

interés exige la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, sin que ello suponga una invasión del ámbito de decisión propio de la junta, llegando la autora en este punto a unas muy interesantes conclusiones.

En la segunda parte de la obra, y tras un detenido estudio del art. 159.1.b) LSA (es decir, los presupuestos formales a los que la ley somete la válida exclusión del derecho de suscripción preferente), se estudia el órgano competente para adoptar el acuerdo (únicamente puede serlo la junta), los casos de exclusión *ex-lege* del art. 159.2 LSA, y la exclusión del derecho de suscripción preferente establecida en el art. 10.6 del Real Decreto 1197/91, sobre OPAs (donde la autora plantea su posible ilicitud, entre otras razones, por el principio de jerarquía normativa, al suponer una modificación de la LSA de 1989; para encontrarle un apoyo legal acude la autora a la Ley del Mercado de Valores, entendiendo que no es el Decreto el que modifica la Ley de Sociedades Anónimas, sino la Ley del Mercado de Valores es la que realiza tal modificación). Concluye la obra con la supresión del derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles.

En definitiva, se trata de una interesante obra, que combina una especial claridad en el lenguaje con el rigor propio de una seria investigación.

JUAN POZO VILCHES

JESTAZ, Philippe: «Le Droit», 2.^a édition, *Connaissance du Droit*, Editions Dalloz, 1992.

La amabilidad del profesor Philippe Jestaz al dedicarme un ejemplar de la 2.^a edición de su estudio sobre «El Derecho» complace la atención con que he leído este trabajo. En la nota editorial del libro, tan breve como claro y sugerente, se anuncia el propósito del autor, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de París XII, y Director de la Revue Trimestrielle de Droit Civil, de destinarse a todos aquellos que deseen obtener un conocimiento global y explicativo de los avances del pensamiento jurídico más reciente. No deja de ser atrayente tal invitación, aparte la estima personal.

El profesor Jestaz distribuye la materia en torno a la pregunta fundamental ¿qué es el Derecho?, en siete capítulos (en conjunto ocupan la extensión de 123 páginas, incluido el índice alfabético). Dedicamos los primeros capítulos al análisis de los elementos de una definición: unos elementos que llama indispensables y otros «cuasi indispensables», para, ahondando en ellos, adentrarse en el orden jurídico, contenido y límites. Los últimos capítulos versan sobre la técnica del Derecho, los métodos y los objetivos en la búsqueda de explicaciones y soluciones, en las hipótesis en derecho; deja al lector la conclusión personal en torno a los juicios de hecho y de valor; *en y sobre el Derecho* (el Derecho mismo sometido a juicio).

Es, por tanto, mérito indudable del autor expresar la opinión en una breve exposición clara, fina, con humor, perspicaz, de una materia abarcante nada menos que la individualización de lo jurídico: las fronteras entre el derecho y el «no derecho»; los confines entre el Derecho y otros sistemas, densos y difusos; entre ellos la ética social y la ideología.

Con la perspectiva de los elementos *a priori* indispensables para definir el Derecho analiza tres aspectos del orden jurídico: una forma de poder social; fundada en el acuerdo de no recurrir a la fuerza pura; y erigido en

sistema (1). El Derecho como forma de poder social se distingue de otros poderes sociales por la originalidad del poder jurídico: el modo de organizar el funcionamiento de la sociedad civil y la manera de proceder, sin poner el acento en las conductas sino en las vías de Derecho: delimita, atribuye, organiza las reglas. El aparato judicial especifica el orden jurídico respecto de otros sistemas «densos»: político, política jurídica, y «difusos», la moral, la ideología de dicha fuerza socialmente canalizada a comunicación se produce a través de un fenómeno lingüístico: el lenguaje abstracto de la norma, concreto de la decisión, conciso de las reglas, el debate judicial (2); y una referencia moral, ya que la idea de lo justo es un hecho científicamente observable.

Todo Derecho es un sistema, compacto de reglas e instituciones, imbricado con otros sistemas sociales, es decir, un conjunto de elementos interactivos, coherentes.

1.— En realidad este sumario enlaza la idea fundamental con otras parciales, expuestas cada una de ellas ordenadamente según su relación lógica como corresponde al carácter sistemático del Derecho: todo derecho, dice, es un sistema con organización, contenido, técnica, efectos propios.

La idea fundamental descansa en la configuración del Derecho como forma de poder social, que se refleja en los objetivos y procedimiento lo que requiere encontrar la razón última en un acuerdo con las consecuencias de la fuerza inherente a la obligación jurídica, al deber. Esto exige unas manifestaciones externas: el fenómeno lingüístico, la instancia oficial que la recibe, y la referencia interna a una razón —referencia moral— que legitima el desenvolvimiento de lo jurídico.

Emplazado ya el Derecho en su sistema específico se ocupa del orden jurídico; en la vertiente externa, de organización, ordenamiento, e interna, donde se ubican el contenido y efectos propios.

Identificado el derecho puede volver otra vez, sobre el tema: ese derecho que es, cómo se valora; en definitiva, el juicio sobre el Derecho mismo.

No resulta hoy tarea sencilla presentar un diseño abarcante de los elementos de esa «forma de poder social» que caracterizan un sistema de Derecho, aquellos rasgos específicos que permiten distinguirlo de otros sistemas sociales, no tanto porque sea el de Derecho un término indefinible ¡que es el Derecho! sino porque su ámbito se mueve en un contexto de elementos irreductibles a un especial vocabulario. El sentido de los términos orden jurídico, contenido y límites, técnica y jurídica, ciencia jurídica, métodos y objetivos, no agotan la comprensión cabal del Derecho, aunque éstos sean los aspectos más salientes de toda concepción del Derecho.

(1) El Estado de derecho en un cierto grupo social implica que los miembros de éste grupo renuncian a la fuerza para regular sus diferencias. Aceptan en principio la aplicación del derecho, lo que no quiere decir que tienen todas las reglas por justas, ni que renuncian a cambiar el sistema. En su lugar los sujetos de derecho luchan con sus palabras (fenómeno lingüístico), en una instancia oficial y con una sentencia moral: el derecho es inseparable de la justicia.

(2) Las palabras de derecho no sirven para describir sino para hacer, deducir consecuencias particulares, pág. 81.

Con mayor motivo resulta difícil enjuiciar el Derecho ya que todo juicio lleva consigo la identidad, al menos formal, de la causa sujeta a la decisión.

Más difícil todavía tratar de estas cuestiones con claridad y brevemente, que no impide la visión de la realidad como tal realidad y como se representa al jurista: en la expresión del autor, sin resucitar la «quimera racionalista», que sería una insuficiencia del sentido histórico como lo fuera la pretendida universalidad *a priori* de los derechos del hombre o la omnipotencia del consensualismo.

2.— Entre los elementos «cuasi indispensables» figuran el juez, que *dice* el derecho, con deber de independencia, y la regla; ésta cuenta con dos elementos simples: el supuesto y la imputación de una consecuencia. Analiza el autor la estructura, fuentes, los destinatarios de la regla y la «constrainte», medidas coercitivas para reforzar la aplicación que no siempre son necesarias, para obligar a los particulares a respetar el Derecho.

Con estos presupuestos, que resumen el primer capítulo, define el derecho como forma de poder social erigido en sistema, que repudia la fuerza pura y la reemplaza, en el seno de una instancia oficial, por el discurso al sentido lingüístico del término así como por la referencia a la idea de justicia: éste poder supone ordinariamente la institución del juez, la formulación de las reglas y la utilización de una forma socialmente canalizada.

Es preciso distinguir el sistema de derecho de otros vecinos: sistemas sociales, sistema político. No es fácil discernir poder jurídico y político en razón de sus implicaciones. Aún las instituciones específicamente jurídicas son a la vez políticas y económicas. La democracia consiste en encerrar el poder político en los límites del Derecho; pero no en límites muy estrechos, que llevarían al gobierno de los jueces. (Pág. 29).

Las costumbres en todo caso las extrajurídicas (relación entre costumbre-derecho), completan el derecho o le corrigen, se inspiran en él o le inspiran, le preceden o siguen; las *bonnes moeurs* dejan entrever una connotación moral.

Las costumbres garantizan la efectividad de la Ley, como prueba la aplicación espontánea; una ley es más respetada como costumbre. (3) (*iquid leges sine moribus?*). La frontera entre Derecho y costumbre varía según las sociedades y las épocas.

La interacción entre política, costumbres, moral y derecho reaparece en las disposiciones injustas: la idea de lo justo es un hecho jurídicamente observable, y se demuestra la injusticia en los casos particulares. La solución jurídica injusta corresponde a una insuficiente moralización del derecho.

El Derecho con relación a otros sistemas difusos se refleja también en la ideología. Pero ésta tiende a desarrollar sistemas totalizantes. Las relaciones

(3) La costumbre es el mejor intérprete de las Leyes. Una regla consuetudinaria se respeta como tal sin intervención de los tribunales o muy esporádica de aplicación casi espontánea.

entre derecho-política, costumbres, moral, componen la base argumental del capítulo 2.^o («Droit et autres systemes sociaux»).

En el marco del contenido del Derecho se inscribe la perspectiva jurídica del libro, para dar una razón convincente de la simpleza de los intentos racionalistas que eluden lo que se puede ver de otra manera; los sistemas de Derecho en los grandes sistemas contemporáneos, familias jurídicas, y los particularismos; el libro se detiene en los arquetipos, nociones primordiales, lenguaje común en torno a la persona y familia, contrato y propiedad.

La vida jurídica y el «no derecho», como el aquende y el allende, son el sector de la vida social donde el derecho se aplica o no penetra.

Familia y domicilio cubren en buena parte espacios de «no derecho», pero hay otros campos como los regidos por las costumbres y situaciones de *amicitia* (4).

Entre los instrumentos de la técnica jurídica —capítulo 5— estudia el profesor Jestaz el lenguaje jurídico: las palabras de Derecho; el carácter funcional de los conceptos jurídicos y el razonamiento jurídico, con referencia a la lógica funcional y formal y los tipos de razonamiento; las construcciones jurídicas, con especial atención a las teorías y ficciones.

Las construcciones jurídicas se asientan en las teorías, ficciones y presunciones. La ficción es una variante de teoría que reposa una denegación deliberada de la realidad. La ficción más típica puede ser la retroactividad, que consiste en remontar el tiempo, lo que sólo es posible en el pensamiento.

Entre las misiones de la técnica jurídica, expuestas en el cap. 6, figuran estructurar la realidad social, racionalizar el sistema jurídico y adaptarlo a las necesidades; la estructuración procede por calificación: poner etiqueta a los hombres, a los actos y a las cosas; corresponde a la racionalización resolver las inevitables contradicciones del sistema, y a la adaptación aplicarla a las realidades nuevas. Entre todas ellas, la misión principal es traducir los hechos en lenguaje jurídico, al servicio de los fines que le asigna el poder social.

También tienen los recursos técnicos «efectos perversos», tales como la deformación, la ocultación y la rigidez, teorías inadaptadas, conceptos oscuros, ficciones inútiles.

La búsqueda de metodos y objetivos enlaza con el carácter científico del Derecho. Con relación al método, rechaza el idealismo —la «quimera racionalista»— y se centra en un método fundado en la observación del fenómeno social y el análisis del derecho como realidad propia. La elaboración de las soluciones jurídicas supone el conocimiento de los hechos. El Derecho es una realidad propia que permite con su conocimiento encontrar una buena solución de justicia, a la vez coherente y escrupulosa.

(4) El «no derecho» se caracteriza por las actividades que no son conformes, ni contrarias al derecho, sino exteriores a él. Y si el poder jurídico no interviene es porque estas actividades no presentan peligro social, p. 75. Si el derecho penetrara en todo el sistema vendría totalitario: la salud de una sociedad postula una dosis juiciosa de no derecho.

La hipótesis entre los objetivos de la ciencia del derecho toma la forma inicial de explicaciones y soluciones, en suma, las teorías, que son necesarias para comprender la innovación y hacer de ellas una juiciosa aplicación.

El quehacer del jurista consiste en encontrar soluciones para paliar el silencio, oscuridad e inadaptación de la ley. (5)

Entre las hipótesis «desafortunadas» sobre el Derecho, reprueba el determinismo: entender el Derecho es producto resultado de diferentes fuerzas sociales: antes bien la fuerza obligatoria se apoya en la fuerza de las cosas; y en la correlación entre sistema socio-económico y sistema jurídico: incluso la rutina, la inercia, el conformismo aseguran la supervivencia de ciertas reglas.

Finalmente, el capítulo 7 vuelve otra vez al tema para la conclusión sobre el juicio de hecho —el objeto observado—, y juicio de valor —crítica o elogio—, la respuesta a las preguntas fundamentales ¿existe el derecho? ¿qué es el derecho? ¿valor supremo o mal necesario? ¿instrumento favorable? ¿desfavorable?

La verdadera cuestión es saber si es mejor el Derecho que la ausencia de Derecho. Se puede formular como pregunta y dejar a cada uno libre en la respuesta.

Las concepciones del Derecho oscilan, desde un punto de vista global, entre si es un valor supremo o mal necesario. En definitiva, las relaciones entre contenido y forma.

El contenido —la justicia espontánea— y forma: una forma sin contenido no asegura la justicia, pero ésta no se reduce a «reglamentación»: la multiplicidad de soluciones se detalle.

La claridad es pensar con acierto, cosa que el profesor Jestaz logra en todo momento presentando la interacción de los distintos y opuestos: la vida social y la vida jurídica; política y derecho; moral y derecho; política y costumbres; moral e ideología (p. 36); sistemas jurídicos y sistemas sociales (p. 25); reglas que tienen y que no tienen carácter jurídico (p. 19).

Esta vía de análisis permite la delimitación del orden jurídico a partir de la estructura social, que enriquece la perspectiva estatalista del Derecho pero con merma de su exclusiva primacía: el Estado abierto a otros órdenes pre-nacionales y transnacionales, lo que incide en la cabal comprensión del «cuerpo jurídico», donde encuentran su lugar las fuentes: ley, costumbre, y sus complementos, modalidades intermedias: jurisprudencia, doctrina. (6)

(5) El arte del jurista se plasma en encontrar criterios, clasificar soluciones, descubrir las contradicciones del sistema. (Pág. 87).

(6) El Estado no es necesariamente el autor de todo el Derecho que se aplica; los Estados son más o menos «importadores» de Derecho. Los grandes feudatarios de nuestro tiempo, bancos, sindicatos, grupos de sociedades se dotan de un poder disciplinario.

En definitiva, este libro ayuda a entender al *jurista* la razón del *déclin du droit*, pero, sobre todo, apunta la dirección que debe tomar *le progrès du droit*, al menos guía el itinerario que sigue en la actualidad.

Salpimentan la exposición las instituciones civiles: contrato, propiedad, familia, herencia, con su particular reflejo en las costumbres, economía, jurisprudencia, lo que denota la especialidad del autor.

Este no es sin embargo un libro sobre materias propias de Derecho Civil, ni por su cometido ni por sus observaciones, que encaminan también otros campos: la crítica de encerrar el poder político en límites jurídicos muy estrechos; la politización de la justicia preludio de la politización del Derecho; no sacrificar la justicia a la eficacia; el juicio desfavorable a los sistemas jurídicos que erigen en principio de legislación la sumisión total a una ideología, sistema que deviene entonces oficial; la aculturación jurídica y el abandono de la ilusión de un modelo universal.

JOSÉ ANTONIO DORAL

Catedrático de Derecho Civil

HUCHA CELADOR, Fernando de la: «Introducción al régimen jurídico de las Haciendas forales», Ed. Cívitas/La Caixa, Madrid, 1995, págs. 147.

1. Abordar el estudio de los ordenamientos forales encierra el peligro de caer en posiciones sentimentales y condicionamientos políticos dejando en un segundo plano los aspectos jurídicos. No se ha incurrido en estos errores en la obra que comentamos. El autor se enfrenta con impecable técnica jurídica al intrincado, en ocasiones por desconocido, sistema tributario de Alava, Guipúzcoa, Vizcaya y de Navarra. Partiendo de la Constitución de 1978, el Estatuto de Autonomía del País Vasco y la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, esta monografía intenta explicar los principios básicos del régimen tributario específico de los territorios forales, deducibles del Concierto vasco de 1981 y del Convenio navarro de 1990. La novedad y el interés dogmático de la obra, no sólo para el tributarista sino también para el iusprivatista, reside en que el análisis se centra no en las cuestiones en torno al cupo a pagar al Estado por las Comunidades Forales —como es común entre los trabajos doctrinales que tratan el tema— sino en los criterios de armonización entre el régimen común y el foral. Criterios que el legislador extrae, en numerosas ocasiones, de instituciones jurídico privadas forales.

2. El trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero —«La posición de las Haciendas Forales en el sistema constitucional»— el autor sienta las bases sobre las que se desarrolla el estudio. Parte, para ello, del reconocimiento constitucional de los derechos históricos y establece las diferencias jurídicas existentes entre los regímenes del País Vasco y Navarra que justifican su análisis por separado en los dos siguientes capítulos.

Visto el sencillo esquema de la obra, analizamos el contenido de la misma destacando y contrastando alguna de las opiniones del autor.