

aparecer la incapacidad o vicio del consentimiento el poderdante puede otorgar de nuevo un consentimiento, produciéndose una convalidación.

En nuestra opinión, si se aplica a estos casos la figura de la ratificación, no se está utilizando una figura afín, sino una forma de convalidación. La ratificación sería en este caso la especie y la convalidación, el género.

Termina este capítulo haciendo referencia a la relevancia de la buena fe en los supuestos de matrimonio con defecto de forma y se deja entrever una cuestión interesante acerca de la similitud entre la sanción en la raíz por defecto de forma, con la suplencia de jurisdicción canónica, indicando cómo la figura regulada en el artículo 53 responde a la llamada «suplencia».

El cuarto y último capítulo lo dedica a analizar los elementos comunes a las distintas figuras sanatorias.

Cierran la obra unas conclusiones o reflexiones personales de la autora sobre esta figura, que hay que destacar porque demuestran un estudio profundo y serio. Si partimos de que la regulación de la convalidación del matrimonio es incompleta y fragmentaria en el Código civil, ya que sólo la regula para supuestos concretos y utilizando instrumentos diferentes, era quizá misión obligada el realizar una monografía que en cierto modo supliera este vacío, integrando, explicando y sistematizando esta figura. Es, por tanto, un trabajo muy útil para el momento actual. El libro que hemos reseñado se trata, en definitiva, de una obra llena de madurez y de seriedad científica.

SARA ACUÑA GUIROLA.

ALVAREZ CORTINA, ANDRÉS CORSINO: *Violencia y miedo en el Código civil español. Su aplicación al matrimonio*, prólogo de José M. González del Valle, 1 vol. de 200 págs., Ed. Universidad de Oviedo, Oviedo 1983.

El libro objeto de esta recensión, del hoy profesor titular de Derecho canónico Alvarez Cortina, es el fruto de su tesis doctoral, leída en la Universidad de Oviedo en 1982 y de cuyo tribunal tuve el honor de formar parte. Poco tiempo después, también dirigidas por el profesor González del Valle —Director del Departamento de Derecho canónico de la Universidad de Oviedo—, fueron leídas otras dos tesis doctorales: *El matrimonio condicional*, de la profesora Villa, y *La convalidación del matrimonio civil*, de la profesora Camarero. Y debo señalar que las tres responden a una precisa línea de investigación.

Nos encontramos ante tres temas clásicos —el miedo, la convalidación y la condición—, propios de la más rancia dogmática iusprivatista relativa al negocio jurídico, pero aplicados al matrimonio. Y en los tres casos se pone de relieve que para la cabal comprensión del negocio jurídico matrimonial civil resulta necesario conocer profundamente el Derecho matrimonial canónico, hasta el punto de que difícilmente puede llevarse a cabo un estudio y una construcción seria sobre estos temas sin ese conocimiento. Es más, la propia teoría general del negocio jurídico, construida en sus rasgos básicos por los pandectistas del siglo pasado, al margen del matrimonio, se ve ahora enriquecida y matizada como consecuencia de tomar en cuenta el instituto matrimonial.

El estudio del profesor Alvarez Cortina, relativo a la violencia y el miedo, consta de dos partes: una primera, relativa a la violencia y el miedo en general, en relación con cualquier negocio jurídico, y una segunda, en la que se aplica esa doctrina general al matrimonio. El interés de la aportación de su investigación se centra, a nuestro

entender, en esa primera parte general, respecto a la cual propone importantes innovaciones a la hora de valorar el vicio del miedo y su conexión con la violencia.

Se entiende comúnmente por vicio del miedo —lo cual ilustra el autor históricamente, partiendo de una brillante interpretación de las fuentes romanas— un específico supuesto de hecho, no susceptible de definición, sino sólo de tipificación, en el que la violencia y el miedo se hayan en relación de causa a efecto, consistiendo el supuesto de hecho en cierta conjunción —que se concreta a través de los llamados requisitos del miedo— entre ambos. El supuesto de hecho consiste en que el consentimiento negocial esté causado por la amenaza, que ha de reunir determinadas características, de un mal.

No agrada al autor la definición de miedo de Ulpiano, como *trepidatio mentis*, que cansinamente suelen repetir quienes escriben sobre el miedo: «Tal definición —escribe— resulta sumamente inexacta, ya que designa la pasión del miedo, pero no el supuesto de hecho miedo que habitualmente se toma en consideración como vicio del consentimiento. Se considera que hay vicio de miedo cuando alguien consiente para evitar un mal con que es amenazado. Se considera que el miedo es grave si el mal con que se le amenaza es grave, no si su mente trepida mucho. En otras palabras, en el llamado vicio del miedo es irrelevante que se dé o no la pasión del miedo. La pasión del miedo sólo se toma en consideración cuando es tan intensa que llega a perturbar el uso de la razón; y a eso se le denomina miedo terrorífico (...). De otro lado, el llamado vicio del miedo proviene de la actio *vis metusve*, que constituye un puesto de hecho típico —distinto de otros remedios procesales contra acciones violentas— y no de una teoría sobre el consentimiento. No cabe, pues, sostener que existe un concepto abstracto —el llamado vicio del miedo— que todos los ordenamientos acogen, sino que sobre una base histórica de origen romano cada ordenamiento fija un supuesto de hecho sólo parecido. Pero, por otra parte, los ordenamientos no tipifican el supuesto de hecho con exactitud, quedando su concreción abierta a ulterior determinación por la jurisprudencia y por la doctrina. Para efectuar esa ulterior determinación consideramos decisivo un pronunciamiento acerca del fundamento de la nulidad o anulabilidad de los negocios jurídicos que inciden en tales supuestos de hecho» (páginas 127-128).

A diferencia de lo que acontecía en época romana, lo que el Derecho modernamente pretende —especialmente en el matrimonio— no es el castigo de la intromisión de un tercero amenazante, sino tutelar la conducta de quien pretende evitar un mal proporcionalmente grave, importando poco que esa situación de necesidad provenga de una intromisión indebida o de otra causa. Lo que hay que valorar no es la conducta del amenazante. Poco importa que esa necesidad de evitar un mal provenga de una amenaza injusta o de otra causa.

Hay que abandonar —concluye el autor— el tradicional modo de entender el *vir constantissimus*, para apreciar la relevancia negocial del miedo, como un tipo jurídico abstracto. Tal criterio sirve para valorar la conducta del intimidador y tiene interés en el ámbito penal, para castigar esa conducta; pero carece de interés para el Derecho privado, que lo que pretende es proteger la libertad, al margen de una posible actividad antijurídica del intimidador. Habrá o no habrá delito de amenaza, según esas amenazas sean capaces o no de coaccionar al hombre medio, ni demasiado intrépido ni demasiado timorato. Pero para dictaminar la suficiencia o insuficiencia de un consentimiento prestado por miedo hay que acudir a un módulo distinto de medición de la gravedad del miedo: un módulo relativo, consistente en comparar el mal que se pretende evitar con el mal que se sigue de consentir en el negocio. El consentimiento habrá de considerarse insuficiente si es mayor el mal que se pretende evitar que el que se deriva de prestar consentimiento negocial. La expresión *vir constantissimus* cobra así su prístino sentido de *aner spoudaios* —de origen aristotélico—, que se introduce en el Digesto latinizando la expresión griega. El hombre constantísimo constituye el

hombre de conducta rectísima, que teme lo que es digno de temor y no teme lo que no es digno de temor. De ahí la expresión *maioris malitatis* del Digesto —traducción latina de la expresión aristotélica *phobos meidsonos Kakon*—, que implica una comparación: entre el mal que se pretende evitar y el mal que se sigue de consentir en el negocio. El *homo constantissimus* es el hombre prudente que entre dos males elige el menor. No cede ante la amenaza de un mal leve; pero cede ante la amenaza de un mal grave. En eso consiste su constancia, que se exige en grado superlativo.

Hay inconstancia tanto si ante la amenaza de un mal leve se decide a prestar consentimiento negocial sobre materia de mayor importancia como si ante un mal grave no se pliega a prestar consentimiento negocial sobre materia de poca importancia.

Tras exponer las razones históricas por las que no triunfó este módulo aristotélico de medir la gravedad del miedo —no existía una neta separación entre la dimensión penal de los remedios contra el miedo—, entiende hoy, separados ya netamente el Derecho penal del Derecho privado, que deben aplicarse dos módulos distintos en relación con el miedo: uno para los delitos de intimidación, en los que interesa conocer la malicia del intimidador, y otro para los negocios jurídicos, en los que interesa conocer el grado de libertad de quien presta consentimiento por miedo.

Como consecuencia de todo esto propone el autor que se abandone el tradicional modo de entender el vicio del miedo como un *metus a vis* para tomar en consideración exclusivamente la conducta de quien consiente por miedo. Al margen de la conducta del intimidador —al margen de que exista siquiera intimidador—, el negocio será nulo o anulable si el mal que se pretende evitar es más grave que el que se deriva de consentir en el negocio. En caso contrario, el consentimiento será válido.

Separado de esta manera el elemento *metus* del elemento *vis*, se pasa a continuación a estudiar la violencia como realidad independiente del miedo. Al respecto entiende que hay que distinguir dos supuestos de hecho.

Un primer supuesto de hecho lo constituye el que llama «supuesto de violencia sobre la declaración de voluntad», consistente en obligar a alguien a inclinar la cabeza en señal de asentimiento o a emitir otro signo análogo. Tal supuesto de hecho, que algunos denominan, algo impropriamente, violencia física —impropiamente porque la violencia física puede ser utilizada con otras finalidades—, se caracteriza porque origina una ausencia de declaración de voluntad. Aun en el caso —ciertamente muy rebuscado— de que alguien internamente consintiese en el negocio, si emite un signo manifestativo de ese consentimiento interno como consecuencia de la acción externa de un tercero, no puede decirse que declare su propia voluntad, sino que ese signo es manifestativo de la voluntad de ese tercero. Falta, en consecuencia, un elemento esencial del negocio jurídico, cuál es la declaración de voluntad.

Pero, al margen de este supuesto de hecho, de mayor interés teórico que práctico, también cabe apreciar violencia como supuesto de hecho distinto de los hasta ahora mencionados cuando la violencia se utiliza para alterar el proceso deliberativo de alguien. Tal sucede en las situaciones de secuestro o de inoculación de drogas. En tales supuestos la violencia no incide sobre la declaración de voluntad, sino sobre el proceso de deliberación previo al consentimiento y a la declaración de voluntad. Tal es el supuesto —interpreta el autor en base a una brillante argumentación histórica— que contempla el artículo 1.267 del Código civil español en su párrafo primero: «violencia para arrancar el consentimiento».

La argumentación que le lleva a revisar el común y tradicional modo de entender la *vis metusve*, para fijar la necesidad de distinguir los tres supuestos de hecho mencionados, se basa en una interpretación histórica de las fuentes romanas y del Derecho canónico medieval, así como en una valoración de los principales ordenamientos jurídicos vigentes, sin descuidar el *common law*. Por ello resulta muy sugestiva y convincente en sus líneas generales. La parte histórica no constituye una mera aportación erudita de datos, sino que es pieza clave de la línea argumental.

Como el profesor González del Valle escribe en el prólogo, «el valor de esa monografía, cuyas ideas se aplican al Código civil español y más concretamente al matrimonio, posee un alcance mucho más amplio. Las principales ideas que en ella se aportan sirven igualmente para cualquier codificación —civil o canónica— en que se regule el tema de la violencia y el miedo. Se trata, en suma, de una aportación al acervo común de la dogmática jurídica» (pág. 12).

ALBERTO DE LA HERA.

ZATTI, P.; MANTOVANI, M.: *La separazione personale*. C.E.D.A.M., Padova 1983, 408 págs.

El lector se encuentra al enfrentarse con el libro *Separazione personale dei coniugi* con una obra profundamente jurídica que ha sido elaborada con una curiosa sistemática.

Se trata en esencia del análisis exhaustivo de los artículos 150 a 158 del Código civil italiano vigente, reguladores de la separación matrimonial, análisis que se apoya en tres puntos esenciales: la regulación del tema en el Código civil anterior a la reforma, las opiniones doctrinales y, fundamentalmente, la jurisprudencia.

Los autores, siguiendo simplemente la sistemática del Código y utilizando cada uno de los artículos a examinar como capítulos independientes, analizan los diversos tipos de separación admitidos por el Derecho y las diferentes cuestiones que pueden derivarse tanto de la consolidación como del enervamiento de esta situación interconyugal.

Se estudia así la denominada en el artículo 150 «separación personal», categoría genérica que engloba o comprende dos clases separatorias diferentes: la judicial y la consensual.

No obstante, antes de entrar en el estudio de estas dos categorías, los autores ponen de manifiesto el carácter «legal» que la separación ha de tener en definitiva conforme a la legislación civil italiana, puesto que el artículo 158 del Código establece que «la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza la omologazione dei giudici».

Todo ello no impide, sin embargo, la existencia de supuestos de separación de hecho ante los que el legislador ha adoptado una doble postura. Ha considerado específicamente una hipótesis concreta: el alejamiento de la residencia familiar del artículo 146 del Código civil y ha realizado una valoración amplia del resto de los supuestos fácticos. La falta de concreción de la doctrina sobre el tema lleva a los autores a analizar el supuesto específico recogido por el legislador: el alejamiento del domicilio conyugal, para comparar con él los otros supuestos de interrupción de hecho de la convivencia conyugal. Dicho estudio se realiza tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, recogiendo en este último los temas más relevantes de derecho procesal.

El artículo 151 comienza ya el estudio concreto de la separación judicial. Viene a sustituir a los artículos 151 a 153 del antiguo Código, en los que se enumeraban taxativamente una serie de causas separatorias que ponían de manifiesto comportamientos contrarios a los deberes derivados del matrimonio, comportamientos que, en armonía con el texto legal, la doctrina entendía que debería de ser culpable, esto es, realizando una violación consciente y voluntaria de tales deberes.

El nuevo artículo 151 supone, a juicio de la doctrina y la jurisprudencia, una superación de la vieja normativa, sobre todo en dos cuestiones fundamentales: superación del criterio de la «culpa» en sentido subjetivo —el artículo 151 habla de