo, la única solución es la adopción.

736 PANTAZIS, ponencia, cit., p. 9 y sgtes.

realizados por una Comisión formada por juristas, médicos y moralistas; una vez promulgada ha recibido muchas críticas por parte de los primeros, especialmente de los civilistas. El primer Banco de esperma se creó en 1978 y al tiempo de promulgación de la ley se calculaba que había 2000 niños concebidos mediante estas técnicas., calculándose, además, que unas 700.000 parejas podrían beneficiarse de ellas, en 14 clínicas especializadas. La ley prevé las siguientes intervenciones: IA, FIV, TE y TIG; y su finalidad según aquélla no es otro que remediar la esterilidad de la pareja una vez que se han revelado ineficaces el uso de los demás medios procreativos. Los requisitos para utilizar estas técnicas son los siguientes: a) Deberá haber posibilidades razonables de éxito sin poner en riesgo la vida de la madre o del niño a nacer; b) la mujer solicitante debe ser mayor de edad, estar en buen estado de salud psico-física y haber manifestado su consentimiento informado de manera libre y consciente; c) Los equipos encargados de aplicar estas técnicas tienen el deber de informar a todos los intervinientes sobre los aspectos biológicos, jurídicos, éticos o económicos de aquéllas; d) Los consentimientos dados deben hacerse constar en formularios uniformes; e) En cualquier aplicación de las técnicas la mujer tiene derecho a renunciar a proseguirla; f) La historia clínica individual deberá ser tratada reservadamente, lo mismo que la esterilidad de los usuarios de las mismas y todos los aspectos concernientes al nacimientos de los niños así procreados. Está prohibida la fecundación de óvulos con finalidades distintas de la procreación humana. El número de preembriones transferidos al útero de la mujer deberá ser el más adecuado científicamente para asegurar razonablemente el embarazo. Se prevé el contrato gratuito de cesión de gametos así como la cesión hecha por el donante y el Centro autorizado, y esta donación deberá formalizarse por escrito y de forma anónima: los datos de identidad serán conservados en el secreto más estricto, y en clave, en el Centro y Registro Nacional de Donantes (que todavía no se ha puesto en funcionamiento). Las madres y los hijos tendrán acceso a la información general de los donantes, pero no a la identidad de los mismos; excepcionalmente, en caso de peligro de muerte para el niño será posible revelar la identidad del donante, pero sin publicidad. El donante deberá ser mayor de edad, tener plena

capacidad de obrar, y no sufrir enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles. Los Centros velarán para que de un único donante no nazcan más de seis hijos. La ley parece, sin embargo, haber olvidado en el art. 6 exigir la prueba de la esterilidad de la pareja (cabe preguntar si se ha cambiado el objetivo de la misma y ahora se concibe simplemente como alternativa a la procreación por medios naturales); pero sí se requiere que se informe a la mujer de los peligros que pueden afectar a la descendencia y durante el embarazo debido a una edad inadecuada de la madre. Si ésta está casada, su marido debe prestar plenamente su consentimiento, de manera libre, consciente y formal; y de no estarlo, se exige el consentimiento del cohabitante, el cual, una vez prestado, equivale al documento que, en su caso, permite el reconocimiento del niño por nacer⁷³⁷. Más he aquí que la ley admite a las prácticas de la procreación asistida a una mujer sola, cualquiera sea su estado civil, lo que critica la doctrina pues la aplicación de la ley supondrá que el niño que nazca carecerá forzosamente de un padre legal. Asimismo el art. 9º autoriza la fecundación *post mortem* si el marido, o el cohabitante, han autorizado por testamento, o en documento público, que la mujer sea fecundada dentro de los seis meses siguientes a la muerte del marido, con el esperma que éste había depositado en un Banco. La ley prohíbe la maternidad por sustitución y establece que el vínculo de maternidad deriva del alumbramiento. El TC ha rechazado el recurso interpuesto contra esta Ley⁷³⁸.

737 La doctrina destaca el valor que la ley atribuye a este consentimiento prestado por el mero cohabitante, porque en el documento afirma que acepta la fecundación de la mujer con esperma de donante. Sin embargo, el valor jurídico de tal documento es controvertido pues en realidad lo único que prueba es que el niño no ha sido concebido por obra suya. Por otra parte, hasta época reciente, se ha constatado que, en la práctica, los Centros autorizados no investigan sobre la efectiva relación entre el hombre y la mujer que solicitan la aplicación de la procreación asistida, de modo que, en ocasiones, el acompañante se limita a dar un apellido (*prête-nom*).

738 Prosiguen las críticas doctrinales contra la ley. Pueden verse en GARCÍA CANTERO (puesta al día de CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral V-2º*, 10ª ed. [Madrid 1995], p. 215-239). También MARTÍNEZ de AGUIRRE, en su ponencia, p. 11 s. observa la contradicción entre la STC de 17 junio 1999, que ha legalizado el anonimato del donante de esperma, con olvido del art. 39.2 CE que admite la investi-

En el Reino Unido⁷³⁹ la Ley de 1990 ha creado una Autoridad Central que autoriza la instalación de las Clínicas especializadas en la procreación asistida; se considera que esta materia pertenece al interés público, y por ello periódicamente se dan a conocer los Códigos de la práctica que rigen en cada caso la procreación asistida⁷⁴⁰ En la realidad, la utilización de la PMA depende del nivel económico de los padres y del poder discrecional de los Equipos médicos que trabajan en las Clínicas especializadas.

También se ha promulgado una Ley sobre la PMA en Austria en 1992, inspirada en principios más bien restrictivos⁷⁴¹. La inseminación homóloga en el interior de la pareja no plantea graves problemas jurídicos; en cambio, la inseminación heteróloga, aunque se trate de un remedio poco complicado para la esterilidad, plantea, sin embargo, graves problemas de control. El legislador prefiere la inseminación homóloga y prohíbe la donación de óvulos y la transferencia de gametos. Sólo las parejas heterosexuales, casadas o cohabitantes, son admitidas a la procreación asistida una vez que los métodos naturales han fracasado. Está prohibida la inseminación *postmortem* y también la maternidad por subrogación. La PMA se aplica únicamente en los centros autorizados; pero la inseminación homóloga puede practicarse en los Hospitales o por ginecólogos. Los cónyuges deben estar bien informados de las

gación de la paternidad, y, a su vez con la STS de 21 septiembre 1999, que ha declarado contrario a la Constitución lo que los franceses denominan *accouchement anonyme*, para lo cual se apoya en la dignidad de la madre y del menor, protegidos por el art. 10 CE, el principio de igualdad (art. 14 CE) y el art. 39.2. El TC da como explicación que si se elimina el anonimato desaparecerán los Bancos de esperma. Pero ello significa poner los hechos antes que la ley suprema. Debiera haberse modificado la Constitución antes de aprobar la Ley.

739 V. la ponencia cit. de Lilian EDWARDS.

740 Por ej. en el Código 2001 se prevé el efecto que el recién nacido por estas prácticas podría causar en los demás hijos nacidos antes, así como las actitudes de los demás miembros de la familia pudieran mantener respecto de aquél, e, incluso, la eventual reclamación de paternidad del mismo.

741 Bea VERSCHRAEGEN ponencia, cit., p. 2 y ss.. De la misma autora puede verse igualmente la crónica *Family Law reforms in Austria from 1992 to 1999*, en The International Survey on Family Law. Edition 2001, p. 35 ss.

consecuencias médicas, así como los cohabitantes y los donantes de las consecuencias jurídicas de sus actos. La mujer que ha dado a luz será considerada legalmente la madre, mientras que será padre legal el que le ha reconocido⁷⁴². El donante de esperma no podrá nunca llegar a ser padre, pero el anonimato no está protegido por la ley; el hijo, a partir de los 14 años tiene derecho a conocer la identidad del donante, pero ello no sirve para una acción de reclamación de la paternidad. Los cónyuges dan su consentimiento por escrito, y el cohabitante mediante documento público notarial. Para cada fecundación sólo podrá utilizarse el esperma de un único donante. El depósito de material genético en los Bancos especializados se limita en su duración a un año. Los Centros tienen la obligación legal de conservar durante 30 años las historias clínicas, y a partir de esta fecha se trasladan al Gobierno de la provincia, de modo que, en la práctica, al cabo de ese tiempo será muy difícil encontrar la prueba de la identidad del donante.

En Suiza⁷⁴³ se ha promulgado una Ley sobre PMA en 1998 (con entrada en vigor en el 2001), la cuál ha sustituido a las directivas de carácter profesional y a las reglamentaciones cantonales. En aplicación del principio de la *ultima ratio*, los métodos de la PMA, autorizados en Suiza, sólo pueden aplicarse para remediar la esterilidad de una pareja una vez que han fracasado, o son inútiles, los demás, y también para evitar el riesgo de transmisión de una enfermedad grave e incurable a los descendientes; en cada caso la PMA se subordina al bien del hijo por nacer, exigencia que deriva de la protección de la personalidad y de la familia, tal como se inspira el art. 119. pár. 2º de la Constitución.

742 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 3, pone de relieve las diferencias con la filiación biológica: "En derecho austriaco en el caso de la procreación artificial es conocido el padre, aunque no puede ser declarado como tal, mientras que la madre de un hijo ilegítimo no puede ser obligada a dar el nombre del padre, y muchas veces ella lo ignora. La madre de un menor nacido sin ayuda artificial tiene un derecho de veto, mientras que en el caso de la procreación artificial ella carece de influencia sobre la comunicación de la identidad del menor". En todo caso, parece claro que el padre legal del menor nacidos mediante PMA será el marido que ha dado su consentimiento a la inseminación de su mujer con el esperma de un tercero, y lo mismo en el caso del cohabitante.

743 LEUBA-MEIER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 6 ss.

Está prohibida la donación de óvulos y de embriones, la maternidad de sustitución así como la utilización de los gametos y óvulos de una persona después de su muerte. El conjunto de los métodos de la PMA son accesibles a las parejas casadas siempre que pueda establecerse un vínculo de filiación y que, en atención a su edad y situación personal, la pareja esté en condiciones de educar al menor hasta su mayoría de edad; la ley no establece una duración mínima del matrimonio o de la vida en común, si bien la PMA presupone cierta estabilidad y duración de la pareja afectada; la ley no establece una edad mínima, ni máxima para aplicarla; la menopausia determina un límite natural ya que está prohibida la donación de óvulos. Esta prohibida la inseminación de las parejas heterosexuales de hecho con esperma de donante, para impedir el incremento de niños sin padre legal. Las parejas heterosexuales quedan absolutamente excluidas de la POMA bajo cualquier modalidad. Una persona sola no puede utilizar estas técnicas; la esterilidad implica haber mantenido relaciones sexuales habituales y no meras uniones ocasionales. Para establecer la filiación en virtud de la PMA el derecho suizo aplica las reglas tradicionales y, en particular, el adagio *mater semper certa est*. El derecho suizo ha intentado, en la medida de lo posible, asimilar los requisitos de la PMA a las de la filiación biológica, como en el caso de la adopción. Sin embargo, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 3º de la ley se deja a la discreción del médico, en el marco de un examen más bien somero, careciendo además de la capacitación de las autoridades que intervienen en la adopción. En cuando al donante, la ley en ciertos casos excepciona el anonimato; antes de cumplir 18 años el hijo nacido por estas técnicas no puede acceder a los datos correspondientes a la personalidad del donante, a menos que demuestre tener un interés legítimo; una vez llegado a la mayoría, puede solicitar de la Oficina Federal del Estado civil los datos relativos a la identidad del donante y a su aspecto físico, y ello incondicionalmente; cualquiera sea la edad del hijo no puede acceder a otros datos sino haciendo valer un interés legítimo.

En Australia, en ausencia de una legislación específica, se espera la promulgación de un Reglamento con criterios muy amplios para utilizar los nuevos métodos de la PMA, que permitan constituir nue-

vas familias, incluso de un solo progenitor, bajo el control de la *Family Court*⁷⁴⁴ En Nueva Zelanda se aplica el *Status of Children Amendment Act* de 1987, al objeto de establecer que en el caso en que una mujer ha quedado encinta por inseminación artificial o mediante la implantación de un embrión donado por un tercero, el marido que lo ha consentido será el padre del hijo que aquélla dé a luz. En el caso de una maternidad de sustitución el procedimiento ordinario para la pareja que ha encargado el embarazo es la adopción del hijo. En el caso de una pareja de lesbianas, la compañera de la madre no obtiene automáticamente la autoridad parental sobre el menor, aunque los tribunales prefieren concedérsela antes que autorizar la adopción. Al tiempo de redactar la ponencia se discute en el Parlamento un proyecto de ley sobre la reproducción humana asistida que prevé la información sobre el donante a favor del hijo nacido por tales prácticas y, en algunos casos, la posibilidad de que se levante el secreto o anonimato⁷⁴⁵.

En conclusión: No hay soluciones unánimes en esta materia en relación con la PMA. En mi opinión, los legisladores se encuentran en un compás de espera; en primer lugar, ante el continuado progreso científico pues es posible que: en un futuro próximo se descubran métodos más seguros que los actuales (el porcentaje de éxito apenas alcanza el 20% de casos), así como los resultados obtenidos en la práctica por las leyes ya promulgadas. Se acepta, en principio, la utilización de las técnicas de la PMA y se piensa que la ley debe regularlas. Pero se prefiere esperar a la evolución de la Biología para comprobar sus progresos, así como su abaratamiento (pues en la práctica sólo es utilizable por la clase media alta). En cuanto a la forma de regularlo, hay países que han aprovechado una reforma de la filiación en general para introducir en ella los supuestos de PMA; otras veces se utiliza el procedimiento de promulgar una ley especial que comprenda la totalidad de aspectos (médico, administrativos, penales, además de los estrictamente civiles). Hay países que prefieren abrir un gran debate, no sólo a nivel científico y jurídico, sino social y ético, antes de legislar. Entrando en detalles se

744 ZIEGERT, ponencia, cit., p. 26.

745 Virginia GRAINER, ponencia, cit., p.

observan escasas coincidencias; se acepta sin problemas la admisión de las parejas casadas a la utilización de estas técnicas; pero hay dudas para admitir a las parejas no casadas, y resulta excepcional la aceptación de mujeres solas; normalmente se prohíbe la utilización de la PMA *post mortem*, y casi unánimemente se prohíbe la maternidad subrogada. Lo propio ocurre respecto de la clonación humana.

12. EL DERECHO DE FILIACIÓN. LAS RELACIONES PADRES-HIJOS

La primera revolución realizada en el Derecho de Filiación se produce en los países occidentales después de la Segunda Guerra Mundial, la cual condujo al principio de igualdad de la filiación y, consecuentemente, a la plena equiparación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Tales cambios se reflejan en los países del *Civil Law* mediante las correspondientes reformas introducidas en sus Códigos civiles, y aparecen plenamente incorporados a la doctrina jurisprudencial en los países del *Common Law*. Pero a finales del siglo XX van a influir en el Derecho de filiación otros fenómenos. En primer lugar, las diversas leyes sobre PMA aludidas en el apartado anterior; además la aplicación de una nueva legislación sobre matrimonio y parejas de hecho; por último, la evolución jurisprudencial derivada de la aplicación de las leyes promulgadas durante la primera revolución del Derecho de Filiación. Así aparecen nuevas leyes sobre filiación en Holanda (1997) y Alemania (1998), así como en algunos estados norteamericanos y también han incluido en la jurisprudencia de su Tribunal Supremo.

En Holanda ⁷⁴⁶ se han eliminado discriminaciones residuales en el Cc respecto de la filiación ilegítima, y se ha tenido en cuenta la nueva legislación familiar ya mencionada. Se diferencia así entre: a) el vínculo de *parentesco legal* que en la medida de lo posible trata de adaptarse al vínculo biológico; b) hay un *padre genético* (identificado con el donante de esperma), y un *padre procreador* que corresponde a quien ha procreado naturalmente al menor; c) hay una *paternidad social* que se

746 Masha ANTOKOLSKAIA, ponencia cit.

deduce del hecho de que un menor es educado y criado por un adulto que no es su padre biológico. En cuanto al vínculo de maternidad se aplica el antiguo adagio *mater semper certa est*, es decir que la madre es la mujer que ha dado a luz al niño, o que la ha adoptado; se trata de una presunción que se aplica también a la madre subrogada cuyo vínculo de maternidad es inimpugnabile pues la única posibilidad de que la madre que ha encargado el embarazo, se haga cargo del niño, es adoptarlo. En cuanto al vínculo de paternidad se conservan las presunciones clásicas, que no se aplican, sin embargo, a los cohabitantes de hecho ni a las parejas homosexuales (en contradicción con la reciente ley que ha autorizado el matrimonio homosexual). Estas presunciones pueden impugnarse, salvo en el caso de la procreación asistida. Para los hijos nacidos fuera de matrimonio el vínculo de paternidad puede establecerse mediante el reconocimiento voluntario o forzoso (posibilidad antes no permitida); el reconocimiento voluntario está sujeto a requisitos muy estrictos, y a veces muy debatidas ante los Tribunales.

En Alemania⁷⁴⁷ una Ley de 1998 ha modificado el texto del BGB, anteriormente ya reformado en materia de filiación. El ponente subraya que el legislador alemán no opera con ficciones, sino con presunciones. En principio los vínculos de paternidad y maternidad se basan en el vínculo biológico, de modo que el hijo tiene *un derecho a su padre* y no *un derecho a cualquier padre*. Pero la presunción se transforma en ficción en el caso en que haya prescrito la acción de impugnación. En cuanto al vínculo de maternidad, por vez primera se ha introducido en Alemania el principio de que la madre es la mujer que ha dado a luz al hijo. Para el futuro el ponente plantea dos cuestiones: a) cómo compatibilizar la responsabilidad paterna con las tendencias favorables a reconocer, cada vez en mayor medida, derechos a los menores, incluso antes de la pubertad; y 2) cómo detener la devaluación progresiva de la función paterna en la sociedad. El Ponente se interroga a este respecto: *How encourage young couples to become parents, and how to create a fair balance between parental and societal responsibility for the upbringing of children?*

747 COESTER, ponencia, cit., p. 12 ss.

En los Estados Unidos⁷⁴⁸ se señala una evolución de la jurisprudencia hacia lo que puede calificarse de *filiación de elección*. En efecto, la leyes de algunos Estados prefieren otorgar el derecho de guarda y de visita a personas que no tienen vínculos jurídicos con el menor, y ello con preferencia a los padres biológicos. En este sentido los *Principles of the Law of Family Dissolution* (2000) del *American Law Institute* ha elaborado la nueva categoría de *de facto parent*, o bien de *parent by stoppel*. En 1989 el TS de los Estados Unidos ha declarado constitucional la ley californiana que deniega la acción de reclamación de paternidad cuando la madre está casada con otro hombre.

La cuestión de si la PMA altera el concepto de procreación no aparece profundizada en las ponencias recibidas. El Ponente español señala que hace algunos años el principio de la verdad biológica se consideraba en Europa como una conquista definitiva del progreso jurídico, que ahora se desmiente en las diversas leyes sobre la PMA⁷⁴⁹. Se acepta al menos que el hijo así procreado, una vez llegado a la mayoría, o en el momento de contraer matrimonio, pueda conocer la identidad del donante⁷⁵⁰, pese a no poder interponer, por regla general, una acción de reclamación de filiación en su contra. Por último, si bien la mayoría de las ponencias defienden la igualdad de filiaciones, la austríaca reconoce que el estatuto legal del hijo procreado mediante estas técnicas es diferente del procreado por medios naturales⁷⁵¹, y la alemana afirma que si bien los efectos son legalmente iguales, en la práctica el hijo puede encontrar dificultades⁷⁵².

748 MEYER, ponencia, cit., p. 12 y ss.

749 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ponencia, cit., p. 11. En la ponencia de Venezuela se dice que la PMA hace perder intimidad al acto procreador y reduce el protagonismo de los progenitores, y se plantea la cuestión de si será preciso modificar la Constitución si se legisla en esta materia (Haydee BARRIOS, ponencia, cit., p. 15).

750 En la ponencia escocesa se interroga sobre la necesidad de información que se producirá en el país, a partir del año 2008, en el que alcanzarán la mayoría los primeros hijos así concebidos. En Nueva Zelanda, según el proyecto de ley discutido en el Parlamento, el acceso público a los archivos de la PMA tendrá lugar a los 25 años de la fecundación.

751 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 3.

752 COESTER, ponencia, cit., p. 17.

Algunos países reconocen el llamado derecho de la persona a conocer sus orígenes genéticos. En Alemania⁷⁵³ tal derecho no está reconocido por la ley, pero ha sido declarado por la doctrina del TC como manifestación general del derecho a la personalidad. Este derecho se encuentra en la base del derecho a la información sobre la identidad del padre genético, y pertenece al hijo frente al Estado, y respecto de su madre. En el caso de inseminación heteróloga, si se ha destruido o no se aplica la paternidad del marido de la madre, el menor podrá ejercer su acción contra el donante; y si no es posible identificar a este último, el hijo podrá reclamar daños y perjuicios al médico que ha incumplido su obligación de conservar la documentación requerida. En Holanda⁷⁵⁴ este derecho tiene dos aspectos: el derecho a conocer el padre que ha procreado por métodos naturales al hijo, y el derecho a conocer la identidad del donante que ha intervenido en la PMA. El primer caso no aparece regulado por la ley, pero el segundo ha sido establecido por la jurisprudencia en el *caso Valkenhorst*⁷⁵⁵. El Tribunal Supremo ha establecido que el derecho a la personalidad incluye el derecho a conocer la identidad de los progenitores, apoyándose en el art. 7º de la Convención de la ONU de los Derechos de los Menores de 1989; se especifica que este derecho no tiene un carácter absoluto y sólo en determinadas circunstancias podrá prevalecer sobre el derecho a la intimidad de la madre; esta es la regla aplicable teniendo en cuenta el carácter vital que este derecho tiene para el hijo y el papel que la madre ha tenido en la existencia del hijo. Esta sentencia ha originado un vivo debate en la doctrina holandesa. En cuanto a la PMA, la ley regula el anonimato del donante, pero otra ley sobre el depósito de los protocolos sobre la donación de gametos prevé la posibilidad de que el mayor de 16 años tenga acceso a tales datos. En Suiza⁷⁵⁶, a partir de 1992, la tendencia ha sido claramente a favor de reconocer un verdadero derecho

753 COESTER, ponencia, cit., p.15.

754 Masha ANTOKOLSKAIA, ponencia, cit., p. 14 ss.

755 Es el nombre de una institución caritativa en la que durante los años 1920-1940 las madres solteras daban a luz a sus hijos, algunos de los cuales han demandado a aquéllas para obtener información sobre los padres..

756 LEUBA-MEIER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 14 ss.

a conocer sus orígenes; y ello, de una parte, debido a una disposición constitucional, que ha sido interpretada como de alcance general, al consagrar un derecho fundamental a conocer su ascendencia, y de otra al ratificar la Convención de 1989 cuyo art. 7º lo establece si bien *dans la mesure du possible*. En consecuencia el Parlamento federal ha decidido introducir el nuevo art. 268c, que no supone imperativamente el derecho de transformar el vínculo biológico en jurídico, sino que permite al hijo encontrar su identidad para permitirle construir su equilibrio personal⁷⁵⁷. En España el art. 5º de la Ley de 1988 permite solicitar en cualquier momento información general sobre los caracteres físicos del donante, pero sin conocer su identidad; sólo en casos graves para la salud del hijo, o cuando exista un procedimiento criminal se puede conocer la identidad de aquél aunque sin repercusión de ninguna clase en la filiación. En Japón⁷⁵⁸, el problema no está regulado por la ley, pero se considera que pertenece a las reglas de la buena práctica médica; para la filiación en general, cabe acudir a los libros del Registro del Estado civil para conocer los orígenes, en la PMA se considera que el secreto es un secreto del donante, y únicamente en caso de acuerdos celebrados con el hijo mayor de edad, éste podrá acceder a los datos registrales, o en el caso de delito o cuando el interés del hijo sea preferente.

Los problemas planteados por el supuesto *derecho al hijo* (que podría calificarse mejor de *derecho a la procreación*), y, paralelamente, *el derecho del hijo a un hogar* parecen pertenecer, más bien, a la Filosofía del derecho, y quizá por esta razón han sido aludidos sumariamente y sólo en algunas ponencias. En Alemania⁷⁵⁹, como consecuencia de la juris-

757 En contraste este derecho fundamental no existe en Austria, aunque tampoco existe, como vimos, un derecho al anonimato (Bea VERSCHRAEGEN, ponencia cit., p. 3); en Grecia aquél derecho no está reconocido (Pénélope AGALLOPOULO, ponencia cit.p. 22). En Quebec (MOORE, ponencia, cit., p. 4 ss.), en contraste con las facilidades que la ley otorga en caso de adopción, el art. 542 CcQ establece el carácter confidencial de los informaciones sobre la identidad en relación con la PMA. En Africa del Sur (PANTAZIS, ponencia cit., p. 15) no hay ninguna clase de información en el caso de la PMA, lo que podría considerarse inconstitucional.

758 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 3 s.

759 COESTER, ponencia, cit., p. 18 ss.

prudencia del TC, se sostiene que, respecto del recién nacido sus padres tienen el derecho de encargarse de él y de educarle conforme al art. 6° de la Constitución, pero no está garantizado expresamente un derecho al hijo. Sin embargo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye el derecho a ejercer la capacidad sexual con la finalidad de tener, o no tener, hijos propios. El derecho a la procreación es el derecho a utilizar los medios adecuados para tener hijos, sea naturalmente, sea por vía de la adopción, y es de naturaleza individual. El Estado no tiene la obligación de proporcionar hijos a los padres que los desean, y los terceros no tienen el deber de colaborar en ello. El Estado no tiene el deber de financiar la PMA; tampoco existe un derecho a la clonación. En cuanto al hijo ya concebido (*nasciturus*) sus padres tienen derecho, frente al Estado, de que éste haga todo lo posible para que nazca. Frente al otro cónyuge hay problemas ya que si se cumplen los requisitos establecidos en la ley para el aborto, el otro no podrá oponerse al mismo; pero ante un aborto ilegal puede invocarse la protección constitucional del embrión. En general no se estima que el niño tenga derecho a un hogar, pero sí que tiene derecho a ser educado por sus progenitores. Sería contrario a los derechos de la personalidad que la PMA se aplicara fuera de un ambiente familiar. La ponencia austriaca⁷⁶⁰ dice que el legislador da por supuesto que el hogar familiar resulta ser el ambiente ideal para educar a un niño. Los padres tienen un *derecho-deber*, es decir, de asumir sus responsabilidades frente al hijo, por tanto tiempo como sea posible, con la intervención del Estado que puede llegar hasta la colocación del menor en otro hogar. El menor tiene derecho a ser educado por sus padres, paralelamente al deber de éstos; en caso de incumplimiento de tales deberes el Estado adoptará las medidas adecuadas. En Venezuela⁷⁶¹ se niega que exista un derecho al hijo, sino que más bien el niño que va a nacer ostenta derechos en su favor; así el art. 75 de la Constitución declara que el niño tiene derecho a vivir, a ser educado, y a desarrollarse en el seno de su familia de origen; el art. 76 declara también el derecho de los padres de elegir libre y responsablemente el

760 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 4.

761 Haydee BARRIOS, ponencia, cit., p. 25.

número de hijos que quieren procrear. En la ponencia japonesa se nos dice⁷⁶² que *though no statutory provisions exist, it is taken for granted by lawyers that a child has a right to be born and nurtured in a loving family setting. While there is no definition in the laws concerning types of a loving family includes non only a conyugal family but also a single parent family since society has become aware of variations in family life since the 1970s.* En Escocia⁷⁶³ se sostiene claramente que la ley no reconoce el derecho de los padres a tener un hijo, pero tampoco reconoce el derecho del niño al hogar (pese al art. 7º del Convenio de 1989). La ley prefiere establecer *the best interest* del menor, lo cual no constituye propiamente un derecho del mismo sino más bien un paradigma que puede utilizarse frente al derecho de los padres.

13. EL RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN

El cuestionario alude a la adopción por tratarse, en cierto modo, de una institución familiar emblemática. El vínculo adoptivo es un vínculo ficticio de filiación, es decir, se trata de un vínculo creado por la ley bajo determinados requisitos, inspirado tradicionalmente en la regla romana *adoptio naturam imitatur*. Institución que, a lo largo de la historia, ha conocido numerosas alternativas (así en Escocia sólo existe desde 1930, y en Holanda se introdujo como tal en 1954). Pero en Europa, en general, y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX la adopción ha conocido propiamente una edad de oro, dando lugar a reformas legislativas generalizadas mediante leyes especiales al margen de los Códigos; en el momento actual debe hacer frente a nuevas situaciones socio-económicas (por ej. descenso de la natalidad, revalorización de la filiación extramatrimonial, aborto generalizado, etc.) que han obligado a buscar niños para adoptar en otros países y, a veces, en otros continentes.

Salvo algunas excepciones parece generalizada una *fuerte intervención pública en la constitución de la adopción*. Así en España la regla gene-

762 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 4.

763 Lilian EDWARDS, ponencia cit.

ral es el monopolio de la Administración a la hora de elegir a los adoptantes, así como para declarar la aptitud general de éstos para adoptar; ciertamente, sólo el Juez autoriza la adopción caso por caso, pero lo hace únicamente a favor de los candidatos propuestos previamente por la Administración. En Escocia la adopción siempre ha estado bajo control estatal, desconfiándose de las adopciones privadas. En Alemania la Ley de 1989 ha establecido el monopolio de las Agencias públicas que intervienen decisivamente en la adopción, completando así el régimen legal del BGB. En Africa del Sur no parece excesiva la intervención pública⁷⁶⁴. Por el contrario la intervención administrativa parece mínima en el Japón, y en Holanda tras una reciente reforma legal⁷⁶⁵.

Se subraya también la promulgación de nuevas leyes o la espera de una legislación inspirada en criterios diferentes. En Grecia ⁷⁶⁶, la Ley de 1996 ha modificado profundamente el Cc. En España la reforma de esta institución se ha producido en dos fases, mediante leyes de 1987 y de 1996, caracterizándose por una descentralización administrativa en el sentido de que cada Comunidad Autónoma tiene competencia para legislación en materia de asistencia a menores, siendo la adopción una de sus manifestaciones, y, asimismo, por la finalidad de acomodar el derecho español a las Actas de las Conferencias de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, dado que el mayor número de adopciones aprobadas en España en los últimos años se refiere a menores procedentes de Colombia, Rumania, Rusia, India, etc. En Holanda⁷⁶⁷ la adopción que había sido introducida en 1954, ha sido profundamente reformada en 1998, teniendo en cuenta las demás reformas introducidas en el Derecho de familia. En Nueva Zelanda⁷⁶⁸ la *Law Comission* en

764 CHUMA HIMONGA, ponencia, cit., p. 18 s. refiere las dificultades que encuentran los trabajadores sociales que intervienen ante los Tribunales para hacerse entender en los informes que emiten antes de la adopción.

765 Masha ANTOLOSKAIA, ponencia cit. subraya, sin embargo, que la nueva ley concede mayor poder discrecional a los Tribunales para aprobar la adopción.

766 Pénélope AGALLOPOULO, ponencia, cit., p. 19 s.

767 Masha ANTOLOSKAIA, ponencia cit.

768 Virginia GRAINER, ponencia cit.

su Informe del año 2000 propone la reducción del número de adopciones fuera del ámbito de la familia biológica, al objeto de revalorizar la función desarrollada por ésta. El fenómeno de la reducción de las adopciones extrafamiliares se señala también en Japón, Escocia y Suiza. Algunos países parecen encontrarse en actitud de espera; así en Austria⁷⁶⁹ se observa que la adopción interna sólo produce los efectos de la *adoptio minus plena*, y, de otra parte, que existe una desconfianza generalizada a propósito de las Agencias especializadas en adopción internacional: caso similar al de Alemania⁷⁷⁰ en donde se teme que la adopción internacional pueda representar una cobertura legal de la maternidad subrogada, prohibida por la ley.

En cuanto a los aspectos civiles, la problemática puede sintetizarse así: ¿Adopción única o plural? ¿Ruptura o conservación de los vínculos con la familia biológica? ¿Eficacia de la adopción sólo respecto de los adoptantes o también en relación con la familia de éstos? ¿Equiparación a todos los efectos con la filiación biológica, o conservación de algunas diferencias? ¿Revocabilidad o irrevocabilidad de la adopción? Pero las ponencias nacionales plantean otros problemas; así en Suiza⁷⁷¹ la adopción intrafamiliar también resulta cuestionada cuando el nuevo cónyuge adopta al hijo legítimo del otro después del divorcio, pues en tal caso el consentimiento del otro progenitor podría ser el precio de algunas concesiones en perjuicio del hijo legítimo que pierde los vínculos familiares originarios; por lo demás, la adopción solicitada por una persona sola sigue siendo excepcional en la práctica. En Escocia⁷⁷² se propone la unificación de los requisitos administrativos de la adopción, así como generalizar la llamada *adopción abierta* que permite conservar los contactos entre los adoptantes y los padres biológicos. Distinto es el cambio que plantea la nueva ley holandesa que pretende liberar a la adopción de la antigua sujeción a la naturaleza, al objeto de que esta institución pueda realizar una nueva forma de *paternidad social* permi-

769 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 4 y s.

770 COESTER, ponencia, cit., p. 22 s.

771 LEUBA-MEYER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 15 ss.

772 Lilian EDWARDS, ponencia cit.

tiendo adoptar a las parejas homosexuales. En el mismo sentido la *Law Commission* de Nueva Zelanda, en su Informe del 2000 proponer ampliar la adopción a personas solas, homosexuales o de edad avanzada, si bien respetando siempre los vínculos biológicos⁷⁷³. Partiendo de otros presupuestos, la ponencia austríaca⁷⁷⁴ propone el reconocimiento de una *paternidad social a tiempo parcial o limitado*, teniendo en cuenta los casos en que los adoptantes solicitan y obtienen el divorcio después de la adopción (psicológicamente el adoptado, en tal caso, viene a sufrir un segundo abandono).

Cabe decir con carácter general que —salvo para los interesados— la adopción no parece ser hoy un tema que apasione a la opinión pública, ni que forme parte de las preocupaciones de los partidos políticos. En todo caso resulta claro que el Estado es directamente responsable de regular adecuadamente esta institución familiar, creada totalmente por el derecho y cuyo éxito y buen funcionamiento va a condicionar el futuro de varios miles de menores en cada uno de nuestros países.

14. THE BEST INTEREST OF CHILD

Esta regla se reconoce en casi todas partes como principio general, sea en los países del *Civil Law* como los del *Common Law*, y también en los países sujetos a sistemas mixtos; a veces se ha recogido en la Constitución (así el art. 39.2 de la Const. Esp.) o, simplemente a través de la recepción de la Convención de los Derechos del Menor de 1989 cuya ratificación se ha generalizado. En la mayoría de las ponencias nacionales (Africa del Sur⁷⁷⁵, Alemania⁷⁷⁶, Australia⁷⁷⁷, Austria⁷⁷⁸, Escocia⁷⁷⁹,

773 Virginia GRAINER, ponencia cit.

774 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 5.

775 Chuma HIMONGA, ponencia, cit., p. 20 ss.

776 COESTERR, ponencia, cit., p. 22 ss.

777 ZIEGERT, ponencia, cit., p. 23.

778 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 5.

779 Lilian EDWARDS, ponencia cit.

Japón⁷⁸⁰ y Venezuela⁷⁸¹) se la acepta claramente como una regla que sirve para resolver cualquier litigio a favor del menor, aunque se sostiene que no debe entrar en conflicto con la autoridad paterna. Pero no cabe olvidar que el *bonum filii* o *l'interêt préférentiel de l'enfant* no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, un *standard* de conducta cuya apreciación concreta corresponde al Juez. Si se le pone en relación con la autoridad paterna, la respuesta parece que debe concederse siempre la supremacía al derecho del menor⁷⁸²; pero, en otras hipótesis que se encuentran en la vida real la solución del conflicto no parece fácil. Hay que desear que el principio *the best Interest of Child* continúe desarrollándose en todos los países y sistemas, pero parece conveniente que una autoridad paterna —siempre al servicio del hijo— sea revaluada, precisamente a favor de los hijos. Después de un larga historia, el si-

780 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 6.

781 Haydee BARRIOS, ponencia, cit., p. 29 s.

782 En Alemania (COESTER, ponencia, cit., p. 24 ss) la ley establece restricciones respecto de la persona y del patrimonio del menor, y lo mismo cuando los progenitores hacen mal uso de los poderes paternos o cuando han ocasionado un mal funcionamiento de los mismos. Se trata de reglas contenidas en todos los códigos europeos continentales. En Escocia (Lilian EDWARDS, ponencia cit.) últimamente se ha planteado el tema de los castigos corporales infligidos a los hijos por sus padres.; la doctrina tradicional habla de un *castigo razonable*; pero si se traspasan estos límites el hecho podría perseguirse como infracción penal y el menor podrá obtener una intervención del Juez para que en el futuro no se repitan tales excesos por parte de los padres. Se ha intentado encontrar un equilibrio entre el poder disciplinario de los padres en el hogar y los derechos del menor. Sin embargo la s. del Trib. de Estrasburgo *A vs UK* (1999) parece obligar a una revisión de la legislación inglesa y escocesa (se trataba de un menor de 9 años maltratado salvajemente por su *step-father*; se piensa así en una prohibición absoluta de los castigos corporales mientras el menor no cumpla tres años. En cuanto al derecho de visita de una padre divorciado es interesante el caso *White vs White* (2001), en el que la *Inner House* ha resuelto que la denegación del derecho de visita a un padre divorciado no viola el art. 8° de la Convención de 1950. Pero el tema sigue abierto en la doctrina. En Africa del Sur el principio *the best interest of Child* se aplica con carácter general y ha comenzado a influir en la jurisprudencia de los tribunales en materias tales como la guarda compartida o el derecho de visita, y permite descartar la aplicación de leyes tales como la que no concede al padre la autoridad paterna en caso de filiación nacida fuera de matrimonio, y, en general, influye en el concepto de *parental Responsibility* (Chuma HIMONGA ponencia, cit., p. 21 s.).

glo XX ha conocido el *éclatement* de los derechos del menor; pero en la práctica todavía cabe encontrar a padres que han abdicado de sus deberes para con los hijos, originándose así una generación de jóvenes educados sin principios. En mi opinión habría que reencontrar el equilibrio en esta materia.

15. LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD⁷⁸³ EN EL DERECHO DE LA FAMILIA

He incluido este punto en el cuestionario con la finalidad de averiguar si, además del lugar que debe corresponder en la sociedad a este grupo de personas⁷⁸⁴, ese sector creciente (en los países occidentales representaba la quinta parte de la población total a principios del siglo XXI, y en pocos años alcanzará la cuarta parte de aquélla; hoy equivale aproximadamente a todos los menores de quince años), continúa desempeñando todavía un papel en el Derecho de familia (de hecho los abuelos se están ocupando de sus nietos cuando ambos progenitores trabajan), padeciendo por su parte específicos problemas jurídicos. Las respuestas han sido muy desiguales pues únicamente se hacen eco de la cuestión en siete ponencias y muy pocas profundizan realmente en el tema. En algunos países la Constitución se ocupa del tema⁷⁸⁵, o bien la doctrina

783 Hay incertidumbre en cuanto a la terminología a utilizar. Se trata de personas que han cesado en el trabajo por cuenta ajena, tanto en el sector privado como en el sector público, ya sea obligatoriamente por mandato de la ley, sea por incapacidad como consecuencia de un accidente, sea con carácter voluntario. Los franceses dicen que se trata de personas *en pension ou en retraite*; metafóricamente se habla de la Tercera Edad, pero los avances gerontológicos permiten hablar de la Cuarta Edad de los *mayores dependientes*. En inglés se prefiere el término *Elderly*. Bajo una perspectiva jurídica cabe estudiar la situación de estas personas en el marco de los derechos fundamentales de la persona, o bien bajo la perspectiva administrativa analizando la acción social en su respecto, o, por último, bajo una óptica exclusivamente privada, que es la que aquí interesa.

784 Puede verse en general GARCÍA CANTERO, *Notas sobre la senectud como estado civil de la persona*. En Homenaje a Vallet de Goytisolo, I (Madrid 1988) p. 288 ss.

785 El art. 80 de la Const. de Venezuela prevé que el Estado, de acuerdo con la familia y la sociedad, debe garantizar a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos, especialmente el respeto a su dignidad y autonomía, garantizando la calidad de vida.

intenta extraer de sus preceptos algunos principios generales aplicables a estas personas. Los mecanismos jurídicos utilizados hasta ahora para ayudar a estas personas (tutela, curatela, etc.) han llamado recientemente la atención del legislador en algunos países (Francia, Alemania, Italia, etc.). Por último, alguna ponencia ofrece incluso un cuadro general de los derechos de estas personas respecto de su familia y de la sociedad.

En Austria⁷⁸⁶ se constata que el legislador apenas si se ha ocupado de este tema y la doctrina tampoco lo trata; sin embargo el legislador debería asegurar que las personas que han contribuido a crear la familia y a mantenerla sean respetadas por sus descendientes y por la sociedad; no se trata sólo de un problema de derecho civil sino de derecho social. En cuanto al derecho civil, habría que promocionar un *equilibrio de derechos y de obligaciones*: por ej. entre el derecho a los alimentos de los hijos y sus derechos de sucesión, frente al derecho de los padres a solicitar alimentos a sus hijos, y el deber de los padres de garantizar una parte obligatoria de la herencia a favor del hijo. En el plano social la actual generación que trabaja y contribuye al pago de las pensiones de los mayores, así como a las prestaciones por paro saben que las futuras generaciones no estarán probablemente en condiciones de pagar las pensiones de jubilación de los que trabajan actualmente. En el Japón se subraya⁷⁸⁷ *the third age person has the right to lead a dignified family life*, y lo propio en Africa del Sur⁷⁸⁸ en donde las personas mayores son objeto de especial protección contra la violencia doméstica.

En el derecho escocés⁷⁸⁹ se dice que se ha creado en octubre del 2000 *the royal Commission on long term care for the Elderly*, con competencia para

El art. 50 de la Const. Esp. de 1978 dispone a este respecto: "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio".

786 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 5 s.

787 MINAMIKATA, ponencia cit.p. 6.

788 PANTAZIS, ponencia, cit., p. 18 s.

789 Lilian EDWARDS, ponencia cit.

todo el Reino Unido ya que la materia de pensiones y seguridad social corresponde al Parlamento inglés; sin embargo, la salud, el derecho de familia y de sucesiones, así como los abusos contra las personas mayores son competencia del Parlamento escocés. En la jurisprudencia se observa que a los abuelos no se les otorga automáticamente la guarda de sus nietos, si bien en caso de divorcio tienen alguna posibilidad de acceder a ella. En el caso *Smith vs Woodhead* (1996) el Tribunal dio la razón a un menor de 12 años que prefirió convivir con sus abuelos en vez de con su madre. También se está estudiando la influencia que ejerce la jurisprudencia del Tribunal de Derecho Humanos de Estrasburgo en los Tribunales escoceses.

En Alemania⁷⁹⁰ la familia nuclear ha sustituido a la familia extensa —fenómeno, por lo demás, bastante generalizado— y por este hecho los ascendientes ya no conviven con sus hijos; en el caso de que aquéllos no estén en condiciones de cuidarse por sí mismos, hay que resolver varios problemas: decidir a quien corresponde prestar los cuidados físicos necesarios, y quienes están legitimados para tomar decisiones en su nombre. En cuanto a la prestación de cuidados físicos hay tres sistemas en Alemania: a) Ayuda ambulatoria prestada a personas que viven en su casa; 2) Residencias para ancianos en donde éstos reciben la asistencia correspondiente a su situación; y 3) La persona mayor que retorna a su casa para ser ayudada por su familia. Desde 1994 se prefiere la tercera solución y a tal fin se ha creado una nueva organización para prestar cuidados a las personas mayores, abonando un sueldo al familiar que se ocupa directamente de ello ya que se trata como un trabajo que ulteriormente da derecho a recibir pensión. Puede hablarse, por tanto, de una *reprivatización de los cuidados prestados a los mayores*⁷⁹¹. Hay que observar que en 1990 se ha promulgado una reforma del BGB que sustituye la antigua tutela de los incapaces por una modalidad de *Asistencia*.

La ponencia suiza representa la más extensa y detallada de todas en esta cuestión⁷⁹², apoyándose, para ello, en los mecanismos jurídicos

790 COESTER, ponencia, cit., p. 26 s.

791 COESTER, ponencia, cit., p. 27.

792 LEUBA-MEYER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 26-39.

de protección que pueden calificarse de tradicionales (la tutela regulada en el CCS de 1907). Se ocupa de las relaciones entre los mayores y su familia, es decir, tanto aquélla de la cual procede como aquélla que ha formado al llegar a la mayoría. Suscita la reflexión sobre el *estatuto que el ordenamiento jurídico reserva a la familia de la persona mayor*. Con este objeto examina tres aspectos que clásicamente estructuran las relaciones entre los miembros de una familia; el poder de representar a la persona, el derecho a mantener relaciones personales, y la obligación de sostener pecuniariamente a la persona cuando lo requieren sus circunstancias personales. A modo de conclusiones se dice⁷⁹³ que, salvo el derecho de alimentos frente a descendientes y ascendientes, el ordenamiento jurídico suizo no reserva un régimen especial a la familia de la persona mayor. Y la misma constatación rige para el ejercicio de ciertos derechos estrictamente personales de la persona mayor incapaz de discernimiento, terreno en el cual el ordenamiento jurídico no considera a los descendientes, ascendientes o al cónyuge, como mejor situados *a priori* que la autoridad, o un tercero, para ejercitar los derechos que corresponden a aquélla. Pero conviene no olvidar que la familia sigue siendo uno de los mayores proveedores de ayuda a esas personas. Su intervención permite con frecuencia mitigar las necesidades de la persona mayor y quizá retrasar una medida tutelar, e, incluso, hacerla superflua. Por ello cabe preguntarse si la ley no debe conceder a la familia, en medida bien definida, un mayor poder de gestión y de representación. Por mi parte veo en esta conclusión de la ponencia suiza cierta aproximación a lo que se ha producido ya en Alemania en este campo, según el Prof. COSTER.

Por último han de recordarse los puntos de contacto que presentan las diversas reformas sobre tutela de incapaces introducidas recientemente en diversos países (así en Alemania por la citada ley de 1990⁷⁹⁴, en Japón⁷⁹⁵ y Escocia⁷⁹⁶, ambas en el año 2000. En estos casos

793 LEUBA-MEYER-SANDOZ, ponencia cit, p. 39.

794 COESTER, ponencia, cit., p. 26 s.

795 MINAMIKATA, ponencia cit.p. 6.

796 Lilian EDWARDS, ponencia cit.

se han abandonado las estrictas y complejas formalidades que requiere la constitución de la tutela clásica (pues con frecuencia la familia no quiere que se dé a la publicidad esa situación). Cuando una persona de edad sufre de algunos impedimentos para su vida de relación, sin llegar a tener, sin embargo, una incapacidad total, el Tribunal puede designar un Asistente que le ayudará en los actos jurídicos según resolución judicial; a menos que la persona haya otorgado anticipadamente un poder a favor de una persona de su confianza, la cual continuará ejerciéndolo bajo la salvaguarda del Tribunal cuando plantean problemas las facultades mentales de la persona. Parece que en estos países están obteniendo gran éxito estas fórmulas de ayuda legal flexible en la práctica, en oposición a las fórmulas más rígidas establecidas en la mayoría de los Códigos civiles europeos.

16. A MODO DE CONCLUSIONES

Creo que los temas debatidos en esta Ponencia se encuentran entre los que ofrecen mayor dificultad del presente Congreso Internacional de Derecho Comparado de Brisbane, ya sea por la amplitud de la materia examinada, o por los puntos de vista adoptados defendidos por los ponentes nacionales, tan diferentes entre sí, y, a veces, contradictorios o incompatibles, ya sea, finalmente, por los importantes efectos, en general, que pueden tener en el Derecho de Familia. Agradezco, una vez más, los esfuerzos que han realizado aquéllos, y, en particular a quienes se han ceñido al cuestionario previo, así como a quienes han añadido las conclusiones de su ponencia, lo que ha facilitado mi tarea final.

Podría ser instructivo tomar como punto de partida el ejemplo japonés, pues este país a fines del siglo XIX quiso abrirse al mundo jurídico occidental y promulgó su Cc de 1898⁷⁹⁷, siguiendo más bien el modelo del BGB (todavía, en aquel momento, no entrado en vigor)

⁷⁹⁷ Se ha publicado recientemente una traducción española de este Código a cargo de DOMINGO y HAYASHI *Código civil japonés (Estudio preliminar, traducción y notas)* (Madrid-Barcelona 2000). La excelente Introducción del Prof. Domingo ofrece informaciones del mayor interés comparativo.

aunque con otras influencias del Cc. francés y otros códigos europeos. En 1947, a consecuencia de la derrota sufrida por este país en la Segunda Guerra Mundial, va a quedar sometido a una intensa *americanización* de su derecho privado, incluso en el ámbito familiar. Pero, en el fondo, este derecho nipón permanecerá fiel a sus orígenes de modo que no resulta fácil realizar una fructífera comparación con el Derecho occidental de la familia. La ley no define la familia, pero el Cc se basa en la familia conyugal constituida por padres e hijos. El matrimonio no está sujeto a forma sustancial, por lo que puede calificarse de consensual; parece que las generaciones más jóvenes tienen dificultad para determinar en qué consiste la voluntad matrimonial. La filiación se basa, por un lado, en un elemento biológico, y, de otro, en la voluntad expresada en el reconocimiento voluntario o en la adopción. No se admite el matrimonio homosexual. En Japón no tiene sentido hablar de un *monopolio del Estado en el derecho de familia*⁷⁹⁸ por la aludida nota de ser el matrimonio exclusivamente consensual, y por la circunstancia de que el 90% de los divorcios se produce igualmente por consentimiento de los cónyuges; además, en todas las instancias, siempre hay posibilidad de conciliación en los procesos familiares. La Religión (Taoísmo o Sintoísmo), desde hace un milenio, no ejerce influencia alguna en el derecho de familia. Por el contrario, en algunas regiones alejadas, los usos sociales pueden tener cierta presencia a la hora de contraer matrimonio; a partir de 1960 se ha difundido en la sociedad japonesa la idea de que un matrimonio por amor vale más que un matrimonio arreglado. Si se lee la lista de temas que la ponencia propone sobre las cuestiones que actualmente son objeto de discusión, se advierte la singularidad que este país ofrece actualmente en orden a las preocupaciones justfamiliares⁷⁹⁹. A la vista de todo ello, cabe interrogarse ¿es

798 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 7.

799 MINAMIKATA, ponencia, cit., p. 9, enumera las siguientes preocupaciones por orden de importancia: 1) La intervención del Estado en las transfusiones de sangre a menores con la oposición de sus padres; 2) Intervención del Estado en los casos de abusos de menores; 3) El hecho de que la mujer que queda en el hogar es mejor tratada en cuanto a los impuestos y a las pensiones, que la mujer que trabaja fuera del hogar; y 4) Las enseñanzas sobre el hogar se transmiten en las Escuelas e Institutos, y el Estado

posible comparar eficazmente el Derecho japonés de la familia con el de los países occidentales?, ¿es útil hacerlo?

En Africa del Sur encontramos una situación no menos singular, aunque por distintas razones. Es bien sabido que este país ha sufrido una largo régimen del *apartheid* que suponía entregar a la minoría blanca (descendientes de los antiguos colonos holandeses e ingleses) los resortes de gobierno, incluso en el ámbito del derecho privado. Promulgada una nueva Constitución democrática, por primera vez en la historia del país, al lado de la *Common Law* (es decir, el *Roman-Ducht law*) se reconoce el *Customary law*, es decir el derecho consuetudinario de los diferentes pueblos indígenas que representan la mayor parte de la población (zulúes etc), y también el sistema religioso musulmán⁸⁰⁰. Hay que reconocer que en el interior de cada uno de los sistemas jurídicos enunciados, hay elementos muy diferentes, e incluso contradictorios. Se tiene la esperanza de que, en el futuro, vaya a constituir un elemento unificador del Derecho de familia sudafricano la Declaración de Derechos del Hombre de 1948, que la Constitución asume y aplica a todos los ciudadanos. Puede hablarse, en este país, de la existencia a modo de un microcosmos jurídico familiar, no fácil de reducir a unidad.

Se constata en general que el Derecho de Familia se encuentra en fase de reforma, aquí y allá, un poco en todos los países, si bien varía la actitud de cada uno respecto a ese movimiento. En ocasiones el legislador no interviene, o lo hace ocasionalmente y con retraso (es posible que, en materias sociales o administrativas, el cambio legislativo se haya producido de modo más rápido e intenso). O bien son los Tribunales los que asumen la tarea de encontrar soluciones a los problemas nuevos, y ello tanto en los países del *Civil Law* como del *Common Law*. En la doctrina, tampoco hay unanimidad de criterios, y buena prueba de ello son las ponencias aquí presentadas. Si en el país se acepta el llamado *Derecho constitucional de la familia*, parece lógico que la Constitución inspire el desarrollo por el legislador ordinario de los principios

se asegura el control de la enseñanza sobre la familia a través de la vigilancia que ejerce sobre estos libros de texto.

800 Como lo explica Chuma HIMONGA, ponencia, cit., p. 1 ss.

constitucionales (es el caso de España después de 1978); en todo caso, de existir, es competencia del TC la función de hacer respetar la norma constitucional. En ausencia de normas constitucionales expresas, parece que los Tribunales disponen de un margen mayor de libertad. A veces se adivina la existencia de grupos de presión ideológicos (*lobbys*), incluso de carácter internacional, que disponen de medios abundantes y buscan influir en la opinión pública de cada país para introducir modelos familiares muchas veces en oposición a los tradicionales. No resulta fácil predecir el resultado final de estas influencias.

En Escocia⁸⁰¹ se reconoce francamente la crisis del matrimonio como paradigma social de unión estable (así el número de matrimonios celebrados en el país es el más bajo desde 1895), de modo que las nociones básicas de familia, parentesco, padre, filiación, etc., se han convertido en algo fluido, pero se tiene la convicción de que la mera cohabitación resulta también algo inestable. Por el momento no hay un movimiento legal para ampliar el concepto de familia. Quizá, y en contraste con la inestabilidad del matrimonio, se han reforzado los deberes de los padres en relación con sus hijos, reforzando su vinculación jurídica, así como la protección penal de los menores frente a los abusos.

La ponencia suiza describe⁸⁰² los siguientes rasgos característicos que presenta la familia en este país: “El progreso de la medicina, el individualismo y la protección pública, han hecho que la conjunción de estos tres factores den la impresión de estar cambiando el aspecto tradicional de la familia. En realidad, lo que importa, en nuestra opinión, es elaborar una legislación que permita respetar las identidades minoritarias, pero sin ceder a la tentación de asimilar estas minorías a la regla general de que ellas no forman parte. Las excepciones confirman la regla. Una sociedad que olvidara este principio perdería sus señas vitales de identidad”. Debe recordarse que este país en 1999 ha reforzado la protección constitucional de la familia, al dar la siguiente redacción al art. 116 de la Constitución: *En la realización de sus funciones*

801 Lilian EDWARDS, ponencia cit.

802 LEUBA-MEIER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 26.

la Confederación toma en consideración las necesidades de la familia. Así podrá acordar medidas destinadas a proteger la familia. Sin embargo la Constitución no define la familia, y los autores de la ponencia ofrecen su propia definición, que califican de flexible: “La noción de familia en derecho suizo engloba principalmente a los miembros unidos por parentesco de consanguinidad, así como a los cónyuges, pero puede incluir también a todas las personas que constituyen un hogar común o que están unidas por un vínculo duradero de afecto⁸⁰³”.

El pluralismo de la familia está reconocido en la Constitución de Venezuela⁸⁰⁴. Según el art. 75 de ésta: “El Estado debe proteger a las familias en su cualidad de asociación natural y de ambiente esencial para el desarrollo integral de la persona”. La referencia a la pluralidad de familias parece apuntar, entre otras, a la *familia indígena*, pues el art. 121 de la Constitución dispone que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, así como su visión del mundo, sus valores y la espiritualidad de sus lugares sagrados y de culto”. Hay una treintena de pueblos indígenas instalados y arraigados en el país. Pero se aceptan otras formas de familia tales como la familia de origen, la familia de sustitución y la familia reconstruida. Se consideran elementos creadores de la familia los siguientes: la voluntad de constituirse en calidad de tal, con independencia de cualquier acto formal; la vida en común; el reconocimiento de la sociedad; y finalmente, el vínculo biológico que, a veces, no existe (por ej. en la adopción o en la familia de sustitución). Estos elementos tienden a estabilizarse. Recientemente se ha intensificado la intervención del Estado en la familia; en cambio, la religión, las costumbres y las tradiciones han reducido su influencia en la familia (salvo para los pueblos indígenas).

En España después de la Constitución de 1978 se habla de un Derecho constitucional de la familia. Entre otras referencias a la familia se encuentran dos preceptos básicos: el art. 32 que establece el *ius connubii*

803 LEUBA-MEIER-SANDOZ, ponencia, cit., p. 2.

804 Haydee BARRIOS, ponencia, cit., p. 31 ss.

como derecho fundamental de la persona, y el art. 39 que formula los principios de política económica y social respecto del matrimonio y la familia. El matrimonio contemplado en la Constitución es la unión heterosexual, que constituye la única unión sexual prevista en la Constitución. Además el art. 16 prevé relaciones de colaboración entre el Estado y las Iglesias; así ha ocurrido con los Acuerdos Jurídicos de 1979 con la Santa Sede, en relación con la Iglesia católica, y los Acuerdos de 1992 con los representantes de las Iglesias Protestantes, Musulmanas y Judía. En estos acuerdos se reconocen efectos civiles a los matrimonios religiosos; en cuanto a los matrimonios canónicos se ha previsto también la homologación civil de las sentencias pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos en materia de nulidad, y las dispensas de matrimonio rato y no consumado. Todos los poderes públicos deben garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia; la ley garantiza la igualdad de derechos a los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, así como la posibilidad de investigar la paternidad. Los menores de edad tendrán los derechos reconocidos en los Tratados internacionales ratificados por España. El Tribunal Constitucional ha declarado que la familia protegida constitucionalmente es más amplia que la basada en el matrimonio; en casos concretos este Tribunal ha denegado la pensión de viudedad a la mujer que había cohabitado durante muchos años con el fallecido, sin estar ambos casados; sin embargo le ha otorgado el derecho a continuar el contrato de arrendamiento de vivienda al fallecer el conviviente. El TC ha declarado la constitucionalidad de la PMA cuando se aplica a mujeres solas, y ha justificado el riguroso anonimato del donante de semen, no obstante el principio constitucional de libre investigación de la paternidad. Todo ello permite fundamentar el juicio sobre la confusión, e, incluso, contradicción, causada por las últimas reformas en el Derecho español de familia, expresado por el ponente español⁸⁰⁵; en estos casos concretos el legislador español parece no estar seguro de las finalidades sociales a que sirven el matrimonio y la familia.

Quizá la Constitución italiana de 1947 pueda servir de ejemplo categórico entre las promulgadas en Europa después de la Segunda

805 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ponencia, cit., p. 17 s.

Guerra Mundial, en cuanto a la protección de la familia basada en el matrimonio. Dice el art. 29: “La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regulará sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, conforme a las limitaciones establecidas en la ley para garantizar la unidad de la familia”. El art. 30 habla de las relaciones entre padres e hijos, y garantiza a los hijos nacidos fuera de matrimonio toda la protección jurídica y social que sea compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. La ponencia⁸⁰⁶ se esfuerza por demostrar que cuando la Constitución habla del orden natural de la familia, no trata de remitirse a concepciones jusnaturalistas sino a la autonomía de los miembros que componen el grupo familiar en el marco de los derechos fundamentales. Partiendo de una concepción global de la familia se llega a la pluralidad de nociones de la familia. Con base en el art. 2º de la Const. que habla de “las formaciones sociales en que se desarrolla la persona”, se llega a la conclusión de que si tales formaciones sociales sirven para el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad de sus componentes, y se inspiran en los principios del personalismo, solidaridad y democratismo, esta familia de hecho deberá ser protegida igualmente que la familia legítima.

La ponencia austríaca⁸⁰⁷ se muestra muy crítica con los recientes desarrollos legislativos ocurridos en los países vecinos. Afirma que, en principio, en Austria el matrimonio sigue siendo la unión estable entre el hombre y la mujer, pues así lo decide el legislador. Hay dificultad para reconocer efectos a los concubinatos heterosexuales, siendo improbable que las relaciones homosexuales sean reconocidas como tales. Hay una pluralidad de nociones de la familia, y así lo reconoce el Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, para hablar de familia a efectos privados parece que los efectos de naturaleza económica reconocidos a tales uniones en ciertas legislaciones recientes, es insuficiente. La noción de familia se determina por la ley y por los tribunales, de modo que la voluntad privada no interviene en este terreno. No son requisitos

806 Gabriela AUTORINO STANZIONE, ponencia cit.

807 Bea VERSCHRAEGEN, ponencia, cit., p. 6 y ss.

para constituir una familia el hecho de convivir o los vínculos biológicos que unen a las personas. Sin embargo, los meros vínculos sociales, la *affectio* o los sentimientos personales resurgen últimamente en las leyes y en la unión de hecho registrada. Es sorprendente comprobar que los requisitos exigidos en los EEUU a la *domestic partnership* resultan, a veces, más estrictas que para casarse. En resumen, es competencia del Estado regular las posibles posiciones para organizar la vida privada de los ciudadanos. Pero ello no quiere decir que deba otorgar el mismo trato a cosas diferentes. En cuanto al monopolio que el Estado ejerce a través del Encargado del Registro Civil, algunas tendencias parecen inclinarse hacia una privatización de este servicio público.

En Grecia⁸⁰⁸ el derecho de familia se ha reformado muy recientemente. En 1982 se ha introducido el matrimonio civil facultativo de modo que cada ciudadano tiene derecho a casarse, ya sea civilmente ante el Alcalde, ya sea según los ritos de la religión a que pertenece. En 1983 se ha aplicado el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges y entre los hijos, se ha sustituido el divorcio-sanción por el divorcio-quebra, y la antigua autoridad parental ha cedido su puesto a los cuidados parentales. Por último, en 1996 otros aspectos han sido objeto de reforma: los Tribunales Familiares, la creación de servicios sociales en todos los Tribunales de Gran Instancia para ayudar al Juez de Familia; el régimen de la adopción; la tutela de los menores; las familias de acogida y la vigilancia judicial de los asuntos de otra persona. Por una lado se han privatizado las relaciones entre los cónyuges, mientras que los derechos del menor están siempre bajo la estrecha vigilancia del Estado. Se han tomado en consideración las tradiciones griegas por constituir factores determinantes de la conciencia social del país. Por todo ello no se admitirá el matrimonio homosexual.

Se observa en Australia⁸⁰⁹ el fenómeno de que la sociedad se ha convertido en multicultural basado en la familia, así que el 98% de los habitantes vive integrado en alguna forma familiar. Pero el número de

808 Pénélope AGALLOUPOULOU, ponencia, cit., p. 1 ss.

809 ZIEGERT, ponencia, cit., p. 13 ss.

miembros de cada familia se reduce gradualmente (así, 4,5 personas de media en 1911; 2,6 en 1999). Se incrementan las uniones de hecho (así 8,5% en 1991; 9,1% en 1999). De cualquier modo *marriage is still the most frequent form for couple-relations*. En cuanto al porcentaje de divorcios (en 1999 se alcanzó el 2,6 x 1000), Australia figura al lado de Nueva Zelanda (2,6) y Canadá (2,4) y muy lejos de USA (4,3). Puede sintetizarse que en Australia un tercio de los matrimonios finaliza en divorcio.

En Nueva Zelanda⁸¹⁰ la familia tradicional nuclear sigue siendo la forma predominante de familia, aunque se han producido algunos hechos que indican un posible cambio. Siempre se encuentran conservadores y reformadores, pero se constata que la sociedad neozelandesa cada vez es más tolerante; así el divorcio se reprueba cada vez menos, y algo parecido ocurre con el hecho de la cohabitación y las relaciones homosexuales, todo ello si se compara con la situación existente diez años antes. Algunas leyes recientes han tenido en cuenta esas situaciones como ya se ha expuesto. Hay, por tanto, un movimiento para extender los derechos y deberes de la familia más allá de la familia tradicional nuclear. Pero ello no significa, sin más, la negativa a reconocer los vínculos biológicos, aparte de que hay que examinar si estamos en presencia de un esfuerzo del legislador para reconocer la realidad social, o más bien para echar sobre los hombros de los particulares el coste social de mantener en el momento actual a las personas que pertenecen a tales grupos.

La situación jurídica de Quebec en Canadá, bien conocida por todos los comparatistas —es decir, un islote de *Civil Law* en medio de un océano de *Common Law*—, pero asimismo la organización federal del país según la cual las competencias legislativas se comparten, suscitan las siguientes reflexiones al autor de la ponencia⁸¹¹: “Resulta delicado obtener una conclusión general, salvo la necesidad de adaptar el modelo de familia promovido por la ley. La familia es plural; es un fenómeno que no tiene nada de nuevo, a no ser su amplitud y su ho-

810 Virginia GRAINER, ponencia cit.

811 MOORE, ponencia, cit., p. 28 ss.

rizontalidad. Así si las diferentes formas de unión (matrimonio, unión de hecho heterosexual y homosexual) coexisten desde hace tiempo, su legitimidad y su igualdad, al menos en cuanto a la legislación llamada social, es cosa nueva. Igualmente la familia-filiación ve su aspecto hecho complejo debido a la posibilidad que ofrece la medicina de contar con una parentalidad tripersonal, o bien unilineal. El derecho debe, de una forma u otra, responder a esta realidad, ya sea reforzando su modelo único, intentando así, ilusoriamente, hacer coincidir la realidad con aquél, ya sea pluralizando el modelo. Si esta cuestión en materia de filiación debe centrarse naturalmente en el interés del niño nacido, el tema debe tratarse de otra manera en materia de familia, constitutiva de una unión en que la libertad de las partes debe ser tenida en cuenta. Ahora bien, en esta materia ¿se debe realmente al respeto de esta pluralidad de uniones a la razón por la cual no lo es el derecho de familia? En otros términos, la no reglamentación en derecho civil, de la unión de hecho significa el reconocimiento o la negación de este fenómeno? Y si en lo relativo a los hijos, el reconocimiento del mismo estatuto otorga legitimidad a la familia concubinar, ¿puede reflexionarse del mismo modo para la pareja en sí misma, igualmente inspirados en la libertad? La solución nos parece que se encuentra entre los dos. Sin dirigismo de ninguna clase, pero velando más bien para promover esta libertad y esta pluralidad de relaciones personales de tipo conyugal, el legislador queda obligado también a intervenir para garantizar una protección mínima, reconociendo de ese modo que la vida concubinar participa de la vida matrimonial en cuanto que sirve para crear una interdependencia económica”.

Cuando se redactaba la ponencia alemana estaba pendiente de resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de relaciones homosexuales, por lo cual su autor expresaba la dificultad de ofrecer soluciones definitivas⁸¹². Por lo demás se reconoce que hasta los años setenta del siglo XX se había mantenido un concepto unificado de familia, basado en el matrimonio. A partir de esta fecha se aplica también el concepto de familia al grupo formado por los padres divorciados con

812 COESTER, ponencia, cit., p. 29 ss.

sus hijos, al progenitor no casado que ha reconocido al hijo, y también a la pareja de hecho que convive con hijos comunes; igualmente a los padres adoptantes, a los *steps-parents* que conviven con el hijo, así como a los *foster-parents*. Después de la Ley del 2000, incluso a la pareja homosexual. Habitualmente suele decirse que una pareja sin hijos no es una familia. Por ello, concluye el ponente alemán que quizá será necesario repensar el concepto de familia teniendo en cuenta las funciones que el grupo lleva a cabo para la sociedad. También parece que la familia no depende de un acto formal de constitución, o de las relaciones biológicas, o del mero reconocimiento social. Parece que en el siglo XXI la familia deberá abrirse incluyendo a todas las uniones de cohabitantes basadas en el amor recíproco y en la solidaridad. La familia tiende a ser flexible y está sometida a cambios rápidos. El movimiento del colectivismo hacia el individualismo parece que hace correr el riesgo de hacer desaparecer la familia. Sin embargo esta idea debe desecharse. El matrimonio basado en la familia nuclear podrá estar declinando, pero no la familia en cuanto tal. Porque representa el refugio de la intimidad ante el poder público. Varios fenómenos deben considerarse: la práctica del hijo único hace que desaparezcan los parientes colaterales (ya no habrá hermanos o hermanas, tíos o tías, primos etc.). La influencia del Estado y de la ley en la estructura de la vida de la familia han llegado a ser insignificantes, de modo que la privatización parece que ha devenido una de las características de las sociedades plurales democráticas. Este desplazamiento puede favorecer la influencia de la religión, de la moral y de la tradición. Quizá una de las cuestiones más importantes para el siglo XXI será la de repensar la paternidad (*rethinking the parentood*).

Por mi parte añado las dificultades reales de hacer circular en esta materia los modelos de familia en el momento actual, lo que resulta prácticamente imposible en el interior de los países musulmanes, o asiáticos regidos por reglas religiosas muy arraigadas en la sociedad (por ej. las castas en la India). La ponencia holandesa propone que el nuevo modelo de matrimonio y familia neerlandeses puedan ser adoptados por los países de la UE⁸¹³. Me permito dudar de ello. Si el modelo

813 Masha ANTOLOSKAIA y Katharina WOELKI, ponencia, cit., p.30.

que puede considerarse tradicional de matrimonio y familia de los países occidentales (que todavía se conserva en bastantes) deba ser sustituido, no veo que haya otro modelo que sea aceptado unánimemente, y que, por definición, se vaya a presentar en contraste y oposición con las tradiciones y costumbres de cada país (un buen ejemplo puede verse en la explícita oposición que se manifiesta en muchos países al matrimonio homosexual) ¿Existe pluralidad de familias? Ciertamente, sin duda, pero ello no constituye un fenómeno de nuestros días⁸¹⁴, y la sociología muestra que no todos los modelos familiares que se proponen en la sociedad actual llegan a tener igualmente el mismo papel o función, como ya ocurrió en épocas pretéritas.

No parece conveniente ni para la sociedad, ni para la familia, una privatización absoluta del Derecho de familia. Admitir hoy el matrimonio exclusivamente consensual o celebrado sólo ante testigos parece más bien constituir un paso atrás en la evolución del derecho. Por otra parte, si se consuma la desaparición de la heterosexualidad como requisito esencial del matrimonio legal, ¿qué razones hay para conservar la monogamia?, ¿o para seguir prohibiendo el incesto?, ¿o para no permitir las uniones que consideramos aberrantes?

Ante la actual crisis yo creo que cada país ha de interrogarse sobre los valores que ha de conservar o reformar en su concepción del matrimonio y de la familia, para que aquéllos se traduzcan en la legislación ordinaria. En mi opinión el Estado no puede ser neutral, una vez determinado al máximo nivel —por ej., constitucional— el tipo de matrimonio y familia que el país quiere. No parece posible, ni deseable, que en el siglo XXI un Estado pueda imponer a otro, contra la voluntad de sus ciudadanos, un determinado modelo de convivencia sexual legalizada, y menos aún que lo disponga una autoridad supraestatal (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea o Tribunal de Estrasburgo).

814 Esa pluralidad de familias se daba anteriormente en el régimen de los Códigos del siglo XIX. V. GARCÍA CANTERO, *En torno a la "familia natural" en el Cc español*, en *Festschrift Bosch* (1976) pp. 227 ss.

EL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA. PANORÁMICA, ENTRE DOS SIGLOS⁸¹⁵

Sumario: El pasado ¿siempre ha sido mejor ... o peor ... que el presente? –Un *test*, en tres apartados, sobre el Derecho de Familia en el siglo XXI: 1) Las leyes noruegas de 1997 y 2002 permiten revisar sentencias firmes, desde 1940, por error en las pruebas biológicas. 2) El “*lobby*” *homosexual* fracasa en Lituania al promulgarse el C.c. lituano de 2000. 3) Turquía reforma su C.c. en 2001, con vistas a ingresar próximamente en la U.E.– Ojeada retrospectiva, obligada, a las reformas del Derecho de Familia en el siglo XX: 1ª Revolución: Aplicación de los principios de igualdad y libertad religiosa. 2ª Revolución: Sumisa aceptación de los *avances* médicos y biológicos, *ad exemplum*: –En la prueba de la paternidad y maternidad. –En la procreación médicamente asistida.– 3ª La iniciada Revolución ideológica: Análisis de algunos factores, más o menos, ambiguos: –La jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo. –La doctrina del género. –Las resistencias nacionales.

EL PASADO ¿SIEMPRE HA SIDO MEJOR... O PEOR... QUE EL PRESENTE?

La diferencia de unos pocos años de edad entre las personas puede ofrecer perspectivas harto diferentes de una misma realidad. Para aquellos de mis oyentes que han accedido a la mayoría de edad en el siglo XXI, se produce una inevitable consecuencia: **todo lo ocu-**

815 Texto de la conferencia inaugural del Ciclo de conferencias sobre Derecho de Familia, pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Zaragoza el 13 febrero 2008.

rrido anteriormente, pertenece al siglo pasado, con la carga peyorativa que ello puede significar. Pero para quienes mayoritariamente hemos vivido y desarrollado nuestra actividad universitaria y científica en el siglo XX, éste sigue siendo actual, y tenemos una viva e imborrable percepción del cambio que supuso, por ejemplo, la introducción legal de la igualdad entre marido y mujer. Me correspondió estudiar un Código civil en el que se decía que la mujer debía obedecer al marido, que aquélla nada podía hacer en el ámbito jurídico sin licencia de éste y que le debería seguir allí donde fijara el domicilio conyugal, salvo si se trasladara a ultramar o a país extranjero.

Cuestión de perspectiva. Quisiera ahora destacar que lo ocurrido en el siglo actual puede ser consecuencia inmediata de lo ocurrido en el siglo XX, y ello tanto a nivel de nuestro país como europeo. Por ello me permito seleccionar algunos hechos recientes tomados fundamentalmente de una publicación de fuentes solventes: *The international Survey of Family Law*, Anuario de la *International Society on Family Law*.

UN "TEST", EN TRES PARTES, SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI

1º) Las leyes noruegas de 1997 y 2002 permiten revisar sentencias firmes sobre filiación cuando se demuestra ahora que las pruebas entonces utilizadas eran erróneas, especialmente mediante la prueba del ADN.

El autor del artículo⁸¹⁶ es el prof. Peter Lødrup, ex-presidente de la ISFL y catedrático de Derecho civil de la Universidad de Oslo, y da cuenta del estudio realizado entre 01.04.03 y 20.04.04, periodo durante el cual se han interpuesto demandas por 237 padres legales disconformes con sentencias firmes dictadas anteriormente en su contra; los fallos más antiguos, habían sido pronunciados en 1940. La prueba del ADN demuestra ahora que casi un tercio de aquellos fallos se basaban en pruebas erróneas. Como se sabe, los países escandinavos fueron pioneros, a

816 LØDRUP, Norway. *Changing Paternity*, "The International Survey of Family Law. 2006 edition", pgs. 321 y ss.

principios del siglo XX, en cuanto a admitir las pruebas biológicas en los procesos de filiación, que luego han ido aceptando el resto de los países europeos. Se acepta comúnmente entre nosotros que la prueba de los grupos sanguíneos era inapelable si resultaba negativa, y muy fiable (en torno al 98%) si era positiva. Los juristas y los jueces hemos rendido pleitesía en el templo de la ciencia. En España, a partir de la reforma de 1981, las demandas sobre filiación tienen un escaso margen de fracaso. Hay una consolidada jurisprudencia del TC, aceptada por el TS y demás tribunales civiles, sobre los efectos jurídicos de la negativa del supuesto padre demandado que se niega a someterse a dicha prueba. No es una *ficta confessio*, pero unida a otros indicios ello permite a los Tribunales estimar la demanda e imponer la filiación solicitada.

A la vista de la experiencia noruega derivada de la promulgación de las leyes de 1997 y 2002 que permiten revisar sentencias firmes en la materia, pregunto. ¿No tendríamos, los juristas, que perder un poco de respeto a los científicos?

2º) El nuevo C.c. lituano del año 2000 (en vigor desde 01.07.01) es uno de los más recientemente promulgados en Europa. Rompe con el modelo soviético y reintegra el Derecho de Familia a su sede tradicional. El prof. Keserauskas, de la Vilnius University, narra los intentos semi-ocultos de introducir el matrimonio homosexual en su articulado, fracasados por la inmediata reacción popular manifestada ante el Ministerio de Justicia⁸¹⁷.

Lituania, como se sabe, es el país con mayor número de católicos de los países bálticos. Nada extraña que en el art. 38 de la Constitución de 1992 se proclame el reconocimiento incondicional (*sic*) del matrimonio religioso. El presidente de la Comisión codificadora, el prof. Mikelelas, quien, por un lado, afirma inspirarse en la legislación sueca, y, por otro, intenta sintonizar con las propuestas unificadoras del Derecho familiar europeo de la Prof^a. Boele-Woelki que preside una Comisión holandesa de Derecho de Familia, dio a entender en una conferencia

817 KESERAUSKAS, *Lithuania. "Moving in the same direction"?* Presentation of Family Law reforms in Lithuania, "The International Survey etc.", cit. 2004 edition, pgs. 314 y ss. especialmente págs. 332 y ss.

de prensa que el nuevo C.c. lituano podría reconocer el matrimonio homosexual, según el modelo holandés. La reacción popular no se hizo esperar y una masa de ciudadanos se manifestó inmediatamente en contra ante el Ministerio de Justicia. Aquélla propuesta, que se pretendía introducir un poco “por la puerta falsa” no prosperó, y tampoco la de regular las uniones de hecho homo- o heterosexuales⁸¹⁸.

Variedad de cuestiones aquí implicadas: De modo genérico, la reforma de la legislación familiar que están llevando a cabo las antiguas Democracias Populares y hoy, nuevos miembros de la U.E.; en particular, el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico; la presión ideológica que, al parecer, se ejerce desde o en algunos organismos europeos (ha trascendido que, de modo expreso, Malta, al firmar su ingreso en la UE ha exigido que no se le obligue, desde estas instancias, a introducir el divorcio en su regulación matrimonial); clara repulsa social en Lituania al reconocimiento del llamado matrimonio homosexual. A ello debe agregarse la celebración reciente de diversos Concordatos o Acuerdos entre la Santa Sede y algunos países europeos, como Polonia, Croacia, Eslovenia, Malta, para reconocer efectos civiles a los matrimonios canónicos, a lo que debe añadirse el Reglamento 2003 de la UE que permite el reconocimiento por los países comunitarios de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial dictadas en otro país comunitario.

3º) Revisión del Código civil turco en 2001 para facilitar próximamente su ingreso en la UE.

Cabría plantear una pregunta general: ¿qué informaciones proporciona nuestra doctrina usual sobre el Derecho civil turco y su Derecho de Familia?; poco más que proponerlo como ejemplo del fenómeno de la *circulación de códigos*, a excepción, precisamente, de la regulación de las relaciones familiares, inspiradas, en principio y fundamentalmente, en el Islam. Ahora este país está llamando a las puertas de Europa, con 70 millones de habitantes y natalidad en auge, con su carácter de estado

818 El Ministerio lituano de Justicia se vió obligado a garantizar ante la opinión pública que el ingreso de Lituania en la UE no estaba condicionado a la admisión en su Código civil del matrimonio homosexual.

étnicamente musulmán pero laico desde la Revolución de Atatürk que trató de levantar al país después de la derrota militar durante la Primera Guerra Europea al haberse aliado junto a los Imperios centrales; aquél ordenó traducir la lengua árabe a los signos ortográficos europeos, aunque la presencia del Corán en la vida social se ha mantenido y hasta se está incrementando últimamente con la existencia de un poderoso partido islamista. En 1926 se promulgó su Código civil inspirado en el Derecho suizo, salvo en lo relativo al Derecho de familia y sucesiones que reprodujo fundamentalmente los principios islámicos. Hay que admitir que, en materia de igualdad de sexos, las Constituciones de 1961 y de 1982 la reconocieron, aunque parece que no llegó a nivel de leyes ordinarias (salvo en la conservación del apellido por la mujer casada, así como del principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales). Nuevamente se ha modificado la Constitución en cuanto a la igualdad de los cónyuges ante la ley y a la proclamación de la familia como fundamento de la sociedad turca. Pero actualmente hay dos partidos mayoritarios: uno laico, que trata de conservar el *espíritu* de Atatürk, y otro islamista. La nueva Ley que deroga la prohibición de que la mujer lleve el pañuelo en la Universidad, admite una doble lectura, pues parece, por un lado, que es un triunfo del principio de libertad religiosa, aunque, por otro, pudiera considerarse también como un avance del islamismo⁸¹⁹.

Las reformas civiles afectan⁸²⁰ a la edad para casarse: a los 17 años, o a los 16 con autorización judicial. El matrimonio, necesariamente civil, puede celebrarse en el Registro o en cualquier otro lugar apropiado. Se reafirma así el carácter estatal o laico del matrimonio, el cual se constituye con las respuestas de ambos cónyuges y la entrega del certificado. La celebración religiosa previa estaba penalmente sancionada; una sentencia del TC de 1999 ha declarado que las normas impugnadas forman parte

819 En el momento de revisarse este texto para la publicación, los medios de comunicación informan de que el T.C. turco —según se sabe, uno de los firmes valedores del laicismo turco— ha declarado inconstitucional dicha ley, acaso como preludio de la declaración de inconstitucionalidad del partido al que pertenece el actual Jefe del Gobierno.

820 ÖRÜCÜ, *Turkey. Family enters the new Century*, "The International Survey etc", cit., 2004 edition, págs. 469 ss.

del bloque constitucional que defienden la separación entre la Iglesia y el Estado, de modo que son plenamente válidas; nada impide, por tanto, que el matrimonio religioso pueda celebrarse después de la ceremonia civil. Cualquiera de los cónyuges puede representar a la familia. Cada cónyuge puede trabajar fuera del hogar, sin permiso del otro cónyuge, pero esto ya lo había declarado el TC en 1990; ahora se añade una coletilla que puede, acaso, “cortar las alas” a la mujer que quiere trabajar fuera de casa: “El bienestar y el interés de la unión matrimonial deben ser tenidos en cuenta a la hora de elegir un trabajo o profesión”. Nuevo y adecuado parece ser el estatuto del domicilio común. También es nuevo el derecho de los cónyuges a separarse cuando se pone en riesgo el respeto a los derechos de la personalidad, la seguridad económica o la paz de la familia, correspondiendo al juez tomar las medidas adecuadas. El régimen matrimonial de bienes con carácter legal es el de participación en las ganancias (como se sabe, de origen alemán, adoptado en Suiza en 1988). Lamenta el autor del trabajo que el régimen legal puede ser derogado por acuerdos matrimoniales “impuestos” por el marido. En materia de filiación ahora se permite a la mujer casada impugnar la legitimidad del hijo. En todo caso, los hijos matrimoniales y no matrimoniales gozan de los mismos derechos. Las causas de divorcio son las habituales de carácter culpable y también la objetiva derivada de la ruptura irremediable del matrimonio después de un año. Entre las primeras figura el adulterio de cualquiera de los cónyuges, pero el TC ha declarado inconstitucional el delito de adulterio, de modo que la doctrina se pregunta por sus efectos civiles como causa de divorcio. La pensión de alimentos es una consecuencia del divorcio, y su duración, en principio, indefinida. Se prevé la creación de Tribunales Familiares.

Hasta aquí un minucioso repaso a la reforma del Código turco mediante la Ley de 2001.

El prof. Örücü, a modo de conclusiones, nos dice⁸²¹: “En muchos aspectos el Derecho familiar turco es similar a los sistemas legales continentales. Esta similitud se cierra ahora con esta importante reforma.

821 ÖRÜCÜ, loc. cit., pág. 481.

El Derecho Islámico, la Ley del Imperio Otomano ya no actúa en ninguna parte del espacio legal contemporáneo turco, aunque en el Derecho de familia los sentimientos tradicionales y religiosos de parte de la población no coinciden siempre con el sistema legal formal. Añádase que la mayoría de las mujeres turcas se consideran a sí mismas como servidoras de sus maridos y miran a éstos como cabeza de la familia; y los maridos por supuesto lo piensan también. Será muy interesante observar en qué medida la legislación turca y la jurisprudencia han de afrontar problemas relacionados con esta nueva legislación. El nuevo C.c. provee una igualdad formal entre los cónyuges, pero a menos que vaya acompañada la reforma legal de la adecuada publicidad, de la educación y del cambio social de normas puede anticiparse únicamente una igualdad sustantiva y real en relación con las familias ilustradas”.

CUESTIÓN DE PERSPECTIVA PARA MI GENERACIÓN. OBLIGADA OJEADA RETROSPECTIVA A LAS REFORMAS FAMILIARES EN EL SIGLO XX

PROEMIO

El siglo XX, tanto a nivel español como europeo, aparece atravesado por acontecimientos históricos de gran envergadura: dos guerras mundiales —o casi planetarias—, una nueva perspectiva para actuar las relaciones internacionales con la *Declaración de los Derechos del Hombre* de 1948, seguida del *Convenio de Roma* de 1950. Las terribles vivencias sucesivas en Europa de dos totalitarismos de signo opuesto, por un lado, el nacional-socialismo alemán y el fascismo italiano, y, por otro, el no menos destructor comunismo soviético (el llamado socialismo real) que se prolongó hasta 1989 cuando cae —de algún modo, inesperada y milagrosamente— el Muro de Berlín. También el asombroso nacimiento y desarrollo de la Unión Europea, que ha tenido un igualmente asombroso crecimiento pasando a ser, de los seis firmantes del Tratado de Roma de 25 marzo 1957 (Francia, Alemania, Italia, más los tres del Benelux), a los 27 con la última ampliación, susceptible todavía de crecer (y ¿para cuando el ingreso de Suiza y Noruega?, ¿cuándo llegará la hora de Rusia?... sin olvidar el ya aludido de Turquía).

En este nuevo escenario histórico-político se desarrolla inicialmente la **primera gran reforma o revolución del Derecho de Familia, con dos fases ya casi cerradas y una tercera, abierta y en plena ebullición**. Cabe afirmar que, so pena de renunciar de antemano a entender aquélla plenamente, no es posible cerrar los ojos a lo ocurrido en Europa a lo largo del siglo XX, y a lo que está sucediendo en el XXI.

Heredamos una *primera generación de Códigos civiles*, promulgados mayoritariamente sobre el modelo del Código Napoleón de 1804. Así, el holandés de 1838, el rumano y el italiano de 1865, el portugués de 1867, el español de 1889, y las primeras codificaciones iberoamericanas que no pudieron inspirarse en el nuestro por su tardanza en ser promulgado (especialmente cabe referirse así a los códigos argentino y chileno). Como modelo secundario en Europa aparece el All.B.G.B. austríaco de 1811, que ha servido de inspiración, y sigue siéndolo todavía, a bastantes códigos centroeuropeos.

Con el BGB de 1896, entrado en vigor el 01.01.1900, aparece lo que puede calificarse de *la segunda generación de Códigos civiles europeos*, proseguida por el CCS de 1907-1911, el (segundo) italiano de 1942, el griego de 1940-1946, y el (segundo) portugués de 1966.

Todavía cabría hablar de la *tercera generación de códigos civiles* que encabeza el Nuevo Código civil holandés de 1992, notable por las singulares características que en él se dan.

La primera revolución familiar tiende a introducir y consolidar los principios de libertad e igualdad de los cónyuges a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial.

Hay que recordar brevemente que los países europeos conservaban un Derecho de Familia a fines del s. XIX y principios del XX, con mejor o peor técnica jurídica, de caracteres mayoritariamente patriarcales, pertenecientes a sociedades fundamentalmente agrarias, con la figura clave del marido y padre. No estamos todavía muy seguros de que, pese a haber triunfado con la codificación el principio de libertad nupcial, a la hora de prestar consentimiento matrimonial, no hubiera cierto número de *matrimonios impuestos o forzados*, sea por los progenitores de los contrayentes, sea acordado o *arreglado* por ambas familias con

medidas y cuidadas aportaciones económicas de unas y otras para asegurar la continuidad de las estirpes. Generalmente las leyes reconocían *libertad de pactos nupciales* antes de la boda, pero, no infrecuentemente, se atendía mediante éstos a satisfacer intereses diversos de los puramente personales de los cónyuges. En todo caso, los Códigos pertenecientes a la primera generación, y algunos de la segunda, reconocían exclusivamente al marido la función de administrador y gestor único de los bienes conyugales, decidiendo libremente sobre adquisiciones o enajenaciones de los bienes comunes; al margen de que los temas importantes se trataran, de hecho, en común, y probablemente en el seno de la familia amplia, el parecer de la mujer casada no era tenida en cuenta legalmente.

Cuando la Declaración de 1948 enfatizó sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre marido y mujer, y proclamó el derecho a la libertad religiosa, es probable que los huesos de Napoleón se conmovieran en su tumba (de una parte, por considerarse heredero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según la cual *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*; y, de otra, porque al discutirse el C.c. había manifestado enérgicamente que todo marido podía decir a su mujer: *Madame, ce soir vous n'irez pas à la Comédie*). Lo que sí es seguro es que los legisladores de Europa occidental, a partir de la Declaración de 1948, se pusieron a repensar sobre los fundamentos de su derecho familiar (los escandinavos y los comunistas habían madrugado durante el periodo de entre-guerras). Visto el panorama familiar europeo cabe afirmar rotundamente que, en la actualidad, todos los países de nuestro continente han incorporado el principio de igualdad conyugal (aunque es notoria la insuficiencia del actual Derecho ruso en relación con la posición de la mujer después de las crisis conyugales), mientras que queda aún un grupo importante de países (Francia, Bélgica, Holanda, Alemania y Suiza) en los que todavía no se reconoce la posibilidad de contraer matrimonio conforme a las propias convicciones, lo que representa una dimensión de la libertad religiosa de la persona, objetivamente no respetada.

Durante la primera mitad del siglo pasado, las relaciones formales entre los ordenamientos civil y religioso, apenas si recibieron modifi-

caciones importantes, Bastantes países católicos firmaron Concordatos, Pactos o Acuerdos con la Santa Sede, siendo acaso el más famoso el Tratado de Letrán de 1928, que resolvió la llamada *cuestión romana*, dado que desde 1870 el Papa se consideró prisionero en los palacios vaticanos, y Mussolini reconoció el minúsculo Estado de la Ciudad del Vaticano con personalidad internacional para relacionarse con todos los países del mundo, mientras que en cuanto al matrimonio se encontró una fórmula que hoy, parece, satisfizo a ambas partes; en efecto:

a) el Cc de 1865 introdujo el sistema de matrimonio civil obligatorio e indisoluble, obligando así a los ciudadanos católicos italianos a la doble celebración para que su unión se reconociera por ambas instancias;

b) en 1928 el Tratado de Letrán permitió elegir entre el llamado *matrimonio concordatario* (canónico inscrito en el Registro civil estatal con eficacia constitutiva), el matrimonio exclusivamente civil, y el matrimonio de los cultos admitidos (valdense, ortodoxo, etc.), que representaba una modalidad de matrimonio civil con forma religiosa.

Este Tratado de Letrán dio satisfacción, como he dicho, a todas las partes en conflicto, pasó con buena fortuna el cambio de régimen político después de la derrota de Italia en la Segunda Guerra Mundial, y sirvió a la pacificación de los espíritus hasta la introducción del divorcio mediante la Ley Fortuna-Baslini de 1970, acompañada del ulterior referéndum de 1975.

Por su parte, Austria no recuperó, después de 1944, el Concordato que firmaron los Emperadores y había quedado sin efecto con la Anexión (*Anschluss*) a la Alemania nazi en 1938.

En España, con el Concordato de 1953, se ratificó el sistema matrimonial introducido con la Base 3ª de la Ley de 1888, y que se había interrumpido con la Constitución de 1931, simbolizándose en el famoso art. 42 C.c. las coordenadas jurídicas del sistema matrimonial vigente⁸²².

822 Es poco conocido que este emblemático precepto atrajo la atención de investigadores extranjeros. Así el Prof. Hans L. Weyers, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Frankfurt elaboró en Zaragoza su Tesis Doctoral, bajo la dirección del

En Portugal el Concordato de 1940 fue original porque la alternativa que se ofreció a los ciudadanos lusos fue: o matrimonio civil con divorcio vincular, o matrimonio canónico inscrito con renuncia inicial al divorcio (las estadísticas muestran que la inmensa mayoría de portugueses optaron por la segunda opción); el sistema se modificó con la denominada *Revolución de los claveles*, y el ulterior Acuerdo con la Santa Sede de 1977.

También en Grecia la Iglesia Ortodoxa había pactado con el Gobierno heleno para reconocer efectos civiles al matrimonio religioso ortodoxo. Las minorías religiosas existentes en el país (católica, de ambos ritos, copta, judía y musulmana) debían acudir al matrimonio civil). Así nuestros Reyes, entonces todavía Príncipes de España, debieron celebrar en Atenas la doble ceremonia, en la catedral ortodoxa y, sucesivamente, en la católica.

Por último conviene recordar que en los países anglosajones y nórdicos los Estados permiten a los contrayentes casarse según el rito de una confesión reconocida, y una vez inscrito el ordenamiento trata al vínculo surgido como exclusivamente civil. Esto último no ocurre con el llamado sistema latino y sus modalidades.

Adviértase que no ha sido sencillo introducir en la legislación el *principio de igualdad entre cónyuges*, como lo muestra el ejemplo alemán. En efecto la Constitución de Bonn de 1949 recoge en su art. 2º un sencillo principio: *Mann und Frau sind gleiche*: **El hombre y la mujer son iguales**. Pero transcurría el tiempo y el Parlamento no aprobaba la correspondiente Ley ordinaria, hasta el punto de que el *Bundesverfassungsgericht* (equivalente de nuestro TC) dirigió un ultimatum al poder legislativo: Si en 1953 no se promulgaba la ley ordinaria, se tendrían por tácitamente derogadas todas las normas del BGB contrarias al aludido principio constitucional. Así ocurrió, con las inevitables secuelas de incertidumbre jurídica que cabe suponer, en los años inmediatamente sucesivos. Fue necesario esperar a la *Gleichberechtigungsgesetz* de 1957 para que se promulgara la reforma requerida por la *Grundgesetz*.

Prof. Lacruz, que luego defendió y publicó en Alemania en 1960 bajo el título *Die Schliessung der Ehe nach spanischen Recht*.

La introducción del principio de igualdad conyugal, en los Códigos civiles vigentes en Europa a mediados del siglo XX se ha operado mediante leyes especiales que, conservando la estructura codicial, proclaman ahora que marido y mujer son iguales, en derechos y obligaciones, ante la ley, rectifican la desigual posición jurídica anterior de la mujer y, sobre todo, revisan a fondo el régimen económico matrimonial destronando al marido de su desgastado pedestal. En algún país, por ej. en Italia se pasa del régimen legal supletorio de separación al de comunidad limitada de bienes; en Suiza, de un régimen del dominio del marido, al de participación de bienes. Conviene retener la fecha de las reformas: Alemania Occidental es pionera en 1957; en Holanda la Ley Owen (1960) implanta el régimen de comunidad universal; en Francia se encomienda al Decano Carbonnier los proyectos de reforma que se produce en dos tiempos (1965 y 1985); en España, se lleva a cabo por Ley de 13 mayo 1981, seguida de las sucesivas actualizaciones forales. Pero aparece una novedad de gran importancia práctica.

En el Congreso internacional de Derecho comparado de Budapest (1968) se llamó la atención sobre la necesidad de proteger patrimonialmente a la mujer casada en las crisis matrimoniales, y, probablemente por influjo de aquél, van promulgándose sucesivamente en todos los países europeos (incluso en Gran Bretaña e Irlanda) una serie de normas aplicables a todos los regímenes matrimoniales para los casos de que se dicten sentencias de nulidad, separación o divorcio. También figuran en la Ley española de 1981, la cual regula un conjunto de cuestiones que la doctrina denomina *régimen matrimonial primario*, en el que se incluyen:

a) la obligación conjunta de contribuir a las cargas del matrimonio, con posibilidad de que el juez acuerde medidas cautelares y anticipos (art. 1318);

b) la obligación de abonar *litis expensas*, a cargo del caudal común o de los bienes propios del otro cónyuge (art. 1313);

c) la regulación de la potestad doméstica (*Schlusselfgewalt*) para las necesidades ordinarias de la familia (art. 1319);

d) régimen de los actos de disposición sobre la vivienda común (art. 1320);

- e) régimen de anulabilidad y, en su caso, nulidad absoluta de actos realizados unilateralmente por un cónyuge (art. 1320);
- f) libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323);
- g) valoración del trabajo de uno de los cónyuges en beneficio del hogar (art. 1438).

Estas normas comunes vienen, de hecho, a facilitar el acercamiento entre los países del *common law* y del *civil law*, lo cual permite extraer ciertas normas de convergencia: así por ejemplo, la tendencia a incrementar la libertad de los cónyuges a la hora de establecer el régimen patrimonial, con posibilidad de modificarlo incluso después de celebrado el matrimonio; la mujer casada deja de ser la parte débil, resultando de hecho más beneficiada con los regímenes de comunidad que con los de separación; la libertad de elegir entre diversos tipos de régimen económico puede variar; en unos países se opta sólo entre los regulados por la ley, mientras que otros permiten elegir regímenes atípicos; escaso uso, en la práctica, por lo demás, de la facultad de pactar previamente el régimen económico, dependiendo ello de las circunstancias y tradiciones de cada país.

Tras este proceso de reformas se encuentra en el Derecho europeo una gran variedad de regímenes matrimoniales legales:

- a) Comunidad universal: Países Bajos, Vizcaya, para el caso de matrimonio con hijos, y Valle de Arán.
- b) Comunidad limitada a las ganancias: España, Portugal, Francia, Bélgica, y difundido, además, en muchos países iberoamericanos incluso con la misma denominación de gananciales.
- c) Participación en ganancias: Alemania reunificada y Suiza.
- d) Separación absoluta: Cataluña y Baleares.

¿*Quid* en las antiguas Democracias Populares del Este Europeo?

Un poco de historia. Hay que recordar que finalizada la IIª GM, en la famosa reunión de Yalta, con Roosevelt anciano y enfermo, Churchill, distraído, en apariencia y un tanto al margen, De Gaulle, el convidado de piedra, y Stalin que, según cuentan las crónicas, iba “a por todas”,

la Unión Soviética logró que se aceptaran como pertenecientes a su área de influencia a todos los países a donde había llegado la Armada Roja; salvo Berlín, con su famoso Muro, estos territorios se sometieron a férreos gobiernos totalitarios que imitaron a la URSS, tanto en lo político, como en lo jurídico. Así surgió, en el ámbito comparativo, el subgrupo de países socialistas dentro del sistema del *Civil Law* del continente europeo; los países pertenecientes a este sub-grupo, en materia de Derecho de familia, por regla general, promulgaron Códigos de Derecho de Familia, en el que incluyeron todas las relaciones personales del matrimonio, filiación, tutela etc. mientras dejaron para los respectivos códigos civiles la regulación de los aspectos patrimoniales. Aquí interesa recordar que, salvo Polonia, no reconocieron a los ciudadanos libertad de elección del régimen económico matrimonial, siendo obligatorio el de la comunidad reducida. Estos países se encuentran actualmente en fase de remodelación de su Derecho de Familia. Aquí se plantea nuevamente el interrogante: ¿hay, en efecto, un único modelo europeo de familia? ¿o sería mejor volver a la tradición enraizada acrisolada por el paso de los años, en cada uno de esos países? Es lo que han hecho ya algunos países, como Polonia, Croacia, Eslovenia, etc. mientras que el “*lobby*” *homosexual* ha fracasado, como ya vimos, y de modo clamoroso en Lituania, y tampoco se ha logrado engañar a Malta en materia de divorcio.

En cierto modo hasta cabría hablar de un cierto *renacimiento del matrimonio religioso* en la Europa ampliada, que se ha traducido en un Reglamento de la UE que, bajo ciertas condiciones, obliga a todos los estados de la UE a reconocer las sentencias de nulidad de los matrimonios canónicos, dictadas por Tribunales eclesiásticos, y reconocidos a efectos civiles en un país cualquiera de la UE (se trata, en concreto, de Portugal, España, Italia, Polonia, Eslovenia, Lituania y Malta).

En cuanto al principio de igualdad, esta *primera revolución* ha sido profunda, no limitándose a remodelar dos o tres artículos más o menos emblemáticos de cada Código civil sino que ha entrado en el fondo de la estructura familiar. Más importante todavía me parece la mayoritaria aceptación social de este nuevo principio. La mujer ha asumido, con naturalidad, su nuevo protagonismo jurídico y los varones han

aceptado, sin resistencia, la necesidad de actuar conjuntamente con su consorte, sobre todo en los asuntos importantes. Sin perjuicio de que el principio de libertad permite modelar *ad hoc* las reglas del juego para su funcionamiento en el interior de cada matrimonio. Así el marido que, por ejemplo, sea un auténtico *manitas* no tendrá inconveniente en responsabilizarse de cualquier trabajo doméstico en el interior del hogar, mientras que la mujer que sea un *águila* para los negocios llevará en persona la gestión de la cartera familiar de valores (ahora que cada día nos despertamos con un sobresalto por las turbulencias de Wall Street, que inmediatamente causan resfriados en las bolsas europeas); por lo demás, la realidad muestra, ante la movilidad del trabajo de los cónyuges, que ahora es el marido el que, a veces, ha de seguir a su mujer en espera de mejorar de destino laboral y convivir juntos.

En el siglo XXI ha desaparecido de modo absoluto, de los viejos y de los nuevos Códigos civiles, todo rastro de discriminación por razón del sexo, y ello no sólo en relación con la mujer casada sino también respecto de la mujer soltera mayor de edad.

Lo que no significa que se hayan unificado o uniformado los regímenes económicos del matrimonio. Por ej. hay pluralidad de soluciones europeas en aspectos concretos e importantes. Ambos cónyuges administran y gestionan conjuntamente los bienes comunes; pero ello no significa que hagan la compra en el *super* necesariamente ambos (aunque los sábados pueden verse a muchas parejas jóvenes con sus hijos en el Corte Inglés). Nuestro art. 1383 enuncia una oportuna previsión: Los cónyuges están jurídicamente obligados a informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica que realicen aisladamente. Regla que, con mayor razón, se aplica a los bienes comunes, y que, a mi juicio, no representa una *peligrosa mercantilización* de la vida conyugal (como algunos temen), sino una sabia y actualísima medida de razonable prudencia.

Resulta, además, que nuestro C.c. enumera una extensa lista de actos válidos aunque se realicen exclusivamente por uno sólo de los cónyuges:

1) administración de bienes conyugales encomendada a uno sólo de los cónyuges.

2) disposición de dinero en libretas o cuentas corrientes que figuren a nombre de uno sólo de los cónyuges.

3) actos de disposición sobre títulos-valores por el cónyuge que los tiene a su nombre.

4) derechos de crédito, de cualquier origen y naturaleza, que se ejercitan por el cónyuge a cuyo nombre aparecen constituidos.

5) si se trata de gastos urgentes de carácter necesario, ordinarios o extraordinarios, basta el consentimiento de uno cualquiera de los cónyuges.

Pero otros códigos incluyen listas diferentes de actos unilaterales, aplicando el mismo principio de igualdad.

La buena aceptación de las reformas en relación con los regímenes económicos del matrimonio, no parece se haya logrado, excepcionalmente, en Grecia, un país que había ingresado en la UE poco tiempo antes que nosotros. Algunos datos de su historia jurídica podrían explicar, acaso, la falta de éxito de aquéllas⁸²³.

Lo que podemos considerar territorio heleno, formaba parte del Imperio romano de Oriente, al que siguió unida después de que los bárbaros invadieran Roma en el siglo V. Recibió los frutos de la codificación de Justiniano en el siglo VII, pero con preferencia los escritos en lengua griega (por el contrario, en los territorios occidentales se decía en relación con los manuscritos del *Corpus Iuris* descubiertos en Bolonia: *graeca sunt, non leguntur*), y de los siglos posteriores hasta la invasión por el Imperio otomano en el siglo XV. Durante la dominación turca el pueblo griego pierde su autonomía política, pero ve respetado su Derecho de Familia, lo cual se prolonga hasta mediados del siglo XIX. Lograda la independencia, la Monarquía griega trata de recuperar

823 ANDRIOTIS, *Les régimes matrimoniaux en droit grec*, en el vol. colectivo "Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé" (Genève, 2006) págs. 201 y ss.

su identidad jurídica civil, para lo cual decide inspirarse en la doctrina alemana de las Pandectas que era una versión moderna del Derecho romano. Por ello los jóvenes profesores helenos se forman en las Universidades germanas. En 1940 el Parlamento griego aprueba un Código civil inspirado en el BGB, salvo en lo relativo al Derecho de Familia. En su redacción originaria se consagraba la supremacía legal del marido frente a la mujer casada, junto a un amplio desarrollo de la dote romana (conjunto de bienes entregados a la mujer para el cumplimiento de los fines del matrimonio), institución muy arraigada en Grecia. La primera reforma importante del C.c. griego se produce en 1982, transformando en facultativo el matrimonio religioso ortodoxo, que celebraba la gran mayoría de la población, al mismo tiempo que las minorías católica, de ambos ritos, judíos y musulmanes, debían casarse civilmente. La segunda reforma se produce en 1983 y afectó fundamentalmente al régimen económico matrimonial; en lugar de la dote se otorga al cónyuge un crédito de participación, cuyo cálculo requiere complicadas operaciones que la sociedad helena no entiende. El prof. Andriotis reconoce, en último término, que el propósito de modernización del régimen económico matrimonial, ha fracasado en la práctica⁸²⁴.

El sistema legal en Alemania desde 1957 (*Zugewinnengemeinschaft*), además de ser recibido como un tipo más en las reformas francesa, española y en el Derecho civil de Cataluña, ha sido imitado en Suiza con otro nombre (*Errungenschaft–Beteiligungs*) y con algunas singularidades (la ganancia del viudo se transforma necesariamente en una cuarta de su legítima).

En resumen⁸²⁵: Se ha producido una relativa *estabilización de la problemática* y, hasta cierto punto, un agotamiento de la misma, sobre los regímenes económicos en Europa; parece todavía lejana una unificación con los regímenes del *common law* basados en la idea de separación y poder arbitral del juez para distribuir las ganancias; hay países,

824 ANDRIOTIS, *op. et loc. cit.*, págs. 228 ss.

825 Pueden verse mis conclusiones al recensionar ampliamente el vol. colectivo cit. en nota anterior: GARCÍA CANTERO, *¿Hacia dónde evoluciona el Derecho patrimonial de la familia?*, RDNot., núm. 64, octubre-diciembre 2007, pág. 389 y sgte.

como el nuestro, que añaden una mayor dosis de complejidad jurídica cuando un extranjero contrae matrimonio con persona sujeta a derecho foral; la pluralidad de leyes autonómicas sobre uniones fácticas y sus correspondientes normas patrimoniales pueden originar soluciones carambolescas, pareciendo más sensata la doctrina de la Sala 1ª en la materia (las uniones de hecho no permiten aplicar por analogía las reglas sobre régimen económico del matrimonio; eventualmente cabe encontrar soluciones de equidad para favorecer a la parte más débil). Mientras no se resuelva el problema legislativamente, sólo cabe esperar en este punto soluciones puntuales.

La segunda revolución del Derecho de Familia procede de los extraordinarios avances médicos y biológicos en materia de procreación humana, los cuales nos hemos apresurado a reconocer —acaso con excesiva premura— los juristas.

Voy a referirme brevemente a dos cuestiones: la prueba de la filiación en general, y las llamadas técnicas de reproducción asistida.

Cuando yo estudié la carrera se seguía repitiendo en los textos de Derecho de Familia que la procreación humana era un arcano de la naturaleza. Se exigía la prueba de cinco requisitos: 1) El hecho de la maternidad, 2) el hecho de la paternidad, 3) el hecho del alumbramiento, 4) la relación de la madre con el hijo, y 5) la relación del padre con el hijo. Se decía que *mater semper est*, pero que la paternidad sólo podía probarse por presunciones (*pater is est quae iuxtae nuptiae demonstrant*). *Conclusión*: El marido legalmente era el padre de todos los hijos que alumbraba su mujer durante el matrimonio, salvo que dentro de los plazos máximo y mínimo de gestación (300 o 180 días) demostrase absolutamente haber estado alejado físicamente de su mujer durante el tiempo legal de la gestación. A mediados del siglo XX la Genética logró que, entre otras, la prueba de los grupos sanguíneos que lleva el hijo, comparándola con los que lleva el presunto padre, pueden excluir, negativamente, o afirmar, con margen del 98% de fiabilidad, la relación de filiación; y ello tanto respecto del padre como de la madre. *Se acabó, en consecuencia, la impunidad, fáctica y jurídica, que, hasta entonces, había disfrutado el varón español*. Cada ciudadano será, en adelante, personal-

mente responsable de toda procreación en que haya intervenido, esté o no casado. Desde los primeros años 80 del siglo pasado, se ha formado así una uniforme jurisprudencia del TS y del TC que conduce, en la práctica, a la estimación de la gran mayoría de demandas de reclamación o impugnación de paternidad o maternidad interpuestas ante los Tribunales españoles.

Las recientes leyes noruegas que anteriormente examiné, obligan, sin embargo, a una reflexión: ¿Hemos aceptado demasiado rápidamente los *avances científicos* en materia de pruebas biológicas de la filiación? La aplicación de la doctrina impuesta por el TC ¿no nos avergonzará en el futuro de algunas actuales sentencias que parecen dictadas un tanto a la ligera? (por ej. con base en meras declaraciones testificales, o en fotografías de los supuestos padres en una fiesta de amigos, en presencia de una negativa injustificada a la práctica de tales pruebas por parte del progenitor demandado?)

Más grave todavía, a mi juicio, puede ser lo ocurrido con la procreación médicamente asistida que algunos países se han apresurado a regular, violentando, al hacerlo, los nuevos principios que acabábamos de aceptar en materia de investigación de la paternidad y maternidad. ¿Será que el *lobby* de los poderosos centros médicos internacionales es capaz de mediatizar a los parlamentos nacionales? La actuación de aquéllos se basa habitualmente en un elemental dato estadístico: entre 10 y 15% de los matrimonios que viven en el Primer Mundo no pueden engendrar hijos, sea por causas biológicas, referentes a alguno de los cónyuges aisladamente, sea a ambos conjuntamente. Hoy resulta médicamente posible extraer óvulos a la mujer y fecundarlos en el laboratorio para implantarlos de nuevo en el útero de la madre que desea tener hijos. La operación es compleja y se presta a errores llamativos frente a terceros (hijo mestizo que nace de una pareja de rubia cabellera). Se requiere el consentimiento del marido porque la ley le niega el derecho a impugnar la legitimidad del hijo alumbrado por su mujer, mediante tales técnicas, el cual, con seguridad, no es biológicamente suyo. El art. 39 de nuestra Constitución queda así *vaciado* de contenido con la elemental e insuficiente razón de que, siendo aplicado, no habría donantes. Pero ¿por qué

no considerar el caso como un supuesto de adopción *ante partum?*, lo que permitiría respetar mejor el sistema constitucional. Por otro lado, nuestra ley permite a una mujer sola ser inseminada con semen anónimo; si resulta que nace un niño, este por imperativo legal estará condenado a no tener padre legal. Ya no es cierto que *madre no hay más que una*; en efecto, pueden concurrir hasta tres mujeres diversas en relación con un recién nacido: la mamá-mamá, que ha engendrado normalmente —digamos—, como Dios manda, al unirse a su marido; la mujer que ofrece su óvulo para que sea fecundado con semen de varón diverso del marido, fingiendo la ley que es de éste (¡menudo papelón! que se le obliga a jugar a aquél); por último, la mujer meramente portadora y engendradora de un óvulo de otra mujer fecundado con semen también extraño. El primer bebé europeo nació en Londres en 1978, y la pusieron por nombre Louise, la cual al llegar a la mayoría y enterarse del modo en que fue engendrada, reprochó a sus padres: ¿por qué no me lo dijisteis? Acaso sin advertirlo, estaba reivindicando el principio de que todo ser humano tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos.

Aparte del alto porcentaje de fracasos médicos, y de su costo elevado (unos 6.000 euros por cada intento fallido), este procedimiento artificial de crear seres humanos (la procreación ya no es, por tanto, cosa de dos, sino que requiere la intervención de un equipo médico, que puede equivocarse en su actuación, etc) no ha sido aceptado por todos los países. En Alemania se ha visto con desconfianza y restrictivamente, y sólo se aplica a las personas casadas. En otros no se admite legalmente. En general, puede decirse que plantea difíciles problemas éticos, y se presta a un repugnante mercado marginal en Internet de *material genético* (esperma, óvulos y embriones etc), poco acorde con la dignidad del ser humano que puede nacer mediante la aplicación de este procedimiento de procreación médicamente asistida.

La tercera revolución familiar puede calificarse de ideológica. Algunos factores ambiguos.

Tal revolución no es inédita a lo largo de la historia. Así ya a mediados del siglo XIX Carlos Marx postuló la desaparición del matrimo-

nio y de la familia para que desapareciera paralela y simultáneamente la explotación del hombre por el hombre. Pero sus cenizas se habrán conmovido en el sepulcro al comprobar el rotundo fracaso de los regímenes políticos del llamado *socialismo real*. Aunque otros movimientos han defendido igualmente la desaparición de la familia; en Francia a principios del siglo XX se habló del *crepuscule du mariage*, y todavía hoy entre nosotros se festeja, por algunos autores, la disminución del número de matrimonios legales. Ha fracasado, sin embargo, al parecer, el movimiento de las *comunidades familiares* en las que regía la más absoluta promiscuidad sexual, por más que residualmente se practique todavía en algunos lugares emblemáticos.

No descubro secretos si alerto sobre la existencia de un “lobby” mundial de Gays y Lesbianas, con sede en USA, con el que colaboran, consciente o inconscientemente, algunos movimientos anti-familia. Pero, por ejemplo, está por explicar cómo durante los años 1970 en USA aquél rechazaba de plano la equiparación con el matrimonio occidental de las uniones homosexuales. De repente tal equiparación, nefanda a sus ojos, se considera algo posible y deseable como objetivo, y se redacta un plan legal de acción mediante diversas etapas para conseguirlo en cualquier estado del mundo. Holanda es un buen ejemplo de puesta en práctica de dicha *hoja de ruta*, así como, en alguna medida —pues no han dado el último paso— los países escandinavos. En España, sin embargo, hemos *quemado etapas*, hasta el punto de que *nos hemos salido del guión*; por mor de la Ley de 2005, ya no pertenecemos al sistema romano-canónico del matrimonio y giramos en el limbo sideral de ignotos sistemas matrimoniales. De momento ni la *Lebensgemeinschaft* alemana, ni el pacto civil de solidaridad francés (PACS), ni el acto civil inglés, se denominan matrimonios ni se equiparan al 100% con éste. Por otra parte, tampoco parece existir un entusiasmo indescriptible en los países que han legalizado, de alguna manera, la unión homosexual para acogerse a ella; así en Holanda se habla todavía de la cifra de 900.000 ciudadanos rebeldes a cualquier tipo de unión legal, mientras que los *matrimonios homosexuales* apenas se contabilizan con cifras de cuatro dígitos, datos similares a los datos que arrojan las estadísticas españolas.

Pasando a otro tema, no creo que, en su origen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo haya respondido a una determinada ideología. Es una instancia judicial, admirable bajo muchos aspectos, que se constituyó como consecuencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. De hecho se ha convertido en un eficacísimo factor de reforma del Derecho de Familia europeo, como lo muestran dos supuestos emblemáticos, algo antiguos ya. En el *caso Marcks* de 1979, el Estado belga fue condenado a reformar su legislación sobre filiación no matrimonial, a instancia de una madre soltera que sólo había podido dar a su hijo los derechos de los hijos legítimos si adoptaba a su hijo. En el *caso Johnston* de 1986 se condenó a Irlanda, no por carecer de divorcio en aquel momento histórico, sino por no ofrecer posibilidades legales a un padre adulterino para reconocer a su hijo. Lo curioso es que el Convenio de 1950 ofrece, literalmente, escasa base normativa para llegar a tales resultados (fundamentalmente el Tribunal se ha apoyado en el derecho al respeto de la vida privada), y más bien parece que ha querido usar facultades que sólo pertenecen a los tribunales anglosajones. Hay otras interesantes sentencias de este Tribunal, en plan innovador, dictadas posteriormente en materias, *ad exemplum* de derecho de visita, adopción, homosexualidad etc en las que no puedo ahora detenerme.

De la ideología del género, se hablará por otros profesores en este ciclo. Las posiciones están muy claras: de un lado la Real Academia de la Lengua que propone con exclusividad la palabra *sexo* para diferenciar a los seres humanos en atención a sus caracteres morfológicos y cromosómicos, datos que sirven también para configurar al sexo jurídico— como se ha hecho ininterrumpidamente a lo largo de la historia de la humanidad—, en cuanto criterio de diferenciación dentro de la radical unidad y dignidad del ser humano; de otro los acérrimos partidarios del *género* que consideran como algo voluntario y susceptible de cambios (¿cuántos?) a lo largo de la vida del hombre y de la mujer. Como civilista entiendo que la palabra *género* carece de significado jurídico, y que la noción de *ser sexuado* da mayor estabilidad y seguridad a las relaciones familiares.

Sí parece claro que, salvo algunas cuestiones puntuales, la Unión Europea carece de competencias legislativas en materia de Derecho de

Familia. A ello ha de adicionarse el carácter nacional, hoy por hoy, de la legislación familiar de los 27 miembros de la UE. He mencionado el episodio del fiasco lituano sobre el propósito de legalizar el llamado matrimonio homosexual, y no faltan ejemplos de otras *resistencias*. Así cabe mencionar que el 12 de mayo 2007 se celebró en Roma el “Día de la Familia”, concentrándose varios millones de ciudadanos, sin color político. El común denominador entre los participantes fue poner el énfasis en la unitaria fundación de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio (art. 29 de la Constitución italiana de 1947), oponiéndose, en consecuencia, a la “equiparación” con otros modelos familiares que habían sido adoptados, hasta aquel momento, por Holanda, Bélgica y España. Parece coherente con esta convicción social italiana que un Tribunal de apelación haya rechazado el reconocimiento de una unión homosexual celebrada en Nueva Zelanda, por ser contrario al orden público italiano.

Ese podría ser, a mi juicio, el camino a seguir en este difícil momento: profundizar cada país en las raíces nacionales y tradicionales del matrimonio y de la familia, fortalecerlas y rechazar enérgicamente los modelos extranjeros que no se adapten a ellas, por fuertes que sean las presiones externas para legalizarlas.

¿HACIA DÓNDE EVOLUCIONA EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA?⁸²⁶

Sumario: Introducción.– 1. El Centro de Derecho Comparado, de Derecho europeo y de legislaciones europeas (Lausanne), y sus actividades.– 2. Contenido general de la obra sobre regímenes matrimoniales en Derecho comparado y en Derecho Internacional privado (2006).– 3. Sistemática del volumen: A) Los regímenes matrimoniales en Derecho suizo y en Derecho Internacional privado. B) Los regímenes matrimoniales en los Derechos de Europa continental. C) Los regímenes matrimoniales de América del Norte y en Derecho musulmán.– 4. Juicio de conjunto.

INTRODUCCIÓN

Después de la Ley de 13 mayo 1981 podría considerarse que el tema de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, o regímenes económicos del matrimonio, se encuentra absolutamente pacificado entre nosotros, sin que en el futuro legislativo se adviertan indicios de reformas importantes. Con todo, algunos síntomas permiten conjeturar que algo se mueve en este campo. Así la Ley 15/2005, de reforma del Cc y de la Lec en materia de separación y divorcio, no deja de suscitar algunas reflexiones. Por un lado se acepta por la mejor doctrina que cualquier alteración legislativa en cuanto a la separación y al divorcio repercute inmediatamente en la concepción legal del matrimonio vigente en cada época y en cualquier país; a mayor facilidades para la

826 Publicado en “RDNot”, núm. 64, octubre-diciembre 2007, págs.

ruptura, menor consistencia jurídica del vínculo matrimonial; pero el razonamiento no se extiende al régimen económico, que, en realidad, constituye una materia accesoria del matrimonio mismo. Es cierto que aquella Ley ha introducido reformas de cierta entidad en los arts. 92,97 y 103 Cc, que hacen referencia a los efectos comunes a la separación y divorcio, pero aquéllas pueden calificarse más bien de reformas puntuales. La pregunta, hasta ahora sin respuesta, es la de si es posible vaciar de contenido jurídico la misma institución matrimonial manteniendo simultáneamente un régimen económico en que, en buena medida, predominan reglas de derecho imperativo. La recensión de una reciente e importante obra de Derecho comparado sobre los regímenes económicos del matrimonio, es buena *ocassio* para iniciar, al menos, la reflexión propuesta.

BONOMI, Andrea et STEINER, Marco (Editeurs): **Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005.** Librairie Droz (Genève 2006), 319 pgs.

1. Este volumen constituye el número 76 de la colección *Comparativa* que edita el prestigioso *Centre de Droit Comparé, de Droit Européen et des législations étrangères* (CDCE) de la Universidad de Lausanne; fundado a principios de los 70 del pasado siglo por el Prof. Alfred van Overbeck, ha experimentado un notable desarrollo hasta consolidarse como uno de los centros de estudios comparatistas europeos de mayor prestigio, como se comprueba con su nómina de investigadores procedentes de diversos países del mundo, y los abundantes fondos bibliográficos que posee y cuya consulta atrae a gran número de becarios en preparación de su tesis doctoral. En la mencionada colección suelen publicarse las Actas de congresos o reuniones científicas organizadas por el propio Centro, como sucedió con el presente volumen. El Prof. Bernard DUTOIT, de la misma Universidad y hasta su jubilación⁸²⁷ ha dirigido, con otros colaboradores, varios volúmenes en los que cabe destacar la especialización de aquél en el Derecho de familia:

⁸²⁷ Véanse las *Mélanges en l'honneur de B. Dutoit*, núm. 73 de la colección *Comparativa* (Genève 2002).

- Nacionalidad de la mujer casada: vol. I *Europe* (1973), vol. 2 *Afrique* (1976), vol. 3 *Amérique, Asie, Océanie* (1980). Así como diversos suplementos: del vol. I (años 1973.-1989; y 1989-1997); del vol. 2 (años 1976-1990); y del vol. 3 (años 1980-1992)⁸²⁸.
- Divorcio en Derecho comparado: Vol I, *Europe* (1999), vol. 2, *Amérique du Nord* (2002), y vol. 3, *Amérique Latine* (2003).

Andrea BONOMI ha sucedido a DUTOIT al frente del CDCE, siendo también Prof. ordinario de Derecho civil comparado y de Derecho internacional privado, en la Univ. de Lausanne; y como Director de la Colección asume la publicación que recensiono, junto a Marco STEINER, Asistente de investigación en el CDCE, profesor en aquélla, y autor de una de las ponencias aquí incluidas.

2. CONTENIDO GENERAL DE LA OBRA

A modo de introducción general cabe decir que la obra contiene abundantes datos actualizados de Derecho comparado, respondiendo a un plan previamente establecido, acompañándose cada ponencia de una bibliografía reciente y seleccionada. Es elevado su interés comparatista y para el Derecho internacional privado, sin que obviamente sea obligado compartir, en todo caso, las opiniones personales de los diversos ponentes. Con razón advierten los editores en su introducción sobre la complejidad de la materia en sí misma, que legislativamente ha experimentado cambios profundos en el último medio siglo en casi todos los países europeos, a lo que hay que añadir el contexto internacional en transformación constante.

En cuanto al régimen matrimonial legal, la tradicional diferenciación entre los países del *Civil Law* y del *Common Law* está empezando a difuminarse, pues algunas provincias anglófonas de Canadá, y varios estados norteamericanos, han introducido regímenes de *community*

828 En esta materia y en una época legislativamente tan fluida, obsérvese el extremado cuidado del prof. Dutoit de mantener al día, con oportunos suplementos, la extensa obra publicada.

property, con bastantes similitudes y analogías con los regímenes de comunidad o, al menos, de participación en las ganancias, de los países de tradición civilista. Ahora —opinan los editores— la línea genérica de diferenciación viene a establecer más bien entre los estados occidentales en general y los países musulmanes que tendencialmente siguen el régimen de separación. Por otra parte, en el interior de la familia romano-germánica, la introducción generalizada de los regímenes económicos de tipo comunitario no ha eliminado la complejidad de los sistemas de regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y así resulta que las diversas soluciones nacionales siguen siendo muy alejadas unas de otras. Es posible que desaparezca próximamente la comunidad universal holandesa introducida en su momento por la famosa ley Owen, pero la *Zugewinnngemeinschaft* germánica ofrece sorprendentes diferencias con la *Errungenschaft beteiligung* suiza. Añadiré todavía por mi cuenta que la pluralidad de regímenes económicos matrimoniales españoles, parece empieza a preocupar, por sus eventuales conflictos de Derecho internacional privado, a los juristas europeos.

Respecto al régimen convencional hay bastante unanimidad a la hora de otorgar a los cónyuges amplia libertad de elegir el modelo, aunque no todas las legislaciones coinciden, ni en la aludida facultad de opción, ni en su amplitud, ni en la posibilidad legal de cambio postnupcias. La posibilidad de un *regime matrimonial sur mesure* tampoco resulta idéntica en las diversas legislaciones. Por último, no pocas veces las autoridades fiscales de ciertos países rehusan reconocer todas las consecuencias que se derivan, en el propio país, de la adopción de un régimen matrimonial extranjero⁸²⁹. Nada extraña que algunas veces (por ej. en Francia) la elección de un nuevo régimen supone aplicar una refinada técnica de optimización fiscal⁸³⁰. Pero caben motivacio-

829 Pueden consultarse los ejemplos fiscales que, sobre conflictos entre ciudadanos de Alemania y Suiza, enumera STURM, *La "Zugewinnngemeinschaft" et les régimes conventionnels du droit allemand*, p. 90 ss. exposición que este autor finaliza amargamente: *Fiscus rapax Germaniae execratus sit maledictusque* (p. 93).

830 Así ALBARIAN *Les régimes matrimoniaux en droit français.— Aspects de droit civil et de droit fiscal*, p. 131 y nota 76. Otras opiniones coincidentes que cita: *Aujourd'hui, plus que jamais, une véritable stratégie fiscale devient nécessaire pour transmettre le patrimoine*

nes diversas además de las fiscales (éstas serían difíciles de servir de explicación única al hecho de que en Italia la mitad de los matrimonios opta convencionalmente por la separación⁸³¹, mientras que en Francia no llegan al 20% quienes optan por un régimen diverso del legal⁸³²).

En el ámbito del Derecho internacional privado las complicaciones se incrementan con el llamado conflicto móvil⁸³³.

3. SISTEMÁTICA DEL VOLUMEN

Está distribuida en tres apartados o partes, de desigual extensión, pues mientras la primera y tercera (sobre América del Norte y países islámicos) la tienen similar, la segunda (referente a Europa continental) constituye la más amplia y densa, y ofrece, en principio, mayor interés para el civilista europeo.

A) Al haberse celebrado en Lausanne el Coloquio cuyas Actas se publican, siendo profesores suizos los directores y organizadores de aquél, a nadie puede extrañar la perspectiva helvética de la parte que puede considerarse introductoria, y que contiene las siguientes ponencias:

Suzette SANDOZ *Les regimes matrimoniaux en droit suisse.— Système actuel et perspectives de réforme.*

Julie BERHOLET *Les regimes matrimoniaux en droit international privé suisse;*

BONOMI *Les regimes matrimoniaux en droit international privé comparé.*

Notable por su interés es la primera ponencia debida a la profesora SANDOZ, de la Univ. de Lausanne, quien hace una sintética, aunque

fiscal (SIAT, *La relation fiscalité-famille*, en el vol. "Le droit de la famille en Europe" (Strasbourg 1992) p. 575.

831 Según PADOVINI *Les regimes matrimoniaux en droit italien* p. 108.

832 ALBARIAN, loc. cit., p. 121.

833 BONOMI *Les regimes matrimoniaux en droit international privé comparé* p. 79 s.

muy incisiva, presentación de los regímenes económicos del matrimonio, después de la reforma de 1984. En sentido amplio cabe afirmar que el derecho suizo ofrece a los cónyuges tres regímenes posibles: el de participación en las ganancias (*participations aux acquêts* o *Errungenschat*), calificado no de *legal* sino de *ordinario*, que se impone a quienes carecen de otro. Los otros dos —el de separación y el de comunidad de bienes—, son voluntarios en el sentido de que los cónyuges pueden someterse al mismo mediante la celebración de un *contrat de mariage*. A tenor del art. 182 al. 1, rige el principio de mutabilidad del régimen matrimonial; los cónyuges tienen posibilidades limitadas de alterar cualquiera de estos regímenes conforme al alineamiento 2 del mismo precepto.

La participación en las ganancias —ahora denominado régimen *ordinario*—, es similar al nuestro de participación (arts. 1411 ss C.c. español) ya que los cónyuges se encuentran en una situación análoga a la de los cónyuges casados en régimen de separación mientras dura el régimen, y sólo se advierten sus efectos en el momento de la liquidación o disolución, o, eventualmente, si enajenan alguno de sus bienes; pero la autora añade la siguiente apostilla *Este régimen es de tal complicación que las sentencias publicadas sobre el mismo son rarísimas, pues en apariencia los cónyuges prefieren regular sus problemas mediante acuerdos que asumir el riesgo de un proceso*. Podemos corroborar tal juicio desde una perspectiva española, con la añadidura de tratarse entre nosotros, no del régimen ordinario o legal, sino de uno más de los regímenes convencionales de nuestro Cc que fue introducido en la reforma de 1981, y, además, que el Cod. Catalán de Familia de 1998 lo ha incorporado, con escaso éxito hasta ahora, a dicho ordenamiento⁸³⁴.

834 Hasta ahora solo ha llegado a mi conocimiento la STS de 4 febrero 2000, en la que se invocó, aunque no se entendió aplicable por la Sala 1ª TS, el art. 1414 Cc, y, en general, el régimen de participación en las ganancias. Se trataba del matrimonio, contraído en Palma de Mallorca, entre un alemán y una española, sin otorgamiento de capitulaciones. La actora solicita que un inmueble adquirido por el marido durante el matrimonio, se considere de propiedad común a ambos, invocando en su favor el régimen de gananciales, y solicitando asimismo que se disuelva y liquide la sociedad; por su parte el marido interpone otra demanda, luego acumulada a la anterior, invocando el régimen legal de Baleares, y pidiendo que se declare la propiedad exclusiva del mismo

Para la autora, el régimen de separación de bienes (arts. 247 a 251 C.c. suizo) equivale casi a una ausencia de régimen económico⁸³⁵, aunque hay tres reglas específicas:

- a falta de pruebas sobre la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, el bien se presume que pertenece a ambos, por partes iguales;
- el régimen no influye en la exigibilidad recíproca de deudas entre los cónyuges, salvo cuando la reclamación expone al deudor a dificultades graves que ponen en riesgo la unión conyugal;
- cuando un bien pertenece en copropiedad a ambos, al disolverse el régimen, cada cónyuge puede hacer valer un interés preponderante para que se le atribuya aquél en exclusividad.

Aunque el régimen de comunidad ilustra, mejor que ningún otro, la real unión conyugal, lo cierto es que la comunidad de bienes sólo se pacta por el 2% de los matrimonios helvéticos, lo que se explica, a juicio de la autora, por el hecho de que la comunidad nunca ha sido régimen legal en Suiza; cabría decir —apostillo— que no ha entrado en sus costumbres. Los cónyuges que optan por la comunidad de bienes deben precisar si eligen la comunidad universal, la de adquisiciones, o una comunidad restringida (a sólo los inmuebles, a los rendimientos de su trabajo o con relación a determinados bienes). Por último hay regímenes extraordinarios de carácter legal o judicial para atender a situaciones específicas.

La autora concluye llamando la atención sobre el hecho de que a lo largo de 18 años de entrada en vigor de la ley de reforma, la jurisprudencia

bien. El TS no entra a decidir el régimen económico vigente entre los cónyuges (problema de Derecho internacional privado), y queda firme la declaración de instancia de no ser el de gananciales, y tampoco el de separación foral, sino que, en el caso concreto, decide sobre la pertenencia exclusiva a uno de los cónyuges, en concreto, a favor del marido (Pte. Sr. Corbal Fernández). Por tanto la s. referenciada no puede citarse, como hacen algunos autores, en tanto que dictada en materia de régimen de participación. Tema diferente es el de si un Juez puede fallar sobre la titularidad de un inmueble adquirido por uno de los cónyuges durante el matrimonio, sin establecer previamente cuál sea el régimen patrimonial que vincula a los referidos cónyuges.

835 Suzette SANDOZ, loc. cit., p. 25.

en materia de régimen matrimonial es de una pobreza inaudita y los raros problemas sometidos a los tribunales tienen poco que ver con la mayoría de los debates doctrinales. Ante las propuestas de reforma avanzadas en la doctrina, la autora sensatamente propone que cualquier modificación eventual de los regímenes matrimoniales debe recaer sobre el conjunto de todos ellos, y no sobre aspectos meramente parciales de algunos de ellos⁸³⁶.

Sobre el Derecho internacional privado en materia de regímenes económicos del matrimonio sólo se incluye la ponencia helvética y otra que trata del Derecho internacional privado comparado.

Julie BERTHOLET *Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse*;

Andrea BONOMI *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*.

La Ley federal de 1987 sobre el Derecho internacional privado tiene la característica de ser la única aplicable en el país ya que Suiza no ha firmado ninguna Convención multilateral en materia de régimen matrimonial, ni tampoco la Convención de La Haya de 1978, no obstante lo cual ha incorporado la mayoría de sus principios a su derecho interno. La aludida reforma de 1987 ha tratado de lograr mejor coordinación entre las soluciones proporcionadas a los regímenes matrimoniales y en materia sucesoria. En conclusión⁸³⁷, y a excepción del régimen transitorio, la Ley de 1987 ha acertado a resolver las lagunas e incertidumbres que caracterizaban el Derecho derogado.

La ponencia del editor principal del volumen, el Prof. BONOMI, es notable por varias circunstancias. Desde el punto de vista helvético, la especial singularidad legislativa del país aconseja con urgencia que su doctrina se abra a otros horizontes⁸³⁸, cosa que efectúa el autor.

836 Suzette SANDER, loc. cit., p. 32 s.

837 Julie BERTHOLET, loc. cit., p. 55.

838 Consultada la bibliografía que se menciona en p. 74 s. se constata la presencia en ella de especialistas italianos, franceses, portugueses alemanes, austriacos, ingleses canadienses, y norteamericanos, sin que se omita la cita a pie de pg. de los acreditados Manuales españoles de González Campos y Calvo-Caravaca y Carrascosa González, al menos una docena de veces a lo largo de la ponencia.

Después de analizar, entre otros, temas como el de la competencia judicial, el régimen electivo por las partes, el reenvío, el conflicto móvil, etc. llega a la conclusión de que hay tantas soluciones a los conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de regímenes económicos como sistemas de ellos existen. Es deseable una uniformización a nivel internacional ya que la Convención de La Haya de 1978, aunque consagra soluciones interesantes, no ha logrado el éxito que se esperaba. Augura mejor acierto al legislador europeo⁸³⁹.

B) El segundo apartado lleva por epígrafe *Les regimes matrimoniaux dans les droits de l'Europe continentale*, es la más extensa del volumen (p. 79-231) y abarca la exposición de la materia en las legislaciones de Alemania, Italia, Francia, España, Países Bajos y Grecia⁸⁴⁰, las cuales,

839 Andrea BONOMI, p. 74.

840 Si se compara el número y entidad de países contemplados en el vol. *Les regimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché Commun*, publicado hace casi medio siglo con ocasión del VII Congreso de la Unión internacional del Notariado latino (reunido en Bruselas del 7-17 septiembre 1963), con los incluidos en la segunda parte del volumen recensionado, se observa que no hay coincidencia entre las entidades convocantes; en un caso la iniciativa procede de la *praxis* notarial, lo que se traduce en que la mayoría de ponentes son Notarios ejercientes, aunque no falten, entre los colaboradores, ilustres profesores universitarios (Rigaud, Battifol, Gramani, Socini), y en el otro la iniciativa es de carácter científico y universitario, con exclusiva participación de profesores o investigadores; sí hay alguna coincidencia en sentido amplio en el ámbito de delimitación territorial de los países europeos contemplados (en uno se incluyen exclusivamente a los seis países del Mercado Común, tal como se constituyeron en el Tratado de Roma de 1957; en el que recensiono, el país organizador no pertenece a la UE, aunque los restantes sí, pero no todos, ni siquiera comprende a la totalidad de los componentes de la UE antes de las dos últimas ampliaciones. Con todo, la presencia en el vol. recensionado de países como Suiza, España, Grecia, USA, Canadá, Egipto y Marruecos, inclinan la balanza a favor de los criterios seguidos ahora (aunque se haya prescindido, por ej, de Bélgica y Luxemburgo). Para un futuro Coloquio no podrían faltar, parece, otros países europeos como Polonia, Rumania, Chequia, y Hungría. Por último, en el primer vol. hay un escrupuloso respeto a los idiomas oficiales de los países representados, lo que obliga a traducir todas las intervenciones, resultando un vol. que excede del millar de páginas; en el segundo el francés es la única lengua empleada, lo que permite reducir su extensión razonablemente. La comparación entre los criterios utilizados en ambos volúmenes (de tema, incluso, parcialmente coincidente) permite vislumbrar las nuevas perspectivas con que se ve la construcción europea y el Derecho comparado a distancia de algo más de cuarenta años.

junto a la de Suiza, representan para los españoles el cómodo recurso a la socorrida frase de los *países de nuestro entorno*.

El Prof. STURM, emérito u honorario de la Univ. de Lausanne, presenta una ponencia sobre *La "Zugewinnngemeinschaft" et les effets conventionnels du droit allemand* en la que se limita a exponer los principios esenciales del Derecho alemán, para pasar enseguida a señalar detalladamente las diferencias que ofrecen respectivamente los regímenes de participación, comunidad y separación de bienes entre el Derecho alemán y el suizo, con una jugosa referencia al Derecho fiscal alemán, ya citada antes. La recíproca circulación de ciudadanos de ambos países explica haber focalizado la ponencia en esta dirección.

El Prof. PADOVINI, Ordinario de Derecho privado de la Univ. de Trieste, expone con bastante detalle el régimen patrimonial del matrimonio, con incursiones en el Derecho sucesorio. Recuerda que ya no está en vigor el régimen inicial del C.c. de 1942, sino la reforma radical operada por la Ley de 1975, así como la derivada de la introducción de divorcio en 1970, modificada en 1987; todo ello para acomodar el texto codicial a la Constitución de 1947, cuyo art. 29 establece que la República reconoce los derechos de la familia en tanto que sociedad natural fundada en el matrimonio, el cual reposa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, dentro de los límites fijados por la ley para garantizar la unidad de la familia. Los principios generales⁸⁴¹ de la materia se basan en la centralidad del matrimonio y en la paridad entre los cónyuges. El primero implica el desfavor para el concubinato, que carece de regulación en el Cc, así como la marginación del *parentesco natural* en relación con el legítimo, salvo en cuanto a los relaciones padres-hijos, en las que no existe ninguna diferencia. La paridad entre los cónyuges ha supuesto abandonar el sistema anterior de la separación considerándose que el de comunidad reducida es más adecuado que aquél para garantizar la igualdad también en relación con las adquisiciones. Todo ello combinado con el principio de autonomía de la voluntad.

841 PADOVINI, loc. cit., p. 98.

Aunque el Cc de 1942 no identifica de modo exhaustivo el llamado régimen matrimonial primario, el autor incluye en el mismo la obligación de contribuir a las necesidades de la familia (art. 143 pár. 3° Cc), y la presunción de copropiedad de bienes (art. 219); la regla sobre la empresa familiar del art. 230-bis, es susceptible de ser derogada por acuerdo, y hoy recibe escasa aplicación práctica⁸⁴².

El régimen legal en vigor, después de 1975, es la comunidad *re-duite aux acquêts*, similar, aunque no totalmente, a nuestra sociedad de gananciales. Quizá representa cierta novedad la llamada *comunidad de residuo*⁸⁴³ constituida por bienes que solo ingresan en la comunidad al tiempo de disolverse (frutos no consumidos de los bienes personales, beneficios obtenidos por la actividad separada de cada cónyuge; representan cuantitativamente los más importantes pues incluyen las rentas de trabajo), y los bienes destinados a la empresa individual. Durante el matrimonio cada cónyuge puede disponer de estos bienes como tenga por conveniente, pero lo que queda al disolverse la comunidad, es común. Mientras los actos de administración ordinaria cada cónyuge puede realizarlos individualmente, tanto los de administración extraordinaria como los dispositivos requieren la actuación conjunta de ambos cónyuges. La responsabilidad patrimonial se organiza con relativa sencillez, ya que los bienes comunes responden de las deudas comunes y los privativos de las deudas personales, si bien se establece una responsabilidad subsidiaria en beneficio de los acreedores.

Más de la mitad de los matrimonios italianos pacta un régimen convencional; estos contratos matrimoniales deben obligatoriamente ser mencionados al margen de la inscripción del matrimonio. El régimen de separación es preferido por las profesiones liberales y por los empresarios, y goza actualmente de la preferencia social⁸⁴⁴. En cambio, es muy raro que se pacte un régimen de comunidad. Está prohibido pactar la dote (art. 166 bis Cc). Quizá para compensar esta prohibi-

842 PADOVINI, loc. cit., p. 100.

843 PADOVINI, loc. cit., p. 105.

844 Según PADOVINI, loc. cit., p. 108, al menos la mitad de los matrimonios italianos elige actualmente este régimen.

ción —apreciación personal del recensor—, el art. 167 permite que la convención matrimonial tenga por objeto pactar el destino de bienes determinados (inmuebles, valores) a la satisfacción de las necesidades de la familia. Este *fondo patrimonial*, que se beneficia de un favorable trato fiscal, se utiliza frecuentemente por los deudores para sustraer su propio patrimonio a la acción de los acreedores, al amparo del corto plazo quinquenal de la acción pauliana.

En ausencia de reglas específicas, el autor expone las consecuencias de las crisis conyugales en relación con el régimen legal (disolución de la comunidad, pensión alimenticia en caso de separación, prestación indemnizatoria en caso de divorcio, atribución de la vivienda, pensión de jubilación en caso de divorcio). El margen reconocido a la autonomía de la voluntad parece bastante amplio, mientras que el legislador fiscal exonera de impuestos a las transferencias de bienes con ocasión de estas operaciones liquidatorias en casos de separación y divorcio⁸⁴⁵. Obsérvese que la doctrina italiana no trata como incidencia posible la declaración de nulidad del matrimonio, a diferencia de nuestro Cc. Finaliza con un breve repaso a las normas sucesorias, inspiradas en el principio del beneficio del cónyuge viudo.

El Prof. ALBARIAN, *chargé d'enseignement* en la Univ. Paul Cézanne d'Aix-Marseille, y también Assistant de recherche en el CDCE de Lausanne, afirma, siguiendo a JESTAZ, que el derecho de los regímenes matrimoniales constituye quizá hoy día la parte más nueva y la más lograda del Cc. Antes que una exposición exhaustiva del mismo, el autor se propone dar una visión general (*un aperçu*) de esta rama del derecho francés, acompañada con abundantes referencias bibliográficas (que son, en efecto, numerosas, bien elegidas y de autores muy recientes). Inicia aquélla con una descripción del estatuto patrimonial de base de carácter imperativo, que viene a constituir *la grande charte du foyer dans laquelle sont inscrits les droits et les devoirs des époux, un peu comme la Déclaration de 1789 forme le préambule de la Constitution de la République*, y cuya finalidad consiste, cualquiera sea el régimen matrimonial, asegurar cotidianamente la

845 PADOVINI, loc. cit., p. 113.

unión de los cónyuges en la libertad, la interdependencia y la dependencia. Aunque el art. 1387 Cc otorga a los cónyuges la libre elección de su régimen matrimonial, en la práctica la libertad absoluta de confeccionar un *contrat sur mesures*, apenas si se ejercita ya que el art. 1393 propone un régimen legal supletorio, y ofrece a los contrayentes varios modelos de convenciones matrimoniales muy variadas. En torno al 90% de los matrimonios franceses celebrados después de 1º febrero 1966 (fecha de entrada en vigor de la ley de 13 julio 1965) están sujetos a la *communauté de biens réduite aux acquêts*, régimen supletorio para quienes no han celebrado contrato matrimonial⁸⁴⁶; se regula en los arts. 1400 a 1491, y su régimen ofrece grandes similitudes con nuestra sociedad de gananciales, si bien los mecanismos de gestión de los bienes comunes no siempre son idénticos en ambos ordenamientos, y tampoco lo son las consecuencias de la liquidación del régimen⁸⁴⁷. El autor trata a continuación con cierta extensión (p. 125-132) de los regímenes convencionales, así como de los que pueden calificarse de *atípicos* encaminados a elaborar un régimen *ad hoc* que responde mejor a las expectativas de los cónyuges. Hasta la Ley de 1965 la comunidad de muebles y adquisiciones había sido en Francia el régimen legal, pero desde su entrada en vigor se ha convertido en un contrato en trance de desaparición (MALAURIE y AYNÉS). La separación pura y simple de bienes se ha calificado, por otra parte, del más egoísta de los regímenes económicos, si bien se adapta bien a la situación de los cónyuges que ejercen una profesión sujeta a riesgos financieros (BEGNIER). La participación en las ganancias fue introducida por la Ley de 1965, y aunque algunos lo reputan ideal por reunir las ventajas del de separación y del legal, apenas si representa estadísticamente el uno por mil de los regímenes en vigor⁸⁴⁸. Entre los regímenes *a la carta* se mencionan las modificaciones parciales tanto del régimen de comunidad como del de separación: por ej. que aquélla comprenda los muebles y adquisiciones, que uno de los cónyuges puede retener ciertos bienes

846 ALBARIAN, loc. cit., p. 121.

847 *Le plus souvent amiable*, observa el autor (ALBARIAN, loc. cit., p. 124).

848 Hasta 2005 la Sala de lo Civil del Tribunal francés de casación sólo había pronunciado dos sentencias sobre este régimen (ALBARIAN, loc. cit., p. 128 nota 55).

mediante indemnización, la *clause de préciput*, el reparto por cuotas desiguales, la comunidad universal, la separación unida a una sociedad de adquisiciones (abandonada por los notarios franceses, pero recuperada en el nuevo Cc de Québec).

El autor se pregunta por los criterios que inspiran a los cónyuges a la hora de elegir una modalidad de régimen económico matrimonial, los cuales pueden estar en función de determinados parámetros muy variados (así, el patrimonio respectivo de cada cónyuge o el de sus respectivos padres, o la composición de la familia —por ej. si hay hijos de un matrimonio anterior—, o la profesión, edad, existencia de acreedores, facilidad de la liquidación del régimen, y también en las consideraciones de equidad y de afecto que inspiran a su unión), pero sobre todo el deseo de los cónyuges de organizar la transmisión de sus bienes al menor coste fiscal. A juicio del autor, la expresión más perfecta de esta ingeniería financiera del patrimonio de los cónyuges se materializa indubitablemente en el régimen de comunidad universal con cláusula de atribución integral a favor del sobreviviente⁸⁴⁹. Con gran amplitud (p. 132-144) explica que los legitimarios deben renunciar a sus derechos sucesorios, bien entendido que la sucesión sólo se abre al fallecer el viudo y que esta modalidad favorecedora de la posición patrimonial del cónyuge sólo ha sido viable una vez que se autorizó el cambio postnupcias del régimen económico; no oculta los inconvenientes que pueden derivarse, especialmente a los hijos comunes, cuando el viudo ha dilapidado el patrimonio que recibió, y asimismo que esta especialidad fiscal gala no se reconoce por otros países fronterizos (por ej., Bélgica).

Merece destacarse el notable esfuerzo de la profesora Esther ARROYO y AMAYUELAS, de la Univ. de Barcelona, por sintetizar en una treintena de pgs (147-176), nada menos que *Les régimes matrimoniaux en droit espagnol —Entre Code civil et droits régionaux*. Para ello explica brevemente la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles en España, así como la vecindad civil como criterio determinante de cada

849 ALBARIAN, loc. cit., p. 131 s.

uno de los regímenes económicos aplicables. No olvida referirse a la legislación en vigor en cada una de las CCAA con derecho civil propio⁸⁵⁰. Con todo, las fuentes más citadas son el Cc y el Código catalán de Familia. La bibliografía seleccionada, en cuatro idiomas, facilitará su acceso para los no españoles. Las breves consideraciones fiscales son aquí meramente descriptivas.

Les regimes matrimoniaux aux Pays Bas es un título sugestivo por varias razones, pues cualquier comparatista sabe que este país es uno de los pocos —si no el único—, que en el mundo occidental establece como régimen legal de bienes el de la comunidad universal, introducido por la famosa Ley Owen hace más de medio siglo; ello acucia la curiosidad del lector por saber cómo funciona en la práctica un sistema de relaciones pecuniarias cuyos inconvenientes, en teoría, priman sobre sus posibles ventajas, no sin sorprenderse al tratarse de una materia familiar cuya reforma con decisión no se había planteado todavía en este país. Los interrogantes sólo en parte se resuelven, pues el autor de la ponencia, Bente BRAAT —cuya cualificación profesional, por cierto, se omite— nos indica que la versión que se publica ha sido modificada para poder tener en cuenta las modificaciones introducidas en 2005 respecto del proyecto del 2003 que le sirvió de base en la presentación verbal de su ponencia. En realidad, en este país ha habido un proceso de reforma, si bien desarrollado con mayor lentitud, sin que, al parecer, haya concluido. El punto de partida fue la Ley de 1997 sobre el partenariado registrado, seguido por el Informe de la Comisión *Rechten een Plichten echgenoten* del mismo año, el Informe del Instituto Molengraaf dependiente del Ministerio de Justicia, publicado en el 2000, consistente en un estudio comparativo de los regímenes vigentes en Dinamarca, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia y Suecia, conducente a un *noyau commun*⁸⁵¹ de

850 Acaso falte una referencia a Extremadura y el Fuero de Baylío.

851 Caracterizado por los siguientes elementos: a) igualdad e independencia de los cónyuges; b) protección del domicilio conyugal contra los actos dispositivos de cualquier de ellos; c) atención particular al bienestar de los hijos y de los ex-cónyuges al tiempo de atribuir el domicilio conyugal a la disolución; y d) protección del cónyuge económicamente más débil.

aspectos, y que permitió al Ministerio presentar una propuesta de reforma del régimen matrimonial legal. El Informe denominado *Emancipatie-effect-rapportage* ha sido elaborado por el Instituto Clara Wichmann en el 2001, que está especializado en los derechos de la mujer; dicho Informe contiene recomendaciones bastante detalladas⁸⁵², que sirvieron para redactar un esbozo de proyecto de ley y una memoria explicativa sujeta a consulta por diversas instituciones. Pero en septiembre del 2002 se realizó una encuesta de amplio espectro entre la población neerlandesa cuyo resultado fue contradictorio en algunas de sus respuestas, dificultando así la redacción de un proyecto de reforma⁸⁵³. En realidad se han presentado hasta tres proyectos, totales o parciales, del régimen económico matrimonial, sin que al tiempo de publicarse el volumen se hayan aprobado. El autor se centra en la cuestión siguiente: *¿Ha llegado el momento de suprimir el régimen matrimonial legal de la comunidad universal?* A su juicio el régimen de la comunidad universal presenta los siguientes defectos: 1) el cónyuge no deudor carece de protección frente a los acreedores de la comunidad; 2) el régimen de gestión de la comunidad atribuye escasos poderes al cónyuge que no ha aportado bienes a la misma; 3) el criterio del valor nominal parece insuficiente para calcular las recompensas entre patrimonios y compensar los créditos entre los cónyuges; y 4) la idea misma de la comunidad universal de bienes

852 Se resumen en los siguientes términos: a) Debe replantearse la cuestión de mantener la comunidad universal de bienes ante la tendencia creciente del individualismo; b) bajo el aspecto de la emancipación de la mujer, hay buenas razones para limitar la comunidad a los bienes adquiridos durante el matrimonio; c) se sugiere otorgar al Juez facultades de modificar el régimen en caso de divorcio cuando la ley o las partes no han tomado en cuenta el trabajo no remunerado en el hogar, en tanto que la prestación del mismo ha contribuido a aumentar la posibilidad del otro para obtener beneficios fuera del hogar; d) desde el punto de vista de la mujer, el Instituto ve con buenos ojos que se adelante el momento de disolver la comunidad; e) la posición de los acreedores frente a la comunidad amenaza la subsistencia del otro cónyuge no deudor; g) el Instituto confirma la importancia del derecho de información de cada cónyuge sobre la situación patrimonial del otro; h) el cónyuge sin rentas o con rentas insuficientes está limitado en su capacidad de disposición del capital al que tiene derecho (Cfr. BRAAT, loc. cit., p. 180, nota 15).

853 Una síntesis de las respuestas ha sido recogida por BRAAT, loc. cit., p. 181.

plantea no pocos problemas. En el proyecto se reduce el alcance de la comunidad, pero no está claro que tal reducción sea suficiente. Tampoco se introducen medidas protectoras del cónyuge no deudor. En cuanto a la gestión de la comunidad, el autor reduce a tres los posibles sistemas⁸⁵⁴: 1) la cogestión (*tout faire à deux*); 2) gestión separada o exclusiva (*chacun pour soi*); y 3) gestión concurrente (*chacun pour tout*). A su juicio hay que tomar en consideración la situación económica de los cónyuges, y afirma que la introducción del sistema de gestión concurrente para los bienes no nominativos de la comunidad, debe verse *a priori* como una mejora del sistema actual. Por último, el autor rompe una lanza a favor de las llamadas *Cláusulas notariales de Amsterdam* (*Amsterdamse verrekenbeding*), creadas por un notario de Amsterdam, el Sr. P.W. van der PLOEG, en un artículo publicado en 1949, y, a partir de una Ley del 2002, incorporadas, en buena parte, al Libro I del Nuevo Cc. Holandés. Dicho notario proponía añadir al régimen convencional de la separación de bienes una cláusula disponiendo que al final de cada año los cónyuges ponían en común sus economías al objeto de dividir las por mitad, cesando tal reparto al cesar la vida en común⁸⁵⁵. Finalmente critica el régimen de separación absoluta de bienes al estimarlo contrario a la realidad ya que si bien frente a los terceros los cónyuges lo han pactado, en realidad —y según su opinión— se comportan a menudo como si entre ellos rige la comunidad; ello puede originar problemas en caso de divorcio, que reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo neerlandés ha resuelto (ss. de 2003 y 2004) sin atender a las reglas estrictas de la separación⁸⁵⁶. La lectura de esta ponencia permite asomarse a la sugestiva problemática que la reforma de los regímenes matrimoniales está suscitando en Holanda. Lástima que la bibliografía seleccionada está casi íntegramente en neerlandés.

Dimitri ANDRIOTIS, *assistant de recherche* en el CDCE, es el autor de la ponencia *Les régimes matrimoniaux en droit grec*. El jurista espa-

854 BRAAT, loc. cit., p. 194.

855 Parece que la mitad de los regímenes convencionales holandeses han aceptado esta cláusula, según afirma BRAAT, loc. cit., p. 196.

856 BRAAT, loc. cit., p. 198.

ñol no tiene muchas oportunidades de adentrarse y profundizar en el Derecho civil griego, por lo que la lee con agrado (pgs. 201-230), agradeciendo el esfuerzo del autor de explicar, no tanto el detalle, cuanto la *ultima ratio* del derecho griego en vigor, brindando en la selección bibliográfica la posibilidad de ampliar datos hasta con tres trabajos publicados en francés. El Cc de 1940 estableció como régimen legal el de separación combinado con el dotal, de profundas raíces históricas, y la total supremacía marital. En 1983 se acometió una profunda reforma matrimonial, que comportaba la transformación del matrimonio religioso ortodoxo en facultativo y, sobre todo, que trataba de introducir el principio de igualdad entre los cónyuges, tanto en las relaciones personales como patrimoniales; en éstas se introdujo como legal el régimen de separación unido al de participación en las ganancias. El autor constata el relativo fracaso de la reforma en lo relativo a los regímenes matrimoniales. Se ha reglamentado detalladamente el régimen matrimonial convencional, creándose, al efecto, un Registro especial; pero parece que se hace escaso uso del mismo. A modo de evaluación conclusiva⁸⁵⁷, dice el autor que la reforma legislativa de 1983, consecuencia de la Constitución de 1975, resultaba indispensable tanto por razones internas como para respetar los compromisos internacionales asumidos por Grecia; pero debe observarse que la institución de la dote de la mujer y el amplio derecho de disposición del marido sobre los bienes de aquélla eran dos conceptos profundamente anclados en la conciencia colectiva y social, no obstante las incontestables críticas suscitadas. Pese a las buenas intenciones del legislador, tanto desde el punto de vista histórico como de la práctica, el régimen convencional de la comunidad limitada de bienes no ha tenido acogida entre los ciudadanos, señaladamente por la desconfianza suscitada, curiosamente, por el Registro. Con todo, la principal crítica recae sobre el régimen legal de participación de adquisiciones, por la existencia de numerosas imprecisiones y lagunas que hace particularmente difícil e imprevisible su aplicación, con las consecuencias nefastas que se derivan para la seguridad jurídica; así ocurre que si las disposiciones generales de los

857 ANDRIOTIS, loc. cit., p. 228 ss.

arts. 1386-1396 Cc no presentan mayores dificultades a los jueces, en cambio, el carácter lacónico e incompleto de los arts. 1400-1402 origina problemas muy serios de interpretación, tanto a los jueces como a la doctrina. Critica también la falta de coordinación entre las normas sobre el crédito de participación y los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Todo lo cual se agrava a la vista de la rigidez del Derecho internacional privado heleno que perjudica notoriamente a los ciudadanos griegos en el extranjero y complica la situación jurídica de las minorías del Oriente Próximo que emigran a Grecia.

C) Los regímenes matrimoniales en América del Norte y en Derecho musulmán. Este último apartado del volumen representa, a mi juicio, un modo de combatir acertadamente el denostado etno-europeísmo de los estudios comparativos, y comprende las siguientes ponencias:

Karen JEANNERET-KUCKMAN⁸⁵⁸: *Les régimes matrimoniaux en droit américain – Aspects de droit civil et fiscal.*

STEINER⁸⁵⁹: *Les régimes matrimoniaux au Canada – Entre “Common Law” et “Civil Law”.*

Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH⁸⁶⁰: *Les régimes matrimoniaux en droit arabe et musulman — Cas de l’Egypte et du Maroc: Normes matérielles et normes de conflict.*

Para Karen JEANNERET-KUCKMAN el estudio de la legislación norteamericana muestra una diversidad de soluciones en materia de regímenes matrimoniales en el interior de cada uno de los estados federados; con todo, es posible distinguir dos grandes *familias* de regímenes matrimoniales: el de la *Common Law* y el llamado de la *Community Property*. En realidad, ningún estado ofrece la posibilidad de elegir el régimen matrimonial, pero es posible modular el reparto de derechos y obligaciones entre los cónyuges a través de un contrato.

858 *Collaboratrice scientifique* del Instituto Suizo de Derecho Comparado (Lausanne) y *Chargée de course* en la Univ. de Lausanne.

859 *Assistant de recherche* en el CDCE.

860 Responsable del Derecho árabe y musulmán en el Instituto Suizo de Derecho Comparado (Lausanne).

En sus orígenes, en el régimen del *Common Law*, la ley obligaba al marido a mantener a su mujer cualquiera que fuese la capacidad financiera que ésta tuviera; pero la mujer nunca tenía la obligación de mantener a su marido. Dicha regla hoy sería inconstitucional. Históricamente, al celebrarse el matrimonio, la mujer perdía su derecho de propiedad y de gestión de sus bienes; pero esta solución se abandonó en el siglo XIX al adoptarse por todos los estados la *Married Women's Property Act*, y desde entonces cada cónyuge es propietario a título principal de sus bienes propios, con independencia de que tenga, o no, descendientes; en consecuencia, los bienes de los cónyuges se dividen en dos categorías: la de los bienes propios (*separate property*), y los bienes conyugales (*marital property*), divididos, a su vez, en varias categorías. Con todo, la verdad económica y social de esta época era que el hombre aportaba la principal fuente de recursos del matrimonio, dado que muy raramente la mujer disponía de bienes propios de cierta cuantía. Pero esta ley se olvidó de atribuir a la mujer algún derecho sobre el fruto del trabajo de su marido; en caso de divorcio, y para evitar la iniquidad de sus consecuencias, se establecieron cierto número de presunciones (por ej. se presumía la intención de donar a la mujer cuando el marido había adquirido bienes a nombre de los dos). Hoy tales presunciones también serían inconstitucionales.

Siguiendo al régimen del Estado de Florida, en la mayoría de ellos se admiten cuatro formas de propiedad de los bienes matrimoniales:

- bienes poseídos a título individual: *separate property*;
- bienes detentados por la comunidad de los cónyuges en tanto que *tenants in common* (propiedad común);
- bienes detentados por la comunidad de los cónyuges en tanto que *joint tenants* (bienes indivisos);
- bienes detentados por la comunidad de los cónyuges en tanto que *tenants by the entirety*; en tal caso el bien no pertenece ni al marido, ni a la mujer, sino a una entidad distinta creada por el matrimonio, de modo que la enajenación requiere el consentimiento de ambos.

Ya se advierte la importancia de la última categoría cuando se afirma que la compra de un bien inmueble por uno de los cónyuges, en nombre de ambos, crea automáticamente un derecho de propiedad *by the entirety*⁸⁶¹, si bien dicho efecto puede derogarse por acuerdo de las partes. Pero si un cónyuge, contribuye a la adquisición, ya sea por la totalidad o por una parte superior a la participación del otro, la ley presume que el primer cónyuge dona al otro la suma necesaria para que se adquiera por mitad.

Diversa de la *propertie by entireties* es el régimen de la *Community Property* que, por influencia de Francia, España y México, se ha introducido en los estados de Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, Nuevo México, Tejas, Washington, y recientemente Wisconsin. Dicho régimen tiene cierto parentesco con nuestra sociedad de gananciales pues atribuye a cada cónyuge la mitad de cada bien adquirido durante el matrimonio, a excepción de los bienes recibidos durante el matrimonio por herencia o donación. Ciertamente hay diferencias de regulación entre los referidos estados, pero en todo caso cabe afirmar que la *Community Property* no tiene nada que ver, en principio, con el régimen de la *Common Law* antes descrito.

La autora muestra el modo de funcionar de ambos sistemas, advirtiendo la dificultad que supone la existencia de diferencias entre los estados que integran cada uno de aquéllos. En todo caso las diferencias eran abismales inicialmente, en perjuicio sobre todo del cónyuge que se dedicaba a las tareas domésticas. Pero a partir de las leyes promulgadas en el periodo 1970-1980, en los estados del *Common Law*, se ha producido un acercamiento a las soluciones del grupo de la *Community Property*, al otorgarse a los jueces facultades discrecionales para distribuir equitativamente los bienes adquiridos durante el matrimonio⁸⁶²; pero

861 Karen JEANNERET-DRUCKMAN, loc. cit., p. 237.

La creación de esta modalidad de propiedad conyugal —aplicable también a los muebles— requiere: 1) comunidad de posesión; 2) comunidad e identidad de derechos; 3) comunidad en el título adquisitivo; 4) comunidad de duración; 5) el derecho de sobrevivencia (*right of survivorship*); y 6) comunidad matrimonial (los cónyuges deben estar casados en el momento en que la propiedad se adquiere a nombre de ambos).

862 Pueden verse con gran detalle los criterios seguidos por los Tribunales en Karen JEANNERET-DRUCKMAN, loc. cit., p. 242 s.

obsérvese que en el sistema de la *Community Property* no se concedían al juez semejantes facultades, sino que se aplicaba, sin más, la ley del reparto por mitad. Si el régimen matrimonial se disuelve por causa de muerte sigue habiendo todavía diferencias entre ambos sistemas⁸⁶³.

Cuando la autora se refiere al *établissement du régime par contrat* no se ocupa en realidad de los regímenes convencionales —que en USA propiamente no existen— sino de la validez de los contratos pactados en previsión de una crisis matrimonial, regulados por la *Uniform Premarital Agreement Act* de 1976, cuya aplicación ha suscitado en USA no pocas discusiones, y que recientemente se ha puesto de moda entre nosotros.

Desde un punto de vista fiscal, la imposición sobre los bienes conyugales es de la competencia federal, de donde deriva que el nivel de aquélla es idéntico en todos los estados.

A modo de conclusión dice la autora que subsisten muy grandes variaciones de un estado a otro en relación con los regímenes matrimoniales y por ello es difícil hacer generalizaciones. Es posible, no obstante, constatar, que los dos grandes regímenes, inicialmente muy diferentes, y anteriormente descritos, se han aproximado hoy para dirigirse hacia un reparto equitativo de los bienes entre los cónyuges. Otra evolución común es la de una mayor autonomía de los cónyuges mediante la acogida cada vez más favorable de previos acuerdos contractuales sobre la distribución de sus derechos y obligaciones en caso de divorcio.

En opinión del recensor español —agradeciendo la muy estimable labor pedagógica para los no expertos que cumple esta ponencia—, no parece que haya razones objetivas para entusiasmarse, en general, con las soluciones norteamericanas en esta materia y que eventualmente puedan eventualmente servir como modelo para nuestros problemas en la materia. Sin perjuicio, por lo demás, de congratularse uno ante la huella jurídica hispana que supone la existencia de un régimen, en cierto modo, similar al de gananciales en algunos estados norteamericanos.

863 Karen JEANNERET-DRUCKMAN, loc. cit., p. 244.

También resulta compleja la situación político-jurídica del Estado federal canadiense, a cuyo frente se encuentra, como se sabe, la Reina de Inglaterra, correspondiendo a uno de los coeditores del volumen recensionado, la redacción de la ponencia sobre los regímenes matrimoniales de este país, que significativamente se subtitula *Entre Common Law et droit civil*. El autor se ocupa, en primer lugar, de las diez provincias sujetas al *Common Law*, observando que tradicionalmente y hasta 1975 la noción de regímenes económicos matrimoniales, tal como se dan en los sistemas de tradición romano-germánica, no existía en aquéllas, de modo que la doctrina trataba de la liquidación de bienes conyugales en diversas partes del Derecho civil (además del Derecho de familia, en el marco de las sucesiones, de los derechos reales, de los contratos, de la quiebra y del *trust*). El punto de partida podía situarse en la opinión de BLACKSTONE, hacia 1770, cuando escribía que *en virtud del matrimonio, el hombre y la mujer devienen una sola persona a ojos de la ley; es decir, que la existencia legal de la mujer queda como suspendida durante el matrimonio, o, al menos, incorporada y encerrada en la del marido*. Pero las provincias canadienses, a lo largo del siglo XIX establecieron un régimen de separación de bienes, el cual, a la larga, resultó perjudicial para la mujer que se dedicaba a las tareas domésticas, especialmente cuando se desencadenó la ola de divorcios hacia los años 1960, obligando a las provincias a modificar el régimen matrimonial en el sentido de reconocer el trabajo de la mujer en el hogar, estableciendo una presunción de reparto por igual de los bienes matrimoniales. En consecuencia, durante el matrimonio rige la separación de bienes, aunque hay un régimen especial sobre el inmueble que constituye el hogar matrimonial. Al disolverse el matrimonio por muerte o divorcio, y también en caso de nulidad o de dilapidación del patrimonio conyugal por uno de los cónyuges, se procede a un reparto, en principio, por igual, de lo que se denomina *comunidad diferida*⁸⁶⁴. Siguiendo el ejemplo norteamericano se ha abandonado la presunción tradicional del *common law* contra la validez de los contratos entre cónyuges, y se acepta con amplitud la figura del *con-*

864 Se excluyen por lo general las donaciones o legados de un tercero a favor de uno sólo de los cónyuges, los bienes adquiridos por permuta con otros excluidos, las donaciones de un cónyuge a favor del otro así como los excluidos por acuerdo (STEINER loc. cit., p. 262).

trato doméstico, sujeto, bajo pena de nulidad, a la exigencia de documento privado firmado por las partes ante testigos, en el que pueden regularse aspectos patrimoniales entre los cónyuges. Asimismo las leyes relativas a los bienes matrimoniales de las provincias canadienses del *common law* permiten en general que el contrato matrimonial pueda establecer los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio, y también en caso de nulidad, separación, divorcio o muerte; en particular pueden recaer sobre la titularidad de los bienes o sobre su reparto, y también sobre la distribución de las tareas domésticas, pero no sobre la guarda o respecto del derecho de visita de los hijos.

El *Civil Law* rige exclusivamente en la provincia de Québec, en la cual se promulgó el Cc de 1866 (sustituido en 1994 por el actualmente en vigor) siguiendo el modelo del Cc francés, inspirado en la idea de que los cónyuges son dueños de regular las relaciones pecuniarias de su matrimonio a través de los diversos regímenes económicos. La regulación inicial ha sido rectificada sucesivamente para mejorar la condición jurídica de la mujer casada hasta llegar a un régimen de igualdad jurídica; en 1981 entra en vigor la protección de la residencia familiar; en 1982, la regulación de la prestación compensatoria en caso de divorcio⁸⁶⁵; y en 1988 las disposiciones sobre el régimen del patrimonio familiar, que ha venido a restringir en la práctica la libertad de pactos nupciales⁸⁶⁶. En 2002 una ley federal introduce una unión civil con efectos similares al matrimonio, y en 2005 se admite al matrimonio a las parejas homosexuales. El régimen legal está constituido por la sociedad de adquisiciones, pudiendo pactar los cónyuges el régimen de separación o uno de comunidad de bienes.

865 Constituye una aplicación del enriquecimiento injusto, pudiendo solicitarla el cónyuge que con su actividad ha permitido que el otro incrementara su patrimonio; la figura se ha mantenido después de la creación del patrimonio familiar, pero la existencia de este último puede hacer disminuir la cuantía de aquella.

866 STEINER, loc. cit., p. 271. Subsiste la libre elección de régimen matrimonial pero sólo puede recaer sobre los bienes no comprendidos en el patrimonio familiar, el cual no es propiamente un régimen de aquella naturaleza, sino un conjunto de normas imperativas que sólo entran en funcionamiento en caso de crisis matrimonial y forman parte del orden público interno de Québec

A modo de conclusiones se dice⁸⁶⁷ que resulta evidentemente difícil, y aun imposible, obtener conclusiones generales y definitivas de la comparación de once sistemas provinciales que rigen el patrimonio de las personas casadas en Canadá, y ello aunque diez de ellas pertenecan al *Common Law*, ya que aunque en estas últimas se basen en los mismos principios, subsisten numerosas diferencias, más o menos significativas, en su regulación concreta. Con estas reservas cabe, no obstante, proceder a una comparación global —forzosamente superficial— entre los sistemas en vigor en las provincias del *Common Law* y el vigente en Québec. Se constata, de una parte, que las diferencias entre ambas tienden a difuminarse; así cabe observar que la introducción del patrimonio familiar en Québec se aproxima al régimen de comunidad diferida de las provincias anglófonas. Pero también hay que destacar que en Québec se ha restringido la libertad patrimonial de los cónyuges con la introducción del patrimonio familiar.

Las apretadas páginas de este volumen (279-305) que tratan de los regímenes matrimoniales en derecho árabe y musulmán, con especial referencia a Egipto y Marruecos, cumplen una innegable función pedagógica en relación con el lector europeo cuyos conocimientos comparativos en este punto suelen ser muy elementales. Pero la presencia del Islam en los países de la UE se intensifica año tras año y sería de desear que las Facultades de Derecho españolas presten a aquél la atención debida. Hay que rechazar una actitud meramente elusiva que consistiría en decir que el derecho musulmán no conoce el concepto de régimen económico matrimonial tal como se utiliza en Europa continental. Más bien hay que dar la razón al autor al recordarnos⁸⁶⁸ que *les mariages sous tous les cieus posent les mêmes problèmes patrimoniaux, même si les solutions qui leur sont consacrées différent d'un pays à l'autre*.

A diferencia de los países occidentales del *Civil Law*, los Códigos civiles de Egipto, Marruecos y los restantes países del Oriente Próximo y del Norte de África, no incluyen el Derecho de familia en sus res-

867 STEINER, loc. cit., p. 277.

868 ALDEHEB ABU-SAHLIE, loc. cit., p. 279

pectivos Códigos civiles; ello se debe a que dicha rama del Derecho civil se rige por el principio de personalidad de las leyes. El Derecho musulmán de la familia, comprendidas en él también las reglas sobre el régimen matrimonial, es un derecho de inspiración religiosa, y también ha sido influido por las corrientes codificadoras. En Egipto se realizó en 1875 un compilación privada de normas islámicas, según la enseñanza de la Escuela hanafita, redactada por Quadri Pachá, que comprende el derecho familiar y sucesorio en 647 artículos (según la ed. del Cairo de 1900). Dicho texto se completa con numerosas disposiciones promulgadas a lo largo del siglo XX en materia de estatuto personal. Las materias no reguladas se inspiran en las opiniones de la Escuela de Abu-Hanifah. Criterio que también utilizan Siria y Jordania. En Marruecos se publicó la *Moudawana* (1957-1958), Código de estatuto personal y de sucesiones, sustituido por el nuevo Código de Familia de 2004, de 400 artículos, que se remite a la Escuela Malekita para suplir las lagunas. Con carácter general advierte el autor⁸⁶⁹ que ni las leyes egipcias, ni el actual ni el precedente Código marroquí de Familia, ni los códigos de otros países árabes, incluyen en sus textos una sección relativa a los regímenes económicos del matrimonio, similares a las que se encuentran, por ej. en el Cc francés o en el Cc suizo. Las cuestiones cubiertas por esta noción se tratan en diferentes rúbricas: la dote, la pensión alimenticia, los bienes de los cónyuges, las consecuencias patrimoniales del divorcio y de la muerte. Propone, por ello, sustituir la expresión de *régimes matrimoniaux* por la de *rappports patrimoniaux entre époux*.

Como la base de estas reglas jurídicas se encuentran en el Corán, el autor las transcribe literalmente⁸⁷⁰, y a continuación expone las normas materiales de derecho egipcio y marroquí que se refieren a la dote, a la pensión alimenticia (*nafaqah*) a favor de la mujer, la pensión a favor de los hijos y de los parientes, los bienes de los cónyuges, consecuencias patrimoniales en caso de divorcio y de muerte. Se concluye con una sumaria descripción de las normas de conflicto egipcias y marroquíes.

869 ALDEEB ABU-SAHLIEH, loc. cit., p. 282.

870 ALDEEB ABU-SAHLIEH, p. 283-286.

En cuanto al Derecho egipcio, dice el autor que, traducido a conceptos occidentales, puede afirmarse que el marido y la mujer viven bajo un régimen de separación de bienes, sin que exista norma que prohíba a los cónyuges someterse a un régimen diverso⁸⁷¹. Para el Derecho marroquí también se reconoce el régimen de separación, si bien la Escuela malekita prohíbe a la mujer casada disponer a título gratuito de más del tercio de sus bienes. Pero el nuevo C. comercio de 1996 permite a la mujer casada el libre ejercicio del comercio sin licencia de su marido. La posibilidad de convenir un régimen diverso de la separación se niega por parte de la doctrina marroquí, opinión que no comparte el autor⁸⁷².

En caso de divorcio, la situación jurídica de la mujer tanto egipcia como marroquí, parece bastante desfavorable. En Egipto la mujer puede solicitar el divorcio pagando a su marido una compensación (*khul*), pero se requiere el consentimiento del marido cuya obtención obliga a seguir un procedimiento largo, costoso e incierto. Con todo una discutida ley del 2000 ha permitido a la mujer obtener rápidamente el divorcio, sin alegar causa, manifestando que la vida en común se le ha hecho intolerable; a cambio, ella deberá renunciar a toda indemnización pecuniaria en su favor, conservando en cambio la guarda de sus hijos y los alimentos a favor de éstos.

4. JUICIO DE CONJUNTO

Desde un punto de vista comparatista el volumen recensionado ofrece datos abundantes sobre el régimen vigente en materia de relaciones patrimoniales de los cónyuges en buen número de países europeos, americanos de habla inglesa y norteafricanos; en otros (Holanda) la perspectiva es de *lege ferenda*; algunas veces se adopta, con buen sentido, la perspectiva de la divulgación (USA, Canadá, Egipto, Marruecos). Menos logrado es el loable intento de informar sobre legislación fiscal en la materia, la cual sólo aparece en contadas ponen-

871 ALDEEB ABU-SAHLIEH, loc. cit., p. 293.

872 ALDEEB ABU-SAHLIEH, loc. cit., p. 295.

cias (Francia, Alemania, Suiza, USA, España), casi siempre en sentido descriptivo. Hay parciales presentaciones del Derecho Internacional privado (Suiza).

Las últimas conclusiones comparatistas, por su generalidad y dificultad de homogeneización (¿cómo aproximar un Derecho de directa inspiración religiosa, como el Islam, a los Derechos secularizados de Occidente?) se prestan al debate. El supuesto acercamiento de los países anglosajones —a excepción, probablemente, del Canadá— a los países inspirados en el sistema romano-germánico, dista, a mi juicio, de ser real. La actitud con que afrontan estos temas los jueces norteamericanos difieren radicalmente de los españoles o de los europeos continentales en general.

No obstante lo anterior, la lectura retrospectiva del número 76 de la colección *Comparativa*, muestra el acierto en la selección de los temas y de los participantes en el Coloquio de Lausanne del 2005. Enhorabuena a los actuales dirigentes del CDCE.

Retomando la idea inicialmente avanzada, creo que el presente volumen puede constituir un excelente punto de partida comparatista para reflexionar sobre una eventual reforma de nuestro régimen patrimonial de la familia.

ESTUDIO COMPARADO DE LA TUTELA⁸⁷³

Sumario: I. Introducción.— II. La tutela en Francia.— III. La tutela en Italia: 1) La tutela en el C.c. de 1865. 2) La tutela en el C.c. de 1942.— IV. La tutela en Portugal: 1) La tutela en el Código de 1867. 2) La tutela en el C.c. de 1966 y reformas posteriores.— V. La tutela en Alemania.— VI. La tutela en Suiza.— VII Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La tutela, en cuanto institución protectora de menores e incapaces, ha estado siempre presente en la historia de las legislaciones de los países europeos, aunque con denominaciones diferentes y respondiendo a principios inspiradores harto distintos, cuando no contradictorios entre sí. Por ello, bien puede afirmarse que representa una *institución permanente del Derecho de Familia* (aunque últimamente se hayan avanzado dudas sobre adecuada colocación sistemática dentro del *Ius Civile*). Con el transfondo subsistente del núcleo duro de la regulación romana, en la era codificadora la tutela se decanta en Europa en torno a dos modelos, uno de carácter preferentemente familiar —y, por tanto, claramente privado—, y otro en que priman, a primera vista, los intereses públicos, sea en forma de tutela judicial o de tutela encomendada a órganos administrativos. Pero resultaría engañoso que ahora simplificáramos los términos de la apuntada dicotomía, pues a comienzos del siglo XXI,

⁸⁷³ Publicado en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional de la Junta de Castilla-León (Valencia, 2003).

apenas si existen ya, en Derecho comparado, modelos puros (acaso podría aducirse, como un ejemplo de ello —ya periclitado—, el sistema de tutela en sentido estricto, instaurado por el Código de Familia de la DDR de 1965, §§ 88-103, de carácter básicamente administrativo, pues se encomendaba a los órganos de la *Jugendhilfe* con la colaboración del Notariado estatal), por lo cual de la comparación de las legislaciones examinadas puede concluirse por la existencia de sistemas mixtos (sea de tutela de familia *versus* tutela judicial, o de tutela de autoridad —judicial o administrativa—, con algunos elementos del otro).

Por otra parte, y a diferencia de lo ocurrido con buena parte de las instituciones familiares, la tutela en la mayoría de las legislaciones, apenas si, ahora o en tiempos inmediatos, está siendo objeto —o lo ha sido— de reformas legislativas; éstas se han producido —ciertamente—, pero de modo lento y a lo largo de prolongados periodos temporales, y, desde luego, no como imperativo internacional o constitucional, ni mediante presiones de la opinión pública. Doctrinalmente, es curioso constatar que —acaso con la excepción suiza— tampoco se organizan Congresos científicos para discutir sobre la organización de la tutela en general, y hasta resulta posible leer la opinión de que la tutela de menores carece ya de interés jurídico-práctico (como si la situación de orfandad total ya no se diera en la sociedad de nuestros días, o como si la normativa en vigor resultase unívoca y diáfana en su significado, y su aplicación fuese, en todos los casos, modélica). De esta suerte el debate se ha polarizado, entre nosotros, en torno a cuestiones muy concretas (por ej. el significado de la tutela *ex lege* del art. 172 C.c. respecto de los menores desamparados; lo que plantea, sin duda, importantes interrogantes, aunque ello no debiera distraer nuestra atención de otros problemas de similar o mayor calado).

Resulta obviamente, por todo ello, que en la mayoría de los países occidentales, la institución tutelar no aparece ahora sumergida en una dinámica acelerada de reformas, lo que permite analizar con más serenidad, y a la vista de más dilatados periodos de tiempo, su funcionamiento en los países de nuestro entorno, pertenecientes a nuestra misma familia jurídica romano-germánica.

Así resulta que en Francia, en casi dos siglos, apenas si ha evolucionado—o lo ha hecho más bien levemente— su sistema de tutela familiar; y algo parecido, a lo largo del último siglo, ha ocurrido en Alemania—pese a la traumática división del país por causa de la IIª Guerra Mundial—, de modo que este país ha permanecido fiel al sistema de tutela judicial con algunas concesiones a la intervención administrativa. Suiza, por su parte, conserva desde 1907 un complejo sistema tutelar, de fuerte componente administrativo, sin que falte, en alguna medida, presencia judicial y, excepcionalmente, hasta singulares manifestaciones de la tutela privada por razones que *prima face* parecen ser, primordialmente, patrimoniales. Italia, por el contrario, realizó el cambio, al actual tutela de tipo judicial, antes de transcurrir un siglo de vigencia de la tutela familiar; y algo similar ha ocurrido en Portugal aunque con respeto obsequioso y formal para la subsistencia de algunos cargos de impronta familiar (protutor y Consejo de Familia). La reforma española de 1983—hay que reconocerlo— no supuso novedad destacada en el ámbito comparativo europeo, aunque sí lo es, y muy notable, la evidente cuña de carácter administrativo que *par ricochet* ha introducido en ella la ley de adopción de 1987, suavemente atenuado en la Ley del Menor de 1996.

Bajo la vigencia del C.c. de 1889 en nuestro país, era opinión común de la doctrina que, apartándose de los precedentes históricos, el legislador fue a inspirarse en el sistema tutelar francés que, como es notorio, hunde sus raíces en el *Droit coutimier*, el cual había servido también de modelo al italiano del C.c. de 1865 y al portugués de 1867; resulta evidente que en 1983 se ha abandonado claramente el modelo francés, pasando a inspirarse, más bien, en las líneas directrices del modelo alemán del BGB, pero, sobre todo, en el italiano vigente y en su legislación complementaria; en cambio, curiosamente, en nuestra doctrina apenas si se menciona el modelo suizo que, por responder a un estado federal no resultaría, en algunos aspectos, muy distante de nuestro estado autonómico, ya que —a diferencia del BGB—, se reservan expresamente en el ZGB competencias a los cantones en importantes cuestiones tutelares.

En resumen, el método comparativo encuentra, en esta materia, plena aplicación, pues permite conocer tanto el modelo original como

el, o los que, posteriormente, han inspirado, en mayor o menor medida, los cambios sucesivos de nuestro sistema tutelar.

No debe olvidarse, por último, que la aplicación de los principios de política económica y social contenidos en el cap. 3, Tít. I de la CE de 1978, especialmente en su art. 39 (deber de protección social de la familia, que incumbe a todos los poderes públicos, y la protección integral de los hijos), ha fundamentado la atribución de competencia a las Comunidades Autónomas sobre una materia —de suyo tan evanescente— como la *asistencia social*, según se previene en el art. 148.1.20^a de aquélla; competencia que ha sido asumida de hecho —y cabe añadir que con entusiasmo—, por la totalidad de los Estatutos de Autonomía, lo que está generando constantemente una abundante legislación administrativa, no pocas veces en colisión, o, al menos, en difícil encaje, con normas civiles, sean del Estado o forales, originando una evidente *contaminación* del régimen que, tradicionalmente, se ha considerado de carácter privado.

II. LA TUTELA EN FRANCIA

En Derecho español la administración legal de los bienes de los hijos por sus padres no guarda relación inmediata con la tutela de aquéllos, y su tratamiento se ubica, sin problemas, dentro de la regulación de la patria potestad. Otra cosa ocurre, sin embargo, en el derecho francés. A mi juicio, para lograr un conocimiento exacto del funcionamiento de la tutela en Derecho francés, es necesario diferenciar debidamente la tutela, de la administración legal. Si, en principio, el enunciado del tít. X libro I C.c. francés (*De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*) resulta comprensible, ya no lo es tanto que el cap. II de aquél, consagrado a la tutela, dedique la primera sección a los casos en que ha lugar, tanto a la administración legal como a la tutela, resultando que ésta se encuentra a modo de alternativa frente a la primera. Recuerdan WEIL-TERRÉ⁸⁷⁴

874 WEIL-TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille, Les incapacités*, 5^a ed. (Paris 1983), p. 803 ss. para lo que sigue. También, para los aspectos prácticos, DELECOURT, *Tutelle, curatelle, Conseil de Famille: Les droits des mineurs et de majeurs protégés* (Paris 1999).

que se trata de dos instituciones a las que el *Code* ha recurrido para la gestión de los bienes de los menores. *La administración legal* es un atributo de la patria potestad, pero limitado a los hijos legítimos y adoptivos, cuyos progenitores viven simultáneamente y están investidos de aquélla. Pero aparte de sentar el principio de la administración legal, la redacción original del *Code* no la desarrolló, discutiéndose por la doctrina si tal administración equivalía a la del tutor o si se le daba un mayor contenido en cuanto atributo de la patria potestad; la Ley de 6 abril 1910 retocó el art. 389 siguiendo el modelo del tutor, aunque dispensando al administrador legal del control realizado por el tutor y el Consejo de Familia. Ahora bien, fallecido uno cualquiera de sus padres, la situación cambiaba, ya que se abría la tutela y el padre superviviente se transformaba en tutor. Con todo, este régimen de administración legal fue objeto de críticas por no quedar sometido, en el primer supuesto, a un control adecuado, mientras que las formalidades exigidas en la tutela paralizaban la gestión de los bienes, sin proteger eficazmente los intereses de los menores. Se hacía sentir, por ello, la necesidad de la intervención del poder legislativo.

La ley de 14 diciembre 1964⁸⁷⁵ presenta, en este punto, los caracteres siguientes: 1º Se amplía la aplicación de la administración legal a los hijos naturales y también cuando sobrevive uno sólo de los progenitores. 2º Hay dos formas de administración legal, una pura y simple, y otra bajo control judicial. 3º Se crea un nuevo órgano, el Juez de Tutelas para supervisar tanto la administración legal bajo control judicial, como sobre la actuación del tutor, con facultades para autorizar determinados actos de éste. 4º Subsiste la concepción familiar de la tutela, ya que los padres serán siempre los administradores legales, el tutor será casi siempre un consanguíneo o afín del pupilo, no se suprime el Consejo de Familia sino, más bien, se refuerza la eficacia de sus acuerdos, los cuales, en adelante, no precisarán ya homologación del Tribunal.

875 En general puede verse el extenso estudio, principalmente expositivo, de Eliette ABITBOL s.v., *Administration légale et tutelle* en *Encyclopédie Dalloz de Droit civil*, I, 1982 (ahora incorporado al *Répertoire de Droit civil*, I, 1998, con amplias referencias bibliográficas).

En esta materia, la Ley de 4 junio 1970 sobre la autoridad parental ha conservado, sustancialmente, el régimen de la administración legal según la ley de 1964, salvo en lo relativo a la filiación natural ya que la madre, en estos casos, será casi siempre detentadora de aquélla. En relación con la tutela se han aumentado los casos de apertura para obtener una mayor protección de la persona y los bienes de los hijos que no se encuentran en situaciones normales. Reformas de detalle sobre la administración legal han sido realizadas también por las Leyes de 11 julio 1975 y 23 diciembre 1985, y, en materia de tutela, por el D. de 6 noviembre 1974, reformado por el de 11 junio 1988, sobre la tutela y la curatela del Estado.

En resumen: el paralelismo que se ha dado en Francia entre las reformas de la administración legal de los bienes de los hijos por sus padres, y de la tutela, en razón a lo que puede denominarse *vecindad legislativa* carece, sin embargo, de importancia práctica e interés doctrinal para nuestro derecho. Actualmente el régimen francés de la tutela se contiene en el cap. II, tít. X, libro I del *Code*, arts. 389-475.

El *Doyen* CARBONNIER⁸⁷⁶ plantea la tradicional cuestión de si el Derecho de tutela pertenece al derecho privado o al público, ya que el Estado en todos los tiempos ha asumido el deber y la facultad de proteger a los huérfanos, de modo que constantemente en la tutela se da una coloración de derecho público, que, incluso, la ley de 1964 parece haber acentuado. A su juicio, si se llega al fondo de las cosas, continúa encontrándose en el Derecho de tutela una *naturaleza de derecho privado*, en la que, sin embargo, se mezclan *aspectos de derecho público*.

Lo que define aquélla es la *protección* de un incapaz utilizando, en primer lugar, a la *familia*; cuando el art. 427 declara que la tutela es una protección debida al menor, plantea con ello un principio para la exégesis; las dudas en el Derecho tutelar deben resolverse en el sentido de la mayor protección del pupilo; en la tutela en sentido estricto, la protección debida al menor abarca simultáneamente la persona y el patrimonio. La protección del menor se garantiza, en primer lugar, en el

876 CARBONNIER, *Droit civil 2 La famille. Les incapacités*, 11ª ed. (Paris 1979), p. 583 ss.; en parecidos términos se expresan WEIL-TERRÉ, *op. et vol. cit.*, p. 822 s.

interior de la familia, y así el Derecho de la tutela aparece como complementario del Derecho de familia, entendiendo ésta en sentido amplio, padres, ascendientes, colaterales, por consanguinidad y afinidad y sin distinción entre familia legítima o natural; incluso, amigos y vecinos que pueden considerarse allegados más que familiares; los órganos tutelares se reclutan primeramente entre esta comunidad de hecho y de derecho, de modo que el Estado sólo interviene supervisando, o de modo subsidiario. Pero hay aspectos de derecho público, como recoge el art. 427 *la tutelle... est une charge publique*, lo que significa: 1º Que las funciones de administrador legal, tutor, protutor y miembro del Consejo de familia pueden ser *impuestos* a los consanguíneos y afines del pupilo, a modo de una *réquisition de services personnels dans un intérêt publique*, y que se puede *pedir* a cualquier mayor de edad que lo asuma, aun siendo ajeno al pupilo (art. 432), salvo la facultad de excusarse, lo que para todos los habitantes del territorio francés supone una especie de deber moral de asistencia tutelar impuesto por la sociedad. 2º Que el Estado tiene el deber de ejercer por sí mismo la tutela, en ausencia de parientes, afines o voluntarios, lo que se realiza a través del Servicio de Ayuda Social a la Infancia (art. 390), y a través de la tutela del Estado (art. 433 reformado por Ley de 10 julio 1989). Y 3º que si bien las instituciones tutelares se basan, en primer término, en la familia, la autoridad pública tiene el deber de velar por su organización y su funcionamiento. CARBONNIER⁸⁷⁷ llega a hablar del servicio público de tutelas, con apoyo legal en el art. 473 al. 2⁸⁷⁸, comparable al del Estado Civil; el Juez de Tutelas, cuya sede es el Tribunal de Instancia, tiene a su cargo la vigilancia general de la administraciones legales y de las tutelas, preside e interviene en las reuniones del Consejo de Familia y resuelve motivadamente gran número de cuestiones tutelares. Por todo ello puede incurrir en responsabilidad frente al pupilo⁸⁷⁹.

877 CARBONNIER, loc. cit., p. 585 ss.

878 "L'Etat est seule responsable à l'égard du pupille, sauf son recours s'il y a lieu, du dommage résultant d'une faute quelconque qui aurait été commise dans le fonctionnement de la tutela, soit par les juge des tutelles ou son greffier".

879 CARBONNIER, op. et vol. cit., p. 636 considera justo que el Estado asuma una responsabilidad en los casos de malos resultados de la tutela, incluso en una concep-

Aparte la tutela de los pupilos del Estado y de la encomendada al Servicio de Ayuda Social a la Infancia, que tienen un marcado carácter administrativo, y que no precisan de protutor ni de Consejo de Familia⁸⁸⁰ hay —después de 1964—, un régimen ordinario y unificado de la tutela en el C.c. Según el art. 390 la tutela en sentido estricto se abre *de plein droit* cuando han fallecido el padre y la madre de un hijo legítimo, o cuando el hijo natural no ha sido reconocido por ninguno de sus padres; en ciertos casos que, regula el art. 391, el Juez de Tutelas puede excepcionalmente transformar la administración legal en tutela. En la organización de ésta última hay un elemento estatal o público representado por el *Juge de Tutelles* y los órganos familiares constituidos por el tutor, el protutor (*subrogué-tuteur*, que MALAURIE-AYNÉS califican de *surveillant inutile*) y Consejo de Familia. El art. 395 enuncia genéricamente las funciones del Juez de Tutelas: supervisión general de las tutelas constituidas en su demarcación, convocar a los tutores y demás órganos tutelares, reclamarles aclaraciones, dirigirles observaciones y pronunciar contra ellos *injonctions* u órdenes concretas cuya desobediencia puede acarrear multas. El peso de la organización tutelar recae sobre los órganos familiares, regulados de modo que se contrapesan recíprocamente, evocando, de lejos, a los poderes ejecutivo y legislativo; así, por un lado hay órganos individuales, tales como el tutor y el protutor, y por otro el Consejo de familia como órgano colegiado. El tutor es el personaje esencial⁸⁸¹ y, en razón a su nombramiento, puede ser testamentario⁸⁸², legal o dativo (nombrado éste por el Consejo de familia, y que parece ser el más frecuente en Francia);

ción impregnada de derecho privado como la originaria del *Code*; Le prince n'est-il pas le protecteur supreme de l'orphelin? Que l'orphelin souffre un dommage, la preuve est faite que l'office du prince n'a pas été bien rempli. Sin embargo, MALAURIE-AYNÉS, op. et vol. cit., p. 250 opinan más bien que *elle semble plutôt être une fonction familiale, tenant à la parenté ou à l'alliance*.

880 Para WEIL-TERRÈ, op. et vol. cit., p. 858, n. 1 puede añadirse como modalidad especial la de los huérfanos de guerra denominados *pupilles de la Nation* regulados por los arts. 422 ss. del Código de Pensiones.

881 Así CARBONNIER, op. et vol. cit., p.610,

882 Incluso otorgado el instrumento con anterioridad al nacimiento del hijo (s. Casación civil 9 febrero 1988).

y dado que la tutela puede quedar vacante porque el art. 432 dispone que quien no es pariente por consanguinidad o afinidad del padre o de la madre del menor, no puede ser obligado a aceptar la tutela, el Juez la defiende al Estado. La carga tutelar es personal y obligatoria, y constituye una especie de magistratura sujeta a requisitos de capacidad, imparcialidad, honorabilidad y aptitud para la administración. El protutor es un cargo necesario en toda tutela según el art. 420; vigila al tutor⁸⁸³, y, excepcionalmente, puede suplirle; siempre es dativo, y puede considerársele como mandatario del Consejo de Familia; el principio es la unidad de la tutela, pero el padre o el Consejo pueden nombrar dos o más tutores; con frecuencia hay un tutor para la persona (al que denominan *tuteur honoraire*) y un *tuteur onéreux* que asume verdaderamente las responsabilidades pecuniarias; el cónyuge del tutor carece, por regla general, de funciones tutelares, pero si se inmiscuye en ellas se convierte en cotutor de hecho. El centro de gravedad de la tutela en sentido estricto, es un órgano colegial, el Consejo de familia⁸⁸⁴. Doctrinalmente se discute la naturaleza jurídica de sus acuerdos y también la posibilidad de que puedan recurrir de los mismos los miembros que intervinieron en su deliberación, e, incluso, el propio presidente, que es el Juez de Tutelas⁸⁸⁵ cuyas funciones se ejercen en materia organizativa, en la administración del patrimonio del pupilo y en los acuerdos esenciales relativos al gobierno de la persona del menor; su número varía entre cuatro, cinco o seis, elegidos por el Juez de Tutelas con amplia libertad, entre los parientes consanguíneos o afines,

883 CARBONNIER, op. et vol. cit., p. 613, dice gráficamente que *il garde le gardien*.

884 Dicen WEIL-TERRÉ, op. et loc. cit., p. 831, que procede de la Asamblea de Parientes del *Droit coutumière* cuyas funciones eran restringidas; el *Code* las amplió convirtiéndolo teóricamente en un consejo de dirección cuyos acuerdos se cumplían por el tutor; aprobaba el presupuesto y daba su consentimiento para todos los actos del tutor que rebasaban la administración ordinaria. Pero de hecho, su función era poco eficaz; desconociendo en la práctica todo lo que hacía el tutor, se reunía pocas veces bajo la presidencia de un Juez que sabía menos de él que sus miembros; excusaban con frecuencia su asistencia o votaban sin estar en condiciones de emitir un voto bien fundado; el resultado era que el tutor administraba a su arbitrio. La Ley de 1964 se ha esforzado por remediar este estado de cosas mejorando su funcionamiento y reforzando su autoridad.

885 Cfr. CARBONNIER, op. et vol.. cit., p. 619 s.

amigos y vecinos, y, en último término, las personas que se interesen por el menor⁸⁸⁶; a partir de 1964 los acuerdos del Consejo son inmediatamente ejecutivos, aunque recurribles ante el Tribunal de Gran Instancia⁸⁸⁷.

La Ley de 3 enero 1968 ha creado, además, un original y complejo sistema de protección de los mayores incapaces, que pueden colocarse *sous la sauvegarde de justice* (art. 491 C.c.), o bajo la tutela (art. 492 ss.) que se rige por las normas generales, aunque con amplia elasticidad a juicio del Juez de Tutelas (art. 499), y, por último, también bajo curatela (art. 508 ss.) aunque sin necesidad de otros órganos de protección⁸⁸⁸.

El art. 490 dispone con carácter general que cuando las facultades mentales están alteradas por una enfermedad o un debilitamiento debido a la edad, o por alteración de las facultades físicas si ello impide expresar la voluntad, se provee a los intereses de la persona a través de alguno de los siguiente regímenes de protección: a) Sumisión a la salvaguardia de la justicia (por decisión provisional del Juez de tutelas comunicada al Fiscal), que sin afectar a la capacidad de obrar de aquél autoriza a ejercer en su favor la rescisión por lesión simple, o permite nombrarle un mandatario; b) Constitución de la tutela cuando el mayor tiene necesidad de representación de manera permanente, rigiéndose

886 CARBONNIER, op. et vol. p. 617 menciona como criterio *la charité*.

887 Dicen MALAURIE-AYNÈS, op. et vol. cit., p. 251 s., que la mayor cuestión que plantea el Consejo de Familia es la de su composición que suscita numerosas querrelas familiares; no tanto el número de sus miembros —cuatro o seis—, sino su elección. En todo órgano de decisión colectiva la composición del Consejo puede prejuzgar la mayoría y, por tanto, las decisiones en que van a intervenir. El Consejo de Familia es una asamblea de parientes que emite pareceres, y sus miembros no pueden hacerse asistir por un letrado; presenta ciertos aspectos de un Tribunal, pues está presidido por un Magistrado, el Juez de Tutelas, y sus decisiones deben estar motivadas teniendo de pleno derecho valor ejecutivo, pudiendo recurrirse en el plazo de quince días ante un Tribunal cuya resolución sustituye a la del Consejo como un Tribunal de apelación.

888 Sorprende que el legislador catalán, en el ejercicio de las facultades sobre derecho civil propio que le otorga el art. 149.1.8 C.E., y después de varias reformas legislativas, insista en el Código de Familia de 1998 en mantener el sistema de tutela de familia, la cual —en contra de lo alegado en el preámbulo de aquél— no ha servido de inspiración al modelo de tutela tradicional en Cataluña. Véase con amplitud el trabajo de M^a Angeles PARRA LUCÁN, *La tutela de menores en Derecho catalán*.

en general por las normas de la tutela de menores; c) Constitución de la curatela de mayores de edad cuando la persona, que puede actuar por sí misma, precisa ser aconsejado o controlado en la vida civil, incluyendo también a los pródigos y a los débiles de mente; y d) Situación de los mayores incapaces no declarados judicialmente, que se somete al régimen de la nulidad de los contratos.

Por tanto en derecho francés coexisten, como hoy en España, tutela de menores y de mayores incapacitados, y curatela de pródigos, enfermos y débiles mentales; pero no hay curatela de menores emancipados.

El modelo de tutela de familia que siguió el legislador español de 1889 era el primitivo del *Code civil*; después de 1964 este modelo experimentó cierto alejamiento respecto de aquél, especialmente en las nuevas atribuciones concedidas al Consejo de Familia y en el mayor dinamismo del Juez de Tutelas; por otro lado, las modalidades de protección de mayores incapaces, que ha introducido la Ley francesa de 1968, entre ellas, la curatela, carecían de todo paralelismo con el primitivo régimen español de la tutela. Por todo ello, podía concluirse que, entre 1964 y 1983, nuestro derecho de tutela se había distanciado del francés, aunque, a partir de 1983, si bien se aleja en el principio inspirador, no deja de seguir habiendo algunas similitudes.

III. LA TUTELA EN ITALIA

Este país ha conocido dos sistemas tutelares que, en términos muy generales, podría decirse que han servido de modelo, respectivamente, al inicial de nuestro C.c. de 1889 y, especialmente, al aquí instaurado por la reforma de 1983. Puede resultar útil, en consecuencia, confrontar las razones que, en ambos países, han dado, respectivamente origen al cambio de sistema.

1. LA TUTELA EN EL C.C. DE 1865

En Italia, las legislaciones preunitarias no adoptaron, en materia de tutela, sistemas uniformes; por un lado, siguiendo el modelo francés, el

Código de las Dos Sicilias y el Código Albertino se inspiraron en la tutela familiar; por otro, conforme al modelo austriaco⁸⁸⁹, los Códigos parmenses y estense y la ley toscana de 1814, daban una intervención meramente subsidiaria a la familia, organizando la tutela sobre la base del tutor y de la autoridad pública⁸⁹⁰. Prevalció el sistema francés, quizá por el *odio contro tutto ciò che era tedesco*⁸⁹¹, regulándose en el Tít. IX, Libro I, del C.c. de 1865, la menor edad, la tutela y la emancipación, arts. 240 ss.; lugar preeminente ocupa, en esta normativa, el Consejo de Familia, que se configura como órgano de carácter permanente, presidido por el Pretor y cuatro Consejeros o Vocales, elegidos entre los ascendientes varones del menor, sus hermanos de doble vínculo y los tíos, prefiriéndose a los parientes más próximos y, en igualdad de grado, a los de mayor edad; en su defecto, los demás parientes o afines del menor, y, en último término, los amigos de los padres; en ausencia de todas estas personas, el Pretor designa a concejales u otras personas; en los asuntos de mayor gravedad, los acuerdos del Consejo de Familia se someten a homologación del Tribunal; cabe también impugnar, en ciertos casos, los acuerdos del Consejo. La designación de tutor corresponde al progenitor supérstite que no haya sido privado de la patria potestad; en defecto de los padres, pueden nombrar tutor los abuelos; en último término, habrá un tutor dativo. El tutor no puede comenzar a ejercer su cargo sin designación del protutor, el cual representa al menor cuando hay contradicción de intereses con el tutor. Este tiene cuidado de la persona del menor, le representa en los actos civiles y administra sus bienes; debe hacer inventario y, en determinados casos, prestar fianza. El Consejo de familia debe autorizar al tutor, caso por caso, para realizar los actos patrimoniales más importantes (art. 296). La rendición de cuentas sólo está prevista al final de la tutela.

El sistema tutelar instaurado por el primer Código unitario se consideró por la doctrina contrario a las costumbres del país, por lo

889 En los §§ 187 ss. del All.BGB, vigente a la sazón, se prevé la existencia de un tutor, y de un curador, bajo la dirección del Tribunal de Tutelas.

890 Así PIOLA, *Delle persone incapaci*, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por FIORE-BRUGI, I (Napoli-Torino 1925), p. 981 s.

891 Como dice STOLFI, *Diritto civile V Diritto di famiglia* (Torino 1921) p. 738.

cual fue acogido, más bien, con indiferencia; los Pretores lo consideraban como inútil para los menores privados de patrimonio los cuales “no encontraban protección en las leyes y seguían viviendo en la calle siendo la mayoría candidatos a la cárcel y a la prostitución”⁸⁹². La doctrina italiana analizó en profundidad el funcionamiento de la tutela en el C.c. de 1865, y no vaciló en formular duras críticas al mismo.

En similar sentido, el propio STOLFI⁸⁹³ concluye en los siguientes términos:

“Ciertamente, en teoría, parece preferible la tutela familiar, adoptada por las naciones latinas, a la tutela del estado adoptada en Alemania, ya que debe presumirse que los componentes de la familia se preocupan más que los magistrados de los pequeños huérfanos que son familiares suyos. Pero en la práctica el sistema latino ha dado, o sigue dando lugar a deplorables inconvenientes mientras que el sistema alemán funciona muy bien, especialmente en relación con los hijos naturales, quienes entre nosotros sólo reciben una apariencia de protección y asistencia. Por otro lado, no hay que hacerse demasiadas ilusiones de que, importado en Italia, alcance los mismos efectos prácticos que alcanza en Alemania, ya que entre nosotros, y no en favor nuestro, son muy diversos los sentimientos del deber y de observancia de las leyes, así como el espíritu de caridad, que representa el presupuesto fundamental de la reforma. Sólo en algunas grandes ciudades italianas se han constituido sociedades protectoras de la infancia abandonada, mientras que difusamente se extiende un sentimiento de egoísmo que es consecuencia de la miseria de las naciones. Sería preciso difundir los sentimientos de filantropía y apoyar a los voluntarios de la caridad, para que la reforma alcance los resultados que sus fervorosos patrocinadores le auspician. Y hay que esperar que todo esto se apresure con la patrocinada modificación legislativa, ya que a menudo la ley crea el órgano y la función, favoreciendo el desarrollo de las semillas que se agostarían si se abandonaran a sí mismas. Tampoco es favorable el

892 Así STOLFI, op. et vol. cit., p. 738 s.

893 STOLFI, op. et vol. cit., p.742 s..

juicio que ha de recaer sobre el Consejo de Familia y el de tutela. El Pretor no puede ejercitar entre nosotros la influencia que sería legítimo esperar de su celosa actuación dirigida al interés exclusivo del pupilo. Su voto de calidad, en caso de empate, y la facultad de recurrir frente a los acuerdos del Consejo de Familia, no basta para asegurarle una posición de preeminencia, porque, en sustancia, en la casi generalidad de casos, no tiene más elementos de juicio sino los que le ofrecen los componentes del Consejo de Familia. Y, por otro lado, no teniendo la responsabilidad de los acuerdos, no está motivado para una investigación más minuciosa y directa. Añádase a ello que los miembros del Consejo de Familia no ejercitan usualmente su cargo con la asiduidad, celo e interés que deberían, y se remiten al tutor. Y el protutor, careciendo del derecho a supervisar al tutor, carece de la facultad más principal y natural. Es preciso modificar sustancialmente la institución. Y también aquí viene en ayuda la tradición romanista. En el Derecho romano no había un órgano permanente y obligatorio que tuviera que deliberar sobre la mayoría de los asuntos que interesaban al pupilo, pero el magistrado podía y debía en los casos más importantes escuchar la opinión de los parientes, sea sobre la educación del huérfano, sea en torno a sus intereses. Ahora sería oportuno disponer de un órgano permanente, pero no con funciones deliberativas sino consultivas dejando al tutor la gestión del patrimonio y al Pretor la función jurisdiccional”.

Opinión transcrita *in extenso*, por lo que tiene de valiosa, incluso en nuestros días, no exenta de realismo, y harto significativa por lo que invoca a las seculares normas romanas, en cierto modo idealizadas.

Puede hablarse, en el primer tercio de este siglo, de una *communis opinio* de la doctrina italiana para reformar el sistema tutelar de 1865, de modo que al plantearse, con carácter general, la reforma del Código, fue una de las cuestiones inmediatamente sometidas a revisión⁸⁹⁴. Analizando ANDREOLI el problema⁸⁹⁵ llega a la conclusión de la incapacidad funcional del Consejo de Familia, de la deficiencia de efectivos con-

894 Amplias referencias en ANDREOLI, *La riforma del diritto tutelare, Considerazioni sul diritto vigente e sul progetto del nuovo Codice civile* (Padova 1931).

895 ANDREOLI, *op. cit.*, p. 7 ss.

troles sobre la gestión del tutor, con consecuencias desfavorables en el caso de tutelados pobres, insuficiencia del mecanismo que determina la apertura de la tutela, regulación imperfecta del inventario como obligación del tutor, excesiva rigurosidad en la exigencia de la gratuidad del oficio tutelar, inadecuación del régimen de impugnaciones de los acuerdos del Consejo, regulación insatisfactoria de lo relativo a la educación del menor y, en general, escaso reconocimiento de la personalidad de este último. A modo de resumen⁸⁹⁶ subraya que los resultados prácticos del mecanismo tutelar confiere a la familia atribuciones excesivas respecto a sus actuales posibilidades, en tanto que fracciona aquéllas entre una pluralidad de órganos diversos y debilita las reconocidas a la autoridad pública; se descuida la función protectora de los menores ya que, en la práctica cada órgano se inhibe, o no actúa plenamente, confiando en la actuación de los demás órganos; así a menudo, el Pretor espera que lo haga el Ministerio Público, e inversamente. Por su parte, el Tribunal confía en que actúen el Pretor y el Ministerio Público; todos esperan la actuación del Consejo de Familia —órgano, casi siempre, poco apto para cumplir las funciones que le atribuye la ley—, mientras que éste espera que actúe la autoridad. En esta general incertidumbre y ante la inevitable dispersión de las responsabilidades que de ello deriva, se produce el daño para el menor en provecho exclusivo de algún pariente sin escrúpulos, y, ante todo, del propio tutor.

2. LA TUTELA EN EL C.C. DE 1942

El vigente Código regula la tutela de los menores en el cap. I, Tít. X, Libro I, arts. 343-389; acogiendo las críticas doctrinales expuestas respecto del C.c. de 1865, suprime el Consejo de familia y crea un órgano judicial especializado, el *Giudice Tutelare* con amplias facultades de vigilancia y dirección de todas las tutelas y curatelas constituidas en su territorio (art. 344); el tutor tiene a su cargo cuidar de la persona del menor, representarlo en todos los actos civiles y administrar sus bienes (art. 357); a su lado actúa el protutor, fundamentalmente para re-

896 ANDREOLI, op. cit., p. 28.

presentar al menor en los casos de contradicción de intereses (art. 360); también se regula el curador para el menor emancipado (art. 372).

En la doctrina⁸⁹⁷ —que ha acogido favorablemente el nuevo sistema tutelar—, se destaca que la desaparición del Consejo de Familia supone también la desaparición o atenuación de los aspectos de solidaridad y organización de la familia, ya que el nuevo tutor no es idóneo para imprimir carácter unitario a la actuación familiar y a la valoración de los intereses colectivos, pero queda en pie la necesidad de defender la personalidad del menor, de sus valores individuales, de su desarrollo físico y espiritual frente a comportamientos represivos o autoritarios; la nueva tutela se informa de un acentuado carácter publicístico ya que se atribuyen al Juez *Tutelae* todos los poderes de dirección y vigilancia que anteriormente eran prerrogativa del órgano familiar. Con todo, parece prevalecer en la doctrina la orientación de que, si bien la estructura del oficio tutelar la acerca a la frontera entre el derecho privado y el público, sin embargo ésta no llega a trasponerse, de suerte que la sustancia de esta institución está constituida siempre por intereses privados, individuales y familiares, si bien concurrentes con el interés general; por ello la tutela de menores puede considerarse como institución privada de orden público⁸⁹⁸. La reforma se ha completado en 1975 al modificarse las relaciones entre padres e hijos; resulta así una posición del tutor frente al menor más delicada que antes, en relación con las funciones educativas que ha de respetar la personalidad del menor; en este terreno no ha de olvidarse que el tutor será un extraño frente a éste. Es inevitable hacer una referencia paralela a la potestad paterna, aunque el vínculo que une al menor con el tutor o protutor es de menor intensidad que el de los padres, siendo también menor la confianza que el legislador tiene en ellos respecto de la que tiene en relación con los padres, siendo posible que hasta llegue a faltar la vida en común entre el tutor y el tutelado.

897 Sigo fundamentalmente a BUCCIANTE, *La tutela dei minori*, en el *Trattato Rescigno*, IV-3 (Torino 1987) p. 581 ss.

898 Así DE CUPIS, en CIAN-OPPO-TRABUCCHI, *Comentario al Diritto italiano della famiglia*, IV, Padova 1992, p. 422.

En cuanto a la naturaleza de la tutela y curatela, se trata de oficios de derecho privado caracterizados por la obligatoriedad de su ejercicio, con posibilidad de dispensa o exoneración del mismo, así como su gratuidad en razón al alto valor social ínsito en la tutela de los incapaces, aunque el Juez Tutelar puede asignar al tutor una *equa indennità* (art. 379). El Juez Tutelar desarrolla funciones, no sólo de control del poder del tutor, sino de activa participación en la suerte personal y patrimonial del menor; de aquí que constituye un verdadero órgano tutelar, no eventual, sino inmanente y complementario de la figura del tutor quien le está subordinado; según el art. 44 de las disposiciones de actuación del C.c. "el Juez Tutelar puede convocar en cualquier momento al tutor, al protutor o al curador, al objeto de obtener informaciones, aclaraciones y noticias sobre la gestión de la tutela y de la curatela y para dar instrucciones inherentes a los intereses morales y patrimoniales del menor". En cuanto a las facultades del tutor, ya se comprende que no era posible hacer un calco de las atribuidas a los padres, lo que explica la graduación de sus poderes y la vigilancia que la ley establece sobre su actuación; aquéllas, como los de los progenitores, se extienden a la persona (educación, instrucción y custodia) y al patrimonio del menor (administración y representación). A diferencia de la potestad de los padres que es originaria y nace directamente de la ley, la tutela es siempre dativa, aun cuando haya una designación de los padres⁸⁹⁹ En adelante, el interés del menor en su propia formación física y espiritual, tiende a desplazarse al área del Estado; las funciones que constituyen una prerrogativa estrictamente familiar, se asumen ahora por el Juez Tutelar, que desempeña un oficio público y a quien se le subordina el tutor, quien desempeña un oficio de derecho privado y no dispone de la amplitud de poderes que le permitan imprimir a la formación del menor una dirección autónoma; se produce aquí una cuestión debatida a propósito de los límites de la discrecionalidad del tutor en relación

899 En la doctrina más antigua se afirmaba que la patria potestad era institución de Derecho Natural, y que la tutela sólo lo era de Derecho civil: PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5ª ed. a cargo de VENZI-FRANCO, VII-2º, Torino 1927, p. 216).

con el control tutelar⁹⁰⁰. El protutor es un órgano estable de designación obligatoria, salvo cuando la tutela se asume por entes de asistencia, en cuyo caso su nombramiento es innecesario; tiene funciones permanentes y generales, de vigilancia sobre la actuación del tutor —aunque no de carácter general— y de colaboración con los demás órganos tutelares, y, asimismo, otras eventuales y vicarias (representación del menor en caso de contradicción de intereses con el tutor); por lo demás, el oficio de protutor está informado por análogos principios que el de tutor. Transcurrido medio siglo desde su instauración hay que decir que, en Italia, el sistema de tutela judicial ha sido bien acogido por la práctica, y no ha suscitado serias reservas por parte de la doctrina⁹⁰¹.

No sorprende que las críticas doctrinales recaídas en Italia sobre el régimen del C.c. de 1865 se hayan reiterado de modo sustancial por la doctrina española, sobre todo a mediados del pasado siglo. No parece, sin embargo que se hayan extraído entre nosotros todas las consecuencias de haberse inspirado la reforma de 1983 en el régimen del C.c. de 1942; ciertamente no faltan en nuestra doctrina caracterizaciones de la función del tutor como un oficio de derecho privado; si bien debe notarse que el reformador español no ha copiado al pie de la letra el modelo italiano (por ej. en cuanto a la subsistencia del protutor, ni tampoco en la fundamental cuestión de la especialización del *Giudice tutelare*). Sí, en cambio, se encuentran similitudes con otras instituciones asistenciales complementarias (que el legislador francés de 1964 pudo, en parte, haber tomado prestado del C.c. ital. de 1942). Así: a)

900 BUCCIANTE, op. cit., p. 589 ss.

901 Hay que destacar también la influencia que la Ley de 4 mayo 1983 sobre la adopción y el *affidamento* (que puede traducirse aproximadamente por acogimiento de menores), ha ejercido en la reforma española de adopción de 1987 (e, indirectamente, por su medio, en la tutela), en aspectos concretos tales como el menor *ricoverato o assistito* en una institución pública o privada, hasta que se provea al nombramiento de un tutor (art. 3), y el *affidamento familiare* (art. 4); si bien el legislador español sólo ha recibido reglas concretas, pero no el sistema adopcional italiano en su conjunto; por ejemplo, la declaración de adoptabilidad (art. 8) que en Italia es siempre de competencia judicial, y no resulta, por tanto, equivalente a la declaración administrativa de desamparo en nuestro ordenamiento.

La tutela del interdicto mayor de edad, por enfermedad mental grave; b) La curatela del enfermo mental mayor de edad, cuya gravedad no requiere interdicción, siendo objeto meramente de inhabilitación, al que se agregan el pródigo, el que abusa habitualmente de bebidas alcohólicas o estupefacientes exponiéndose ellos mismo o su familia a graves perjuicios económicos, y el sordomudo y el ciego de nacimiento o desde su primera infancia, cuando no han recibido instrucción suficiente; y c) La curatela del menor emancipado.

IV. LA TUTELA EN PORTUGAL

En este país, al promulgarse en 1966 el nuevo C.c. que sustituyó al de 1867, se produce, igual que en Italia, un cambio de sistema tutelar, pero el ahora en vigor ya no resulta ser un sistema puro, sino mixto, pues combina la tutela de familia con la judicial; de alguna manera parece haberse inspirado en la reforma francesa de 1964, en lo relativo al reforzamiento de las facultades del Tribunal de Menores.

1. LA TUTELA EN EL CÓDIGO DE 1867

Contenía una minuciosa reglamentación de la tutela de los hijos legítimos e ilegítimos, con inspiración en la versión originaria del *Code* y del C.c. italiano de 1865. En cuanto a los órganos de la tutela, el art. 187 disponía que la tutela se ejercía por un tutor, un protutor, un curador y un Consejo de Familia, pudiendo constituirse, en ciertos casos, el Consejo de Tutelas; se desconocía la figura francesa del administrador legal de bienes; la tutela podía ser testamentaria, legítima o dativa; los padres tenían la facultad de nombrar un sólo tutor para todos sus hijos, o un tutor diferente para cada uno de ellos. El Consejo de Familia se componía de los cinco parientes más próximos del menor (tres de la línea paterna y dos de la materna), presididos por el Juez sin derecho a voto, requiriéndose al menos la presencia de tres vocales para tomar acuerdos válidos (art. 217); de las decisiones adoptadas por el Consejo, el tutor, el protutor, el curador de huérfanos y cualquier pariente del menor o interesado, podían recurrir ante el

Consejo de tutela, regulado en el art. 226. El protutor se introdujo en Portugal por el D. de 18 mayo 1832 con el nombre de *subtutor*, y se mantuvo en el C.c. de 1867 en funciones de colaboración y auxiliar del tutor, y, sobre todo, de fiscalización de la actuación del tutor; en cuanto al contenido de la tutela, el art. 243 enumeraba hasta doce poderes-deberes que correspondían al tutor, y, por su parte, el art. 244 enunciaba los actos prohibidos al tutor, unos con carácter absoluto y otros únicamente con carácter relativo, pues se preveía autorización del Consejo de Familia.

2. LA TUTELA EN EL C.C. DE 1966, Y LAS REFORMAS POSTERIORES (ESPECIALMENTE, EL DECRETO-LEY DE 2 NOVIEMBRE 1977)⁹⁰²

En el C.c. de 1966 la tutela se inscribe sistemáticamente en el Tít. III, de la filiación, ubicado en el Libro IV dedicado al Derecho de familia; se la considera como uno de los medios de suplir el poder paterno, y se la regula en la subsección 2ª, arts. 1921 a 1972, con la siguiente distribución de materias: Disposiciones generales, tutela y administración de bienes; a su vez, la *tutela* incluye la designación del tutor, sus derechos y obligaciones, remoción y exoneración, Consejo de Familia, extinción de la tutela y tutela de los menores confiados a establecimientos de educación y asistencia⁹⁰³.

902 Utilizo la importante obra exegética de PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, V (Coimbra, 1995) p. 433 ss.

903 Sobre la tutela *oficiosa*, el art.1923 dispone que siempre que el menor se encuentre en una de las situaciones que abren la tutela, debe el Tribunal de Menores promover oficiosamente la constitución de la tutela o la administración de bienes, y, asimismo, cualquier autoridad administrativa o judicial y los funcionarios del Registro Civil que tengan conocimiento de esos hechos, deben comunicarlo al Tribunal competente. El Decreto-ley de 27 octubre 1978 reglamentó la nueva Organización Tutelar de Menores, encomendando a los Tribunales de Familia las atribuciones antes conferidas a los Tribunales de Menores, y esta competencia ha sido confirmada por la Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales de 23 diciembre 1987, norma que PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, op. et vol. cit., p. 439, califican de *uma das peças jurídicas mais desafortunadas da nossa historia legislativa*. A su vez, los arts. 1962 a 1966, que regulaban la tutela de los menores confiados a establecimientos de educación o asistencia, han sido derogados por

Los órganos de la tutela en sentido amplio, se regulan en el art. 1924; la tutela se ejerce por un tutor y por el Consejo de Familia; la administración de bienes se ejerce por uno o más administradores y, si ya estuviera instaurada la tutela, por el Consejo de Familia. El art. 1925 establece las atribuciones del Tribunal de menores, ahora Tribunal de Familia; tanto la tutela en sentido estricto como la administración de bienes se ejercen bajo la vigilancia del Tribunal de Familia, al que también corresponde confirmar o designar a los tutores, administradores de bienes y Vocales del Consejo de Familia. Los cargos de tutor, administrador de bienes y Vocal del Consejo de Familia son obligatorios y sólo pueden excusarse en los casos expresamente fijados en la ley (art. 1936)⁹⁰⁴.

El tutor es designado por los padres (arts. 1928 ss.), o por el Tribunal de Menores (art. 1931). Como regla general el tutor tiene los mismos derechos y obligaciones que los padres con las limitaciones que establece el C.c., y debe ejercer el cargo con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1935); para realizar los actos más importantes el tutor necesita autorización del Tribunal, quien lo otorgará oyendo al Consejo de Familia (art. 1938); cabe también la confirmación⁹⁰⁵ de los actos realizados sin dicha autorización, por los mismos órganos tutelares (art. 1941).

El Consejo de familia se compone de dos Vocales cuya elección por el Tribunal se realiza conforme a los criterios del art. 1952 (entre los consanguíneos y afines del menor, teniendo en cuenta la proximidad de grado, las relaciones de amistad, aptitudes, edad, lugar de residencia y

el Decreto-ley de 25 noviembre 1977. Parece, en consecuencia, que, en Portugal, se ha reducido el campo de aplicación de la tutela administrativa.

904 Según PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, op. et vol. cit., p. 438, el Código de 1966 ha procurado simplificar la organización de la tutela, en armonía con la realidad de la vida familiar moderna.

905 Sobre esta confirmación, que es una novedad del vigente Código, v. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, op. et vol. cit., p. 465. La reforma de 1977 eliminó la denominada tutela *legítima*, que tenía lugar cuando los padres no habían designado tutor o cuando el nombrado no era confirmado por el Tribunal, a la sazón, de Menores; ahora la designación compete al Tribunal de Familia.

el interés expresado por el propio menor; en su defecto, se elige entre los amigos de los padres, vecinos y otras personas que se interesen por el menor; en lo posible se procurará que uno de los Vocales pertenezca a la línea paterna y otro a la materna del menor); corresponde al Consejo de Familia⁹⁰⁶ vigilar el modo en que el tutor desempeña sus funciones (art. 1954). Uno de los dos Vocales del Consejo de Familia ejerce, con carácter permanente, la fiscalización del tutor, debiendo pertenecer, en la medida de lo posible, a diversa línea de parentesco del tutor. Probablemente radica aquí una de las innovaciones más significativas del régimen tutelar en Portugal; se conserva el antiguo órgano familiar pero se le da un matiz juspublicístico; con todo, aunque se ha incrementado la intervención estatal en el funcionamiento de los órganos tutelares, sin embargo la doctrina sostiene que la institución sirve esencialmente intereses privados que afectan tanto al menor tutelado como a su familia⁹⁰⁷.

Adviértase que, en Portugal, la regulación de la tutela se realiza a la vista de la situación de los menores de edad. Para los mayores el art. 138 prevé la interdicción en los casos de anomalía psíquica, sordomudez o ceguera, cuando impiden gobernar sus personas y bienes. El interdicto es equiparado al menor (art. 138). También se prevé la inhabilitación respecto de los pródigos y de quienes abusan de bebidas alcohólicas y estupefacientes (art. 152), estando tales inhabilitados asistidos por un curador (art. 153). Parece clara la influencia italiana y francesa en estos puntos.

V. LA TUTELA EN ALEMANIA

El BGB en su redacción original dedicó a la tutela *lato sensu* (*Vormundchaft*) una amplia regulación que abarcaba los §§ 1773 a 1921, incluidos en el Libro IV, referidos, en su conjunto, a la tutela de menores,

906 Puede verse la distinta configuración dada a este órgano tutelar, partiendo del C.c. de 1867, pasando por el proyecto de Pires de Lima y el anteproyecto de Gomes da Silva y Pessoa Jorge, hasta llegar al Código en vigor, en PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, op. et vol. cit., p. 478 s.

907 Así PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, op. et vol. cit., p. 440.

a la de mayores y a la curatela (*Pflegschaft*). Este cuerpo normativo ha sufrido, especialmente en la segunda mitad de este siglo, reiteradas reformas, no exentas de importancia; en primer término las derivadas de la Constitución de Bonn de 1949 que, como se sabe, obligó a una revisión general del BGB respecto al principio de equiparación entre los sexos, que fue llevada a cabo por la *Gleichberechtigungsgesetz*, de 1957, a la que deben añadirse las sucesivas reformas sectoriales operadas en el Derecho de Familia (filiación, matrimonio, divorcio); una importante reforma organizativa ha sido la derivada de la *Jugendwohlfahrtsgesetz* de 1970 (con precedente en otra Ley sobre la Juventud de 1922), que ha conferido importantes funciones tutelares al *Jugendamt* (modificada, a su vez, por la *Jugendschutzgesetz* de 25 febrero 1985); los aspectos procesales se regulan por la *Gesetz über die Angelegenheit der freiwillige Gerichtbarkeit* de 1898, objeto asimismo de diversos retoques. Añádanse las numerosas y complejas modificaciones, operadas por leyes sucesivas promulgadas a lo largo de 1998⁹⁰⁸, unas veces de supresión (como la de los §§ 1783, 1808, 1827, 1838, 1844, 1849, 1850, 1851a, 1858 a 1881, 1883), otras de alteración del texto en vigor [por ej. los §§ 1775, 1779 ap. 2 y 3, 1793, 1817, 1835, 1835 a), 1836, 1836 a), etc.]. En todo caso, y a diferencia de lo ocurrido en Italia o en Portugal, las modificaciones postcodiciales no han alterado, en su sustancia, el sistema tutelar inicialmente instaurado por el BGB⁹⁰⁹.

Según explican KIPP-WOLFF⁹¹⁰ constituye un principio, en el derecho histórico alemán, el de que los menores están sujetos a tutela si no lo están bajo el cuidado de los padres; la tutela se extendía originariamente hasta el tiempo en que el niño dejaba de serlo, pero el término

908 Su número ha hecho escribir a SCHWAB que *das Jahr 1998 ist ein Jahr des Familienrechts geworden* (en FamRZ, 1998, p. 877).

909 Como bibliografía más reciente: Helga OBERLOSKAMP, *Vormundschaft, Pflegschaft u. Beistandschaft für Minderjährigen*, 2ª ed. (München 1998); SCHWAB, *Familienrecht*, 9ª ed. (München 1999); DIEDERISCHSEN, en PALANDT, *Kom. B.G.B.* 59ª ed. (München 2000), p. 1798 ss.

910 KIPP-WOLFF, *Derecho de Familia*, vol. II, en el *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, trad. esp. de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 2ª ed., Barcelona 192, p. 269 ss.

así designado variaba desde los 12 hasta los 18 años. En el antiguo derecho alemán era tutor, en primer término, el más próximo pariente de la línea del padre, aunque se prefería a la de la madre cuando no estaba casada; en defecto de ellos la familia podía designar otro tutor; el llamamiento por disposición de última voluntad se debía, a veces, al influjo romano; en último término, la autoridad designaba al tutor. En el Derecho común todavía conserva importancia la designación testamentaria y la legal, pero ambos se aproximan a la designación por la autoridad, toda vez que según las Ordenanzas de Policía del Reich, ningún tutor puede hacerse cargo de la administración sin que la tutela le haya sido discernida y ordenada por la autoridad (*confirmatio juris Germanicis*). Inicialmente la vigilancia de la tutela correspondía a la familia, pero luego pasó a órganos administrativos o, incluso, a los soberanos territoriales. Durante el siglo XIX la tutela se reguló frecuentemente por los derechos particulares, siendo de especial importancia la Ordenanza prusiana de 1875; en ella, a diferencia del derecho común, se consagró el principio de la independencia del tutor, el cual ejercía la tutela, especialmente la administración de su patrimonio, con autonomía, si bien bajo la vigilancia del Tribunal de Tutelas y con la necesidad de la aprobación de éste en casos concretos.

Las normas del BGB se inspiran, en lo esencial, en la citada Ordenanza prusiana, y así se mantiene la referida independencia del tutor, aunque se discutan sus límites, así como la designación del tutor por la Autoridad, pero con cierta preferencia a favor de determinadas personas llamadas por la ley, y de las designadas por actos de última voluntad por el padre o por la madre, sin perjuicio de ciertos casos de tutela legal. A partir de la entrada en vigor de aquel cuerpo legal, la tutela se abría, respecto de los hijos matrimoniales, cuando no estaban sujetos a la patria potestad (primitivo § 1773); respecto del no matrimonial (*uneheliche Kinder*) era un principio tradicional que la madre carecía de patria potestad, y, por tanto, sus hijos quedaban siempre sujetos a tutela; pero ahora, al haberse eliminado esta discriminación por razón del origen, según el § 1774, el Tribunal de Tutelas, con carácter general, ordena de oficio para toda clase de hijos, la constitución de la tutela, de darse aquella circunstancia; además, en caso de que se presuma la

necesidad de un tutor por parte del hijo ya al tiempo del nacimiento, se permite que el tutor sea designado incluso antes de que ocurra aquél.

El *Vormundgericht* es el órgano de la cooperación del Estado en la tutela⁹¹¹. cuya misión es salvaguardar el interés del pupilo; en cuanto a la naturaleza de sus funciones, aunque en algunos casos actúa en función contenciosa, su actividad se considera administrativa⁹¹²; por su parte SCHWAB⁹¹³, afirma que *die Aufgaben und Kompetenzen des Vormundschaftsgericht sind zum Teil mehr verwaltender als judizieller Art*. El procedimiento tutelar está sometido a la Ley de la Jurisdicción voluntaria⁹¹⁴.

Según los §§ 1776 y 1777, será tutor la persona designada en testamento por el padre o por la madre que, en el momento de su muerte, están ejerciendo el cuidado sobre la persona y el patrimonio del hijo; y si aquéllos han nombrado a personas distintas, será tutor el nombrado por el último que haya fallecido. En defecto de tutor designado por los padres, el nombramiento lo hará el Tribunal de Tutelas oyendo al *Jugendamt*; entre varios candidatos, el Tribunal tomará en consideración la presunta voluntad de los padres, las relaciones personales del tutor y su situación patrimonial, el parentesco por consanguinidad o afinidad, así como la confesión religiosa del pupilo, al objeto de encontrar la persona más apropiada para el ejercicio de la tutela; el Tribunal oír a los parientes consanguíneos y afines del tutelado, cuando ello no origine demoras o gastos excesivos; tales circunstancias de parentesco, si bien son tenidas en cuenta por el Tribunal para el nombramiento de tutor, sin embargo no atribuyen propiamente, a tales personas, un verdadero derecho subjetivo⁹¹⁵.

Hay un deber legal de asumir el cargo de tutor para el que ha sido designado por el Tribunal de Tutelas, salvo la concurrencia de una causa

911 Así KIPP-WOLFF, op. et vol. cit., p. 275.

912 KIPP-WOLFF, op. et vol. cit., p. 277.

913 SCHWAB, *Familienrecht*, 4ª ed. (München 1986) p. 309.

914 ZAGST en *Münchener Kommentar*, V, p. 1741; DIEDERICHEN, en PALANDT, *Kom.B.G.B.* p. 1799.

915 Así KIPP-WOLFF, op. et vol. cit., p. 297. El Tribunal se guía exclusivamente por el bien del menor (así DIEDERICHSEN, cit., p. 1801).

de incapacidad o prohibición⁹¹⁶; quizá como reminiscencia histórica se establece a modo de una investidura del cargo de tutor, ordenando el § 1789 el discernimiento del mismo por el Tribunal de Tutelas previo el compromiso de su desempeño con fidelidad y conciencia, mediante un apretón de manos a modo de juramento (*Handschlag*); el tutor recibe una credencial en la que figura el nombre y fecha de nacimiento del pupilo, así como los nombres del tutor, del protutor, del cotutor, y, en su caso, el modo de ejercer la cotutela (§ 1791). Se permite que una Asociación pueda ser designada tutora, ejerciendo el cargo a través de sus miembros (§ 1791 a); y también que lo sea el *Jugendamt* (§ 1791 b), pero en ambos supuestos con carácter subsidiario⁹¹⁷; el § 1791 c) contempla igualmente la designación de aquél como tutor cuando nazca un hijo cuyos padres no están casados y lo necesita⁹¹⁸.

También con cierto carácter secundario y eventual⁹¹⁹, el § 1792.1 prevé la designación de un protutor (*Gegenvormund*) para fiscalizar al tutor; si el tutor es un *Jugendamt*, no es necesario designar protutor sino que tales funciones pueden ejercerse por este organismo. Según el § 1792.2, es obligatorio su nombramiento cuando la tutela implique la administración del patrimonio del pupilo, a menos que la administración sea de poca importancia, o la tutela se ejerza por varios tutores que la ejerciten en común; en el caso de que la tutela no sea ejercida conjuntamente por varios tutores, uno de ellos podrá ser nombrado protutor del otro; para el protutor se aplican las reglas sobre el tutor en orden a la capacidad, aptitud, discernimiento, etc. El protutor es un órgano de vigilancia que debe comunicar sin demora al Tribunal de Tutelas las infracciones cometidas por el tutor, pudiendo requerir al tutor informes sobre el ejercicio de la tutela y aprobar determinadas actuaciones de aquél.

Según el § 1837, el Tribunal de Tutelas ha de vigilar toda la actuación del tutor y del protutor, y puede requerir a ambos para que le informen

916 Dispone solemnemente el § 1785: *Jeder Deutscher hat die Vormundschaft, für die er von dem Vormundschaftsgericht ausgewählt wird, zu übernehmen.*

917 Así lo subraya ZAGTS, en *Münchener Kommentar*, p. 1771.

918 Sobre estos supuestos cfr. DIEDERICHSEN, op. cit., p. 1804 s.

919 Como decían ya los ANOTADORES de KIPP-WOLFF, op. et vol. cit., p. 811.

en todo momento sobre la situación personal del pupilo; anualmente el tutor rinde cuentas de su administración al Tribunal con las observaciones que haya hecho el protutor. Siguiendo el precedente prusiano, el BGB ha acogido el principio de *independencia del tutor* (*Selbständigkeitsprinzip*⁹²⁰), de modo que en las cuestiones en que caben diversos pareceres, no podrá imponerse el del Tribunal de Tutelas; en principio corresponde al tutor resolver las cuestiones tutelares a su prudente arbitrio, por ej. sobre la profesión del pupilo, sobre su residencia, sobre la escuela que ha de frecuentar, sobre los gastos con finalidad de alimentación etc. siempre que la ley no exija aprobación de aquél; por lo general, el Tribunal sólo puede intervenir prohibiendo o mandando determinadas actuaciones al tutor; éste viola sus deberes si los infringe culposa o dolosamente; en caso extremo puede removerse al tutor cuando ponga en peligro el interés del pupilo (§ 1886); dicen gráficamente KIPP-WOLFF⁹²¹, que un buen Juez de tutelas es, en todo momento, un consejero del tutor, pero no le será lícito imponerle mandatos obligatorios.

Los §§ 1858 a 1881 —hoy derogados como se advirtió—, regulaban el Consejo de Familia (*Familienrat*), organismo que, debido al predominio de la *kleinefamilie* carecía actualmente de importancia práctica⁹²²; este Consejo de Familia, era una especie de Tribunal de Tutelas, ampliado con la presencia de personas que normalmente eran parientes consanguíneos o afines del pupilo; debía constituirse si lo habían ordenado el padre o la madre, o si lo solicitaba algún pariente o afín, el tutor o el protutor en nombre e interés del pupilo, pero no en nombre propio; lo presidía el Juez de Tutelas y se componía de un número variable de miembros (dos como mínimo y seis como máximo) a quienes discernía el cargo el presidente.

En la redacción originaria del BGB, en los §§ 1849 y 1850, estaba previsto un Consejo Municipal de Huérfanos (*Gemeindewaisenrath*)⁹²³,

920 Así DIEDERICHSEN, op. cit., p. 1806.

921 KIPP-WOLFF, op. et vol. cit., p. 383.

922 Así lo reconocía ZAGST en *Münchener Komm* cit, V, p. 1879.

923 Sobre su composición y funcionamiento puede verse : KIPP-WOLFF, op. et vol. cit., p. 416 ss.

en funciones de colaboración con el Tribunal de Tutelas; actualmente tales funciones se han transferido a favor del *Jugendamt* que tiene sólo facultades subsidiarias de mediación, interviniendo en las relaciones entre el tutor y el protutor, proponiendo la sustitución de las personas cuando sea procedente; además, tales funciones no se ejercen cuando el tutor sea una asociación (§ 1851).

Para caracterizar la tutela en el BGB no debe menospreciarse la existencia de algunos elementos propios del sistema de tutela de familia, tales como la posibilidad de designación de tutor o protutor por los padres. Por otra parte resulta llamativo el ya mencionado principio —sin parangón en el derecho comparado—, de una cierta *autonomía del tutor* frente a las facultades del propio Tribunal de Tutela, lo que, en cierto modo, viene a aproximarle a la posición o función desempeñada por los padres (lo que explica la aplicación analógica del § 1626.2 y de otros supuestos). Sin embargo, ha de reconocerse que el centro de gravedad del sistema tutelar alemán se desplaza al órgano judicial, si bien, el hecho de actuar bajo las normas de la jurisdicción voluntaria, parece que se difumina, en cierto modo, tal carácter judicial, para destacarse, en primer término, la nota de *tutela de autoridad*⁹²⁴. Por todo ello, aunque no resulta del todo incorrecto hablar —en el Derecho alemán ya reunificado—, de una *tutela judicial*, sin embargo, en realidad, es el interés público el que se hace presente a través de la intervención judicial, lo que no obsta, sin embargo, para que la doctrina siga considerando a la tutela como instituto de Derecho privado⁹²⁵.

Para completar la exposición del sistema tutelar alemán hay que referirse a los títulos 2º y 3º del Título dedicado a la tutela en sentido amplio. En su versión original el primero versaba sobre la tutela de los mayores de edad, pero la importante reforma de 1998, ya aludida, la ha sustituido por la expresión *rechtliche Breiteuung*, que puede traducirse por la asistencia o auxilio jurídicos a las personas mayores de edad, inspirada, al parecer, por el régimen francés e italiano en vigor; cuando

924 Por cierto, subrayada hace más de medio siglo por los ANOTADORES, op. et vol. cit., p. 27.

925 Así SCHWAB, op. cit., p. 310.

la ley francesa de 1964 se refiere a *des majeurs qui sont protégés par la loi* (expresión ahora recogida en el enunciado del título 11 del libro 1º del C.c.), viene a expresar la misma idea. Pero la reforma alemana ha prescindido expresamente del término *tutela*, pese a las numerosas remisiones que el § 1908i contiene a la tutela de menores, mientras que en Francia, la *tutela de los mayores en sentido estricto* es una de las formas de protección jurídica de estas personas (arts. 492 C.c.). Parece claro que la fisonomía que en Alemania, desde 1998, tiene la tutela de las personas incapacitadas resulta alejada de nuestro régimen positivo (lo que no obstaría a tomar modelo *de lege ferenda*, por ej. en cuanto a las modalidades de auto-tutela).

En Alemania unificada cuando un mayor de edad no puede valerse por sí mismo, en todo o en parte, por consecuencia de una enfermedad psíquica, o de un impedimento corporal, espiritual o psíquico, el Tribunal de Tutelas le nombrará un asistente, a petición suya o de oficio; el asistente se designa sólo para ejercer las funciones imprescindibles, o cuando no existe un mandatario designado (§1896). En principio se nombrará a una persona física idónea, debiendo designarse, en principio, la persona que ha propuesto el interesado, a no ser ello contrario a sus intereses; en otro caso se tendrán en cuenta las relaciones de parentesco y demás relaciones personales del mayor, especialmente las mantenidas con sus padres, hijos y cónyuge, así como a los posibles conflictos de intereses (§ 1897); hay deber legal de aceptar este cargo cuando la persona es idónea y le sea exigible a la vista de su situación familiar, profesional y demás (§ 1898). Cuando el mayor no pueda ser suficientemente asistido por una o varias personas físicas, se designará a una Asociación especializada y reconocida como tal (*einer anerkannten Breteuung zum Betreuung*), la cual encargará la asistencia a una o varias personas físicas determinadas. De no ser posible esta designación, se encargará la asistencia a la Autoridad competente. La lista de competencias del Asistente es larga y poco sistemática (cfr. §§ 1901 ss.): administrar los asuntos del mayor en aras del bienestar de éste, permitiendo que su vida transcurra según sus propios deseos y aspiraciones, incluso expresados antes del nombramiento del asistente, eliminando o mejorando la enfermedad o impedimento del

asistido o evitando su empeoramiento; quizá lo más relevante es que el Asistente, en el ámbito de sus competencias, ostenta la representación judicial y extrajudicial del asistido (§ 1902). El Tribunal de Tutela puede reservarse la autorización de determinados actos del Asistente (*Einswillungsvorbehalt*) cuando esté en peligro la vida, la salud o el patrimonio del asistido (en particular se contemplan supuestos de asistencia médica, esterilización, internamiento, resolución de contratos de arrendamiento, y donaciones).

En cambio, la materia del título III, dedicado a la Curatela apenas si ha sido reformada y su régimen ofrece escaso interés comparativo; su régimen se remite al de la tutela, salvo la innecesariedad de designar protutor (§ 1915). Los supuestos de curatela son residuales y casuísticos (impedimento de los padres o tutores, bienes donados o dejados en testamento con exclusión de padres y tutores, ausencia de una persona —el curador equivale a nuestro representante legal—, curador del concebido, representación de personas desconocidas, actuación respecto de bienes obtenidos mediante colecta pública).

VI. LA TUTELA EN SUIZA

El Derecho suizo en esta materia presenta, para el jurista español, algún mayor interés comparatista que el que puede deducirse de la atención que habitualmente nuestra doctrina le dispensa. Las amplias facultades que el ZGB, atribuyen a las autoridades cantonales en materia de tutela —aunque se trata de materia federal—, junto a la existencia residual de una tutela familiar, ofrecen un variado panorama legislativo (federal-cantonal), que se completa con el interés científico-práctico que a la tutela se presta en este país⁹²⁶. La tutela se reglamenta

926 En prueba de lo dicho en el texto sobre el interés científico que suscita la tutela puede repasarse el medio centenar de trabajos especializados, en su mayoría del último cuarto de siglo, que menciona RIEMER, *Grundriss des Vormundschaftsrecht* (Bern 1981), p. 14-17, a los que debe añadirse una revista, también especializada, fundada en 1946, en Zürich, y que en la actualidad sigue publicándose, *Zeitschrift für Vormundschaftswesen, Revue du droit de tutelle. Rivista di diritto tutelare*. Obras de carácter general: HEGNAUER, *Grundriss des Kindesrechts* (Bern 1977); DESCHENAUX-STEINAUER, *Personnes physiques*

en la parte tercera del Libro II, *Droit de la famille*, del ZGB, arts. 360 a 456; la tutela en sentido amplio se divide en los apartados relativos a la organización, administración y causas de extinción. La modificación codicial más importante se ha debido a la Ley federal 6 octubre 1978, que ha introducido los arts. 397, letras a-f, bajo un nuevo capítulo titulado *De la privation de liberté à des fins d'assistance*, en relación con la tutela de los enfermos mentales.

Los órganos de la tutela en sentido amplio son las autoridades tutelares, el tutor y el curador (art. 360). La regla general es la *tutela pública*, en la que las autoridades tutelares son las siguientes: la autoridad tutelar en sentido estricto y la autoridad de vigilancia, ambas designadas por los cantones, de modo que éstos, si la autoridad de vigilancia comprende dos instancias, regulan también la actuación de cada una de ellas (art. 361). Adviértase que los únicos órganos exigidos por el Derecho federal con carácter mínimo, son la autoridad tutelar (*Vormundschaftbehörde*) y la autoridad de vigilancia (*Aufsichtbehörde*); los cantones pueden establecer otros órganos con carácter facultativo (por ej. en el Valais se conoce el Consejo de Familia que asesora en ciertos casos con carácter previo); los cantones pueden también establecer órganos auxiliares, incluso recurriendo a organizaciones privadas.

La autoridad tutelar es un órgano estatal designado por los cantones cuyas principales funciones se ejercen en relación con la tutela, aunque también se le atribuyen otras de carácter familiar (patria potestad, adopción). Los cantones tienen libertad para hacer esta designación; a veces la Autoridad es única en todo el territorio del cantón, en otros casos la hay en cada distrito, municipio, etc.; en la Suiza francesa la regla general es que sea un órgano judicial, en otros cantones es un órgano administrativo; las competencias más importantes de la Autoridad tutelar son las siguientes: nombra el tutor, constituye la curatela, vigila

et tutelle (Bern 1980); y la obra colectiva *Praktische Probleme der Vormundschaft* (St. Gallen 1974), 2ª ed., I. Como obras fundamentales para el tratamiento en profundidad de la institución, véanse los comentarios a los arts. 360-456 del ZGB debidos a KAUFMANN, en el *Berner Kommentar*, 2ª ed. (Bern 1924), y a SCHNYDER-MURER, en la 3ª ed. (Bern 1982 y 1984), así como a los de EGGGER, en el *Zürcher Kommentar*, 2ª ed. (Zürich 1948).

la entrada en funciones del tutor, autoriza al pupilo el ejercicio de una profesión o industria, controla la gestión patrimonial del tutor, fija la remuneración de éste, interviene en la extinción de la tutela y puede acordar la remoción, consiente los actos enumerados en el art. 421 ZBG (fundamentalmente, de carácter patrimonial), vigila al curador y al Consejo legal, y resuelve los recursos contra los actos del tutor.

La Autoridad de vigilancia es la autoridad superior en materia de tutela, controla de manera general la actividad de la Autoridad tutelar e, indirectamente, de las personas que ejercen la tutela; también tiene otras competencias (emancipación y privación de la patria potestad); la mayoría de cantones han designado a dos Autoridades de vigilancia, que pueden ser también de carácter judicial o administrativo; sus facultades más importantes son: autorizar y revocar la tutela privada, exigir al tutor un inventario público al comienzo de su cargo, resolver los recursos contra los acuerdos de la Autoridad tutelar, y autorizar los actos enumerados en el art. 422 (en su mayoría son actos de naturaleza familiar o sucesoria).

Excepcionalmente la tutela puede ser *privada* encomendándose a la familia cuando el interés del pupilo justifica esta medida, especialmente para continuar una industria o una sociedad⁹²⁷; en tal caso, los derechos, deberes y responsabilidad de la autoridad tutelar se ejercen por un Consejo de Familia (art. 362): la tutela privada se aprueba por la autoridad de vigilancia a petición de dos parientes próximos, consanguíneos o afines mayores de edad, o por uno de ellos y por el cónyuge del pupilo (art. 363); el Consejo de familia se compone por lo menos de tres consanguíneos o afines del pupilo, elegibles como tutores⁹²⁸;

927 En la doctrina se mencionan los supuestos siguientes: empresa cuya gestión exige conocimientos especiales, o, bien, hay riesgo de competencia entre la empresa de la persona protegida y la de algunos miembros de la autoridad tutelar; asimismo, la circunstancia de que el pupilo o sus bienes radiquen en el extranjero, o la de asegurar idéntica influencia a las dos familias de un huérfano: DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 127.

928 Lo que DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 177 interpretan en el sentido de que asumen conjuntamente las tareas propias del tutor.

dicho Consejo se constituye por un periodo de cuatro años por la autoridad de vigilancia, pudiendo formar parte del mismo el cónyuge del pupilo (art. 364). Los miembros del Consejo de Familia deben prestar garantías sobre el fiel cumplimiento de su mandato, de modo que la tutela privada se otorga bajo esta condición (art. 365); la autoridad de vigilancia puede revocar en cualquier momento la tutela privada si el Consejo de Familia no cumple sus deberes, o si lo exige el interés del pupilo (art. 366).

Las *funciones* tutelares se ejercen por el tutor, el curador y, en su caso, por el Consejo Legal; el tutor tiene por misión asegurar la asistencia y protección de un menor o incapacitado que no está sujeto a la autoridad paterna; su función es análoga a la de los padres; según el art. 367, de modo general, el *tutor* asume el cuidado de la persona y administra los bienes del pupilo menor o incapacitado, representándole en los actos civiles; el *curador (Beistand)* se constituye en vista de asuntos determinados o para una gestión de todos los bienes; las reglas que conciernen al tutor se aplican al curador, a salvo de las disposiciones particulares de la ley; a diferencia de la tutela en sentido estricto, que tiene por objeto proporcionar una asistencia general y duradera a una persona que carece del goce de los derechos civiles, en la curatela la persona asistida los posee pero, momentáneamente, está impedida de salvaguardar sus intereses por razón de enfermedad, ausencia, etc. o por conflicto de intereses con los de sus representantes legales (art. 392). Aunque en el cap. de los órganos de la tutela no se menciona el Consejo legal (*Beiratschaft*), la doctrina lo considera como una forma especial de curatela, que se aplica en los supuestos enumerados en el art. 395.

El caso de tutela que puede considerarse básico es el del menor que no está sometido a autoridad parental, estableciéndose el deber legal que recae, tanto en los oficiales del Registro Civil, como en las autoridades administrativas y judiciales para comunicar a la autoridad competente los casos de tutela de que tengan noticia por razón de su cargo (art. 368); también están sujetos a tutela los mayores incapacitados por enfermedad mental o por debilidad de espíritu cuando no pueden gestionar sus asuntos, ni prescindir de cuidados y ayudas permanentes, o amenazan

la seguridad ajena (art. 369); por prodigalidad, ebriedad, mala conducta o mala gestión, exponiéndose a sí mismos o a su familia a caer en la miseria (art. 370); por condena penal de privación de libertad superior a un año (art. 371); por último, y a petición propia, cuando prueba que está impedido de gestionar convenientemente sus asuntos por causa de debilidad senil, enfermedad o inexperiencia (art. 372).

El ZGB regula la competencia territorial por razón de tutela, estableciéndola en el domicilio del menor o incapacitado, de suerte que el pupilo no puede cambiar de domicilio sin el consentimiento de la Autoridad tutelar; fuero tutelar es el lugar en que deben adoptarse las medidas tutelares⁹²⁹. A menos que concurren justos motivos (por ej. desconfianza en el pupilo, gran diferencia de edad) la Autoridad tutelar nombra tutor a la persona designada por el padre o por la madre (art. 381); en su defecto, los parientes varones (la doctrina entiende que la tutela puede encomendarse también a una mujer, pero sin tener obligación de aceptar el cargo), los consanguíneos o afines del menor, el marido y cualesquiera otras personas varones que habitan en el distrito tutelar, y gozan de los derechos civiles, tienen el deber de aceptar las funciones de tutor (se acepta comunmente que *la collectivité doit pouvoir compter sur chacun pour venir en aide aux personnes qui ont besoin d'assistance*); tal deber no existe en caso de tutor designado por el Consejo de Familia en la tutela privada (art. 382); para poder ser nombrado tutor hace falta la mayoría de edad y aptitud para el cargo⁹³⁰; aunque la regla es el tutor único, y, precisamente, una persona física⁹³¹, la Autoridad tutelar puede designar varios tutores (*tutela múltiple*, o *cotutela*), según las circunstancias, para administrar la tutela, conjunta

929 Así DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit 177 s.

930 Para DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 184, esta aptitud es el criterio que permitirá elegir entre todas las personas que cumplan los demás requisitos; el éxito de la tutela depende, en gran parte, de las cualidades personales del tutor, por lo cual deberá estar en condiciones de proporcionar los cuidados personales y administrar los bienes del pupilo; habrá que atender a las circunstancias de cada caso.

931 Así DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 183, pues el derecho suizo no conoce la tutela ejercida por personas jurídicas, singularmente la tutela del Estado; cabe, sin embargo, un *tutor oficial*, o sea un funcionario especialmente preparado para esta

o separadamente (art. 379); hay casos de excusa (art. 383) e incapacidad (art. 384), de medidas provisionales adoptadas por la Autoridad tutelar antes del nombramiento de tutor (art. 386). Otra característica del derecho suizo es la, más bien, temporalidad del cargo de tutor que, en principio, se defiere por dos años, y se prorroga bianualmente por simple confirmación del tutor, sin necesidad de motivación, por parte de la Autoridad tutelar; cabe también que se le nombre por periodo menor o mayor; pero el tutor puede dejar voluntariamente el cargo al expirar el cuatrienio (art. 415).

Al entrar en sus funciones, el tutor, asistido por un representante de la Autoridad tutelar, redacta un inventario de los bienes del pupilo, asistiendo éste si su discernimiento lo permite; la Autoridad de vigilancia puede ordenar que el inventario se haga en documento público, si lo justifican las circunstancias y lo solicitan el tutor o la Autoridad tutelar (art. 398); este inventario público tiene como efecto limitar la responsabilidad del pupilo frente a sus acreedores pues sus efectos se equiparan al beneficio de inventario en materia sucesoria. Ofrece interés el art. 403 relativo a las empresas comerciales, industriales u otras, que formen parte del patrimonio del pupilo, respecto de las cuales la Autoridad tutelar puede dar instrucciones para que se liquiden o para su continuación⁹³²; los inmuebles sólo pueden venderse con el acuerdo de la Autoridad tutelar cuando lo exija el interés del pupilo, en subasta pública que debe ser aprobada por aquélla, o bien excepcionalmente *de gré à gré* con aprobación de la Autoridad de vigilancia (art. 404); la venta en subasta pública es la regla general, de suerte que sólo se autorizará la venta directa cuando se prevea con certeza suficiente que el precio ofertado sea más elevada que el que se obtenga en subasta pública⁹³³.

función, como el Director de un establecimiento hospitalario o penitenciario, pero siempre a título personal).

932 La Autoridad tutelar tomará en consideración la aptitud, actual o futura, del pupilo para gestionar, por ej., una empresa por sí mismo, como observan DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 192.

933 Según DESCHENAUX-STEINAUER, op. et loc. últim. cit., el tutor y las Autoridades tutelares responderán al pupilo del daño eventual ocasionado por la venta directa.

Al tutor incumbe el mantenimiento y educación del pupilo menor de edad, ejerciendo, a estos efectos, los derechos del padre y de la madre, a reserva del concurso de las Autoridades tutelares (art. 405)⁹³⁴; representa al pupilo en todos los actos civiles, a reserva del concurso de las Autoridades tutelares (art. 407); el pupilo que ha cumplido 16 años y tiene discernimiento debe ser consultado, en lo posible, para todos los actos importantes de la administración de la tutela (art. 409); si la Autoridad autoriza, expresa o tácitamente, al pupilo a ejercer una profesión o industria, estará éste facultado para todos los actos que entran en el ejercicio regular de aquéllas, obligando todos sus bienes (art. 412). El tutor gestiona los bienes del pupilo como un administrador diligente, rindiendo las cuentas en los plazos fijados y, al menos, cada dos años; el pupilo que ha cumplido 16 años, y tiene discernimiento, debe intervenir en la rendición de cuentas (art. 413); el pupilo, por su parte, gestiona los bienes dejados a su disposición y los que adquiere por su trabajo con el consentimiento del tutor (art. 414); tiene derecho a una remuneración a cargo de los bienes del pupilo, fijado por la Autoridad tutelar para cada periodo contable, en consideración al trabajo del tutor y a los ingresos del pupilo (art. 416)⁹³⁵.

Las normas federales contenidas en los arts. 420 a 425 sobre las funciones de las Autoridades tutelares deben completarse con las reglamentaciones cantonales en materia de procedimiento, en las que no voy a entrar aquí. El art. 421 enumera hasta trece supuestos —en su mayoría de contenido patrimonial, aunque también se incluye el cambio de domicilio del pupilo—, que son competencia de la Autoridad

934 El tutor debe favorecer el desarrollo físico, intelectual y moral del menor, asegurándole el mantenimiento y alojamiento; dirige su educación, le proporciona una formación apropiada, cuida de su salud, le asiste con sus consejos y le garantiza la protección que necesita: así DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 193).

935 A este respecto, es clara— y muy realista— la opinión de la doctrina: *Der Amt des Vormundes ist kein unentgeltliches Ehrenamt*, escribe RIEMER, op. cit., p. 79; y, por su parte, añaden DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 188, que aunque directamente no se deduce del art. 416, hay que entender que el tutor tiene derecho a remuneración tanto por los cuidados personales que presta como por la administración del patrimonio del pupilo.

tutelar, mientras que el art. 422 fija la competencia de la Autoridad de vigilancia para autorizar la adopción del pupilo, o que adopte, a su vez; y también para que pueda adquirir o renunciar la nacionalidad, adquirir o liquidar una empresa, o entrar en una sociedad personalista, o invertir en una empresa un capital importante; para celebrar contratos de renta vitalicia o similares, aceptar o repudiar la herencia o concluir un pacto sucesorio; para solicitar la emancipación, y autorizar los contratos celebrados entre el tutor y el pupilo.

La aprobación de las cuentas del tutor corresponde, en principio, a la Autoridad tutelar, pero los cantones pueden disponer que tal aprobación corresponda a la Autoridad de vigilancia (art. 423). Los actos realizados sin el consentimiento de la Autoridad tutelar competente sólo producen, respecto del pupilo, los mismos efectos que producirían los actos del pupilo realizados sin consentimiento de su tutor (art. 424), en consecuencia, no son actos nulos de pleno derecho sino imperfectos⁹³⁶, y quedan regidos por el art. 411. Además las Autoridades tutelares ejercen la supervisión general de la actuación del tutor expresada en las directivas que, en casos concretos, le dirigen y, sobre todo mediante el examen de los informes y rendiciones de cuentas periódicas que hace el tutor, teniendo en cuenta que la Autoridad debe examinar la actuación de éste no sólo bajo el punto de vista contable, sino en cuanto al fondo⁹³⁷. Por último, la Autoridad tutelar interviene resolviendo los recursos, sea del pupilo capaz de discernimiento, o de cualquier interesado, contra los actos del tutor, y también la Autoridad de vigilancia. resuelve los recursos contra las decisiones de la Autoridad tutelar; en el recurso puede invocarse tanto la ilegalidad del acto como el error de apreciación del tutor o de la Autoridad tutelar.

Dice la doctrina⁹³⁸ que el legislador ha querido que el pupilo sea protegido en cuanto sea posible, instaurando, además de una responsabilidad muy estricta del tutor y de las Autoridades de Tutela, una responsa-

936 Así DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 198.

937 Como dicen acertadamente DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 200 s.

938 DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 205 ss., y para lo que se dice a continuación.

bilidad subsidiaria de la colectividad pública. Según el art. 426 el tutor y los miembros de las Autoridades de tutela son responsables del daño que causen, de propósito o por negligencia, al no observar, en el ejercicio de sus funciones, la diligencia de un buen administrador; esta última cláusula general no significa que la responsabilidad se limite a la administración de los bienes del pupilo sino que abarca a todas las funciones que incumben a los órganos tutelares según el derecho federal; el consentimiento prestado por el pupilo a los actos del tutor no libera a éste de su responsabilidad, ni la ratificación del acto por un órgano superior tampoco libera al inferior; la diligencia supone observar las normas del ZGB y las ordenanzas administrativas cantonales; en materia patrimonial se espera del tutor que conserve la sustancia del patrimonio. La responsabilidad civil contra los órganos tutelares se hace valer ante los Tribunales ordinarios y, por lo general, el plazo de prescripción es de un año (art. 454).

Es un tema ya clásico en la doctrina suiza el de la naturaleza jurídica del Derecho de tutela que, si por lado, pertenece al Derecho de la persona y de la familia. por otro se encuentra en la frontera entre el Derecho privado y el Derecho público⁹³⁹. Hacen notar DESCHENAUX-STEINAUER⁹⁴⁰ que, en este punto, la sistemática del ZGB es complicada, y que es previsible una futura reforma del Derecho tutelar; aunque la materia se relaciona con el derecho de la persona física, en la medida en que concierne a los problemas de capacidad, sin embargo ha prevalecido para el legislador suizo del ZGB el aspecto de asistencia y protección a los incapaces, lo que viene a relacionarle con el Derecho de familia; la tutela se considera como un sucedáneo de la patria potestad, por lo cual la relación entre el tutor y el pupilo será de naturaleza cuasi-familiar; los aspectos públicos hacen referencia a la organización y procedimiento, mientras que todo ello está al servicio de un interés privado, lo que justifica su inserción en el ZGB, constituyendo una manifestación del *Derecho civil formal*⁹⁴¹. A juicio de los autores reiterada-

939 Así resumidamente RIEMER, op. cit., p. 26 s.; más ampliamente SCHNYDER-MURER, *Berner Kom.* cit, p. 26 ss..

940 DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 26 s.

941 DESCHENAUX-STEINAUER, op. cit., p. 172.

mente citados, la naturaleza particular del Derecho de tutela ha llevado al legislador federal a reservar un amplio papel al Derecho cantonal, de modo que hasta nueve preceptos del ZGB reenvían expresamente a aquél; por ello hay que tener en cuenta sus leyes de aplicación en cada cantón, las de organización judicial, los Códigos de procedimiento civil y las leyes cantonales especiales relativas a la tutela⁹⁴².

Resulta de todo ello que el régimen tutelar suizo relativo a los menores presente un marco federal, que puede considerarse mínimo y obligatorio, en el que la regla general es la tutela pública, y sólo excepcionalmente se admite la tutela privada; en el primer caso la intervención del Estado puede realizarse a través de autoridades judiciales o administrativas, según lo disponga el Derecho cantonal, siendo una singularidad de esta legislación, la existencia de una doble jurisdicción, con posibilidad de recursos en cada una. Otra especialidad radica en la temporalidad de las funciones tutelares, lo que supone que respecto de un menor puede sucederse varios tutores, siempre con carácter remunerado; en principio, la Autoridad tutelar nombra tutor a la persona designada por los padres. La intervención de la familia es más amplia en la tutela privada, aunque con fuerte control por parte de la Autoridad tutelar. De aquí la conclusión de que el Derecho de tutela ocupa un puesto intermedio entre el Derecho privado y el público, fundamentalmente de carácter administrativo; esto último en cuanto a la organización de la tutela, al procedimiento y al funcionamiento de las diversas medidas; pero todo ello está subordinado a una finalidad de carácter privado, ya que la asistencia, protección y representación del menor se prevén en interés de éste.

942 DESCHENAUX-STEINAUER, *op. cit.*, p. 27 s. Entre las leyes cantonales, mencionan las siguientes: Ley del Cantón de Berna de 1911, del Cantón de Fribourg de 1911 y de organización de la tutela de 1949, la Ley de Neuchatel de 1971 sobre el Oficio Cantonal de los menores y de las tutelas, el Reglamento del Tesino de 1951 sobre tutelas y curatelas, la Ordenanza de 1975 del Cantón de Valais sobre la Autoridad de vigilancia en materia de tutela, la Ley de 1978 del Cantón de Jura sobre la introducción del C.c. suizo etc.

VIII. CONCLUSIONES

En todos los ordenamientos europeo-continentales, de origen romano-germánico, subsiste una institución tutelar en sentido amplio, como forma de protección de aquellos menores de edad que, por causas diversas, no están sometidas a la autoridad de sus padres, y también de los mayores lato sensu incapacitados.

También en todos se destaca el interés público de la misma, incluso en las legislaciones que adoptan un sistema de tutela familiar, lo que hace que tendencialmente se regule por reglas imperativas, aunque ello no obsta a la existencia, en mayor o menor número, de normas dispositivas (por ej. posibilidad, muy generalizada, de que los progenitores del menor designen al tutor, incluso bajo el sistema de tutela de autoridad; también es manifestación de ello la apertura de la denominada tutela privada en Suiza, si bien bajo autorización de la Autoridad pública de vigilancia).

La intervención de una Autoridad judicial en el desarrollo de la tutela, no autoriza, sin más, a calificar el sistema de tutela judicial, siendo quizá el más característico de todos los supuestos de esta modalidad, el *Giudice Tutelare* italiano que es un órgano judicial *especializado*, circunstancia ésta que no ha sido imitada en el caso español; es frecuente, por otro lado, que la intervención de un Tribunal lo sea en concepto de órgano administrativo (mayoritariamente es el caso alemán).

Quizá sólo en los casos suizo y español se produce, en ciertos aspectos de la tutela, una intervención tan decisiva de órganos administrativos de distinto rango (cantonal, en un caso, y autonómico en el otro).

Aunque en todos los sistemas hay un órgano ordinario de la tutela, que es el tutor, no hay coincidencia en las atribuciones que al mismo se le otorgan; suele invocarse, a título de modelo, el régimen de la autoridad paterna, pero más bien se pone el énfasis en la dificultad que entraña lograr que el tutor sustituya íntegramente a los padres, lo que origina, por ejemplo, una mayor intervención pública en la educación del menor; hay países reacios a atribuir la cualidad de tutor a

las personas jurídicas y, especialmente, a las entidades públicas y al Estado (es el caso de Suiza); en este país los tutores ejercen sus funciones durante plazos temporales más bien breves, mientras que en la mayoría de legislaciones se trata de órganos destinados a una prolongada duración; en Alemania se dibuja en el BGB un tutor autónomo y casi independiente del Juez, y de la Administración, en el desempeño del cargo, mientras que la mayoría de legislaciones lo subordinan, al menos, a éste último en cuanto a las líneas fundamentales de desarrollo de la tutela.

Hay una marcada orientación a establecer alguna forma de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que el ejercicio de la tutela hayan originado al pupilo, por dolo o negligencia de alguno de los órganos tutelares que se han ocupado de él; orientación que no ha seguido la reforma española de 1983, la cual, por contraste, ha establecido una singular responsabilidad del patrimonio del pupilo respecto de los daños que sufra el tutor al ejercer el cargo, mecanismo de liquidación final de cuentas, de carácter residual, que constituye una excepción en el Derecho comparado.

Por último, acaso sea el Derecho español aquél en el que las Administraciones públicas, especialmente autonómicas, han irrumpido, en el ámbito tutelar, con mayor fuerza, dentro de los países comunitarios; así en el régimen hasta ahora jusprivatista de la tutela de menores e incapitados, aparece proyectándose a través del concepto constitucional de *asistencia a los menores* (no fácilmente homologable con las tradicionales instituciones tutelares del C.c.). De esta suerte, el régimen codicial o foral —usado este término con significado tradicional— de la tutela de menores y mayores incapaces, resulta difícilmente comprensible sin tener presente la frondosa legislación administrativa de tipo asistencial, especialmente la promulgada últimamente por nuestras Comunidades Autónomas.

**D) BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA SOBRE
DERECHO COMPARADO**

No creo necesario argumentar mucho la conveniencia de este apartado. Si, con carácter general, he ejercitado, con mayor o menor intensidad según las diversas épocas de mi vida universitaria, la nada tarea sencilla de recensionar obras jurídicas, iniciándome en las acogedoras páginas del “Anuario de Derecho Civil” en cuyos primeros volúmenes han quedado impresas algún centenar de las publicadas durante mis primeros años de paciente preparación al oficio universitario, a partir de los años cincuenta del pasado siglo, y luego en otras revistas españolas de la especialidad que también me dieron cobijo. Aquí voy a recoger una selección caracterizada por su tema —el Derecho comparado—, y por su circunstancia histórica, al referirse a la producción científica de los dos últimos decenios aproximadamente. Tratándose, en su mayoría, de obras extranjeras, he creído útil satisfacer una finalidad informativa dando a conocer entre nosotros lo que fuera se escribía sobre este tema, sin omitir, cada vez y en lo posible, una valoración personal que la experiencia, cada vez más, aconseja sea mesurada y prudente⁹⁴³. El tamaño de la letra distinguirá, en su caso, estas publicaciones de tipo auxiliar, de los restantes trabajos (algunos presentados formalmente también como *recensiones lato sensu*), que se incluyen en este volumen. Quiero agradecer especialmente a las revistas españolas que han querido albergar con benevolencia en sus páginas la publicación de las mismas.

943 *Il va de soi* que mi objetivo ha sido mucho más modesto que el pretendido —al parecer— por el precursor de la Escuela Histórica, Gustav HUGO, con su *Beiträge zur civilistische Bücherkenntnis der letzten 40 Jahre*. (Sobre este autor, MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969).

GAMBARO-SACCO: **Sistemi giuridici comparati**, en el **Trattato di Diritto Comparato**, dirigido por R. Sacco; U.T.E.T. (Torino 1996), 577 pgs.

Dentro del **Trattato di Diritto Comparato** que, dirigido por el Prof. Rodolfo SACCO, ha comenzado a ver la luz, y en el que han aparecido ya el volumen Introdutorio (1992, reimpresso en 1995) debido al autor citado, y el dedicado al Derecho Africano (también escrito por Sacco, con un equipo de colaboradores, publicado en 1995), anunciándose como inminentes los dedicados al **Common Law. Il diritto anglo-americano** (escrito por Ugo MATTEI), y, asimismo, **Il diritto dei paesi dell'Este europeo** (debido a G. AJANI), se presenta el que ahora recensiono, cuya aparición viene a ser la prueba inequívoca de la seriedad del propósito inicialmente expresado por el Director del Tratado, tanto en cuanto al contenido del mismo como respecto al ritmo de publicación.

En el ámbito comparatista, quien haya seguido la evolución de la doctrina italiana en los últimos tiempos, habrá podido comprobar la voluntaria asunción de un papel conscientemente modesto, ya que el protagonismo correspondía hasta ahora a Francia (van a cumplirse los cien años del primer Congreso de Derecho Comparado sobre la materia, celebrado en París, y organizado por los Profesores LAMBERT y SALEILLES, y los cincuenta de la serie de los Congresos organizados por la *Académie Internationale de Droit Comparé* después de la Segunda Guerra Mundial), y, por razones obvias, se va transfiriendo a los Estados Unidos la dirección general del movimiento comparatista. Sin embargo, ha empezado a dar sus frutos la labor silenciosa, pero enormemente eficaz, desarrollada por un grupo de comparatistas que enseña, o ha enseñado, en las Universidades de Turín, Florencia y Trieste, con proyección principalmente interna, pero que también se ha proyectado fuera de sus fronteras. El Prof. Rodolfo SACCO es la cabeza visible de una amplia Escuela de Comparatistas, que actualmente se han extendido por todas las Universidades italianas; una intensa actividad prolongada a lo largo de varios decenios ha logrado que se incluya, a partir de 1994, en los nuevos Planes de Estudio de las Facultades de Giurisprudencia, y con carácter obligatorio para el alumno, al menos una materia comparatista. En el exterior, la *Associazione italiana di Diritto Comparato* ha estado presente en todos los Congresos Internacionales cuatrianuales, ultimamente celebrados, publicando en cada uno de ellos las Ponencias italianas presentadas al mismo, en francés o inglés.

Al hacer la presentación del Tratado en la **Introduzione al Diritto Comparato**, el Prof. SACCO marcaba sus diferencias con otras obras similares, tales como la **International Encyclopedia of Comparative Law**. Se trata de una obra

encomendada a comparatistas, y no a especialistas nacionales de cada uno de los temas desarrollados; los autores vienen trabajando en equipo desde hace muchos años; y asumen el riesgo de escribirla en una lengua que no tiene carácter internacional dado que en Italia se están desarrollando, con mayor intensidad que en otras partes, investigaciones y enseñanzas sobre el Derecho comparado.

Sin perjuicio de algunas reiteraciones de conceptos básicos —por lo demás, inevitables— el presente volumen se abre con unas indicaciones generales sobre la comparación jurídica, que ofrece al discente un poderoso instrumento epistemológico que le ayuda a descubrir las discontinuidades entre las reglas y las definiciones; a poner en evidencia los datos profundos y constantes propios de cada ordenamiento, afrontando así la búsqueda del mejor modelo jurídico; enseñando a comprender el derecho de los demás países en beneficio de quienes prestarán asistencia profesional al operador económico activo a través de las fronteras. Un concepto fundamental para SACCO es el de *formante* que lo utiliza tomándolo prestado del campo lingüístico. En su opinión, los sistemas jurídicos modernos constan de un gran número de formantes; así, en cada uno de ellos los hay de origen legal (Constitución, ley ordinaria, reglamento, etc.), de origen jurisprudencial, de origen doctrinal o doctoral etc. ; algunos no son imprescindibles para la actuación del derecho (por ej. las declaraciones de ciencia, las normas programáticas, las definiciones políticas, los efectos sociales esperados por el legislador, etc.). El comparatista sabe que no puede considerar iguales las soluciones jurídicas pertenecientes a dos sistemas cuando, al menos, uno de los formantes se presenta diversificado; descendiendo al terreno de lo concreto, el autor diferencia entre la regla jurídica y la máxima jurisprudencial que resulta de su aplicación; asimismo, concede gran valor a los formantes implícitos o criptotipos. Si dentro de sistemas jurídicos diversos se llegan a soluciones idénticas, o, por el contrario, cuando reglas iguales conducen a soluciones diferentes, ello se debe a la existencia de reglas tácitas o criptotipos. Las diferencias más profundas entre los sistemas se deben con frecuencia a reglas no escritas, observadas espontáneamente por el intérprete (por ej, la obediencia del Juez a la enseñanza doctrinal y a sus propios precedentes); resultan difíciles de neutralizar aquellas diferencias presentes en el espíritu del intérprete, incluso de modo inconsciente, por lo que él mismo no puede someterlas a crítica.

Reconoce el autor el indiscutible mérito de la clasificación de René DAVID (**Les grands systèmes de droit contemporain**, 10ª ed. a cargo de Camille JAUFRETT-SPINOSI, París 1993), seguida por gran número de comparatistas

(Rodière, Ancel y otros), así como en el plan de estudios de la Facultad de Esstrasburgo y en los propios Estatutos de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Pero al cabo de los años no han dejado de surgir críticas y reservas: algunos piensan que sólo resulta válida para el derecho privado; o que no toma suficientemente en consideración a los sistemas latino-americanos; no falta quien sugiere la adscripción del sistema escandinavo al alemán, para formar grupo independiente del romano (así ZWEIGERT-KOTZ); parece demasiado evidente su eurocentrismo, y, por otro lado, la contraposición entre el *civil law* y el *common law* está sufriendo una lenta erosión que puede conducir a su gradual acercamiento. A juicio de SACCO, ningún sistema es inmóvil ni resulta rigurosamente fiel a su modelo; en cada momento histórico cada sistema evoluciona y cambia su punto de referencia respecto a otros; en consecuencia, cabe comparar modelos, o atender a los caracteres intrínsecos de cada uno, o bien, comparar sistemas haciendo lo mismo con los modelos presentes en cada uno de ellos. Un Manual de sistemas comparados debe referirse a todo modelo y a todo sistema de importancia primaria, como es el caso de la tradición jurídica occidental en cuyo interior aparece la gran contraposición entre el **civil law** y el **common law**. Fuera de esta tradición los restantes sistemas merecen ser estudiados, aunque su importancia se reduce a los límites de un área cultural o política determinada. De aquí que la obra recensionada se propone como objetivo comparar sistemas y no modelos, siendo los primeros algo real e históricamente presente, mientras los segundos representan algo abstracto.

Después de unas indicaciones sobre la diversidad en el derecho y unas páginas, muy sustanciosas, sobre la tradición jurídica occidental (debidas a la pluma de GAMBARO), este último autor aborda, en capítulos sucesivos, la *Common Law* y la *Equity* en Inglaterra, así como la experiencia jurídica de los Estados Unidos de América (en no pocos puntos, divergente de la primera); se concluye el cap. con breves, aunque muy interesantes referencias a otras experiencias del *Common law* (tales como las de Escocia, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Sudáfrica e Israel)

Un sugestivo capítulo sobre las comunes raíces de la experiencia del *Civil law* inicia la exposición —bien documentada y actualizada— del modelo francés y alemán, así como de los restantes modelos europeos que giran en torno a estos últimos; las dos escuetas páginas dedicadas al derecho español, aun sin bibliografía, ofrecen unos rasgos generales correctos que tienen en cuenta la Constitución y su desarrollo en materia civil, sin olvidar la reforma de 1973 (ignorada, por ej. en la obra de R, David) con una leve errata (en vez del art. 1.6 C.c. se habla del art. 6 C.c. que se presta a fácil confusión con la versión

primitiva del C.c.) Considero de subido interés las breves páginas relativas al *ritorno del jus commune europaeum*, especialmente en materia de obligaciones y contratos.

El sistema de los antiguos países comunistas del Este europeo se expone con referencia a la época anterior al socialismo, con una sintética, aunque completa descripción de los formantes especiales de este último y enumeración de sus instituciones-clave, así como una breve referencia al futuro, apenas delineado.

El derecho de los países islámicos, el derecho hindú, el de los países de Extremo Oriente y el Africa sub-sahariana son objeto de una exposición que para el lector español constituye una auténtica novedad, tanto por la riqueza de datos ofrecidos como por los fundados juicios de valoración.

Me parece que esta obra ha de ser extraordinariamente útil para el comparatista español. Podemos compartir las líneas generales expositivas que la guía, sin perjuicio de divergencias de detalle o apreciación. Además, cabe augurar a esta obra, y, en general, al *Trattato* de SACCO, una proyección internacional a despecho de estar redactada en una lengua no de uso internacional.

WESENBERG, Gerhard; WESENER, Gunter: **Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa**. Trad. de la 4ª ed. por José Javier De los Mozos Touya. Editorial Lex Nova (Valladolid 1998), 409 pgs

1. Concurren, a mi juicio, varias razones que abonan la actualidad —me atrevería a decir: rabiosa actualidad— de la traducción española de esta obra austriaca. Por un lado, la epidemia de **ahistoricismo** que nos aqueja, olvidando que, en buena medida, el Derecho es historia y que sólo históricamente cabe entender y comprender muchas normas en vigor; se hace creer, por el contrario y erróneamente, que lo jurídico es sólo lo ahora vigente, lo que ahora se nos visibiliza como tal, en suma lo que aparece incluido en una colección de textos legales, hecha por ordenador y con erratas. Por otro lado hay que registrar la fascinación que en todo el mundo está produciendo lo anglosajón y, en particular, lo norteamericano, de suerte que se aceptan sus soluciones jurídicas casi sin discusión, adoptándose como modelos cuasi imperativos, viniendo a constituir para muchos la *ratio scripta* como otrora se atribuyó al Derecho Romano; de esta suerte, el imperialismo económico USA se duplica con el jurídico, menos aparente éste, pero más insidioso; no se cae en la cuenta de que, dejarse subyugar por este último. no resulta menos funesto que cuando los antiguos Países

del Este se veían sometidos al *Diktat* legislativo de Moscú. Habría que recordar que si Europa está tratando de definir sus raíces históricas y culturales, la tarea debe extenderse también a las jurídicas, y no sería razonable echar por la borda un *Corpus* bimilenario y un *Jus commune* multiseccular para edificar el Derecho comunitario. Por supuesto, que nada de lo anterior supone invitación al abandono del método comparativo, que ha de aplicarse también con la disposición de ánimo más generosa para acoger lo positivo de cualquier sistema jurídico distinto del romano-germánico, predominante en el continente europeo.

2. Para este ahistoricismo dominante servirá de revulsivo la presente traducción española de la obra originalmente titulada *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* editado en Wien, Köln y Graz, por la Böhlau Verlag, en 1985; inicialmente fue redactada por el Prof. austriaco Gerhard Wesenberg, y, a partir de la 2ª ed. lo ha sido en colaboración con el Prof. Gunter Wesener, romanista de la Universidad de Graz, quien asimismo se ha encargado exclusivamente de las sucesivas ediciones; también se ha actualizado la bibliografía desde 1985 hasta la aparición de la traducción española, debida ésta al catedrático de Derecho Romano vallisoletano Prof. De los Mozos Touya.

La inmediata razón de ser de esta obra austriaca obedece a las vigentes exigencias de los Planes de estudio en los países germánicos; como se dice en la Introducción, se expone la evolución del Derecho privado en los países de cultura alemana, en el marco de la historia europea, desde la Baja Edad Media hasta nuestros días; y si bien sus destinatarios inmediatos son los estudiantes de esas Universidades, su valor formativo es muy elevado para los privatistas europeos en general, sin perjuicio de la que puede prestar también a romanistas e historiadores del derecho en particular. Su contenido es extraordinariamente rico pues, aparte de describir los grandes movimientos de que se ocupa la Historia del Derecho, hace un balance de las aportaciones dogmáticas que cada uno de aquéllos han supuesto. Especial mención ha de hacerse de la extensa bibliografía que acompaña a los distintos apartados, muchas veces con muy elaboradas notas críticas de los autores, y, como se ha dicho, actualizada hasta 1998; aunque predomina la de quienes escriben en lengua alemana, no faltan la de franceses e italianos y, como diré en su momento, la de autores españoles. Como buen exponente de lo dicho puede verse la extensa, minuciosa y pormenorizada bibliografía sobre las aportaciones dogmáticas realizadas por la Glosa (p. 93-102). Para los lectores españoles resulta sumamente esclarecedora la Introducción de la obra en la que se explica la razón de ser de la Historia del Derecho privado en Alemania, en el marco de la evolución del Derecho

europeo, enunciado que sirve de título aproximado a la traducción española. Esta materia, como se sabe, no figura específicamente ni en los antiguos, ni en los nuevos Planes de Estudio de las Facultades españolas, y sólo facultativamente lo tratan algunos romanistas e historiadores, y, ocasionalmente, se incluye en los programas de algunos civilistas, así como en Cursos Monográficos del Doctorado.

3. La materia se distribuye en siete partes. En la primera se ofrece una amplia exposición del Derecho consuetudinario germánico antes de la Recepción, singularmente minuciosa y adornada de datos poco conocidos para el no especialista; también resulta sugestivo el apartado dedicado al Derecho canónico, dotado incluso con normas prácticas sobre el modo antiguo de realizar las citas. Al tratar de los Glosadores y Postglosadores (o Comentaristas, como prefieren denominar a éstos últimos los autores), se preguntan sobre ¿cuáles fueron las condiciones que concurrieron para originar este sorprendente renacimiento de la cultura jurídica romana? Es menos conocido el hecho de que, antes de la Escuela de Bolonia, floreció, en la península, la llamada Escuela de Pavía que colaboró eficazmente en la romanización del Derecho Longobardo, como lo prueba el llamado *Liber Papiensis*. Pero los éxitos de esta última Escuela fueron oscurecidos por la **Escuela boloñesa** fundada por **Irnerio**, que fue un importante filólogo y jurista, y que utilizó principalmente el método exegético; bajo su dirección se estudiaban los textos jurídicos en el orden legal de Justiniano y se intentaba comprender el sentido de los fragmentos singulares relacionándolos con textos paralelos o análogos; al igual que los canonistas, también ellos vieron su misión en la superación de las contradicciones que, en su opinión, era sólo aparentes; los resultados de su actividad se expresaron en las *glosas* que dieron nombre a la Escuela; al principio se colocaron entre líneas y más tarde aparecieron en los márgenes como *glossae marginales*,

Junto a Irnerio (bautizado como *lucerna iuris*) brillaron los *quattor Doctores*, Martino Goría, Búlgaro, Jacobo y Hugo (poéticamente designados como los *lirios del Derecho*); la Escuela alcanza su cima con Azón autor de la *Summa codicis*, mientras que la labor compiladora de Accursio en la *Glossa ordinaria* hizo prácticamente superfluos los trabajos anteriores. A este respecto, conviene recordar el proverbio medieval *quidquid non agnoscit Glossa, non agnoscit Curia*.

Con los **Postglosadores** (Comentaristas o *Consiliatores*) el trabajo de la Escuela se orienta hacia la práctica; su comentario estaba menos apoyado en el texto que la glosa, aunque fundamentalmente sigue también el orden legal de Justiniano; pretende esclarecer el precepto jurídico más que la palabra singular.

A diferencia de los Glosadores, no son solamente maestros y publicistas de derecho, sino que desarrollan una importante labor dictaminadora, cuyos frutos con frecuencia se publican; el Derecho Romano sigue estando en el centro de sus trabajos, pero se produce una ampliación hacia el Derecho canónico y el Derecho estatutario de las ciudades del Norte de Italia. Los Glosadores habían creído que podían ignorar esta nueva realidad, o que podían privarla de legitimidad mediante un enérgico juicio de valor negativo; era una ingenuidad que no compartieron los Postglosadores. En el tratamiento de los Estatutos de las ciudades italianas surge una teoría cuidadosamente elaborada, en la que se impone la regla de que las lagunas debían integrarse con el Derecho Romano. Se ponen así los fundamentos del Derecho Mercantil y del Derecho Internacional Privado.

Bártolo y Baldo son los representantes más conspicuos de la nueva escuela. **Bártolo de Sassoferrato** es probablemente el jurista más famoso de todos los europeos; su vida fue corta (1314-1347), pero intensamente vivida; generaliza la interpretación extensiva y la analogía, y sus opiniones llegaron a ser vinculantes para los Tribunales en España y Portugal; tuvo en Padua una cátedra específicamente dedicada a la lectura de su obra; de aquí el dicho *nemo giurista nisi bartolista*. Su discípulo fue **Baldo de Ubaldis**, cuya fama se equiparó a la de su maestro; a su vez, el discípulo más importante de Baldo fue Paulo de Castro. Resumiendo la importancia de los Postglosadores, dicen los autores que “sin la herencia de Bártolo y Baldo resultan impensables en el Derecho privado en Alemania, la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia constructiva”.

4. ¿Recepción o renacimiento del Derecho Romano en Europa?

El descubrimiento de los textos justinianos pudo, históricamente, no haberse realizado, y aun en el caso de haberlo sido, pudo haberse desarrollado en otra dirección. Ello no obstante, el acontecimiento y sus consecuencias han pasado a la Historia del Derecho, si bien no se produjo del mismo modo en los diferentes estados europeos; en algunos casos se hizo *in complexu* como en Alemania; en Francia se hizo *non ratiōne imperii*, sino *imperio ratiōnis* dando luego origen al denominado *mos gallicus*; por su parte, los juristas prácticos ingleses declararon, al parecer por razones exclusivamente empíricas, que *nolumus leges Angliæ mutare*; en España la recepción se consuma a través de las Partidas, pero no *in complexu*, y en permanente lucha con otras influencias jurídicas. La recepción en Europa se justifica fundamentalmente por la técnica superior del Derecho romano de la Compilación justiniana; accesoriamente se alegó la pretensión del emperador alemán de ser sucesor de Justiniano, de donde derivaba

la calificación de *imperial* para el Derecho romano; pero la monarquía francesa sólo podía tolerar el Derecho justiniano a condición de que su pretensión a la *summa potestas* no se viera afectada por ello.

A mi juicio las páginas centrales de la obra son las dedicadas a la Recepción del Derecho Romano, fuera y dentro de Alemania. En el primer apartado dedica unas breves páginas a los Países Bajos, España e Inglaterra, y, sobre todo, a Francia; son muy breves las pinceladas dedicadas a nuestro país, concisión acaso compensada con una bibliografía muy actualizada; muy sugestivas resultan las también breves indicaciones de la Escuela holandesa (*o jurisprudentia elegante*), de fuerte influencia francesa a través de los emigrados hugonotes; en cuanto a la no recepción del Derecho romano en Inglaterra, la causa última no estuvo en razones patrióticas sino en la bien organizada clase de juristas ingleses que no tuvieron ningún interés en cambiar su mentalidad jurídica. De aquí la conclusión final de los autores: “La época *medieval* todavía no ha pasado en la vida jurídica inglesa” (p. 130). Con todo, a mi juicio, son las muy documentadas páginas dedicadas al Derecho romano en Francia, con el nutrido aparato bibliográfico (p. 107-119), la más interesante para el jurista español; en ellas se explica el nacimiento del *mos gallicus* y de la Escuela Humanista, su influencia en la elaboración científica del *Droit coutumière*, el influjo de la importante Escuela de Bourges (con los nombres de Scaliger, Duarenus, Balduinus, Cujacius, Hotomanus, Donellus, etc.), el papel del Parlamento de Paris con la facultad de dictar *arrêts de règlement*. Todo lo cual había de preparar el camino a la codificación napoleónica.

Como se ha visto, la recepción del Derecho romano en Alemania fue favorecida por la idea de que el Sacro Romano Imperio Germánico era continuación del Imperio romano-justiniano; pero lo decisivo fue el redescubrimiento del *Corpus Iuris* por Irnerio en Bolonia, y el hecho de que los juristas lo consideraron como vigente con la aprobación imperial; la recepción *in complexu* no se produjo por una ley imperial, como pretendía la leyenda de Rotario, sino por los juristas y de modo paulatino; a diferencia de Francia e Inglaterra, no había en el Imperio una clase de jueces y funcionarios formados en el Derecho territorial, sino que tal clase se fue constituyendo con los juristas educados en el Derecho Romano por las Universidades, en particular con las doctrinas de Bártolo y Baldo; ello se facilitó por la ausencia de recopilaciones del Derecho consuetudinario germánico, a diferencia de lo ocurrido en Francia. Hubo problemas con las fuentes aplicables, pues algunas normas romanas no se aplicaron (esclavitud), y otras normas no romanas se consideraron vigentes; además, el grado de romanización no fue uniforme en toda Alemania. Cuando se promulga en 1495

la Ordenanza del Tribunal Cameral, se dispone que los Magistrados debían juzgar, en primer término, según el Derecho común del Imperio, y en segundo lugar por las normas del Derecho territorial. Los autores prestan atención a la legislación imperial, de cierta importancia en materia de contratos usurarios, letras de cambio, tutela y sucesiones, pero que, globalmente, y a diferencia de lo ocurrido en Francia, tiene escasa significación; también destaca el examen del grado de romanización en cada uno de los distintos territorios germánicos, incluso austriacos y suizos, desmintiendo la idea común de que la recepción no tuvo lugar en Suiza.

5. Consumada la Recepción, durante los siglos XVI a XVII aparece en Alemania una Escuela de juristas prácticos entre los que descuella Zasius cuya aspiración era exponer el Derecho romano de una manera comprensible, purificada de controversias inútiles, dando origen al llamado **Usus modernus pandectarum**, de orientación positivista, y que ofrecen una valoración diferente del Derecho territorial alemán, reconocido en su independencia con la consecuencia de interpretarlo desde sus propios presupuestos; se mencionan como autores representativos a Lauterbach, Struve, Schilter y, sobre todo, Stryk; pertenecen al siglo XVIII otros autores como el muy conocido entre nosotros Heineccius, y Glück, este último que se adentra ya, con sus famosas Pandectas, en el primer tercio del XIX. Los resultados dogmáticos del *Usus modernus* son apreciables en el ámbito de las doctrinas generales, posesión y propiedad, servidumbres, prenda y *titulus et modus acquirendi*; en el Derecho de Obligaciones, la doctrina de los contratos obligatorios, el sistema de los grados de culpa, el tratamiento de la insolvencia fortuita, la cesión de créditos, los vicios en la compraventa, y la indemnización de daños en la *actio legis aquiliae*; no faltan, asimismo, aspectos familiares y sucesorios.

6. La que por antonomasia se denomina **Escuela de Derecho natural**, y que suele apellidarse de racionalista o protestante para diferenciarla de la Escuela española de Derecho Natural católico, es una eslabón necesario entre la Recepción y las Codificaciones; viene a entrecruzarse con el *Usus modernus*, se desarrolla entre los siglos XVII y XVIII, desde Grocio a Wolff, de modo que el Derecho natural se confunde con la *ratio scripta*. Es un derecho laico, válido para todos los pueblos y épocas y aparece determinado por el bienestar de los ciudadanos; se cuentan, entre sus partidarios, a juristas de varios países, desde Montesquieu a Filangieri, pasando por Puffendorf, Thomasius y Wolff. La primacía en la idea codificadora corresponde a la obra de Bentham, *A general view of a complete code of laws*. Como se sabe, se inspiran en la Escuela del Derecho natural y en el *Usus modernus*, el *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* (1756), el

Allgemeine Landesrecht für die preussischen Staaten(1794), y, sobre todo, el Código civil francés y el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (1811) austriaco.

7. A partir del siglo XIX (p. 269 ss.) la materia, para nosotros, resulta más conocida, si bien la exposición aparece enriquecida con datos y reflexiones de notable valor, además del aparato bibliográfico cuya importancia ya se ha destacado. Hay que partir de que con la Escuela del Derecho natural desaparece la fuerza vinculante incondicional del Derecho Romano, cuyo puesto viene a ser ocupado, en parte, por el espíritu del pueblo como creador de todo el derecho. La personalidad de **Savigny** (nacido en Frankfurt en 1779), y **la Escuela Histórica** vienen a llenar la primera mitad del siglo XIX; curiosamente, su Tesis versará sobre Derecho penal (*De concursu delictorum formali*), y también en 1800 es nombrado *Dozent des Kriminalrechtes*; pero en 1802 publicará su obra básica *Recht des Besitzes*, en 1814, y frente al programa de Thibaut, escribirá su manifiesto anticodificador *Die Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft*, y en 1815, junto a Eichhorn y Grimm, fundará la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Como obras de madurez hay que señalar el *Sistema del Derecho Romano actual* (1840-1849), y el *Derecho de Obligaciones* (1851-1853). Aparece Savigny como el más acabado teorizador del historicismo, así como un decidido opositor al Derecho Natural racionalista o protestante, pues como certificó Windscheid *el sueño del Derecho natural ha concluido*. El influjo de Savigny en la realización de la codificación alemana, fue indirecta pero determinante; admite que el espíritu del pueblo podía operar a través del instrumento de la legislación o de la ciencia jurídica, pero en todo caso rechaza las codificaciones jusnaturalistas; sin perjuicio de soluciones legislativas parciales, la tarea se encomienda al derecho consuetudinario a través del Derecho científico elaborado mediante la teoría y la práctica. El influjo científico de este autor no lo ha alcanzado ningún otro jurista en Alemania; dicen los autores que había tres posibilidades de atribuir la tarea de la unificación jurídica; al legislador, al juez y al profesor de derecho; Savigny consideró que la primera solución, ni era realizable, ni tampoco deseable, y en ello acertó ya que valoró correctamente la capacidad legislativa de la Confederación Alemana, la cual ni siquiera pudo poner en vigor un derecho de obligaciones común; la segunda solución era la inglesa, la cual suponía la existencia de un Tribunal superior alemán, que faltaba en Alemania desde 1806; de manera que sólo quedaba la tercera como única posible, a condición de eliminar el perfil provinciano que había terminado adquiriendo el *Usus modernus*, y que se cultivara una ciencia del derecho común merecedora de este nombre. Como científico llevó a una unión viva la historia jurídica y la dogmática señalando nuevos caminos metodológicos; fue

el primero en ofrecer una Parte general del Derecho privado, influyendo así en la enseñanza y en el futuro BGB; abrió la Edad Media a la historia jurídica en sentido propio, creando de la nada la medievalística, fundada por él; se mostró como un maestro en la edición de las fuentes; se encuentra entre los clásicos del Derecho internacional privado; además fue un genio de la Administración pública, pues en su juventud reorganizó la Universidad de Heidelberg, y en la madurez intervino decisivamente en la construcción de la de Berlín; bajo su influjo se orientaron hacia la carrera académica las mejores cabezas entre los jóvenes juristas, y sus discípulos ocuparon cátedras dentro y fuera de Alemania, su discípulo y sucesor en Berlín fue Puchta, y a éste le sucedió otro discípulo de aquél, Keller; dentro de la moderna Escuela Histórica hay que mencionar los nombres de Windscheid (1817-1892) y Jhering (1818-1892); pero ya se sabe que este último pasó de ser un convencido *jurista de conceptos* a convertirse en el heraldo de una doctrina jurídica teleológica, en la que se basan tanto la Escuela Libre del Derecho, como la *Interessenjurisprudenz* de Heck, Müller-Erzbach y sus discípulos. Pese a las profundas diferencias entre Savigny y Jhering, les une a ambos, así como a los juristas alemanes de principios del s. XX, el que su enseñanza tiene por objeto el derecho privado del individuo libre en abstracto. Los *progresos del Derecho civil* —tomando prestado el título de un libro clásico de Hedemann— se centran en el desarrollo de la doctrina de las personas jurídicas, en la liberación del suelo en general, con proyección tanto en lo rústico como en lo agrario, y en culminar la laicización del Derecho de familia, pese al aparente respeto para el Derecho eclesiástico que parece deducirse del denominado *Kaiser paragraph* (§ 1588 del BGB); por una parte se refuerza la influencia del Estado en la regulación de la celebración del matrimonio y del divorcio, y por otro se mantiene una orientación individualista en el derecho matrimonial de bienes.

8. **El BGB y la realización de la unidad jurídica alemana**, es, quizá, otra de las cuestiones más estudiadas y conocidas entre nuestros civilistas. Para los autores de la obra resulta difícil emitir una valoración de conjunto del Código civil, ya que la escala de valores de los padres del BGB es claramente distinta de la nuestra de hoy; así la precisión de los conceptos y la seguridad jurídica eran las estrellas orientadoras de Windscheid, Plank y otros grandes civilistas de finales del siglo XIX. Se pretendió exponer las instituciones de derecho privado de forma concisa, tal como se habían desarrollado a lo largo de milenios sin consideración al cambio de la organización política y económica; se partió del individuo abstracto, de la todopoderosa voluntad contractual y de la totalidad de la propiedad; para los padres del BGB el socialismo era un puro proclama

de la economía política, que caía fuera de su competencia, y —apostillan los autores— el código nacía quizás en el último momento en que un legislador podía defender tal punto de vista sin ser considerado como ajeno a la vida; de manera que esta codificación estaba anticuada en el momento de promulgarse, pero como aportación técnica se trata de una obra notable; si en algún momento se temió por la cortedad de su vida (el nacionalsocialismo y su derrota en la IIª Guerra Mundial, con la subsiguiente división del país), es lo cierto que está a punto de convertirse en centenario; tampoco se confirmaron los temores de no haber consumado la unidad legislativa, pues los escasos reductos particulares, o han desaparecido, o carecen de importancia. Concluyen los autores: La obra legislativa alemana, en este aspecto, como en muchos otros, es mejor que su fama.

9. Después del BGB la **Ciencia del Derecho privado**, a comienzos del siglo XX, se orienta a la enseñanza del Derecho romano como fenómeno histórico. Koschaker se ha esforzado por convertir a la Ciencia del Derecho romano es el punto de partida para un derecho comparado moderno; a este respecto, en el Tratado de Ennecerus puede rastrearse el influjo de las Pandectas de Windscheid. En un apartado ulterior los autores tratan del posterior movimiento codificador (Suiza, Rusia, Países Bálticos, Polonia, Brasil, Italia, España, Grecia y Holanda); su característica es la brevedad, aunque sorprenda la escasísima atención prestada a la codificación italiana y la ausencia de la codificación portuguesa; los datos relativos a España son preconstitucionales, y la novísima codificación holandesa ha tenido que ser completada —en razón a la fecha de la edición original— por el traductor en una nota. Ofrece interés el apartado dedicado a los territorios sin codificar, especialmente lo relativo al derecho inglés y norteamericano. Ha dejado de tener vigencia lo referente al Derecho privado en los países del Este europeo, hoy en tránsito al régimen liberal; también esta desfasado el último apartado relativo a las tendencias de la evolución después de la Segunda Guerra mundial. Todo esto deberá ser tenido en cuenta en una nueva edición.

10. Ya he adelantado mi juicio global favorable a la obra de los profesores austriacos, de gran utilidad para conocer a fondo el fenómeno de la Recepción, y, sobre todo, sus derivaciones en Alemania y Francia; será, en general, un eficaz instrumento formativo para privatistas, romanistas e historiadores del Derecho. El papel español en aquélla fue secundario, pero no desdeñable; los autores se han esforzado por documentar bien los sucintos datos que afectan a nuestro país. No obstante cabe señalar algunas inexactitudes o insuficiencias (fácilmente corregibles en próxima edición): se data la Reconquista desde el año

900 al 1942, en p. 123, y en la siguiente parece darse a entender que Jaime I fue Rey de Cataluña; en p. 299 se desconoce que en el C.c. español la sustitución fideicomisaria llega al 2º; no recoger el art. 149.1.8º de nuestra Constitución para explicar ahora el estado de la codificación civil entre nosotros, parece importante omisión.

La nada facil tarea del traductor ha sido excelente y deben destacarse como se merece; algunos aspectos concretos, sin embargo, sorprenden o podrían ser discutidos; así en p, 105 se habla de *Romanía* en lugar de *Romanidad*; lo de *los Basílicos*, en p. 111, es expresión poco frecuente, pues suele emplearse en femenino; parece una traducción a medias la de *Frankfurt del Meno*, en p. 297, nota 7; suena algo extraño lo de *influjo anglizante*, en p. 347.

Por último —*last but non least*— la presentación editorial de la obra (papel, tipo de letra, cubiertas) resulta excelente, por lo que la felicitación debe extenderse a LEX NOVA.

Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. "D'ici, d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit". Société de Législation Comparée (Paris 1999), 362 pgs.

Si resulta todavía cierto que, en las postrimerías del siglo, Francia continúa siendo un *peso pesado* en el ámbito del Derecho Comparado, también hay que decir que uno de los actuales comparatistas franceses más distinguidos es el Prof. Denis TALLON, perteneciente a esa generación dedicada, no tanto a teorizar, cuanto a poner en práctica las reglas y métodos que laboriosamente —hay que reconocerlo—, se van abriendo paso a paso sobre dicho método, en la Ciencia jurídica.

La presente obra respeta escrupulosamente los cánones clásicos en este tipo de obras de homenaje, vigentes en el país vecino, no faltando así una sucinta, pero emocionada, presentación del homenajeado (debida a la pluma de dos ilustres comparatistas galas, las Profesoras Camille Jauffrey-Spinosi e Isabel de Lamberterie), seguida de la puntual y extensa enumeración de las publicaciones de aquél; tras ello se insertan los 26 trabajos de colaboración, agrupados en los dos apartados que luego indicaré; concluyendo el volumen con el extenso catálogo de suscriptores, personas físicas o jurídicas que se adhieren al homenaje sin haber colaborado en el volumen. La dimensión internacional del prof. TALLON se advierte en la nacionalidad de los colaboradores; hay más extranjeros (15) que franceses (11) como autores de trabajos, advirtiéndose

entre aquéllos la presencia de cuatro ingleses, tres holandeses, dos griegos y uno de los siguientes países: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Hungría y Chequia. Entre los suscriptores, los hay de casi todo los continentes, y no faltan, esta vez, varios españoles.

El personaje y su obra. Nacido en París en 1924, Licenciado en Filología inglesa y Doctorado en Derecho, transcurre su carrera docente entre las Universidades de Nancy y París, con el entonces obligado paréntesis en alguna Universidad ex-colonial, en su caso en la de Túnez. En 1955 es destinado a la Universidad de Nancy como *Agregé de Droit Privé*, llegando a ser Decano de su Facultad de Derecho. A partir de 1968 es transferido a la Universidad de París, primero a la Sorbona cuya Facultad de Derecho se integra, luego, en la Universidad de París-2, enseñando, en ambos casos, Derecho Civil y Derecho Comparado, hasta su jubilación en 1993, siendo nombrado Profesor Emérito.

Su permanente dedicación al Derecho comparado ha plasmado en la designación como Miembro Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado de París, Miembro correspondiente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Roma), Miembro de la Comisión Lando para elaborar el derecho europeo del contrato, Miembro del grupo de trabajo UNIDROIT para redactar los principios relativos a los contratos del comercio internacional, *Advisor* del Comité norteamericano encargado de revisar el *Uniform Commercial Code*, experto del Comité de redacción del Código civil de la Federación rusa, y *Rapporteur général* sobre el tema "El empleo del derecho comparado en las nuevas codificaciones", en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Bristol (1998).

En cuanto a su producción científica, aparte su Tesis doctoral inédita sobre *Les problèmes patrimoniaux posés par l'union libre* (París 1949), se ha centrado fundamentalmente en la dirección, personal o colectiva, de trabajos comparativos, destacando los relativos al derecho contractual, entre los que cabe mencionar los siguientes:

- *Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE* (en codirección con I. de Lambertérie y A. Rieg), en RIDC, 1982 (número especial);
- *Les effets du contrat* (París 1985);
- *Les modifications du contrat en cours d'exécution en raison des circonstances nouvelles* (París 1986);
- *La détermination du prix dans les contrats* (París 1989);

- *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* (París 1987);
- *Le contrat-cadre, exploration comparative* (París 1994).

Añádanse a lo anterior casi un centenar de artículos de revista, colaboraciones en obras colectivas o Libros de Homenaje, comentarios de jurisprudencia etc. y así se tendrá idea de la fecunda actividad científica desarrollada por el Prof. TALLON.

Contenido. Inevitablemente variopinto, sin embargo los responsables del volumen recensionado han realizado una división convencional en dos apartados: el primero dedicado a la comparación, armonización y a las relaciones entre el derecho y el idioma; mientras que el segundo se adjetiva como dinámica del derecho. Por mi parte prefiero destacar las aportaciones que presentan una proyección más general, sin perjuicio de reconocer que también las de alcance más particular ofrecen interés comparatista, como, a título de ejemplo, puede comprobarse en las siguientes:

BEALE, *Partial and Temporary Impossibility in English and French Law* (p. 19-32).

FONTAINE, "Paiement" et "Performance". *Réflexions sur les difficultés du dialogue comparatif à propos des Principes d'Unidroit*" (p. 57-62),

Jean-Bernard BLAISE et Michel GERMAIN *Le rachat des actions par une société. Comparaison franco-allemande* (p. 209-222).

Bernard GROSS, *La condition de délai dans l'exercice de la garantie légale des vices cachés. Approche de droit comparé* (p. 269-284).

WITZ, *Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de propriété en matière mobilière? Etude comparatif.* (p. 339-352).

Por lo antes dicho me permito destacar, además, las siguientes aportaciones:

BELL, *La comparaison en droit publique* (p. 33-44); tema que comienza a estar de actualidad en algunos países, si bien el autor subraya la especificidad del *ius publicum* respecto del *ius privatum*, a efectos comparativos.

HONDIUS, *Finding the Law in a New Millenium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union* (p. 93-118); donde resume ideas ya expuestas en otros foros.

KERAMEUS, *Observations comparatives sur l'ordre public en procédure civile* (p. 293-302); tema escasamente cultivado por los comparatistas.

LAMETHE, *L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation* (p. 303-316); a mi juicio, muy sugestivo.

LANDO, *The Worries of a Comparatist* (p. 139-149). Con interesantes reflexiones sobre la experiencia comparativa que le ha supuesto presidir la Comisión que ha elaborado los principios de un Código europeo de contratos, con la intervención del propio homenajado.

MARKESINIS, *Le droit étranger devant les juridictions anglaises* (p. 149-168); con pertinentes observaciones sobre la influencia que las sentencias de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo parecen producir en los jueces ingleses (impermeables, por lo demás, a la doctrina, indígena o foránea).

OGUS, *Economic Analysis and Comparative Law* (p. 169-178); novedoso, actual y original.

No dejaré de mencionar el interés que, como civilista español, me ha suscitado la lectura del trabajo del Prof. norteamericano PALMER, titulado *In a Race against Time: The Founding of Louisiana's Mixed Legal System, 1803-1812* (p. 179-192). Advierte el autor que éste forma parte de una investigación más amplia sobre los sistemas mixtos de Escocia, Africa del Sur, Quebec, Puerto Rico, Filipinas e Israel. El trabajo contiene interesantes referencias al Derecho español y a las circunstancias socio-económicas en que se produjo la incorporación de dicho territorio a los Estados Unidos, mediante su venta por Francia. Bastaría recordar aquí las abundantes citas que García Goyena hace del Código de Louisiana de 1825, para fundamentar el interés de su estudio para nuestro derecho (un botón de muestra: la desheredación es institución desconocida en el C.c. francés, pero aquí la regula tomándola directamente de las Partidas).

Obra pulcramente editada, sugestiva en no pocos de los trabajos incluidos, que puede contribuir a mantener e incrementar el interés por el Derecho Comparado, al publicarse en el momento de cumplirse cien años del Congreso fundacional de París.

ATLAS DE DERECHO PRIVADO COMPARADO: Francesco GALGANO, Coordinador, con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajani (Traducción española autorizada de la 3ª ed. italiana, de J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS y Rafael VERDERA SERVER). 460 pgs. Fundación Cultural del Notariado (Madrid 1999).

La *originalidad* de la presente obra arranca de su poco usual título (por otro lado, traducción literal del original italiano *Atlante di Diritto Comparato*), que se concreta y explicita en la profusión de un gran número de mapas que tratan de representar gráficamente el contenido de cada una de las *tablas* —en

vez de capítulos, o apartados— en que se articula la obra (se juega en ellas con los colores azul y gris, con un intermedio del rayado, lo que, a mi juicio, no siempre contribuye a dar claridad al texto). Es una obra que, probablemente, *sólo podría escribirse hoy en Italia*, debido— a mi juicio— al singular y extraordinario desarrollo universitario y científico que en este país han alcanzado las disciplinas comparatistas, incluidas, con mayor o menor grado de voluntariedad, en los actuales planes de estudio de sus Universidades (hasta es posible que en alguna Facultad el estudiante puede optar por cursar enteramente una licenciatura desarrollada fundamentalmente bajo perspectiva comparatista). Es también una obra que *apuesta fuerte* por el derecho anglosajón, según explica el profesor GALGANO en su prólogo para la ed. española: *La sociedad global tiene su propio lenguaje (el inglés) y un derecho propio, al que se le ha dado el nombre de nueva lex mercatoria, formado directamente por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados. Su carácter distintivo es la uniformidad internacional, gobernando con las mismas normas los seis (sic) continentes* (p. 14); añádase la acreditada formación mercantilista del Coordinador, y ello explicará la abundancia de estas materias en la obra. En todo caso, se trata del punto de partida que debe conocer el desprevenido lector español para no desorientarse por su título, ya que no se trata obviamente de una exposición objetiva y comprensiva de la actual problemática del Derecho comparado, como, por ej., la está realizando SACCO con su *Trattato* en curso de publicación. Ha de añadirse que la exposición es clara, y el nivel científico de la gran mayoría de las aportaciones resulta elevado, como se comprueba en la nutrida bibliografía que se inserta al final, siguiendo el orden de las tablas.

En realidad, sólo la primera Tabla trata de problemas comparativos de carácter general, y, concretamente, sobre las relaciones entre *Civil Law* y *Common Law*, debidas a cinco autores diferentes. Además de un planteamiento inicial, Francesca MORETTI expone *el precedente judicial en el sistema inglés*; Ugo MATTEI se ocupa del *Stare decisis en los Estados Unidos*; Luisa ANTONIOLLI, desarrolla el *Stare decisis en el resto del ámbito de common law*; y se concluye la tabla con la exposición del prof. GALGANO sobre *El precedente judicial en civil law*. Juzgo de gran utilidad para el estudiante las indicadas aportaciones en que se trata sobre el carácter vinculante del precedente judicial, las *opinions* y las diversas excepciones a la regla del *stare decisis*, tanto en Inglaterra como en los EEUU, con las informaciones indispensables sobre la respectiva organización judicial, así como las especialidades de otros países del mismo sistema como Australia, Canadá, India, Irlanda, etc. Alguna reserva me permitiría hacer, sin embargo, a las breves pinceladas con que el Coordinador concluye esta *Tavola*,

básicamente centrada en el valor de la jurisprudencia italiana de la *Corte di Cassazione*, que no elude una correcta referencia a la perspectiva española (aunque sin llegar a citar la nueva Ley de Enjuiciamiento civil). No puedo evitar una impresión de excesiva relativización, y hasta simplificación de un tema que sigue constituyendo, a mi juicio, una de las diferencias fundamentales entre ambos sistemas, que se reflejan, entre otros aspectos, en la manera de reclutarse el cuerpo de Jueces y Magistrados en los respectivos países (parece difícil que un Juez continental y otro del *common Law* se enfrenten con la misma actitud ante idéntico supuesto de hecho).

El carácter mercantil —según la óptica habitual en España— de las cinco últimas tablas de la obra (La empresa individual de responsabilidad limitada, la sujeción a la quiebra de los comerciantes y de los insolventes civiles, la compraventa internacional, los títulos-valores y la propiedad industrial), acrecienta, si cabe, el interés y hasta requiere la necesidad de leer previamente la tabla 2ª sobre *Derecho civil y Derecho mercantil*, debida al Prof. GALGANO, quien con mano maestra, utilizando abundantes datos históricos y comparativos, sin olvidar el norteamericano *Uniform Commercial Code*, y con especial referencia a la actitud de ius-civilistas y ius-mercantilistas de su país, trata de definir la nueva *lex mercatoria*. Se trata, bajo esta denominación tradicional, de un derecho de carácter meta-nacional, cuyo radio de acción tiende a coincidir con el mercado internacional, en el que han intervenido factores tales como la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios, los usos del comercio internacional y la jurisprudencia de las Cámaras Arbitrales internacionales. Prudentemente el autor lo califica de práctica contractual internacionalmente uniforme, en vez de derecho objetivo propio de la *societas mercatorum*. Los temas tratados en las restantes *Tavole* son clásicamente civiles. Se despacha brevemente *La adquisición de la propiedad mediante la posesión*, debida a GALGANO (quizá me ha parecido así porque entre nosotros el debate resulta un tanto hipertrofiado), ofreciendo interés —por menos conocido—, el apartado relativo al *proprietary stoppel en common law*, cuestión al que se dedica la mitad de la extensión del tema. *Negocio jurídico y contrato*, también debido a GALGANO, es otro tema doctrinal de cierta actualidad entre nosotros debido a las dudas avanzadas por la doctrina, y a la falta de espacio para explicarlo en los nuevos Planes de Estudio que están entrando en vigor en nuestras Facultades. Irina LUCIDI nos informa sobre *La recepción del negocio jurídico en otros países* (con curiosos extremos, en particular, recepción en la legislación escandinava, Austria [revisiones del All.BGB en 1914, 1915 y 1916] y Liechtenstein, Holanda [nuevo C.c. de 1992], C.c. griego de 1940, C.c. portugués de

1966, antiguos países del Este [por ej. el nuevo C.c. ruso de 1995], C.c. japonés de 1898, China comunista [Ley sobre principios generales de Derecho civil de 1987], Thailandia y algunos países iberoamericanos [Brasil, Argentina según reforma del C.c. de 1968, Perú en el C.c. de 1984, y Paraguay en el C.c. de 1985]). Clásico y de gran utilidad práctica es el tratamiento dado a *la formación del contrato*, debido a Franco FERRARI en el que analiza la diversa extensión del concepto de contrato en los diferentes sistemas, el consentimiento de las partes, la oferta y la aceptación, y el momento de la conclusión del contrato; ofrece una gran riqueza de datos legislativos comparativos, y, en menor medida, jurisprudencial y doctrinal. Sobre la *causalidad y abstracción del contrato*, se incluyen tres interesantes aportaciones: la de MONATERI sobre los modelos francés y alemán; la de GALGANO, sobre la causalidad y abstracción procesal de la causa en el sistema italiano; y la de ALPA sobre la *consideration*; pero ¿hay, acaso, predominio en la obra de una *óptica italianizante* sobre cuestiones debatidas hondamente en otros países?; en todo caso, la exposición está bien argumentada con abundantes y oportunas citas doctrinales y jurisprudenciales. También es clásico el tema de *la transmisión de la propiedad mobiliaria por actos inter vivos*, que GALGANO desarrolla en *civil law y common law*, y KRONKE en el derecho alemán. Ha preocupado últimamente, a la mejor de nuestra doctrina, el tema de *la responsabilidad por incumplimiento contractual*, que se desarrolla inicialmente por GALGANO tratando del modelo francés y sus desarrollos (con suficiente alusión al derecho español); luego por Daniela MEMMO, que se ocupa del modelo alemán; por último, Luciana CABELLA PISU trata de *la responsabilidad contractual en common law*. En mi opinión, la tabla dedicada a la *Tipicidad y atipicidad del hecho ilícito*, sabe a poco pues de este tema se esperaba más. FERRARI trata de *la contraposición entre los modelos francés y alemán*, incluyendo un apartado sobre *modelos intermedios* en el que sólo trata del italiano; por su parte GALLO desarrolla, con alguna amplitud, la *tipicidad y atipicidad del ilícito civil en common law*. Nuestro sistema de responsabilidad civil, aunque parte del Código de Napoleón, ha adquirido en el último medio siglo una personalidad propia que, curiosamente, no ha atraído el interés de la doctrina extranjera. El único tema de derecho de familia que se aborda es el relativo a *los regímenes económico-matrimoniales y la circulación de los bienes muebles*, desarrollado por CENDON con abundantes datos comparativos, y expresa mención de nuestro derecho; el tema se desarrolla en tres apartados: los sistemas de comunidad de bienes, los sistemas de participación diferida, y la administración de los bienes personales y, por último, los sistemas de separación de bienes (con especial referencia a los países del *common law*). La Convención de La Haya de 1985

sobre el reconocimiento del *trust* en los países del *civil law* justifica la atención que se presta a la *fiducia* y al *trust*, tratando GALGANO de la fiducia romanista, y María Chiara MALAGUTI del *trust*. Los temas propiamente mercantilistas se desarrollan por los siguientes autores: WEIGMANN se ocupa de *la empresa individual de responsabilidad limitada*; GALGANO se ocupa brevemente de *la sujeción a la quiebra de los comerciantes y de los insolventes civiles*; con mayor amplitud del derecho uniforme sobre la compraventa internacional, y, finalmente, sobre los títulos-valores. Por último FRIGNANI se ocupa de *la propiedad industrial*.

Cumplido el deber de dar cuenta con suficiente detalle del contenido, precede alguna valoración. Formalmente, la presentación es muy cuidada, y bien podría calificarse de espléndida; la traducción, excelente; los aspectos tipográficos, inmejorables. Pero ¿debiera, en efecto, haberse traducido, este libro al español? En principio no parecería necesario hacerlo pues quien se interesara por la obra original, cabe presumir que puede consultarla en el idioma original. Pero —añado inmediatamente—, actualmente se disponen de escasas publicaciones sobre derecho comparado en el mercado español. Por otra parte, se trata de una obra un tanto *sui generis*, porque ¿quién ha seleccionado los temas para su estudio comparativo? ¿con qué criterio y finalidad? Advertí que la obra cumple una finalidad didáctica dentro de los actuales Planes de estudio vigentes en Italia, los cuales, sin embargo, distan bastante de los nuestros. El lector español debe saber que la obra se dirige fundamentalmente a los estudiantes italianos de licenciatura, que las aportaciones más importantes consisten en el estudio comparativo de determinados temas de derecho privado, civil y mercantil, sin que casi nunca falte el elemento del *common law*. La obra carece de notas a pie de página, aunque al final se incluyen selecciones bibliográficas de cada una de las Tablas contenidas en el texto. No faltan alusiones en el texto al derecho español (por lo general, correctas, aunque el Coordinador reconoce que son debidas a los traductores); incluso se incluyen algunas obras españolas —muy pocas, y con escaso criterio de selección— en las aludidas referencias bibliográficas. Resulta preocupante, en general, la mínima presencia de la doctrina española en los estudios comparativos, y ello no sólo cuando se trata de obras específicas sobre Derecho Comparado, sino también cuando se aspira a presentar el funcionamiento de una institución nuestra para compararlo con otra extranjera. Quizá ello se deba a que no prodigamos la bibliografía sobre nuestro derecho traducida al francés, inglés o alemán (sin que no deje de manifestarse cierta *pereza mental* por parte de nuestros colegas extranjeros a la hora de acercarse a nuestra producción bibliográfica); o, más bien, habremos de conformarnos al papel de *comparsas* en el campo, tan prometedor, del Derecho comparado, en los albores del siglo XXI?

AA.VV.: *L'AVENIR DU DROIT COMPARÉ: UN DÉFI POUR LES JURISTES DU NOUVEAU MILLÉNAIRE*: Société de Législation Comparée. Paris, 2000, 347 pgs.

La publicación de este volumen es el resultado de una feliz coincidencia, a saber, el centenario del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París en 1900, bajo los auspicios de la *Société de Législation Comparée*, y el cincuentenario de la *Revue Internationale de Droit Comparé*, que ha dedicado un número especial al evento, y que ahora se ofrece, además, en este volumen, bella y sobriamente editado. Aparte de un denso prólogo debido al prof. BLANC-JOUVAN, y al sugestivo epílogo del prof. SACCO, el *corpus* más extenso de la obra está formado por las siguientes crónicas sobre la situación actual del Derecho comparado en los respectivos países:

KÖTZ: *Comparative Law in Germany Today* (p. 17-32).

SALERNO et Valeria PASQUALINI-SALERNO: *Le droit comparé en Argentine à l'aube de l'an 2000* (p. 33-38).

VANDERLINDE: *Auteur et alentour d'une génération de comparatistes belges. Ouverture en forme de justification* (p. 39-64).

WALD: *Le droit comparé au Bresil* (p. 65-104).

GARCÍA CANTERO: *L'enseignement du droit comparé en Espagne: Aperçu historique et état actuel* (p. 123-138).

MODEEN: *Le développement de la situation du droit comparé en Finlande* (p.139-148).

PICARD: *L'état du droit comparé en France en 1999* (p. 149-180).

WANG et ZHU: *A Tale of the Two Legal Systems: The Interaction of Common Law and Civil Law in Hong Kong* (p. 181-208).

HARMATHY: *Comparative Law in Hungary* (p. 209-216).

ANNOUSSAMY: *Le droit comparé dans l'Inde* (p. 217-226).

RABELLO et LERNER: *Rémarques sur le droit comparé en Israël* (p. 227-252).

MONATERI: *Critique et différence: le droit comparé en Italie* (p. 253-266).

ANGELO: *Some reflections on comparative law from New Zeland* (p. 279-282).

BELL: *Le droit comparé au Royaume Uni* (p. 283-296).

STRÖMHOLM: *Le droit comparé en Suède au seuil du troisième millénaire* (p. 297-304).

BERMANN: *The discipline of comparative law in the United States* (p. 305-316).

En general estas crónicas ofrecen un notable interés informativo. Especialmente si nos fijamos en aquellos países que marchan en cabeza del movimiento comparatista (me refiero, obviamente, a Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Estados Unidos), aunque también puede sacarse fruto de la lectura sobre la situación en otros países, en apariencia, de menor interés para nosotros (como puede ser Bélgica, Brasil, Israel o Suecia), y, en todo caso, siempre queda patente su, ya aludido, valor genérico informativo. El comparatista español puede conocer puntualmente lo que se está haciendo, *hic et nunc*, en los países de nuestro entorno,

Algunos trabajos aquí recogidos no pueden clasificarse estrictamente en el género de crónicas comparativas. Así el sugestivo estudio del canadiense H. Patrick GLENN, *Vers un droit comparé intégré?* (p. 106-116), en el que sostiene que, dado el gran número de actividades jurídicas que utilizan el método comparativo, no es posible que el derecho comparado mantenga en adelante el monopolio de los conocimientos jurídicos extranjeros; pero debe seguir desempeñando un papel importante pues la herencia recibida es algo fundamental. También resulta de gran interés la aportación de LEGRAND (que enseña en Francia y en Holanda, y ha publicado *Le droit comparé*, París 1999), *Sur l'analyse différentielle des juriscultures* (p. 317-335), ensayo de no fácil lectura por la abundancia de conocimientos no jurídicos de que hace gala el autor, en el que propugna que, en aras de la aplicación del derecho comparado, no se debe propender a hacer desaparecer las singularidades jurídicas de cada país (por ello se ha opuesto vigorosamente al proyectado código europeo de contratos); aquí escribe conclusivamente: *Le projet comparatiste n'a pas pour fin de nier ou de supprimer cet état de dissension inhérent à l'expérience juridique, mais de le surmonter à travers l'hospitalité de la comparaison où peuvent cohabiter le propre et l'étranger sans que leur différence soit déniée* (p. 335).

En el prólogo de BLANC-JOUVAN (p. 7-15) se hace un exhaustivo balance del Derecho comparado en el año del Centenario del Congreso de 1900. Está arraigada —sostiene— su legitimidad, que resulta mayoritariamente incontestada, aunque puede hablarse de cierta *banalización*; la comparación ha entrado en los programas y en las costumbres de los juristas, hasta el punto de que, con frecuencia, todos y cada uno se consideran comparatistas. Pero, como también se puede morir de éxito, ha surgido una *crisis* pues *on sait de moins en*

moins ce qu'est le droit comparé, où il va et à quoi il sert (con toda honradez científica el autor reconoce que sobre aquellas cuestiones que en 1900 no se pudo alcanzar un acuerdo, el debate sigue abierto). BLANC-JOUVAN establece cuatro ejes principales en torno a los cuales propone se centre el debate futuro: 1º *La naturaleza, objeto y método del derecho comparado*. 2º Iguales diferencias y, a veces, contradicciones se plantean a propósito de la *formación en derecho comparado* (en este punto se recuerda la envidiable posición de la Universidad italiana, frente a la menos confortable de la francesa, y —añado por mi parte— la absoluta precariedad de la nuestra; no pueden faltar los diferentes ensayos universitarios de doble formación, por ej. los acuerdos vigentes entre las Universidades de Montreal y Utrecht en cuanto a la enseñanza del derecho de las obligaciones, o —agrego—, la doble titulación que, también por acuerdo, rige entre la Complutense y París-2). 3º *La finalidad* (aquí advierte de los riesgos de una apresurada *americanización del derecho*, visible también entre nosotros; y por otra parte es relativamente frecuente la moda de ver *un peu partout de convergences*, siendo preferible adoptar una elemental prudencia y precaverse de la tentación de *brûler les étapes*). Y 4º *Orientación hacia la práctica profesional*, lo que ha supuesto ampliación de su ámbito de aplicación, sin que parezca conveniente renunciar a la diversidad de lenguas en aras de la supremacía del inglés (esto último, subraya el autor, significa un *empobrecimiento* en la medida en que ciertos sistemas jurídicos sólo se expresan bien en su propia lengua, y corren el riesgo de deformarse en la traducción —se me ocurre, por ej. los problemas de traducir a otros idiomas nuestra *mejora*, sin parangón en el derecho comparado—). A modo de conclusión, escribe que el siglo XXI será el de la internacionalización y globalización jurídica, y no sólo en los ámbitos de la vida económica y de los mercados; por ello ha de ser *el siglo del Derecho comparado*.

A modo de contrapunto —y no de contraposición— el ilustre comparatista italiano SACCO, después de pasar revista a las aportaciones más importantes del siglo XX (SALEILLES, LAMBERT, DAVID, SCHLESINGER, GORLA, CAPELLETTI), a los grandes Institutos de Derecho Comparado existentes y funcionando en Hamburgo, Lausanne, París y otros, a las obras de tipo enciclopédico actualmente en curso de publicación (*International Encyclopedia of comparative Law, Trattato di diritto comparato*, de la Utet, dirigido por el mismo autor), y de realizar un balance sumario de lo hecho en este siglo, el autor expone, no sin originalidad, *la perspective pour le nouveau siècle* (p. 346 s.): A su juicio se está a punto de abandonar la concepción estática de los derechos, de modo que si hasta ahora se ha dicho que el derecho inglés gira sobre el precedente, y el derecho alemán otorga un puesto importante a la doctrina, se ha

comenzado a entender que el derecho italiano concede un papel creciente al precedente, y que el derecho continental está a punto de abrirse a los modelos anglo-americanos. *Le droit cesse d'être, il devient*. La diversidad, en cualquier época, está en el centro del discurso comparatista; entre los comparatistas de ayer, algunos consideraban la diversidad casi como una enfermedad que la comparación ayudaría a curar; otros estimaban, y siguen creyendo, que cada nación debe permanecer fiel a su tradición, lo que hace no deseable ni factible la unidad del derecho. Pero observa el autor que el futuro pertenece a otras concepciones: el derecho, siendo un producto histórico, cambia sin cesar, pues ninguna tradición puede confiarnos productos fijos e inmutables; pero el derecho se diversifica justamente por el hecho de cambiar; la variedad es un valor, pues la diversificación es insoluble de la variación y, por tanto, del progreso. Al comienzo del nuevo milenio, concluye, el comparatista (a quien corresponde el papel de explorador) recorre las fronteras de lo jurídico, en donde encuentra, no sólo al filósofo, al historiador, y al antropólogo, sino también al etólogo y al genetista; por primera vez, desde hace veinte siglos, la ciencia jurídica tiene como vecinas suyas a las ciencias naturales, que tratan de la vida y de sus manifestaciones.

En resumen: se trata de un volumen colectivo cuya lectura para el comparatista español, no tendrá desperdicio. Cuando entre nosotros el Derecho comparado está jugando, en realidad, el papel de *pariente pobre* de las ciencias jurídicas, por mor de no se sabe qué arcano u oculto principio ancestral de nuestro país, que nos condenaría a vivir ausentes de los fenómenos que previsiblemente se van a producir en el siglo XXI, resulta confortador la presente obra, cuya lectura recomendamos calurosamente.

CÓDIGO CIVIL JAPONÉS: Estudio preliminar, traducción y notas por Rafael DOMINGO y Nobuo HAYASHI. Prólogo de Antonio GARRIGUES WALKER. Garrigues § Andersen. Colegios Notariales de España. Marcial Pons (Madrid-Barcelona 2000), 323 pgs.

1. No resulta infrecuente que en el actual renacimiento del interés por el Derecho Comparado en todo el mundo, aparezcan en vanguardia los romanistas, de aquí que nada sorprende que de la fecunda colaboración de dos discípulos del Prof. Alvaro D'ORS (a saber, el Prof. Rafael DOMINGO, de la Universidad de Navarra, y el Prof. Nobuo NAYASHI, de la Universidad de Rikkyo) haya nacido la primera versión española —que yo conozca— del vigente y ya centenario Código civil japonés de 1898. De este último había antiguas y mo-

dernas versiones a lenguas occidentales (francés, inglés y alemán), no siempre accesibles al jurista español por tratarse de una literatura muy especializada⁹⁴⁴. De aquí la utilidad y oportunidad de la presente edición, tanto a nivel científico (pues podrá utilizarse cómodamente en los cursos universitarios sobre derecho comparado impartidos en las Facultades españolas e hispanoamericanas), como práctico, a la vista del creciente, y pujante, comercio internacional entre nuestros respectivos países.

2. El *Estudio Preliminar* que firma el Prof. DOMINGO (p. 17 a 48), ofrece datos sumamente interesantes y valiosos sobre las circunstancias históricas que condujeron a los emperadores de la llamada época Meiji (1868-1912) a propiciar la apertura de su país a Occidente, con el resultado de una rápida modernización cuyos logros estamos contemplando —realmente atónitos—, a principios del siglo XXI; todo ello vino a significar, en su momento, un rápido proceso de codificación de los textos fundamentales del país, entre ellos el Código civil, cuyas vicisitudes se nos va describiendo hasta 1999.

Pero ante todo, y con encomiable honradez científica, el autor expone el proceso, no exento de complejidad, que ha supuesto traducir el Código del japonés al español. No hace falta ponderar que, si toda traducción de textos jurídicos, aunque sea entre lenguas románicas, resulta siempre difícil, la dificultad raya en lo casi insuperable (diríamos que se llega *al filo de lo imposible* por seguir el símil de un conocido programa televisivo) si nos trasladamos a las lenguas orientales. El Prof. DOMINGO explica que se partió de la traducción que él ha hecho de los textos inglés y alemán, la cual sirvió de borrador al Prof. HAYASHI para su versión directa del español, revisada, a su vez, por aquél, y contrastada con otras traducciones a lenguas occidentales. Yo creo que humanamente se ha hecho lo posible por asegurar simultáneamente la fidelidad al texto original, al mismo tiempo que se ha logrado un texto español correcto, fluido y comprensible para el jurista español de nuestros días. Lo que se corrobora por las colaboraciones prestadas por otros ilustres profesores universitarios españoles (Álvaro D'ORS, Juan MIQUEL, ARRECHEDERRA, PANTALEÓN) y extranjeros (Ronald BRAND, Mark RAMSEYER, Masaaki IWASAKI, y Bruno RODRÍGUEZ ROSADO, que el autor menciona y agradece).

944 TOMII-MOTONO, *Code civil de l'Empire du Japon. Livres I, II et III, promulgués le 28 avril 1896* (Paris 1898); *The Code civil of Japan* (Tokio 1998); Akira ISHIKAWA, *Das japanische BGB in deutscher Sprache* (Köln 1998)

3. Personalmente la lectura de este *Estudio Preliminar* me ha permitido aclarar cómo el primer C.c. japonés, que iba ser de influencia francesa, resultó siendo, a la postre, de influencia mayoritariamente alemana. En efecto, en 1873 el Profesor vasco-francés Gustavo Emilio BOISSONADE FONTARABIE, firmó un contrato de tres años con el Ministerio nipón de Justicia para redactar en francés (pues no conocía el idioma del país) un Código penal y otro de Procedimiento penal *conforme al espíritu japonés y a la técnica occidental*, así como para impartir docencia en la recién fundada Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia, concebida para servir de contrapeso al derecho anglosajón que se enseñaba en la Universidad de Tokio. Ambos Códigos se elaboraron, fueron promulgados y entraron en vigor en 1882 (aunque su vida no llegó a ser muy prolongada). Cumplido aquel encargo BOISSONADE se dedicó intensamente a preparar un Código civil, sobre el modelo francés, aunque no exclusivamente; solicitó y obtuvo la colaboración de dos profesores japoneses para el libro de las personas y el derecho de sucesiones; en abril de 1889 finalizó su encargo, siendo promulgado el Código, dividido en cinco libros, en 1890, con una *vacatio legis* hasta 1º enero 1893. Pero en este interregno ocurren diversos acontecimientos que van a influir decisivamente en el futuro del Código: tensiones en el seno del Gobierno, ocasionadas por la revisión de los Tratados comerciales firmados con varias potencias occidentales, seguidas de dimisiones y nombramientos ministeriales en cascada; promulgación de la Constitución Meiji de 1889, inspirada en la prusiana de 1850, exaltadora de los valores nacionales, y viaje a Europa del Ministro de la Presidencia, Hirobumi ITO, que fue cautivado por constitucionalistas germanos, mientras que vió con desconfianza la Constitución francesa de 1791. Mientras tanto la Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia había pasado a depender de la Universidad de Tokio, lo que significó el fin de la influencia francesa en la enseñanza. Todo ello culminó en el famoso *Manifiesto* redactado por varios juristas nipones de formación anglosajona, en contra de la entrada en vigor del Código Boissonade, aprovechando un viaje de éste a París en 1892, con base en los siguientes puntos: a) El Código había despreciado las antiguas costumbres referentes a la organización familiar; b) estaba inspirado en el Cristianismo, que no era la religión del país; c) daba más importancia a la teoría de los bienes que a las personas; d) admitía un Derecho Natural anterior al positivo; y e) estaba inspirado en un principio individualista desconocedor de los distintos grupos configuradores de la sociedad japonesa. En marzo de 1893 se creó, por edicto imperial, un Consejo para revisar el Código ya promulgado, en el que sólo UME era acérrimo defensor de la inmediata vigencia del mismo, mientras que HOZUMI y TOMII eran partidarios de su revisión.

En realidad, la Comisión preparó un nuevo Código dividido en cinco libros, que fueron aprobados sucesivamente, y entraron en vigor conjuntamente el 16 julio 1898, texto todavía en vigor, aunque con importantes modificaciones, que expone a continuación el *Estudio preliminar*.

4. El Código civil japonés, en la versión que, en definitiva, llegó a entrar en vigor, se compone de cinco libros: Libro I, *Parte General* (arts. 1 a 174); Libro II, *De la propiedad y de los derechos reales* (arts. 175 a 398); Libro III, *De las obligaciones* (arts. 399 a 724); Libro IV, *De la Familia* (arts. 725 a 881) y Libro V, *De las sucesiones* (arts. 882 a 1044). La derrota del Japón en la Segunda Guerra mundial obligó a adoptar, por imposición norteamericana, una nueva Constitución, promulgada el 3 noviembre 1946, basada en la llamada doctrina *Mac Arthur* inspirada en la soberanía popular, la renuncia a la guerra y la supresión de la nobleza y de los privilegios; ello obligó a reformar el C.c. mediante la Ley de 1947, que afectó, sobre todo, a los Libros IV y V (principios de dignidad individual y equiparación de sexos). El cambio en la concepción del matrimonio y de las sucesiones supuso una honda revolución social, si bien no se llegó a las últimas consecuencias del principio de igualdad, pues se mantuvo la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos y su tratamiento sucesorio diferenciado. La última reforma tenida en consideración ha sido la de 8 diciembre 1999 que ha abarcado diversas instituciones como la adopción plena, la capacidad de obrar, la tutela, la curatela y la asistencia de las personas.

5. Afirma gráficamente el autor que *el Código civil japonés tiene mucho de Derecho alemán, bastante de Derecho francés y poco de tradición jurídica japonesa, pero, en todo caso, se trata de un Derecho "elaborado" en Japón por japoneses*. La primera afirmación requiere alguna aclaración cronológica, pues el BGB fue aprobado unos meses antes que los tres primeros libros del C.c. japonés; de aquí que, en ocasiones, los legisladores japoneses tuvieron en cuenta el primer *Entwurf* de 1888 y el segundo de 1895, existiendo algunos preceptos de aquél que, pese a estar inspirados en dichos proyectos alemanes, no se encuentran, sin embargo, en el BGB. Con todo, alemana es la estructura interna (aunque intercambiando los puestos de los Derechos de cosas y de obligaciones), y, de modo señalado, los conceptos de la Parte general (capacidad jurídica, capacidad de obrar, declaración de voluntad, negocio jurídico, representación y teoría de las personas jurídicas). En cambio, no se recogió el principio de abstracción, y si el de adquisición de los derechos reales *solo consensu* de origen francés, junto a otros de la misma procedencia (por ej. el régimen de la culpa extracontractual, la acción oblicua, la regla *possession vaut titre*, el régimen de los privilegios, algunas reglas de las servidumbres, la fianza y la novación). Pero

no se limitan a estas dos influencias —ciertamente, las más destacadas— sino que se han rastreado influencias concretas de más de 30 Códigos (entre ellos, el prusiano de 1793, el austriaco de 1811, el italiano de 1865, el suizo de Obligaciones de 1881, el de la Louisiana, y los de Chile, Uruguay, Argentina, Venezuela y Colombia entre los de raíz hispana), sin olvidar el nuestro⁹⁴⁵ y el derecho anglosajón⁹⁴⁶. A la pregunta de *ubi jus nipponicum?* Contesta el Prof. DOMINGO enumerando el *iriai* o derecho real consuetudinario de explotación forestal de tierras comunales, y en el ámbito familiar la institución de la casa en torno a la familia patriarcal y con reflejo sucesorio, todo lo cual ha sido profundamente modificado en 1947.

6. Acaso sea un tanto exagerado calificar al C.c. japonés de *nieto del Derecho Romano e hijo del Código napoleónico* como, con indudable entusiasmo, lo califica Antonio GARRIGUES WALKER en su breve Prólogo. Parece claro que, en la accidentada y compleja gestación de aquél hubo una clara manipulación *in vitro* alterando, en consecuencia, la paternidad del embrión resultante. Pero a un siglo de continuada vigencia de este cuerpo legal —que junto al C.c. filipino son los dos únicos— a mi conocimiento —de directa ascendencia europea en el continenter asiático, si se considera a Turquía más europea que asiática—, hay que concluir que se ha producido una razonable *aclimatación*, de suerte que se ha hecho autóctono e incorporado a su propia cultura, dejando de ser extraño, e importado, en alguna medida. Se habría avanzado un paso más en esa *filigrana jurídica* a que alude el Prof. DOMINGO (p. 40), realizada por los legisladores japoneses a fin de compatibilizar los elementos culturales autóctonos con el derecho recibido, aunque ahora a cargo de los operadores jurídicos y la sociedad entera.

Queda sólo reseñar que el texto del C.c. japonés se completa con abundantes notas explicativas y comparativas, en ocasiones de gran valor doctrinal, y que la presentación externa de la obra es excelente.

945 El autor se esfuerza por mostrar las semejanzas entre el C.c. japonés y el nuestro, algunas de las cuales proceden del modelo francés común (por ej. los arts. 421, 422, 557, 558, 569 y 1508); otras veces son influencias al margen del C.c. francés (por ej. en materia de enfiteusis, imputación de pagos o anticipos al mandatario) (cfr. p. 35-37).

946 Más notables son las influencias postcodiciales del derecho de la *common law*, por ej. al recibir el *trust*.

“Le rôle de la volonté dans les actes juridiques”. Études offerts à la mémoire du Professeur Alfred Rieg. Bruylant (Bruxelles 2000), 935 pgs.

Francia es deudora a comparatistas tales como Rieg, Tunc o Tallon, el haber mantenido, enhiesto y a la cabeza de los países europeos, el estandarte del Derecho comparado durante la segunda mitad del siglo XX. Alfred Rieg, es ejemplo modélico de una vocación universitaria servida con pasión exclusivamente en su Alsacia amada; Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Estrasburgo —esa histórica ciudad, avanzadilla, entre otras cosas, del entendimiento jurídico franco-alemán—; luego, Director de su Instituto de Derecho Comparado y, sobre todo, Decano de la *Faculté Internationale de Droit Comparé* (por cierto, inteligente y fecundo invento de un jurista español Felipe de Solá Cañizares, que empieza a ser olvidado entre los precursores), a la que anteriormente había servido como Vicedecano junto a Solá Cañizares y Rodière; una singular institución que ha sembrado inquietudes comparatistas entre las jóvenes, y ya menos jóvenes, generaciones, primero, de Europa occidental, y, en la actualidad, entre los estudiantes ávidos de occidentalismo de los antiguos países del Este.

El libro que recensiono se había concebido como libro de homenaje al jubilarse en la cátedra en 1998, pero el prof. Rieg falleció dos meses antes de la fecha prevista para su entrega, en la primavera de 1999, víctima de una penosa enfermedad frente a la que había luchado incansablemente durante quince años; de aquí que el volumen se ha convertido en Libro-homenaje a su memoria, que le han dispensado discípulos, amigos y colegas, franceses y extranjeros, en número que supera el medio centenar, y que reúne a firmas procedentes de diez países (Alemania, Bélgica, España, Irán, Italia, Polonia, Reino Unido, USA y Suiza), además de Francia (en su mayoría de las Universidades de Estrasburgo y París).

El viejo género literario de los *Libros de Homenaje*, *Scritti in onore*, *Festschrift*, *Mélanges* etc. se encuentra en vías de evolución, aunque, desde luego, no de extinción. Ciertamente, no son leves los problemas que ahora plantea inicialmente la financiación de una obra de este tipo, que obliga a encontrar un *sponsor*, público o privado, con presupuesto desahogado y voluntad abierta; también están cambiando las listas de los colaboradores de tales obras, pues si hace unos años bastaba con conocer el nombre del homenajeado para adivinar el de quienes habían participado, ahora resulta que la Comisión organizadora suele designarlos previamente, con base en criterios no siempre declarados ni fáciles de descubrir; lo mismo se diga del tema que, inicialmente era libre —y también en su extensión— ha pasado, no pocas veces, a ser fijado previamente

por la Comisión bajo coordinadas más o menos rígidas. Como ilustración de lo dicho compárense, *ad exemplum*, y limitándome a civilistas, en Italia, las obras de homenaje dedicadas a Vassalli, a la Giuffré, a Santoro-Passarelli o a Sacco; en Francia, las de Marty, Rodière, Raynaud o Jauffret; en Alemania, las de Nipperdey, Bosch o Müller-Freienfels; y, entre nosotros, pertenecientes a distintas épocas, los de Clemente de Diego, Castán, Batlle, De Castro, Beltrán de Heredia y Castaño, Lacruz, Vallet de Goytisolo, o, últimamente, los de Hernández Gil.

En el presente caso la Comisión organizadora eligió, muy acertadamente a mi juicio, el tema de la declaración de voluntad o *Willenserklärung*, ya que la obra más conocida del homenajeado es, precisamente, su Tesis doctoral, defendida en 1958, y publicada, con prefacio de Roger Perrot, bajo el nombre de *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand* (París 1961); obra que ha significado un eficaz factor de la difusión más amplia y completa de la doctrina alemana del *Rechtsgeschäft* (acte juridique) entre los civilistas galos. Esta imposición —o amable invitación— de aquélla, ha dado como fruto en este caso que 42 colaboraciones, de un total de 52 (o sea el 82%) versen sobre el tema principal, sea específicamente sobre el negocio jurídico y su recepción en la doctrina italiana, o sobre aplicaciones concretas de aquél concepto en el ámbito familiar o sucesorio; o bien que otros colaboradores traten del negocio sin voluntad, de los vicios de ésta, del valor de la declaración, de las condiciones generales de la contratación, de la voluntad en el cumplimiento de los contratos y en la creación y extinción de relaciones familiares. También hay, sobre el mismo tema, interesantes aportaciones fuera del Derecho civil, como el mercantil, el procesal, el administrativo, el trabajo, el constitucional, el internacional privado, el comunitario y hasta del campo de la exégesis bíblica.

Después de la lectura de este volumen, me ratifico en la bondad del método seguido, pues este *modus procedendi* ha servido para confirmar el inicial acierto del autor en la elección del tema de su tesis, y, al mismo tiempo, permite constatar la conservación de su interés doctrinal a lo largo del último tercio del siglo XX, precisamente cuando en algunos países se ha empezado a poner en duda, o abandonar la figura dogmática del negocio jurídico,

Al margen del tema central destacan otras colaboraciones sobre temas diversos: por ej. uno de la máxima actualidad sobre el futuro Código europeo de contratos, otro de tipo histórico sobre la influencia de Pothier y Jacqueminot en la redacción del Cód. de Napoleón, o también de actualidad, sobre la situación jurídica de la mujer en Irán, o, por último, en relación con el arbitraje internacional.

Rieg dedicó sus investigaciones —aparte de lo que inicialmente escribió, sobre derecho penal, pues esta disciplina se incardina en Francia en el departamento del Derecho civil—, al Derecho civil francés, especialmente al derecho de familia, al Derecho comparado —singularmente al Derecho alemán—, y al Derecho de los consumidores⁹⁴⁷. Ello explica que, entre las aportaciones al homenaje, abunden los estudios sobre derecho de familia y sobre Derecho comparado (y también sobre derecho comparado de familia). Curiosamente no aparecen en este volumen colaboraciones sobre el Derecho comparado en sí mismo considerado, y ello pese a que el homenajeado era un comparatista de pies a cabeza, con el sustrato de una sólida formación civilista, y un conocimiento profundo del Derecho alemán. Porque Rieg⁹⁴⁸ descendió muy pronto al terreno de las realidades cotidianas, y organizó numerosos Seminarios franco-germano-suizos, alternativamente en Estrasburgo, Saarbrücken y Basilea, y también, desde 1986, cursos sobre *Juristes d'affaires franco-allemands*.

Quizá revela ello la convicción difundida entre los colaboradores, de que ha pasado ya el tiempo de enfrascarse en interminables e inútiles discusiones sobre el concepto y fin de la asignatura, y que hay que lanzarse a la práctica de la comparación, comenzando por lo que tenemos más próximo⁹⁴⁹. Como se ha

947 Como ilustración de lo dicho en el texto cabe citar las siguientes obras generales de Alfred Rieg:

Introduction au Droit allemand (Republique fédérale) (en collaboration avec M. Fromont), París, Cujas: tome I, *Les fondements* (1977); tome II, *Droit public: – Droit pénal* (1985); tome III, *Droit privé* (1991)

Techniques des régimes matrimoniaux (en collaboration avec F. Lotz y Ph. Rieg), París, Litec, 3^e ed. 1993.

Entre los estudios monográficos, pueden citarse a título de ejemplo:

Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle, Arch. Phil.Droit, 13 (1968) p.31 ss.

Divorce-sanction et divorce-faillite en Droit français, en Ann. Faculté Strasbourg, 26 (1972), p. 17 ss.

La participation aux acquêts en Allemagne et en France: deux visages d'une même institution, en *Mélanges Marty* (Toulouse 1978) p. 921 ss.

La lutte contre les clauses abusives des contrats, en *Études Rodière* (París 1981) p. 221 ss.

L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité? en *Mélanges van Overbeck* (Fribourg, Suisse, 1990) p. 473 ss.

948 Tomo estos datos biográficos de la nota necrológica de BISSHOF Alfred Rieg en RIDC 51 (1999) p. 661 s.

949 Dejando aparte estudios muy concretos, el Derecho portugués en España resulta ser el gran desconocido (quizá no tanto al revés). ¿Para cuándo la organización —o nueva organización— de unas Jornadas de estudio sobre determinadas instituciones civiles, que sirvan para darlas a conocer entre nosotros, y abrir campos a la investigación conjunta?

escrito⁹⁵⁰, con base en el ejemplo de Rieg, un comparatista digno de este nombre debe conocer a fondo su propio derecho, y luego, prácticamente, al mismo nivel el de otro país; a partir de ello, surge la posibilidad de las comparaciones, primero bilaterales, y luego, más generales; el método se deduce de la naturaleza de las cosas sin dejarse seducir por las apariencias, y consiste en situar cada regla y cada solución en el contexto en que surgen, sin olvidar una visión global de los sistemas en presencia, para diferenciar el detalle de lo esencial, y lo que constituye únicamente un matiz respecto de las grandes tendencias. He aquí la lección de un gran comparatista, que no debíamos desaprovechar.

De la SIERRA, Susana: *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo. Prólogo de Jacques Zieller. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas (Madrid 2004), 137 pgs.*

La presente publicación es un capítulo de la Tesis Doctoral, elaborada y defendida por la autora el 8 de noviembre del 2003 en el prestigioso Instituto Europeo de Florencia, bajo la co-dirección de los Profesores Martín Rebollo y Zieller⁹⁵¹. Este último escribe en el Prólogo que *más de un siglo después del Congreso de París en el que el Derecho Comparado moderno inició sus pasos, la gran mayoría de las obras generales sobre esta materia continúan ofreciendo una perspectiva esencialmente centrada en el Derecho privado*⁹⁵². Afirmación, por lo demás, corriente que, indudablemente, corresponde a los primeros tiempos del desarrollo y crecimiento del Derecho Comparado, pero que últimamente está empezando a no corresponder a la realidad si se atiende, por ejemplo, a los numerosos componentes de diversos horizontes profesionales, que han ido formando parte de la Escuela italiana de comparatistas que dirige el Prof. Sacco. Cabría todavía añadir que desde hace bastantes años el Programa de los sucesivos Congresos Internacionales de Derecho Comparado que organiza la Academia Internacional de Derecho Comparado de París (el próximo se celebrará en Utrecht en el 2006), es prueba fehaciente de la enorme amplitud con que se concibe esta asignatura por aquel organismo. Con todo, es motivo de congratulación que la, más bien parva, bibliografía comparatista española se

950 BISHOF, loc. cit., p. 662.

951 El título de la Tesis es el siguiente: *La tutela cautelar contencioso-administrativa; una perspectiva comparada. Los ordenamientos español, francés y alemán en el contexto del Derecho Administrativo Europeo*. Se nos dice que está en curso de publicación.

952 Op. cit., p. 15 s.

enriquezca con esta interesante aportación que representa una novedosa perspectiva juspublicista, y, concretamente, administrativa.

La estructura de la obra destaca por su sencillez, presentándose dividida en dos partes, la primera dedicada al Derecho comparado como disciplina, y la segunda al Derecho comparado como método; en aquélla se ocupa de cuestiones tales como el tratamiento del Derecho extranjero, una breve historia del Derecho comparado, la problemática de la comparación en el Derecho Público, y las nociones básicas sobre el Derecho Público Comparado en el contexto europeo, especialmente el Derecho Administrativo Europeo; en ésta acomete conceptos organizatorios instrumentales, el problema lingüístico y las fuentes.

La autora se propone utilizar el método comparativo para investigar un tema que propiamente pertenece al Derecho Administrativo Europeo; lo que *prima facie* resulta adecuado y correcto, como está ocurriendo ya en relación con el Derecho Civil o Penal. Se nota en este punto la amplia formación jurídica germánica que posee la Dr^a De la Sierra, así como su activa y fecunda participación en el Grupo Europeo de Derecho Público, y en el Instituto Europeo de Administración. En este trabajo, además de utilizar la usual bibliografía comparatista que puede considerarse clásica (Ancel, Blagojevic, Constantinesco, David, Gutteridge, Kötz, Lambert, Zweigert), echa mano de la más reciente, sea norteamericana, alemana o francesa, con la única laguna, acaso, de la abundante producción italiana⁹⁵³. No deja de plantearse los temas que habitualmente suelen suscitarse en esta materia (el Derecho comparado como ciencia o como método), ofreciendo soluciones razonables y defendibles⁹⁵⁴. Resultan especialmente de interés las amplias consideraciones que dedica a la comparación en el Derecho público (pgs. 49-67) y, específicamente, al que denomina aspecto cultural del Derecho Administrativo y a su relación con el Derecho comparado (p. 67-84). Personalmente me han gustado sus consideraciones, con apoyo en la obra de Christiane Nord⁹⁵⁵, sobre la denominada traducción funcional en

953 Desde 1857 se citan varias decenas de obras y tratamientos generales sobre el Derecho comparado escritos en italiano o por autores italianos, algunas de ellas traducidas a otros idiomas.

954 Así cuando sostiene que *el Derecho comparado entendido como un método no posee un finalidad propia, sino que su función viene determinada por el objetivo propio de cada estudio* (p. 35); o cuando subraya *la importancia de los estudios de Derecho extranjero como momento previo al Derecho comparado* (p. 38), destacando, a este respecto, la utilidad el proyecto francés *juriscope*.

955 Christiane NORD *Einführung in das funktionale Übersetzen* (Tübingen und Basilea 1993).

relación con los problemas lingüísticos, siempre complejos, y nunca resueltos del todo, que se plantean agudamente en la tarea comparativa⁹⁵⁶.

Me parece que es de agradecer la aparición de este breve opúsculo, bien escrito, estructurado y documentado, constitutivo de un capítulo de su Tesis (circunstancia que repercute en su brevedad), porque supone la superación de cierto complejo de inferioridad, que a veces se insinúa, derivado de la no codificación del Derecho Administrativo al tiempo de nacer y consolidarse el Derecho Comparado; y también por confirmar una vez más que, pese al escaso interés oficial por dicha materia, se sigue cultivando este último entre las jóvenes generaciones de profesores españoles; finalmente, por demostrar la autora una alabable preocupación de *estar al día* en Derecho Comparado, aunque se haya orillado la cita de la, ciertamente, escasa bibliografía española. Hay que agradecer, por último, que su publicación haya encontrado acogida en la colección de *Cuadernos Civitas*.

DIURNI, Amelia y HENRICH, Dieter: *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Giuffrè Editore (Milano 2006), 266 pgs.

La doctrina comparatista italiana en el actual momento histórico, es, probablemente, la mejor situada y organizada dentro de las estructuras universitarias europeas con vistas a la docencia e investigación de los temas de su especialidad. Es sabido que los planes de estudio de cada Universidad de aquel país deben contener, al menos, una asignatura troncal sobre Derecho Comparado, a la que se añaden, con frecuencia, otras especialidades facultativas. Nada extraña que se hayan multiplicado en los últimos años las publicaciones de todo tipo dirigidas a los estudiantes, ante una demanda cada vez creciente. La obra que recensiono —cuyo original título *Percorsi* sugiere algo dinámico en su concepción— se sitúa en esta dirección, matizada por algunas connotaciones dignas de resaltarse.

Es fruto de una prolongada colaboración iuscomparativa germano-italiana entre las Universidades de Regensburg y Verona, lo que indudablemente ha ampliado su horizonte temático y metodológico, aunque, por otro lado, pudiera también condicionarlo de algún modo, y, además, se indica en el prefacio que viene a adaptar otra obra anteriormente publicada en alemán. Es un

956 Véanse las amplias consideraciones de SACCO *Introduzione al Diritto Comparato*, 5ª ed. y también vol. 1º del *Trattato di Diritto Comparato*, dirigido por el mismo autor (Torino 1995) p. 27-41.

Manual escolar que aspira a estar rigurosamente al día en sus datos significativos, tal como resulta de la notable atención prestada al nuevo Cc holandés de 1992, a la legislación escandinava y a la evolución de la legislación civil en los antiguos países socialistas del este europeo; añádase el dato de recoger la ampliación de la UE en el 2004 a diez nuevos países (aunque no alcanza el ingreso de Bulgaria y Rumanía en el 2007), así como el del amplio comentario de la *Schuldrechtmodernisierungsgesetz* alemana que entró en vigor el 2002 y del importante proyecto de reforma del Derecho de Obligaciones francés promovido por el Prof. Catalá; sin olvidar la puntual información sobre los diversos proyectos de unificación del Derecho privado europeo, no limitándose al consabido Proyecto Lando (en efecto, además de los *Principles of European Contract Law* —PECL en sus siglas usuales— menciona los de UNIDROIT, el *Code Européen des Contrats* dirigido por Gandolfi, los *Principles of European Tort Law*, el *Common-Core Project* coordinado por Mattei y Bussani y las iniciativas del *Study Group on a European Civil Code*, y de la *Society of European Contract Law*, animada por Secola. A título anecdótico cabe añadir que no se deja de aludir en la obra al serio problema lingüístico que padece ya la UE (se han admitido en 2005 tres idiomas de trabajo —alemán, francés e inglés—, aunque lo habitual sea el uso de los dos últimos con cierta tendencia monopolizadora del inglés), invocándose sorprendentemente, por un distinguido autor, el recurso al latín como lengua oficial y de trabajo de la Europa unida, lo cual ha sido patrocinado por el Prof. STURM (*Lingua latina fundamentum et salus Europae*, en *The European Legal Forum*, 2002 p. 313 ss.).

La obra se articula en cuatro partes cuya paternidad se distribuyen los dos coautores, y un importante apéndice del que luego trataré. Las tres primeras se deben a la profesora Amalia Diurni, docente de Derecho comparado contratada en la Universidad de Urbino. La primera es una más bien elemental exposición a nivel escolar del método comparativo, conteniendo las necesarias referencias al nacimiento del Derecho Comparado, a su finalidad (mejor diríamos *finalidades*) y el modo de actuar el método comparativo. Tema central es el de la división entre sistemas y familias jurídicas, resuelto empíricamente (así la promulgación del Cc brasileño del 2002 le da pie, por ej., para sugerir la creación de un subsistema o familia iberoamericano que denomina de centro-sur, que el Maestro Castán había patrocinado a mediados del pasado siglo). Original es la última cuestión del capítulo dedicada a los métodos y organización de las actividades de los diversos grupos de trabajo europeos que se han propuesto la armonización del derecho: lo cual hace ver al alumno una de las actuales finalidades aplicativas del Derecho comparado. Medio centenar

escaso de páginas se dedican a describir las premisas históricas del derecho actual de los países europeos, en la parte segunda. Curiosamente, la exposición arranca sin expresa referencia al Derecho romano aunque interrogándose si los términos *codex*, *lex*, *ius* representan las palabras-clave del Derecho europeo; por otro lado del Derecho feudal normando se hace derivar inmediatamente el *common law*. Tampoco alude nominalmente el fenómeno de la *Receptio*, si bien lo describe con bastante aproximación⁹⁵⁷, ocupándose con algún detalle de la Recepción en Francia, Bélgica y Holanda, España y Portugal, Alemania y Países escandinavos. La fase de la codificación la centra en los modelos francés y alemán con las consecuencias de su amplia circulación durante los siglos XIX y XX. Finaliza esta parte con el nacimiento de la Europa unida y el futuro de la uniformización de su derecho. La autora apuesta decididamente por la utilización del Derecho comparado en el proceso de europeización en que estamos inmersos, acaso sin prestar la debida atención a las dificultades —insitas algunas en los propios Tratados de la Unión—, y derivadas otras de la influencia no desaparecida del estatal-nacionalismo imperante en los ordenamientos jurídicos de los países-miembros de la UE.

Quizá la parte tercera (titulada *percorso stilistico*) sea la más original y personal del volumen, dedicado al estilo de las leyes y de las resoluciones judiciales. Coloca en su frontispicio el siguiente texto *Ius est ars omnium artium maxima*, que apenas supera la definición más conocida del *ius est ars boni et aequi*. Trata la autora de describir con unas rápidas pinceladas las diferencias del estilo legislativo, fijándose en los preceptos del *Code civil*, del BGB, del ZGB y del *Codice civile* de 1942, y concluye con un interesante apartado sobre el estilo de los legisladores contemporáneos postcodiciales, analizando la estructura del estilo alemán, inglés, francés y comunitario, detectando similitudes entre los dos primeros frente a la personalidad del estilo galo (recordando, en cuanto al idioma, la Ley francesa de 1994 que prohíbe utilizar expresiones extranjeras cuando el término tiene ya correspondencia en el francés (sustitución de *ordinateur* en lugar de la inglesa *computer*), así como la nota de claridad perseguida por las normas comunitarias al carecer de una única lengua oficial. Todo ello influye necesariamente en la fase aplicativa del derecho pues a mayor generalidad de la norma, mayor libertad

957 Op. cit., p. 31: “En gran parte caracterizad[a] por la difusión en diversos niveles y con variadas modalidades del Derecho romano justiniano, y de modo particular a través de la elaboración científica de la Escuela de Bolonia. Es necesario precisar que más propiamente el Derecho común se ha difundido en la relación de contraposición entre *ius proprium* y *ius commune*, entendido como estudio y aplicación de las reglas extraídas por el análisis científico de las compilaciones justinianas”.

del intérprete. No menor interés suscita en cualquier lector el apartado dedicado al estilo de las sentencias, muy diferenciado todavía en los tribunales europeos debido a circunstancias de todo tipo (históricas, educación y formación de los jueces, reglas sobre el acceso a los recursos, normas administrativas de la organización de los tribunales, etc.). Entre los *Repporters* ingleses y los *arrêstistes* franceses puede haber el vínculo de unión de que las sentencias de los tribunales de todo tipo se pronunciaban oralmente, sin ninguna obligatoriedad de que ningún fedatario levantara acta de ella. La enojosa exigencia, ya derogada, de que nuestras resoluciones judiciales vinieran precedidas de *Resultandos* y *Considerandos*, aparte la necesidad de iniciar la frase con tan rotundo gerundio, tiene relación con la antigua y estricta distinción entre el *ius* y el *factum*. Los países que admiten los precedentes vinculantes se han visto forzados a introducir el *distinguishing* y el *overruling*, dando lugar indirectamente, en los demás, a la figura de los *Votos particulares* o *reservados*, que no pocas veces hacen presagiar un cambio en la doctrina jurisprudencial hasta entonces en vigor.

Algo más de la mitad del volumen se debe mayoritariamente a la pluma del Prof. Dieter Heinrich, prof. emérito de la Univ. de Regensburg, conocido especialista en Derecho civil, Internacional privado y comparado, con especial dedicación a temas de Derecho de Familia y Sucesiones. Visitante regular de la Univ. de Verona es probable que se hayan recogido en este volumen este haz de excelentes estudios comparativos, que probablemente corresponden a cursos profesados por aquél en la Universidad italiana; todos ellos recaen sobre derecho contractual, cuya lista completa parece conveniente transcribir:

Equity, bona fides, Treu und Glauben.

El contrato en Europa.

La conclusión del contrato.

El error e inducción al error.

Causa, cause and Consideration.

La libertad contractual, la libertad de forma y el consumidor: evolución de la disciplina europea en materia de contrato.

Incumplimiento contractual, ruptura del contrato (en colaboración con Amalia Diurni).

La unidad de la responsabilidad civil: la responsabilidad contractual y extracontractual (debida exclusivamente a Amalia Diurni).

Estos trabajos, de extensión más bien breve, resultan ser estudios comparativos que pueden ser empleados útilmente con finalidad didáctica, y que va

siendo habitual que se inserten en las recientes Manuales italianos dedicados a la enseñanza de esta asignatura. Es un procedimiento de familiarizar al estudiante con la doctrina germana y con la perspectiva alemana de enfocar el Derecho comparado.

Conviene, por último, reseñar el criterio con que se ha articulado el conveniente Apéndice que cierra la obra. En el apartado A) se insertan, en textos originales y en su traducción italiana, ciertos preceptos de los códigos europeos en vigor que tienen relación con materias en ella estudiadas. Pero los restantes apartados (índices del *Code* y del BGB, algunas leyes especiales y comunitarias, así como una selección de sentencias de casación dictadas por los Tribunales Supremos de Alemania, Italia, Francia, Austria e Inglaterra) pueden ser consultados por el alumno en la red. Personalmente alabo esta solución frente a la de incluir literalmente el material comparativo en el Manual, alargándolo innecesariamente con escaso beneficio.

En conjunto cabe valorar positivamente la aparición de este nuevo Manual comparativo italiano —con ciertas tonalidades germanas—, pues, aparte de la originalidad de su enfoque, contiene una síntesis bastante aceptable de lo esencial para el alumno, con una notable variedad de casos prácticos en materia contractual. Es laudable el propósito de puntual *aggiornamento* que exhibe la Profesora Diurni, la cual, por otra parte, alude correctamente a los escasos antecedentes españoles que menciona⁹⁵⁸; por lo demás, es sensible la ausencia total del Derecho español (doctrina y legislación) en los temas tratados en la parte cuarta de la obra. Para el lector italiano acaso hubieran sido más cómodas las citas a pie de página en vez de insertarlas en el texto.

958 Se exponen en p. 34-35 junto a los antecedentes portugueses; más adelante (p. 43) se hace una breve referencia al problema foral, olvidando Aragón, las Islas Baleares y el territorio en que se aplica el Fuero de Baylío. Ninguna alusión al art. 149.1.8 de la Constitución de 1978 y el ulterior desarrollo en este punto.

En la última página referenciada hay otra incorrección, esta vez atinente a Suiza, pues el Derecho civil cantonal quedó derogado en 1907 (salvo materias muy puntuales), y en 1911 lo que se promulgó fue la adición al Código civil del anteriormente promulgado Código de obligaciones, adoptando éste la forma del último libro del ZGB.

BARBERÁN, Francisco y DOMINGO, Rafael: “Código civil japonés” (Con la colaboración de Nobuo Hayashi). Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Edición bilingüe y actualizada a 30 setiembre de 2006. The Global Law Collection. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, 575 pgs.

1. Al publicarse la primera edición de esta obra le dediqué en estas mismas páginas⁹⁵⁹ la atención que merecía a un comparatista español una obra que venía a romper moldes en razón de su tema (el ignoto y, en cierto modo, exótico, Código civil japonés), y que suponía una ayuda eficaz a los trabajos comparativos en nuestro país, ampliando ese manido concepto de los *países de nuestro entorno* —que tantas perezas mentales ha tratado de justificar—, y que venía acompañada de una insistente y reiterada llamada —¿utópica?— al *Global Law* del Prof. Domingo. Pero al publicarse al cabo de pocos años una *nueva edición* como lo denomina el ilustre Prologuista, que no una segunda edición, sino más exactamente *edición bilingüe y actualizada* al 30.09.06, no cabe otro remedio que calificarla de *nueva obra*, de nueva planta y refundida, y así aparece estampado en la contraportada *Primera edición 2006*.

2. Se trata efectivamente de una obra de nueva planta, que casi duplica la anterior extensión⁹⁶⁰ dentro de un formato ligeramente más amplio que el de la anterior. Las novedades son múltiples y casi siempre enriquecedoras:

A) Figura como coautor de la misma Don Francisco Barberá, abogado zaragozano, autor de un Diccionario jurídico español-japonés y japonés-español, además de ser Director del programa japonés de la cátedra Garrigues. Su visión práctica enriquecerá y complementará sus aspectos doctrinales.

B) El *Estudio preliminar*, fundamental para el lector español, se redacta nuevamente, eliminando aspectos considerados como accesorios (como la lista habitual de agradecimientos; pero ¿lo era la galería fotográfica de las pgs 49 y ss. de la 1ª ed.?), añadiendo nuevas perspectivas y perfeccionando otras (así de cinco apartados se pasa a ocho), contando con el obligado tratamiento de la actualización legislativa nipona, verdaderamente inapreciable para el lector español.

C) La traducción española de algunos preceptos del Cc japonés ha sido revisada, no en su fondo, sino en su forma y estilo.

959 *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 2001, p. 403-406.

960 Ha pasado de un total de 323 pgs. a 575.

D) Probablemente la innovación más llamativa sea la de incluir el texto japonés a doble columna, así como en el texto y notas del *Estudio preliminar* (véanse p. 42-50) y también en bastantes notas al articulado. Ello no sólo dota a la obra de un especial *colorido* (en lo que conozco es la primera obra bilingüe hispano-japonesa que se edita en España), sino que abre, a mi juicio, inéditos caminos que luego desarrollo.

E) Se ha alterado el sistema de numeración de las notas a pie de página, que ahora alcanzan las 1453 y superan las 1264 (s.e. u o.) de la primera edición. Se ha reforzado y ampliado la información bibliográfica, poniéndola, efectivamente, al día⁹⁶¹. Se han incrementado los conceptos del *Índice tópico* final, que facilita su manejo.

3. Como resultado de lo anterior se incrementan los *destinatarios* del presente volumen. Por supuesto, todos los juristas de habla española, tanto a uno y otro margen del Atlántico, sino también el selecto grupo de juristas filipinos que han conservado *malgré tout* la lengua de la metrópoli, sin olvidar a la segunda generación de emigrantes nipones ya nacionalizados en algunos países americanos (Perú, Bolivia, Brasil, etc). Pero sobre todo creo que esta *edición bilingüe y actualizada* puede servir de estímulo a los jóvenes juristas japoneses para que se acerquen al Derecho español, por sí mismo y como puente de entrada al subsistema jurídico hispánico (Puerto Rico, Filipinas y Cuba). Mientras alemanes, franceses y juristas del *common law* han establecido a lo largo del siglo XX frecuentes y, en ocasiones, sólidas relaciones jurídicas con el país del Sol Naciente, en nuestros pagos, hasta este hermoso intento de la Cátedra Garrigues, nada se hizo. Solo cabe esperar que el llamamiento que se hace en las pgs. 41-44 sea correspondido ampliamente, al tiempo que felicito cordialmente a cuantos han colaborado en esta ilusionante expresa⁹⁶².

961 Poco habitual en obras traducidas a nuestro idioma cuando se publican nuevas ediciones en español, y en el interregno la obra original resulta ampliada.

962 Véase lo que se dice bajo el epígrafe "¿Sabemos algo de los denominados *Derechos orientales?*", en mi recensión amplia *Bibliografía italiana sobre Derecho comparado en el siglo XXI*, en RDN n° 57, enero-marzo 2006 (y en este vol., p. 771 ss.). A los trabajos allí citados *adde*:

Marina TIMOTEO, *Modelli antichi in legge moderne: L'adozione in Cina*, en RTDPC, 1998, p. 17-32.

MOCCIA, *Il sistema giuridico cinese: caratteri tradizionali e lineamenti attuali*, RTDPC, 2000, p. 1251-1283.

BIBLIOGRAFÍA ITALIANA SOBRE DERECHO COMPARADO EN EL SIGLO XXI⁹⁶³

Sumario: I. Introducción.— II. Venturas y desventuras de las traducciones de obras jurídicas.— III. Confesiones de un comparatista, de origen europeo, que ejerce en la *Common Law*.— IV. El Derecho comparado como Ciencia : Perspectiva de un comparatista rumano.— V. Juicio valorativo. VI. Obras generales dedicadas a la enseñanza del Derecho comparado.— VII. Algunas conclusiones.— VIII. El caleidoscópico panorama comparatista italiano.— IX. ¿Sabemos algo de los Derechos orientales?— X. Valoración final.

I. INTRODUCCIÓN

En determinados momentos históricos parecía que el Derecho comparado era una partida que se jugaba exclusivamente entre dos contendientes, que, por otro lado, se alternaban en el triunfo. Si al nacer el moderno comparatismo en el Congreso Parisino de 1900 —celebrado como uno de los fastos de la Exposición Universal de ese mismo emblemático año— el vencedor no podría ser otro que Francia (por la nacionalidad de los promotores de aquél, la temática discutida y hasta por el empleo exclusivo de la lengua de Molière en sus debates), he aquí que el conmemorarse el centenario de la efemérides en el Congreso del año 2000 en Nueva Orleans, el indudable triunfador ha sido el colectivo anglosajón por pertenecer a ese grupo la gran mayoría de los asistentes (éramos poco más de una docena

963 Publicada en RJNot, núm. 57, enero-marzo 2006, págs. 321-359.

Este apartado se justifica por el papel que en el siglo XXI está llamada a desempeñar la ciencia comparativa italiana en el mundo.

los participantes europeos continentales), la temática discutida (a saber, y fundamentalmente, la perspectiva comparativa desde la otra orilla del Atlántico) y, lógicamente, por el uso mayoritario del inglés en los debates. Pero sería un error compartir la idea de que el Derecho comparado es únicamente cosa de dos, o sea un diálogo entre el *Civil Law* (representado por Francia y el *Code civil* de 1804) y el *Common Law* (a saber, la tercera parte de la humanidad regida por el sistema del *Case Law*), en el que los demás (cumplimos, y) cumplen el papel de comparsa. En efecto, hacia el último tercio del siglo pasado surge un hecho nuevo, a saber que emerge con fuerza la doctrina comparatista italiana⁹⁶⁴; la asignatura comienza por

964 Sin remontarnos a pioneros cuyas obras ya no se citan por carecer de utilidad, pueden mencionarse los siguientes trabajos, ya traten de temas comparativos de carácter general, ya se refieran a aspectos parciales:

ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano 1952).

ROTONDI, *Diritto comparato*, s.v. Novs.DI, V, 1960.

SERENI, *Funzione e metodo del diritto comparato*, RTDPC, 1960.

VASSALLI, *L'extrastualità del diritto civile*, en *Studi Giuridici*, vol. III-2° (Milano 1960).

GRISOLLI, *Corso di diritto privato comparato* (Milano 1962).

GORLA, s.v. *Diritto comparato*, Enc. del Dir.XII, 1964.

CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi in diritto comparato* (Milano 1968).

RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna* (Bologna 1971) Obra colectiva en la que destacan singularmente: TARELLO, *Le idee della codificazione*, p. 31 ss, y CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, p. 49 ss.

ROTONDI, *Studii di diritto comparato e teoria general* (Padova 1972).

TEDESCHI, *Panorame dei diritti stranieri moderni* (Genova 1975).

CANNATTA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* (Torino 1971), 2ª ed. 1976.

SACCO, *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, en *Rapports nationaux italiens au IXe. Congrès International de Droit Comparé* (Milano 1974), p. 113 ss. Obra fundamental de quien actualmente representa la cabeza visible de una de las más importantes Escuelas comparatistas italianas.

DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, RDPProc. 1979.

CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano 1979).

GORLA (a cura di), *Diritto comparato e diritto commune europeo*, (Milano 1981), en el que destacan varias contribuciones del director del vol.: *La giurisprudenza*, p. 263 ss.; *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, p. 303 ss.; *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. Cod. Civ.*, p. 443 ss.; *I Tribunali supremi degli Stati preunitari*

adquirir un sólido *status* en los Planes de Estudio de la Licenciatura de Derecho en Italia y luego, científicamente, se hace paulatinamente presente a nivel europeo y luego mundial. Ahora se cosechan los frutos de un tercio de siglo de labor inteligente y constante, que se traducen, por ej., en la gran nómina de cultivadores, en la multiplicidad de *Collane* que acogen las nuevas publicaciones, y, por último, en la existencia de una pluralidad de Escuelas que rivalizan por estar presentes a nivel doctrinal.

Partiendo de que la doctrina comparatista italiana no era advenediza en este campo⁹⁶⁵, me permito agrupar como sigue las características externas que ofrece la bibliografía sobre la materia aparecida en el periodo 2001-2005, siguiendo en cada apartado el orden cronológico.

A) TRADUCCIONES DE OBRAS SIGNIFICATIVAS:

Basil MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*. Traduzione di Vanna LEVI e Nello PASQUINI. Presentazione di Fernanda CONTRI. Con un saggio di Guido ALPA. Milano, Giuffrè, 2004. 286 pgs.⁹⁶⁶.

italiani quale fattore della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati, p. 543 ss.

GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel mondo "occidentale" e una introduzione al "Dialogo Civil Law-Common Law"* (Milano 1983).

PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato* (Milano 1983).

965 Hay precedentes que se remontan al s. XIX, pero en la excelente Información bibliográfica que incluye SACCO en la 5ª ed. (reimpresión) de su *Introduzione al Diritto Comparato* (Torino 1995) p. XVII, y antes de las clásicas voces sobre el tema de ROTONDI y GORLA, respectivamente en el *Novis. Digesto* y en la *Enciclopedia del Diritto*, sólo incluye a AMARI, *Critica di una scienza delle legislazione comparate* (Genova 1857), SARFATTI, *Introduzione allo studio del diritto comparato* (Torino 1933) y ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, publicado en *Annali del Seminario giur. Dell'Univ. di Catania* de 1949. A mi juicio el pistoletazo científico de partida lo da el propio SACCO con su Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Teherán (1974), titulado *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, en el vol. de los *Rapports nationaux italiens* (Milano 1974) p. 113 ss.

966 La obra constituye el número 40 de la colección *Giuristi stranieri di oggi*, dirigida por Cosimo MARCO MAZZONI y Vincenzo VARANO, iniciada en 1986 en la que

Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *La scienza del Diritto comparato*. Edizione italiana di Rocco Favale. Giappichelli, Torino, 2003. 455 pgs.⁹⁶⁷.

B) OBRAS GENERALES DEDICADAS A LA ENSEÑANZA:

Maurizio LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Edizioni Scientifiche I, italiane, Napoli-Roma 2001. 297 pgs.

Vincenzo VARANO-Vittoria BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*. Giappichelli, Torino 2002. 459 pgs.⁹⁶⁸.

la variada temática no excluye los temas comparativos y sobre legislación extranjera, con un elenco de autores también muy amplio (además de algunos italianos, aparecen obras traducidas de franceses, alemanes, ingleses, norteamericanos, e incluso españoles en la persona del profesor PECES BARBA) pertenecientes a diversas ramas del Derecho, sin excluir, como vemos, la Filosofía del Derecho y la Economía.

La versión italiana se hace de la siguiente obra en inglés: B. MARKESINIS, *Comparative Law in the courtroom and classroom. The story of the last thirty-five pas years*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003.

967 La obra se inserta en una colección titulada *Sistemi giuridici comparati* dirigida por Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, en la cual han aparecido, del mismo autor *Introduzione al diritto comparato*, cuya 2ª ed. se publica en 1996; y *Il metodo comparativo*, 2ª ed. del 2000. Asimismo las siguientes obras de autores italianos: Ugo MATTEI, *Il modello di Common Law*, 2ª ed. 1996; Pier Giuseppe MONATERI, *Il modello di Civil Law*, 2ª ed. 1997; Gianmaria AJANI, *Il modello post-socialista*, 2ª ed., 1999; Marco GUADAGNI, *Il modello pluralista*, 2ª ed. 1996; Francesco CASTRO, *Il modello islamico* (en preparación).

La versión italiana se hace sobre la obra, inicialmente publicada al parecer en alemán, y luego traducida al francés y al español : Léontin-Jean CONSTANTINESCO *Die rechtsvergleichende Wissenschaft Band III, Rechtsvergleichungs*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1983.

968 *La science des droits comparés, Traité de Droit comparé*, tomo III, Economica, París 1983. *La ciencia del Derecho comparado*, vol. III, *Tratado de Derecho comparado*, traducción del alemán por Enrique SIMONE GIBSON, Ediciones Universitarias de Valparaiso, Univ. Católica de Valparaiso, 1991.

Con esta obra se inicia la *collana Strumenti di Diritto Comparato*, dirigido por V. VARANO, en la que se anuncia el II vol. de la misma obra, y la debida a Alesandro SIMONI, *Diritto comparato, sviluppo, transizione. Testo e materiale per una riflessioni critica sui programmi internazionali di "assistenza legislativa"*.

Gianmaria AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*. Giappichelli, Torino 2005. 346 pgs.

C) OBRAS VARIAS:

Valentina BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara; che cosa, come, perché?*, Giuffrè Editore (Milano 2003); 354 pgs.⁹⁶⁹.

Marina TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali* Cedam (Torino 2004); 391 pgs.⁹⁷⁰.

II. VENTURAS Y DESVENTURAS DE LAS TRADUCCIONES DE OBRAS JURÍDICAS

Una doble vía han utilizado los juristas italianos para llegar a adquirir protagonismo en Derecho comparado a nivel internacional. De una parte traduciendo obras extranjeras al italiano, y, de otra, escribiendo en inglés o en francés sus aportaciones en la materia; esta última puede corresponder coyunturalmente a una operación de *marketing*, y nada diré de ella aquí. Lo primero es un proceder clásico y se ha utilizado de modo generalizado en todos los países, contribuyendo, en el ámbito comparativo, al fenómeno de la *circulación de los modelos*; sabido es que, por ejemplo, a fines del siglo XIX, la romanística italiana la aplicó para dar a conocer en el país los logros dogmáticos de la *Begriffsjurisprudenz*; sus resultados fueron óptimos pues contribuyó además a revitalizar el Derecho civil desembocando en ese *capolavoro* que, con algunos defectos e insuficiencias, constituye todavía el C.c. de 1942. Lo intentamos en España, en esa última materia, en el primer

969 Constituye el vol. 6 de una *Collana* dirigida por Maurizio LUPOLI, iniciada en 1999, con el simbólico título: *L'Alambico del comparatista*.

970 Forma parte de la prestigiosa colección de monografías sobre *Contratto e impresa*, dentro de la serie sobre *Diritto comparato* con el número 3, que dirigen Francesco GALGANO y Franco FERRARI. Iniciada en 1999, ya se comprueba que su crecimiento ha sido más bien lento, si bien resultan sugestivos los temas acometidos: Paola MANES, *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese* (1999), y Luca BORDIGNON, *La cessione del credito tra la disciplina generale e disciplina speciale. L'esperienza francese* (2003).

tercio del siglo pasado con la traducción y Anotación del *Lehrbuch* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, y sus resultados acaso no han sido tan fulgurantes como los experimentados en Italia con la traducción de las *Pandekten* de WINDSCHEID, aunque debe reconocerse que aquella traducción contribuyó notablemente a elevar el nivel científico de nuestra Civilística durante un prolongado periodo del siglo XX. La traducción, para ser fructífera, debe acertar en la elección del autor extranjero a traducir, que debe ser representativo en la materia de que se trate. Suele haber un imprescindible requisito de actualización que pocas veces se tiene en cuenta; si se traduce a un autor vivo, hay que contar con la evolución de su pensamiento y la posibilidad de que dé a luz nuevas ediciones que acaso corrijan, rectifiquen o completen su inicial pensamiento⁹⁷¹. Así, entre nosotros, la madrugadora traducción del *Droit civil* de CARBONNIER quedó, a los pocos años, desfasada dadas las sucesivas ediciones —modificadas y ampliadas, como es notorio, por su autor— del texto original.

En relación con el Derecho comparado ya se habían traducido recientemente al italiano las obras clásicas de René DAVID⁹⁷² y ZWIGERT-KÖTZ⁹⁷³, cuando se publican en el último quinquenio las de MARKESINIS y CONSTANTINESCO, juristas ambos procedentes del continente europeo, aunque con caracteres más bien opuestos y hasta contradictorios; en efecto, la primera viene a resumir la experiencia de una vida dedicada al Derecho comparado en el mundo anglosajón, pero dista de constituir propiamente una obra sistemática, y no sería,

971 Todavía algunos juristas de habla hispana siguen citando a Natalino IRTI como paladín de la *descodificación del Derecho civil*, siguiendo la traducción española de su obra (en su momento, sin duda, oportuna), cuando el autor, a partir de los años 90 ha cambiado sustancialmente de pensamiento y se adscribe resueltamente al grupo de los partidarios de la centralidad de los Códigos civiles.

972 René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain* 10^é. ed. (París 1992). Trad. ital. al cuidado de R.SACCO, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4^é. ed. (Padova 1994).

973 ZWIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2 vols (Tübingen 1969-1971). Trad. ital. *Introduzione al diritto comparato* (Milano 1998).

en modo alguno, parangonable a las mencionadas en primer término; la segunda viene a completar dos obras ya traducidas al italiano, cuyo conjunto representan una obra rigurosamente sistemática, profusamente documentada y con vocación a ingresar en el reducido grupo de las obras básicas.

III. LAS CONFESIONES DE UN COMPARATISTA DE ORIGEN EUROPEO QUE EJERCE EN LA *COMMON LAW*

De origen greco-italiano, Basil MARKESINIS, tuvo una intensa formación jurídica europea continental, en Italia, Francia y Alemania; actualmente es titular de la cátedra de *Common and Civil Law* de la *University College* de Londres, y de la cátedra *Jamail Regents* de la Univ. de Texas. Es Doctor h.c. por las Univ. de Atenas, Cambridge, München, Oxford y Panthéon-Sorbonne. En la presentación, no se proporciona una lista exhaustiva de sus obras, aunque se señalan, por vía de ejemplo, las siguientes: *Tort Law* (en colaboración con DEAKIN), *The german law of Torts. A comparative introduction, The law of contracts and restitution. A comparative introduction, The gradual convergence. Foreign ideas, foreign influences, and english law on the eve of the 21 st century.*

Con indudable acierto la editorial no ahorra esfuerzo para facilitar el acercamiento al pensamiento del autor a los futuros lectores italianos. Así los traductores del libro⁹⁷⁴ lo presentan como obra muy personal, lleno de opiniones a menudo hirientes, no siempre compartibles, sobre la comparación y sus escuelas, así como sobre los comparatistas, considerados prevalentemente como *comparatistas militantes* y no meramente como *juristas abiertos a la comparación*⁹⁷⁵, y lo califican de libro *deliberately controversial*, que no dejará de provocar reacciones de diverso signo, debido en parte a la complejidad de su autor. Por su parte, la presentadora de la obra⁹⁷⁶ dice que el autor es, sobre todo, un gran europeísta, profundo conocedor del derecho inglés, francés, alemán, norteameri-

974 Op. cit., p. VII s.

975 Subrayados míos.

976 Op. cit., p. IX.

cano y observador agudo y atento estudioso del Derecho comunitario. En lo que califica como *lección magna sobre el método comparativo*, revela un continuo contacto con la realidad, la concreción y la modernidad sin olvidar los problemas culturales. Mirando a la historia del derecho, de la que no prescinde, se inmerge en el presente para proponer lo que sirve al hombre de hoy. ALPA en un jugoso prólogo⁹⁷⁷, recuerda que la Arcadia es un lugar mítico, es una categoría espiritual, es el templo de la poesía, y también la nueva figuración de lo que supera al tiempo, hasta el punto de vencer a la muerte. Quien desea llegar a convertirse en un comparatista serio debe entrar en la Arcadia, debe abandonar las restricciones mentales de su mundo de origen y abrirse al exterior, a la confrontación, a las novedades, a las contraposiciones; no debe olvidarse de las lecciones del pasado, pero ni siquiera debe sumergirse demasiado en el presente, que, por su naturaleza, es transeúnte. El pasado, para el comparatista, significa Derecho romano y derecho común medieval, significa un puesto central de las Universidades en el universo cultural, significa circulación de las ideas y circulación de los docentes y discentes. El mundo del ayer era, ciertamente, más gratificante que el mundo de hoy; pero no seremos buenos comparatistas si nos agarráramos sólo al pasado ignorando un presente más desilusionante. El Derecho comparado está inmerso en la realidad, no desdeña sus orígenes romanos pero se proyecta al derecho moderno. Los grandes Maestros como REHBINDER, RABEL o GORLA nos han enseñado como en el pasado los mismos jueces adoptaban modelos provenientes de otras experiencias a la hora de dictar sus sentencias. Semejante proceso de ósmosis se ha producido incluso en Gran Bretaña que era probablemente el país más aislado culturalmente de los europeos. No basta atrincherarse detrás de las teorías propias, hay que *entrar en la Arcadia*; hay que tratar de comprender por qué los Jueces han sentenciado de tal modo, mediante una investigación histórica, económica, sociológica y antropológica. Hoy es más necesario que nunca viajar, ver y comprender las nuevas situaciones; el derecho comparado debe hacer frente al desafío de la globalización, al peso de la europeización

977 Op.cit., pgs. XIII-XXVII.

de las instituciones y de las reglas que las gobiernan y que rigen a los pueblos de la Unión Europea. No basta construir preciosos aparatos conceptuales cuyo fin último consiste en satisfacer a su creador y a los demás creadores del mismo ambiente enclaustrado. El Derecho comparado no es un juguete que debe confinarse en los museos académicos, sino que cumple funciones de naturaleza social. Debe exponerse al mundo de los operadores jurídicos, legisladores, profesionales y sus clientes, y sobre todo a los jueces que se ven obligados a adoptar decisiones, para lo cual deben ser asistidos, orientados, y anticipados, y también teniendo en cuenta lo que sucede en experiencias diversas de la propia. A esta nueva realidad no puede adaptarse el viejo método comparativo que privilegiaba el modelo nacional de pertenencia, con algunas incursiones en el exterior. Hay que verificar la circulación de los modelos y de las soluciones, es preciso estar abiertos a las ideas provenientes del exterior, para valorarlas, criticarlas o acogerlas, pero nunca ignorarlas.

Para ALPA en la presente obra se comprende una autobiografía intelectual, una historia del Derecho comparado inglés, un mapa de las Escuelas comparatistas existentes en Europa y en USA, así como una descripción de los modelos metodológicos que se han sucedido en el tiempo, y asimismo una meditada y aguda descripción del método que personalmente ha sabido forjar. El estilo es convincente, persuasivo y vivaz, puntilloso en los recuerdos, riquísimo en las referencias y en las anotaciones sobre las direcciones culturales y sus protagonistas que han operado, y operan todavía, en los ámbitos continentales, cuidadoso en la búsqueda de los precedentes y en las discusiones de los casos más relevantes, realista en las valoraciones, a veces crudo en sus juicios, pero siempre generoso. Es una obra compleja, quizá la más compleja que haya escrito el autor, pero también la más completa porque no se dedica a un solo sector del ordenamiento.

Es curioso el apartado relativo a lo que los norteamericanos denominan *reputology* que trata de averiguar el prestigio de los autores por las citas que de ellos hacen los demás. Con razón observa ALPA que un simple cálculo mecánico del número de citas de un autor no es relevante si no se toman en consideración determinados factores, tales

como el contexto en que la cita se hace, la importancia misma de la cita, los caracteres del autor citado etc. Parece claro que, por sí mismo, el número de citas de un autor no significa mucho, debiendo atenderse a la cita cualitativa. A ello debe añadirse el escaso conocimiento en USA de las lenguas extranjeras⁹⁷⁸.

Entre los *obstáculos* que se presentan al futuro del Derecho comparado, se enumeran el orgullo nacional mal entendido, la rutina que sumerge al jurista en los menudos problemas cotidianos que le impiden ni siquiera sospechar los horizontes que se abren más allá de la práctica cotidiana, la desconfianza hacia las instituciones europeas, la escasa comprensión de idiomas extranjeros y la dificultad de encontrar buenas traducciones. Pero algo está cambiando, como los intercambios entre docentes y discentes, los programas de investigación integrada, la mayor difusión de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y de Luxemburgo; se está ampliando, no sólo el espectro de soluciones sino también el de argumentaciones que los prácticos pueden encontrar en

978 Puede parecer excesivo el número de páginas que el autor dedica a la *Reputología* en el apartado 3, pgs. 97-189, si bien ello le permite extraer sabrosas consecuencias. Incluye varias Tablas estadísticas relativas a citas de comparatistas (norteamericanos, ingleses, alemanes, franceses e italianos) en revistas jurídicas de Gran Bretaña, Francia, Alemania y USA; a citas de comparatistas de aquellas nacionalidades por parte de los Tribunales de Australia, Canadá, Inglaterra, Alemania y USA; en ambos casos con indicación de la obra objeto de cita puntual. Con base en la RIDC (publicada en París), y correspondiendo al periodo 1980-2001, citas de comparatistas americanos, británicos, alemanes, franceses e italianos. Comparatistas citados, a su vez, por el Tribunal Supremo Federal alemán. Reenvío al Derecho comparado, en realidad, al derecho extranjero) en la legislación alemana sobre condiciones generales de la contratación, en el Derecho general de obligaciones y en la responsabilidad civil extracontractual. La conclusión en este punto es que queda mucho por hacer (op. cit., p. 189), aparte de la dificultad que supone la imposición de la lengua inglesa como *lingua franca*; de hecho los legisladores y jueces de cualquier país prefieren consultar el derecho extranjero en estudios publicados en su propia lengua. A su juicio "los profesores que quieran abatir las barreras impuestas por esta cerrada mentalidad triunfarán en su propósito sólo si logran recibir el apoyo de mundo de los negocios y de los jueces; para ello deberán escribir sus obras de modo interesante para ambos".

Marginalmente hay que registrar la total ausencia de autores y publicaciones españoles en los elencos o catálogos manejados en las mencionadas estadísticas.

las experiencias extranjeras y utilizar en beneficio propio. Concluye el autor con una *nota de optimismo* de naturaleza compleja y basado en factores concretos de cuya recíproca actuación cabe esperar una nueva fase del Derecho comparado; por ej. la difusión en el mundo inglés de los sistemas continentales más importantes, la discusión suscitada acerca de las aportaciones de los mismos, la actuación conjunta de las Asociaciones de Abogados y de los grandes bufetes profesionales, el intercambio de experiencia entre los jueces de diversos países, y, finalmente, la superación de los provincialismos dictados por un malentendido concepto de la independencia cultural.

Pero ¿qué ha escrito MARKESINIS en este pequeño libro que no alcanza las 300 pgs. en formato reducido? Lo mejor será transcribir el enunciado de sus seis capítulos, redactados con cierto estilo poético y simbólico:

1. Reflexiones sobre el estado del Derecho comparado; I: El crepúsculo de los héroes.
2. II. La muerte de los héroes y la época del estado social.
3. Difundir el evangelio (y el nombre del evangelista).
4. El derecho extranjero inspira el derecho nacional: *Greatorex v. Greatorex*.
5. El acercamiento *focalizado* sobre el derecho público.
6. Reflexiones sobre el futuro: Un epílogo.

Como punto de partida expresa MARKESINIS⁹⁷⁹ que, en muchos aspectos, los últimos sesenta años han sido una verdadera y propia *Edad de oro* del Derecho comparado, poblada de héroes, cuando no de dioses. En Francia, RODIÈRE y TUNC eran titulares de cátedras prestigiosas en París, mientras que DAVID se retiró a Aix después de los acontecimientos de 1968. En Alemania se encontraban especialmente activos ZWEIGERT, KOLL y LORENZ, junto a DROBNIG, GORLA dominaba sin oposición en Italia. Sir Otto KAHN-FREUND desplegaba su explosiva personalidad en Oxford, junto a HAMSON y LIPSTEIN,

979 Op. cit., p. 11.

representante este último de una serie de emigrantes cultos dejados en herencia al mundo anglosajón por la locura hitleriana. Max RHEINSTEIN —el jurista continental que, a juicio del autor, ha sabido penetrar mejor la concepción del *Common Law*— enseñaba en Chicago mientras que SCHLESINGER fascinaba a generaciones de estudiantes de la *Cornell University*. DAWSON y FLEMING trataban de difundir en el mundo anglosajón ideas tomadas de la cultura germánica y se interesaban especialmente por las obligaciones en el *Common Law*. Pero después se produjo el ocaso, y el autor que ha dedicado los últimos treinta y cinco años de su vida al Derecho comparado, se pregunta ¿por qué? La primera respuesta que el autor ofrece, a saber, la ausencia sobre la materia de un Tratado definitivo⁹⁸⁰, supone una crítica completa, aunque matizada, de la obra de DAVID, la cual si bien sirvió para rellenar un hueco doctrinal en los años 50-60, no supo adaptarse ni evolucionar a nuevas circunstancias (así se denuncia el poco acierto en la división de familias jurídicas, olvido del derecho público, errores en cuanto al tratamiento del entonces amenazante bloque soviético, mal disimulado propósito de colocar al derecho francés en lugar preeminente) que lo convirtieron en libro poco atractivo para los estudiantes de habla inglesa y para su utilización por los Tribunales. En contraposición menciona la obra *Comparative Law* de SCHLESINGER, de gran éxito entre los estudiantes norteamericanos (hay sexta ed. al cuidado de BAADE, HERZOG y WISE), pero, a su juicio, de escasa utilidad para escolares y tribunales ingleses o, en general, no estadounidenses. FLEMING fue otro emigrado político alemán, profesor en Berkeley, colaborador asiduo de la *Law Quaterley Review*, y autor de una obra en que armonizó las soluciones de derecho australiano, americano e inglés, pero que no acertó a ofrecer una metodología apropiada. MARKESINIS critica además la influencia romanista e historicista entre los comparatistas ingleses⁹⁸¹, basándose en que, cualesquiera que fuesen

980 Op. cit. 14 ss.

981 Durante la segunda mitad del siglo pasado, cuatro comparatistas ingleses iniciaron su carrera académica como romanistas (LAWSON, LIPSTEIN, HONORÉ y NICHOLAS), y otros dos lo enseñaron en buena parte de la suya propia (RUDDEN y

su belleza y riqueza, el Derecho romano no fue concebido para afrontar los fenómenos e instituciones propias de nuestro tiempo; los problemas actuales están impregnados de derecho público, relativos por ejemplo al poder de la prensa, de la informática, del derecho de autor y de las marcas, estando profundamente influido por las reglas sobre previsión y seguridad social; a ello deben añadirse los desafíos contemporáneos como la globalización de los mercados financieros y las necesidades de los bufetes internacionales de abogados, conduce a que el aprendizaje del pasado jurídico esté destinado a perder relevancia en el futuro. El autor reconoce que en dirección opuesta discurre la obra de ZIMMERMANN (*Roman Law in Contemporary Law, European Law: The civilian Tradition*, Oxford University Press, 2001), cuyos méritos no regatea⁹⁸², aunque defiende ardorosamente que los nuevos planteamientos exigen una ruptura con el pasado. Por otra parte, en los EEUU no se siguió la orientación británica de vincular el Derecho romano al Derecho comparado, y a ello contribuyó que la enseñanza del Derecho Romano se integrase en el Departamento de Historia. MARKESINIS ensalza la figura y el papel desempeñado por otro jurista de origen alemán que ha desarrollado su tarea en los EEUU. Se trata de RABEL a quien califica de auténtico *titán* entre los comparatistas. Comenzó su carrera universitaria siendo discípulo del romanista austríaco Ludwig MITTEIS, de quien siempre se ha considerado deudor por la disciplina y precisión metodológica que le transmitió; en 1916 se traslada a Munich para dirigir el Instituto de Derecho extranjero e internacional, coincidiendo con RHEINSTEIN como Asistente Bibliotecario, y dirige su preocupación al derecho moderno siguiendo el famoso consejo de IHERING, *con el Derecho romano, pero más allá del Derecho romano*; concentra sus investigaciones en la compraventa de muebles pero con un dimensión fundamentalmente práctica ya que ejerció como juez, árbitro y asesor legal de

WEIR), mientras que JOLOWICZ era, a su vez, hijo de un reputado romanista (Op. cit., p. 22, n. 21).

982 “En esta sede, con su acostumbrado entusiasmo, estilo feliz y cuidado del detalle, ha subrayado con gran eficacia la continuidad entre el viejo Derecho de las Pandectas del s. XIX y el modo en que los Tribunales alemanes interpretan su *nuevo* BGB del 1900, en los años siguientes a su promulgación” (op. cit., p.26).

grandes empresas, aprovechando sus conocimientos del *Common Law* para llegar a una cierta ruptura con el derecho alemán; recaló en Oxford y luego en USA si bien el autor cree que sus méritos comparatistas no han sido debidamente reconocidos en el mundo anglosajón. A juicio del autor no se ha producido una fusión o, al menos, comunicación eficaz entre los grandes maestros comparatistas ingleses (GUTTERIDGE, HAMMON, LIPSTEIN, LAWSON, HONORÉ, NICHOLAS, RUDDEN) y la abundante emigración alemana ocurrida entreguerras, y tampoco con los discípulos de unos y otros; ello explica, a su juicio, el grave déficit de obras escritas (que le permite hablar del *letargo del profesor inglés*, y su cruda afirmación de que algunos de ellos, con su pobre *curriculum*, no hubieran alcanzado una cátedra en la más modesta Universidad del continente). Todo ello le permite, de pasada, parangonar la forma en que se realiza la carrera universitaria en Inglaterra y en el continente, con juicio favorable a esta última. La conclusión es que, tanto en Inglaterra como en USA, la fascinación de la edad de oro del Derecho comparado no sobrevendrá a la muerte del último de los supervivientes de aquella. Si ahora renace el interés por el comparatismo ello se debe —en su opinión—, no a los genios, sino a los políticos; las necesidades prácticas y no el fermento académico; la iniciativa privada y no la dirección de las instituciones administrativas; al derecho vinculado a los negocios y no a la filosofía⁹⁸³.

Constata que hay una *communis opinio* sobre la falta de un auténtico método comparativo que los grandes maestros no han conseguido legar a sus discípulos. Cita la opinión de REITZ para quien los que enseñan y escriben en el campo del derecho comparado no han enseñado formalmente cómo hacer derecho comparado; coincidente con la de SACCO (en relación con la actuación de DAVID, SCHLESINGER y GORLA) cuando afirma que se ha visto forzado a hacer lo que los tres maestros que le han transmitido cuanto sabe, olvidaron proporcionarle, a saber, la fórmula que permite alcanzar los mágicos resultados de la investigación. MARKESINIS discrepa parcialmente de SACCO en cuanto ha olvidado citar a RABEL que sí ha dejado una metodología, y

983 Op. cit., p.42.

a KAHN-FREUND que ha trabajado especialmente en el ámbito laboral. Concluye que, sobre todo en el ámbito norteamericano, los grandes comparatistas de la Edad de Oro —a excepción de los dos últimos citados—, se prodigaron poco para enseñar a sus discípulos cómo presentar el derecho extranjero a un auditorio estadounidense, cómo poner en práctica la ciencia extranjera y cómo asegurar su continuidad y supervivencia. Si hoy en el mundo anglosajón las enseñanzas se encuentran en un *ghetto*, las causas de esta situación se deben en buena parte, a su juicio, a los grandes Maestros de la Edad áurea, causas provenientes del interior y no del exterior, que parece alimentarse de la separación entre el derecho de la doctrina y el derecho de la práctica, aunque en ambos lados haya habido comparatistas de categoría, conduciendo a ambos —quizá inconscientemente— hacia el Derecho romano, lo que ha culminado en su inaccesibilidad y en su gradual ocaso. De la catástrofe se han salvado los más entusiastas del Derecho comparado y los mejor dotados lingüísticamente hablando. Se está produciendo un *revival*, no tanto debido a los héroes sino a un mundo política y económicamente cambiado, cambio favorecido por el fin de la guerra fría y la fe creciente en la idea europea. Para salir de la decadencia MARKESINIS propone una *practicidad funcional*, consistente en hacer lo posible para que el material del derecho extranjero sea, en primer lugar, interesante, para los jueces; pero dado que los jueces ingleses confían en los materiales y argumentaciones que le proporcionan los abogados, hay que fomentar la colaboración entre jueces y abogados; el triángulo debe cerrarse, a su juicio, con los profesores, en una función secundaria aunque útil para que el material comparativo se haga transparente y fácilmente accesible al consumidor final. De hecho, fruto de su experiencia personal, el autor constata que un grupo importante de jueces ingleses se muestran interesados por las soluciones continentales, especialmente alemanas; así Lord Goff, Lord Woolf, Lord Bingham, Lord Steyn, Lord Hope, Lord Clyde, Lord Rodger di Earlsferry; y también Jueces de la High Court como Sedley y Schiemann; en vía extrajudicial el Lord Chancellor ha demostrado su gran interés por los desarrollos jurídicos europeos. Las referencias en sus sentencias sobre el moderno *Civil Law* han sufrido un incremento notable y continuado, sólo superadas por las declaraciones

extrajudiciales de los jueces de los Tribunales superiores que están subrayando el dato de que las diferencias entre el *Common law* y el *Civil Law* no son tan grandes como se creyó en el pasado⁹⁸⁴.

El autor al exponer su propio método se basa, inicialmente, en el propuesto y practicado por RABEL tal como se deduce de las Obras completas⁹⁸⁵ de este último; método que ha sido aplicado por sus discípulos y no queda, por lo demás, afectado por las críticas dirigidas a aquél, que resume así: a) *Particularismo*, denunciado por GERBER consistente en que tal método estaría al margen de otros conocimientos no jurídicos. A ello responde citando el trabajo de RABEL *The Statute of Frauds and comparative legal History* (Law Quaterly Review, 1947) en el que concluye que es necesario estudiar todos los factores presentes en el origen del problema afrontado en vista de su situación; ideas que desarrolla en su *Aufgabe und Notwendig der Rechtsvergleichung*⁹⁸⁶, y que fue desarrollado por sus discípulos⁹⁸⁷. Todo ello sugiere que RABEL puso énfasis en la necesidad de considerar las normas *en su contexto*, animando así a un acercamiento pluridimensional al derecho, aunque honradamente reconoce MARKESINIS que no siempre actuó aquél en tal sentido. En la misma dirección menciona a KÖTZ, conocido discípulo de RABEL, quien lo aplicó al campo de la responsabilidad civil, y lo llevó al conocido Tratado que ha escrito con ZWEIGERT. B) *Estaticidad*, de suerte que, según GERBER, la aplicación del método rabeliano crea una cuidada imagen inamovible, una instantánea, dado que no le afectan los cambios. Replica MARKESINIS que si bien el análisis de un problema específico crea efectivamente una *instantánea*, ella puede representar el punto de partida que ilumine la reforma del derecho. c) *Modo de proceder*. GERBER lamenta que RABEL haya prestado escasa

984 Se remite el autor a su obra en dos volúmenes: *Essays on Foreign Law and Comparative Methodology* (Hart Publishing, 1997 y 2001).

985 *Gesammelte Aufsätze*, IV Band, 1965-1971.

986 *Gesammelte Aufsätze* cit., III,

987 Así RHEINSTEIN, en materia de derecho de familia; Mary Ann GLENDON (discípula de este último) en su incisivo y controvertido *Abortion and Divorce in Western Law: American failures, european Challenges*, 1987; LANGBEIN, discípulo también de RHEINSTEIN que hizo lo mismo con la historia y el procedimiento civil.

atención al proceso que crea los instrumentos jurídicos. MARKESINIS ofrece como ejemplo su propia actuación en materias tales como la incidencia de las Compañías de seguro en materia de responsabilidad civil, o en el campo de la *privacy* en constante evolución, o en diversos sectores de la responsabilidad médica (*wrongful birth* y derecho a la vida). Concluye que cabe combinar las *instantáneas* de RABEL con las enseñanzas derivadas del acercamiento a un *derecho vivo*, como puede comprobarse en obras de ATYAH, SUMMERS y FLEMING⁹⁸⁸; de la confrontación entre el derecho inglés y el norteamericano resulta sorprendentemente que el primero resulta más directo y completo que el segundo; por otra parte, los estudios del derecho norteamericano, tal como se aplican por los tribunales, no debe haber tanta prisa en trasladarlos, sin más, a Europa como algunos pretenden, entre otras razones por la escasa atención que los jueces norteamericanos dispensan al derecho extranjero. D) *Indiferencia respecto al Derecho público*, Es cierto que RABEL se concentró en buena parte de su trabajo en cuestiones sobre el Derecho contractual y el mercantil, porque eran los más vivos en su país durante la República de Weimer. Pero opina MARKESINIS que el método rabeliano puede funcionar en otras partes del ordenamiento; y si para RABEL la internacionalización del comercio era una idea dominante, acompañada de la de mejorar la capacidad del profesional alemán, en el momento actual dicho profesional deberá utilizar el derecho extranjero, y, desde el momento en que no puede hacerlo por sí solo, se ve obligado a acudir al académico. Lo que no significa que deba olvidarse del legislador y del burócrata, ni que haya menores probabilidades de convencerle con estudios detallados, programáticos e interdisciplinarios, que siguiendo, más bien, las teorías de moda.

El autor sigue el método de explicar el derecho extranjero partiendo de casos y tratar luego de llevar al alumno a la totalidad del sistema; aduce como ejemplo el caso *Greatorex v. Greatorex* de la High Court (2000), en el que los jueces ingleses se inspiraron en el derecho alemán, el cual no ofrecía, sin embargo, una solución única. Por ello

988 ATYAH and SUMMERS, *Form and substance in anglo-american law* (1987); FLEMING, *The american Tort process* (1988).

propugna que el profesor universitario ayude al abogado a convencer al Juez. Niega que el euro-centrismo constituya un vicio; se opone a la introducción en la doctrina comparatista norteamericana de las denominadas *doctrinas modernistas y postmodernistas* de que se hacen eco MATTEI y DE ROBILANT, ratificándose en sus convicciones sobre la inutilidad de elaborar doctrinas y teorías carentes de utilidad práctica. Se opone resueltamente a que los comparatistas abandonen a los filósofos el establecimiento del programa del Derecho comparado, e igualmente a los romanistas⁹⁸⁹ y a los historiadores del Derecho⁹⁹⁰. Discrepa de MATTEI⁹⁹¹ afirmando que sus veinte años de experiencia docente en USA, le permiten constatar un terreno favorable a su método comparativo, empírico y práctico, mientras las Universidades se dedican a formar abogados, y no meramente funcionarios o banqueros, permaneciendo anglosajón en su mentalidad el mundo de las finanzas. En contraste, los comparatistas estadounidenses carecen de toda influencia sobre abogados y jueces.

Para MARKESINIS, a principios del siglo XXI prevalece una realidad económica y política que ha hecho cambiar la actitud frente al Derecho comparado, haciéndolo salir de su *ghetto*; así, la integración europea, el comercio mundial, la globalización de los derechos humanos, y los despachos de abogados multinacionales han facilitado que el Derecho comparado ocupe el lugar del Derecho romano como medio único de conocer la existencia de otros sistemas jurídicos en los cursos ingleses de Licenciatura, y sucesivamente en los programas norteamericanos aquél aparece indirectamente en el programa de numerosas especialidades jurídicas. Las decisiones adoptadas por el Tribunal de Luxemburgo o por el Tribunal de Estrasburgo han convencido a los

989 Menciona la pérdida de influencia del Derecho romano en varias Universidades europeas, incluso en Alemania.

990 Recuerda la lección inaugural que en 1888 pronunció MAITLAND en la Univ. de Cambridge sobre el tema: *Why the history of English law has no been written*, contrastándolo con el hecho de que en el año 2000 el Prof. BACKER, sucesor de Maitland en la cátedra atestigua el número irrisorio de estudiantes que siguen estos estudios.

991 MATTEI, *Why the wind changes: Intellectual Leadership in Western law*, American Journal of Comparative law, 1994, p. 207 ss.

juristas ingleses de que, para los grandes problemas jurídicos de nuestro tiempo, hay soluciones alternativas europeas diversas del Derecho anglo-norteamericano; no se olvide que hay un número creciente de hombres de negocios norteamericanos que se han dado cuenta del nacimiento de un nuevo mercado emergente en el que quieren participar. Se ha superado la época vivida en USA en la que el Derecho comparado se enseñaba por un puñado de juristas europeos forzados a exiliarse, secundados por un número todavía más exiguo de genios locales que habían captado el interés científico de aquél.

El cap. o apart. 3 —el más extenso del volumen— es complejo por su contenido, arrancando de la *Reputology* anteriormente considerada, con una conclusión generalísima: *quien desea ser conocido como comparatista ha de publicar en inglés* (lo que, sin duda, sitúa en condiciones de inferioridad a la mayoría de comparatistas españoles⁹⁹², al menos a los *seniores*). Ofrece un documentado apartado sobre la actual situación del Derecho comparado en Alemania (en las encuestas sobre el derecho extranjero mencionado por los Tribunales alemanes no hay ninguna referencia al derecho español, y, por supuesto, a autores hispanos). En una *nota conclusiva* hace reservas sobre las conclusiones que pueden deducirse de la *Reputology*, reconociendo defectos del método utilizado, si bien cree utilizable sus resultados. De las encuestas no se confirma la idea de que el Derecho comparado se encuentra en un *ghetto*; tal afirmación sólo valdría con reservas añadiendo que tal cosa se debería a culpas propias. En USA hay dos comparatistas entre los autores más citados; hay comparatistas que aparecen mencionados en todos los continentes. Pero los comparatistas más citados carecen de toda proyección en el mundo de la práctica. Opina que la investigación debe ampliarse a la utilización del Derecho comparado por los legisladores; teme que éstos acudan a los trabajos comparativos escritos por los autores que utilizan el mismo idioma que el legislador, sin acudir a las fuentes originales.

992 El autor impartió enseñanzas en la Univ. de Lérida por algún tiempo, pero no cita ningún autor de habla española, aunque de pasada lamenta la marginalidad de los derechos hispánicos en el ámbito comparativo.

El caso *Greatorex v. Greatorex* resuelto en el año 2000 por la *High Court* inglesa con ayuda del derecho extranjero (en particular, alemán), da pie a MARKESINIS a amplias consideraciones para explicar su método comparativo propio⁹⁹³. Los hechos son relativamente simples: Un menor de edad conduce con grave negligencia un vehículo, y sufre un aparatoso accidente resultando gravemente lesionado; en el grupo de asistencias que acude en su auxilio, figura, precisamente, el padre del herido, quien sufre un grave *shock* al atender a su hijo. Dado que el conductor carece de seguro, el problema que se plantea es si el padre, además de demandar en nombre de su hijo al equivalente del Fondo de Garantía por los daños sufridos por aquél, podrá reclamar igualmente los daños morales que ha sufrido personalmente al tener que atenderle en el lugar del accidente. Un caso similar había sido resuelto por s. de 11 mayo 1971 del TS alemán (daño moral por *shock* psíquico al comunicar a la esposa de 50 años la muerte por accidente de su marido de 64 años, hecho en el cual la culpa de la víctima concurrió con la del causante de aquél). Se discutía si procedía una reducción de la cuantía de la indemnización. A juicio del autor en el derecho norteamericano no se contempla exactamente el mismo caso, y la solución que se dé depende de la regulación de la responsabilidad por culpa extracontractual en cada uno de los Estados. Por ello analiza minuciosamente las razones por las cuales el juez inglés acudió a la jurisprudencia alemana; ello fue así, inicialmente, porque en la bibliografía de lengua inglesa no existían precedentes judiciales de otros países continentales; además la invocación se hizo por el abogado del Fondo de Garantía, quien proporcionó una completa información comparativa en este idioma (es decir, “en forma altamente digerible para el consumidor inglés”); se utilizó una terminología jurídica ya difundida y conocida por los ingleses; el resultado hubiera sido diverso si la consulta hubiera debido pasar, en cambio, a través de textos legales o profundos Tratados jurídicos; la facilidad lingüística del precedente norteamericano desaparecía ante la complejidad de su sistema jurídico. La conclusión es que hay un *soft law* que circula entre los países europeos a condición de estar debida-

993 P. 191-222.

mente presentado; el profesional del derecho inglés se beneficiará con una consulta ulterior del Derecho comparado en la materia, y, sobre todo, después de este caso, del Derecho alemán de la responsabilidad civil; y si se profundiza en la compleja construcción alemana de la responsabilidad civil, lo hará con mayor seguridad pues el caso *Greatorex* ha abierto nuevos caminos al Derecho comparado ante los Tribunales ingleses.

El tratamiento del Derecho comparado en materias propias del Derecho público es breve⁹⁹⁴, aunque agudo y sustancioso. Se fija en el tema de la responsabilidad civil de la Administración Pública ante los tribunales franceses e ingleses, tratando de averiguar las razones últimas de las divergencias, así como de los principios filosóficos que han inspirado el caso *Perruche* francés y los de otros países. Trata de elaborar una doctrina general que diferencia tres círculos diferentes. A su juicio, las diferencias reales entre los sistemas de derecho público no son las superficiales derivadas de hechos semejantes que dan origen a controversia; la gran mayoría de los juristas han concentrado sus esfuerzos sobre la noción de soberanía del estado, típica del siglo XIX, de modo que se han exasperado las indiscutibles diferencias, en lugar de evidenciar las analogías igualmente importantes, desarrollando así una vinculación celosa a los instrumentos heredados de su propio sistema. A juicio de MARKESINIS el siglo XXI exige otra actitud a los juristas para individualizar y afrontar las cuestiones verdaderamente centrales (que integran el tercer círculo) valorando en ellas su carácter transnacional, fuente de inmensas oportunidades para intercambiar ideas jurídicas. La correcta comprensión de los diversos sistemas consiste en ir reduciendo la importancia del segundo círculo y descubrir y definir las cuestiones reales que se ocultan en el tercero.

El autor hace un declaración de fe en su propio método comparativo que considera aplicable con éxito a todas las áreas del derecho y a través de todas las fronteras. Lo prueba el hecho de que cada día se incrementan las analogías existentes entre los países europeos; analogías

994 P. 223-252.

que no son consecuencia exclusiva de las Directivas, leyes-marco o tratados internacionales, que siempre se han ocupado de regular nuestra vida, sino de otros fenómenos como la creciente urbanización, la industrialización, el desplazamiento del comercio a nivel interestatal; fenómenos todos ellos que atenúan las diferencias locales de pensamiento y de comportamientos, y producen una asimilación de gustos, de actuaciones y de valores. Todo lo cual influirá en el tercer círculo y obligará a los juristas a adoptar mayor apertura en el razonamiento jurídico, desarrollar mayor propensión a la interdisciplinarietà, y a mostrarse más sensibles a las necesidades de quien utiliza sus materiales.

A modo de conclusiones finales MARKESINIS hace unas consideraciones, fundamentalmente prácticas, aplicables, en principio, al Derecho inglés, aunque sean generalizables. Recuerda algunas anécdotas del inicio de su estancia en Francia⁹⁹⁵, y contrasta las dificultades que encontraba la enseñanza del Derecho comparado con los factores que han producido un cambio de mentalidad, entre Profesores y alumnos. Detecta, con todo, una *mentalidad provinciana* en la mayoría de los Abogados ejercientes actualmente, así como el hecho de que muchos Jueces consideran la internacionalización de la vida jurídica como una *amenaza* al mundo en que han sido educados. Pero ve el futuro con optimismo ya que —no sin cierta exageración— comprueba que ninguna de las áreas del Derecho interno se sustrae al Derecho comunitario, y advierte en Inglaterra ciertos síntomas favorables (por ej. la apertura que están demostrando miembros pertenecientes a la cúspide del poder judicial inglés como Lord. BINGHAM, Lord WOOLF, Lord STEIN, y Lord CLYDE; así como otros miembros del Tribunal de Apelación como AULD, LAWS y SEDLEY). Apertura que tiene su complemento en la cita por sentencias inglesas del derecho extranjero, especialmente los *Motivos* del BGB. De aquí su fórmula que reitera a lo largo de la

995 Por ejemplo, las dificultades que encontró en la Universidad de París para utilizar los servicios de una fotocopidora, resueltos por intervención personal de TUNC, uno de los pioneros franceses del Derecho comparado; o la empresa casi insuperable de enviar estudiantes ingleses a la Facultad Internacional de Estrasburgo, pilotada entonces por los buenos oficios de Mme. Solá (de lo que fue testigo el revisor).

obra: *Que el Profesor predisponga el producto extranjero de modo interesante, que el Abogado esté dispuesto a utilizarlo, y que el Juez tenga mentalidad suficientemente abierta para hacer lo propio.*

Dificultades. Desde el punto de vista inglés, no oculta el autor cierta mentalidad social hostil hacia todos los europeos, que son *bárbaros, capaces de aniquilar la cultura inglesa*, y que luego se diversifica, sea hacia los franceses, los alemanes, los italianos y, eventualmente, hacia los griegos. La permanencia de ciertos estereotipos basados en interpretaciones erróneas del derecho extranjero (sobre el *Juge d'Instruction* francés que actúa sobre la base de que toda persona es culpable mientras no se demuestre su inocencia). El problema del idioma todavía no resuelto, aunque en vías de serlo por la creciente difusión del inglés, las dobles titulaciones universitarias, el incremento constante de material extranjero disponible en Internet. El *packing* o forma de presentación de la legislación extranjera de modo atractivo. *Estar al día en legislación extranjera*: grave problema que MARKESINIS encomienda a los profesores, ironizando sobre el Juez inglés que en un caso de *wrongful conception*, invitó a los Abogados a que encontraran citas de ARISTÓTELES en los casos ya fallados (apareció una sola) mientras que en la jurisprudencia europea se había producido varias sentencias en los dos años anteriores. En materia de responsabilidad civil, que conoce a fondo el autor, considera que hay espacio para un compromiso entre la generosidad norteamericana (necesaria, en su opinión, por la ausencia de un sistema de seguros sociales) y la parsimonia (a veces excesiva) de los europeos.

Finalmente, para promover un mayor intercambio intelectual, sugiere las siguientes medidas:

1^a) Garantizar la traducción al inglés de las fuentes más relevantes de los sistemas jurídicos más importantes. 2^a) Promover la exégesis gradual de este material. 3^a) Coordinar las actuaciones de los diferentes centros de investigación comparativa existentes en cada país (frente a la dispersión holandesa, el autor propone que en Inglaterra, Cambridge asuma una función primordial en materias de derecho público, Derecho internacional, Criminología e Historia del Derecho, mientras

que Oxford debiera concentrarse en el Derecho comunitario y del Derecho del Trabajo, y Londres en el Derecho privado, en tanto que Southampton, debiera hacerlo en el derecho marítimo). 4ª Lograr la colaboración de los Colegios de Abogados. Y 5ª) Institucionalizar los intercambios judiciales.

¿Conclusiones para juristas españoles? No resulta fácil formularlas cuando resulta que el libro margina a todo lo hispano conscientemente, circunstancia que el autor reconoce, aunque parece lamentarlo. Con óptica anglosajona (aunque no olvida sus orígenes y formación europea continental) el autor brinda un brillante y perspicaz cuadro del Derecho comparado en el mundo occidental durante los últimos 35 años. Alguno pudiera pensar que si, según MARKESINIS, en relación con el Derecho comparado, hemos pasado de *l'Age d'or* a la decadencia ¿para qué seguir preocupándonos en el siglo XXI por el Derecho comparado? ¡Que sigan inventando ellos! Sin embargo, no parecería razonable secundar semejante pesimismo, y, a mi juicio, sería más positivo seguir constatando los extraordinarios frutos que en los últimos decenios está produciendo la doctrina italiana comparatista, por más que tampoco se libre ésta de críticas por parte de MARKESINIS.

IV. EL DERECHO COMPARADO COMO CIENCIA: PERSPECTIVA DE UN COMPARATISTA RUMANO

Conocidas son las estrechas relaciones científico-jurídicas que, desde el siglo XIX, se han mantenido entre Francia y Rumanía, no interrumpidas ni siquiera durante los años oscuros de Ceaucescu⁹⁹⁶; basadas, entre otras razones culturales, en el hecho de que el Cc rumano de 1865 se inspiró fundamentalmente en el *Code*, por más que el periodo

⁹⁹⁶ Compartí amistad con el Prof. Aurelian Ionasco de la Univ. de Cluj durante los Años Sesenta del pasado siglo, con ocasión de los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, y recuerdo sus confidencias en la Facultad de San Sebastián cuando me decía que acostumbraba a conversar con su querida esposa Lucja en un paseo público de su ciudad para evitar los micrófonos que estaba seguro había puesto el Gobierno en su propio domicilio (pues era un prestigioso profesor que una vez al año pasaba varios meses en París impartiendo clases y dando conferencias).

comunista significara la amputación de buena parte del mismo. Fruto de tales relaciones es la frecuente publicación de obras, sea en francés, sea con proyección en el mundo galo, y la presencia de profesores de origen rumano en las Universidades francesas. La obra ahora vertida al italiano parece fue escrita inicialmente en alemán, aunque el mismo año se publica también la versión francesa, y años más tarde la española en Chile. Por otra parte, la extensa cultura del autor explica la presencia de autores de lengua española, de diferentes ramas del saber, que aparecen en la obra, y que aquí merece destacarse⁹⁹⁷.

Una breve biografía, intensa y variada, nos adentra en la personalidad de este autor; de origen rumano, que ha sido Profesor ordinario de Derecho Europeo y Director del Instituto de Derechos Europeos en la Facultad Derecho y Ciencias Económicas de Saarbrücken. Previamente se había laureado en Derecho en la Universidad de Bucarest y realizado los estudios del tercer ciclo en la Univ. de París, en donde obtuvo tres Diplomas Superiores (derecho civil, derecho público y economía política). Obtuvo también el Premio Dupin Aîné, y antes de ser nombrado *Privatdozent*, desempeña funciones de Consejero de Legación en la Embajada de su país en Lisboa, siendo colaborador del CNRS de París. Es autor de varias monografías sobre resolución de los contratos sinalagmáticos, incumplimiento de las obligaciones, responsabilidad contractual y aplicación directa del derecho comunitario. Pero, sobre todo, es un prestigioso comparatista, de quien dos volúmenes anteriores del magno Tratado habían sido ya traducidas al italiano en la misma Colección⁹⁹⁸.

997 Cito por el orden alfabético del Índice de Autores a los siguientes de lengua española: ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Mercedes BALLESTEROS GEBROIS, BENEYTO, BEVILACQUA, CASTÁN TOBEÑAS, CASTÁN VÁZQUEZ (mencionado como Vásquez), DE SOLÁ CAÑIZARES, ELÍAS, GARCÍA GALLO, HERNÁNDEZ GIL, LLOMPART, MARTÍNEZ PAZ, OTS y CAPDEQUÍ, PEÑA, QUINTANO RIPOLLÉS, RECASENS SICHES, ROCA SASTRE, RODRIGUEZ RAMOS, y ROIG. Casi una veintena de citas, correspondientes, como se observa, a autores muy diversas materias (incluso no jurídicas), demuestra una gran curiosidad intelectual en el autor que, sin duda, conocía en profundidad la lengua y la cultura españolas.

998 En 1996 se publica la 2ª ed. de la *Introduzione al Diritto comparato*, y en el 2000, también la 2ª ed. de *Il metodo comparativo*.

En la amplia presentación de este vol. III, FAVALE⁹⁹⁹ sintetiza con acierto los objetivos de la obra: “El método de esta Ciencia [del Derecho comparado] es la macrocomparación; su objeto, los ordenamientos jurídicos; y su objetivo es compararlos con la finalidad de reagrupar y clasificar los ordenamientos jurídicos tipológicamente emparentados en los grandes conjuntos a que pertenecen los sistemas jurídicos. Objeto de la ciencia de los Derechos comparados es el examen de los modelos jurídicos, en su globalidad y autonomía, y de los problemas que plantean. El campo propio de esta ciencia, como disciplina autónoma, es, por tanto, la comparación de los ordenamientos en sus estructuras específicas, la formación de los sistemas y el examen de los mismos en su historia y geografía, en la naturaleza del tipo de su derecho, en sus estructuras específicas, es decir, en el tipo de los elementos determinantes que los caracterizan. La función de la ciencia de los Derechos comparados es siempre la de proceder a comparaciones sistemáticas internas y externas, con la finalidad de comprender los sistemas jurídicos en sí mismos y en sus relaciones, *es decir, su posición y oposición jurídica, ideológica, económica y social*. Esta ciencia, como toda disciplina autónoma, comporta abstracción, que se efectúa pasando de los hechos a la idea, de la multitud incoherente de las observaciones a la unidad de las reglas, de la juxtaposición caótica de los nuevos conocimientos a su integración en un sistema ordenador y explicativo”.

En la *Introducción*, el Prof. Vlad CONSTANTINESCO, Prof. ordinario de la Fac. de Estrasburgo y Decano de la F.I.D.C., advierte que la muerte impidió al autor completar los libros IV y V de este vol. y explica cómo se ha procedido para darlos a la luz. En mi opinión ello no desmerece la calidad de este importante Tratado comparatista publicado en la *Collana* titulada *Sistemi Giuridici comparati* que dirige el Prof. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

Observa FAVALI que el presente vol. no estaba inicialmente programado y que ha sido resultado de las reacciones doctrinales que produjeron la aparición de los anteriores vols. En todo caso, para elaborarlo

999 Op. cit., p. XL y XLI.

no ha seguido un normal método de abstracción, sino que partiendo de la estrecha relación entre la teoría y la práctica, se apoya en problemas concretos. A juicio de CONSTANTINESCO dos obstáculos decisivos han impedido, hasta ahora, la elaboración de una ciencia de los Derechos comparados, a saber, el excesivo nacionalismo de los autores y la carencia de un criterio ordenador de los diferentes sistemas jurídicos; bien entendido que predicar la autonomía de una disciplina no supone proclamar su independencia total y absoluta, sino únicamente su interdependencia. Para que haya una nueva rama de la ciencia deben —a su juicio— concurrir diversos requisitos: la aparición de nuevos problemas; el nacimiento de nuevos conocimientos; la nueva sistematización que origine un *Mapping law* a través de la macrocomparación, y de la *Verwandschaft* o parentesco que debe analizarse entre sistemas actualmente vigentes, con base en sus elementos determinantes.

Quizá una de las partes más interesantes de este vol. sea la dedicada a exponer con gran detalle los diversos *ensayos de clasificación de los sistemas jurídicos*¹⁰⁰⁰, y su crítica, pasando así revista tanto a los antiguos como a los modernos ensayos de clasificación de los mismos. Se inicia con el intento del francés GLASSON, a finales del siglo XIX; en fechas similares, se une la del japonés HOZUMI a quien se considera el primer comparatista digno de este nombre en su país; y también la del brasileño BEVILACQUA; y cuarenta años más tarde la del argentino MARTÍNEZ PAZ; todos estos autores pertenecen a la dirección o corriente denominada genético-histórica, que, a juicio de CONSTANTINESCO se concluye con las clasificaciones de LEVY-ULLMANN (1922) y SARFATTI (1933). Mayor interés para el comparatista contemporáneo ofrecen, sin duda, los modernos ensayos de clasificación que se abren con la clásica obra de ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité de droit comparé*, I (París 1950), que agrupa a todos los sistemas jurídicos del mundo en siete familias: el *derecho francés* con Portugal, España, Italia, Louisiana, países hispanoamericanos, Bajo Canadá, Rumanía, Egipto etc; la *familia germánica* en la que conviven elementos romano-germá-

1000 Se trata de las p. 39-139, que integran el Libro 2º, que se complementan con el Libro 3º pgs. 141-223, en donde desarrolla su propia concepción.

nicos, incluyendo la codificación alemana, la austríaca y la suiza; la familia escandinava; la familia inglesa y anglosajona; los derechos islámicos; el derecho hindú; los derechos influidos por el sistema soviético. Aquella inicial clasificación se perpetúa con la de GRISOLI (1962), con los paralelos intentos de la doctrina española¹⁰⁰¹ que argumenta, a su vez, sobre la existencia de un grupo iberoamericano, con la propuesta de EICHLER¹⁰⁰², y con las clasificaciones de CASTÁN VÁZQUEZ¹⁰⁰³, que con base en las Leyes, textos jurídicos y praxis judicial, introducidos en los territorios españoles ultramarinos, justifican la existencia de una familia jurídica propia, la conciencia de la unidad y de la existencia de una comunidad iberoamericana que permitiría realizar más fácilmente la unificación jurídica, al menos, en determinadas áreas. Se ocupa a continuación de lo que denomina *clasificación tipológica* —en la que, por cierto, nos hemos educado y somos tributarios no pocos de los actuales comparatistas—, incluyendo en ella a DAVID, ZWEIGERT, SILVA PEREIRA y CASTÁN TOBEÑAS.

Las clasificaciones de DAVID¹⁰⁰⁴ han variado a lo largo del tiempo, y así en su *Traité* (1950) reagrupa a los ordenamientos jurídicos mundiales en cinco sistemas (occidental, soviético, musulmán, hindú y chino). En su obra más difundida *Les grands systèmes etc.* (1ª ed. 1964), se limita a hablar, en cambio, de cuatro grandes familias: la romano-germánica, la de los países socialistas, la del *common law*, y la de los derechos religiosos y tradicionales. A partir de la 5ª ed. la clasificación cambia de nuevo, simplificándola en tres grandes familias (romano-germánica,

1001 Se refiere a la clasificación de SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado* (Barcelona 1954), que distingue cuatro grandes sistemas jurídicos: el occidental o euro-continental, el soviético, el religioso y el chino.

1002 Contenida en su colaboración al Homenaje a Castán (*Die Rechtskreise der Erde*, en Estudios etc IV, p. 291 ss (Pamplona 1969), y en obra posterior: *Gesetz und System* (Berlín 1970) p. 64-95.

1003 En el estudio —que CONSTANTINESCO califica de *importante*— *El sistema del derecho privado hispanoamericano*, en Estudios etc. cit. I, p. 155 ss.

1004 De quien afirma elogiosamente: “DAVID es seguramente el comparatista que ha dedicado la mayor parte de su obra a la descripción de los sistemas jurídicos y con ello, implícitamente, a la clasificación de los ordenamientos” (Op. cit., p. 96).

socialista y del *common law*), si bien admite que debe buscarse acomodo a otras concepciones del orden social y jurídico (incluyendo eventualmente en este grupo, además del derecho musulmán e hindú, los de Extremo Oriente, África y Madagascar).

No ahorra críticas a las variadas opiniones sustentadas por ZWEIGERT en la materia. Inicialmente (*Methodologie du droit comparé*, en *Mélanges Maury*, 1960) opina que el dilema entre método o ciencia autónoma carece de importancia ya que adoptar una u otra postura produce escasos frutos. Luego parece adscribirse a la dirección de que el Derecho comparado es método. Luego en 1961 (*Zur Lehre von den Rechtskreisen*) propone nuevos criterios de clasificación, denominada *Stildoktrin*, que a juicio de CONSTANTINESCO representa un modo de concebir nuestra asignatura como disciplina autónoma¹⁰⁰⁵, y que se ha incorporado, en definitiva como opinión compartida a la fundamental *Einführung* que publica con KÖTZ. Son características del *estilo*, las siguientes: *las particularidades esenciales de cada sistema*, a saber, el origen histórico y el desarrollo de un ordenamiento, un modo específico de discurrir jurídicamente, institutos jurídicos particularmente característicos, la naturaleza de las fuentes y su interpretación, y, por último, los factores ideológicos. Con arreglo a estos criterios, ambos autores diferencian los siguientes sistemas en razón a su estilo: 1) el modelo romano, 2) el modelo alemán, 3) el modelo anglosajón, 4) el modelo nórdico, 5) el modelo socialista, 6) el modelo del Extremo Oriente, 7) el modelo islámico y 8) el derecho hindú¹⁰⁰⁶.

Menor atención dedica a la clasificación fundada en el elemento cultural e ideológico, ocupándose, a este propósito, de las teorías de

1005 El autor, que ha polemizado reiteradamente con Zweigert, resume así las diversas doctrinas, incompatibles entre sí, a propósito del tema: 1) El dilema ciencia-método carece de importancia; 2) El Derecho comparado sólo es método; 3) El Derecho comparado es la disciplina autónoma que se ocupa de la clasificación de los ordenamientos jurídicos en sistemas; y 4) El Derecho comparado es la disciplina autónoma cuyo objeto consiste en elaborar una tipología universal de los institutos jurídicos.

1006 Prescindo aquí de la minuciosa crítica que el autor hace de la concepción de ZWEIGERT (y por derivación de KÖTZ) en op. cit., p. 104-115.

SILVA PEREIRA¹⁰⁰⁷, y CASTÁN TOBEÑAS¹⁰⁰⁸ que agrupa los ordenamientos jurídicos en cuatro grandes sistemas: el modelo de cultura occidental, el ex sistema soviético, el modelo islámico y el oriental. A su vez, el primero se subdivide en cuatro subgrupos (de tipo histórico como el romano y el canónico; los derivados de la descendencia romano-cristiana; el derecho inglés y el norteamericano que no han sufrido la influencia del Derecho romano; y los derechos en los que se entrecruzan el mundo anglosajón y el romano). El segundo abarca tres subgrupos (derechos de tipo latino, incluyendo el ibérico; derechos de tipo germánico; y derechos en los que se entrecruzan la influencia bizantina y romana con la codificación alemana).

Para el comparatista europeo occidental resultan de interés retrospectivo las observaciones de CONSTANTINESCO a propósito de las clasificaciones de los sistemas jurídicos en la doctrina marxista¹⁰⁰⁹. Inicialmente muestra esta última profunda desconfianza sobre el Derecho comparado, al que prácticamente se le ignora. A partir de los años Sesenta del siglo pasado se inicia un tímido diálogo entre comparatistas occidentales y marxistas, de muy difícil concreción dado que estos últimos parten de la superioridad del Derecho de la URSS, lo que, en principio, impediría su comparación con ninguno de los demás. Se acepta, en cambio, sin restricciones la práctica del método comparativo dentro del sistema de los países del Este (*Derecho comparado socialista*), con apoyo en la microcomparación. A juicio de CONSTANTINESCO¹⁰¹⁰, el derecho comparado socialista *oficial* no ha ofrecido nada de nuevo ni de original. Tampoco ha sido aceptada generalmente la única clasificación aceptada oficialmente: sistema socialista y sistema capitalista¹⁰¹¹.

1007 SILVA PEREIRA, *Unidade da cultura jurídica occidental*, en Rev. da Faculdade de Direito de Univ. de Minas Gerais, 1954. Este autor propone cuatro grandes familias: la romano-cristiana, la del *common law*, el ex sistema soviético, y los derechos filosófico-religiosos.

1008 CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*.

1009 Op. cit., p. 117-129.

1010 Op. cit., p. 120.

1011 El autor apenas si reconoce valor científico a un representante de la llamada *Escuela húngara*, EÖRSI *On the problems of the division o legal systems*, en *Inchieste di diritto*

El tema, en Europa, ha pasado a ser histórico (aunque no deben olvidarse la subsistencia de los sistemas chino, coreano, vietnamita y cubano, como persistentes reliquias de un pasado ya superado).

A la hora de exponer su concepción propia, lo fundamental para el autor es la macrocomparación que sirve para redescubrir las raíces esenciales de los ordenamientos jurídicos, que se han ido perdiendo mientras ha dominado el positivismo jurídico. El Derecho es un medio para alcanzar un orden político, social y económico que refleja una finalidad determinada por un sistema de valores; así resurge el binomio legitimidad/legalidad del derecho que el positivismo ha contribuido a confundir. El sistema de valores pertenece al mundo social y metajurídico que confluyen en el ordenamiento, los cuales, como factores esenciales del *donné social*, visibilizándose en el ordenamiento a través de los elementos determinantes, inciden así en el *construit juridique*. De este modo la teoría de los *elementos déterminantes* constituye la clave para orientarse entre los ordenamientos y sistemas jurídicos; tales elementos no viven aisladamente sino que son interdependientes, tienen carácter complementario y reaccionan entre sí para constituir un sistema.

Las diversas finalidades sociales perseguidas por las sociedades y civilizaciones no son compatibles con un único tipo de derecho. Los diversos modelos jurídicos expresan un determinado tipo de derecho y el objetivo de la macrocomparación es el de desvelar las diferencias esenciales, el fundamento y la razón de ser de los diversos modelos jurídicos. Hay que precisar sus tipos: el carácter profano y autónomo del derecho, el *consensus* y sus relaciones con el *imperium*, y, en general, las diversas finalidades perseguidas por el ordenamiento. Las clasificaciones propuestas por CONSTANTINESCO no son absolutas, sino relativas, de modo que no existe siempre una plena oposición entre sus componentes. La aplicación de los criterios clasificatorios conduce a la construcción de modelos. Es posible una comparación intrasistémica que permita captar las reales diferencias entre los modelos. Una comparación científicamente válida estudia y valora los elementos de-

comparato II (Padova 1973) p. 192 ss, y, eventualmente, a SZABÓ, *The socialist conception of Law*, en *Enc.Comp. Law*, I, 1975, p. 49 ss.

terminantes y las finalidades en el modo de realizarse en la práctica; el conocimiento de un modelo jurídico se realiza, tanto desde el interior como del exterior, mediante su confrontación con otros modelos. Los círculos jurídicos (*Rechtskreise*) como arquetipos que reúnen a los ordenamientos emparentados entre sí, son construcciones ideales que poseen un fundamento histórico y son manifestaciones de una civilización. Los elementos determinantes no pueden ser transplantados de un modelo a otro porque las correspondientes civilizaciones no son intercambiables. El agrupamiento de los ordenamientos en sistemas no pueden tener caracteres absolutos ya que está condicionado permanentemente desde el punto de vista histórico.

V. JUICIO VALORATIVO

Creo representa un indudable acierto para los cultivadores del Derecho comparado en Italia el que se hayan traducido estas dos obras de alcance general. Con la segunda viene a completarse una obra anterior importante de CONSTANTINESCO, ya vertida al italiano; autor que en la aquí considerada tiene la audacia de configurar una verdadera ciencia allí donde muchos sólo han visto un simple método; mientras que la traducción de MARKESINIS ofrece un —siempre interesante—, contrapunto anglosajón, aspecto no totalmente olvidado, aunque sí puesto en segundo término en la del profesor rumano¹⁰¹². Para lectores españoles este último autor representa un ejemplo de generoso universalismo, que es de agradecer. Los docentes y discentes españoles de Derecho comparado, encontrarán en ambas un material de consulta y reflexión sumamente útil.

1012 No falta la mención de bibliografía anglosajona en sentido amplio (las obras clásicas de AUSTIN, BLACKSTONE, POLLOCK; el Juez CARDOZZO; SALMOND, POUND, BRYCE, TAYLOR, DAWSON, EPSTEIN, LAWSON, FRIEDMANN, etc.), pero apenas si se citan precedentes judiciales ingleses o norteamericanos.

VI. OBRAS GENERALES DEDICADAS A LA ENSEÑANZA

He agrupado al principio, bajo el epígrafe bastante comprensivo de *Obras dedicadas a la enseñanza*, las debidas a la pluma de LUPOI (*Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, 2001), VARANO-BARSOTTI (*La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, 2002), y AJANI (*Sistemi giuridici comparati*, 2005). En principio, la razón determinante ha sido el orden de su publicación dentro del primer quinquenio del siglo XXI, sin atender a las diversas escuelas a que pertenecen los autores. En sí mismo, este hecho es prueba convincente del estado floreciente del Derecho comparado en Italia cuando los alumnos tienen a su disposición variedad de Manuales.

LUPOI declara en la contraportada de su libro *di non volere essere un libro di testo*, sino que, más bien, su objetivo es *estimular líneas originales de acercamiento a la sistemática comparatista*. Por tanto, es un libro dedicado a los estudiantes que se presenta como *contestatario*, proponiendo alternativamente, por ejemplo, el concepto de *flujos jurídicos* como llave de comprensión de los fenómenos comparatistas de la edad moderna¹⁰¹³. Más adelante se verá cómo, en cierto modo, la novedad

1013 Para LUPOI op. cit., p. 72, la historia del derecho conoce numerosos casos de teorías y conceptos jurídicos que pasan de un sistema a otro; se habla usualmente de *influencia* entre los sistemas interesados. Pero si se las encuadra como *flujos jurídicos*, considera el autor que se gana en claridad de análisis con tal de que se empleen las técnicas puestas a punto para estudiar los flujos. El flujo jurídico no se realiza sin una necesidad. Las razones de los flujos jurídicos deben ser estudiadas por los comparatistas, individualizándolas y, con el tiempo, tipificándolas. A veces la necesidad consiste simplemente la de recibir determinado flujo, sean cualesquiera sus resultados (así ocurrió en el Japón en la segunda mitad del siglo XIX). En la base de los modernos *trasplantes* suele haber un flujo jurídico, es decir la percepción de un dato legislativo extranjero cuya relevancia se advierte como necesaria para satisfacer una necesidad; las reglas que nacen de él son extrínsecas respecto a la sociedad y a sus valores, pero sólo se les pide que proporcionen rápidas soluciones; se trata de algo que se toma en bloque, y no constituye un modelo. Misión del comparatista será indagar si y dentro de qué límites la sociedad ha sido modificada por el trasplante, tanto si ha sido voluntario como impuesto. A juicio de LUPOI (op. cit., p. 78) el tema central del tiempo presente es el de los flujos jurídicos, dado que los ordenamientos jurídicos tienden a la comunicación de modo natural, y puede decirse que se observan mutuamente y por ello ya se modifican. La enorme cantidad de

radica en la presentación y en lo que podría calificarse de cierto *desparpajo expositivo* del autor. Lo que sí resulta claro es que este Manual no resulta comparable con los otros dos, similares en su estructura y objeto (fundamentalmente estos últimos tratan de los sistemas de *civil law* y *common law*) aunque no son totalmente coincidentes en su contenido¹⁰¹⁴, y que, por otro lado, responden a un modelo de *Manual* universitario bastante difundido en Italia. Constatamos, a su vista, que sigue siendo importante el texto doctrinal que propone el autor, pero resulta cada vez más extensa la parte dedicada a *materiales comparativos* de origen muy variada (textos de Códigos en vigor; Convenios internacionales; a veces, meros proyectos; sentencias de Tribunales de Casación de diversos países etc), transcritos a veces en su lengua original (francés, inglés y español) y otras traducidos (alemán). Resulta evidente que, con su manejo, los estudiantes tienen la facilidad de utilizar textos no siempre cómodamente accesibles en sus Universidades, lo que, sin duda, obligará a revisarlos con frecuencia para actualizarlos. El Manual de Vincenzo VARANO y Vittoria BARSOTI indica en el enunciado que contiene *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, al tiempo que se anuncia un vol. II con *Argomenti per un confronto civil law common law* (pendiente de publicación). En la obra de AJANI se acompaña un completo índice de documentos, siguiendo el orden de los capítulos, en el que, por ej., sorprende de algún modo ver transcritos íntegramente los índices del Cc. de 1889 y del Ccom. de 1885¹⁰¹⁵, mientras que en el texto apenas si se dedican unos párrafos finales a la codificación española dentro del epígrafe rotulado *il successo del Code Civil*. En el Manual de VARANO-BARSOTTI, los documentos figuran

informaciones que circulan no tiene parangón con épocas precedentes de la civilización. Hay una predisposición a la comunicación que parece haber llegado a ser un valor en sí misma, y el acogimiento del flujo ha venido a ser la prueba de la veracidad del valor. Esta comunicación, inmediata y global, no filtrada, ahorra al comparatista el viaje, y aquí radica la *pobreza* de su contenido informativo.

1014 Hay que señalar el interesante cap. IV sobre *La tradición jurídica de los países nórdicos* p. 415-447, debido a SIMONI, en la obra de VARANO-BARSOTTI.

1015 ¿Tiene algún interés comparativo, a principios del siglo XXI, el contenido del Ccom. de 1885, del que queda muy poco en vigor?

en apéndices y, en su conjunto, resultan ser, en algunos aspectos, más variados y actuales¹⁰¹⁶ que los incluidos en la obra de AJANI. Con todo cabe decir que en ambas se ofrece a los estudiantes un material auxiliar idóneo para la formación comparatista de aquéllos.

La estructura de la obra de VARANO-BARSOTTI responde a las cuestiones que pueden considerarse clásicas entre los Manuales europeos. Después de una breve *Introducción* al Derecho comparado los autores exponen la tradición del *Civil law* (con criterio un tanto restrictivo: así el derecho español y el portugués, al igual que el de los países iberoamericanos, pasan por ser epígonos del francés, y se omite la actual situación del derecho de los antiguos países del Este), exponiendo sus orígenes, y la época de la codificación, con un interesante apartado relativo a las fuentes del derecho¹⁰¹⁷. A continuación, y con amplitud, se expone la tradición del *Common Law* (orígenes, organización de la administración de justicia, fuentes y derecho norteamericano). Especialmente rico es el Apéndice III de este último capítulo, en el que se incluyen la *Magna Charta Libertatum* de 1215; el *Statute of Westminster II*, de 1285; varios casos de *Writ*; un marco de la organización judicial inglesa (fechado en 1999); el *Bill of Rights* de 1688; casos famosos de los Tribunales ingleses y norteamericanos, transcripciones de textos comparatistas anglosajones, etc y, finalmente, una tabla orientativa para encontrar la jurisprudencia y leyes norteamericanas; de extraordinaria utilidad para la enseñanza. Ciertamente, mientras no se publique el segundo vol. no se podrá juzgar definitivamente si los autores —Profesores de Derecho comparado en la Univ. de Florencia— han satisfecho las perspectivas abiertas por la aparición del primero. De momento la valoración es globalmente positiva; así cabe decir que el índice bibliográfico (p. 449-456) ofrece un amplio panorama de la doctrina occidental (aunque con total ausencia de autores españoles), y que el índice

1016 Así referencias al Proyecto de Pavía del Código europeo de Contratos, a los principios de UNIDROIT, al Tratado constitutivo de la UE y a diversas Directivas.

1017 Al aludir a la posición marginal del derecho consuetudinario (op. cit., p.167) menciona la excepción representada por algunas regiones españolas, aunque no resulta claro si los autores han captado el alcance del Derecho navarro sobre la costumbre *contra legem*.

de casos jurisprudenciales es lo suficientemente amplio para que los estudiantes adviertan de su extraordinaria importancia práctica, y de la variedad y riqueza de los utilizados en esta obra (jurisprudencia francesa de la *Cour de Cassation* y del *Conseil d'Etat*; jurisprudencia inglesa desde 1304 hasta nuestros días; jurisprudencia italiana [del Tribunal Constitucional, del TS y de alguna Corte di Appello]; jurisprudencia estadounidense, alemana y de la CE) ¿Será mucho pedir que en sucesivas ediciones se invoque también la jurisprudencia de los Tribunales españoles, ahora que, por ej. se hace eco de ella la ERPL?

La obra de AJANI —Profesor ordinario de la Univ. de Torino y discípulo de SACCO— viene a coincidir sustancialmente en su estructura con la obra anterior. En medio centenar de páginas se ocupa de las cuestiones de método (introducción a la comparación jurídica y flujos y trasplantes de reglas jurídicas), y el resto del vol. se rotula *Il confronto common law/civil law*, cuya novedad radica en la preeminencia expositiva otorgada al primero (así se trata sucesivamente de los rasgos del *common law* inglés, la tradición del *common law* y el *stare decisis*, el *common law* estadounidense bajo la perspectiva de la Constitución federal, y Jueces y Doctrina en el *common law* estadounidense; tratando a continuación de la *tradición del civil law* y *jus dicere*, el modelo francés, los modelos de lengua alemana, y cláusulas generales y función de los intérpretes, con referencia al ejemplo de la responsabilidad extracontractual. Extraña que siendo el autor experto en el Derecho de los antiguos países del Este, omita ahora toda referencia a su actual situación. Sorprende que la sinopsis contenida en los documentos 1 y 2 (p. 34) trata al derecho de los países latinoamericanos como derivados de España y Portugal a finales del siglo XIX, mientras que a finales del XX parecen derivar exclusivamente del derecho de nuestro país. La bibliografía se incluye repartida entre ambas partes (p. 47-47 y 345-346), resultando más concisa que la de VARANO-BARSOTTI, aunque puede considerarse suficiente para los alumnos¹⁰¹⁸.

1018 La única obra de autor español citada es la de VAQUER, *Importing foreign doctrines: yet another approach to the unification of European Private Law? Incorporation o the Verwirkung doctrine into Spanish case law*, en la desaparecida ZEP, 2000, p. 3001.

LUPOI pretende estar en las antípodas de los dos Manuales *clásicos* aquí referidos. ¿Lo ha logrado? Si atendemos a los caracteres externos, las diferencias saltan a la vista. No hay despliegue ostentoso de variado material de trabajo (aunque, de vez en cuando, se intercalan en la obra curiosas noticias periodísticas significativas), no hay listas bibliográficas más o menos nutridas (aunque sí frecuentes invitaciones a leer a los clásicos comparatistas), incluso las notas no aparecen colocadas a pie de página sino que interrumpen el texto. Por otra parte, su *filosofía comparatista* aparece recogida en las páginas iniciales en las que dibuja, con rasgos no exentas de originalidad, el *perfil del comparatista*¹⁰¹⁹: Para el autor, la comparación jurídica es un viaje. El comparatista es un viajero. El viaje es una estructura espiritual; pertenece al mito, a los arquetipos y, por tanto, al patrimonio genético de cada una de las almas y de las almas de cada comunidad. El viajero mira en torno y mira dentro de sí mismo. Viaja para poder retornar y narrar lo que ha visto. El viajero se guía por las categorías mentales que, hasta el momento de partir, había aplicado a la realidad de su lugar de origen; con ellas ha soñado, y quizá falseado otras realidades. Cuando la vuelta resulta igual que la ida, el viajero nada tiene que contar. Pero puede ocurrir que siga contando cosas, a saber un viaje que no ha realizado; el viaje, entonces, es una estructura espiritual, no una mera dislocación topológica. El viaje también pertenece al mito —coincidencia con MARKESINIS¹⁰²⁰—, es decir, al peligro, a la incertidumbre y al temor de lo desconocido. Pero no cualquier viajero advierte estos sentimientos. En el arquetipo del viaje siempre hay retorno, pero también cambio: el viajero arquetípico vuelve diferente de cómo ha partido. Esta es la razón por la cual al volver el viajero narra sus propias experiencias, se describe a sí mismo. Al término del viaje reaparecen los panoramas conocidos y las caras que ha conocido a lo largo de la vida. Pero el viajero que ha viajado

1019 LUPOI op. cit., p. 11 ss.

1020 ALPA, en la introducción a MARKESINIS, escribe: *E chi vuol diventare un serio comparatista deve entrare in Arcadia, deve lasciare le ristrettezze mentali del proprio mondo di origine ed aprirsi all'esterno, al confronto, alle novità, alle contrapposizioni; non deve trascurare la lezione dal passato, ma non essere neppure troppo immerso nel presente, che, per sua natura, è transeunte* (MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, cit., p. XV).

en realidad, los percibe de modo diverso; así las categorías mentales con las que había proyectado el viaje ceden ante nuevas conciencias y nuevas categorías. LUPOI invita con este libro a sus lectores a viajar en (su) compañía.

La estructura de la obra —en principio, nada convencional— es la siguiente: Las premisas, centradas en las codificaciones. Los datos de partida (modelos y estructuras, la noción de *flujo jurídico*, ordenamientos y familias, el procedimiento comparativo y aplicaciones).

Acaso convenga destacar aquí las cuatro pinceladas con que el autor describe el conocido desarrollo de la comparación jurídica después del triunfo angloamericano en la Segunda Guerra Mundial, motivado —como sabemos— por el exilio de un importante número de juristas europeos, de origen judío, primero a Inglaterra y luego a los EEUU, encontrándose allí con otros juristas de centro y sur de América, así como del Extremo Oriente; fenómeno, por lo demás coincidente con el punto álgido de la descolonización africana y asiática. Su opinión es categórica: *le conseguenze furono devastanti, perché il dato culturale si accompagnò a quello economico*. Lo que MARKESINIS ha calificado de *edad de oro* del comparatismo, LUPOI advierte que el *diálogo* entre *civil law* y *common law* fue, en realidad, un monólogo del que los juristas norteamericanos estuvieron ausentes (salvo algunas excepciones: MERRYMAN y BERMAN), y eran escasos los ingleses presentes. Aquel monólogo fue, a su juicio, acompañado del parón codificador en Europa, que, por ej., retrasó la promulgación del nuevo Cc holandés¹⁰²¹; y si bien veinte años más tarde se ha reemprendido un nuevo camino europeo, pero se trata de algo que, a su juicio, ya no se trata de verdaderos códigos¹⁰²². Luego ha venido la invasión de lo anglosajón en todos los niveles internacionales; pero el autor sigue creyendo que el diálogo es unidireccional, pues mientras los comparatistas europeos aprendieron la técnica del *case law*

1021 Añádase la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones del BGB, del 2002, que, en razón a la fecha, no ha podido tener en cuenta el autor.

1022 Probablemente la opinión es bastante aproximada para el Proyecto Lando, pero no lo es para el Proyecto Gandolfi o de Pavía, elaborado por los miembros de la Academia de Giusprivatistas europeos de Pavía.

y lo han enriquecido con las conexiones históricas y otras sugerencias culturales, los norteamericanos apenas si han estudiado el derecho del *civil law* (con la excepción, acaso de LAWSON), de modo que, con frecuencia, caen en banalizaciones por simplificar realidades muy complejas, y poco aptas para ser estudiadas a fondo en el transcurso de un año sabático. Añade maliciosamente: *molti di essi non viaggiano e tuttavia raccontano*¹⁰²³. Los comparatistas europeos, especialmente franceses y alemanes, se emplearon a fondo en el tema del *método* y de los *sistemas*; algunos ingleses y norteamericanos, de origen europeo, participaron en el primero, pero han estado totalmente ausentes del segundo. Durante los años Ochenta y Noventa del siglo pasado hemos asistido —añade— al empobrecimiento de la docencia norteamericana y a una disolución de los anteriores movimientos, mientras que a este lado del Atlántico emerge con fuerza la Unión Europea. La UE ha tenido que disponerse a legislar como tal entidad política, obligando a sus propios juristas a enfrentarse con sus necesidades reales y a *diventare comparatisti per bisogno e non per scelta*¹⁰²⁴. A propio tiempo el derecho musulmán ha dejado de ser una mera curiosidad para iniciados y se ha convertido en un centro de interés comparatístico. Ahora los comparatistas —[europeos, añado por mi cuenta]— están desorientados, pues los puntos de referencia obligatorios hace tres decenios, han dejado ya de existir. Las *Law School* estadounidenses ya no están abarrotadas de juristas europeos, si bien a ellas acuden todavía los iberoamericanos y asiáticos. Los juristas europeos comparan más frecuentemente el derecho de los países entre sí; Gran Bretaña tuvo la inteligencia política de decir *si* a Europa aun con innumerables reservas mentales, participa en esa confrontación europea redescubriendo raíces culturales comunes que harán posible un verdadero diálogo y no únicamente monólogo. Aparece un nuevo diálogo que analiza las raíces europeas y los elementos comunes ocultos; emergen datos que habían estado siempre presentes ante todos, pero que ninguno veía a causa del predominio del mito del diálogo por antonomasia (a saber entre el *civil law* y el *common law*), y se

1023 LUPOI op. cit., p. 39.

1024 LUPOI op. cit., p. 41.

descubren y se leen con ojos distintos ciertas fuentes que nunca habían sido consideradas como parte de la misma historia. La conclusión de LIPARI no deja de ser igualmente contundente: *Le vicende dell'Europa giuridica stanno per essere riscritte*¹⁰²⁵. A mi juicio hubiera bastado con que el autor hubiera formulado estas conclusiones —un tanto *políticamente incorrectas*— para quedar justificada la publicación de la obra de LIPARI. Pero no son las únicas, debiendo seleccionar a continuación sólo algunas otras aportaciones.

Así, a propósito de la distinción entre *sistemas* y *familias*, escribe lo siguiente¹⁰²⁶:

Probablemente se produce una diferencia de énfasis entre quienes usan el término sistema y el término familia: los primeros ven una coherencia entre los ordenamientos incluidos en un sistema, mientras que los segundos ven semejanzas menos formalizadas. Pero estas posibles diferencias no eliminan la crítica de que se trata de *homologaciones impropias*. Es corriente la afirmación de que en los sistema del *common law* la fuente legislativa ha asumido, en los últimos decenios una importancia mayor que en el pasado. Pero esta referencia cronológica no es correcta pues los Códigos procesales norteamericanos datan de la mitad del siglo XIX, y las grandes reformas legislativas inglesas tuvieron lugar en esa época y en el primer cuarto del siglo XX; por otra parte, no se indica la extensión del fenómeno por lo cual no es posible extraer sus consecuencias. A continuación LUPOLI ofrece una amplia información sobre los *Restatements* del *American Law Institute* que abarcan gran número de materias (la primera serie comprende: mandato, conflicto de leyes, contratos, sentencias, propiedad, restitución, garantías, responsabilidad civil y *trust*; la segunda serie ha puesto al día los textos de la primera, mientras que la tercera ha añadido otras materias, como las relaciones extranjeras, estando en curso de elaboración). Pasan de un centenar los textos de leyes uniformes elaborados por los *Uniform Law Commissioners* —entre las cuales el muy importante *Uniform Commercial*

1025 LUPOLI op. cit., p.42.

1026 LUPOLI op. cit., p. 110 ss.

Code— ofreciendo una impresionante lista de más de setenta que, por regla general, suelen desconocerse entre nosotros; con fecha de fines del 1999 están pendientes cerca de otra cuarentena de proyectos de leyes uniformes. También entre 1996 y 1999 el Parlamento inglés ha promulgado importantes leyes que inciden en el ámbito civil (debe añadirse todavía, en el 2004, la ley sobre unión civil homosexual). El autor advierte también sobre las *homologaciones impropias* que pueden recaer igualmente respecto del derecho de los países musulmanes en el que la penetración de la *sharia* no siempre es homogénea, y, con frecuencia, los estados legislan basándose en las opiniones de una determinada Escuela que pueden, a su vez, estar en contradicción con las restantes.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Dichoso puede considerarse el país que, en determinada materia científica, puede ofrecer a sus estudiantes universitarios, publicados en el último quinquenio¹⁰²⁷, hasta un par de excelentes Manuales —de alguna manera, intercambiables entre sí (¡con permiso de sus autores!)—, y un tercero que sirve de contraste o contrapunto eficaz. Si los lectores del Manual de LIPARI atienden a las recomendaciones en él incluidas, también este último podría cumplir funciones de Manual-base (no obstante las reticencias del propio autor), a lo que hasta coadyuva eficazmente su formato y presentación editorial más ligera que la de los otros dos.

Para los comparatistas españoles estas obras ofrecen —a lo que creo—, puntos importantes de reflexión. La reiterada llamada de atención a la apremiante actualidad de los intentos de codificación europea no debiera caer en saco roto¹⁰²⁸. Ciertamente no resulta hoy posible sus- traerse a la llamada de *lo anglosajón*, y así parece que un comparatista

¹⁰²⁷ Evidentemente hay otros cronológicamente anteriores que pueden consultarse en la nota 1, sobre cuya actualidad y utilidad docente no procede aquí pronunciarse.

¹⁰²⁸ Últimamente cfr. *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía* (Coordinador GARCÍA CANTERO) (Zaragoza 2005).

europeo que se precie ha de cursar el noviciado en algún centro inglés o norteamericano, por lo cual hay que seguir insistiendo en las relaciones entre el *civil law/common law*. Pero a mi juicio, no conviene echar en roto algunas advertencias italianas (emanadas de quienes han pasado ya por aquel noviciado): salvo excepciones, los comparatistas USA apenas si conocen en detalle las diferentes familias jurídicas europeas, y por ello prestan escasa atención al tema que aquí tanto nos preocupa de su clasificación. Si bien en los Estados Unidos tienen planteado el problema, nada desdeñable, que se observa de la diversidad estatal de la mayoría de las ramas del ordenamiento, resulta evidente que sus métodos para superarla escasamente podrán servirnos a los europeos con profundas diferencias legislativas secularmente arraigadas.

Otro ejemplo concreto: LIPARI¹⁰²⁹ se ha fijado en las posibles analogías entre el derecho inglés y el italiano en materia de culpa extracontractual; es cierto que el *Codice civile* contiene algunas normas legales en la materia, pero tan generales que permiten hablar de un verdadero *derecho jurisprudencial* —y, en algunos aspectos, lo mismo podría decirse del derecho español—; ocurre, sin embargo que mientras la *Corte di Cassazione* italiana dicta anualmente en torno a cuatro centenares de sentencias en la materia, la Cámara de los Lores inglesa apenas si decide una docena de casos. *Qualque cosa non quadra?* se pregunta el autor¹⁰³⁰. Resulta interesante transcribir, a este respecto, sus agudas consideraciones: “Podría ser que en Inglaterra se produzcan menos casos que en Italia en materia de *tort*, ya sea porque exista una eficiente práctica de indemnizaciones por razón de seguro, o porque el coste del proceso es tan elevado que con frecuencia es mejor sufrirlo que reclamarlo ante los tribunales; o bien que las partes se concilien antes de que se dicte sentencia; o bien que el porcentaje de sentencias publicadas sea muy inferior a la italiana; o que ocurran menos supuestos que en Italia, susceptibles de enmarcarse en el *sistema italiano de responsabilidad civil*; o bien que las nociones de *tort* y de responsabilidad civil sean muy diferentes; o bien que derecho inglés no sea, en este punto, *jurisprudencial*;

1029 LIPARI op. cit., p. 166 ss.

1030 LIPARI op. cit., p. 167.

o, finalmente, que el llamado *modelo jurisprudencial* no sea tan sencillo como una rápida lectura del Manual nos lo haya hecho creer". El autor elabora en este punto el concepto de *comparación transversal* que permite confrontar, desde cierto punto de vista, dos sistemas cuyas fuentes del derecho sean tan diferentes como el inglés y el italiano.

Una última consideración: La Ciencia comparatista italiana está reclamando, desde fines del siglo pasado, un puesto relevante en el comparatismo europeo. Esta petición más o menos implícita viene avalada por una copiosa producción científica, una nómina creciente de docentes e investigadores, y un puesto nada desdeñable de la asignatura *Diritto comparato* en los planes de estudio de las Facultades de Jurisprudencia.

VIII. EL CALEIDOSCÓPICO PANORAMA COMPARATISTA ITALIANO

En una Colección de la *Giuffré*, dirigida por LUPOI, que lleva por título *L'Alambico del comparatista*¹⁰³¹, aparece un volumen que exhibe un llamativo rótulo: *Io comparo, tu compari, egli compara; che cosa, come, perché?*, a cargo de Valentina BERTORELLO (2003). Al examinar su contenido se constata que son las *Actas* de la reunión anual que los comparatistas italianos de todas las Escuelas celebraron en Génova, en el año mismo de la publicación de aquél, con una larga treintena de participantes, en su mayoría *Ordinarii di Diritto comparato* en las Universidades italianas (como invitados aparecen la profesora francesa Camille JAUFFRET-SPINOSI, discípula y continuadora de las últimas ediciones de René DAVID, y RABELLO profesor de las Facultades de Derecho de Jerusalén y Haifa). El volumen es buena prueba de la pujanza y solidez de esta asignatura en el país transalpino, las cuales permiten la

1031 La Colección se inicia en 1999 con una monografía de D'ANGELO: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, y prosigue con el vol. *Matrimonio, matrimonii*, a cargo de Francesca BRUNETTA d'USSEAUX y D'ANGELO (2000), *Amministratori fiduciarii: di qui?*, al cuidado de D'ANGELO (2001), *Dalla disgrazia al danno*, a cargo de Alexandra BRAUN (2002), *God morning, America*, al cuidado de D'ANGELO (2003).

celebración anual de una Mesa Redonda con profesores pertenecientes a diversas Escuelas comparatistas. El tema que les ha congregado aparece acertadamente redactado en términos tales que permitan a cada uno dar cuenta, sin restricciones, sobre lo que actualmente investiga o enseña, sus planes de futuro o las dificultades que hasta entonces ha experimentado en su tarea. Entre los asistentes aparecen las encumbradas figuras del comparatismo italiano (la destacada de SACCO, en cuyo honor se celebra la Mesa Redonda con motivo de cumplir 80 años; también PIZZORUSSO, así como algunos de los primeros discípulos de aquél), y otras más jóvenes que se van consolidando (como, entre otros, AJANI, BUSSANI, Anna de VITA, GAMBARO, LUPOI), y una pléyade de candidatos aspirantes que representan el prometedor futuro del comparatismo transalpino. No se olvide, sin embargo, que a fecha del 2003, se enumeraban en las Universidades italianas hasta un total de 46 profesores ordinarios de Derecho comparado, 34 profesores asociados y 26 investigadores. Un tercio del total del personal docente italiano contribuyendo al presente volumen constituye, ciertamente, una nutrida representación¹⁰³².

El contenido es variopinto. Aparte de algunas aportaciones *comparatistas extranjeras* (así la presentación de las figuras francesas de LAMBERT y DAVID que hizo cálidamente Camille JAUFFRET-SPINOSI, discípula y continuador del último; el interesante trabajo de RABELLO sobre los proyectos israelíes de codificación del Derecho contractual, así como las preciosas informaciones de MATTEI sobre las relaciones entre el Derecho y la Economía en USA), se encuentran valiosas experien-

1032 No se olvide, sin embargo, que hay otros docentes italianos de materias diversas que ahora parece excluirseles de las *nóminas oficiales* del comparatismo. En mi opinión, por poner sólo algunos nombres ilustres, ALPA y GALGANO lo son de cuerpo entero aunque expliquen oficialmente otras materias; y *comparatista ejerciente* lo es, sin duda, el Prof. Giuseppe GANDOLFI, como lo acreditan sus numerosos trabajos en la materia y la ingente labor que ha desarrollado, al menos, desde 1990, para la elaboración del Proyecto de Código europeo de contratos, coordinando el meritorio esfuerzo desplegado por la Academia de Jusprivatistas europeos de Pavía (Cfr. *Code européen des contrats*. Avant Projet[coordinateur G. GANDOLFI], livre I, ed. de poche revue et corrigée par Lucille GATT, Milano 2004).

cias comparativas en el ámbito procesal, constitucional y del derecho del comercio internacional, así como el interesante método de trabajo desarrollado en la Escuela de Perfeccionamiento Santa Ana de Pisa. Todo ello junto a breves testimonios de la experiencia de jóvenes comparatistas, y a datos históricos sobre lo que bien puede calificarse de vertiginoso desarrollo del Derecho comparado en aquel país, como los aportados, de primera mano, por el propio SACCO o PIZZORUSSO. Todo ello contribuye a hacer muy amena la lectura del volumen, incluso para el lector no italiano.

IX. ¿SABEMOS ALGO DE LOS DENOMINADOS *DERECHOS ORIENTALES*?

En las clasificaciones de los sistemas jurídicos procedentes de los países occidentales suele aparecer un enunciado final (similar al gayano... *ex variis causarum figuris*) en el que indefectiblemente se incluyen, junto a otros países, los derechos de China y Japón, si bien los Manuales resultan sumamente parcos a la hora de su descripción, pese a que, respecto del derecho japonés, se ha producido últimamente cierto acercamiento a la cultura jurídica española¹⁰³³. Hay, ciertamente, razones doctrinales y prácticas para que el comparatista europeo no se satisfaga con esas sumarias e inexpresivas descripciones. La emergencia de China como potencia económica mundial, la misma presencia constante —a veces, algo misteriosa, también hay que decirlo— de comerciantes de aquel país en la geografía de nuestros pueblos y ciudades, y, sobre todo, la ya iniciada apertura del gran mercado chino a las empresas españolas. Algo parecido, aunque —acaso— con menor urgencia, puede predicarse también del Japón en relación con España.

La obra publicada bajo el sugestivo título de *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentale*, publicada por la Cedam en el 2004, ofrece no pocas sorpresas. La autora, Marina TIMOTEO, maneja con soltura la bibliografía china y japonesa, hecho infrecuente

¹⁰³³ *Código civil japonés* Estudio preliminar, traducción y notas R. DOMINGO-Nobuo HAYASHI (Madrid-Barcelona 2000).

en Europa, y su obra aparece publicada en la *Serie di Diritto Comparato*, dirigida por GALGANO y FERRARI, autores que no suelen figurar entre los comparatistas *oficiales*, aunque aquélla¹⁰³⁴ no deja de basarse en las obras de los comparatistas italianos más reconocidos (GAMBARO, GORLA, LUPOI, MATTEI, MONATERI y, por supuesto, hasta nueve trabajos del maestro SACCO), así como en los trabajos especializados sobre la materia publicados en lenguas occidentales, y también en lenguas orientales (con la traducción del título y un vocabulario elemental de términos jurídicos chino-japonés-italiano). Inicialmente impresiona el aparato bibliográfico desplegado, así como el planteamiento general de la obra que expongo a continuación:

Parte primera: *Imágenes, representaciones y reglas contractuales en China y Japón durante el siglo XIX.* Materia dividida, a su vez, en cinco apartados: “Cuestiones menores” en el ordenamiento chino tardo imperial; Sentimientos humanos, razón, normas legales y vía china hacia el contrato en la tradición QING; Itinerarios privatistas en el Japón TOKUGAWA entre influencias chinas y desarrollos autóctonos; Los vínculos obligatorios en el sistema procesal formulario TOKUGAWA y en los contextos comunitarios; Contrato y tradición jurídica del Este asiático y comparación con los modelos occidentales.

Parte segunda: *La modernización del derecho privado y contractual en el Japón ¿Una formalidad?* Materia dividida, a su vez, en cuatro apartados: Un Código civil para ingresar en la modernidad. Difícil confrontación de los reformadores Meiji con el propio sustrato jurídico; la centralización imperfecta. Desarrollos del sistema privatístico japonés desde la era Meiji hasta la era Showa; el derecho contractual desde el Código hasta los poderes periféricos; estructura multidimensional y las visiones unilaterales del contrato japonés durante la segunda mitad del siglo XX.

Parte tercera: *Reforma jurídica y derecho contractual en la China del siglo XX. La larga marcha hacia Occidente.* Materia dividida, a su vez, en

1034 Que anteriormente ha publicado, entre otras obras, *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale* (Milano 1994).

tres apartados: Intento de una modernización del Derecho contractual *a la japonesa*; llegada del modelo socialista. Reconstrucción y debilitamiento de los vínculos contractuales; la recuperación del contrato como elemento clave de la reforma económica post-maoista.

Parte cuarta: *Siguiendo las huellas del pluralismo. Reestructuración y repensamiento del derecho contractual en China y Japón en la edad de la globalización.* Materia subdividida, a su vez, en dos apartados —quizá los más sugestivos de toda la obra—: Leyes, modelos e ideales para un derecho contractual todavía en vía de modernización (con la llegada en ambos países del derecho de protección de los consumidores, y las consecuencias del Convenio de Viena de 1980 ratificado por China sólo con importantes reservas); luces y sombras en algunos aspectos del actual derecho de los contratos chino y japonés (con referencia a la aplicación de la *lex mercatoria*, la cláusula de buena fe subutilizadas en ambos países hasta los años Noventa del siglo pasado y ahora sujetos a cierta *revival*, y la función de la jurisprudencia).

La conclusión resulta evidente: Con la publicación de esta bien documentada monografía hay que sustituir las habituales y elementales consideraciones que solían hacerse, en general, de los derechos de estos dos países orientales por otras mucho más meditadas, al menos en relación con el Derecho contractual, y que aquí no puedo detenerme en transcribir¹⁰³⁵. En cuanto a los lectores españoles la obra puede considerarse complementaria de la ya citada traducción a nuestra lengua del Cc japonés, y viene a llenar un clamoroso vacío en relación con el derecho chino de los siglos XIX y XX, escrita en lenguaje accesible. Otro buen servicio de la comparatista italiana.

1035 Me remito a Marina TIMOTEO op. cit., p. 357-364.

COMBALÍA, Zoila: "Recepción del Derecho Islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense". Estudios de Derecho Comparado, Editorial Comares (Granada 2006). 102 págs.

La autora. En el ceñido Prólogo que el Prof. Ferrer Ortiz realiza de la obra se ofrecen los datos biográficos básicos sobre la autora, que pertenece a su Escuela y es, actualmente, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Zaragoza y especialista sobre el Derecho islámico en sus relaciones con el Derecho occidental, ya desde su trabajo pionero sobre "Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas" (*Anuario del Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996), que ha desembocado, más tarde, en su obra fundamental sobre "El derecho de libertad religiosa en el Derecho islámico", y ahora en la presente monografía, que recensiono, elaborada durante su estancia como *Visiting Researcher* en la *Harvard Law School* de USA.

Valoración general de la obra. Aparte de la incesante y creciente actualidad, teórica y práctica, del tema, en España y en Europa, la obra interesará a familiaristas en general, civilistas, canonistas y cultivadores del Derecho internacional Privado, amén de comparatistas. La autora usa fuentes de información de primera mano, sobre todo en inglés (es abundante el número de juristas musulmanes que publican en este idioma) y, naturalmente, en español, y en menor medida en francés e italiano. Se inserta en esa corriente de orientación anglosajona que parece primar en los ambientes jurídicos españoles. Nos dice la autora (págs. 3 y sgt.) que "la monografía estudia la recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia de los Estados Unidos", si bien convendría hacer alguna matización; dado que *recepción* en el mundo comparativo europeo tiene, como es sabido, un sentido propio y fuerte que hace referencia a lo ocurrido históricamente en distintos países continentales en relación con el Derecho Romano, a partir del siglo XII, y, evidentemente, en USA no se conoció tal fenómeno, ni tampoco su efecto más característico —la aparición del *Jus commune*—. La obra, partiendo de la existencia actual de regímenes políticos secularizados de total separación, por un lado, entre las Iglesias y, de otro, entre el Estado federal y cada uno de los Estados federados, se ocupa de una nueva perspectiva de la presencia de lo religioso en la sociedad, a través del derecho de la persona. Generalizando el fenómeno escribe con acierto la autora que "los ordenamientos estatales se muestran hoy llenos de grietas por las que se filtran (*sic*, ¿mejor "infiltran"?) instituciones y relaciones jurídicas que escapan de los mecanismos de control y soberanía del Estado —como ocurre con los procedentes del derecho religioso— y que, al penetrar en el ámbito civil, han de ser

tomadas en consideración por los poderes públicos". A mayor abundamiento, buena prueba de que el tema sigue preocupando a nivel mundial es el hecho de que en el próximo Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por la AIDC, a celebrar en Washington en 2010, se ha fijado como uno de los temas de debate el de *Religion and the secular State*", uno de cuyos Ponentes Generales designados es el Prof. Martínez Torrón de la Univ. Complutense.

Contenido de la obra. Ya se comprende que ni la monografía se propone abarcar la totalidad de los problemas suscitados por el derecho matrimonial islámico, ni tampoco la "recepción norteamericana" ha podido comprender o referirse a la integridad de las disposiciones contenidas en aquél. La autora describe tres grandes apartados: A) El reconocimiento civil de la celebración matrimonial islámica. B) La dote islámica o "mahr". C) El repudio islámico o "talak".

Adviértase que el mejor provecho de la lectura de la obra requiere un conocimiento, al menos, elemental, de la organización judicial norteamericana, y así conviene saber que la jurisprudencia estudiada alcanza un total de 21 sentencias dictadas por tribunales estadounidenses, de las cuales hay cuatro emanadas de los Tribunales Supremos de algunos Estados, y catorce —es decir, la mayoría— proceden de Tribunales de Apelación (*Courts of Appeals*) de los mismos, siendo las restantes sentencias de procedencia variada (tribunales de lo penal, familiar etc).

A) En sus aspectos formales el matrimonio islámico no exige la presencia o asistencia de ninguna autoridad religiosa o civil como requisitos para la validez, si bien la mayoría de los actuales estados islámicos añaden la inscripción para garantizar la certeza y prueba de la unión. Hay, además, variedad de costumbres y usos nupciales, ritos como la bendición, o de creencias, pero cuyo incumplimiento no afecta a la validez. Téngase en cuenta la excepción representada, entre los países de mayoría islámica, por el Código civil turco que ha tratado —acaso sin lograrlo en la práctica— de secularizar totalmente la celebración del matrimonio como signo de laicidad del Estado creado, a principios del siglo pasado, por Ataturk.

Por otra parte, cada Estado norteamericano posee una normativa propia sobre la forma de celebración del matrimonio; en algunos se mantiene todavía la validez del *common law marriage*, por lo general en claro retroceso. Es regla general que cada uno de los Estados de la Federación reconoce la validez del matrimonio celebrado válidamente en otro, incluso el citado *common law marriage*; regla que, sin embargo, según una ley federal de 1995 no se aplica a las

uniones homosexuales admitidas por algunos Estados de USA. La celebración exige licencia civil previa y el reconocimiento médico habitual. Siguiendo la tradición anglosajona, se autoriza generalmente que el matrimonio sea celebrado ante el funcionario estatal o ante un ministro de culto o dirigente religioso; algunos países prohíben expresamente la presencia de *imames*. La celebración ha de tener lugar entre los 30 y 60 días de la expedición de la licencia matrimonial. También con generalidad se exige la inscripción del matrimonio en el Registro.

A modo de parcial resumen dice la autora que “el matrimonio celebrado reuniendo los contrayentes los requisitos de capacidad y consentimiento suele reconocerse en Estados Unidos, incluso aunque las partes se hayan desentendido de las formalidades civiles observando sólo las religiosas; esto también ocurre en aquellos Estados que han abolido el *common law marriage* y mantienen exclusivamente el *Ceremonial marriage*, Esto es, en virtud de la flexibilidad en cuanto a la forma del matrimonio tanto en el derecho islámico como en el de los Estados Unidos, la eficacia de las celebraciones islámicas no ha planteado especiales problemas” (pág. 11). Así la sentencia de 17.01.95 del Tribunal de Apelación de Ohio admitió la validez de un matrimonio musulmán exclusivamente religioso celebrado antes de la abolición en el Estado del *common law marriage*, dado que la unión cumplía los requisitos de este último. Más llamativo puede resultar el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de Apelación de Tennessee, de 11.06.97, relativa al matrimonio musulmán de dos contrayentes norteamericanos de ascendencia iraní celebrado ante un *Imam* que no ejercía regular, sino ocasionalmente las funciones de tal en la mezquita, pese a lo cual se dio por válida la unión.

En contraste, en algunos casos no se produce el reconocimiento de la unión musulmana por razones formales. Así la sentencia del Tribunal de Apelación de California de 30.06.88 no reconoció la validez del matrimonio *muta* celebrado por un varón de religión ortodoxa con una ciudadana iraní, con carácter privado y que mantuvieron secreto sin presentarse nunca en público como casados, continuaron teniendo domicilios distintos y guardando silencio sobre la unión ante sus familiares y amigos; aunque en primera instancia se reconoció la unión como matrimonio putativo, el Tribunal de Apelación revocó aquélla pues el mero convencimiento o creencia de la existencia de un matrimonio conforme a los preceptos de la propia religión, es insuficiente para calificarlo de putativo; siendo probable que tal matrimonio tampoco fuera válido según el derecho islámico. Algo similar ocurrió en la sentencia del Tribunal de Apelación de Virginia de 11.05.93 sobre un matrimonio entre dos musulmanes

pertenecientes a distintos ritos islámicos (un ciudadano argelino y una mujer paquistaní perteneciente a la comunidad *ahmadi*); siguiendo la normativa de esta última, las partes firmaron un documento de matrimonio por poder, celebrado en Londres sin la presencia de los interesados; un mes más tarde el padre de la novia ofreció en Paquistán una recepción de celebración de la boda, y los contrayentes vivieron juntos en Virginia durante un año, tras el cual solicitaron el divorcio; en primera instancia se entendió que el matrimonio se había celebrado en Inglaterra pero bajo el derecho musulmán y cuya validez debía reconocerse en USA por razón del *comity*, otorgando, en consecuencia, el divorcio; pero en apelación se declaró que la unión estaba sujeta al derecho inglés, que declara la nulidad de la unión, y probablemente el matrimonio sería también nulo en Paquistán porque esta legislación no reconoce a la secta en cuestión.

Los matrimonios celebrados en los Estados Unidos tienen que cumplir, además, los requisitos establecidos por el derecho de cada Estado en relación con el fondo, y, en particular, con la edad y la monogamia. Curiosamente, la jurisprudencia civil es más bien escasa en estos aspectos, y la autora acude a jurisprudencia dictada en materia criminal. En efecto, los matrimonios convenidos por los padres o guardadores de menores de edad pueden llegar a configurar, según la legislación norteamericana, delitos de abuso sexual cometidos por aquéllos cuando la menor demuestra su falta de consentimiento, por ejemplo escapándose de casa a los pocos días de la ceremonia; sin que conste que existan en la legislación norteamericana, “cuestiones prejudiciales” suele ocurrir que aquellos tribunales aplican en tales casos sanciones penales, dando entender que la unión puede ser válida o anulable. El tema de la poligamia recibe un comentario relativamente amplio (pgs. 24-31), tratándose no sólo del caso de los mormones (la poligamia fue expresamente prohibida en la Constitución del Estado de Utah en 1896), sino también el de las tribus indias cuyo derecho matrimonial ha venido a reconocerse por el Congreso en sus relaciones internas, de modo que el matrimonio poligámico en tales tribus es legal entre ellas. En cuanto al matrimonio poligámico contraído en USA por musulmanes se defiende por algunos autores que tal unión no sería válida para el derecho musulmán dado que la legislación norteamericana no permite un “trato equitativo” a todas las mujeres. Por otra parte, la poligamia es causa de denegación de visado de entrada de extranjeros en el país. En cuanto al matrimonio poligámico de hecho celebrado en el extranjero (comprendiendo incluso al celebrado por algunos inmigrantes chinos según sus costumbres), no se le reconocen los efectos derivados del vínculo. Una antigua sentencia de 13.01.48

del Tribunal de Apelación (tercer Distrito) de California declaró que el *public policy* no queda afectado porque se divida el dinero equitativamente entre las dos esposas de un indio musulmán, particularmente cuando no hay oposición entre ellas que son las únicas interesadas. La autora destaca la madrugadora aplicación de la noción atenuada del orden público, que últimamente también han aplicado los tribunales españoles.

B) Muy trabajado es el capítulo relativo al reconocimiento de la dote islámica (*mahr*) en la jurisprudencia de Estados Unidos en el que realiza un interesante recorrido doctrinal y legal de aquélla en el derecho musulmán, exponiendo la *communis opinio*, así como un sugestivo acercamiento al *Restatement* de la *Uniform Premarital Agreements Act* de 1987¹⁰³⁶. La postura mayoritaria en el Islam es que el *mahr* no es una condición de validez del contrato matrimonial sino un efecto del mismo; su sentido más genuino es el de reforzar los vínculos familiares, que encuentra perfecto acomodo en la descripción que hace el Corán de la dote como un presente espontáneo. Es un concepto con múltiples facetas, que no puede describirse exclusivamente en términos económicos de sustento para la mujer; surge con la celebración del matrimonio, y es frecuente que se pague en dos plazos, uno inmediato y otro diferido; actualmente el diferido tiende a pagarse en el momento de la disolución, lo que, en algún modo, trataría de prevenir el ejercicio del poder discrecional del marido de repudiarla mediante el *talak*. Pero conviene no olvidar que el marido, en todo caso, y mientras subsista el vínculo, está obligado a sostener económicamente a la mujer, la cual, aunque tenga recursos propios, no ha de gastar nada en su mantenimiento, desapareciendo tal deber en el momento de la disolución.

Si bien con carácter general el *agreement marriage* se ofrece como un instrumento idóneo para recibir en derecho norteamericano la dote islámica, sin embargo, a juicio de la autora, se corre el riesgo de que tal reconducción resulte forzada. En efecto, el contrato prenupcial permite pactar unos derechos y deberes particulares al margen de la regulación general de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, mientras que el *mahr*, en derecho islámico, es propiamente el régimen general y la única libertad de las partes al respecto es fijar la cuantía, el plazo de pago etc.; concluye que, a la vista de ello, los requi-

1036 Como obra de información general: WINER and BECKER (editors), *Premarital and marital contracts*, 1993. Una primera aproximación desde el derecho español: M^a Paz GARCÍA RUBIO, "Precautionary" agreements on the economic consequences on matrimonial crisis: Are they lawful under spanish law?, en el vol. "The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europa" (ed. M. Martín-Casals and J.Ribot [Girona 2006], págs 89 ss.)

sitos establecidos para el *premarital agreement* no deberían transmitirse rígidamente al trasladarse al *mahr* (por ej. renuncia expresa al derecho de alimentos o a la propiedades del otro cónyuge en el momento de la disolución; lo mismo entender que la entrega de una parte de la dote al tiempo de la disolución implica un trato de favor para la mujer). Siendo el *mahr*, en derecho musulmán, el régimen general económico de la mujer la autora cree que no parece necesario un especial asesoramiento para pactar libremente la dote; incluso aunque su gestión se realice por un tutor y no personalmente por la mujer. Para apreciar si se respeta o no el *public policy*, deberá considerarse que la dote islámica no es una institución aislada que pueda desgajarse de otras, sino que en el derecho islámico de familia existe una íntima unidad e interrelación entre las diversas instituciones de modo que la dote va ligada a la de la *nafaqa* a la inexistencia de alimentos o régimen económico conjunto, a las disposiciones sucesorias etc (pg. 56). Tales afirmaciones se basan en el análisis minucioso de sendas sentencias de la *Court of Appeal of Florida*, respectivamente de 12.01.97 y 09.05.01, aprobándose la primera y rechazándose la segunda.

C) Reconocimiento del *talak* o repudio islámico.

Es la forma de disolución del matrimonio islámico que más controversia ha suscitado en Estados Unidos, sobre todo por la ausencia de un proceso judicial. Consiste en la declaración unilateral del marido, sin necesidad de alegar causa alguna, del consentimiento de la mujer, ni intervención de tribunal; sólo requiere que se trate de varón adulto, capaz y que se utilice la forma prescrita; hay diferencias, a veces importantes, entre las distintas escuelas, y últimamente se han introducido reformas legales para tutelar mejor a la mujer. En Marruecos, por ejemplo, desde 1993 se requiere la presencia de ambas partes y la autorización judicial, lo que conlleva una tentativa de reconciliación; en caso de repudio sin causa justificada se concede una compensación económica a la mujer. El tratamiento ha sido paralelo al del repudio judío a principios del siglo pasado; si éste era reconocido por un país extranjero, por razones de *comity* lo era en USA; en cambio, cada uno de los Estados se ha opuesto siempre al repudio unilateral extrajudicial celebrado en su propio territorio. Emblemática es la Constitución del Estado de Nueva York: *Nor shall any divorce be granted than by due judicial proceedings* (art. 1.9). La jurisprudencia ofrece, no obstante, excepciones a ambas soluciones, basadas en razones de seguridad jurídica. La autora ha seleccionado algún caso en el que, quedando ésta salvaguardada, se altera la regla general; asimismo, cuando pese a haberse pronunciado el divorcio unilateral en el extranjero, la situación resulta confusa, los tribunales americanos buscan argumentos para no aplicar la *lex loci* sino la *lex fori* americana (op. cit., pág. 78).

Valoración final y propuestas de futuro.

En el capítulo final (págs. 79-93) la autora no sólo intenta explicar las líneas directrices a que han respondido hasta ahora los tribunales estadounidenses, sino que se eleva a la categoría representada por los países occidentales en su conjunto para los cuales intenta ofrecer las posibles líneas de futuro evolutivas.

Ratifica la idea que reitera a lo largo de la obra: La flexibilidad del derecho americano ha facilitado a sus Tribunales una mayor ductilidad para adaptar el derecho estatal, en sentido amplio, a las peculiaridades de los casos cuando en ellos está implicados instituciones islámicas. Así los Tribunales han tratado de reconocer las celebraciones islámicas aun cuando no cumplieran estrictamente con los requisitos formales exigidos; de esta suerte se ha reconocido como “ministro regular que tiene a su cargo cura de almas” al simple fiel musulmán aficionado a la lectura del Corán y que, algunas veces, ha ayudado esporádicamente en tareas de culto en su mezquita. La dote islámica resulta institución extraña, y aunque se la ha aproximado al *agreement marriage* parece razonable pensar que ambas figuras responden a una diferente *ratio*, obligando a veces a los tribunales del país a interpretar el *mahr* conforme al Corán, para lo que carecen de competencia constitucional. Sólo por razones de Derecho internacional privado han conducido a reconocer el *talak* pronunciado en país extranjero, mientras que en los demás casos prevalece la negativa unánime a su reconocimiento por parte de la *lex loci*.

Bajo la perspectiva de la necesidad de establecer un sistema de relaciones entre la legislación occidental y el derecho matrimonial islámico, la autora analiza posibles vías de armonización, que reduce a dos, que, respectivamente, denomina *multicultural* e *intercultural*. La primera consistiría en generalizar el sistema de los estatutos personales, vigentes actualmente en Israel y en algunos países islámicos (Jordania, Líbano, Irak entre otros). Ello implicaría que en países con pluralidad religiosa (y hoy el fenómeno de los desplazamientos transnacionales se ha globalizado) los ciudadanos quedarían sujetos a la ley y jurisdicción de la confesión a que cada uno pertenece, con independencia de que practiquen o no su religión, en materia de matrimonio y divorcio, mientras que en otras materias como adopción o sucesiones, los ciudadanos podrían optar entre la jurisdicción civil o religiosa. En Inglaterra, en el último tercio del siglo pasado, la Unión de Organizaciones musulmanas de Inglaterra e Irlanda realizó una campaña para lograr elevar una petición al Parlamento en tal sentido. En Canadá una campaña similar se inició en 1986. Ambos intentos han

fracasado. Se dice que tal propuesta iría en contra de la tradición inglesa de un sistema unificado de familia, con independencia de su origen, raza o religión. Ello sin perjuicio de que tal sistema no reconoce la libertad religiosa de los no creyentes o practicantes.

La autora se muestra partidaria de encontrar soluciones inspiradas en la *interculturalidad*, que otorga mayor protagonismo a las partes interesadas, las cuales introducirían por vía contractual las prescripciones religiosas de naturaleza real o personal, dentro de los límites mínimos del orden público; o bien que pacten cláusulas de mediación en favor de tribunales islámicos que reconozca el Estado. El primer país occidental en el que se constituyeron Tribunales de *Sharia*, fue el Reino Unido en 1982, con el fin de salvaguardar la identidad de las leyes islámicas sobre familia y persona, e impulsar su reconocimiento en el sistema jurídico británico para la comunidad musulmana, así como establecer un foro decisorio de referencia para los musulmanes en asuntos de estatuto personal. Paralelamente en Estados Unidos se impulsa la creación de los *Sharia Councils* que cuentan con el precedente del *Bet Din* de la comunidad judía, habiendo Estados en los que se menciona a los ministros de culto como posibles mediadores familiares. También en Canadá se ha constituido un organismo mediador denominado *Islamic Institute of Civil Justice*, objeto de críticas duras por el *Canadian Council of muslim Women*, quien se ha pronunciado claramente en 2004 afirmando: *Preferimos vivir bajo la jurisdicción de las leyes canadienses*.

Finalmente la autora menciona una serie de factores que pueden influir en la solución del problema en Occidente por el Derecho matrimonial musulmán: Una cierta anglosajonización del mundo occidental, la crisis del tradicional concepto de orden público, la dificultad de calificar determinadas instituciones conforme al Derecho Internacional Privado y lo complicado que resulta de diferenciar la ley personal y la ley religiosa. Deja bien clara su postura reconociendo sin titubeos que “la secularización del Derecho es uno de los mayores logros de nuestra cultura que ha hecho posible el asentamiento de la libertad religiosa” (pág. 93), al mismo tiempo que “como consecuencia de la inmigración y la penetración de personas procedentes de otros ámbitos culturales, la religión se está convirtiendo en un elemento importante de reconocimiento de la propia identidad cultural y es cada vez más difícil mantenerla recluida, o cuasi recluida, en el ámbito de lo privado según los cánones extendidos en determinados sectores occidentales” (pág. 92).

Opinión del recensor. Obra importante, enormemente actual, valiente en sus planteamientos, que rompe esquemas e ideas preconcebidas. La honda

formación canonista de la autora le permite afrontar cuestiones de alcance universal sin someterse, en principio, a ordenamientos jurídicos territorialmente, más o menos limitados. Un libro, breve por su extensión pero denso de contenido, y que hace pensar.

Mis reservas proceden, acaso, de mi formación civilista y comparatista. He echado en falta, al menos, una sucinta referencia a la doctrina continental de las relaciones económicas entre los cónyuges que en el sistema del *Civil Law* tiene bien perfiladas sus connotaciones, a diferencia del *agreement marriage* que presenta no pocos interrogantes para nosotros¹⁰³⁷. No participo del entusiasmo ambiente por contemplarse un tanto ingenuamente en el espejo jurídico anglo-norteamericano. Cada sistema, a mi juicio, presenta ventajas e inconvenientes *hic et nunc*. Recientemente un prestigioso comparatista holandés nos alertaba de los riesgos de dejarse llevar por el mimetismo anglosajón¹⁰³⁸, lo más razonable por motivos de seguridad jurídica, es que cada sistema actúe siempre conforme a sus reglas básicas de fuentes; el valor jurídico de las sentencias norteamericanas mencionadas no queda siempre claro (sin perjuicio de su eficacia como experiencia jurídica, también para nosotros). La propuesta final de la autora me parece extraordinariamente sugestiva, aunque, de momento, de difícil realización; por otra parte ¿no se parece a una especie de un “viaje de vuelta” al proponer la existencia de Tribunales islámicos con alguna clase de competencias en los conflictos matrimoniales regidos por el Corán? ¿No procedería, más bien, profundizar en el *jus connubii* como una manifestación o aplicación de la libertad religiosa que todo estado democrático debe respetar?

1037 Una reciente, aunque sucinta exposición de conjunto puede verse en CENDON, *Los regímenes económicos del matrimonio y la circulación de bienes muebles*, en GALGANO (coord.) “Atlas de Derecho privado comparado” (trad. esp. de Fernández Campos y Verdura Server) (Madrid 2000) pgs. 279-318; con interesantes indicaciones históricas, Karen Jeanneret-Druckmann, *Les régimes matrimoniaux en droit américain. – Aspects de droit civil et fiscal*, en el vol. “Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en Droit international privé” (eds. Bonomi et Steiner) (Genève 2006), pgs. 235-251.

1038 HONDIUS *The precedente and the law* (Bruxelles 2007) págs. 23 ss. El autor fue Ponente General sobre el tema en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Utrecht (2006).

SACCO, Rodolfo: Le droit africain. Anthropologie et droit positif (Avec la collaboration de Marco Guadagni, Roberta Aluffi Beck-Peccoz et Luca Castellani) (Traduit de l'italien par Michel Cannarsa) Editions Dalloz, 2009, 566 pgs.

Sumario: 1. Introducción.– 2. Contenido de la obra.– 3. Sobre el Derecho Africano primitivo: A) Metodología. B) La sacralidad. C) La oralidad. D) Reglas más importantes del Derecho Africano primitivo.– 4. Sobre el Derecho Africano moderno.– 5. Descolonización.– 6. El Derecho Africano postindependencia.– 7. La diversidad africana.– 8. Valoración de la obra.

1. INTRODUCCIÓN

Varias razones confluyen para llamar la atención del comparatista español acerca de la publicación de la traducción francesa de este libro¹⁰³⁹. Por un lado, el hecho de que Francia, *país fundador* del Derecho comparado a partir de la celebración del Congreso internacional de París de 1900, se encuentre actualmente, y desde hace algún tiempo, en la situación de *país receptor* en la materia¹⁰⁴⁰; se reconocen dificultades prácticas para encontrar editor (de hecho

1039 El volumen pertenece al gran *Trattato di Diritto comparato* dirigido por el Prof. Rodolfo SACCO, y publicado por la UTET en 1995. Entre esta edición y la francesa se observan algunas oportunas actualizaciones de las referencias bibliográficas a pie de página. También se advierten aquéllas en la breve presentación histórica de cada uno de los países contemplados en la quinta parte de la obra. Por otra parte hay breves, aunque significativas, modificaciones en los enunciados generales de la obra. Ahora la parte 1ª se enuncia como “África y contexto”, en lugar de “Derecho y diversidad”. En la segunda parte, su cap. 4º se denomina en la traducción francesa “Las reglas de derecho africano tradicional”, en lugar de “Los institutos del Derecho africano tradicional”. La parte 3ª se enuncia ahora “África y Mundo”, en lugar de “Las aportaciones externas”. El cap. 2º de la Parte 4ª recibe un leve cambio de enunciación “El Derecho africano al comienzo del siglo XXI, en vez de “El derecho africano en los umbrales del 2000”.

1040 En este punto resulta esclarecedor el *avant propos* que firma la profesora Parísina Horatia Muir Watt, codirectora de la Colección *A droit ouvert* que ha albergado la edición y que creo oportuno citar por extenso: “El espacio concedido a la interdisciplinariedad en este estudio es el sello de la aproximación culturalista y contestualista de la comparación jurídica que se efectúa en el seno de la Escuela de Turín, de la que Rodolfo Sacco es el padre intelectual. Tal aproximación es, sin duda, la única capaz de iluminar, para el lector occidental, los diferentes estratos complejos de la formación del derecho en África, que se reparten en profundidad la autoridad del *sorcier* y la marca del *droit savant* universitario, entre la cultura tradicional y las vicisitudes políticas. Carentes de editor durante mucho tiempo, estas reflexiones nos han

la obra se ha impreso en Bélgica aunque aparece formalmente editada por Dalloz y apadrinada por la colección francesa *À droit ouvert*¹⁰⁴¹; y, sobre todo, al referirse a un conjunto de países ubicados en el continente africano, dotados de un sistema jurídico con propias características —el formado por los países subsaharianos con exclusión de África del Sur¹⁰⁴²—, factores que influyen, en menor o mayor medida, en un tema comparativo de indudable importancia científica y didáctica, a saber el siempre de actualidad acerca de una clara delimitación de las familias y sistemas jurídicos¹⁰⁴³. A todo lo cual se añade la problemática inherente a la traducción de obras jurídicas aunque, lingüísticamente, sean tan próximas entre sí como el italiano y el francés.

parecido que actualmente reclamaban una urgente publicación. La realidad política es evidentemente demasiado mudable para que los datos legislativos que el autor se ha esforzado por resaltar para cada uno de los Estados del gran continente se hayan siempre actualizado. Pero aquí no radica lo esencial, como sin duda se habrá comprendido. Lo que aporta la reflexión comparatista de Rodolfo Sacco es un cambio del centro epistemológico, una toma de conciencia de los límites del modelo euro-céntrico del derecho, que no puede servir de puerta de acceso de interpretación de un sistema en el que la normatividad —a veces, no verbalizada, y a veces portadora del sello de lo sobrenatural— reposa sobre estructuras sociales y culturales profundas no necesariamente susceptibles de ser captados a través de nuestras categorías usuales” (op. cit., págs. VII y VIII). La profesora Muir Watt pertenece a la generación joven de los comparatistas franceses que está imprimiendo un nuevo enfoque al comparatismo galo, con mayor apertura hacia otras escuelas y eficaz actitud colaboradora hacia otros países.

1041 Que se define como una “colección destinada a acoger obras que muestran la riqueza de las experiencias jurídicas que ofrece el mundo contemporáneo. Miradas dirigidas hacia fuera, miradas enfocadas aquí y allí en su confrontación y en su acercamiento, estas obras se interesan también por la cartografía del derecho y de las disciplinas jurídicas”.

1042 Lamentablemente, tampoco se ocupa de la Guinea Ecuatorial española, probablemente por falta de información sobre las fuentes de su derecho después de la independencia. Sobre la exclusión de Sudáfrica, no se dan explicaciones.

1043 De hecho en el más reciente Manual comparativo traducido al español (ZWEIGERT-KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, México 2003; trad. esp. de Aparicio Vázquez, de la 3ª ed. inglesa de 1998, pág. 73 y sgte) se niega actualmente la existencia de una *familia jurídica africana*, si bien se añade que es posible que, con el tiempo, surja una familia jurídica completamente, hasta el punto de que tengamos que clasificar los sistemas africanos al sur del Sahara dentro de una nueva familia jurídica con aquella denominación. Se alude a la importancia fundamental que África tiene para la investigación de ciertas disciplinas jurídicas (así etnólogos, y sociólogos) e, incluso, se acepta que quienes conceden gran importancia al estudio de la recepción del derecho extranjero puedan referirse a una familia jurídica africana. Actitud, sin duda, que resulta científicamente poco clara, y que más bien podría calificarse de tubeteante.

2. CONTENIDO DE LA OBRA

Podemos describirlo como de gran riqueza. Así las cinco partes de la obra se distribuyen del siguiente modo: 1ª África y contexto; 2ª África y tradición; 3ª África y Mundo; 4ª África e Independencia; y 5ª África y diversidad. Con las leves, y ya aludidas, alteraciones en algunos enunciados, introducidas respecto de la primitiva edición, entiendo que se ha querido focalizar la atención del lector sobre el objetivo africano, si bien la parte primera sigue poseyendo indudable valor comparativo general como el autor explica a continuación.

En los *Propósitos introductorios* (págs. IX y X) —que aparece sin firma aunque resulta indudable que corresponde a la paternidad del profesor SACCO— se aducen convincentemente los argumentos que subsiguen¹⁰⁴⁴: “En la biblioteca del jurista no ha habido nunca lugar para una obra de conjunto sobre el derecho africano. Aunque en los estantes bien visibles aparecen revistas enteramente consagradas a la materia. El antropólogo ha profundizado admirablemente el estudio del derecho africano. El propio derecho africano ha ofrecido al antropólogo —especialmente al antropólogo francófono— todos los materiales necesarios para sus teorías. El comparatista se dedica al derecho africano, y especialmente a la puesta en marcha de un derecho que se encuentra en disposición de responder a las necesidades de una sociedad moderna.— El derecho africano ha sido objeto de estudio y de análisis. Pero hasta ahora nunca se había redactado una reconstrucción de su conjunto. El autor de la presente obra intenta realizar tal misión; ha aceptado medirse con la dificultad a la que se enfrenta. ¿De dónde procede esta dificultad?— El derecho de cada país africano se compone de elementos provenientes de diversos estratos culturales, que cualquier europeo considera como contradictorios y aparentemente incompatibles entre sí. Las vicisitudes históricas de estos países han creado esta realidad imprevisible, que no se corresponde con ningún programa previsto y establecido con antelación por un poder o por una iniciativa humana. Una fracción de la vida del africano fluye de modo comparable a la del europeo, pero otra fracción de sus relaciones se regula como si no existiera ningún legislador, ni juristas, ni poder político centralizado. La tolerancia africana respecto de los frecuentes golpes de Estado y la concentración del poder político en manos del jefe del Estado coexisten con la autoridad del adivino y de la enseñanza universitaria de un *droit savant*.— África no es un país con una identidad bien

1044 Que no figura en la edición italiana. Se trata, por tanto, de una *Introducción para franceses*.

definida. África es un país intercultural. Elementos provenientes de culturas tradicionales conviven en contradicción, y, al mismo tiempo, se entremezclan con aportaciones de las *religiones del Libro* y con otros componentes originarios de Europa.— Una obra de conjunto sobre África debe analizar y explicar estos elementos tan diversos. *Explicar significa aquí aclarar sus orígenes, y reconstruir las reacciones que la presencia de cada uno de estos estratos ha ejercido en los demás”.*

3. SOBRE EL DERECHO AFRICANO PRIMITIVO¹⁰⁴⁵

A) METODOLOGÍA

Siguiendo el método que SACCO denomina estratigráfico, recuerda que la cultura africana, aunque está influida por los contactos exteriores, conserva evidentemente un núcleo autóctono; así cada africano aparece más o menos fiel a la tradición de su continente y de su región, y resulta más o menos permeable a las aportaciones recibidas del exterior, en función de la región de que se trate, el grado de escolarización, de la religión profesada, de su hábitat (ya sea en la ciudad o en la selva, en un puerto o en el interior). Nada impide estudiar la cultura y la realidad africanas tal como eran antes de entrar en contacto con otros pueblos, y ello tendría el mérito de reconstruir ciertas características de las culturas africanas más importantes sin confundirlas con los elementos adquiridos más tarde. En todo caso toda cultura es resultado de sucesivas estratificaciones acumuladas, si bien tal acumulación se ha producido en África diferentemente que en Europa, dándose el caso de que pueden cohabitar combinándose en el seno de un modelo cultural único predominante, o bien repartiéndose geográficamente en zonas diferentes, e, incluso, en el interior de la misma familia; ello ocurre también y con mayor razón en el ámbito jurídico. El análisis estratigráfico de la cultura africana revela la presencia de un primer componente africano, de un sucesivo estrato vinculado a la religión, el tercero introducido por los europeos y el último formado después de la independencia y años sucesivos. Ha variado el lugar en donde se enseña el Derecho africano. Inicialmente no había lugar para él cuando las Universidades se limitaban a enseñar el Derecho romano y el canónico; más tarde cuando los programas incluyen como optativa la asignatura del Derecho colonial, simultáneamente comenzaba a desarrollarse la Etnología jurídica, ambas ciencias con caracteres muy diversos; con la independencia las investigaciones sobre el estrato

1045 Op. cit., pág. 69 y sgtes.

escrito del Derecho africano así como las encuestas sobre el Derecho africano histórico ocupan el lugar de la Etnología y del Derecho colonial; en el periodo intermedio los archivos de los Ministerios de Colonias se transformaron en Bibliotecas africanistas y los cursos impartidos por los funcionarios coloniales fueron sustituidos por diversas formas de enseñanza de materias africanistas. El Derecho africano tradicional no se basa en ninguna obra escrita, por lo cual alguno autores le denominan *droit coutimier africaine*¹⁰⁴⁶. Este derecho ancestral está fragmentado y no es homogéneo (puede desanimar al investigador el hecho de que en el Congo se han detectado ocho mil sistemas jurídicos de familia y parentelas, pero permite concentrarse en los métodos de trabajo, de estudio y de conocimientos, y autoriza un debate unitario sobre las cualidades de la norma africana y la tipología de las soluciones). En cuanto al método, SACCO cita la conocida obra de POST¹⁰⁴⁷, a quien en Italia siguió MAZARELLA¹⁰⁴⁸, objeto de profundas críticas por su formalismo, surgiendo con miras más amplias la escuela alemana de KOHLER¹⁰⁴⁹. Diferente es la metodología seguida por la escuela francesa de DURCKHEIM y MAUSS. Con el tiempo estas escuelas basadas en métodos formales y sistemáticos declinan y se sustituyen por la Etnología dirigida a la aplicación práctica, si bien el fin del colonialismo ha puesto en peligro la continuidad de esta dirección, aunque algunos países independientes han seguido utilizando los resultados de las encuestas, insertándolos en los textos legales a la hora de legalizar las normas consuetudinarias; pero los temas de los Congresos Internacionales de Derecho comparado de Bruselas (1958) y Hamburgo (1962) muestran ya el abandono científico del empleo de los cuestionarios. En el periodo intermedio entre el fin de la Segunda GM y el inicio de la descolonización se produce el fenómeno de la difusión de la obra de SAUSURE y la concentración de la actividad investigadora de la Antropología cultural (que ha absorbido a la Etnología) en los temas familiares. Surge una Antropología jurídica que defiende que no basta con formular la regla jurídica; así no se contenta con decir que el propietario puede recolectar los frutos del vergel, sino que debe añadir que el árbol se venga de quien le arranca sus frutos, y también que el *chamán* enseñará al propietario la fórmula que permite conjurar la venganza del árbol. Por otra parte, evolución y difusión

1046 Pero alerta el autor que a los especialistas más rigurosos no les gusta la intrusión de la categoría de la *costumbre* con sus conocidos requisitos (op. cit., pág. 73, nota 1).

1047 POST, *Etnologische Jurisprudenz* (Leipzig 1983).

1048 MAZARELLA, *Studi di etnologia giuridica*, 16 vols. (Catania 1903-1937).

1049 Creador a partir de 1878 de la famosa *Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft*.

son procesos presentes simultáneamente en el mundo de la cultura. Al menos desde hace tres mil años las transformaciones culturales están vinculadas a evidentes fenómenos de imitación en el dominio de la lengua, de la religión y también del derecho, así como la tendencia de los elementos presentes en una cultura dada a organizarse de modo ordenado y sistemático.

B) LA SACRALIDAD.

La norma tradicional africana es permeable frente a lo sagrado; la sacralidad es, incluso, una de sus dimensiones; con todo, la sacralidad del Derecho africano concierne esencialmente al África más típica, a saber, la que habla lenguas nigero-kordofanianas y nilo-saharianas¹⁰⁵⁰. El poder se legitima por lo sagrado, y ello se manifiesta y concreta no sólo por el hecho de que las sanciones sobrenaturales amenazan al ciudadano que rehusa obedecer al jefe, sino sobre todo porque el jefe se beneficia de ayudas sobrenaturales (el poder de adivinación y el de comunicarse con los antepasados). La atención prestada a los muertos, y especialmente a los antepasados, se explica por los poderes que ejercen sobre los vivos y sobre los bienes (por ej. para determinar los linderos, la distribución del territorio y de los ríos entre los pescadores, se utilizan procesos en los que también intervienen aquéllos y las personificaciones de la tierra y del agua; también las cuestiones sobre la propiedad de la tierra concierne tanto a los vivos como a los muertos). Para protegerse de los poderes maléficocultos de algunas personas, hay que huir de todo contacto con los europeos (léanse, los médicos) y acudir a los sanadores tradicionales (magos y chamanes).

1050 Op. cit., pág. 82.

En 1980 se celebró en París un Coloquio organizado por el Laboratorio de antropología jurídica sobre el tema *Sacralité, pouvoir et droit*; muchos participantes se mostraron de acuerdo en afirmar que en África el derecho siempre está unido a lo sobrenatural, y ello tanto al norte del Sahara (a través de la *Sharia* islámica, como al sur. Aunque debe hacerse alguna matización pues en algunos lugares la costumbre africana ha sobrevivido a la islamización; por otro lado se encuentran manifestaciones o supervivencias sacro-mágicas formalmente incompatibles con la ortodoxia islámica pero que se perpetúan fácticamente en un ambiente oficialmente islámico; en suma, las interconexiones entre lo mágico y lo religioso deben considerarse como excepcionales al norte y normales en el África subsahariana islámica.

C) LA ORALIDAD

A mi juicio, el apartado relativo a la formulación de la norma tradicional resulta clave para tratar de captar el significado de la norma consuetudinaria africana¹⁰⁵¹. La regla tradicional africana no está escrita; la oralidad se manifiesta a lo largo de la vida del derecho: la norma jurídica no figura escrita, el proceso y la sentencia ignoran la escritura, y la doctrina —aun concediendo que exista un embrión de ella— aparece como un saber jurídico vehiculado por la palabra. Algunos autores han traído a colación el precedente de la costumbre germánica medieval, pero SACCO aporta razones lingüísticas y epistemológicas que tienen relación con la distinción entre los hechos y su consecuencia jurídica (*tatbestand* y *fattispecie*), para explicar que la justicia africana puede encontrar cualidades que pueden influir en el fallo, menos perceptibles para un europeo (por ej. el poder carismático o mágico de una persona, aureolado por la simpatía o antipatía que rodea a las partes, o la conducta mantenida por una de las partes a lo largo del proceso etc). Todo ello explica las dificultades que surgen para adquirir un buen conocimiento del Derecho africano. Las culturas africanas subsaharianas tradicionales no disponen de escritura y se muestran poco favorables a verbalizar con precisión los fenómenos sociales en que ellas se encuentran inmersas; la Antigüedad no nos ha transmitido documentos escritos originariamente en África, relativos al Derecho africano. Hasta ahora son escasos los trabajos de africanos formados en Occidente sobre dicho tema. Por ahora sólo cuentan los estudios e investigaciones efectuados por europeos y americanos sobre la base del investigador que indaga y el autóctono que responde¹⁰⁵².

D) REGLAS MÁS IMPORTANTES DEL DERECHO AFRICANO PRIMITIVO

El capítulo relativo a *Las reglas del Derecho africano tradicional* (las relaciones familiares, el lugar de la persona en la sociedad, la propiedad, el contrato, la infracción y el conflicto, y el poder político, tanto en las sociedades acéfalas como en las de poder centralizado)¹⁰⁵³ nos introducen en el núcleo

1051 Págs. 85-89 en donde confronta el autor las opiniones expuestas en el clásico Manual de René DAVID en relación con el tema.

1052 Por lo demás, no exento de obstáculos. Advierte SACCO que hay temas sobre los cuales el africano no responde nunca o sobre los cuales se considera ligado por el secreto (verdades esotéricas, datos sagrados, palabras indecibles, conversaciones que suponen riesgos de naturaleza diversas, como las mutilaciones femeninas) (op. cit., pág. 91).

1053 Págs. 93-123.

duro del tema cuya pormenorizada exposición excede de los límites de una recensión.

Cabe, al menos, decir que la elección de cónyuge está sujeta a reglas estrictas; el incesto se prohíbe de modo general y absoluto; con todo, el grupo familiar más amplio (tribu o clan) representan los límites externos más amplios para realizar aquélla; en caso de viudez se invita a perpetuar la relación del superviviente con la familia de ambos cónyuges. No se desconoce el divorcio, pero el matrimonio tiende a ser estable, no existiendo la repudiación libre; según las culturas vigentes cabe la monogamia o la poligamia; el recién nacido puede adscribirse a la familia del padre o de la madre (culturas patrilineales o matrilineales). Celebrado el matrimonio la pareja puede habitar allí donde vive la familia del marido (matrimonio virilocal) o de la esposa (uxorilocal).

La sociedad africana subsahariana normalmente está estratificada en castas, lo que significa que el *status* de cada individuo depende tanto del que aquél conserva en el grupo de pertenencia como de la posición que corresponde a dicho grupo en el contexto más amplio de la sociedad. Hay libres y esclavos, pero los esclavos del rey pueden alcanzar un elevado status si su dueño quiere confiarles facultades y poderes. La vida del africano depende de su pertenencia al grupo en cuyo seno los vínculos entre sus miembros son muy sólidos¹⁰⁵⁴.

Una de las instituciones más difíciles de comprender por los occidentales es la propiedad africana¹⁰⁵⁵, el autor sugiere partir como situaciones similares el de la propiedad feudal y el de la propiedad de un inmueble afectado al culto especialmente si éste se manifiesta mediante prácticas taumatúrgicas. En África no faltan ejemplos en los que el grupo al que pertenece el sujeto ejerce un control sobre la gestión y la afectación del bien. Sin olvidar que los derechos individuales son reconocidos en el interior de la comunidad, rodeados y limitados por la presencia y respeto de lo sagrado y de las exigencias del grupo; tales derechos pueden parangonarse con nuestros derechos reales y personales de goce, y pueden referirse a facultades o modos de utilización o a la entera explotación agrícola o pecuaria. Así se explica que allí donde la propiedad

1054 Observa el autor que a los investigadores europeos llama la atención el que denominan *comunitarismo africano* en contraste con el *aberrante individualismo* de la civilización industrial. Recientemente LE ROY, *Communautés d'Afrique noire et protection des droits de l'individu*, en "Revolution face au pouvoir" ("Recueils de la Société J. Bodin, Bruxelles 1988) (op. cit., pág. 97, nota 7).

1055 Abundante bibliografía, especialmente francesa, se cita en pág. 97, nota 8.

tradicional ha sobrevivido está siendo objeto de vivas controversias por obstaculizar el destino a fines más ventajosos o, incluso, una ejecución hipotecaria. Recientemente se ha descubierto la presencia del *jefe de la tierra* que ha sucedido a los antepasados que sellaron el pacto sobre la tierra, de carácter sagrado, que no puede desconocerse. Curiosamente estas consideraciones no valen al norte y al este del Sáhara en donde rige un concepto occidental de la propiedad.

En materia contractual SACCO parte de la conocida afirmación de MAINE —formulada en términos acaso demasiado absolutos—: “En las sociedades arcaicas las relaciones humanas se regulan por el status de la persona; en las sociedades modernas se reglamentan mediante el contrato”. Pero tales aserciones pecan de demasiado abstractas y conviene revisarlas desde una perspectiva más africana. Para el autor la idea básica es la de equivalencia¹⁰⁵⁶, siendo dos los elementos esenciales del contrato, la forma (a veces coincidente con la idea de lo sagrado), y la *datio* o entrega de la cosa; junto a ello aparecen contratos puramente consensuales dedicados a satisfacer las necesidades ordinarias de la vida, a veces mediante prestaciones comunitarias en beneficio de algún necesitado.

El tema de la venganza ha originado una extensa bibliografía¹⁰⁵⁷. La venganza no es obra de la persona ofendida, ni de sus herederos, sino que siempre está confiada al grupo al que pertenece o pertenecía la víctima; recíprocamente recae sobre el grupo considerado como responsable; su práctica está ritualizada; normalmente implica la idea de equivalente y de paridad, pudiendo moderarse mediante la negociación entre los dos grupos que pactan un equivalente. Otros

1056 “Hay equivalencia en las promesas intercambiadas entre los dioses y los hombres, entre los vivos y los difuntos, entre la tierra y los agricultores. Hay un sentimiento de equivalencia, a menudo, en los procesos que conducen a una redistribución de prestaciones, como, por ej. si se entrecruzasen la prestación fiscal del impuesto efectuado espontáneamente por el jefe o la redistribución del producto del impuesto entre los diferentes contribuyentes. Hay intercambio entre la sumisión o la prestación fiscal efectuada por el extraño al grupo y la protección de que gozará en el interior del grupo. Hay equivalencia entre el otorgamiento de la mano de la mujer al pretendiente y la prestación (trabajo, bienes muebles) que efectuará en favor de la mujer. El principio de equivalencia relativiza la oposición entre la donación y la permuta, dado que, en numerosas culturas, la donación crea la necesidad de una *contra-donación* bien determinada y visibilizada en la recíproca condicionalidad del don y del incremento del prestigio del donante. Si se ha realizado un homicidio, hay equivalencia entre el pago del precio de la sangre y la inmunidad de los responsables con relación a la venganza” (op. cit., pág. 104 y sgte.

1057 Últimamente: VERDIER, *La vengeance* (París 1980-1984). Más bibliografía, sobre todo anglosajona, en pág. 108, nota 30.

desórdenes menos graves implican también la reacción de toda la comunidad frente al acto ilícito; la Antropología habla del *conflicto y de su solución*, la cual puede consistir en la intervención de un árbitro, sea negociada, sea impuesta, lo que requiere un mínimo de organización social de que no todas las sociedades africanas disponen¹⁰⁵⁸. En este tipo de infracciones no interviene el grupo.

Respecto al poder político, el autor analiza, dentro de las sociedades acéfalas, la berebere y la somalí que tienen de común su economía agrícola y pecuaria, y, más ampliamente, las de poder centralizado, dotadas de un monarca con poderes políticos, con órganos de gobierno y estructuras jurídicas complejas; estas últimas son mejor conocidas y han marcado más visiblemente la historia africana. Por regla general se acepta el origen divino de los reyes, por influencia egipcia difundida en África negra; ello está en contradicción con la doctrina del islamismo, lo que ha originado varios intentos de acomodación; el acceso al trono se reserva a una etnia, línea o familia determinada; es frecuente que haya *contra-poderes*, así como consejeros del rey, la corte y el consejo real; dada la estratificación de la sociedad africana, la aristocracia juega un papel importante, ya sea apoyando ya sea oponiéndosele, y también las sociedades secretas. Como juicio de conjunto el autor afirma que las sociedades africanas subsaharianas no han alcanzado el grado de complejidad de la egipcia¹⁰⁵⁹, pues aunque la escritura era conocida, al menos en parte del país, no originaron ni un sistema de archivo, ni una minuciosa organización fiscal ni una planificación de las obras públicas.

4. SOBRE EL DERECHO AFRICANO MODERNO

Utilizando una terminología acaso convencional cabe incluir aquí el contenido de la parte tercera intitulada "África y Mundo" en el que se trata fundamentalmente del factor religioso musulmán y del factor colonial. En realidad el continente africano ha sufrido dos importantes colonizaciones que han dejado huellas permanentes en el Derecho vigente en el mismo, la musulmana iniciada tempranamente con el triunfo de la rama sunita sobre la chiíta, instalada en el Norte y este de África, y con sucesivas irrupciones en el sur del Sahara a partir

1058 SACCO, op. cit., pág. 111 enumera la siguiente tipología: Violaciones del orden familiar, daños personales, violaciones de la propiedad, algunas ofensas al honor, comportamientos que implican la ruptura de acuerdos, relaciones de protección con los difuntos u otros personajes invisibles etc.

1059 SACCO, op. cit., pág.122 y sgte.

del siglo IX, con huellas igualmente duraderas¹⁰⁶⁰, y la europea, iniciada en el siglo XVI y desarrollada a lo largo del siglo XIX hasta mediados del s. XX.

El Islam es algo unitario, pero en África ofrece variedad de rostros. Posee ciertamente una doctrina precisa y bien conocida en cuanto a las cualidades que debe revestir el gobierno, sus deberes y las reglas a que debe conformarse; también posee una visión propia de las relaciones entre la comunidad islámica y el poder político. Pero puede ocurrir que en un país determinado esté presente sin preocuparse de instaurar relaciones correctas entre la comunidad islámica y el poder civil, o bien que haya fracasado en el intento debido a las resistencias encontradas. Por otra parte, cuando el Islam quiere establecer estructuras de poder conformes a la ortodoxia, sin que ningún obstáculo se oponga, el Islam no proporcionará reglas para designar la jefatura política de la comunidad ni la distribución de los poderes en su interior. Así el Islam ha conocido dinastías hereditarias, monarquías absolutas; o ha investido del mismo a quien guiaba a la congregación o al descendiente del Profeta; no infrecuentemente el poder se ha conquistado por la fuerza, sin que afecte a su legitimidad; incluso recientemente el partido, o el propio parlamento, han podido influir en la selección de las personas que ejerzan aquélla.

Sobre la ciencia del Derecho colonial hay abundante bibliografía europea¹⁰⁶¹; comprende el estudio del conjunto de normas adoptadas por el Estado metropolitano de naturaleza variada (constitucional, administrativo, civil etc) vigente en la colonia, y que podía perseguir la asimilación de la población, la sumisión o la autonomía, según los casos. Normalmente no se ocupaba del derecho en vigor al establecerse la colonia, ni de su supervivencia, modificaciones o extinción durante la situación colonial; ni de la introducción, implícita o explícita, del derecho metropolitano en la colonia; por ello tal Derecho ha desaparecido al llegar la independencia. Variadas son las formas jurídicas de

1060 El Islam es, actualmente, la religión más extendida en Africa negra, resultando mayoritaria en varios países (Senegal, Gambia, Guinea, Malí, Níger, Nigeria, Chad y Sudán) y sabemos que, en general, la religión islámica no se desinteresa absolutamente del derecho vigente en la sociedad. La presencia cristiana más antigua está representada, aparte de pequeñas comunidades, por la Iglesia copta en Egipto y en Etiopía. Por su parte en el norte el continente se instalaron diversas comunidades judías a lo largo de la historia que lograron el respeto a su estatuto personal. La presencia católica se inició junto a las potencias colonizadoras, y se ha continuado después de la descolonización, con un crecimiento espectacular en el siglo XX, existiendo ahora países independientes de mayoría católica. Observa SACCO que las potencias europeas han ido transmitiendo tendencias secularizadoras a los países colonizados.

1061 SACCO, op. cit., pág. 143, nota 2.

la colonización (colonias en sentido propio, y colonias atípicas; estas últimas se diferenciaban en protectorados coloniales, territorios sujetos a un mandato colonial y otras estructuras ocasionalmente adaptadas a la función colonial)¹⁰⁶². Interesa aquí conocer la actitud que ha mantenido la potencia colonizadora con el derecho precolonial; a juicio de SACCO se la denomina de la *doble vía*¹⁰⁶³ consistente en que los europeos quedaban exento de someterse a la jurisdicción de los Tribunales indígenas, y también que el poder colonial no se inmiscuía en los conflictos entre africanos. Con todo se generalizó un control mínimo sobre la actividad judicial local, prohibiéndose la aplicación del derecho precolonial si era contrario al orden público de la metrópoli, o a la justicia natural, o a la moral o a los principios de la humanidad, del derecho natural o, eventualmente, a los propios de la civilización francesa. En la práctica ello ha conducido a cierta erosión del derecho africano precolonial, salvo en lo relativo a la aplicación de la *Sharía*, y a ciertas instituciones, como la práctica de la mutilación femenina. Pero, de modo general el autor concluye que el Derecho africano ha sabido resistir a la influencia del derecho colonial de carácter laicista¹⁰⁶⁴. Sin olvidar que no pocos sectores del derecho estaban destinados a recibir, de modo exclusivo, el derecho metropolitano (la vida administrativa local si el poder colonial se decidía a regularlo, las condiciones de trabajo de la mano de obra extranjera, el derecho mercantil). Por último, Francia, en calidad de potencia protectora en Túnez y Marruecos introdujeron en el primero en 1907 un Código de obligaciones y contratos —redactado por un jurista italiano— y en 1912 lo introdujeron en el segundo, en una versión más sintética¹⁰⁶⁵.

5. DESCOLONIZACIÓN

SACCO describe brevemente el complejo fenómeno descolonizador en África, con su diferente perspectiva franco-inglesa que han conducido, por un lado, y con base en la constitución gala de 1958, primero a la creación de una

1062 El autor detalla la casuística suscitada, añadiendo que era habitual citar el modelo colonial francés como expresión característica del propósito asimilador, mientras que el modelo colonial británico lo era del gobierno indirecto o *indirect rule*; la realidad ofrecía, sin embargo, no pocos ejemplos intermedios (SACCO, op. cit., págs. 146 y sgtes.)

1063 SACCO, op. cit., pág. 153.

1064 SACCO, op. cit., pág. 157.

1065 También en el Protectorado español de Marruecos se introdujo un Código de Obligaciones, que perdió vigencia al independizarse el reino alauita y seguir aceptando la influencia francesa.

Comunidad que, a partir de 1993, ha dado lugar a la OHADA (organización para la armonización del derecho de los negocios) adoptando textos legales de valor superior al nacional (derecho mercantil en general, sociedades, garantías, procedimientos, vías de ejecución etc), creando un Tribunal de justicia y de arbitraje, así como una Escuela Superior de Magistratura; mientras que la creación de la *Commonwealth* sirvió para preparar el sucesivo ingreso en la misma por parte de las antiguas colonias inglesas independizadas. Por otra parte hay que contar con la Unión Europea que a partir del Tratado de Roma (1957) ha ido estableciendo relaciones particulares de asociación con buena parte de territorios dependientes de Francia, Bélgica y Holanda (Convenciones Yaoundé I y II de 1963 y 1969, ulteriormente ampliadas a partir de 1975 con las Convenciones de Lomé I, II, III y IV, y en 2000 con el Tratado de Cotonou que vincula a los 15 países miembros de la UE con los de la ACP). En todo caso, al llegar la descolonización cabe constatar que el Derecho africano primitivo consuetudinario ha sufrido una fuerte erosión por la intensa actuación del Derecho colonial, y, en menor medida, también la ha sufrido el propio Derecho islámico.

6. EL DERECHO AFRICANO POSTINDEPENDENCIA

La parte cuarta (págs. 181-282) ofrece a un lector apresurado el marco socio-político y el contenido sustancial del actual Derecho africano. Ilustrativo a este respecto resulta el índice de los capítulos 1º y 2º de la parte cuarta en donde el autor hace gala de una extraordinaria capacidad de síntesis:

Capítulo 1: El derecho de la independencia: I. El africano en presencia del modelo europeo. II. La sociedad africana en el momento de la independencia (la situación lingüística y la enseñanza superior). III. El nacimiento del Estado africano (la intangibilidad de las fronteras y la inestabilidad de los partidos políticos). IV. El modelo europeo y la independencia. V. El Derecho islámico y la independencia. VII. La opción socialista.

Capítulo 2: El Derecho africano al comienzo del siglo XXI¹⁰⁶⁶. I El nuevo constitucionalismo africano. II. El poder militar. III. El Partido único. IV. El Derecho contra la tradición. V. Resistencia de la tradición. VI. La propiedad inmobiliaria. VII. La familia. VIII. África en las relaciones internacionales. Y IX. Los caracteres de los sistemas jurídicos africanos. El desarrollo del último

¹⁰⁶⁶ Comparándolo con el texto italiano se observan algunas variaciones enunciativas y actualizaciones bibliográficas.

apartado ofrece gran interés para el comparatista europeo pues aquí SACCO logra sintetizar su pensamiento¹⁰⁶⁷.

Los diferentes sistemas africanos subsaharianos actuales tienen bastante en común que debe buscarse, no tanto en la situación concreta que el observador encuentra al tiempo de realizar la encuesta sino, más bien, en el elenco de soluciones dispuestas para los países africanos que pueden reconstruirse disociando los diferentes estratos jurídicos que se han superpuesto (el estrato tradicional, el introducido por el poder colonial, el modelo europeo exportado a África por las democracias europeas o elegido por el poder africano para imitarlo, el modelo socialista etc); las diversas aportaciones pueden confrontarse con los distintos grupos africanos (los industrializados, los urbanizados pero no industrializados, lo que todavía viven en la selva, los cristianizados, los que siguen fieles a la tradición, los que intervienen en intercambios comerciales e interculturales y los que permanecen aislados. Son frecuentes algunas soluciones al respecto: 1ª Concentración del poder en manos del jefe del estado, teniendo en cuenta que ningún poder institucional sirve de contrapeso efectivo al de aquél, ni siquiera el poder judicial; el poder militar y junto a él, allí donde exista, el partido único servirán de apoyo al poder presidencial. 2ª Superioridad del poder militar sobre el civil, aunque las relaciones entre ambos pueden ser variables; en cualquier caso, cualquier presidente africano que no sea militar corre el peligro de ser derrocado por los militares. 3ª Superioridad del poder político sobre el judicial. Además el poder político puede prohibir la actividad de los partidos políticos, lo que facilita el funcionamiento del partido único; aquél nunca renuncia a intervenir en la propiedad de la tierra, por vía de nacionalizaciones con vistas a redistribuir la propiedad. Todo ello puede considerarse como consecuencia de la manera en que se ha ejercido en estos países el poder colonial.

El Derecho africano se caracteriza también por una discontinuidad de fondo. El europeo encuentra, ante todo, las normas procedentes del Iluminismo (códigos, eventuales garantías constitucionales y administrativas, protección del trabajador). A su lado hay un derecho muy diferente, pero que no está en completa desarmonía con el primero; así el derecho islámico, que respeta al hombre, a condición de desprenderse de algunas asperezas que hieren la dignidad de la mujer y de resistir a la tentación del integrismo, y que pueden contribuir a una vida social armónica. El Derecho ancestral aparece como reli-

1067 SACCO, op. cit., págs. 268-272.

quia histórica transformado por el derecho europeo. En consecuencia, el Derecho ancestral, el Derecho religioso y el Derecho europeo puede superponerse y proporcionar al ciudadano africano un conjunto de derechos subjetivos que podemos considerar de *derecho común* y también *naturales*. En contraposición encontramos en África un Derecho político, inspirado a menudo en soluciones anormales para lograr el reparto del poder; la ideología socialista ha hecho el papel de Derecho revolucionario, aunque más allá del socialismo el Derecho político africano busca su propio camino para afirmarse. El Derecho penal está al servicio del poder político con medidas de severidad desacostumbrada.

7. LA DIVERSIDAD AFRICANA

Claramente representa la *parte especial* de la obra, la concreción a cada uno de los estados africanos de las ideas generales expuesta anteriormente. Ya se comprende que no quiere representar, a modo de una *guía turística jurídica*, un vademécum que nos ofrece instantáneamente el dato requerido para uso de un hipotético consumidor. Es la culminación de un gigantesco esfuerzo que el autor y su equipo han realizado para ofrecer datos significativo de cada uno de los países africanos subsaharianos¹⁰⁶⁸. Incluso hay países (tales como Lesotho, Liberia, Namibia y Swazilandia) respecto de los cuales sólo se incluye una breve nota bibliográfica. Por lo general, la información de cada país resulta rica y sustanciosa, pudiendo abarcar, en todo o parte, las materias siguientes: Fuentes del derecho, formación del jurista, organización judicial y del estado (en apartados separados), bienes y economía, persona, familia y sucesiones, y apéndice bibliográfico (en ocasiones, actualizado respecto a la edición italiana). Los países, por orden alfabético según la grafía francesa, son los siguientes: Angola, Benin, Botswana, Burkina Fasso, Burundi, Camerún, Centroáfrica, Congo francés, Congo Belga, Costa de Marfil, Gabón, Ghana, Guinea, Kenia, Lesotho, Liberia, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Níger, Nigeria, Uganda, Rwanda, Tanzania, Chad, Togo, Zambia y Zimbabwe.

8. VALORACIÓN DE LA OBRA

Tanto en su inicial versión italiana de 1995 como en la actual y enriquecida edición francesa de 2009, la obra de SACCO ofrece extraordinario interés

¹⁰⁶⁸ Conviene recordar que se han excluido conscientemente los países del Magreb y Africa del Sur, aparte de Guinea Ecuatorial que lamentamos los hispanohablantes.

para el comparatista español, dada la rigurosa orfandad que el tema padece en la bibliografía publicada en nuestra lengua. En los escasos cursos sobre Derecho comparado que actualmente se dispensan todavía en las Universidades españolas (y que pueden peligrar, paradójicamente, al implantarse la Convergencia de Bolonia) el apartado relativo a los Derechos africanos se despacha con unos vagos y gruesos trazos que nada significan y que es imposible que sean capaces de suscitar entre los alumnos algún interés por su ulterior profundización. Las referencias pueden venir, acaso, lateralmente debido al incipiente interés que se ha despertado entre nosotros por el Derecho musulmán (que aquí ocupa un importante lugar, aunque se haya prescindido de exponer el Derecho en los países del Norte de África) y la anécdota sobradamente conocida de la supervivencia del Derecho romano en Sudáfrica, a través de la vía de la Escuela Elegante. Esta obra constituye una excelente Introducción al tema, la consulta de cuya bibliografía —nunca española, por ausente en el tema— permitirá ulterior profundización.