

integración parcial del Derecho privado por medio de la germanística y la superación que alcanza la "jurisprudencia de conceptos".

La codificación del Derecho privado en Alemania está analizada en el capítulo quinto, donde aparecen los precursores de la unidad del Derecho, los éxitos parciales de la aspiración uniformadora del Derecho civil, para pasar a un análisis del BGB o Código civil alemán.

Las más recientes codificaciones de Europa continental quedan analizadas en el capítulo sexto, donde se describen sus ámbitos y estilos más representativos: el ámbito jurídico de Europa central, el latino, el escandinavo y el socialista.

Dentro del contorno continental europeo, y por contraste con el insular, no podía faltar un capítulo, el séptimo, sobre el sistema jurídico anglosajón o angloamericano, el estilo jurídico del "common law", en particular del Derecho inglés y del Derecho de los Estados Unidos de América.

Por último, se describen en un capítulo octavo, las más recientes tendencias del Derecho privado alemán, de su autoconocimiento metódico de la historia del Derecho, el positivismo jurídico y su relativismo las posiciones entre el Derecho público y privado para concluir respecto al entendimiento y la aplicación del Derecho mediante el pensamiento jurídico institucional.

La obra se concluye con un índice general, otro de autores y uno más de materias, al que se debe añadir el inicial de siglas (aunque incompleto para el lector español).

La traducción española de esta obra alemana está muy lograda, si bien ciertos giros pudieron ser menos literales ("derecho sabio" en vez de culto, o "tardía antigüedad" en vez de baja o posterior); también la cita traducida de las ciudades, como acerca del "proyecto de Dresde" y no de Dersden, tanto en el índice como a través del texto (pág. 109, líneas diez y dieciséis). Por lo demás, ciertas erratas de imprenta deberán ser mejoradas en una nueva edición (pág. 13, línea diecisiete; pág. 17, línea cuarta; pág. 18, línea veintiuna; pág. 62, línea veintisiete) o el empleo del grafismo alemán que puede ser sustituido por la doble "ss" (pág. 65, línea quince; pág. 70, línea trece); además, el lapsus de "crucificación" por "codificación" (pág. 66, línea veintisiete).

JOSÉ BONET CORREA

**ZELLER, Ernst:** "Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot" (Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB). Schulthess Polygraphischer Verlag A. G., Zürich, 1981, XXXIX + 449 páginas.

1. La obra de la que damos noticia constituye la tesis doctoral que sostuvo su autor ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Zurich. Y el tema sobre el que versa —como de su mismo título se infiere— es el relativo a los principios generales de la buena fe y del abuso del Derecho, tal y como han sido formulados por

el legislador suizo en el artículo 2 del Código civil de 1907. En la perspectiva del ordenamiento español, la investigación de Zeller reviste un interés muy particular, pues un precepto de estructura similar al artículo 7 de nuestro Código civil únicamente lo encontramos en el Derecho helvético; y precisamente en el mencionado artículo segundo del ZGB, cuyo primer párrafo establece la exigencia de la buena fe como límite del actuar humano (*Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln*) y cuyo párrafo núm. 2 sanciona la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz*). Se trata, por consiguiente, de un trabajo que sin duda —y ya sólo por su objeto— habrá de ser de una enorme utilidad para los estudios de nuestro país que deseen seguir investigando en ese ambicioso precepto que ha introducido el “nuevo Título Preliminar” en el sistema positivo del Derecho privado (y aun del entero ordenamiento jurídico).

2. El libro de Zeller —a pesar de sus infinitas y tortuosas divisiones (piénsese tan sólo en el hecho de que cuenta con más de setecientos encabezamientos analíticos)— tiene una estructura relativamente simple: una *parte general*, de significado corte teórico, en la que se abordan dos cuestiones centrales: de una parte, el examen del concepto, características, clases y posición dentro del ordenamiento jurídico de los “principios (generales) del Derecho” (cfr. pp. 7 y ss. y 49 y ss.); y de otra, el análisis del complejo proceso de concreción de tales principios, entendido como una actividad espiritual (cfr. pp. 101 y ss.). Problemas éstos de teoría general del Derecho y aun de metodología del discurso jurídico. La segunda gran división de la obra —la *parte especial*— versa ya sobre la problemática que suscita el artículo 2 ZGB; y concretamente —si prescindimos del breve estudio histórico (cfr. pp. 145 y ss.)— sobre tres importantes asuntos: en primer lugar, sobre la “calidad de principio general” tanto de la exigencia de la buena fe (cfr. pp. 173 y ss.) como de la prohibición de abuso del Derecho (cfr. pp. 199 y ss.). En segundo término, sobre el “contenido principal” de la *bona fidei* (cfr. páginas 209 y ss.) y del abuso (cfr. pp. 313 y ss.). Y, por último, sobre sus apropiadas formas de concreción (cfr. pp. 267 y ss. y 368 y ss., respectivamente).

3. La obra está presidida por una pretensión casi obsesiva, aunque muy loable, de *categorizar* y definir rigurosamente los conceptos que sirven para analizar los principios de la buena fe y del abuso del Derecho: es de resaltar en este sentido el análisis inicial del concepto de “principio general del Derecho” —muy sutilmente delimitado respecto de nociones afines, tales como “postulado jurídico”, “pensamientos jurídicos generales”, “proposición jurídica”, “principios generales de grupos sociales”, etcétera—, que lleva al autor a definirlo como aquella “declaración jurídica formulada generalizadamente, que goza de amplio reconocimiento por parte de “exponentes” para ello competentes [se refiere Zeller a estos cuatro: Ley, costumbre, doctrina y judicatura] y cuyo grado de abstracción se distingue por el hecho de hallarse conceptualmente com-

binado con su *capacidad* de concreción (y, en casos de aplicación indirecta, con su *necesidad* de concreción)". Con la misma pretensión de rigor continúa esta primera parte tratando de clasificar los distintos tipos de principios generales. Muy concretamente se analizan estos tres criterios clasificatorios: (a) *la relevancia jurídica del ámbito material*, de cuyo examen se extrae una importante categoría de principios: "los principios del Derecho civil"; (b) el criterio del *fundamento del reconocimiento* da lugar, entre otros, a dos tipos de principios de enorme relevancia: los "principios axiomáticos" (*vorgegebene Prinzipien*) y los "principios contenidos en el ordenamiento vigente"; siendo de destacar entre estos últimos la "cláusula general", que, como noción técnica, se reserva para designar "[L]a norma de ley que establece expresamente un principio general del Derecho". (c) El último criterio analizado —el *grado de contenido ético* del principio— ofrece asimismo varios tipos, entre los que destacamos los "principios con propio e inequívoco contenido ético".

Este minucioso análisis teórico se prosigue con el examen de la "votación reglamentadora" (*zur Regelbildung*) del Derecho, cuya misión es poner de relieve que a esta tendencia no se sustraen los principios generales, aunque en ellos aparece con la particularidad de no ser cerrada: "la forja de los modelos genéricos o de clase que aprehenden tipos de relaciones sociales y que en las proposiciones jurídicas es efectuada por el legislador, incumbe aquí —en materia de principios— al aplicador del Derecho".

De esta forma —y siempre con gran profusión de detalles— se sigue reconstruyendo el andamiaje conceptual, de que se valdrá el autor en la segunda parte para explicar la buena fe y el abuso del Derecho: los principios de contenido ético (bajo sus dos formas de principios positivos y prohibitivos —*Gebots- und Verbotsform*—) y la "construcción de reglas"; la función de modificación y de fractura de las reglas jurídicas que desenvuelven ciertos principios; la significación de la positivización de algunos principios, etc. Al término de lo cual se aborda el estudio del complicado temario que suscita la concreción de los principios, del cual pongo de relieve el examen relativo a dos formas bien distintas de concreción: *la especificación* (en supuestos de principios que cumplen una exclusiva función de suministrar criterios de reglamentación (*Masstabfunktion*)) y la *individualización* (para los casos de "principios correctores").

Pero es la segunda parte la que ofrece mayor interés al iusprivatista. Únicamente como botón de muestra ofrecemos aquí algunas de las conclusiones más relevantes a las que arriba Zeller: Tanto la exigencia de la buena fe como la interdicción del abuso de Derecho representan verdaderos "principios generales del Derecho" en el sentido que a este término se ha asignado en la parte general; y ambos —por hallarse "escritos" en el artículo 2 ZGB— constituyen "cláusulas generales", aunque aquí —en estas afirmaciones— se acaban ya las concomitancias. En efecto, el principio de la buena fe es un principio axiomático (preexistente al ordenamiento escrito) que constituye una limitación del libre actuar

humano impuesto por la solidaridad social: es un límite de la *Rechtshandhabung* de cualquier ordenamiento; cosa que no sucede con el principio del abuso del Derecho, cuya única justificación es “positiva” y cuya formulación es altamente técnica.

Por otro lado, el principio de la buena fe es un principio con contenido ético propio: en este sentido la buena fe desempeña una función de parámetro de la reglamentación (*Masstabfunktion*); y habida cuenta que está formulado en términos positivos (*Gebotform*) es una *lex imperfecta*, pues no prevé ni permite una sanción inmediata. A tales efectos, necesita de una “norma de prohibición” que anude las debidas consecuencias jurídicas (sanciones) a los parámetros del principio ético positivo; función ésta que viene a cubrir el *Abs 2* del artículo 2 ZGB (el abuso del Derecho). Por último, me interesa señalar que en relación a su contenido, circunscribe Zeller la buena fe al modelo de la “confianza justificada” (*berechtigten Verlässlichkeit*).

Por lo que al abuso del Derecho concierne, lo primero que se destaca es su distinta función: *función correctora del ordenamiento*, en su doble aspecto: “modificación” y “fractura” de las reglas. Función correctora porque en sí mismo no contiene —en la formulación del ZGB— ningún parámetro de valoración o criterio ético. Tales parámetros o criterios le vendrán dados por los modelos de reglas singulares o de completos grupos normativos (instituciones) o de verdaderos principios éticos (como, por ejemplo, el de la buena fe). Este aspecto del discurso de Zeller —que podría condensarse en la caracterización del abuso del Derecho como “norma de ejecución”— me parece muy atractivo y recuerda algunas teorizaciones de las cláusulas generales como normas de *enforcement* de “principios imperfectos” (en este sentido, por ejemplo, la propuesta de von Bülow en el Derecho alemán en materia de competencia desleal). Y me parece muy aprovechable para un desarrollo progresivo de nuestro artículo 7 del Código civil. Pienso, por ejemplo, que a través de este enfoque se podría canalizar por él la represión de la actividad económica desleal que no cabe en los tipos legales (estrechamente concebidos) y que, sin embargo, constituye abiertamente un ejercicio abusivo del Derecho a la libre iniciativa económica en pugna con principios constitucionales o cuasi-constitucionales de nuestro sistema económico. En suma, aquí se ofrece un esquema teórico para configurar las cláusulas generales como *normas de control* del Derecho privado.

El punto de conexión entre ambos principios (y entre ambos párrafos del artículo 2 ZGB) es el tema siguiente que analiza Zeller y que a estas alturas ya debe estar muy claro: la buena fe suministra al abuso un parámetro de discernimiento y el abuso proporciona a la buena fe su efectiva posibilidad de materialización.

La obra termina con un detallado reconocimiento del proceso de concreción de ambos principios.

4: Esta quiere ser una mera “noticia del libro”. Reservamos para una “nota crítica” ulterior el estudio más detenido de la argumentación aducida por Zeller en defensa de sus aseveraciones y, sobre todo, el enjuiciamiento crítico del trabajo. Enjuiciamiento crítico que —lo decimos

ya desde ahora— tendrá por cometido el poner de relieve ciertas insuficiencias formales de la obra (textura complicada y repeticiones innecesarias); algunas ausencias notables en la selección de las fuentes doctrinales [me refiero, por supuesto, a ciertas contribuciones de la literatura alemana —y así, por ejemplo, personalmente he echado en falta una adecuada discusión y meditación de esa categoría “moderna” de *abuso institucional* o abuso objetivo que señala el ocaso definitivo de las concepciones más tradicionales asociadas a los actos de emulación o a la necesidad del concurso de un *animus nocendi*; la superación, en suma, de la caracterización del abuso por la presencia de *elementos subjetivos del injusto* (cfr. ESSER *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1970, págs. 34 y ss.). El juicio crítico deberá asimismo esclarecer —y ello sin perjuicio de que en general saludemos favorablemente la obra— algunos aspectos relativos al contenido, tales como el deficitario tratamiento de las cláusulas generales de la buena fe y del abuso como vías para la imposición y realización de los principios cardinales de la constitución en las relaciones de Derecho privado o el, a nuestro modo de ver, muy poco satisfactorio estudio del contenido del abuso —que ni siquiera introduce la discusión “alemana” sobre la protección institucional. Estas que cito a título de ejemplo y muchas más son facetas que se echan de menos, aunque quizá haya que disculparlas por el mismo planteamiento general de la obra, cuyo propósito fundamental parece ser, no tanto una investigación analítica de la estructura del ilícito abusivo y de la norma de la buena fe y, por supuesto, tampoco un estudio de todas las ramificaciones de su inabarcable contenido normativo, cuanto un intento de aclarar y precisar el *lenguaje jurídico* nebuloso y de reconstruir los modos de transformación de las proposiciones principales en Derecho del caso. Desde este punto de vista, la obra cobra un valor nuevo y una importancia notable que, desde luego, la hacen merecedora de nuestro positivo juicio.

CÁNDIDO PAZ-ARES