

de Menores, y pide queden fuera del Código Penal los enfermos mentales, creándose unos Jueces "especialistas" para conocer de los actos perturbadores de la sociedad, cometidos por estos enfermos. Niega la conveniencia de que el Instructor y el Juzgador sean una misma persona; eso viene bien si prospera la teoría de que el perito especialista sea Juzgador, pero es improcedente cuando el Juzgador es un jurista. Desde este punto de vista, estima contrario a la esencia del proceso penal la doble instancia, el juicio de conciencia que hace el jurista juzgador no tiene otra revisión, salvo los términos técnicos de la Casación que Dios. Se refiere, por último, a los procedimientos para lograr la confesión del reo, señalando los peligros de marcoanálisis, y terminando afirmando que toda reforma del proceso debe inspirarse en un orden natural y cristiano.

Jesús CARNICERO y ESPINO
Magistrado.

B) Extranjeras

Actividades del «Instituto de Derecho comparado italo-ibero-americano» de Bolonia

De acuerdo con el programa didáctico previsto para el curso 1961-1962 el "Instituto de Derecho comparado italo-ibero-americano" ha desarrollado en su sede del Real Colegio de España en Bolonia un nutrido programa de lecciones y conferencias, iniciado con la propulsión del Prof. Gino GORLA, sobre el tema "Studio storico-comparativo della common law e scienza del diritto (le forme di azione)", de la que hemos dado noticia en el último fascículo de este ANUARIO, y que ha cerrado, el pasado 28 de mayo una conferencia del Prof. Giorgio Bo, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Génova y Ministro de las Participaciones Estatales, disertado sobre "I Paesi del terzo mondo".

El programa comprendía una serie de cursillos, de introducción al derecho comparado (Prof. G. Bernini), terminología (Profs. Sereni, Rescigno y Verdera) y metodología de la investigación jurídica (Prof. Rescigno) y dos grupos de cursillos bien diferenciados sobre materias relativas a las dos ramas tradicionales del derecho privado, civil y mercantil. Nos proponemos reseñar aquí, lo más fielmente posible, los cursos y conferencias del primero de estos dos grupos, remitiéndonos para los del segundo a la reseña que aparecerá en la "Revista de Derecho mercantil".

— El Prof. Guido ASSETT, Catedrático de Historia del Derecho italiano en la Universidad de Roma, disertó sobre el tema «*Caratteri e sviluppi del sistema dei contratti nel diritto dell'Europa Continentale e nella common law*». La concepción teórica del contrato en la jurisprudencia moderna se inspira en principios profundamente diversos de los que inspiraron el sistema romano de los *contractus*. La moderna teoría contractual describe el contrato con "acuerdo" encaminado a constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial (art. 1.321 C. c. italiano), codificando el principio de la atipicidad o autonomía contractual, según el que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el

ordenamiento jurídico; así como el principio de la eficacia real de los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de casas determinadas, o bien la constitución o la transferencia de derechos reales (art. 1.376 C. c. italiano). ¿Cómo se ha llegado a la formulación de estos principios que informan la moderna concepción del contrato? Las diversas interpretaciones históricas que se han dado tienen carácter contradictorio, claramente incompatibles y unilaterales. El conferenciante se propone ofrecer una síntesis de los elementos y aspectos fundamentales que caracterizan los diversos sistemas contractuales positivos en las grandes fases de desarrollo de la historia jurídica, ilustrando la formación de las diversas figuras típicas y de las figuras contractuales en los diversos ordenamientos históricos y los requisitos esenciales, subjetivos y objetivos de los contratos que constituyen el fundamento de su eficacia obligatoria y caracterizan su disciplina jurídica.

Refiriéndose a los caracteres fundamentales del sistema romano de los contratos en las fuentes del derecho justinianeo estima no es posible encontrar en las mismas transformaciones radicales y de general importancia respecto a los principios jurídicos en que se informa el sistema contractual clásico. En el sistema justinianeo falta toda elaboración teórica unitaria del *consensus*, como elemento común a las diversas categorías de contratos, que reconocido por los bizantinos no les llevó tampoco una teoría general unitaria del contrato como convención. El sistema contractual justinianeo no presenta, en suma, en su conjunto radicales transformaciones que puedan justificar un nuevo planteamiento teórico general, en antítesis con los principios clásicos. El sistema de los contratos obligatorios sigue fundado sobre las categorías dogmáticas tradicionales y sobre la tipicidad de determinadas figuras concretas objetivamente individualizadas y caracterizadas en sus elementos esenciales, materiales y formales. En el pensamiento de los bizantinos puede notarse la acentuación tórica del elemento de la *conventio*, común a los contratos obligatorios y a los actos traslativos o constitutivos de derechos reales, y aun la extensión de la terminología propia de los contratos a los negocios jurídicos bilaterales en general, sin embargo, se conserva el tradicional planteamiento sistemático por lo que los *contractus* son típicamente considerados como fuente de obligaciones.

La teoría sostenida por algunos estudiosos y especialmente por Roberti sobre la influencia ejercida por el cristianismo sobre el desarrollo de la teoría y de la práctica contractual, según la que el cristianismo habría determinado la afirmación del valor preeminente o incluso exclusivo del elemento voluntario en los contratos la transformación de la *stipulatio* romana en un negocio aformal y causal, el reconocimiento de la eficacia obligatoria de los nudos pactos y la nueva concepción unitaria del contrato fundada sobre la *conventio*, debe ser sometida a crítica. Los estudios de Brascello y de otros autores han puesto de relieve que las fuentes patrísticas atestiguan no ya una influencia del cristianismo sobre el desarrollo de la teoría contractual, sino, por el contrario, la evidente influencia de las concepciones dominantes en la práctica contractual de los tiempos que en esa naturalmente se reflejan.

La doctrina moderna, por lo demás, también ha apuntado que los derechos consuetudinarios germánicos, como los de todos los pueblos primitivos, no cono-

cieron originariamente más que responsabilidades y obligaciones de delito, y que las obligaciones derivadas de contrato se vinieron sólo modelando sucesivamente sobre el esquema de aquéllas, en las primeras figuras históricas de contratos formales o reales, cuyo número fué durante mucho tiempo muy limitado. No sólo en las más antiguas leyes populares germánicas, sino incluso en las fuentes medievales italianas, la concepción bárbara del contrato obligatorio está ligada al rigor de un arcaico formalismo y a la materialidad del vínculo de responsabilidad que afecta una persona o una cosa: y el sistema contractual lombardo-franco está caracterizado por las solas categorías de los contratos formales y reales, mientras el concepto de contrato consensual le es totalmente ignorado.

Las vicisitudes de la práctica contractual durante el período romano-bárbaro no presentan ningún testimonio en que pueda verse una nueva concepción del contrato, o incluso el inicio de una nueva y diversa valoración del elemento consensual, como fuente de la eficacia obligatoria de los contratos, o de singulares figuras típicas.

Las investigaciones encaminadas a verificar la existencia de una sobrevivencia o una nueva elaboración de la idea romana del contrato consensual lleva a conclusiones sustancialmente negativas. No faltan en las fuentes medievales, especialmente en los últimos siglos de la edad romano-bárbara, testimonios de una tendencia a la valoración, también por parte de los bárbaros, del elemento subjetivo, en orden a la formación de la voluntad y sus vicios eventuales, como en orden a la relación entre voluntad y declaración; pero está claro que estos problemas no tienen nada que ver con el pretendido reconocimiento de la voluntad o del acuerdo, como único elemento perfeccionador de determinados contratos, o como elemento vinculante en general. A tal respecto, podemos concluir que el elemento voluntario o consensual haya asumido, en las diversas categorías de contratos o incluso en categorías concretas, un valor mayor o diverso del que ya le vimos reconocido en el ámbito del sistema contractual romano.

Hecho nuevo, de gran importancia, es la afirmación, en la práctica medieval, del principio de la eficacia no meramente obligatoria, sino también real de algunas figuras contractuales. Pero tales efectos reales, a la par de los obligatorios, no están ciertamente ligados al nudo consenso, y, por tanto, no representan tampoco una manifestación de la pretendida afirmación del principio consensual.

El renacimiento del estudio del derecho romano justinianeo y la consiguiente renovación de la cultura y de la vida jurídica medieval señalan el inicio de una nueva edad: la edad del derecho común, que desde el siglo XII se extiende hasta el siglo XVIII. Factor fundamental de la evolución del derecho es la actividad de la jurisprudencia teórica y práctica. No siendo posible hacer aquí una amplia revisión crítica, podemos concluir que: a) la jurisprudencia civilista medieval, desde los glosadores boloñeses a los intérpretes del siglo XV, conserva constantemente, a base de su construcción teórica, la antítesis fundamental entre *contractus* y *facta* o el sistema de los contratos sigue presentándose como un sistema de causas o figuras típicas, reconocidas como fuente de obligaciones, y reagrupadas en las categorías tradicionales de los contratos nominados (reales, verbales, literales, consensuales) e innominados, a los que se añade una

serie de *conventiones legitimae* o *praetoriae*, según la misma terminología de las fuentes; b) pervive el principio "*nudum pactum obligationem (actionem) non parit*", al que se atribuye importancia fundamental: y los intérpretes medievales notan comúnmente cómo, en antítesis al *contractus*, fuente de *obligatio civilis*, el *nudum pactum* puede solamente dar vida a una *obligatio naturalis*; c) una aparente novedad está constituida por el planteamiento de las exposiciones generales sobre esta materia, que arrancan del concepto de *pactum* o *conventio*, y, por tanto, presentan el género *pactum*, cualificándolos precisamente como *pacta vestita*, en antítesis a los *pacta nuda*; d) de hecho, los intérpretes siguen distinguiendo los *pacta* en *utilia* e *inutilia*, y entre los primeros, los que generan una *actio* o una *exceptio*, y enumeran los *vestimenta factorum*. En el pensamiento de los glosadores esta relación es precisa, limitada. En Azone las categorías de *vestimenta* son seis, a los que añade una serie de excepciones respecto de los principios generales de la ineficacia obligatoria de los *pacta nuda*; e) La exposición de Azone es seguida, en líneas generales, por la glosa de Acursio con una sola innovación: que las figuras recordadas son reagrupadas en una séptima categoría de *vestimenta factorum*. Este planteamiento no puede considerarse el fruto de una progresiva extensión del principio consensual.

En el pensamiento de los glosadores presenta ciertamente mayor importancia la elaboración del concepto de *causa*, que el de *consensus*, aunque no debe atribuirse demasiada importancia a la evolución teórica en materia de causa: con la yuxtaposición del concepto de *causa finalis* al técnico romano de *causa obligationis* se pone de relieve una insuficiente meditación sobre el problema teórico general del fundamento de la eficacia obligatoria de los contratos y dan lugar a equívocos de carácter terminológico y también sustancial, entre los conceptos de causa del negocio o de causa de la obligación.

En los postglosadores, ultramontanos y comentaristas no faltan ulteriores elaboraciones y aun modificaciones de visual, pero la sustancia no cambia. Las enseñanzas de Bartolo ejercen una influencia duradera no sólo sobre el discípulo Baldo, sino también sobre la literatura civil posterior.

En la literatura posterior, especialmente en el siglo xv, la relación de las *limitationes* o *fallentiae* al principio de la ineficacia obligatoria de los pactos nudos se amplía considerablemente; pero este hecho no es debido a una ulterior afirmación del principio consensual, sino sólo a la degeneración de la jurisprudencia escolástica, que, perdido el vigor de las construcciones dogmáticas, conduce a la investigación analítica y a la mera casuística. Sin embargo, no hay muchas ni importantes novedades. Ejemplo típico es la teoría del llamado *pactum geminatum*, elaborada por los legistas del siglo xv. Puede, por ello, concluirse reconociendo que los intérpretes del medievo tuvieron en realidad ideas muy claras y precisas sobre el concepto de pacto nudo y sobre los principios de la ineficacia obligatoria de los pactos, formulado tanto con respecto a la hipótesis de defecto de forma, o causa de sentido formal, como con respecto al defecto de causa en sentido material.

En la jurisprudencia civil no hay innovaciones sustanciales por lo que respecta a los requisitos esenciales de los contratos, el fundamento de su eficacia obligatoria y, en general, los principios básicos del sistema contractual. Además,

en la elaboración de las diversas categorías y figuras típicas de los contratos la adherencia a los principios y esquemas romanos es un hecho de segura evidencia.

En el pensamiento de la jurisprudencia medieval las categorías de los contratos reales y formales son objeto de precisa formulación teórica; predominando en la práctica jurídica medieval el uso de la escritura, la teoría de las formas documentales y de su eficacia dispositiva y probatoria, bajo el perfil sustancial y procesal, es elaborada sobre la base de las fuentes justinianeas.

La teoría de la eficacia obligatoria de los *nuda pacta* en el derecho canónico es sometida a revisión crítica. El facto que es tomado en consideración es el elemento ético-religioso del *peccatum*, no el elemento jurídico del *consensus*. El *nudum pactum* del que se afirma la obligatoriedad es en el pensamiento de los canonistas un *pactum cum causa, nudum a sollemnitate*. Los canonistas elaboran con particular interés la teoría de la causa, pero siempre según su ángulo visual que les conduce a examinar esencialmente la licitud de la causa, bajo el perfil moral.

Otro impulso a favor de la afirmación del principio consensual ha creído poder verse en la práctica mercantil en el bajo medievo y en la elaboración de las instituciones consuetudinarias de derecho mercantil y marítimo. En la práctica de los Tribunales mercantiles había sido reconocida desde el siglo XVI la eficacia obligatoria de todo tipo de acuerdos, basándose en el consentimiento. Pero también en este punto ha habido un sustancial mal entendido en la valoración de los testimonios ofrecidos por las partes. En realidad, también en la Edad Media la práctica mercantil fué dominada no sólo por la exigencia de la simplificación en la conclusión de los contratos formales y de la *bona fides* en su ejecución, sino también de la exigencia, no menos importante, de la certeza de las relaciones obligatorias y de la seguridad y rapidez de ejecución, voluntaria o coactiva.

La escuela de los humanistas o de la jurisprudencia culta, florecida en el siglo XVI, lejos del proponerse la formulación de una teoría de los contratos, tendió a la reconstrucción del pensamiento de la antigua jurisprudencia romana. No ejerció una influencia apreciable sobre la práctica jurídica, que continuó dominada, especialmente en Italia, por las enseñanzas tradicionales de la escuela bartolista. Tampoco parecen exactas las pretendidas influencias del *droit coutumier* francés o del derecho consuetudinario alemán.

El sistema del *common law* anglosajón es un sistema jurídico cuya formación histórica presenta caracteres singulares, por haberse conservado esencialmente autónomo respecto a la de los ordenamientos de los países de la Europa continental, todos fundados sobre el derecho romano justiniano y sobre la tradición de nuestra jurisprudencia medieval, a pesar de la variedad de los modos y los tiempos en que se realizó el proceso de recepción. Así, el *common-law* se distingue netamente de nuestro *ius commune* como derecho formado sobre base esencialmente consuetudinaria, en la jurisprudencia de las Cortes centrales de Londres, con un espíritu profundamente diverso de la *civil law*, a pesar de las influencias ejercidas sobre su secular desarrollo también por el Derecho romano.

Una comparación entre los principios jurídicos en que se inspira el régimen de las obligaciones contractuales en el *common-law* y en el *civil-law* demuestra cómo también en la experiencia peculiar del mundo anglosajón la eficacia obligatoria de los contratos ha sido reconocida no ya sobre el fundamento subjetivo del *consensus* o de la *promise*, sino sobre el objetivo constituido por la forma o por la *consideration*.

En el sistema formado en la jurisprudencia de las cortes de *common-law*, el *contract* se diversifica en el *formal contract* y en el *informal* o *simple contract*, que son sancionados en base al requisito de la *consideration*.

La *coinsideration* se desarrolló históricamente a partir del siglo xx, de dos *forms of actio* extracontractuales: la *action of debt* y la *action of assumpsit*. En la estructura típica originaria, el régimen de la *consideration* presenta una evidente analogía con el de la *datio* y de la *causa data-res secuta*, propia de los contratos reales y de los contratos inominados romanos. Diverso aparece por demás el desarrollo teórico del sistema contractual en el derecho anglosajón, que presenta motivos y aspectos originales respecto al continental. Por un lado, en correlación con el principio de la irrelevancia de la *adequacy of consideration* es admitida la obligatoriedad de la promesa de modo independiente del valor económico de la contraprestación, cuya apreciación ha sido dejada al libre juicio de los contratantes, de tal manera que en sus últimos desarrollos la *consideration* puede reducirse "a la función casi formal de un criterio para verificar la voluntad de obligarse jurídicamente". Por otro lado, en correlación con la idea de que la responsabilidad del promitente deriva no tanto de haber efectuado una *promise* cuanto de haber causado, pidiéndolo, un sacrificio o *detriment*, la jurisprudencia inglesa manifiesta en materia de *torts* y de *contracts* una concepción severa, rígida, típica, uniforme sin adaptaciones a las circunstancias o a la adecuación de la causa "de tal modo que por esta se llega sustancialmente a la idea de la promesa como garantía de un resultado.

En realidad, la radical renovación de un nuevo planteamiento conceptual de la teoría de los contratos se realiza en Europa sólo a principios del siglo xvii por obra de la Escuela de Derecho natural, que pudo por primera vez enunciar el principio abstracto *solus consensus obligat* o *solus consensus inducit obligationem*, como principio dogmático de derecho natural, y formular por tanto un nuevo sistema contractual fundado sobre la concepción unitaria y atípica del contrato como convención.

El nuevo sistema teórico de las convenciones y promesas obligatorias fue elaborado precisamente por los jusnaturalistas y especialmente por Pufendorf, sobre la base de principios enunciados ya por Grocio. El pensamiento de los fundadores de la escuela fue dirigido fundamentalmente a los principios del derecho público, interno e internacional, y con sus caracteres y limitaciones que le son propios, ejerció una influencia siempre amplia y decisiva sobre la literatura jurídica de los siglos xvii y xviii, siendo desarrollada en Francia desde Domat a Pothier, en cuya obra tanto se inspiró la codificación napoleónica, triunfando en los ordenamientos positivos con la nueva concepción del contrato introducida por el Code civil en Francia y en el de los países europeos que en él se inspiraron.

A estas corrientes teóricas se pone en conexión también la formación de la

doctrina general del negocio jurídico por obra de la ciencia pandectista alemana, con la enunciación de la *Willestheorie*.

La definición unitaria del contrato como convención o acuerdo, formulada en el art. 1.101 del C. c., y las normas generales sobre los requisitos de los contratos relativos a la causa fueron reproducidos por el C. c. italiano de 1865, y su influencia está todavía presente en el C. c. italiano vigente, a pesar de sus notables innovaciones.

El examen de la formación de este nuevo régimen jurídico positivo de los contratos y la valoración de los principios fundamentales en que se inspira el moderno sistema contractual exigirá la necesaria revisión crítica de las concepciones teóricas que lo han inspirado. También deberían investigarse los concretos aspectos de la práctica contractual en el período sucesivo a la codificación, caracterizada por la crisis del predominio del contrato sobre la ley y como crisis de la autonomía individual privada.

“Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato” fue el título de la conferencia del Prof. Alessandro GIULIANI, de la Universidad de Pavía. Todo sistema probatorio corresponde a la psicología y a la civilización de los litigantes hay en la base diversos presupuestos ideológicos, culturales, sociológicos. Se propone el planteamiento de las relaciones entre la “lógica” y la estructura de los sistemas probatorios se trata de una investigación que, lejos de querer agotar la problemática, la afronta con una perspectiva particular. Las principales diferencias entre el derecho probatorio en los sistemas de derecho civil, y en los sistemas de *common law* (en donde se llama *law of evidence*) pueden ser sintetizadas así. En el derecho continental el derecho probatorio: 1) Está a menudo inspirado en un sistema de *pruebas legales*, o sea, de normas preconstituidas por el legislador, y conexas con una teoría de la valoración de la prueba; 2) Hay una preferencia para los documentos relativos a las manifestaciones de los testigos respecto de los que el legislador continental no disimula su indiferencia. El aspecto más evidente es que en ciertas materias está excluida la prueba testifical, y 3) La valoración de la prueba no es libre: la actividad del juez se deduce a la mera aplicación, mecánica, técnica, en cuanto se le impone una *lógica oficial*. En los sistemas de *common law* la “law of evidence”: 1) Es esencialmente un sistema de *rules of exclusion*, o sea, de prohibiciones “lógicas” a la admisibilidad de la prueba: el terreno de la discusión debe ser rígidamente limitado a lo que es relevante, y la relevancia de la prueba es concebida en *términos negativos* a través de la prohibición de aquellos sistemas de investigación que podría llevar al error o a la confusión de las cuestiones; 2) Hay una marcada preferencia respecto de la prueba testifical y una desconfianza respecto del documento, y 3) La valoración de la prueba es libre.

Debe llamarse la atención sobre esta preferencia que los sistemas de derecho continental o de “*common law*” manifiestan respectivamente por el documento y la prueba testifical: el mecanismo para la investigación de la verdad no puede ser condicionado por los instrumentos de investigación utilizados. Por tanto las normas reguladoras de la prueba son diversas en los distintos ordenamientos jurídicos: de ello deriva que la misma noción de “hecho” y las relaciones entre “hecho” y “derecho” resultan estructuralmente diversas en las ex-

periencias que giran en torno al testimonio y al documento. Términos como "hecho", "verdad", "cortés", "certeza legal" no tienen un significado unívoco, pero están en conexión con las técnicas utilizadas.

A) Un sistema orientado hacia el documento, cuyo valor está preestablecido por el legislador, facilita una postura técnica, mecánica, formalista, orientado hacia una *verdad formal*. El documento en efecto es ya por sí mismo representativo de hechos jurídicamente relevantes, y por tanto tiene eficacia vinculante para el juez. El documento permite una determinación técnica, artificial, y por tanto una materialización del hecho que se nos parece en su "totalidad" como algo *dado*, de extremo al trabajo de investigación. El hecho aparece fuera de sus elementos circunstanciales, y por tanto su probatoriedad está basada sobre una idea de lo normal y de lo probable desde el punto de vista estadístico. En realidad, la valoración del grado de probabilidad está hecha por el legislador: y la postura del juez es puramente técnica.

B) En un sistema que gira en torno a la prueba testifical el *carácter contradictorio de la investigación* representa un elemento esencial de la reconstrucción del hecho: Este último es considerado en sus elementos circunstanciales (tiempo, lugar, etc.). El hecho, como evento histórico individualizado en el tiempo y en el espacio, aunque más bien el aspecto de una "hipótesis", de una cuestión discutida. La probabilidad del hecho individual —objeto de la verificación judicial— aparece estructuralmente diversa de la probabilidad de un hecho perteneciente a una clase de hechos. Tal sistema implica de por sí una postura crítica, responsable por parte del juez. Desde un punto de vista lógico el conocimiento "por medio de testigos" representa un campo en el que la formalización del saber no resulta posible y por tanto es necesario renunciar a un tipo de conocimiento cierto.

La investigación comparada debería realizarse en el campo de una contraposición entre experiencias que giran en torno a cuanto ha sido testimoniado y experiencias que giran en torno al documento. Mientras las primeras están ligadas a la técnica de la retórica y de la dialéctica, las segundas a las técnicas de la razón natural: ahí está la base del conflicto entre el concepto clásico de prueba como "argumento", y el concepto moderno elaborado en conexión con los procedimientos de la ciencia. Mientras el concepto "clásico" de prueba pone en evidencia el carácter "selectivo" del conocimiento y tiende a limitar el terreno de la controversia, el concepto moderno implica una determinación del "hecho" a través de una operación "técnica".

Tiene un valor actual el estudio histórico-comparado del sistema probatorio anglosajón: podremos darnos cuenta de los límites y de los presupuestos sociológicos, culturales, lógicos, al que está vinculado un sistema orientado hacia la testimonianza. En efecto, existe hoy en el continente un sentido de insatisfacción respecto de un sistema técnico de pruebas legales, acompañado de un renovado interés respecto de las testimonianzas. La *law of evidence* parece un sector de la lógica, hoy completamente olvidado por los lógicos de profesión, teniendo por objeto el análisis de las proposiciones basadas sobre el testimonio humano. La teoría de la relevancia de la prueba (*legal relevancy*) es entendida en *términos negativos*: no existen criterios absolutos, objetivos, para determinar lo que es relevante. Son ofrecidos criterios lógicos para evitar

aquellas vías de la investigación que a través de una multiplicación de las cuestiones podrían hacer derivar de la cuestión principal (*fact in issue*). El problema de la relevancia de la prueba se plantea “lógicamente” diverso respecto del de su probatoriedad. Son varias las normas de exclusión (*Hearsay rule*, *Opinion rule*, etc.) y no se pueden reducir a pocos principios sistemáticos. Desde un punto de vista general podremos decir: 1) la testimonianza debe limitarse a la “percepción” del testigo; 2) la testimonianza no puede ser el fundamento del juicio, cuando no es sometida al instrumento de investigación de la verdad, que es la *cross-examination*.

No parece justificada la pretensión de los *common lawyers* (baste recordar los nombres de Tehayer y Wigmore), según los cuales la elaboración de un sistema probatorio en términos de “normas de exclusión” sería *únicamente* el resultado histórico de un ordenamiento particular, ligado a la distinción entre “judges” y “juniors”. Sin duda la institución del jurado ha contribuido a mantener un sistema de *normas de exclusiones*; la experiencia demostró bien pronto los errores en que podían incurrir los *jurors*, y se vino determinando la exigencia de un control y de una supervisión sobre lo actuado por los jurados, mediante una “selección” del material probatorio. Pero una lógica de las exclusiones está esencialmente ligada a la acentuación de los procedimientos probatorios de la retórica y de la dialéctica. La investigación histórico-comparada nos demuestra que la concepción del derecho probatorio en términos de “normas de exclusión” parece también presente en otras experiencias, que gravitan en torno a la testimonianza. Los principios sobrentendidos en la *hearsay rule*, en la *opinion rule*, en la *cross-examination*, en efecto, habían sido ya familiares precisamente en el procedimiento continental de la Edad Media en una fase de su evolución, esto es, antes de 1300.

El principio de la relevancia de la prueba ha sido elaborado por el procedimiento romano-canónico a propósito de la teoría de las *positiones* y de los *articuli*: será aceptado también por los civilistas, y—a través de Bartolo—será familiar a la ciencia jurídica europea: *articulus impertinens non est admittendu... Non debet probari quod probatum non relevat probantem*. Tal lógica de la exclusión la volvemos a encontrar, por ejemplo, en el derecho procesal español, desde las Siete Partidas: la “pregunta” que una parte hace a la otra debe ser “pertinente” (Part. III, Tít. X, Ley I). Esta lógica del juicio—ligada a un sistema de normas de exclusión y a la idea de una “verdad probable”—no puede ser entendida fuera de una atmósfera filosófica, interesada en las dimensiones “lógicas” del conocimiento a través de testigos. Los doctores medievales pudieron servirse desde el principio de una especulación que—bajo el influjo de los textos aristotélicos—era llevada a revalorizar el “sentido” como medio de conocimiento. Concibieron el “conocimiento a través de los testimonios” como un aspecto del “conocimiento a través de los sentidos”. Fué advertida la exigencia de que el *testimonio fuera rigidamente limitado a la percepción*, como se lee en el *Ordo* de Tancredi: “*Testis autem dicere debet de his quae vidit et novit et sub ejus praesentia acta sunt...*” (ed. Bergmann, 1842, p. 239).

Una concepción del derecho probatorio en términos de “normas de exclusión” no es, por tanto—como quisiera la “*communis opinio*”—, únicamente el

producto tardío de la *law of evidence*. Esta parece conexas con la aceptación del concepto clásico de prueba como "argumentum" y, en general, de las técnicas de la retórica y de la dialéctica. Es extraordinariamente interesante investigar en qué medida esta tradición se ha venido insertando en la cultura jurídica anglosajona; dos parecen las principales líneas de difusión: una *directa* a través del influjo del procedimiento romano-canónico, y la otra *indirecta* por el peso de la tradición tópico-retórica sobre la atmósfera cultural, y en particular sobre los métodos de enseñanza del *common law*. La estructura de la *law of evidence* en el derecho escocés (que es un sistema de *civil law*) podría ser una prueba ulterior a favor de la tesis apuntada: un derecho probatorio en términos de *normas de exclusión* no necesariamente ligado a un ordenamiento procesal basado sobre el *jury trial*, dado que en Escocia el jurado ha estado ausente en el período formativo de aquel derecho. Y precisamente por la influencia del procedimiento canónico la *law of evidence* es concebida como un sistema de *normas de exclusión*.

El profesor José Melich Orsini, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Caracas, disertó sobre los *Problemas de la responsabilidad extracontractual en el derecho comparado*. Un factor importante en el sentimiento de inseguridad que experimenta el hombre de nuestra época lo constituye la facilidad con que se halla expuesto a sufrir daños en sus intereses y hasta en su propia persona, como consecuencia de la creciente intervención en la vida industrial y doméstica de un utillaje cada vez más complejo y automático. En la medida en que un Estado adquiere conciencia de la estrecha correlación que existe entre el bienestar social y la adecuada protección de los intereses privados de sus ciudadanos, tiende a proveer mediante leyes de responsabilidad civil a la necesidad de procurar pronto y eficaz socorro a las víctimas de los accidentes del utillaje creado por la técnica moderna. Pero como el problema no se presenta en los mismos términos en todas las comunidades humanas y como, por otra parte, el peso de la tradición jurídica particular prejuzga ya en cierta forma la solución del problema en cada sociedad, encontramos en esta materia una gran multiplicidad de enfoques legislativos. Clasifiquemos los cuatro C. c. consultados en cuatro grupos: a) Códigos que no consagran ninguna disposición sobre daños causados por cosas, ni por el ejercicio de actividades peligrosas; b) Códigos que consagran disposiciones especiales sobre los daños causados por ciertas cosas y actividades que se consideran fuentes frecuentes de daños; c) Códigos que consagran sólo disposiciones sobre responsabilidad por guarda de cosas, cualquiera que sea la especie de éstas; y d) Códigos que consagran a la vez disposiciones sobre daños causados por cosas y sobre daños causados en ejercicio de actividades peligrosas.

En el grupo a) se incluyen el C. c. alemán, el C. c. suizo de las obligaciones y de los C. c. del Perú, Brasil y Nicaragua, en cuyos ordenamientos, sin embargo la ausencia de un texto general de responsabilidad civil por guarda de cosas se compensa frecuentemente mediante leyes especiales destinadas a regir en aquellos sectores de la actividad humana que se consideran más necesitados de protección en razón de la frecuencia con que suelen presentarse en aquellos accidentes.

La solución *b)* suele ser bastante común en los Códigos latinoamericanos, pero como muchos de ellos no hacen más que repetir un texto modelo, es posible subclasificarlos a su vez así:

a') Los que siguen el texto del art. 2.329 del C. c. de Chile, tales como el artículo 2.356 del C. c. Colombiano, el art. 2.348 del C. c. del Ecuador y el artículo 2.080 del C. c. de la República de El Salvador;

b') Aquellos que siguen el texto del art. 1.908 del C. c. español, tales como el art. 1.908 del C. c. de Cuba, el art. 2.241 del C. c. de Honduras y el artículo 1.650 del C. c. de Panamá, y

c') Aquellos que como el art. 1.932 del C. c. del Distrito Federal de México y sus similares, el art. 2.111 del C. c. del Estado de Sonora, el art. 1.865 del Código civil del Estado de Veracruz y el art. 1.362 del C. c. del Estado de Tlaxcala, si bien inicialmente en el C. c. español, por formar parte de contextos legislativamente absolutamente divergente de este último, han llegado a configurar un sistema totalmente diferente. La doctrina y la jurisprudencia de este grupo de Códigos nos revela que existe una tendencia bastante generalizada en ellos a considerar la lista de cosas o de actividades peligrosas como meramente enunciativa y a intentar por este medio la fundamentación de una regla general de responsabilidad civil por daños causados por cosas o actividades peligrosas, con la finalidad de estructurar así sistemas similares al de nuestro artículo 1.193 del C. c. En España, por ejemplo, ante la inexistencia de una disposición que consagre de modo general la responsabilidad por guarda de cosas y en especial de una ley sobre accidentes de automóviles, la jurisprudencia ha intentado hallar una solución en aquellos casos más graves facilitando la aplicación del art. 1.902 del C. c. español, a través de una inversión de la carga de la prueba en favor de las víctimas de accidentes automovilísticos. Cita una famosa sentencia del T. S. de 10 de julio de 1943 y la tesis de algunos autores que, para llevar esta nueva orientación a las consecuencias de una regla general, según las cuales los cuatro casos que trae el art. 1.908 del C. c. español constituyen una simple ejemplificación de estos principios y no tienen carácter taxativo.

Más dócil a la aspiración de hacerlo servir a la construcción de una doctrina general de responsabilidad por guarda de cosas parece mostrarse el art. 2.329 del C. c. chileno y sus análogos. El esfuerzo más importante lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina colombianas, al interpretar el texto del art. 2.356 del C. c. colombiano.

La solución del apartado *c)* ha sido desarrollada bajo la influencia de la jurisprudencia del art. 1.384 del C. c. francés por diversos Códigos que es oportuno subdividir en varios grupos:

a') Códigos civiles que sobre la materia ofrecen disposiciones idénticas al artículo 1.384 citado, como el art. 1.170 del C. c. de Haití, art. 1.348 del C. c. de la República Dominicana y art. 968 del C. c. de Bolivia.

b') Códigos que bajo el impulso de la doctrina y de la jurisprudencia del Código civil francés han consagrado expresamente y en texto separado una disposición general de responsabilidad por guarda de cosas, que establece una presunción de responsabilidad a cargo del guardián por el sólo hecho de la in-

intervención de su cosa en la cadena causal que produjo el daño. Así art. 1.193 del C. c. venezolano de 1942 y art. 2.051 del C. c. italiano de 1942, que consagran una presunción que podríamos calificar de *juris et de jure*, aunque sea sólo para subrayar la diferencia que hay entre ellos y los que examinamos a continuación.

c) El art. 2.394 del C. c. de Portugal consagra formalmente una disposición general de responsabilidad por daños causados por cosas, facilitando a las víctimas de tales daños el ejercicio de la acción de indemnización mediante el recurso de presunir *juris tantum* la culpa de quien tiene la cosa a su cuidado. A un resultado similar conduce el art. 1.324 del C. c. uruguayo, inspirado en el art. 1.901 del Proyecto de García Goyena.

d) Más complejo es el problema en el C. c. argentino, ya que mientras el art. 1.113 de este Código anuncia como regla general la responsabilidad por los daños causados por las cosas que se utilizan o que se tienen bajo cuidado —regla que por su propia formulación se interpreta como una presunción *juris et de jure* de responsabilidad—, el art. 1.133 *ejusdem* consagra textualmente una presunción *juris tantum* de culpa por los daños causados por ciertas cosas en las condiciones particulares allí enumeradas y vincula esta responsabilidad específicamente al titular del derecho de propiedad sobre dichas cosas. Esta duplicidad de textos legales ocasiona en el derecho argentino una proliferación de interpretaciones que van desde aquellas que atribuyen al art. 1.133 del C. c. argentino un valor puramente enunciativo de las disposiciones legales que le siguen hasta las que ven en el mismo una regla especial de responsabilidad aplicable sólo al propietario.

La solución d) es la del C. c. italiano de 1942, en el cual además del artículo 2.051, que se contrae a la responsabilidad por cosas en custodia, se consagra el art. 2.050, que establece de modo general la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas. La jurisprudencia italiana sigue en la interpretación del art. 2.051 las mismas pautas de la jurisprudencia francesa, razón por la cual es posible aproximar ambos textos en su interpretación.

No ocurre igual con la legislación mejicana donde se presenta también la doble responsabilidad indicada.

Al mirar en su conjunto estos diversos sistemas legislativos y confrontar las líneas generales de sus respectivas evoluciones, resaltan las siguientes consideraciones:

A) A medida que ha avanzado la industrialización de un país y que se ha incrementado en consecuencia el número de daños ocasionados por el uso del utillaje moderno, se ha sentido siempre la necesidad de crear sistemas jurídicos de protección en favor de las víctimas de tales accidentes, aliviándolas de la carga de la prueba de la culpa. Esto ha dado en un primer tiempo origen a simples presunciones de culpa *juris tantum*, que se transformaron luego en presunciones *juris et de jure* o en sistemas de responsabilidad objetiva, cuando la mayor complejidad del utillaje industrial permitía invocar con éxito el caso fortuito para liberarse de responsabilidad.

B) La audacia interpretativa de los Tribunales parece estar en razón inversa al desarrollo del trabajo legislativo. Así, a medida que el legislador me-

diante leyes especiales se ocupa de reglamentar la responsabilidad civil en algunos campos particularmente críticos —por ejemplo, los accidentes de la circulación—, se observa en la jurisprudencia una tendencia regresiva hacia los principios tradicionales de la culpa.

C) No obstante la disparidad de principios que en este sector de la responsabilidad civil muestran hoy los Códigos latinoamericanos, parece posible encontrar en ellos amplias zonas de confluencia que podrían servir para facilitar una unificación de sus textos legislativos en la materia. Esto que deberá ser objeto de atención especial en los próximos congresos de juristas latinoamericanos, beneficiaría enormemente el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina de todos estos países, que se asegurarían así una vastísimo campo de experimentación común.

En cuanto a las cosas por las cuales se responde, con objeto de limitar el campo de aplicación de las normas que de modo general consagran la responsabilidad del guardián de una cosa por los daños que eventualmente cause ella, se han propuesto en la doctrina y en la jurisprudencia de los países en que existen normas de la especie, diferentes distinciones tendientes a excluir la aplicación de las mismas cuando se tratare de cosas comprendidas en algunos de los grupos contrapuestos. Así, impresionados por el hecho de que el art. 1.386 del C. c. francés se ocupaba de la responsabilidad del propietario por los tiempos que el art. 1.384 sólo se aplicara a las cosas muebles. Esto era erróneo, ya que no hay ninguna razón para excluir la aplicación de la disposición genérica sobre daños causados por cosas cuando se trata de indemnizar un daño causado por un inmueble que no provenga específicamente de la "ruina de un edificio o de otra construcción arraigada en el suelo". Esta es la tesis seguida por la jurisprudencia y la doctrina francesa más cualificada. En igual sentido se orientan la jurisprudencia italiana, belga, argentina, uruguaya, etc. La jurisprudencia tiende a no hacer distinciones según el estado sólido, líquido, gaseoso o fluido de la cosa que causó el daño. Pero esta es una materia en la que se manifiesta una tendencia hacia la multiplicidad de legislaciones especiales. Así la responsabilidad civil por daños causados por aeronaves en operación, que está excluida del sistema general tanto en Venezuela como en Francia, Italia, Brasil, Colombia, etc., por leyes especiales, se rige en cambio por el derecho común en muchos otros países. Lo mismo puede decirse de los daños causados por vehículos automotores, por naves y por ferrocarriles.

Ante el temor de una aplicación desmesurada del art. 1.384 del C. c. francés se propuso una distinción entre "cosas peligrosas" y "cosas no peligrosas", aplicándose el artículo en cuestión, sólo a las primeras. Otros en vez de hablar de "cosas peligrosas", prefieren hablar de "cosas que tienen un vicio", lo cual supone que la víctima para invocar el art. 1.384 del C. c. francés debe probar un vicio en la cosa que causó el daño. Tal es el sistema que sigue la jurisprudencia belga, cuya diferencia con el primer sistema fue puesta de relieve en dos importancias sentencias dictadas con ocasión del famoso caso "Jean d'heur." Los Códigos mejicanos, lo mismo que el Código soviético, se fundan en la idea de peligrosidad. El Código civil italiano de 1942 ofrece aspectos particularmente expresivos. Este Código contiene una disposición que se contrae a la responsabilidad por los daños causados por cosas (art. 2.051 del C. c. italiano) y otra

disposición que se refiere a la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas (art. 2.050 del C. c. italiano). Pero a diferencia de los Códigos mejicanos, la disposición italiana sobre responsabilidad por daños causados por cosas (art. 2.051), no se refiere en absoluto a la intrínseca peligrosidad de la cosa. Por el contrario, la jurisprudencia y la doctrina italianas se inclinan actualmente en el sentido de rechazar toda distinción entre cosas peligrosas y no peligrosas, lo mismo que toda exigencia de vicio en la cosa. Si se comparan entre sí las diversas legislaciones que en una u otra forma invocan la idea de peligrosidad, observamos los más sorprendentes contrastes. El texto del Código civil venezolano se asemeja más a la del Código civil francés que a la del nuevo Código civil italiano.

Cláusulas y medidas de estabilización han sido objeto de estudio por el Profesor Luis MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

Sentada la patrimonialidad de la prestación obligatoria y como norma genérica, se hace la consideración de como hasta en aquellos contratos de contenido no dinerario puede llegar a tener que surgir el dinero como medida y concreción de una indemnización de perjuicios. Y como de este modo se erige el dinero como una medida de todo valor y se llega en la totalidad de las legislaciones a la proclamación del nominalismo monetario en razón de una seguridad económica, que no puede ser indiferente, sino más bien complementaria, de la seguridad jurídica.

Efectivamente, a los dogmas de la fuerza obligatoria del contrato y de su irrevocabilidad, se agrega en precisión y a pesar de las profundas quiebras que pudiera tener su contenido y su casuística, el principio nominalista. El dinero además de una mercancía es una medida —la principal— de valor. No por ello quedan eliminadas otras deudas de valor y en las que el dinero o no aparece o bien lo hace en un último extremo y simplemente como ejecución de un valor determinado de otra forma; y en este punto se resaltan y estudian las distintas posibilidades y supuestos de tales deudas de valor.

En las deudas de dinero parece simplificarse e incluso hasta resolverse con claridad todo problema, a tenor del art. 1.170 del C. c., de rara coincidencia unánime con los de otros países. Pero el equilibrio entre prestación y contraprestación sólo funciona a la perfección cuando las oscilaciones de la moneda se enmarcan dentro de ciertos y prudentes límites, sin valer en épocas de conmociones profundas, de revoluciones y guerras, en donde el extraordinario y subversivo desequilibrio de las prestaciones obliga a ir por otros caminos más justos.

En un relato meramente histórico y reciente desfilan las situaciones originadas por la guerra española y después por la última conflagración mundial, que ya habían tenido el más serio precedente en la postguerra del 14 al 18. La intervención estatal es tan necesaria como eliminadora de toda cuestión dogmática, y más cuando se trata de sustituciones de moneda y de equiparación de los nuevos y viejos signos monetarios. Pero el problema de Derecho privado se centra en el cumplimiento de los contratos que ven alterado su valor no sólo por estas disposiciones legales dictadas en razón de una nece-

sidad unánimemente sentida, sino por las modificaciones contractuales que éi vivir azaroso de estos tiempos y el carácter "demoníaco" del Poder viene introduciendo casi a diario en la vida de las relaciones jurídicas. Que no es sólo la intervención de la ley y en circunstancias extraordinarias, sino la de la Administración en el vivir que ya podemos considerar normal. Además de la facultad modificativa que puede conferírsele al Juez o que el Juez ha determinado en razón de la propia técnica contractual, y de la posibilidad de modificación y alteración en la vida larga de un contrato que hayan previsto y en razón de la inestabilidad de circunstancias las propias partes contratantes.

Son, pues, tres fuentes modificativas del valor económico y jurídico de los contratos. La ley, el Juez y los propios contratantes. Su razón de ser se estudia por el conferenciante por separado, comenzando por el intervencionismo estatal en sus diferentes grados y en sus diferentes casos de originación.

Señálanse en este intervencionismo estatal las revisiones de rentas en los contratos de arrendamiento, las correcciones de los de seguros y transportes, las alteraciones de tarifas en los suministros y el *sin fin* de modificaciones que, aunque no afecten directamente a una corrección dineraria suponen una alteración de valor. El repaso de la legislación vigente es prolijo y en casos abrumador.

Por revisiones judiciales se entiende la decisión del Juez y en sentencia de una alteración económica en la vida de los contratos no prevista ni por la ley ni por las partes contratantes. Es distinta la intervención del Juez cuando aplica medidas de equivalencia o devaluata o cumple disposiciones legales de revisión señaladas por las leyes o interpreta y determina el valor de una cláusula estabilizadora contenida en un contrato. El Juez, solo, anclado a la roca de la ley, vigila y observa el contrato que nació para una vida normal que se halla completamente alterada, y corrige esta alteración en defensa del propio contrato y con el apoyo de su propia dogmática. El problema es tan difícil como extraordinariamente delicado.

Tras señalar las distintas teorías sobre las que el Juez puede fundar su decisión de modificación en la ejecución de un contrato, y comentar varias sentencias de los más altos Tribunales de diferentes países, se refiere al poder modificativo y en razón de anormales circunstancias y oscilaciones económicas, asumido u otorgado por las propias partes que celebraron el contrato.

La defensa y el ataque en torno a las cláusulas estabilizadoras es de gran amplitud. Han de desfilar y desfilan las razones en pro y en contra de las teorías que tratan de amoldar la realización del contrato a lo verdaderamente querido por las partes y al fin económico-jurídico del contrato mismo; a la par que aquellas que entienden que nada es más intolerable a la vida contractual que la inseguridad de su valoración, que puede ser tanta como de su propio contenido. La autonomía de la voluntad y el orden público juegan y se disputan un terreno difícil.

Se señalan las diferentes clases de normas estabilizadoras y se estudian por separado la cláusula oro y valor oro, la moneda extranjera y valor moneda extranjera, la cláusula mercancía y dentro de ella la cláusula trigo y las llamadas índice de vida. Cada una de ellas merece un estudio casuístico y un estudio comparado de su admisión en las diferentes legislaciones civiles.

Un resumen comparativo del valor de esta cláusula de estabilización nos lleva a una íntima y especial consideración de la propia situación política y económica de cada país, fluctuante y de radical signo en ocasiones, como en Alemania, en donde se inició la admisión de estas cláusulas estabilizadoras, hoy generalmente rechazadas, o en España, en donde difícilmente han llegado a admitirse, pero en donde cada día se van aplicando más, hasta el punto de haberlas ya, en alguna legislación como la de arrendamientos rústicos, impuesto la ley o regulada y consentida por ella como en los préstamos hipotecarios.

Deteniéndose en esta regulación actual y especial de la legislación española, tanto de la cláusula trigo y de otras admitidas, no sólo ya por la jurisprudencia, sino por la propia norma escrita, como por la muy especial del número 3.º del artículo 219 del Reglamento hipotecario y su triple admisión del valor trigo, costo de vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística y premio del oro en las legislaciones de los aranceles de aduanas.

Superada la fase individualista del contrato y en la necesidad de volver a la pureza de sus elementos constitutivos, podemos llegar con cierta facilidad a este período de función social que se le ha asignado al contrato, pero que no debe de ser sino la consideración rígida de los elementos constitutivos del contrato mismo, con un necesario estudio de su proceso histórico y dentro de él de la teoría de la causa. El contrato como organismo vivo y en su trascendente función jurídica no sólo está determinado por la voluntad de las partes que en él intervinieron, sino por otros elementos que, justamente con la voluntad, desempeñan su papel y tan importante como el de la voluntad misma. La buena fe, la causa data o suficiente, la vestimenta que el contrato lleva consigo como elemento esencial y vivificador, si no posterga aquella voluntad sí le hace compartir la vida del contrato hasta su total realización. Las correcciones y medidas de valor, tanto legales o judiciales como voluntarias, dependerán en buena parte de esta revisión dogmática del contrato y la valoración objetiva de sus elementos integrantes.

Sobre "*La cosiddetta cautela sociniana tacita o legale*" disertó don Juan Vallet de Goytisolo, Notario de Madrid. Ante el choque de la voluntad del testador, que quiere dejar el usufructo universal a su cónyuge viudo o a otra persona, frente a la norma legal, que impone el respeto a las legítimas, nos ofrece el Derecho, en un examen histórico y comparatístico, las siguientes posiciones:

a) La postura más liberal es la que atiende a si el valor del usufructo, capitalizado atendida la edad del beneficiario (e igual en supuesto de renta vitalicia), excede o no del valor de la parte disponible.

Ese fué el criterio de la ley *Uxori meae* (Díg. XXXIII-II, 37), según lo entendió la glosa de Accursio en relación con la ley *Omnium* (Díg. VI-I, 29 [36]); si bien se estimó que esa ley había quedado derogada por la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32) y la *Authentica Novissima*.

No obstante, esta posición en el siglo XIV fué sostenida por Angelo degli Ubaldi, y en el XV, por Bartolomé Caepolla, y después, por Ambrosio Opizon.

En España la sostuvieron Juan López de Bivero, o sea Palacios Ruvios, y Fernando Gómez Arias en la primera mitad del siglo XVI. En el presente

siglo ha vuelto a defenderla José González Palomino, aprobando su opinión Alvaro d'Ors y José Bonet Correa.

b) La postura opuesta consiste en *reducir el usufructo a recaer en la parte disponible, sin que por ello el heredero reclamante deba renunciar a la nuda propiedad de esa parte de libre disposición con que le hubiese beneficiado el testador.*

Tal postura parece resultar de la citada ley *Quoniam in prioribus* y de la Novella 18. cap. III. de *Tricente et Semisse*, capítulo *Prohibemus*, del que es extracto la *Authentica Novissima*. Así lo entendió la glosa y fué común opinión de los comentaristas, con Bartolo y Baldo a la cabeza.

c) Pero esa segunda posición tuvo un paliativo, según los autores que admitieron la *posibilidad de que el testador colocara al heredero ante la alternativa de optar entre aceptar el gravamen o recibir solamente la legítima estricta sin carga alguna.*

Es posible que en el comentario 13 de Paulo de Castro a la *Authentica Novissima* se halle un precedente de cautela que previno esta situación.

En el siglo XVI, Durantes e Gualdense, Decio, Curtius iunior, Socino iunior. Paris iunior—estos tres últimos dictaminando sobre el famoso testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus—admitieron la validez de una cautela testamentaria de opción entre recibir toda la herencia o porción de ella mayor que la legítima con un gravamen de fideicomiso universal o bien sólo la legítima estricta libre de toda carga y limitación. Ese criterio era igualmente aplicable si el testador quería establecer un usufructo universal. Alternativa, cuya posibilidad fué aceptada por la común opinión de los autores.

Entre los clásicos españoles la admitieron expresamente para el usufructo universal Juan Gutiérrez, Ayllón Láinez, Sanz Morquecho, Castillo de Sotomayor, Gaspar Rodríguez, y más modernamente Josef Febrero.

En Francia la admitieron, entre otros, Merlin, Le Brun, Pothier y otros muchos.

d) Otra posición intermedia entre las dos primeras es la que *concede al heredero igual opción que la segunda, pero sin necesidad de que el testador la prevenga.* También tiene viejos precedentes y presenta dos subvariantes, según la compensación del pleno dominio de la parte disponible deba hacerse en cuerpos hereditarios o quepa satisfacerla en metálico.

Contra su posibilidad sin expresa disposición del testador se habían mostrado Paulo de Castro, Felipe Decio, Merlino y la mayoría de los autores, entre ellos, en España, Pedro de Peralta, Rodrigo Suárez y Antonio Gómez.

Pero a su favor también tuvo valiosas opiniones, como, v. gr., las de Marcus Antonius Cuccius, en Italia; de Ayerve de Ayora, en España (quien admitió la compensación en metálico), y, especialmente, en Francia en el *Droit Coutumier*, donde fué dominante, Dumoulin, Ricard, Dufresne y Pothier, entre otros muchos.

Este último criterio es el que se ha impuesto en los artículos 917 del Código civil francés; 810 del italiano de 1865 y 550 del vigente, y 820, n. 3, español.

Sin embargo, entre estos preceptos se observan algunas diferencias de reducción y su interpretación no siempre es unánime.

En primer lugar, es de notar que el Código italiano impone esa opción al legitimario no sólo si es gravado con usufructo o renta vitalicia, sino también cuando el testador haya dispuesto un legado de muda propiedad que rebase la de la parte disponible. Extensión de la opción, que al parecer era aceptada por la opinión dominante en el *Droit Coutumier* francés, pero que después del *Code de Napoleon*, salvo la opinión aislada de Demolombe, ha sido rechazada por la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, el artículo 917 francés, al referirse al usufructo y a la renta vitalicia, dice: "*dont la valeur excède la quotité disponible*"; y paralelamente el número 3 del 820 español dice: "*cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible*"; en cambio, el artículo 550 italiano vigente, como el viejo 810 y siguiendo el antiguo Codice Albertino, sustituye "*dont la valeur*" por "*il cui reddito*". ¿Tienen igual significación ambas expresiones? En Francia y en España no ha habido unanimidad al interpretar "*dont la valeur*" o "*cuyo valor*". Veamos brevemente las principales opiniones emitidas:

Primera opinión: Debe hallarse el valor del usufructo o la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en el caso de que dicho valor exceda del de la cuota disponible los herederos podrán cumplir optando por dejar al legatario la propiedad de la porción disponible con que el testador les haya beneficiado.

En Francia defendieron este criterio, basándose en el sentido literal del texto legal, Levausseur y Laurent, si bien éste reconoció que debe prescindirse de su opinión por ser rechazada por todo el mundo.

En España ha tenido un brillantísimo defensor en González Palomino.

Segunda opinión: Entiende que precisamente lo que el precepto trata de evitar es que el usufructo y la renta vitalicia deban ser valorados por razón de las dificultades de tal valoración, por lo cual se deja a la libre determinación del legitimario la elección de lo que mejor le convenga, según su personal y subjetiva apreciación del valor del gravamen impuesto, sea éste mayor o menor objetivamente apreciado que el de la porción disponible.

Este criterio ha sido defendido en Francia por Duranton, Zacharie, Troplong, Aubry et Rau, Joseerand, Savatier, etc.; en España, con respecto al Proyecto de 1851, lo expuso García Goyena y lo han seguido Manresa y Sánchez Román.

Tercera opinión: Sostiene que el texto legal prevé el caso de que el usufructo o renta vitalicia afecte a bienes que excedan de la parte disponible o a una cuota parte superior a la de libre disposición. Ha sido sostenida por Colin y Capitant, en Francia, y por Lacruz Berdejo, en España.

Cuarta opinión: Estima que la opción o elección se concede al heredero cuando el goce o disfrute del usufructo o las rentas legados exceden del goce o rentas de la parte disponible.

Es el criterio del *Codice Italiano*, que han defendido, para Francia, Demolombe, Marcadé, Planiol, Ripert, Trasbot, Laoussouarn, y para España, Guillón Ballesteros.

Quinta opinión: Distingue, entre el usufructo, para el cual atiende a si el valor de los bienes usufructuados excede de la porción disponible, y la renta vitalicia, en la cual examina si su pensión excede de las rentas de la parte disponible.

Este parece ser el criterio de Bonnacase para el 917 francés.

Sexta opinión: Debe compararse la masa computable a efectos del cálculo de la legítima con la valoración tenida en cuenta a dicho efecto de los bienes gravados por el usufructo o con la capitalización de la renta vitalicia al interés legal, sin hacer deducción alguna por razón de la edad del pensionista.

Parece que fué el criterio de Mucius Scaevola y el que creemos mejor ajustado al modo de computarse las legítimas.

El nuevo *Codice Civile italiano* ha añadido en su texto del artículo 550 que cuando los legitimarios sean varios sólo pueden optar por el abandono de la parte disponible actuando por acuerdo unánime. En Francia, en cambio, sólo Durantón defendió este criterio, pero la opinión común fué la contraria; que en España, donde apenas se ha discutido este problema, siguen Iglesias y Gullón.

El término de la opción que expresa el 917 francés por "*de faire l'abandon*", y paralelamente el 550 italiano por "*abbandonare*", el 820, número 3, español lo aclara por "*entregar al legatario*". Sin embargo, de este mismo modo han sido entendidas aquellas palabras en Francia e Italia. El nuevo *Codice civile* agrega que no por eso el legatario se convierte en heredero. Creemos que al recibir la parte disponible en pleno dominio pasa a ser legatario de parte alícuota, pues su objeto es una *pars bonorum*, es decir, una cuota de activo líquido; no una *pars hereditatis*.

Don Alberto Ballarín Marcial, Notario de Madrid y asesor técnico del Instituto de Estudios Agro-Sociales, desarrolló el tema *Criterios sobre la unidad mínima en el derecho comparado*, poniendo de relieve la importancia de la comparación entre los diversos sistemas jurídicos en el campo del derecho comparado, de la cual son síntomas evidentes la creación en Florencia del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado y la existencia del Instituto de Derecho Comparado italo-iberoamericano, que, dentro de su especialización, puede abarcar los problemas y cuestiones de Derecho agrario: Mucho más si se tiene en cuenta que en este momento el tema más vivo y palpitante, tanto en España como en la América latina, es justamente el de la reforma agraria.

El tema tratado constituye uno de los más interesantes puntos de fricción entre el derecho civil tradicional y las nuevas exigencias de la organización de la empresa.

Después de la Codificación pudo comprobarse que el principio de igualdad *in natura* producía resultados verdaderamente dañinos, en cuanto pulverizaba los patrimonios y las fincas. A finales del siglo XIX la fragmentación era ya un verdadero problema en toda Europa. En España la atomización de las fincas afecta a unos ocho millones de hectáreas, es decir, al 40 por 100 de la superficie cultivada. El 63 por 100 de los contribuyentes agrícolas paga menos de 500 pesetas al año, mientras que sólo el 2 por 100 tributa más de 10.000 pesetas. Existen en España unos 5.700.000 propietarios de 54 millones de parcelas; los promedios indican que cada propietario posee más de 8,63 hectáreas y 9,6 parcelas.

Cuando, a partir principalmente de la primera Guerra Europea, los diversos Estados comienzan a realizar grandes obras de transformación agraria, se orien-

tan a la creación de unidades económicamente rentables, que, por lo menos, puedan sustentar una familia. En estas zonas de "bonifica", según la terminología italiana, o "zonas regables", según la española, surge el problema de evitar que tales unidades agrarias, creadas a costa de grandes sacrificios económicos, puedan luego ser desechas por los particulares. Así surge la "unidad mínima" en una disposición legislativa relativa al agro romano del 2 abril 1919, pasando luego al C. c., artículos 846 y siguientes, que establecen la primera regulación general.

La excesiva fragmentación dió también lugar a un movimiento doctrinal y legislativo específico de revisión que había de conducir en toda Europa a las leyes de "remembrement rural", "ricomposizione fondiaria", o concentración parcelaria, según la terminología española. Esta legislación, que en España arranca de la ley de 20 de diciembre de 1952, es la que plantea con toda urgencia y con la mayor amplitud el problema de la unidad mínima.

A este respecto, entrará dentro de poco en Suiza un anteproyecto de Ley federal para proteger la propiedad agrícola (*propriété foncière rural*) (Anteproyecto III, de 26 de marzo de 1962). El proyecto suizo se articula: 1.º En las medidas previstas por el C. c. suizo para la transmisión íntegra de las explotaciones agrícolas por su valor en renta. 2.º Restricciones al derecho de disponer, concretamente, el derecho de oposición a ciertos actos dispositivos por parte de la autoridad competente. Se atiende así al doble frente de los actos *mortis causa* y negocios *inter vivos* en que este problema se plantea. Lo más característico de este interesante proyecto es que regula un derecho de adquisición a favor de colectividades de derecho público constituidas con vistas a la mejora del suelo en una localidad o región, como los sindicatos de Concentración parcelaria, referido a terrenos que permitan agrandar pequeñas explotaciones dignas de subsistir o de formar colonias agrícolas. En resumen, lo que observamos en Derecho suizo es que se sigue el sistema del control de las enajenaciones de fincas rústicas, sistema en vigor en Alemania con arreglo a los principios de la economía social de mercado. Pero, en lugar de la aprobación administrativa, es probable que el Derecho suizo se contente con establecer derechos preferentes de adquisición, a semejanza de la ley francesa de orientación agrícola, o un derecho de opción a ciertas hipótesis de transmisión contrarias a las exigencias de la agricultura moderna.

En cuanto a Francia, observaba Bertand Russel que las invenciones técnicas no habían hecho progresar la Agricultura, como en los demás países, debido al vigente derecho de sucesiones que conducía a la excesiva parcelación.

A fin de superar este obstáculo, el Derecho francés creó el "remembrement rural" y, abandonando el sistema del "bien de famille", instauró en 1938 el principio de la atribución íntegra a un heredero de la explotación agrícola, abandonando aquella regla igualitaria *in natura* con profundas reformas en que se acusaron las metamorfosis económicas y sociales del momento. El principio de la atribución íntegra se aplica sólo a las verdaderas explotaciones agrícolas o a sus partes esenciales. Debe ser una explotación familiar que pueda mantener a una familia campesina ayudada en caso de necesidad por uno o dos criados permanentes y pueda ser explotada por esta familia. Tienen derecho a exigir la atribución unitaria quienes hayan contribuido a asegurar la marcha

de la explotación antes de la apertura de la sucesión y debe compensar en metálico a los demás herederos.

Respecto a Italia, no se estudia el sistema dictado para la asignación de las tierras por los entes de reforma, limitando la comparación a las disposiciones legislativas que tienen un valor sucesorio de carácter general, es decir, que están ligadas al problema de la "unidad mínima" común. El nuevo Código reguló la unidad mínima de cultivo en el artículo 846, creando en él dos tipos distintos: uno aplicable a los terrenos organizados en hacienda, y otro, en general. Para los primeros, los "terreni appoderati", la unidad mínima común ha de ser la extensión de terrenos necesaria y suficiente para el trabajo de una familia agrícola, y para los demás, la extensión de terreno necesaria y suficiente para llevar a cabo un cultivo conveniente, según las reglas de la buena técnica agrícola. El artículo 847 determinó la extensión.

En España la Ley de Explotaciones familiares de 14 de abril de 1962 ha querido superar el criterio puramente técnico o técnico-económico de la ley anterior para adoptar un criterio social, o, más exactamente, económico-social, el cual se plasma en la denominación misma de la Ley, que ya no se llama de "unidades mínimas de cultivo", sino "ley sobre explotaciones familiares".

Criterio social que se refleja de modo más concreto en el artículo 1, al aludir a la superficie mínima que corresponde a una explotación familiar dentro de cada zona o comarca de la provincia". Dicha superficie será la que, teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos, permita un nivel de vida decoroso y digno a una familia laboral tipo que cuente con dos unidades permanentes de trabajo y que cultive directa y personalmente, y al declarar en el artículo 2 que "las fincas rústicas de extensión inferior al doble de la mínima señalada, conforme al artículo anterior para la explotación familiar, constituyen unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales".

En cuanto a los requisitos de la explotación familiar, el legislador no ha querido remitirse a los establecidos para el patrimonio familiar de colonización (art. 3.º, letra B, de la Ley de 15 julio 1952, Orden de 27 de mayo de 1953), sino que ha dictado su propia regulación. La fijación de las unidades mínimas se confía a un órgano administrativo-técnico, altamente especializado, como es el Servicio de Concentración parcelaria, ente dotado de personalidad jurídica, encargado de toda la obra de recomposición fundiaria, dependiente del Ministerio de Agricultura, por lo que dispone de los elementos más adecuados para ello e, incluso ahora, de bastante experiencia.

Según el artículo 2, "las fincas de extensión inferior al doble de la mínima constituyen unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales". También se aplicará idéntico criterio (indivisibilidad esencial) a las divisiones de fincas de cualquier cabida que diere lugar a otra u otras de extensión inferior a la unidad mínima (art. 6). Esta declaración de indivisibilidad esencial implica en buena lógica la nulidad radical, total, de los actos contrarios a ella (art. 4 del C. c.). Pero la famosa y temida consecuencia de la nulidad aparece luego desdibujada en la propia Ley, al señalar las consecuencias de la infracción (arts. 4, 5 y 6).

La ley española se ha hecho cargo de las críticas dirigidas a la denomina-

ción misma de la "unidad mínima de cultivo", por no haber prohibido y sancionado en 1954 la división del cultivo. Así, el artículo 3 dispone: "salvo que medie autorización del Servicio de Concentración parcelaria, el uso o disfrute parcial de las fincas rústicas a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior no puede ser cedido a otro para su explotación con fines agrícolas oajo la forma de arrendamiento, parceria o cualquier otro contrato que, perdiendo el propietario la condición de cultivador, dé lugar a que se divida el cultivo por debajo del límite mínimo señalado para la explotación familiar". Las excepciones a la indivisibilidad se enumeran en el artículo 2, párrafo segundo.

El legislador español, en su intento de proteger la unidad de la explotación familiar, ha seguido un camino simplista, aunque por ello mismo erizado de problemas y dificultades de orden técnico: el de declarar indivisible la base superficial de las explotaciones familiares. Ciertamente que se ha regulado en 1952 el patrimonio familiar con un régimen sucesorio especial, pero esta institución no tiene en Derecho español carácter general: se aplica sólo a los lotes asignados por el Instituto Nacional de Colonización.

En suma, nos resta sólo la indivisibilidad como camino protector de la explotación familiar, sin que el legislador haya querido, por el momento, reformar el derecho sucesorio ni el patrimonial familiar. Esto ha suscitado críticas adversas, ya que hoy parece consolidada la opinión de que el sistema más conveniente, en orden a la protección de las unidades mínimas de cultivo, es el de regular su atribución integral en la partición de la herencia, combinando esta medida con facilidades crediticias y con bonificaciones fiscales, mientras que en materia de actos *inter vivos* se deberían establecer ciertas limitaciones indirectas más bien que decretar la nulidad de las divisiones *contra legem*.

EVELIO VERDERA

Catedrático de Derecho Mercantil