

es lo que puede denominarse "óptica francesa" sobre la reforma alemana del Derecho de Familia. Advierte la autora que el principio de igualdad entre cónyuges obliga a reconstruir sobre nuevas ideas y conceptos el Derecho de Familia. Si hasta ahora los litigios familiares se resolvían con arreglo al principio de potestad marital que excluía en la práctica la intervención judicial, en adelante esta última será decisiva. Pero la naturaleza de las relaciones familiares se acomoda mal a las intervenciones extrañas. Por ello juzga con cierto escepticismo la reforma alemana de 1953-1958.

Es lástima que la autora desconozca las aportaciones italianas sobre el Derecho de Familia, en las que acaso hubiera encontrado respuesta a algunos interrogantes de su obra. También se ignoran las reformas españolas de 1958. Con todo, hay que decir que se trata de un estudio bien realizado, muy bien documentado, y que cumplirá la importante función de dar a conocer en Francia el sentido y la trascendencia de la reciente reforma alemana del Derecho de Familia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LEARNED HAND: «The Bill of Rights», con una Introducción de Charles E. Wyzanski, Jr., Nueva York. Atheneum. 1964 (79 págs).

En una de sus acepciones, probablemente la más constante a lo largo de su historia, el «Common Law» es el derecho no escrito o, mejor aún, el no legislativo o no legislado («Unenacted», en Maitland; «Non-statutory», en Batt), esto es, el conjunto de normas jurídicas que no tienen por fuente los órganos legislativos ordinarios del Estado (el Parlamento, con el Rey, en Gran Bretaña; el Congreso, con el Presidente, en los Estados Unidos).

Contra lo que tan firmemente creyera y defendiera Blackstone (1) la fuente de este derecho no es la costumbre popular, sino, más concretamente, la costumbre de los tribunales o, dicho con terminología «continental», la jurisprudencia, la doctrina legal contenida en las decisiones de los jueces y tribunales, la «razón artificial», en la conocida expresión de Coke; la «opinión colectiva de los juristas», en Pollock (2).

Aunque la polémica sea de intensidad relativa al respecto, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos, nadie parece poner en duda seriamente que el juez en «Common Law», y juzgando en caso de «Common Law» es, más que un intérprete o aplicador de la norma, un creador de la norma misma, esto es, una fuente del derecho en sentido propio y estricto.

Sobre esta base y con esta convicción, este conocido ensayo del muy conocido —más como juez que como tratadista— Learned Hand, se plantea el problema de cuáles sean las limitaciones que el juez deba tener en su función creadora del derecho. Sus conclusiones son terminantes y vienen a sumarse a las muchas y continuadas que vienen produciéndose en «Common Law» desde la famosa de Bacon («Let judges... remember that Solomon's throne was supported by lions on both sides; let them be lions, but yet

(1) *Commentaries*, vol. I, págs. 23 y sigs. (ed. Ehrlich, Nueva York, 1959).

(2) *The Science of Case-Law*, en *Jurisprudence and Legal Essays*, ed. A. L. Goodhart, Londres, 1963 (pág. 179).

lions under the throne, being circumspect that they do not check or oppose any ponts of sovereignty») (3): aún ejercitando una «potestas normandi», el juez debe aplicar los principios generales del ordenamiento jurídico, los del derecho legislado incluido, con celoso respeto para con los mismos y para con sus propios precedentes. Aún actuando sin norma previa, en función creadora, el juez debe olvidar toda preferencia personal y ajustarse al sentimiento comunitario, a lo que hubiera sido la voluntad general de haber podido tener expresión; lo que no le está permitido al juez es «introducir encubiertamente en su decisión sus opiniones personales de lo que es deseable, por muy desinteresadas que puedan ser» (pág. 42); punto sobre el que insiste la introducción de Wyzanski: «no es lícito a los jueces el contemplarse a sí propios libres de toda restricción excepto la de sus nociones privadas de justicia» (pág. XIV).

El tema es especialmente grave en los Estados Unidos, donde el juez federal tiene (se le ha arrogado sin base firme en la Constitución, a juicio de Hand; la tiene efectivamente por prescripción constitucional, a juicio de Wyzanski) la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes por cuanto entonces, si se deja llevar por sus opiniones o prejuicios personales, inyecta unos y otros en el esquema constitucional, erigiéndose en árbitro irresponsable de las decisiones de los órganos verdaderamente responsables, en cuanto representativos y, por tanto, sujetos periódicamente a la voluntad última del cuerpo electoral. En este terreno, más que en ningún otro, es precisa la continencia y la templanza del juez, que jamás debe entrar a considerar la oportunidad o inoportunidad de las medidas legislativas ni los principios políticos, sociales o económicos que las inspiren, dándolos siempre por buenos y aceptables, y limitando su análisis al tema puro y simple de si existe una oposición manifiesta, externa y tangible entre el precepto constitucional y el texto legal cuya constitucionalidad se debate.

Este análisis abstracto sobre las limitaciones que el poder judicial, cuando no le vengan impuestas desde fuera, debe imponerse en cualquier caso a sí propio, se completa con su estudio ante ejemplos concretos, sumamente significativos, en cuanto a posibles latitudes de interpretación y configuración, en las que el juez puede arrogarse a sí propio, si no se autovigila, un papel de definidor de estructuras comunitarias; así, en cuanto a la cláusula de «due process» como garantía y protección —substantiva, no meramente procesal— de los derechos individuales, o la doctrina del «riesgo claro y presente» como limitativa de la libertad de expresión; así en las múltiples aplicaciones del principio de indiferencia estatal ante las religiones organizadas; siempre el «delt motiv» de Hand es el mismo; expresándolo con la frase de una sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que cita, «no somos —los magistrados— una superlegislatura para juzgar de la sabiduría de la legislación, ni para decidir si la política que en la misma se expresa es contraria al interés público ... [los legisladores] ... son los que establecen sus propios niveles de interés público, dentro de límites amplísimos y... en tanto en cuanto no sean violadas prohibiciones constitucionales específicas» («Day-Brite Lighting, Inc.» versus «Missouri»; pág. 44).

(3) *Of Judicature*, en *The Works of ...*, ed. W. J. Black, Nueva York, 1932, pág. 196.

La introducción de Wyzanski tras de destacar la enorme personalidad de Hand como mentor del «Common Law» mantiene que, en los Estados Unidos, la historia constitucional demuestra que existe una delegación real de poderes en los jueces al tiempo que afirma que, «en tanto haya jueces con el escepticismo, tolerancia y humildad del juez Hand para recordar lo cautamente que los jueces deben proceder, esa delegación popular no es probable que sea revocada» (pág. XIV).

M. ALONSO OLEA

PUIG FERRIOL, Luis: «El heredero fiduciario» (prólogo de Francisco F. Villavicencio). Publicaciones de la Cátedra de Derecho civil «Durán y Bas». Barcelona. 1.^a edic., 1965. Un volumen de 262 páginas.

El estudio (tesis doctoral) se centra sobre la posición jurídica del fiduciario en los fideicomisos catalanes y, más concretamente, en la sustitución fideicomisaria, que el autor empieza por separar del fideicomiso puro, cuya subsistencia independiente en la Compilación crítica desfavorablemente, pues debería haberse refundido en la herencia de confianza o en el albaceazgo universal, instituciones con las que guarda marcada analogía (pág. 39), siquiera estas últimas respondan mejor a la concepción romana. La fundamental diferencia entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria estriba en que mientras en aquél el fideicomisario es el único heredero (págs. 27, 31), la sustitución fideicomisaria a título universal es una institución sucesiva de heredero (pág. 38). Son herederos tanto el fiduciario —en propiedad— como el fideicomisario (pág. 53).

Una vez estudiada la apertura de la sucesión fiduciaria (págs. 54-82), con el análisis de los casos en que es necesaria la aceptación del fiduciario (pág. 55) y la solución dada en el Derecho moderno, acogida por la Compilación (art. 155, párr. 3.º), para el supuesto de que el fiduciario no llegue a ser heredero, consistente en acudir a la sustitución vulgar tácita (págs. 57-58), desarrolla lo que propiamente constituye el tema de la obra, esto es, la figura del fiduciario como heredero o legatario en propiedad, distinguiendo los derechos del fiduciario en general de sus facultades dispositivas sobre los bienes fideicomitidos.

En el primer aspecto caracteriza la posición jurídica del fiduciario antes de la delación fideicomisaria como heredero con titularidad «caducable» o «revocable» (pág. 153), tecnicismo que no compartimos y que parece oponerse al principio de que quien ha sido heredero una vez lo es siempre, siquiera las consecuencias económicas derivadas de tal condición pasen a otro sujeto. Igualmente nos parece algo aventurada la opinión de que la figura verdaderamente contemplada por el artículo 781 del Código civil es el fideicomiso y no la sustitución fideicomisaria (pág. 26). Constituye, en cambio, un evidente acierto destacar que, en realidad, no hay tal supuesta «obligación» de restituir para el fiduciario —argumento: arts. 204 y 206 de la Compilación—, sino que existe adquisición automática de los bienes fideicomitidos.

Entre los derechos y obligaciones del fiduciario en este momento se estudian detalladamente la posesión, el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, las garantías para el fideicomisario (administración y conservación),