

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

EL ANUARIO no se solidariza con las
opiniones sostenidas por los autores de
los originales publicados.



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

Matrimonios mixtos

TOMAS G. BARBERENA
Universidad Pontificia de Salamanca

SUMARIO: I. Competencia de la Iglesia en el matrimonio.—1. Indicación histórica.—2. El canon 1.016.—3. Competencia en los efectos civiles del matrimonio.—4. Competencia de la Iglesia en el matrimonio de los bautizados.—5. Competencia en el matrimonio de los infieles.—II. Régimen canónico del matrimonio mixto.—6. Concepto de matrimonio mixto.—a) Impedimento de disparidad de cultos.—7. Idea de la disparidad de cultos.—8. Origen de este impedimento.—9. El bautismo de la parte fiel.—10. La fórmula «bautizado en la Iglesia católica».—11. Bautismos dudosos.—b) Impedimento de religión mixta.—14. Efectos del matrimonio contraído con impedimento de religión mixta.—c) Garantías previas para la dispensa de estos impedimentos.—15. Garantías que se exigen al contrayente infiel.—16. Garantías que da la parte católica.—17. Forma de prestarlas.—18. Seriedad y sinceridad en los compromisos.—III. Regulación civil del matrimonio mixto.—19. La prueba de la acatolicidad.—20. Críticas del sistema.—IV. Cómo concordar las leyes civiles con las canónicas.—21. Posibilidad de concordia de las leyes sobre matrimonios mixtos mediante la regulación civil de la forma.—22. Determinación legal concreta de los casos en los que el matrimonio mixto puede legalmente permitirse.—23. Inutilidad de la declaración jurada.—24. La intervención de la Iglesia en la determinación de la forma.—25. Evitación de términos canónicos en la ley civil.—26. Bases para el estudio de una fórmula de concordia.

I. COMPETENCIA DE LA IGLESIA EN EL MATRIMONIO

1. Antes de referirnos directamente al objeto que es el tema de este artículo, parece oportuno indicar de la manera más breve posible la doctrina canónica acerca de la potestad por la que se rigen los matrimonios.

Conviene que haya herejías, dijo San Pablo (1). Como en tantas otras ocasiones, en el asunto de la competencia de la Iglesia sobre los matrimonios, han sido la herejía protestante y más tarde el regalismo las razones ocasionales que han provocado la determinación histórica y legal de esa competencia.

Cuando el concilio de Trento deliberó sobre asuntos matrimoniales, no había Estados que alegaran derechos a regular en su

(1) 1 Cor. II, 19.

legislación la institución matrimonial. De tales pretensiones sólo hallamos en esa época insinuaciones ligeras en forma de esfuerzos para que el Derecho canónico aceptara los puntos de vista de los Estados. El concilio no tuvo necesidad de reivindicar detalladamente los derechos de la Iglesia, como tres siglos más tarde habían de hacerlo Pío IX y León XIII. El canon 12 de la sesión XXIV definió que las causas matrimoniales pertenecen a los Jueces eclesiásticos (2). Pero nada estableció sobre aquellos matrimonios en los que uno de los contrayentes es infiel.

2. Los redactores del *Codex Iuris Canonici* tuvieron en cuenta la abundante literatura pontificia del siglo pasado y principios del presente referente al tema de la competencia matrimonial y pusieron un canon para definir los derechos de la Iglesia. «El matrimonio de los bautizados, dice el canon 1.016, se rige no sólo por el Derecho divino, sino además, por el canónico, salvo la competencia del poder civil sobre los efectos meramente civiles del matrimonio». También la competencia procesal quedó bien sentada en el *Codex* no sólo como norma general para las causas espirituales y anejas a las espirituales (c. 1.553, § 1.º, núm. 1), sino explícitamente en el canon 1.960 que repite el aludido canon tridentino (3).

3. Los efectos «meramente civiles» quedan fuera de la competencia eclesiástica, según el texto del canon copiado. La doctrina canónica distingue entre efectos separables e inseparables del matrimonio. Los primeros se consideran como una prolongación natural y necesaria del matrimonio mismo, por lo cual el legislador no puede desconocerlos ni negarlos a un matrimonio canónicamente constituido, ya que ello equivaldría a negar prácticamente el matrimonio sacramental, cuyo régimen corresponde a la Iglesia, o al menos sería tanto como ponerlo en imposibilidad práctica de viabilidad. Tales son los derechos recíprocos y deberes de los cónyuges, la legitimidad de los hijos, los derechos esenciales de la patria potestad y las obligaciones fundamentales de los hijos para con sus padres. La obligación del Estado de reconocer en su ordenamiento el matrimonio canónico y de negarlo cuando la Iglesia declara la nulidad de un matrimonio, lleva consigo la obligación de reconocer los efectos civiles inseparables, pues sería ilusorio un matrimonio en el que tales efectos quedarán sin protección civil lo mismo que una declaración de nulidad emanada de los órganos jurisdiccionales de la Iglesia si la ley civil continuara amparando tales matrimonios y reconociendo sus efectos como si el matrimonio existiera todavía.

(2) DENZINGER: *Enchiridion symbolorum*, núm. 982.

(3) Sin hablar de los numerosos textos pontificios sobre la materia y refiriéndonos al orden puramente legal, cfr. Reglas sobre matrimonios ratos y no consumados dadas por la Sagrada Congregación de Sacramentos, 7 mayo 1923, artículo I; AAS. 15 (1923), 389; y las Normas dadas por la misma Sagrada Congregación en 15 agosto 1936, AAS 23 (1936), 313, art. 1, § 1, en la que, después de copiar el can. 1.960 del *Codex*, añade: «Dígase lo mismo si sólo una de las partes está bautizada.»

Los «efectos meramente civiles» a que alude el canon 1.016 vienen a coincidir con lo que la doctrina antigua canónica designaba con la fórmula «efectos separables», los cuales son de naturaleza patrimonial, aunque es de advertir que no todos los efectos patrimoniales pertenecen sin más discriminación a la categoría de efectos separables (4).

La Iglesia reconoce la competencia del Estado acerca de estos últimos efectos que hemos llamado separables. En cuanto a los inseparables, son de la competencia eclesiástica. Con respecto a ellos el Estado puede dar disposiciones complementarias que nunca deberán estar en contraste con las de la Iglesia y puede sancionar civilmente las normas contenidas en el Derecho canónico (5).

Los aspectos fundamentales del matrimonio de los bautizados son de la competencia de la Iglesia. Nace esta competencia del carácter sacramental de tales uniones; este carácter sacramental va unido indisolublemente al contrato matrimonial siempre que ambos contrayentes sean bautizados, en cuyo caso «no puede haber contrato matrimonial que no sea a la vez sacramento» (c. 1.012). Si una de las partes contrayentes no ha recibido el bautismo, es claro que para ésta el matrimonio no puede ser sacramental porque sólo los bautizados pueden recibir válidamente un sacramento. Los escritores discuten sobre si ese matrimonio será sacramento para la parte bautizada (6). No vamos a discutir aquí ese tema que consideramos inútil en orden a la determinación de la competencia so-

(4) No es fácil determinar prácticamente los efectos *mere civiles* sobre una base tan movедiza como su separabilidad o inseparabilidad del matrimonio del que derivan. En realidad, no hay efecto que no sea separable, lo mismo en el orden lógico que en el legal. Los canonistas explican que, mientras el *ius in corpus* es el objeto formal y esencial del contrato en el que consiste el matrimonio, la comunidad de lecho, de mesa y de habitación, efectos sin duda inseparables en primer grado, constituyen solamente la integridad del matrimonio, pero no su esencia, de modo que pueden faltar en el matrimonio de conciencia (v. GASPARRI: *Tract. can. de matrimonio*, I, pág. 15 ss. y II, págs. 85 y 189). Una decisión rotal *Corom Julien* de 1929 recuerda esta separabilidad esencial deduciendo de ella que quien demuestra que no ha deseado jamás cohabitar con tal mujer, no prueba con ello haber simulado el consentimiento matrimonial. (*Deciss. seu sentent.* vol. XXI, pág. 305). No hay que olvidar que, dentro del sistema del *Codex* es posible un matrimonio entre quienes ni siquiera se conocen ni se conocerán nunca; ver sobre esto JEMOLO: *Il matrimonio nel diritto canonico*. Milán, 1941, pág. 76.

Prácticamente, la Iglesia ha determinado el ámbito de su competencia en su cuerpo de leyes, por lo cual, en el orden concreto, diríamos que son efectos meramente civiles aquellos que, no existiendo en el *Codex*, consten en la legislación civil, supuesta la licitud y honestidad de esos efectos.

(5) Los efectos *mere civiles* no pertenecen totalmente y sin distinción a la competencia civil. Entre ellos los hay de derecho natural, por ejemplo, la sucesión de los hijos «ab intestato»; el Estado puede regular esos efectos, mas no suprimirlos. En general, el Estado legisla sobre efectos civiles, pero teniendo en cuenta la validez natural o canónica de las uniones matrimoniales; no podría, por ejemplo, discriminar arbitrariamente los matrimonios y conceder efectos meramente civiles a los matrimonios civiles y no a los canónicos. Cfr. CAPPELLO: *De matrimonio*, ed. V, núm. 71, 4.º

(6) E. F. REGATILLO: *Ius Sacramentarium*, vol. I, 1946, núm. 119, donde

bre el matrimonio. En efecto, aun aceptando la teoría, que nosotros personalmente compartimos, negadora de la sacramentalidad de los matrimonios, en los cuales sólo uno de los contrayentes está bautizado, todos los canonistas admiten de consuno que la Iglesia tiene el derecho y el deber de regular esos matrimonios y de sustraerlos a la acción legisladora del Estado, no solamente en virtud de la subordinación del bautizado al ordenamiento canónico, sino además, por la potestad que la Iglesia reivindica sobre las cosas sagradas y religiosas aunque no sean sacramentos propiamente hablando (7).

Pertenece, pues, a la competencia de la Iglesia todo lo tocante a la capacidad de los contrayentes, los impedimentos, los preliminares a la celebración, la forma de otorgar el consentimiento, la regulación de la vida del vínculo constituido, las cualidades del consentimiento y los vicios que impidan la formación del vínculo, etc. En estas leyes la Iglesia dicta a veces normas positivas, pero en buen número de otras se trata de ilustraciones o declaraciones del derecho natural.

5. Los infieles no están sujetos al ordenamiento canónico (canon 12). Con relación a los matrimonios en los que ambas partes son infieles, la doctrina canónica admite que el Estado es competente para regirlos en virtud del poder civil del Estado de ejercitar ante los no bautizados «*curam religionis naturalis*», o, como explican otros escritores, en virtud de una «*potestas devoluta*», en el sentido de que, aunque la materia matrimonial sea por su naturaleza una cosa sagrada, incluso cuando se trata de infieles, y debe, por tanto, pertenecer a un poder religioso, sin embargo, como la Iglesia católica es la única potestad religiosa legítima que en el mundo existe, el Estado debe, mirando al bien público, dictar leyes matrimoniales y exigir su cumplimiento. Si esos matrimonios se han celebrado con ritos religiosos paganos, la Iglesia considera, en general, tales ritos y leyes religiosas como derecho territorial, y trata esos matrimonios como contraídos bajo las legislaciones civiles, que mientras no haya razones en contrario se presumen válidas (8). Esta competencia civil es total y se extiende incluso a establecer impedimentos dirimentes; con todo, la doctrina canónica exige que esas leyes sean justas y «*rationalis*»; así, el impedimento de disparidad de cultos impuesto por una autoridad secu-

— pueden verse refutadas las razones de quienes sostienen la sacramentalidad del matrimonio en el que sólo uno de los contrayentes está bautizado.

(7) «Teniendo el matrimonio a Dios por autor, y habiendo sido desde el principio sombra y figura de la encarnación del Verbo Divino, por eso mismo tiene un carácter sagrado, no adventicio, sino ingénito; no recibido de los hombres, sino impreso por la misma naturaleza. Por eso nuestros predecesores Inocencio III y Honorio III no injusta ni temerariamente pudieron afirmar que el sacramento existe entre fieles e infieles.» León XIII: *Encíclica Arcanum*, núm. 11 (trad. de la Acción Católica, pág. 569).

(8) La Santa Sede da por supuesta en sus respuestas para los países de misión la competencia civil en los matrimonios de infieles; Cfr. WERNZ-VIDAL: *De matrimonio*, ed. 2, Roma, 1928, núm. 73.

lar pagana sería—dicen los canonistas—«irrationabilis». En cambio, la doctrina niega en todo caso al poder civil la facultad de establecer el divorcio vincular como opuesto que es al Derecho divino, y esto aunque se trate de matrimonios ratos y no consumados, porque el Papa, al anular esos matrimonios, no lo hace en virtud de su preeminencia jerárquica jurisdiccional, sino ejercitando la potestad de Vicario de Cristo, condición que en ningún caso puede ostentar autoridad civil alguna.

II. RÉGIMEN CANÓNICO DEL MATRIMONIO MIXTO

6. Matrimonio mixto es el contraído por persona católica con otra que no lo es. La Iglesia se ha opuesto siempre a estos matrimonios porque las diferencias religiosas son un grave obstáculo a la unión y caridad mutua de los esposos y por la influencia perjudicial que la parte no católica puede ejercer sobre el cónyuge católico y principalmente sobre los hijos. Para proteger ese interés religioso de la parte católica y de la prole, el Derecho canónico ha opuesto a los matrimonios mixtos dos impedimentos: uno, dirimente o anulador del acto y otro, impediendo, o sea, meramente prohibitivo, pero sin fuerza irritante (el Derecho canónico, a diferencia del art. 4.º del Código civil español, admite la validez de los actos puestos contra la ley, mientras ésta no establezca la nulidad de un modo expreso o equivalente). El primero de esos dos impedimentos anula el matrimonio celebrado entre un católico y un infiel; es decir, no bautizado. El segundo prohíbe a los católicos casarse con bautizados acatólicos (cc. 1.070 y 1.060). Matrimonio mixto es, pues, el contraído con dispensa de alguna de las dos leyes contenidas en los cánones 1.060 ó 1.070.

a) *Impedimento de disparidad de cultos* (c. 1.070)

7. La disparidad de cultos existe entre una persona no bautizada y otra que lo está, sea pagana, mahometana, israelita, atea o simplemente catecúmena; es decir, en período de instrucción previa al bautismo de agua o sacramental, único del que aquí se trata (9).

8. San Pablo prohibió a los corintios casarse con los infieles. «No os unáis en yunta desigual con los infieles... ¿Qué parte hay del creyente con el infiel? ¿Qué consorcio entre el templo de Dios y los ídolos (10)? Por eso, entre los autores antiguos había bastantes que atribuían al Derecho divino la fuerza dirimente del impe-

(9) La Teología distingue el bautismo de agua o sacramental del de sangre (martirio) y del de *flumen* o deseo. Estos dos últimos bautismos tienen efectos teológicos, pero no jurídicos.

(10) 2 Cor. 6, 14 ss.

dimento. Otros, aun entre los modernos, piensan que el impedimento es prohibente por derecho divino y dirimente por derecho eclesiástico. La doctrina actual predominante ve en el impedimento una ley meramente eclesiástica, aunque apoyada en motivos de derecho divino; es decir, el peligro de perversión religiosa para el cónyuge católico y para la prole. Cuando ese peligro sea claro y grave, la prohibición nace, según creemos, del derecho divino, y urgiría, aunque la Iglesia no hubiese legislado, pero se trataría de una obligación moral destituida de sanciones jurídicas.

Históricamente el impedimento tiene precedentes tan antiguos como numerosos, entre los que se puede señalar a Tertuliano (11), San Ambrosio (12), San Agustín (13) y el Concilio de Arlés (a. 314) (14). Pero como ley general de la Iglesia fué introducido por costumbre, según enseña Benedicto XIV (15), y antes del *Codex* no había ley escrita que estableciera el impedimento para toda la Iglesia.

9. La fórmula del canon 1.070 exige en la parte fiel (16) que esté bautizada en la Iglesia católica o que se haya convertido a ella de la herejía o del cisma. Si después de bautizado en la Iglesia católica o después de haberse convertido a ella apostatare, el impedimento sigue existiendo; norma fácilmente comprensible si se considera que en caso contrario los fieles escaparían a las exigencias del ordenamiento canónico por el hecho de su apostasia y su condición, dentro de ese ordenamiento, sería más favorable que la de aquellos que cumplen sus obligaciones de fieles súbditos de la Iglesia.

10. La ley emplea la fórmula «bautizado en la Iglesia católica». De suyo, todo bautismo es de la Iglesia católica y anexiona a ella a quien lo recibe, haciéndolo súbdito del ordenamiento canónico. Cristo instituyó un solo bautismo, una sola fe y una sola Iglesia (17). La fórmula «bautizado en la Iglesia católica» tiene un sentido algo arbitrario y teológicamente incorrecto. El Derecho canónico se pone en la realidad de los hechos, y suponiendo, sin prejuzgar nada teológicamente, la existencia de Iglesias y sectas organizadas distintas de la Iglesia católica, las cuales administran también el bautismo, acepta en su legislación la diversidad real de bautismos existentes y les atribuye en su ordenamiento efectos jurídicos distintos. Por lo cual, dice Vlaming-Bender (18), el cri-

(11) *Ad uxorem* II, c. 1-3; PL 1290-93.

(12) *Epistola ad Vigilium*, PL 16, 984 ss.

(13) *De coniugiis adulterinis*, I, 21 y 25; PL 40, 465 ss. y 468 ss.

(14) Canon 11, cfr. HEFELE I, S. 211.

(15) *Epistola Singulari Nobis* de 9 de febrero 1747, §§ 9-10; cfr. GASPARRI: *Fonnes*, núm. 394 (vol. II, pág. 195).

(16) Así la llamamos convencionalmente, para distinguirla de la parte no bautizada, pero es claro que no es necesario que tenga fe, sino sólo el bautismo que reúna las condiciones de la ley.

(17) Concilio Tridentino, sesión VII de *baptismo*, cann. 7 y 8; cfr. DENZINGER: *Obra citada*, núm. 863 ss.

(18) *Praelectiones Iuris matrimonialis*, ed. 4.ª, 1950, pág. 206.

terio de distinción de los distintos bautismos no puede ser el bautismo mismo, que forzosamente es siempre uno y de idénticos efectos, sino algo extrínseco al bautismo. Éste algo elegido por el derecho para discriminar los efectos jurídicos de los diversos bautismos es la intención del que recibe el bautismo, y si éste es incapaz de actos voluntarios, la intención de otra persona que quiera por él; normalmente esa persona será el que lo lleva a bautizar y, en su defecto, el que administra el bautismo. Según esto:

a) Los adultos, es decir, los que tienen uso de razón (19), quedan por el bautismo adscritos a la confesión religiosa que desean. Si quieren hacerse católicos, quedan vinculados a la Iglesia católica, aunque el Ministro sea protestante, y al revés. Pero si hay duda de su intención, la Iglesia a la que queden adscritos resultará determinada por el rito del ministro (20).

b) Los párvulos, es decir, los que carecen de uso de razón (c. 88, § 3.º), cualquiera que sea su edad (21), quedarán agregados a la Iglesia que desean sus padres o representantes legales, la cual será normalmente la de los mismos padres o representantes. Y si no desean ninguna confesión especial o se ignora ésta, prevalece la ley del rito, por lo cual el bautizado pertenecerá a la Iglesia del bautizante.

c) El canon 750 sanciona dos excepciones a estas reglas, correspondientes a los dos casos en los que un católico puede bautizar a un infante hijo de acatólicos: 1.º, cuando se trata de un moribundo (§ 1.º), y 2.º, cuando los padres han perdido el derecho sobre el hijo o se encuentran en la imposibilidad de ejercitarlo, con tal de que esté asegurada su educación católica (§ 2.º, núm. 2). Los niños Finally, que tanto que hablar dieron hace unos meses, se hallaban en este caso. En tales circunstancias prevalece la Ley canónica sobre la intención de sus padres o lugartenientes y el infante queda bautizado en la Iglesia católica.

d) Los bautizados ilegítimamente por un ministro católico, con violación de los cánones 750 y 751, sólo quedarán adscritos a la Iglesia católica si después se les educa en católico. Pero en el caso de que no reciban posteriormente educación católica, los escritores más autorizados piensan que no les alcanza el impedimento, a pesar de los esfuerzos de otros como BUYS en probar lo contrario (22). Se trata de un punto en el cual el derecho es dudoso, por lo cual, con arreglo a las normas canónicas (c. 15), se les trata como libres de impedimento, al menos si los padres del infante católico no han tenido parte en su presentación al ministro católico para que lo bautice.

e) La Comisión de Intérpretes resolvió, de acuerdo con las re-

(19) Can. 745, § 2. n. 2.

(20) CAPPELLO: *Obra citada*, pág. 401.

(21) Can. 745, § 2, n. 1.

(22) Cfr. *De impedimentis matrimonialibus pro acatholicis baptizatis*, en «Periodica» 36 (1947), 200 ss.

glas anteriores, el 29 de abril de 1940, que los bautizados en la Iglesia católica están sujetos al impedimento de disparidad de cultos, aunque nacidos de acatólicos y no educados en católico (23).

Con lo dicho no quedan resueltos todos los casos posibles. Cuando se presentaran, habría que pedir solución al Santo Oficio, que es la Congregación romana competente en la materia (canon 247, § 3).

11. Se dan casos de bautismo dudoso. Puede ocurrir que la duda verse sobre el hecho del bautismo (hay sectas protestantes que lo administran sólo a los adultos o lo dejan a la devoción privada), o sobre su validez. La duda se puede presentar en dos momentos: antes o después de contraer el acto del matrimonio. El tratamiento jurídico de estos dos actos es distinto.

a) El primer caso tendrá lugar cuando un fiel desea contraer matrimonio con otra persona dudosamente bautizada (en la Iglesia católica) y se desea saber si puede permitírseles el matrimonio. La solución será administrar el bautismo bajo condición si está dispuesto a recibirlo; si no lo está, la parte fiel habrá de pedir una dispensa cautelar del impedimento con el fin de evitar futuras demandas de nulidad del matrimonio. La doctrina mantiene el principio de que un bautismo se considera como válido en orden a la existencia del impedimento siempre que, examinado el caso, no se ve modo de salir de la duda o también cuando es imposible hacer averiguaciones (24).

b) Si la duda del bautismo se presenta después de contraído el matrimonio, prevalece la presunción en favor del matrimonio establecida en el canon 1.014, por lo cual, como expresamente establece el canon 1.070, § 2, el matrimonio se considerará jurídicamente como válido, mientras no conste claramente de que una de las partes está bautizada en la Iglesia católica o convertida a ella de la herejía o del cisma y que la otra no está bautizada (25). Esta certeza se logrará mediante un maduro examen del caso, para lo cual el superior competente debe guiarse por las instrucciones que el Santo Oficio tiene dadas sobre la materia (26), al cual habrá de recurrir en los casos dudosos y atenerse a sus decisiones (27).

(23) AAS 32 (1940), 212.

(24) CAPPELLO: *Obra citada* núm. 418. Subrayamos «en orden al impedimento matrimonial», ya que en orden a su salvación tendrá que bautizarse *sub conditione*. La razón de esta diferencia está en que la Iglesia puede dispensar del impedimento, puesto que ella lo ha constituido, pero no puede suplir el valor del bautismo que ha sido instituido por el Cristo, fundador de la Iglesia y superior a ella.

(25) Creemos con VLAMING: (*Praelectiones iuris matrim.* ed. III, vol. I, núm. 291 b) que así hay que leer el § 2 del can. 1.070 para acordarlo con el § 1 del mismo canon, teniendo en cuenta el cambio introducido por el *Codex* en el impedimento de disparidad de cultos.

(26) 7 julio 1880; 1 agosto 1883.

(27) Sobre la práctica en los países de misión cfr. VROMANT: *Ius Missionariorum de matrimonio*. Bruselas, 1952, pág. 86.

b) *Impedimento de religión mixta*

12. La prohibición de matrimonios con herejes y cismáticos es norma antiquísima de la Iglesia y de ella tenemos documentos inequívocos pertenecientes a los primeros siglos. De los concilios españoles pueden citarse el Iliberitano, celebrado hacia el año 306; «Haeretici si se transferre noluerint ad Ecclesiam Catholicam, nec ipsis catholicas dandas esse puellas...; si contra interdictum fecerint parentes, abstineri per quinquenium placet» (28). León XIII en su Encíclica «Arcanum» resumía de este modo las razones del impedimento con las siguientes palabras: «También debe evitarse contraer matrimonio con personas que no son católicas, pues apenas es posible la paz entre esposos que disienten en materia de religión. Semejantes matrimonios deben evitarse con sumo cuidado, principalmente porque dan ocasión a juntarse y comunicarse en cosas sagradas con quien no es lícito; crean un peligro a la religión del cónyuge católico; sirven de impedimento a la buena educación de los hijos e inclinan frecuentemente los ánimos a medir por un rasero todas las religiones, olvidando la diferencia que hay entre lo falso y lo verdadero» (29).

13. La ley canónica expresa la prohibición de este impedimento de un modo enfático: «Severissime ubique Ecclesia prohibet», advirtiendo, además, que si existe peligro de perversión para el cónyuge católico y para la prole, la prohibición de matrimonio mixto es de derecho divino (c. 1.060).

El impedimento existe siempre que uno de los dos contrayentes sea católico y el otro este inscrito en una secta herética o cismática. No parece necesario que la inscripción se haga materialmente en los registros de la secta, bastando la profesión pública y la asistencia habitual a las reuniones culturales de aquélla. Por la parte fiel, basta su actual adscripción a la Iglesia católica, aunque se trate de un católico tibio y poco practicante; por la parte infiel, es necesaria la adscripción real o equivalente a una secta determinada sin que baste la apostasía ni la herejía interna ni el dar su nombre a sociedades condenadas por la Iglesia, por más que estas uniones están también prohibidas, aunque sin carácter de ley de impedimento (c. 1.065). Se requiere, además, en ambos contrayentes, el bautismo válido, nota que diferencia este impedimento del de disparidad de cultos arriba descrito, ya que en este último una de las partes no está bautizada. De ahí su nombre de disparidad imperfecta de cultos, término con que también se le conoce. Por lo cual, si una parte es católica y la otra era también católica,

(28) HEFELE: I, S. 134; v. el can. 14 del Concilio de Calcedonia en el mismo HEFELE: II, S. 499.

(29) *Encíclica Arcanum*, núm. 28. Trad. de la Colección de la Acción Católica, Madrid, 1942, pág. 580.

pero apostató de la fe sin inscribirse en secta ninguna, el impedimento *canónico* no existe (30).

14. El impedimento no es dirimente sino sólo prohibitivo, por lo cual el matrimonio contraído con él no carece de validez. Pero la prohibición afecta a los contrayentes no sólo en el orden moral, sino que tiene efectos jurídicos para ellos, principalmente penales (c. 2.375), aparte de las sanciones canónicas aplicables al párraco que autorizase esos matrimonios sin la correspondiente autorización y dispensa.

Lo que hemos dicho arriba sobre bautismos dudosos es aplicable también en general para este impedimento de religión mixta.

c) *Garantías previas para la dispensa del impedimento de matrimonio mixto*

15. El canon 1.061, aplicable a ambas formas de matrimonio mixto, exige ciertas garantías a los que pidan dispensa de él para casarse (31). La parte no católica se ha de comprometer a respetar plenamente la libertad religiosa de la parte fiel, permitiéndose el ejercicio del culto católico y de las demás obligaciones que como católico tiene; y sobre todo a no hacer nada para que abandone la Iglesia católica. Además tiene que garantizar el bautismo católico y la educación católica de todos los hijos que tengan. La Iglesia no acepta los convenios que en ciertas partes se usan de educar los hijos en la religión del padre y las hijas en la de la madre u otros compromisos semejantes. Las exigencias del canon se refieren a toda prole futura, no a la que eventualmente existiera anterior al matrimonio (*de universa prole catholice tantum baptizanda et educanda*).

16. La parte católica sólo se compromete, como es lógico, al bautismo católico y a la educación católica de toda prole. Antes del Código tenía que comprometerse además a procurar la conversión de su cónyuge. Hoy esta garantía está suprimida, pero ha quedado en el Código como una advertencia hecha a la parte fiel recordándole su obligación grave de caridad de procurar dicha conversión de un modo prudente (c. 1.062).

17. Las garantías de que habla el canon no son, como se comprende, meramente rituales. El canon 1.061, § 1, núm. 3, advierte que para pedir la dispensa ha de existir certeza moral no sólo de que las garantías son sinceras, sino de que existen toda clase de razones para prever que se cumplirán. Mirando a este efecto, quie-

(30) CAPPELLO: *Obra citada*, núm. 306 c.

(31) Nos referimos al impedimento canónico, puesto que, como hemos indicado, cuando el peligro de pervisión de la parte católica o de la prole es real, el matrimonio está prohibido por ley divina. Esta prohibición, de naturaleza más bien moral que jurídica, persiste aunque se presten las garantías legales y cesa solamente cuando deja de existir el peligro mencionado y la parte católica acepta la obligación de procurar la conversión de la parte infiel.

re la ley que las garantías exijan como norma general («regulariter») por escrito y la práctica es que el documento se redacte ante notario civil, de forma que puedan utilizarse posteriormente contra un firmante fraudulento o incumplidor malévolo de sus compromisos. Sólo por excepción se admiten garantías verbales y nunca, al menos por ley general, es necesario el juramento. En cambio, el Santo Oficio, en respuesta al Primado de Hungría de 10 de diciembre de 1902, exigió además la *notoriedad* de las promesas realizadas por parte del contrayente infiel, excepto cuando haya razones graves (se trataba de la ley civil que prohibía a los militares prestar tales garantías ni adquirir compromisos religiosos) y a condición de que el Ordinario tenga la convicción absoluta de la sinceridad y de la eficacia futura de tales promesas.

18. Esta exigencia de garantías es muy severa: lo mismo en la ley que en la práctica de la Santa Sede. Se exigen aún el matrimonio de moribundos (c. 1.043 y aún cuando la ley civil tenga prohibidas (32) y a su sinceridad va ligada la validez de la dispensa de tal modo que si se probara que tales garantías fueron una mera formalidad exterior, el matrimonio podrá declararse nulo en el caso de que se tratara de impedimento de disparidad de cultos. Con todo, recientemente (33) el Santo Oficio ha admitido para el Japón las llamadas «garantías equivalentes», cuando, «considerando atentamente el caso, quede patente que la parte católica tiene voluntad sincera y manifiesta de bautizar y educar toda la prole en la Iglesia católica y que esta voluntad logrará sus propósitos». Realmente, en tales condiciones, aunque la parte infiel no adquiriera compromisos explícitos; pero las circunstancias del caso son tales, que equivalen en cuanto a los efectos a las exigidas por el canon 1.061.

III. REGULACIÓN CIVIL DEL MATRIMONIO MIXTO

19. La ley española (34) reconoce dos formas de matrimonio: la canónica, obligatoria para los católicos y la civil, para los demás. Esta norma reproduce la ley de bases (Base 3.ª) de 1888, la cual en este punto había sido convenida previamente con la Santa Sede. Para acreditar la condición de acatólico, bastaba hasta la Ley de 9 de diciembre de 1931 que uno de los contrayentes declarara no profesar la religión católica. Derogada la legislación civil republicana que admitía únicamente el matrimonio civil, volvió a tener vigencia el artículo 42 del Código Civil y por una importante Orden de 2 de marzo de 1941 se estableció que para utilizar el matrimonio civil es necesario que «se pruebe documentalmente la acato-

(32) Santo Oficio, respuesta de 10 de noviembre 1902; Cfr. CAPPELLO: *Obra citada*, núm. 312.

(33) 28 marzo 1949; texto y comentario en VROMANT: *Obra citada*, pág. 89.

(34) *Código Civil español*, art. 42.

lidad de los contrayentes, o en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios».

20. De las explicaciones arriba dadas, resulta palmariamente que la declaración que estuvo vigente con anterioridad al régimen republicano de 1931 no satisface a las condiciones canónicas.

La Orden de 1491 tampoco coincide con las normas del canon 1.099, porque aquella requiere una prueba de la cual resulte ausencia de cualquier bautismo, sin distinción, mientras que el canon 1.099, párrafo segundo, exime de la forma canónica a los acatólicos, aunque uno o ambos estén válidamente bautizados, pero no «en la Iglesia católica», en el sentido que arriba hemos explicado. Y lo mismo diremos en el caso de bautismo conferido por ministro católico, pero ilegítimamente (v. *supra*, núm. 10, d), por lo cual dirá Wernz-Vidal (34-bis) que «si un hijo de acatólicos fuese bautizado por casualidad o ilícitamente *por un ministro católico*, contra la norma de los cánones 750-751, y después hubiese recibido educación acatólica desde su niñez, queda equiparado a los acatólicos y no está ligado por el impedimento de disparidad de cultos».

IV. CÓMO CONCORDAR LAS LEYES CIVILES CON LAS CANÓNICAS

21. No parece oportuno que la ley civil incluya en su cuerpo legal los impedimentos canónicos de disparidad de cultos ni de religión mixta, sino es por remisión o reenvío al ordenamiento canónico, pero ni aún esto es necesario. Bastaría una regulación civil de la forma matrimonial para que los impedimentos mencionados pasaran sin más al ordenamiento civil.

Basta para convergerse de ello analizar el canon 1.099 que señala los sujetos obligados a la forma canónica del matrimonio. Según el § 2.º de este canon, los acatólicos, bautizados o no, si contraen entre sí, no están sujetos a la ley de la forma. La palabra «acatólicos» de este texto viene determinada en cuanto a su alcance por el § 1 del mismo canon, el cual obliga a observar la forma a todos los «bautizados en la Iglesia católica» y a todos los convertidos a ella, aunque después unos u otros hubieran apostatado, ya contraigan entre sí, ya con acatólicos, previa dispensa del impedimento de disparidad de cultos o de religión mixta. De donde resulta, *a sensu contrario* que los acatólicos del § 2 son aquellos que ni fueron bautizados en la Iglesia católica ni nunca se convirtieron a ella: es decir, que *nunca han sido católicos ni de origen ni de conversión*.

Si ahora comparamos estas fórmulas con las que moderan el impedimento de disparidad de cultos observaremos que siempre

(34 bis) *Ius Matrimoniale*, Roma, 1928, núm. 263.

que hay impedimento, el matrimonio, a tenor del *Codex*, habrá de celebrarse con la forma canónica, como resulta de la comparación del canon 1.070, § 1.º, con el 1.099, § 1, núm. 1. Viceversa por la misma razón, en un matrimonio que a tenor del *Codex* no debe celebrarse con la forma canónica, ni puede haber impedimento de disparidad de cultos.

En cuanto al impedimento de religión mixta, siempre que hay impedimento, la forma canónica es obligatoria porque uno de los contrayentes está actualmente adscrito a la Iglesia católica. Y viceversa, cuando la forma canónica no es obligatoria no puede haber impedimento de religión mixta porque para que la forma no obligue es necesario que ninguno de los contrayentes sea católico por origen ni por conversión, pero en tales condiciones no hay religión mixta (35).

22. Queda por dilucidar la determinación legal concreta de los casos en los que el matrimonio civil habría de permitirse. Según la norma actualmente en vigor, los que quieren casarse civil-

(35) Esta coincidencia entre los sujetos obligados a la forma canónica y los obligados al impedimento es sólo material, ya que la exención de la ley de la forma no es exención de la ley de los impedimentos eclesiásticos del matrimonio. Al contrario, salvo en estos casos indicados, los bautizados válidamente que no están obligados a observar la forma canónica, según la norma del c. 1.099, § 2, están, en cambio, bajo la ley de los impedimentos. El can. 12, al establecer los sujetos del ordenamiento canónico, no distingue entre bautizados y bautizados, como distinguen las leyes de los impedimentos de disparidad de cultos y de mixta religión, y las de la forma canónica. Escritores autorísimos sostuvieron antaño que los protestantes no están obligados a las leyes canónicas de impedimentos matrimoniales. Se trata principalmente de autores alemanes del siglo XVII. Ya antes del Código esta opinión estaba abandonada. El cardenal GASPARRI la criticó duramente, llegando a decir que los que hablan de eso «no saben lo que dicen». En la actualidad no existe, que sepamos, un canonista de nota que sostenga esa postura. Por tanto, los acatólicos bautizados, por ejemplo, protestantes y cismáticos, aunque no estén obligados a la forma canónica del matrimonio, pero están obligados a las leyes de impedimentos. Con ello, dice CAPPELLO, no se les irroga ningún perjuicio: porque si están de buena fe, sus matrimonios contraídos con impedimento serán putativos (c. 1.015, § 4), con todos los efectos de un matrimonio válido. Si salen de la buena fe, pueden sencillamente convalidar el matrimonio. Y si la mala fe es anterior al matrimonio, suya será la culpa si contraen.

De todo esto resulta que acordando la legislación civil con la canónica en lo referente a la forma matrimonial, queda también prácticamente acordada en punto a matrimonios mixtos, mas no en cuanto a los demás impedimentos canónicos, por ejemplo, consanguinidad o crimen.

¿Pero es posible concordar ambas legislaciones en este último aspecto? ¿Es siquiera conveniente? ¿Debe el Estado español, para cumplir el protocolo final del Concordato, obligar a dos protestantes españoles a hacer un expediente canónico antes de casarlos civilmente? A nosotros todo eso nos parece tan lleno de dificultades legales y prácticas que rayan en lo imposible. Ojalá nos equivocáramos. Es más, creemos que la Santa Sede no ha de exigirlo.

No tratamos este tema que desborda de nuestro asunto de matrimonios mixtos. Hemos hecho en nota las observaciones que preceden scilicet para que el lector se dé cuenta de que, al proponer las bases de concordia que al fin indicamos, no hemos echado en olvido la obligación de los acatólicos bautizados de atenerse a lo dispuesto por el Derecho Canónico en materia de impedimentos matrimoniales.

mente tienen que probar documentalmente su acatolicidad o, no siendo esto posible, declarar bajo juramento su condición de acatólico. Según la norma canónica, lo que tendría que probar documentalmente es que no es católico ni por origen ni por conversión. El primer extremo consistiría en probar que no está bautizado en la Iglesia católica. El segundo, que no se ha convertido jamás a la Iglesia. Resulta palmario el carácter negativo del objeto sobre el que han de recaer estas pruebas. Pero ¿cómo es posible probar documentalmente que un hecho no se ha realizado? ¿Dónde está el archivo en que consta la lista de los no bautizados? Y ¿qué funcionario podrá certificar que una persona no bautizada o bautizada en la herejía o en el cisma nunca se ha convertido a la Iglesia católica? Los hechos pueden probarse, los no-hechos (el no-bautismo, la no-conversión) no tienen prueba documental. «Affirmantis est probare», dice el antiguo adagio usado lo mismo por los filósofos que por los procesalistas.

23. En la práctica, pues, la prueba será casi siempre la declaración jurada. Pero todos sabemos que ese juramento laico de quien pide matrimonio civil no tiene gran valor en la mayoría de los casos. Queda, es cierto, la sanción de nulidad del matrimonio; pero ¿quién ha de acusar a ese matrimonio? No el fiscal, porque no constituye delito; no los contrayentes, porque nadie puede ir contra su propio acto; no terceras personas, salvo casos excepcionálísimos.

24. Ahora bien, cuando alguien elige dolosamente el matrimonio civil, lo que hace es eludir el cumplimiento de la ley canónica que le obliga a la forma matrimonial establecida por la Iglesia. Parece, pues, lógico que sea la Iglesia la encargada de controlar si los matrimonios civiles que se contraen responden efectivamente a las condiciones canónicas de exención de la forma jurídica señalada en el Código de Derecho Canónico. Siendo esto así, parece inútil la declaración jurada. Bastaría que el Juez leyese a los que piden matrimonio civil la ley reformada, advirtiéndoles sobre todo que si se casan civilmente, estando obligados a la forma canónica, habrá quien revise su condición de acatólicos y su matrimonio podrá ser denunciado en seguida y privado de validez civil. Si después de esta advertencia el interesado solicita casarse civilmente declarando (sin juramento) bajo su responsabilidad que no es católico por origen ni por conversión, el Juez autorizaría sin más el matrimonio y luego lo comunicaría al Ordinario de su diócesis para que, si la Iglesia tiene pruebas de su bautismo o de su conversión y considera además oportuno que ese matrimonio quede privado de validez, presente una nota en un plazo determinado. Este plazo habría de ser mayor si el matrimonio se hubiese celebrado ante nuestros agentes consulares. Presentada esta nota, que tendría una indicación de los datos de catolicidad de uno de ambos contrayentes, el matrimonio se declararía de oficio nulo

y sin efectos civiles y se daría aviso a los interesados de esta declaración.

No se nos oculta que con este sistema la odiosidad posible de la exacción recae sobre la Iglesia; pero ¿a quién sino a ella corresponde velar por que sus súbditos no eludan sus leyes? Creemos que el Estado habrá cumplido su obligación de católico con declarar nulo el matrimonio cuando la Iglesia le notifique que aquel matrimonio debió celebrarse canónicamente. Además, como hemos indicado, la prueba de no-catolicidad apenas tiene sentido. La de catolicidad, sí; ahora bien, ésta parece que corresponde a la Iglesia. Pero la ley debería redactarse de modo que la presentación de esa nota indicadora de la catolicidad de uno de los contrayentes y, por tanto, de la ilegalidad del matrimonio civil contraído sea facultativa para la Iglesia, no obligatoria. En casos determinados, podría el Ordinario abstenerse de enviarla, si de ello se prevén mayores males. No hay que olvidar que la Iglesia, aun en la época de su mayor esplendor e influencia, ha utilizado largamente las tolerancias, disimulaciones y dispensas de sus leyes por razones superiores de la *salus animarum*. Estas instituciones apenas tienen su paralelo en los ordenamientos civiles.

25. Por último, en la ley reformada se deberían eludir los términos «bautizado en la Iglesia católica», «apostasía», «herejía o cisma», y otras semejantes, ya que estas palabras, de sabor netamente canónico, no pueden interpretarse con el Código civil ni pertenecen al acervo de la doctrina civilista.

26. Con todo ello a la vista, propondríamos como base de estudio el siguiente texto, destinado a concordar la legislación civil con la canónica en materia de matrimonios mixtos mediante la regulación de la forma matrimonial:

1. *La ley reconoce dos formas de matrimonio: la canónica y la civil, que se registrará por las disposiciones de este Código.*

2. *La forma canónica se observará siempre que uno de los contrayentes sea católico de origen o de conversión, aunque después hubiese mudado de religión o la hubiese abandonado.*

3. *Podrán celebrarse civilmente los matrimonios en los que ninguno de los contrayentes sea católico de origen o de conversión, sin que el abandono de la religión católica pueda alegarse como razón para contraer matrimonio civilmente. Los matrimonios celebrados civilmente fuera de las condiciones de esta norma, carecerán de validez y no producirán efectos civiles.*

O también:

3. *En los demás casos el matrimonio podrá celebrarse civilmente. Los matrimonios civiles contraídos por quienes están obligados a la forma canónica carecerán de validez y no producirán efectos civiles.*

4. *El Juez municipal no autorizará el matrimonio civil sin que ambos contrayentes hayan declarado bajo su responsabilidad su condición de acatólicos.*

5. *Verificado el matrimonio civil, el Juez lo notificará a la Autoridad diocesana, la cual podrá pasar al Juzgado correspondiente una comunicación de la catolicidad de algunos de los contrayentes, con indicación de las pruebas, en cuyo caso el matrimonio se declarará nulo. De esta declaración el Juez pasará aviso a los interesados.*

Reconocimiento de la personalidad civil a las personas jurídicas eclesiásticas

(Artículo IV del Concordato)

M. CABREROS DE ANTA, C. M. F.
Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad
Pontificia de Salamanca

El nuevo Concordato reconoce en el artículo II a la Iglesia Católica el carácter de *sociedad perfecta* y en el artículo III la *personalidad jurídica internacional* de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano. En el *artículo IV* del Concordato el Estado español reconoce también como necesaria derivación de la doble prerrogativa anterior, la *personalidad jurídica* a todas las instituciones y asociaciones religiosas constituidas en España según el Derecho canónico. Esto equivale a decir que las personas jurídicas eclesiásticas son al mismo tiempo personas jurídicas ante el Derecho civil y lo son automáticamente por el mero hecho de constituirse según el Derecho canónico, con anterioridad al cumplimiento de los requisitos señalados por la ley civil.

El reconocimiento de la *personalidad civil* de todas las entidades jurídicas eclesiásticas es una de las estipulaciones de mayor trascendencia jurídica y práctica que se contienen en el Concordato y uno de los más altos principios que moderan y armonizan las relaciones de la sociedad eclesiástica y de la civil.

Todo Concordato es, originariamente, un *convenio* entre dos potestades soberanas, que en nombre de la respectiva sociedad se comprometen a ejecutar por sí mismas y hacer cumplir a sus súbditos cuanto en el Concordato se halla estipulado. En virtud del convenio o tratado concertado entre dos supremas autoridades —que directamente sólo a ellas respecta— cada una adquiere la obligación de convertir en ley propia y obligatoria para sus súbditos todo el contenido del tratado bilateral, bien sea concediendo lo que se halla bajo su jurisdicción, bien sea aceptando la legitimidad de lo realizado por la otra parte contratante. Así nace del *Concordato-convenio* lo que actualmente se llama *Concordato-ley*. Esta ley, en cuanto mira a los súbditos o miembros de la sociedad civil y tiene por objeto aquellas materias que caen dentro de su competencia, es *ley civil concordada*, y en cuanto versa sobre materia eclesiástica e intenta obligar a los súbditos de la Iglesia, es

ley eclesiástica concordada. Considerar la ley concordada como un acto formalmente constituido por la conjugación o consenso de dos voluntades soberanas, al igual que sucede en la obligación de un contrato privado, es un concepto erróneo que ha dominado durante mucho tiempo en el campo de la teoría concordataria, pero que se tiende a superar. Admitido el concepto de *ley particular concordada* que hemos expuesto, se comprende plenamente la razón del título que encabeza este estudio y del artículo IV del nuevo Concordato, en virtud del cual se reconoce capacidad jurídica civil a las personas jurídicas eclesiásticas. Y como la personalidad jurídica eclesiástica se crea por el Derecho canónico, pasando luego a ser reconocida por el Derecho civil, precisa conocer, en primer término o como punto de partida, lo que es la persona eclesiástica, cuáles son sus elementos constitutivos y, sobre todo, cómo nace y cuándo muere. Resuelta la cuestión de hecho, que es la existencia de la persona eclesiástica, no hay sino aplicar a este hecho jurídico, en orden a los efectos civiles, cuanto la legislación española tenga estatuido en relación con las personas jurídicas.

I. SÍNTESIS DOCTRINAL

a) *Concepto canónico de persona jurídica.*—El concepto de persona jurídica en Derecho canónico no se diversifica del concepto admitido en el Derecho civil. Cualquier entidad real o corporación personal que, independientemente de las personas físicas, se considere legalmente o sea en sí misma sujeto de derechos y obligaciones, goza de personalidad jurídica. Más exactamente podemos definir la persona jurídica, según el concepto canónico, en los siguientes términos: un ente jurídico formalmente constituido por la autoridad pública, subsistente por concesión del Derecho con independencia de las personas físicas singulares, con capacidad de tener derechos y con capacidad de obrar. La identidad esencial de esta definición con la que suelen dar los tratadistas de Derecho civil aparece manifiesta comparándola con el concepto que de la persona jurídica expone *Castán* en sus Instituciones: «Con el nombre de personas jurídicas—dice—se designa a aquellas entidades formadas para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres a las que el derecho objetivo reconoce capacidad para derechos y obligaciones» (1).

Averiguar cuál sea, concretamente, el *sujeto* de derechos en las personas jurídicas y cuál sea el *fundamento* real o el sustrato objetivo, en el que se basa la atribución o el reconocimiento de derechos a favor de tales personas, así como el intento de definir qué papel juega en la atribución de derechos la ficción jurídica y la mera necesidad técnica, todo ello constituye una serie de problemas tan diversamente resueltos, o mejor tan insolubles en la doctrina cano-

(1) CASTÁN: *Derecho Civil Español*. 6.ª ed. (Madrid, 1943), tomo I, pág. 210.

nista como en la civil. Pensamos que la cuestión se ha complicado excesiva e inútilmente y que lo que interesa—si hemos de entendernos—es simplificarla y reducirla a su esquema sustantivo. Por esta causa y porque no es, en nuestro caso, la cuestión esencial, sino la existencial la que nos importa resolver, nos contentaremos con sentar acerca de la cuestión filosófica, que en este como en todos los demás problemas jurídicos subyace, unas afirmaciones a modo de postulados científicos, en las cuales se condensa, a nuestro entender, la actual doctrina canónica, que puede también llamarse tradicional, por diferir muy poco de la doctrina clásica, tanto romana como canónica, y que Inocencio IV plasmó en aquella célebre frase: «*Collegium in causa communitatis fingatur una persona*». Aunque en esta doctrina romano-canónica se destaca, con exceso, la idea de la ficción jurídica, no hay que pensar que se negase fundamento real a dicha ficción: la construcción doctrinal es ficticia, ciertamente, pero los elementos con que se opera son reales. Actualmente al doctrina ha llegado, en su movimiento pendular, al extremo contrario, exaltando el realismo de las personas jurídicas hasta querer algunos ver en ellas una especie de organismo viviente con voluntad colectiva propia. Una leve estilización de la doctrina canónica puede lograrse mediante los siguientes trazos generales. En cuanto al *sujeto* al que se atribuyen los derechos y obligaciones, cabe decir que es la *organización* o *institución* misma personificada, no sus partes o elementos, sea el fin, el objeto o patrimonio, etc., de la misma manera que en la persona física el sujeto de derechos no es, abstractamente, su voluntad, o su inteligencia, o su fin, sino el hombre como tal, en cuanto subsistente y operante.

Por lo que atañe al *fundamento real*—fuera de la razón técnica—para atribuir a la institución misma derechos y obligaciones, es decir, para considerarla como sujeto jurídico, debemos reconocer primeramente que en esto hay una manifiesta *ficción*, puesto que ni un patrimonio puede ser por sí mismo, hablando con toda propiedad, sujeto de derechos, ni la reunión de varias personas físicas puede constituir un *solo objeto* de derechos, distinto de las personas físicas. Pero al mismo tiempo la doctrina canónica se ha esforzado siempre en demostrar que no se trata de una mera y arbitraria ficción, carente en absoluto de fundamento real. El fundamento lo ha puesto generalmente la doctrina canónica en la unión efectiva de personas o de cosas, ordenada a la consecución de un fin común, que sin aquella unión y dirección no podría alcanzarse. El hecho auténticamente real de la unión de fuerzas y de destino merece y a veces exige el otorgamiento o el reconocimiento de derechos que al esfuerzo aislado no son debidos, así como también el mismo hecho impone obligaciones que sin él no tendrían razón de ser.

Todo esto es real y sobrepasa cualquier ficción jurídica. Avanzando en este plano de la realidad, tendríamos que decir que esos derechos y obligaciones que se derivan de la unión efectiva de per-

sonas o de cosas en dirección a un fin, deben radicar y ser ejercidos, como es natural, por personas físicas, sean miembros, o representantes, o destinatarios, concluyendo de aquí que, en definitiva, estas personas físicas son los verdaderos sujetos de derecho. Así es, efectivamente; y por esto la ficción se descubre cuando es a la unión de personas o de cosas—dígase lo mismo de cualquier otra teoría—a la que atribuímos la capacidad jurídica, convirtiendo lo que es fin u objeto o causa legítima de capacidad en sujeto de la misma capacidad. La ficción aparece manifiesta, pero es a la vez justa, porque tiene fundamento real, aparte de ser técnicamente insustituible, ya que el derecho no podemos concebirlo sin sujeto y el modo más práctico y más científico de agrupar y enlazar la serie dispersa de relaciones jurídicas que giran en torno a la unión real de personas físicas o de cosas es el de personificar o subjetivar la misma unión, centrandó en ella todas esas relaciones y haciendo que todas pasen por ella como los radios de una esfera parten todos de su centro. Esa es, como en cifra, la concepción canónica de la persona jurídica, aunque su exposición siempre admite matizaciones propias de cada autor, que nunca han llegado, sin embargo, a extremos de incompatibilidad, al contrario de lo que sucede en la doctrina de los civilistas, más desarrollada, pero menos coherente.

b) *Denominaciones de la persona jurídica eclesiástica.*—Son varias las *denominaciones* con que el Código de Derecho canónico designa a las personas jurídicas. El nombre que con más frecuencia se les da es el de *persona moral* (cánones 4; 99-103; 106; 1.495, § 2; 1.498; 1.499; 1.500; 1.501; 1.502, § 2, núm. 1; 1.557, § 2, núm. 2; 2.255, § 2; 2.274; 2.285; 2.291, núm. 1). También en nuestro Código se emplea la denominación, actualmente más en uso, de *persona jurídica* (cc. 687; 1.489, § 1; 1.495, § 2). Alguna vez se habla de *entidad jurídica* (cc. 1.409, 1.410) y de *cuerpo moral* (c. 2.255, § 2). En el canon 1.495, § 2, se apunta alguna diferencia entre *persona moral* y *jurídica*, dando a la primera un sentido más amplio que a la segunda. Parecida diversidad en el uso de estos vocablos jurídicos se observa entre los tratadistas de Derecho canónico.

c) *Elementos constitutivos.*—Los *elementos constitutivos* de las personas jurídicas eclesiásticas son el pueblo o elemento individual, el fin, los medios y la aprobación. Aunque estos elementos son comunes a las personas jurídicas eclesiásticas y a las civiles, revisten, según el Derecho canónico, modalidades propias que es menester señalar para poder definir con certeza si efectivamente se trata o no de personas jurídicas eclesiásticas.

1.º *El pueblo.*—Llamamos así a las personas físicas en cuyo favor se constituye la persona moral o jurídica. En la persona ju-

rídica *colegiada* las personas físicas aparecen siempre en primer plano, como base única en que radican y se sustentan todos los derechos y obligaciones. El Derecho canónico, ateniéndose al proverbio romano, «tres faciunt collegium» (2), exige en el momento de la constitución de la persona jurídica *colegiada* al menos tres personas físicas (c. 100, § 2); pero no se requiere este mismo número de personas físicas para la subsistencia de la persona jurídica. En la persona jurídica *no colegiada* las personas físicas intervienen primordialmente como beneficiarias o como sujeto de destino y subsidiariamente como agentes representativos de la misma persona jurídica. El número de los destinatarios es indefinido y puede ser meramente potencial.

2.º *El fin*.—Este se identifica en la persona jurídica con su razón de ser. Si las personas físicas, aisladamente consideradas, fuesen capaces de realizar todos sus fines, desaparecería la razón de la unión y con ello caería por su base la necesidad de crear sujetos colectivos de derechos, cuyas actividades tienen en el fin común su fuerza de atracción y su punto de convergencia. Por esta causa se dice, axiomáticamente, que el fin es el que especifica las sociedades y, por tanto, las personas jurídicas. El fin de toda persona jurídica eclesiástica debe integrarse en el fin general de la Iglesia, que es siempre sobrenatural, la *salus animarum*, aun cuando se realice sobre objetos materiales. Así lo expresa el canon 100, § 1, con estas palabras: «ad finem religiosum vel caritativum». Pero insistimos en que este fin caritativo debe llevar impreso el sello de su destino sobrenatural y por ende no puede ser meramente filantrópico. De hecho toda persona jurídica constituida o aprobada por la autoridad eclesiástica debe considerarse ordenada al fin sobrenatural, mientras su objeto no se halle en abierta oposición con tal fin.

3.º *Los medios*.—No todos los medios son elementos constitutivos de la persona jurídica, sino únicamente los necesarios y esenciales para la consecución del fin. Estos medios son los derechos espirituales o temporales de los que la persona tiene que valerse para el logro de su fin. Por otra parte, no basta el derecho a los medios, sino que es preciso tener la posesión actual de ellos o al menos la facultad de adquirirlos. Sobre este punto la legislación canónica no establece ninguna norma particular, salvo lo concerniente a la *extinción* de la persona jurídica por falta de medios, según luego veremos. Sin embargo, al hablar el Código de Derecho canónico de la persona moral o jurídica y de sus actos, presupone necesariamente los medios o derechos correspondientes.

(2) No hay sobre esto en el Derecho romano texto legal, y la doctrina, originariamente, tampoco era cierta. Cfr. 1.85, Dig., 50, 16, de verb. sig., donde se dice: *Neratus Priscus tres facere existimat collegium: et hoc magis sequendum est.*

4.º *La aprobación.*—A los tres elementos anteriores de carácter intrínseco debe añadirse otro que actúa desde fuera, pero no es menos necesario: este cuarto elemento es la *aprobación*, otorgada por derecho positivo eclesiástico o, en otros términos, por el consentimiento de la autoridad pública. Solamente hay dos personas jurídicas eclesiásticas que tienen un origen superior al del derecho eclesiástico, por proceder del derecho positivo divino, y son la Iglesia católica, considerada en su totalidad, y la Sede Apostólica, o sea la misma institución del Primado del Romano Pontífice, no la Curia Romana (cc. 7 y 100, § 1). En la sociedad eclesiástica no puede darse una persona jurídica de *derecho natural* contra lo que sucede en el orden civil; porque lo natural no puede tener por sí mismo exigencia ni capacidad para lo sobrenatural. La *persona física* adquiere capacidad jurídica en la Iglesia, por voluntad de Jesucristo, mediante el bautismo; y la *persona jurídica* se constituye o por derecho positivo divino o por derecho positivo eclesiástico.

Tampoco se admite en la Iglesia el *derecho de libertad* en la constitución de las personas jurídicas, cual existía en el Derecho romano y en el Derecho común de la edad media (3). El Derecho canónico no reconoce a los particulares la libre facultad de constituir personas jurídicas, aun presupuestas la existencia de los tres elementos objetivos ya mencionados. Toda persona jurídica eclesiástica debe ser directamente constituida por la legítima autoridad. «En la Iglesia, dice el canon 99, además de las personas físicas, hay también personas morales, constituidas por la autoridad pública.» Como se ve, el principio vigente en Derecho canónico es más rígido, en cuanto al nacimiento de las personas jurídicas, que el que impera en el Código civil español, en el cual, si bien no se llega a admitir el principio de la libre constitución, tampoco se considera que la personalidad jurídica se conceda directamente por la Ley, sino que más bien es ella la que por sí misma nace, una vez cumplidos los requisitos legales, principalmente la inscripción en el registro público de las asociaciones (4).

De dos formas, una general y otra particular, interviene el Derecho positivo eclesiástico en el otorgamiento de la sanción aprobatoria, «ya por prescripción del Derecho, ya por concesión particular del superior eclesiástico competente, dado por decreto formal para un fin religioso o caritativo» (canon 100, § 1).

Por prescripción general de la Ley gozan de personalidad o capacidad jurídica todas aquellas entidades a las que la Ley o derecho común concede dicha personalidad, bien sea en forma di-

(3) C. FERRINI: *Pandette* (Milano, 1908), núm. 73, pág. 10; BONFANTE: *Istituzioni di Diritto Romano*, 8.ª ed. (Milano, 1925), § 19, pág. 63; J. PACHIONI: *Manual de Derecho Romano*, trad. de I. MARTÍN y A. REVERTE. (Valladolid, 1942), págs. 238-239.

(4) Cfr. L. *Enneccerus*, trad. de B. PÉREZ y J. ALGUER, vol. I. (Barcelona, 1943), § 99, págs. 457-461.

recta, aunque de ordinario incidentalmente (5), bien sea en forma indirecta, atribuyendo a un ente colectivo determinados derechos y obligaciones, lo cual necesariamente implica el otorgamiento de la personalidad jurídica, aun cuando ésta no se mencione explícitamente (6).

La personalidad jurídica puede otorgarse también por *decreto formal*, dado para cada caso por el superior competente, y a veces esta forma es preceptiva. Tal sucede, por ejemplo, cuando se trata de las asociaciones de los fieles o de la fundación de una casa religiosa, si bien en este último caso el decreto no es la causa eficiente o creadora de la personalidad jurídica, sino tan sólo la condición requerida para que el mismo Derecho conceda la personalidad. La regla general—contra la opinión de algunos autores—es que el *decreto formal* de erección no se requiere sino cuando la misma Ley lo prescribe, bastando de ordinario la erección y otorgamiento de la personalidad hechos, explícita o implícitamente, por el Derecho común (7).

La constitución de las personas jurídicas es el presupuesto fundamental para la aplicación del artículo IV del nuevo Concordato y su determinación no dejará, a veces, de ofrecer dificultad, especialmente si la constitución se verifica, no por decreto particular, sino por Ley general. La dificultad aumenta si se advierte que existen diversos grados de personalidad, los cuales se dan precisamente en razón de la aprobación eclesiástica.

Existe un grado ínfimo de personalidad jurídica, que puede decirse *natural* o *privada*, de la que gozan las comúnmente llamadas personas *colectivas*, que en el derecho romano se llamaron *sodalitates*. Las personas colectivas no son creadas por el derecho positivo, que, según la doctrina hoy predominante, es el único que puede conceder la capacidad jurídica. Sin embargo, su existencia es un hecho real que da fundamento a la capacidad jurídica y hasta cierto punto la exige. Por esta causa la doctrina de no pocos juristas, en desacuerdo con la legislación de los Códigos modernos propugna que a estos entes colectivos o, al menos, a sus miembros en cuantos tales se les concedan o reconozcan algunos derechos, formando de esta manera una categoría ínfima de personas jurídicas en sentido amplio, no obstante su carencia de constitución legal.

Debemos añadir que esta teoría, aunque razonable y justa en la esfera del Derecho civil, no puede trasladarse al campo del Derecho canónico. Porque, según ya anteriormente observamos, res-

(5) Cfr. *Cánones* 99, 471, § I; 536, § I; 1.208, § 3; 1.278; 1.423, § 2; 1.557, § 2, núm. 2.

(6) Cfr. *Cánones* 324; 410, § 2; 531; 1.475, § 2; 1.481; 1.653, § 1-6.

(7) Cfr. *Coronata, Institutiones Juris Can.*, ed. 3.^a, núm. 138, 4.^o, nota 6; (*Taurini*, 1947.) En el sentido contrario a la doctrina más común defendida en el texto, cfr. *CIPROTTI: Ius de Personis*, ed. 3.^a, *Chelodi-Ciprotti*, núm. 98, nota 8 (Trento, 1942).

pecto del fin sobrenatural al que, en definitiva, está íntegramente ordenado el Derecho canónico, no puede haber exigencia o capacidad meramente natural e independiente del beneplácito positivo de la autoridad divina o eclesiástica. Corolario forzoso de esta doctrina es que aquellas asociaciones que se proponen un fin honesto natural, aunque relacionado con el fin propio de la Iglesia, como quiera que no tienen ninguna clase de aprobación eclesiástica constitutiva, ni siquiera como asociaciones eclesiásticas, tampoco pueden contarse entre las personas jurídicas, aunque sólo sea en grado ínfimo o impropio. Por lo cual, en cuanto asociaciones o sus miembros en cuanto asociados, no tienen ningún derecho ante la Iglesia. Tal es, por ejemplo, una asociación católica obrera, libre y privadamente constituida, o un partido político católico, aunque merezcan como instituciones naturales la alabanza y las bendiciones de la Iglesia.

Existe en la Iglesia una segunda clase de personas colectivas o de asociaciones meramente privadas, cuya constitución o funcionamiento no se hallan regulados por el Derecho canónico, a pesar del fin directa o indirectamente sobrenatural que se proponen conseguir. Estas asociaciones están sometidas a la vigilancia general de la Iglesia, y frecuentemente obtienen su especial *recomendación* como asociaciones religioso-benéficas. De ellas hace mención el canon 684. A los miembros de las mismas no rara vez se les conceden algunas gracias espirituales, sobre todo indulgencias. Pero estas asociaciones, no obstante la recomendación de la Iglesia, permanecen en su condición natural de asociaciones privadas y laicales, como del canon 686, § 1, claramente se desprende. No son personas jurídicas eclesiásticas ni siquiera asociaciones propiamente eclesiásticas, si bien se aproximan más a ellas que las entidades del primer grado anterior.

Una figura intermedia entre la persona colectiva o privada y la persona jurídica pública es, en el Derecho canónico, la institución o la corporación que ha obtenido la *formal aprobación* de la autoridad jerárquica. La entidad así *aprobada*, pero *no erigida*—según la terminología canónica—, no es todavía persona jurídica, aunque es una entidad propia y genuinamente eclesiástica. «No se reconoce en la Iglesia, dice el canon 686, § 1, ninguna asociación que no haya sido erigida o al menos aprobada por una autoridad eclesiástica legítima.» «Erigir o aprobar las asociaciones pertenece, fuera del Romano Pontífice, al ordinario local, exceptuadas aquellas cuya institución haya sido reservada a otros por privilegio apostólico» (c. 686, § 2). El caso más frecuente e importante de esta figura intermedia—aprobada, pero no erigida en persona jurídica—lo hallamos en las asociaciones de los seglares, llamadas simplemente *pías uniones*. «Las cofradías, dice el canon 708, sólo pueden constituirse por decreto formal de erección.» La razón es porque la cofradía es verdadera persona jurídica. «En cuanto a las pías uniones, prosigue el mismo canon, basta la apro-

bación del ordinario, obtenida la cual, aunque no sean personas morales, adquieren, sin embargo, capacidad para conseguir gracias espirituales, sobre todo indulgencias.» De aquí se deduce que las pías uniones pueden no ser personas morales, y cuando no lo son, les basta la aprobación del ordinario, así como necesitarían del decreto formal para obtener plena personalidad jurídica. Decimos *plena personalidad*, ya que la aprobación eclesiástica de por sí confiere alguna personalidad jurídica a cualquier entidad colectiva, desde el momento en que le otorga determinados derechos. Sin embargo, el Código de Derecho canónico no considera como persona jurídica a la que goza de capacidad jurídica parcial o muy restringida, sino tan sólo a la que tiene capacidad general, aunque también ésta puede estar sometida a algunas limitaciones.

Con esto queda ya dicho que el supremo grado de personalidad jurídica es el de la *personalidad general* para cualquier clase de derechos y obligaciones. Esta es la personalidad que no puede conferirse, sino *por Ley* o *por decreto formal de erección*, ya en forma explícita, ya en forma equivalente o mediante la concesión efectiva de derechos.

d) *Persona colegiada y no colegiada*.—Para la inteligencia del artículo IV del Concordato no interesa hacer mención de todas las clases de personas jurídicas que el Derecho canónico admite, sino únicamente de la principal de todas, que es la clásica distinción de las personas jurídicas en *colegiadas* y *no colegiadas*. Estas últimas reciben hoy frecuentemente el nombre de *instituciones*. Expresamente dice el canon 99, empleando un estilo más doctrinal que legislativo, que las personas morales «se dividen en personas morales colegiadas y no colegiadas». Luego, en el mismo plan didáctico—extraño, sin duda, al estilo de los modernos Códigos civiles—, se ponen como ejemplos de las personas morales no colegiadas las iglesias, los seminarios y los beneficios.

Las personas jurídicas *colegiadas* se llamaron en Derecho romano «universitates personarum», denominación que indicaba su misma estructura interna. Actualmente suelen designarse con el nombre de *asociación* cuando son de Derecho privado, y con el de *corporación* si son de Derecho público. En el Derecho canónico no existe sobre este punto una terminología constante. El nombre de *asociación* se emplea en sentido genérico al hablar de los seglares en la tercera parte del libro segundo. Las asociaciones de los fieles pueden tener o no personalidad jurídica, según la forma como hayan sido constituídas por la autoridad eclesiástica.

La persona jurídica *no colegiada* fué originariamente introducida por el Derecho canónico a impulso de la caridad cristiana, «una emanazione della carità essenzialmente nuova», dice Bonfante (8). En el Derecho romano existían las llamadas *fundaciones*

(8) *Pietro Bonfante*, l. c., § 20, pág. 65.

o *causas piadosas* («*piae causae*»), pero a este patrimonio o acervo de bienes no se le reconocía capacidad jurídica autónoma, al contrario de lo que ya desde tiempo muy antiguo se admitió en el Derecho canónico. En el último siglo, la distinción de las personas jurídicas en colegiadas y no colegiadas fué ya comúnmente recibida por los juristas y aceptada en los mismos Códigos civiles. Pero la verdadera doctrina sobre la naturaleza de la persona jurídica no colegiada y la razón fundamental que la distingue de la colegiada no han sido todavía satisfactoriamente expuestas ni por los canonistas ni por los cultivadores del Derecho civil. Las personas jurídicas no colegiadas reciben más propiamente el nombre de *fundaciones* si son de Derecho privado, y el de *institutos* si son de Derecho público. Pero también aquí debemos observar que el Código de Derecho canónico no se atiene a estas denominaciones técnicas, como puede verse en los cánones 1.489 y 1.544. Este último canon habla de *fundaciones pias*, mas no las considera como personas jurídicas, sino como bienes temporales dados a alguna persona moral eclesiástica, con la carga perpetua o por largo tiempo de cumplir determinadas obras piadosas o de caridad, invirtiendo en ello las rentas anuales del capital fundacional; revive aquí el primitivo sentido de las fundaciones romanas, que no eran sino legados o donaciones que se hacían a una persona jurídica *sub modo*; es decir, con una obligación o finalidad determinada. Los canonistas, sin embargo, aplican frecuentemente a las personas jurídicas no colegiadas el nombre de *fundaciones* o de *causas piadosas*. Esta última denominación tiene, canónicamente, otro sentido más amplio, que comprende toda causa destinada a un fin religioso o caritativo, como puede verse en el canon 1.513, § 1.

e) *Extinción de la persona jurídica*.—En nuestro obligado intento de esbozar las ideas necesarias para poder determinar cuándo existe, a tenor del Derecho canónico, la persona jurídica reconocida en el artículo IV del Concordato, falta todavía añadir cómo se extingue la persona jurídica eclesiástica. La norma sobre este punto se contiene en el canon 102, que dice así: «§ 1. La persona moral es perpetua, por su naturaleza; se extingue, sin embargo, si es suprimida por la legítima autoridad o si deja de existir durante cien años.»

§ 2. «Aunque sólo quede uno de los miembros de la persona moral colegiada, en él se concentra el derecho de todos.» Como leve comentario de esta Ley canónica sólo diremos que, por regla general, la *supresión* de la persona jurídica compete al mismo superior que la erigió o a su legítimo sucesor. Pero esta regla tiene varias excepciones, y así, a veces, la supresión queda reservada al Romano Pontífice, aunque la erección hubiera sido verificada por otro superior subalterno. La persona moral puede, además, *extinguirse* por sí misma, cuando deja de existir alguno de los

elementos constitutivos, por ejemplo, el fin o los medios necesarios; pero en este caso la extinción jurídica de la persona no tiene lugar, sino después de transcurridos cien años desde que el elemento constitutivo cesó. Respecto de las personas colegiadas, el elemento *personal* se considera subsistente mientras permanezca un solo individuo que a ella esté inscrito.

II. PERFIL HISTÓRICO

Legislación civil y concordada sobre la personalidad civil de la Iglesia.

Sin remontarnos más allá del Concordato de 1851, hallamos los siguientes hitos fundamentales en la historia de la persona jurídica eclesiástica ante la legislación española. En el *Concordato de 1851* se garantizan plenamente los derechos de la Iglesia como persona jurídica, aunque la redacción de la Ley concordada no es tan explícita ni tan exacta como en el Concordato ahora vigente. Tratan de esta materia, en el Concordato de 1851, los artículos 41 y 43. He aquí el texto del artículo 41: «La Iglesia tendrá el derecho de adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad en todo lo que posee ahora o adquiera en adelante será solemnemente respetada...» El art. 43 completa la materia del 41, diciendo: «Todo lo demás perteneciente a personas o cosas eclesiásticas, sobre lo que se provee en los artículos anteriores, será dirigido y administrado según la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente.» Estos dos artículos, tan respetuosos en su forma externa, encubren dos grandes atropellos contra los derechos de las personas jurídicas eclesiásticas, perpetrados por el sectarismo antirreligioso de aquellos tiempos, y que la Iglesia hubo de tolerar y de alguna manera legalizar en el mismo Concordato, el cual por lo mismo no podía representar una verdadera y perfecta concordia, sino más bien una tregua o apaciguamiento.

El artículo 29, después alegar muy buenas razones en pro de un número suficiente de ministros y operarios evangélicos, concluye, paradójicamente, por prohibir el establecimiento de toda casa religiosa de varones, a excepción de las Congregaciones de San Vicente de Paúl, San Felipe Neri y otra Orden de las aprobadas por la Santa Sede. En el artículo 30 se ponen también cortapisas al establecimiento de las casas religiosas de mujeres y llega a negarse toda autorización a las religiosas de vida meramente contemplativa. Estas disposiciones quedaron, afortunadamente, sin cumplimiento, porque la ola de persecución, sea pacífica o violenta, es siempre transitoria, y, al fin, apaciguados los ánimos, acaba por triunfar el sentido de justicia.

La segunda vejación contra los derechos de las personas jurídicas eclesiásticas, que en el Concordato de 1851 queda, más bien

que reparada, condonada benignamente, se refiere a los bienes desamortizados. De esto se ocupa el artículo 42.

El Código civil, publicado en 1889, establece respecto de las personas jurídicas eclesiásticas una norma genérica y muy prudente. El artículo 38, después de especificar en su primera parte los derechos de las personas jurídicas civiles, añade en el segundo apartado: «La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades.» La capacidad jurídica de la Iglesia es también reconocida en el artículo 746. Como se ve, la vida de las personas jurídicas eclesiásticas discurría por cauces normales y legítimos, aunque en la práctica no dejó de encontrar frecuentes obstáculos que detuvieron o desviaron su curso.

En la *segunda República española*, implantada en 1931, los cauces legales se rompieron. En oposición radical con el Concordato de 1851 entonces vigente, y con el Código civil, se promulgó como auténtica interpretación de la Constitución y del espíritu de la República, la *Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas* que lleva la fecha de 2 de junio de 1933 y va firmada por don Niceto Alcalá Zamora y don Alvaro de Albornoz. El artículo 11 de esta Ley impone enormes mutilaciones a las personas jurídicas eclesiásticas, despojándolas de muchos de sus bienes, como los templos y sus edificios anexos. El artículo 19 limita, además, su facultad de adquirir y conservar bienes muebles y les niega el derecho de conservar bienes inmuebles fuera de la cuantía necesaria para el servicio religioso.

El *Movimiento Nacional*, surgido en 1936, restableció el orden jurídico y social perturbado por la República, devolviendo en consecuencia a la Iglesia el pleno disfrute de sus derechos. En el Decreto del 3 de mayo de 1938 se reconoce a la Iglesia como sociedad perfecta. Poco después, el 2 de febrero de 1939, se dictó una Ley por la que quedaba totalmente abrogada la persecutoria Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas. Esta legislación reivindicatoria de los derechos de las personas jurídicas eclesiásticas ha quedado definitivamente plasmada en el artículo 4.º del actual Concordato, cuya redacción aventaja en el concepto y en la forma a todas las leyes precedentes sobre la misma materia.

III. EXPOSICIÓN EXEGÉTICA DEL ARTÍCULO 4.º

La parte doctrinal e histórica de este nuestro elemental estudio sobre el artículo 4.º del Concordato necesita, como de último y mejor cincelado remate, de una sucinta exposición exegética, que es lo que ahora nos proponemos realizar. Previas las nociones que anteceden sobre la persona jurídica eclesiástica, la labor que nos queda por realizar es fácil y se limita a la explicación canónica de los términos con que el artículo 4.º designa, ya genérica ya específicamente, a las personas jurídicas eclesiásticas.

En el *número primero* del artículo 4.º el Estado español reconoce plenamente la personalidad o capacidad jurídica de las entidades eclesiásticas constituidas canónicamente y existentes a la entrada en vigor del Concordato. He aquí el texto del *número primero*: «El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas, existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho canónico; en particular a las Diócesis con sus instituciones anejas, a las Parroquias, a las Ordenes y Congregaciones religiosas, las Sociedades de vida común y los Institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas.»

En el *número segundo* se concede igual reconocimiento a las entidades religiosas que con posterioridad a la publicación del Concordato sean erigidas o aprobadas en España por la autoridad eclesiástica competente. Dice así el *número segundo*: «Gozarán de igual reconocimiento las entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en España por las Autoridades competentes, con la sola condición de que el decreto de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado.»

En el *número tercero* se habla de la gestión ordinaria o extraordinaria de los bienes eclesiásticos, es decir, de su administración y el ejercicio pleno de todos sus derechos, así como de la vigilancia e inspección de dicha gestión. «La gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes, se dice en el *número tercero*, pertenecientes a entidades eclesiásticas o asociaciones religiosas y la vigilancia e inspección de dicha gestión de bienes corresponderán a las Autoridades competentes de la Iglesia.» Declararemos el significado de los términos principales que se emplean en estos tres números.

1. En el *número primero* del artículo 4.º se emplea, muy acertadamente, la palabra *reconocer*: «El Estado español reconoce la personalidad jurídica...» La misma idea se expresa en el *número segundo*: «Gozarán de igual reconocimiento...» Ya observé en la primera parte de este trabajo que la personalidad eclesiástica no puede dimanar sino del Derecho positivo divino o del Derecho positivo eclesiástico. Por esto la autoridad civil no otorga la personalidad jurídica a las entidades eclesiásticas, sino que reconoce dicha personalidad como ya existente. Podría objetarse diciendo que, en efecto, la personalidad jurídica respecto de los derechos eclesiásticos no la puede conceder la autoridad civil, pero la personalidad o capacidad en orden a los derechos civiles debe tener su origen en la voluntad del Estado. A esta objeción da una respuesta categórica el canon 1.495, que reza así: «§ 1. La Iglesia católica y la Sede Apostólica, libre e independientemente de la

autoridad civil, tienen derecho innato de adquirir, retener y administrar bienes temporales para el logro de sus propios fines. § 2. También las iglesias particulares y demás personas morales erigidas por la autoridad eclesiástica en persona jurídica, tienen derecho, a tenor de los sagrados cánones, de adquirir, retener y administrar bienes temporales». Los fundamentos de esta doctrina canónica se hallan ampliamente expuestos en los tratados de Teología y de Derecho público eclesiástico y no es ahora preciso repetirlos. Baste decir que la Iglesia no es sólo una sociedad perfecta de orden sobrenatural, sino también una sociedad humana que ha menester de bienes materiales para realizar su destino sobrenatural. Esto exige capacidad propia e independiente de la sociedad civil para el logro de esos bienes o ejercicio de los derechos necesarios a la consecución de su fin.

Las palabras «adquirir, poseer y administrar» de este número primero que ahora comentamos, expresan las tres funciones propias de la capacidad jurídica y coinciden exactamente con el citado canon 1.495, que usa los términos de «adquirir, retener y administrar».

En todo el artículo 4.º se percibe claramente el empeño de las dos soberanas partes contratantes de no poner el menor óbice a la capacidad jurídica de las entidades eclesiásticas. Por esta causa, después de haber especificado los tres actos más generales de la capacidad jurídica—plenitud funcional—, se refiere el artículo 4.º a la plenitud objetiva—«toda clase de bienes»—y también a la plenitud subjetiva, es decir, «a todas las instituciones y asociaciones religiosas». Con la palabra «instituciones» se designa directamente a las personas jurídicas no colegiadas, y con la palabra «asociaciones» a todas las colegiadas, ya sean de seglares ya de eclesiásticos. Y obsérvese que se trata no sólo de las instituciones y asociaciones religiosas *erigidas en persona moral, sea por ley o por decreto*, sino también de las *aprobadas* por la autoridad eclesiástica competente. Esta afirmación es incontrovertible, puesto que así se declara expresamente en el *número segundo* en orden a las entidades eclesiásticas futuras o posteriores al Concordato y, por consiguiente, no cabe entender otra cosa de las entidades existentes al entrar en vigor el Concordato. Las entidades *aprobadas*, pero *no erigidas*, es decir, sin personalidad jurídica en Derecho canónico ya dijimos en la parte doctrinal de este trabajo que no son las meramente recomendadas, sino las que han obtenido una *aprobación formal*, por la que son elevadas a la categoría de entidades propiamente eclesiásticas (canon 686). En este canon se habla únicamente de las *asociaciones*, pero lo mismo debe afirmarse de las *instituciones*. Las entidades así aprobadas—ya lo dijimos antes—no se llaman en Derecho canónico personas jurídicas porque su capacidad no es completa, si bien no carecen de toda capacidad. Sin embargo, sería erróneo deducir de aquí que estas organizaciones eclesiásticas aprobadas, pero no erigidas en personas completas,

también ante el Derecho civil carecen de personalidad, al menos completa. El artículo 4.º que venimos comentando, es terminante a este respecto. En él se reconoce personalidad total ante el Derecho civil o para los efectos civiles a «las entidades aprobadas por las Autoridades eclesiásticas competentes» (núm. 2).

Al hablar en el número primero de las instituciones y asociaciones religiosas, existentes a la entrada en vigor del Concordato, no se menciona la condición de que el decreto de erección o de aprobación sea comunicado a las autoridades del Estado. Basta, pues, que de hecho existan tales entidades y que su existencia, cuando sea preciso, conste auténticamente o sea notoriamente conocida.

En particular, menciona el número primero del artículo 4.º algunas personas jurídicas de más alta o señalada significación, pero la enumeración se hace tan sólo por vía de ejemplo. Primeramente se mencionan las *Diócesis* con sus *instituciones anejas*, como son, entre otras, la Mesa u oficio episcopal, la Curia diocesana, la catedral, el seminario, los oficios y beneficios eclesiásticos, etc. Entre las personas jurídicas se distinguen también las parroquias, las Ordenes religiosas de votos solemnes y las Congregaciones de votos simples, ya consideradas como tales, ya en cada una de sus casas, o bien en sus provincias, que son la unión de varias casas entre sí, formando parte de la misma religión. *Sociedades de vida común* son aquellas en las cuales los asociados, sean varones o mujeres, imitan la manera de vivir de los religiosos, viviendo en comunidad bajo el régimen de los Superiores, según las Constituciones aprobadas, pero sin estar ligados por los tres votos públicos de pobreza, castidad y obediencia. Tales sociedades no son religiones propiamente dichas ni sus socios se designan con el nombre propio de religiosos. Estas sociedades pueden ser clericales o laicales, de derecho pontificio o diocesano (canon 673). Los *Institutos seculares de perfección cristiana* son sociedades clericales o laicales cuyos miembros profesan en el siglo los consejos evangélicos a fin de adquirir la perfección cristiana y ejercitar plenamente el apostolado (9). Son personas jurídicas no sólo las Sociedades de vida común sin votos y los Institutos seculares, considerados en su totalidad, sino también cada uno de sus organismos subalternos, por ejemplo, sus casas.

2. El reconocimiento de la personalidad jurídica civil, que en el *número segundo* se hace a favor de las entidades que, *con posterioridad al Concordato*, se erijan o aprueben por las autoridades eclesiásticas, lleva aneja la condición de que el *decreto* de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado. Esta notificación no otorga la personalidad a las personas eclesiásticas, sino que la supone ya existente. Pero interesa tener en cuenta lo que ya observamos

(9) Cfr. artículo I de la Constitución Pontificia *Provida Mater*, Pio XII, 2 febrero 1947; *Acta Ap. Sedis*, vol. XXXIX, pág. 114 y ss.

en la parte doctrinal y parece descuidado en la redacción del artículo 4.º, principalmente en el número segundo, a saber, que las entidades eclesiásticas, sean o no estrictamente personas jurídicas, pueden obtener su existencia, ya mediante decreto, ya mediante una ley. Verificada la segunda hipótesis, no es precisamente la ley lo que ha de ponerse oficialmente en conocimiento de la autoridad competente del Estado, sino el hecho de haberse cumplido los requisitos de la ley en éste o en otro caso concreto, de donde resulta la constitución de un nuevo organismo eclesiástico. Ahora incumbe a la autoridad civil determinar cómo y a qué autoridad debe hacerse la notificación. Mientras este punto no se regule—y creemos que nunca llegará a hacerse en forma completa—debe considerarse prácticamente reconocida toda nueva entidad eclesiástica, legítimamente erigida o aprobada. Basta que al pretender ésta ejercitar un derecho en el fuero civil, demuestre, cuando sea preciso, la legitimidad de su existencia ante el Derecho canónico.

3. Lo establecido en el *número tercero* acerca de la *gestión* ordinaria y extraordinaria de bienes pertenecientes a la Iglesia así como sobre la *vigilancia* de dicha gestión fluye como necesaria consecuencia de la capacidad jurídica y del carácter eclesiástico de las entidades en cuestión. Por hallarse dotadas estas entidades de capacidad jurídica y no poder ellas mismas ejercitar sus derechos, necesitan valerse de representantes, llámense superiores, administradores, gestores, etc.; y por su carácter de entidades eclesiásticas, tales representantes, lo mismo en el fuero eclesiástico que en el civil, deben designarse y actuar en conformidad con las leyes canónicas, pero cumpliendo también lo prescrito por la ley del Estado para los efectos civiles. La *vigilancia* o *inspección* corresponde necesariamente a la autoridad eclesiástica, aun cuando la actuación haya de efectuarse en el orden civil, porque la inspección compete siempre al respectivo superior. Casos de gestión extraordinaria son, v. gr., la enajenación de bienes y la demanda judicial o la contestación a la demanda.

Concluimos afirmando que el artículo 4.º que hemos comentado contiene una normalización perfecta en punto tan importante como son las relaciones del Estado español con las personas jurídicas eclesiásticas, y es una demostración clara y fehaciente de la sinceridad con que el Estado acepta sus obligaciones para con la Iglesia respetando sus derechos, como la Iglesia respeta los del Estado y coadyuva eficazmente a su plena realización.

El matrimonio de los hijos

(Con motivo del Concordato con la Santa Sede)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. La armonía con el Código de Derecho canónico. 2. Origen de los preceptos del Código civil: a) Las distintas concepciones sobre la familia. b) La doctrina tradicional española. c) Período de transición. d) El derecho francés. e) Antecedentes inmediatos del Código civil. 3. Examen crítico de las disposiciones del Código civil. 4. Legislación extranjera. 5. Posibles modificaciones del articulado del Código civil.

I. *La armonía con el Código de Derecho Canónico.*

En el Protocolo final que forma parte integrante del Concordato con la Santa Sede, se declara: «Las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas con armonía con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código canónico» (1). El Estado español se ha obligado así a promulgar en el plazo de un año (2), las disposiciones de Derecho interno que sean necesarias para la ejecución de lo dispuesto en el precepto citado (art. 36, 2, Conc.).

Se postula, pues, la existencia de una desarmonía entre las aludidas normas civiles y canónicas. Ello hace que, antes de nada, previa a la misma comparación de las reglas y a la determinación del alcance de la desarmonía, se abra esta interrogante: ¿qué carácter habrá de tener la obligada labor correctora?; su contestación permitirá plantearse con seguridad la cuestión final, ¿qué preceptos de nuestras leyes han de ser y hasta dónde es aconsejable que sean corregidos? Problemas merecedores de tranquila meditación, y respecto a los que lo apremiante del plazo acucia a un rápido trabajo previo de desbroce, a reunir elementos de estudio

(1) En el apartado: En relación con el art. 23 B. Can. 1.034: «Parochus graviter filiosfamilias minores hortetur ne nuptias ineant, inscius aut rationaliter invitis parentibus quod si abnuerint, eorum matrimonium ne assistat, nisi consulto prius loci Ordinario.» Can. 1.035: «Onnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur.»

(2) A contar desde el 27 de octubre de 1953, fecha en que se ratifica el Concordato, firmado el 27 de agosto.

y a discutir pros y contras, de modo que se ofrezca en tiempo oportuno a quien corresponda resolverlo, el material de información suficiente para decidirlos de modo fundado (3).

El texto concordado indica, ante todo, con la referencia a «las normas civiles», que se alude a todas las reglas del Derecho positivo español, es decir, en este caso, las del Código civil y las del Código penal (4). Son, pues, estas normas las que el Estado español se ha comprometido a modificar hasta que estén puestas en armonía con los dos cánones expresamente citados.

Esto es claro; pero no será tan fácil fijar el alcance de la frase «serán puestas en armonía». Poner en armonía, es sabido que significa acordar, concordar, sintonizar, concertar; pero esa palabra armonía, en apariencia tan rotunda, no delimita con precisión jurídica el concepto y deja un juego excesivamente amplio a la interpretación de su sentido: desde la mínima exigencia de acabar con la discordia o la contradicción, hasta la aspiración maximalista de inspirarse en los mismos principios informadores.

En el texto convenido no se encuentra apoyo para decidir en favor o en contra de uno u otro extremo. La decisión, si ha de ser motivada, habrá de buscar sus razones fuera del Concordato (5), y parece que ella sólo puede basarse debidamente en la valoración de las mismas reglas civiles y canónicas sobre el consentimiento paterno.

Es probable que, si se tratase de entender el alcance de un Tratado concluído por dos Estados temporales, habría de aconsejarse la interpretación restrictiva, pues es presumible la voluntad y es tendencia general y natural la de reducir en lo posible la concesión, renuncia o sacrificio. El Concordato, en el precepto examinado, no tiene este carácter, no hay choque de los encontrados intereses de dos poderes, resuelto por el allanamiento de uno, sino otro completamente distinto; entre dos modos de regular una materia concreta, se ha preferido la orientación de un ordenamiento universal, nada ajeno a España y a cuya formación tanto han contri-

(3) La materia se ha tratado ampliamente en el seminario de los miércoles (antes de los jueves) del ANUARIO DE DERECHO CIVIL; fueron ponentes los señores Fuenmayor y Romero Vieitez, e intervinieron, entre otros, los señores Cámara, Carnicero, Gimeno, Peña, Rubio, Sánchez Blanco, Vallet. Mucho de lo aquí dicho—y seguramente lo único que valga la pena—reflejará ideas mantenidas o discutidas en dichas reuniones. Sería muy grato poder autorizar, con algunos de los citados ilustres nombres, cualquiera de las afirmaciones hechas en este trabajo, pero el ritmo rapidísimo de la discusión y lo vivaz y hasta entrecruzado de las intervenciones hacen imposible cualquier atribución de opiniones con la debida seguridad. Sólo ha sido posible respecto a la propuesta concreta referida en la nota 81. Parte de este estudio fué leído en dicho seminario.

(4) Se utiliza la clásica contraposición entre Derecho civil en sentido amplio («ius civile») y Derecho canónico, en el sentido de ordenamientos del Estado y de la Iglesia.

(5) El art. 35 del Concordato da como regla, para resolver dudas y dificultades, la de inspirarse en los principios que lo informan; mas aquí se pone en duda si se ha convenido dicho principio informador.

buido nuestros juristas, a costa de unas disposiciones del Código civil, de origen y sentido extraños a la concepción jurídica española (6).

En la cuestión que nos ocupa no juega, ni poco ni mucho, el interés del Estado y hasta el más extremoso de los regalistas no sabría poner reparos razonables a una interpretación amplia del precepto estudiado. Es previsible otro obstáculo, quizá tan grave, el de la justificada inclinación de los juristas a recortar las novedades a introducir en los textos codificados y su también plausible repugnancia para aceptar disposiciones de origen extraño. Por ello, para aclarar ideas y limpiar de prejuicios el camino, quizá no sea superfluo recordar algo sobre el especial significado del Derecho canónico en la formación del Derecho moderno.

Los Derechos romano y germánico se estiman ser, con razón, las dos corrientes originarias del Derecho civil moderno. Junto a ellas, quizá mejor sería decir dentro de ellas, por vía de la interpretación y mediante el correctivo de la equidad, influirá decisivamente el Derecho canónico. La formación bifronte de los antiguos juristas («*utrumque ius*») facilitaba o imponía el contacto entre la concepción romanista y la canónica. El Derecho canónico recibe amplísimamente, a veces sin medida o con exceso, conceptos y reglas romanas («*ius romanorum Ecclesiae romanae*»), hasta en instituciones como el matrimonio. Las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, están hondamente influenciados, y la eficacia de los pactos, la causa, la consideración de la persona tiene su origen en el Derecho canónico. Cierto que no han faltado recelos entre los cultivadores de uno y otro Derecho (7). Hoy, afortunadamente, pueden considerárseles superados. Un canonista, y de la máxima autoridad, ha señalado lo erróneo de la interpretación aceptada por la generalidad de la doctrina canonista y el acierto de los antiguos legistas al respecto, como también la mayor justicia de las soluciones propuestas por los civilistas modernos (8). Ningún desdoro habría para la ciencia del Derecho civil al considerar más exacta, conveniente o justa una regla del tradicional Derecho canónico. En verdad, volviendo a las fuentes o innovando, dando el alcance que sea a este episodio del multiseccular influjo recíproco civil-canónico, el jurista ha de procurar, ante todo, una solución prudente y justa.

Después de estas consideraciones, se podrán formular con todo

(6) Esta afirmación se basa en las consideraciones hechas en los apartados 2 *d*) y *e*)

(7) En las bulas «*Super Speculum*», de Honorio III (1219), y «*Dolentes*», de Inocencio IV (1254), contra la enseñanza del Derecho romano y en la crítica de los legistas hecha por el HOSTIENSE (*Aurea Summa*. III. De clandestina depositione, § 3).

(8) Monseñor EUGENIO PACELLI (hoy, S. S. Pio XII): *La personnalité et la territorialité des Lois, particulièrement dans le Droit canon*, ed. 1945, especialmente págs. 3 y ss.

su alcance las preguntas claves: ¿Es aconsejable limitar la reforma a la supresión de las disposiciones que contradigan abiertamente a los cánones 1.034 y 1.035? ¿Convendrá dar una nueva redacción al articulado del Código civil, inspirándose para ello en el espíritu del Derecho canónico? La elección no cabe hacerla caprichosamente por motivos de simpatía o facilidad, sino, como cualquier otro problema de «*lege ferenda*», teniendo en cuenta nuestro Derecho tradicional y el origen de las disposiciones codificadas, examinando críticamente los preceptos aún en vigor y observando el rumbo de las legislaciones extranjeras modernas; con estos antecedentes y reflexiones será más fácil y habrá más probabilidades de acierto, al considerar las circunstancias de la actual sociedad española y, conforme a ellas, indicar las reglas que parezcan más justas.

2. Origen de los preceptos del Código civil.

a) *Las distintas concepciones de la familia.*—La cuestión de la licencia de los padres para el matrimonio de sus hijos es un detalle de la legislación, hoy quizá de importancia secundaria, pero en cuyo planteamiento y respuesta se reflejan las distintas concepciones sobre la organización de la familia. Muchas se pueden enumerar; mas todas se caracterizan—y se han de juzgar—por su aproximación a una de las dos concepciones extremas: la pagana, basada en el mero instinto y sostenida en el mayor poder social de los jefes de familia, y la cristiana, fundada en el Derecho natural, y que se enfrenta con innumerables prejuicios sociales.

La primera concepción es la dominante en el Derecho de la antigüedad. Nadie desconoce hoy su culmen en la “*potestas vitæ neis que*” del padre (9). No siempre se recuerda su perduración, que este derecho estaba todavía vigente en tiempo de Constantino, y su alcance, que suponía un dominio corporal y espiritual ilimitado e incontrolado. En la materia que aquí interesa quedaba en mano del padre casar a los hijos, elegir con quién (10) y, hasta contraído el matrimonio, conservaba la posibilidad de disolverlo sin contar con la voluntad del hijo (11).

(9) No sólo entre los romanos, sino también los galos (CÉSAR: *De Bello Gallico*, 6, 19, 3) y germanos (HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrecht*, 1930, § 97, pág. 697).

(10) Respecto a las hijas (no de los hijos); para que el egcismo del padre no fuera obstáculo a la política matrimonial de Augusto, se dió la posibilidad de obligarle a dar el consentimiento, si se negaba sin razón, en procedimiento «*extra ordinem*», SCHULZ: *Classical Roman Law*, 1951, § 188, página 112. En D. 23, 2, 19, se manifiesta el posterior desarrollo del precepto: en caso de prohibición injusta o de negarse a dotar, los Procónsules y Presidentes de las provincias podrían ordenar el colocar en matrimonio y dotar.

(11) Aunque, se dice expresamente, se tratase de un matrimonio bien

Los padres de familia educados en estas ideas encontraban—es bien explicable—subversiva y escandalosa la concepción cristiana. Es cierto que ésta declara ser mandato de la ley de Dios honrar a padre y madre, bajo pena de pecado. Mas, en cambio, se le señalan al padre deberes y obligaciones respecto al hijo (12), y su potestad es basada y limitada por su finalidad de guía y protección. La más chocante novedad está en la afirmación de que los hijos no son propiedad del padre, no son siervos, sino libres, que tienen una personalidad propia, digna de respeto, y que el matrimonio ha de ser contraído con plena libertad.

La revolucionaria doctrina nueva, en lo que más importa aquí, se enuncia: «El hombre, desde que llega a la edad de la pubertad—si es de condición libre—, queda emancipado («est suae potestatis») en lo que atañe a su persona, por ejemplo, para obligarse por voto a ingresar en religión o para contraer matrimonio» (13).

No es posible, ni interesa al objeto, examinar despacio la lucha, alternativas e intentos de componendas entre las dos concepciones. Interesa sólo destacar algunos de sus momentos, en cuanto sean decisivos para la suerte de la materia estudiada.

El progreso lento pero seguro y continuado de la concepción cristiana fué interrumpido en el Renacimiento. La idealización de las instituciones clásicas romanas resucita el culto de la «patria potestas» ilimitada (14). La tendencia al absolutismo de los prin-

avenido («bene concordans matrimonium») (SCHULZ, § 226, pág. 134.) Un verso de ENNIO refleja el dolor y el reproche de una hija: «Cur talem invitam cegis linquere» (citado en *Ad Herennium*, II, 24, 38). Sobre la limitación posterior: Paul. Sent. 5, 6, 15 y frag. Vaticana, 116. Sobre el Derecho griego: PAOLI: AFARESI, N. D. II 1 (1937), pág. 217; *Diritto di famiglia (Diritto Greco)*, N. D. II 4 (1938), pág. 860 y ss.; *Matrimonio (Diritto greco)*, N. D. II 8 (1939), pág. 235.

(12) SAN PABLO: *Efes.*, 6, 4; *Colos.*, 3, 21.

(13) SANTO TOMÁS: *Summa Theologica*, 2, 2 q. 88, art. 8, ad. 2, ed. 1778. VI, pág. 317; también, 2, 2 q. 105, art. 5, VI, pág. 473. Comenta SOTO: «El hijo está obligado a obedecer a sus padres en todo lo que sea lícito y honesto, pero como hombre libre. Por lo cual hay muchas cosas que trascienden a la potestad paterna, y en ellas es tan libre el hijo como el padre; así, cuando se trata de contraer matrimonio», Sent. 4, dist. 29, q. 1, art. 4, sol. 3.ª, cita del P. REGINALDO HERNÁNDEZ: *La familia*, 1935, pág. 329.

(14) CALVINO dice: Ellos (los papistas) «han ordenado leyes para confirmar su tiranía; las cuales son, en parte, malas contra Dios, en parte, injustas contra los hombres, como son las que siguen: que los matrimonios celebrados entre los jóvenes que están bajo el poder de sus padres, sin el consentimiento de sus dichos parientes, queden firmes e inmutables» (*Institution de religion chrétienne*, IV, 19, 37).

Recogida por GROCIO la doctrina escolástica, los teóricos de la dirección protestante del Derecho natural se encuentran en graves dificultades para afirmar el poder ilimitado del padre, para imponer o impedir el matrimonio de los hijos: GROCIO: *De iure belli ac pacis*, 2, 5, 10, ed. 1735, I, pág. 272; HEINECCIO: *Praelectiones academicae in H. Grotii, De iure belli ac pacis*, 1746, 2, 5, 10, pág. 297. *Elementa iuris naturae et gentium* (ed. Marín y Mendoza), 1820, II, pág. 57. PUFENDORF, en cambio, aunque reconoce que por Derecho natural el padre no puede anular el matrimonio de su hijo, hecho contra su voluntad, le concede el derecho de excluirle de la sucesión, y admite

cipes y el temor de «las buenas familias» a los matrimonios desiguales, encuentran aliados en diversas direcciones del protestantismo, interesadas en obtener el apoyo de los poderosos y en atacar y desacreditar al Derecho canónico y a la Iglesia católica. Coincidencia de prejuicios e intereses que hará que, en muchos países, se admita que el padre tenía sobre su hijo (como «fructus» o por pertenecer a la casa) un verdadero derecho de propiedad mientras no fuese emancipado, y que se considere legítima la intervención de los gobernantes para obligar y, en todo caso, para impedir ciertos matrimonios (15). La presión de estas ideas, general en los países protestantes, amenazaba extenderse a los católicos; por eso, en el Concilio de Trento, sesión 24, capítulo primero, se condena con excomunión a los que aseguran que son írritos los matrimonios contraídos por hijos de familia sin el consentimiento de sus padres, y que éstos pueden hacerlos ratos o írritos, y, en el capítulo 29, se condena con pena de excomunión, en la que se incurre «ipso facto», a todos los que de algún modo, directa o indirectamente, violenten a otros, de modo que éstos dejen de contraer matrimonio con toda libertad.

Una nueva crecida de la concepción pagana se producirá aún, paradójicamente amparada en el movimiento liberal; en coincidencia, también ahora, con la moda neoclásica. El patriciado que formaba la burguesía liberal reclama para sí omnimoda libertad, y excluye y condena cualquier intervención del Estado en sus derechos «sagrados» de propietarios, de amos y de padres de familia. La patria potestad se pretenderá elevarla también a la condición de «droit le plus absolu», y con este carácter se le tratará de llevar entonces al articulado de los primeros Códigos (16).

el poder de las leyes civiles para conceder al padre tal derecho (*Le Droit de la nature et de gens*, 6, 2, 14, ed. 1754, III, pág. 69). Muy significativa es la postura de los dos Cocceio; Enrique, el padre, sigue la opinión de Grocio, que apoya en diez razones, pero Samuel, el hijo, en sus adiciones, le contradice por siete consideraciones, entre las que parece resulta decisiva la sexta: que por muchos Consistorios evangélicos se habían declarado nulos los matrimonios contraídos sin consentimiento de los padres (HUGONIS GROTII: *De iure belli ac pacis Commentariis*, 2, 5, 10, ed. 1751, II, págs. 269-271). Sobre la situación jurídica en los países nórdicos: VOET (JUAN): *Comeniarius ad Pandektas*, 23, 2, 16, ed. 1716, II, págs. 24-25; HUBER: *Praelectionum iuris romani et hodierni*, D. 23, 2, ed. 1735, III, pág. 1169, § 4 y ss. Sobre la doctrina francesa: nota 40 y ss.

(15) Ejemplo entre tantos puede ser la frase de CICERÓN, que lleva hasta la idolatría el culto del padre, «quem veretur ut Deum» (*Pro Plancio*, 12, 20), que pasa a SHAKESPEARE, «To you, your father should be as a God» (*Midsummer Night's Dream*, I, 1, 47), citas de SCHULZ, pág. 150.

(16) Sobre el movimiento codificador en Francia y España, notas 43 y ss., 49 y ss. Es curiosa la opinión de MONTESQUIEU: le parece que a la prudencia de los padres toca casar a los hijos; piensa que quizá pudiera tolerarse el uso de Inglaterra de que las solteras se casen sin el consentimiento materno, por no admitirse el celibato monástico; que es justo la obligatoriedad del consentimiento en Francia, porque les queda el recurso del monacato; que, en fin, lo menos racional es el uso de Italia y de España, en las que, establecido

b) *La doctrina tradicional española.*—En el antiguo Derecho español se encuentra un número considerable de disposiciones, en las que aparece como obligatoria la intervención del padre, madre, hermanos, tíos, o de los parientes del lado paterno y materno, en el casamiento de las hijas. Así, en el Fuero Juzgo, Fueros Municipales, disposiciones de las Cortes de Nájera llevadas al Fuero Viejo, Fuero Real, Partidas y disposiciones de Cortes recogidas en las Ordenanzas Reales (17). En todas estas disposiciones se trata del casamiento de las hijas o, mejor dicho, de las «mancebas en cabello» (18). En caso de casarse sin la intervención de las personas requeridas, el hecho se sanciona con la desheredación, con pérdida de bienes o con multa (19). Respecto de este conjunto de disposiciones se puede observar que, en realidad, se trata de algo bien distinto de lo que hoy se llama consentimiento paterno; tanto por intervenir los parientes colaterales como por referirse sólo a las doncellas. Parece, más bien, una figura especial del llamado Derecho germánico; el hijo salía de la casa y se emancipaba al establecerse por su cuenta, pero respecto a la hija permanece viva la idea del poder para casarla, propio del jefe de familia, y el recuerdo de la «traditio puellae». Además, hay indicios de que este poder de los parientes no había de ser arbitrario, sino que estaba sometido a límites, para evitar los abusos (20).

Las citadas disposiciones, en cuanto prohibitivas y sancionadoras, planteaban el problema de si eran o no compatibles con las del Derecho canónico, y, en todo caso, cómo se habían de armonizar con ellas, especialmente después del Concilio de Trento. Las cuestiones que ocupan a la doctrina son: ¿es requisito nece-

el monacato, pueden casarse sin consentimiento de los padres (*Del Espíritu de las leyes*, trad. de López Peñalver, 23, 8, ed. 1820, III, pág. 149).

La «liberalización» de la «patria potestas» tiene tanto éxito, que todavía TRENDELENBURG funda la necesidad del requisito del consentimiento paterno en: la obligación del hijo, el derecho del padre y, de otra parte, en lo sospechoso de la fundación de la nueva relación (*Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, pág. 245).

(17) F. J. 3, 1, 8 y 9; F. J. 3, 2, 8. MARTÍNEZ MARINA menciona los fueros municipales de Baeza, Cuenca, Fuentes, Alcalá, Sepúlveda, Cáceres, Salamanca, Zamora y Burgos (*Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de Aragón y Castilla*, 1808, § 248, págs. 204-205. F. V. 5, 5, 1 y 2; F. R. 3, 1, 2, 5 y 6; P. 4, 3, 1; O. R. 5, 1, 2 (N. R. 5, 2, 2), 5, 6, 1).

Modernamente los estudios de: GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español*, A. H. D. E. 18 (1947), páginas 706-761. *Los Fueros de Sepúlveda*, 1953, págs. 485-486; MEREJA, *Notas sobre el poder paternal no Derecho hispanico occidental durante os siglos XII e XIII*, A. H. D. E. 18 (1947), págs. 19 y siguientes.

(18) Es decir, solteras. En F. J. 3, 1, 8 se habla de hijos e hijas, pero respecto de aquéllos no se sanciona la intervención de los familiares.

(19) En general, la desheredación o apartamiento de la herencia; en algunos fueros, multa (Alcalá, Sepúlveda, etc.); sanciones más amplias y graves (pues se trata de una clandestinidad) en P. 4. 3. 5.

(20) Se tiene en cuenta la edad de la doncella y si los hermanos no la casan por deseo de heredarla a ella. F. J. 3, 1, 9; F. V. 5, 5, 2; F. R. 3, 1, 2.

sario del matrimonio el consentimiento paterno?, ¿la falta de consentimiento hace al matrimonio nulo o impugnabile?, ¿los que contraen matrimonio sin obtener el consentimiento paterno han de o pueden ser sancionados, en especial mediante desheredación? Todas se discuten ampliamente, formándose respecto de ellas una sólida y compacta opinión común (21).

Ante todo, había de resolverse la cuestión previa respecto al posible choque entre las disposiciones canónicas y el Derecho real. Generalmente, se advierte que el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales y el Fuero Real requerían para su vigencia la prueba de su uso, y que, no usándose de hecho en esta materia, sus preceptos carecían de eficacia. Las Leyes de Partidas se contradicen entre sí y se han de considerar corregidas conforme a la regulación canónica (22). La disposición de Juan II, recogida en las Ordenanzas reales, carece de validez, al no haber sido incluida en la Nueva Recopilación (23). Mas, de todos modos, se añade que no tienen valor en lo que contradigan a las reglas del Derecho canónico: pues, dicen enérgicamente los autores, respecto al sacramento del matrimonio, como sobre todas las cuestiones espirituales, tiene competencia primaria y preferente la regulación canónica: «no se puede meter la hoz en la mies de la Iglesia» (24).

Establecida la competencia normativa, se obtendrán lógica y fácilmente las consecuencias. Los hijos están obligados moralmente

(21) Para evitar repeticiones, se indican ahora los autores utilizados, lo que permitirá citar en adelante sólo los que discrepen, en algún punto, de la opinión general o la sostengan con argumentos originales. Los autores cuya doctrina se utiliza son los siguientes: DÍAZ DE MONTALVO, gl. a F. R. 3. 1, 2 gl. (b), ed. 1781, II, págs. 5-6; GREGORIO LÓPEZ, gl. a P. 4. 1, 10 gl. 4. P. 4. 3. 5, gl. 3, P. 7. 6, 8, gl. 8; DIEGO PÉREZ: *Ordenaciones reales de Castilla*, O. R. 5. 1, 1, y 2, 5. 6, 1, ed. 1779, II, págs. 933, 936, 940; 1084; VILLADIEGO: *Forus antiquus gothorum*, F. J. 3. 2, 8, ed. 1600, fol. 192; GUTIÉRREZ: *Practicarum Quaestionum*, 2. 1, ed. 1780, págs. 166-169; ANTONIO GÓMEZ: *Ad leges Tauri commetarum absolutissimum*, 49 L. T., § 2, ed. 1780, página 562; RODRIGO SUÁREZ: *Lectura l. 2 de los casamientos*, ed. 1588, II, folios 137-143; MATHEZENO: *Commentaria*, N. R. 5. 1, 2, gl. 4, ed. 1613, folio 27, vto., 28; ACEVEDO: *Commentariorum juris civilis Hispaniae Regiae Constitutiones*, N. R. 5. 1, 2, ed. 1597, fol. 8 y ss.; MOLINA: *De hispanorum primogeniorum*, 2. 16, § 6 y ss., ed. 1650, pág. 331; OLANO: *Concordia et nova reductio antinomiarum*, 1575, letra P. § 10, págs. 204-205; COVARRUBIAS: *De matrimonio*, 2. 3, § 8, ed. 1762, págs. 189-191; SÁNCHEZ: *Disputationum de Sancto matrimonii Sacramento*, 3. disp. 22-26, ed. 1602, págs. 796-815. Opinión aislada, sin eco en la doctrina, mantiene MOLINA (quizá por atender a la situación especial de Portugal): *De iustitia et iure*, 2. disp. 176, § 16-28, edición 1783, I, p. 395-398. Sobre el Derecho catalán, VIVES: *Traducción al castellano de las Usages y demás Derechos de Cataluña*, 1862, II, pág. 153 y siguientes; DE DOU: *Instituciones de Derecho público general de España*, 1800, I, pág. 130. Sobre el Derecho navarro, ALONSO: *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra*, 1848, I, pág. 112 y ss.

(22) Ya que P. 7. 6, 8 dispone que, por «otra razón cualquiera» de desheredación, ésta no valga, lo que ya advirtió GREGORIO LÓPEZ, P. 4. 1, 10, gl. 4.

(23) No se consideran que chocan las disposiciones que sancionan otros hechos, aunque sean conexos a la falta de consentimiento paterno: Nov. 115: N. R. 5. 1, 2.

(24) GREGORIO LÓPEZ, P. 4. 1, 10, gl. 4.

a pedir consejo a sus padres, antes de contraer matrimonio, bajo pena hasta de pecado mortal, y es muy recomendado que atiendan a sus deseos e intereses; pero no están obligados a seguir las órdenes o consejos paternos en esta materia.

La falta de consentimiento de los padres al matrimonio—y menos aún la de los otros parientes—no afecta, pues, a la validez del matrimonio; no es impedimento dirimente. Antes del Concilio de Trento, y basándose en la ley 49 de Toro, se pudo creer que era clandestino (por tanto, nulo y sancionable) el matrimonio contraído sin consentimiento de los padres (25). Mas sin razón, pues es cosa distinta la ocultación (con el consiguiente desconocimiento o ignorancia) y la celebración pública realizada no obstante la oposición paterna. Toda duda desapareció con el Concilio de Trento y su definición de la clandestinidad; no será impugnabile el matrimonio celebrado sin consentimiento de los padres, pues lo que se requiere es que sea hecho ante el párroco y los testigos.

Gran cuidado y particular énfasis se emplea en exponer la justificación del criterio señalado. Los padres carecen de poder sobre el matrimonio de sus hijos, porque así lo dispone el Derecho natural. El hijo es una persona libre; el menor, aun el que está bajo patria potestad, es «sui iuris» en lo que respecta a la elección de su estado (26). El respeto a la persona así lo exige.

Cuestión de gran importancia práctica es la de la vigencia de las penas de desheredación. La doctrina se decidirá en favor de su completa ineficacia. La razón está en que se consideran contradictorias al espíritu del Derecho canónico. La desheredación es una pena grave, que priva al hijo de su derecho adquirido a la legítima. El Derecho canónico condena no sólo lo que suprime la libertad para contraer matrimonio, sino todo lo que pueda disminuir considerablemente dicha libertad. Además, el matrimonio del hijo no puede considerarse injuria hecha al padre, y hasta en el supuesto (que se niega) de que la hubiera, ha de considerarse preferible permitirle que consentir un ataque a la libertad matrimonial (27).

c) *Periodo de transición.*—Hasta bien avanzada ya la segunda mitad del siglo XVIII, se mantendrá, sin variación alguna, la situación jurídica descrita. En 1776 comienza, en esta materia, una nueva época. Sus causas no son muy claras. Se ha dicho que tuvo por objeto el excluir (por matrimonio no consentido) de la sucesión a la Corona al Infante don Luis y a su descendencia (28). El le-

(25) Por no haberlo conocido las personas más interesadas (PÉREZ, loc. cit., pág. 933).

(26) SÁNCHEZ, loc. cit., § 6, pág. 797.

(27) Esta es la doctrina dominante (Suárez, Olano, Molina, Acevedo, Gutiérrez, Mathienzo, Sánchez, etc.); surgen dudas en casos especiales: hija que case con marido indigno, con orfado del padre, contra la ley que imponga pedir consejo al padre.

(28) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, I, pág. 62.

gislador dice que su propósito es que se «eviten los esponsales entre personas notablemente desiguales y se restablezca el respeto debido a los padres y mayores, a fin de que en punto de tanta importancia los hijos de familia obren con su precisa dirección y consentimiento». Poniendo de relieve que, al hacer esto, se procura «la puntual observancia de lo dispuesto en el Santo Concilio de Trento» y se obra conforme al criterio de la Iglesia, que «en todos tiempos detestó y prohíbe los matrimonios que se celebren sin noticia o contra el justo y racional disenso de los padres», manifestado en la Encíclica de 17 de noviembre de 1741, de Su Santidad Benedicto XIV, en la que «encarga que cuidadosamente se examine y averigüe la cualidad, grado, condición y estado de las personas que soliciten contraerlos, y particularmente si son hijos de familias cuyos padres justamente disienten la celebración de dichos matrimonios» (29).

El sistema de la Pragmática Sanción de 23 de marzo de 1776 es el siguiente: Se impone como requisito para celebrar matrimonio que los hijos de familia menores de veinticinco años obtengan consejo y consentimiento por este orden: de su padre o madre, o abuelos, o dos parientes más cercanos, o de los tutores o curadores, éstos con aprobación del Juez Real (§ 1). Los mayores de veinticinco años cumplen con pedir el consejo paterno. Si se contrae el matrimonio sin dichos consentimiento o consejo, los contrayentes y sus hijos y descendientes quedan inhábiles y privados de todos efectos civiles: «como el derecho a pedir dote o legítima y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres» de sus padres y abuelos, y además de ello sería causa justa de desheredación (§ 3); en fin, se les priva, tanto de los que poseyeran como de los que tuviesen derecho de suceder, de los vínculos, patronatos y demás derechos perpetuos de familia (§ 4) (30); sólo, se añade, «no se priva a los contraventores de los alimentos correspondientes» (§ 5). Los mayores de veinticinco años cumplen con pedir consejo paterno «para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilación» (§ 6). La obligación del consentimiento y consejo se modera para precaver el «abuso y exceso en que pueden incurrir los padres y parientes en agravio y perjuicio del arbitrio y libertad que tienen los hijos para la elección de estado a que su vocación les llama», «pues ha manifestado la experiencia que muchas veces los padres y parientes, por fines particulares e intereses privados, intentan impedir que los hijos se casen y los destinan a otro estado contra su voluntad y vocación o se resisten a consentir el matrimonio justo y honesto que desean con-

(29) R. C. 23 de marzo de 1776. PÉREZ LÓPEZ: *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 1797. XIX, págs. 401-402. Esta cédula no está recogida en la Novísima Recopilación; lo está la Real Pragmática, a la que acompaña (Nov. 10. 2. 9 de igual fecha).

(30) En la disposición paralela a ésta (§ 12), aplicable a la sucesión de la Corona, es al decir de GARCÍA GOYENA, loc. cit. nota 28, donde se le *enreda violentamente* al Infante don Luis.

traer sus hijos, queriéndolos casar violentamente con persona a que tienen repugnancia, atendiendo regularmente más a las conveniencias temporales que a los altos fines para que fué instituido el santo Sacramento del Matrimonio» (§ 7). Al efecto, si los encargados de dar consentimiento impidiesen «matrimonios justos y honestos», «si no tuviesen justa y racional causa para negarlo, como lo sería si el tal matrimonio ofendiese gravemente el honor de la familia o perjudicase gravemente al Estado» (§ 8), contra tal «irracional disenso» se admite recurso sumario a la Justicia Real ordinaria y, enalzada, al Consejo, Chancillería o Audiencia (§ 9).

En apariencia, la Pragmática se propone sólo reforzar el mandato canónico, que «de honestate» requiere el consentimiento y consejo de los padres; pero, en el fondo, cambia el espíritu de la institución. Ahora, el consentimiento o consejo son requisitos con trascendencia jurídica plena, de los que sólo se podrá prescindir impunemente en caso de probado ejercicio abusivo; no tenerlos en cuenta es una «injuria» al Estado, más que a los parientes, merecedora de gravísima sanción. Además, se considera preponderante el aspecto mundano del matrimonio, el honor e interés de la familia, «el evitar el abuso de los matrimonios desiguales». En fin, se hace depender el matrimonio canónico, en último término, de la decisión de una autoridad temporal. Ello, no obstante, lo habilitoso de la redacción y la válvula de seguridad del recurso, evitan se adviertan estas novedades y no choquen abierta y violentamente con la doctrina tradicional en la materia.

El nuevo sistema, sin embargo, no debió resultar en la práctica del todo satisfactorio, dado el número de posteriores disposiciones complementarias y modificativas (31). El mismo legislador, al resolver un caso particular, dirá: «He reflexionado la dureza y repugnancia que trae consigo el que por la inconsideración o contravención, tal vez inadvertida, de una determinada persona, se castigue a toda una generación futura que pueda derivarse de ella» (32).

Cambio más importante significa el Decreto de 1803, que modifica en un doble sentido el anterior sistema legal (33). En vez de la edad única de los veinticinco años, se establece una pluralidad de edades, según el sexo del que vaya a casarse y la persona que haya de consentir. La escala es de veinticinco, veinticuatro,

(31) PÉREZ Y LÓPEZ menciona trece respecto a la Península y varias más respecto a las Indias (loc. cit., págs. 405-431). Especialmente importante es la R. C. de 26 de mayo de 1783, que dispone que, ejecutoriado el justo y racional disenso del padre y permaneciendo en él, no puede la madre instituir heredero «al tal hijo inobediente», ni hacerle donación alguna; también el R. D. de 26 de diciembre de 1790 que, por el contrario, requiere, además, para la sanción que los padres o abuelos desobedecidos, «los deshereden o privaren expresamente de la sucesión o derecho a pedir efectos civiles o bienes libres». Esta última disposición fué recogida en nota 3 a Nov. 10, 2, 9.

(32) Resolviendo un caso particular de un matrimonio contraído en 1780, sin consentimiento ni noticia de los padres.

(33) Decreto de 10 de abril de 1803, inserto en pragmática del 28, Nov. 10, 2, 18.

veintitrés y veintidós años para los hijos, y veintitrés, veintidós, veintiuno y veinte para las hijas, conforme sea el padre, madre, abuelos o tutor los que hayan de prestar consentimiento. Además, se establece que ninguno de éstos «estará obligado a dar la razón ni explicar la causa de su resistencia o disenso»; ello, no obstante, si se trata de matrimonio de la clase que requiere el Real Permiso, se admite recurso al Rey, a la Cámara, al Gobernador del Consejo y a los jefes respectivos, en sus casos, para que por medio de informes que se crean convenientes «se conceda o niegue el permiso o habilitación correspondiente para que estos matrimonios puedan tener o no lugar»; en las demás clases del Estado se da el recurso ante los Presidentes de Chancillería y Audiencia y el Regente de la de Asturias.

En lo sucesivo se acentuará esta degradación del significado del consentimiento paterno, hasta el extremo de ser convertido, de hecho, en un pretexto para una intervención administrativa más. El medio utilizado para ello no pudo ser más sencillo y eficaz. El Decreto de Cortes de 14 de abril de 1813 confirió al jefe político de cada provincia la facultad de conceder o negar la licencia para casarse a los hijos de familia, en los casos a que se refiere la Pragmática de 1803 (34). La Ley para el Gobierno de las provincias de 2 de abril de 1845 dispuso que correspondía al jefe político «suplir o negar el consentimiento paterno en los casos en que los hijos de familia o menores quieran contraer matrimonio» (35).

d) *El Derecho francés*.—Para conocer las causas principales que originan las disposiciones aún vigentes del Código civil, parece imprescindible aludir al Derecho francés; pues el cambio radical que en nuestro Derecho significa el Proyecto de 1851 y luego la Ley de 1862, sólo se explica por el influjo que la doctrina francesa ejercía sobre los juristas décimonónicos. Conforme al propósito de este estudio, bastarán unas referencias muy concisas.

Las disposiciones francesas antiguas parece que, como las españolas, se ocupaban sólo del matrimonio de las hijas (36). En muchas de las costumbres, además, se consideraban emancipados a los hijos que tenían veinte años cumplidos. De hecho, en la segunda mitad del siglo XVI, no se conocía ninguna sanción

(34) Por R. D. de 30 de agosto de 1836 se restableció, después de la derogación que, como precepto constitucional, sufriera.

(35) Antes, art. 261. Ley para el Gobierno económico político de 3 de febrero de 1823. Desde el R. D. de 28 de diciembre de 1849 se dan al Gobernador civil todas las atribuciones que antes tenía el Jefe político. La Ley procesal de 1855 atribuye al Juez el poder de dar la licencia al menor para contraer matrimonio, si carece de padre, madre o curador (arts. 1.367. 1.368).

(36) «Lex alemannorum», 54, 1; capitulaciones recopiladas por Benedictus Levita, 7, 463; citados por POTHIER: *Traité du contrat du mariage*, 4. § 323; *Oeuvres*, 1818. VIII, pág. 218.

para el matrimonio contraído por los menores sin el consentimiento paterno (37).

Podría suponerse, por ello, que hubiera sido fácil en Francia el mantenimiento de la doctrina canónica. No fué así. Probablemente, causas de muy distinto carácter concurren a este resultado. La concepción del matrimonio como medio de forjar alianzas entre las familias y de unir bienes e influencia, el temor de las clases más influyentes (nobleza de espada y toga, gran burguesía, hacendados campesinos) a los matrimonios desiguales, los arraigados prejuicios de los hugonotes y otros descontentos, a los que no se quería herir y, sobre todo, la enemiga contra el Concilio de Trento, a cuyas decisiones los Reyes franceses negaron siempre el «placet» (38).

Sucesivamente, se darán las siguientes disposiciones: el edicto de febrero de 1556, que establece la obligatoriedad del consentimiento de los padres hasta que los hijos cumplan treinta años, bajo la sanción de ser ello causa de desheredación y revocación de donaciones; después de los treinta años bastará se avise del proyectado matrimonio por dos veces («sommations respectueuses») (39); las Ordenanzas de Blois (arts. 40, 41) de Enrique III, en 1579, que lo confirman y prohíben a los párrocos celebrar los matrimonios incumpliendo sus mandatos, bajo pena de ser considerados cómplices del crimen de raptó; la declaración de Luis XIII de 26 de noviembre de 1639, que declara a las viudas, hijos e hijas menores de veinticinco años que se casen contra lo prevenido en las citadas Ordenanzas, indignos e incapaces de suceder a sus ascendientes y parientes directos y colaterales, pasando estos bienes al Fisco.

La situación jurídica, no obstante, era indecisa e insatisfactoria, pues no podía cerrarse los ojos a la vigencia del Derecho canónico, respecto al matrimonio canónico en un país católico. Para justificarse, la doctrina utilizará el artificio de presumir clandestino y celebrado por efecto de la seducción (unilateral o recíproca) a todo matrimonio celebrado sin el debido consentimiento paterno (40). Con lo que, si se consigue ocultar la contradicción con el

(37) Como se deduce del edicto de Enrique II, de febrero de 1556; POTHIER, loc. cit., § 324, págs. 218-219.

(38) Por considerarlo atentatorio a las prerrogativas del poder secular (POTHIER, id., § 349, pág. 248).

(39) Se dice ocasionado por la promesa de matrimonio dada por el Duque de Montmorency a mademoiselle de Piensie, sin consentimiento del condestable; e interesaba relevar al Duque de la promesa (el Papa Paulo IV retardaba la concesión de dispensa) para que se casase con madame de Farnèse, hija natural de Enrique II (lo que aurentaría el poder de la casa de Montmorency frente a la casa de Guise).

(40) Además de criticar al Concilio de Trento, alegar una supuesta actitud contraria a la antigua Iglesia griega y de la contemporánea francesa, y de intentar una interpretación restrictiva del Concilio. Muy importante (con gran repercusión en los autores españoles del siglo XIX). D'AGUESSEAU:

Derecho canónico, en el fondo se agrava, ya que así se declaran nulos matrimonios contraídos con todos los requisitos exigidos por la Iglesia. Mas para lograr una imagen completa de la situación, es preciso tener presente lo impreciso y flexible de la práctica judicial; que si bien haría imposible predecir el resultado de los pleitos en esta materia, también evita los casos de injusticia más escandalosa, considerando que ciertas especiales circunstancias permitían dar por válidos algunos matrimonios celebrados sin autorización de los padres. Se entiende que «la nulidad puede repararse por el largo silencio del padre, la larga cohabitación del hijo y por el nuevo consentimiento que éste dé a su matrimonio después de su mayoría» (41). La doctrina admite, y además cita varias resoluciones judiciales en su apoyo, que no obstante la oposición paterna o de las otras personas que en su defecto deben consentir, se puede tener en cuenta la injusticia de la negativa, que resulte evidente de lo ventajoso del matrimonio concertado, y entonces deberá el juez dispensar del consentimiento, considerando la opinión de los demás parientes (42).

El llamado Derecho revolucionario no lo fué mucho en esta materia. La Ley de 20 de septiembre de 1792 se limitó a restringir el requisito del consentimiento de la familia, ya que lo exige bajo pena de nulidad sólo respecto de los menores de veintiún años y a suprimir la necesidad de las notificaciones respetuosas de los mayores de esta edad. Los thermidorianos, redactores del Código, consideraron demasiado avanzada esta Ley, y adoptaron un sistema en el fondo más retrógrado que el propio del antiguo régimen (43). Encubriéndolo en las galas retóricas de la época, se trató de revivir el culto romano al padre (44) como «primer magis-

XXX *Plaidoyer* (27 de abril de 1694). *Oeuvres*, 1762, III, págs. 69-96; cuyos argumentos recoge y aprueba POTHIER, loc. cit., § 526, págs. 224-225.

El calificativo de «artificio» empleado en el texto lo utiliza JULIOT DE LA MORANDIÈRE: *Traité de Droit civil*, 1953, I, § 534, pág. 322. Lo merece porque, como presunción invencible en la práctica, sirve para enmascarar a medias la contradicción con la legislación canónica. Igualmente resulta poco serio decir que la «desigualdad de las personas» no ha de tenerse en cuenta en un «Reino cristiano», y concluir después que esa desigualdad «sirve siempre para presumir que un hombre que contrae un matrimonio indigno de su nacimiento, no ha sido libre y que su consentimiento no ha sido voluntario» (D'AGUESSEAU: *Septième Plaidoyer* (19 de julio de 1691); *Oeuvres*, II, págs. 165-166).

(41) D'AGUESSEAU: *VII Plaidoyer*, *Oeuvres*, II, pág. 171.

(42) POTHIER, loc. cit., § 332 y allí citadas.

(43) Lo que tácitamente reconoce GILLET: *Discours*, núm. 19, *Code civil* *summa de l'exposé des motifs* X, 1820, II, pág. 310 ss.

(44) «Nos ha parecido útil para las costumbres el hacer revivir esa especie de culto rendido por la piedad filial al carácter de dignidad y, me atrevo a decir, de majestad que la naturaleza misma parece haber impreso sobre los que son para nosotros, sobre la tierra, la imagen y hasta los ministros del Creador.» PORTALIS: *Exposé des motifs*, loc. cit., II, pág. 230: «Divinidad doméstica y tutelar» a la que ha de rendir el hijo culto «toda su vida»; «la piedad filial adorando la piedad paterna, REAL: *Exposé des motifs*.. núm. 31, loc. cit., pág. 185. Palabras en las que la influencia romanizadora se notará mejor si se recuerda

trado de su familia" (45); "los padres entran en el reparto de la autoridad con los legisladores, en un país en que los legisladores son padres" (46).

El Código civil francés dispone que hasta los veinticinco años el hijo y hasta los veintiuno las hijas necesitan para casarse el consentimiento de sus padres (47). A falta del consentimiento debido, el matrimonio es anulable; pueden impugnarlo sólo las personas cuyo consentimiento se requiere y los mismos esposos (artículo 182); pero aquéllos pierden tal facultad si de modo expreso o tácito aprueban el matrimonio o dejan transcurrir, sin reclamación, un año desde que tuvieron conocimiento del matrimonio; los esposos no podrán tampoco intentar la anulación si han dejado pasar un año desde que alcanzaran la edad competente para consentir por sí mismos el matrimonio (art. 183). También se establece para los mayores la obligación de pedir consejo por un acto respetuoso y formal (48).

e) *Antecedentes inmediatos del Código civil.*—El movimiento codificador lleva consigo, como arrastre de su origen, muchas características de la ideología liberal de su tiempo, entre ellas la simpatía por la concepción patriarcal de la familia y hasta por la patria potestad romana (49). La tradición jurídica, muy viva aún en la sociedad española, impone importantes recortes a tales influencias, progresistas en la forma y reaccionarias en el fondo (50). Respecto al consentimiento paterno, el respeto arraigadísimo hacia lo dispuesto en el Concilio de Trento (51) imponía reconocer la eficacia de los matrimonios canónicos válidos, según el Concilio, aun faltos del previo consentimiento paterno (52).

el espíritu del Derecho consuetudinario: «Droit de puissance paternelle n'a lieu.» (Loysel).

(45) GILLET: *Rapport*, núm. 16, loc. cit., II, pág. 271.

(46) BOUTTEVILLE: *Discours*, núm. 17, loc. cit., II, pág. 287. Era tan grande el predominio del interés familiar, que hubo oposición a que se buscara alguien que diera el consentimiento al matrimonio del hijo natural, «porque no pertenece a nadie». *Procès-verbaux du Conseil d'Etat*, s. d., I, pág. 243.

(47) Art. 148. En caso de disenso entre los padres, basta el consentimiento paterno. Los artículos 149 y 150 señalan qué personas han de consentir a falta de uno o ambos padres.

(48) Art. 151. Sobre el consejo: BIGOT DE PRÉAMENEU: *Exposé des motifs*, núm. 18, II, pág. 299 ss.; GILLET: *Discours*, núm. 19, II, p. 310 ss.

(49) MARTÍNEZ MARINA dice con gusto (aunque con falta de exactitud) que se «reputó en nuestra antigua jurisprudencia como un derecho de propiedad», § 247, pág. 264.

(50) Lo que se advierte en que el Código francés no admite otra causa de pérdida de la patria potestad que la mayoría de edad y la emancipación (art. 372), y, en cambio, el Derecho español conoce la posibilidad de privar al padre de la patria potestad, en caso de abuso, siguiendo a las Partidas, art. 162, Proyecto de 1851.

(51) Que llega hasta ser un hábito social, expresado en la frase tan repetida: «casados como manda el Santo Concilio de Trento».

(52) También, quizá, influyera la experiencia francesa, cuya jurisprudencia mostraba casos como el de un individuo casado tres veces (con hijos de

Los redactores del Proyecto de Código civil de 1851, un tanto a regañadientes (53), aceptan las líneas de la legislación anterior. Requieren el consentimiento paterno para el hijo menor de veintitrés años y para la hija menor de veinte años (art. 51); se establece como sanción que la falta de este consentimiento sea causa para desheredar a los hijos y descendientes (art. 3.º) y no se exige el consejo para los mayores (54). En donde se abandona claramente la dirección tradicional es al proponer que contra el disenso del padre y demás personas autorizadas a prestar consentimiento «no se admitirá recurso alguno» (art. 53).

Esta novedad significa un cambio básico de la institución. «El decoro de la familia» (55) se estima más que el respeto a la persona y que la libertad para contraer matrimonio. Mas, seguramente, la doctrina no se dió cuenta exacta del alcance del cambio propuesto y se inclinó a su favor por la natural repugnancia a que decidieran sobre la racionalidad del disenso los jefes políticos, carentes de autoridad moral para ello y sospechosos de parcialidad política en sus decisiones.

El general descontento que existía contra la legislación vigente, por esta causa, determinará la Ley de 20 de junio de 1862 (56). Esta Ley sigue, en sus líneas generales, al Proyecto de 1851 (57). Se establece la obligatoriedad del consentimiento (art. 1.º) y no se admite recurso alguno contra el disenso (art. 14). Las diferencias fundamentales con el Proyecto son dos. El Proyecto de 1851 concibe el consentimiento como una facultad derivada de la patria

todos los matrimonios), respecto a los que la familia hace la «vista gorda» para pedir después la nulidad de los dos primeros, celebrados con personas de «inferior condición», al conseguir que se case (*tercer matrimonio*) con persona acomodada y de calidad. Proceso de Pierre L'Escuyer, Anne Pousse (primera mujer) y su hija, Elisabeth de la Senserie (segunda mujer) y Anne de Corneil (tercera mujer). D'AGUESSEAU: *VII Plaidoyer*, II, págs. 136-187.

Entre los precedentes españoles, es excepcional el proyecto del Código civil progresista de 1821, que dice «induce nulidad del matrimonio» la «falta de aprobación» al matrimonio de los menores de veinticinco a veinte años, que deben dar los padres, abuelos, parientes o tutor, si no es suplida por el jefe político (art. 303).

(53) GARCÍA GOYENA reproduce los argumentos de la doctrina francesa contra lo dispuesto en el Concilio de Trento, I, pág. 62.

(54) Lo que se justifica diciendo: que esta muestra de respeto «¿qué buen hijo no la dará cuando alimente la menor esperanza de obtenerla? Si no lo es o no alimenta esperanza, sólo se conseguirá en aquellos momentos de exacerbación del padre, y de pasión del hijo, ensanchar y enconar la herida a fuerza de poner el dedo en ella». GARCÍA GOYENA, I, pág. 63.

(55) GARCÍA GOYENA, I, pág. 65.

(56) El reproche más corriente es que era muy raro que se considerase racional el disenso. GARCÍA GOYENA, I, pág. 67; CÁRDENAS: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil, 1852*, pág. 8; GÓMEZ DE LA SERNA: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, ed. 1851, pág. 213; GUTIÉRREZ: *Código o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, ed. 1868, I, pág. 230.

(57) Los artículos fundamentales 1.º y 14 son copia de los artículos 51 y 53 del Proyecto.

potestad y de la tutela. En cambio, la Ley de 1862 recoge lo dispuesto en las Pragmáticas de 1776 y 1803 y a falta de los padres corresponde el consentir sucesivamente al abuelo paterno y materno, al curador testamentario (antes tutor) y al juez de primera instancia; con la novedad, además, que la Ley de 1862 requiere que el curador como el juez procedan en unión de la junta de parientes (art. 3.º); la que es regulada con prolijo e innecesario detallismo (arts. 4-11). Se separa también del Proyecto de 1851, en que se impone a los hijos mayores de veintitrés años y a las hijas mayores de veinte pedir previamente consejo a sus padres y abuelos para contraer matrimonio (art. 15) (58). En fin, aunque la ley no lo diga expresamente, quedó suprimida la pena de la desheredación y se deja la sanción del incumplimiento de las obligaciones de pedir consentimiento y consejo, a las disposiciones del Código penal (59).

Ni una ni otra innovación de las primeramente señaladas obtuvieron la esperada general buena acogida. Con motivo se hacen reservas y objeciones. Justificadamente se criticaba la intervención de los gobernadores y probablemente habría razones para censurar los precedentes por los que se había guiado la administración; pero nada de ello bastaba para justificar que se rechace todo recurso (60) y llegar hasta el extremo más contrario al espíritu de nuestra legislación de reconocer «la autoridad absoluta del padre o del tutor» (61) e imponer como leyes irrevocables sus abusos, con daño irreparable de las personas y a costa, incluso, de la moral y de las buenas costumbres (62).

(58) Por iniciativa de LA SERNA, GUTIÉRREZ, I, pág. 258.

(59) Sobre el porqué del abandono de la pena o causa de desheredación, reconociendo la crítica decisiva de ARRAZOLA: *Gutiérrez*, II, pág. 256.

(60) GARCÍA GOYENA: I, pág. 67, da como única razón que «el legislador debe descansar enteramente en el amor y la prudencia de las personas cuyo consentimiento se requiere». GÓMEZ DE LA SERNA: «Debemos decir ingenuamente que más que por el defecto de la ley, por el modo de aplicarla, se dan los malos resultados criticables, ed. 1851, I, pág. 213; reconociendo que «ha sido necesario precaver los abusos que un padre obcecado pudiera ocasionar a sus hijos», id., pág. 211; después de publicada la ley de 1862, la justificará sólo porque «cierra la puerta a reclamaciones frecuentemente infundadas y corta los abusos» a que daban lugar las actuaciones de las autoridades administrativas, ed. 1881, I, § 65, pág. 323.

(61) CÁRDENAS, pág. 8.

(62) Se dirá, por eso, que tiene «esa prohibición los inconvenientes inseparables de todo precepto absoluto y general. Respetos de familia, sentimientos de decoro, han de hacernos sentir que no se haya dejado abierta una puerta a la excepción». GUTIÉRREZ, I, pág. 255. También que «no siempre la oposición es razonable; que si miran con indiferencia los hijos las riquezas, a veces los padres les conceden demasiada importancia en sus determinaciones», «es un acto (el matrimonio) de tal manera inherente a la personalidad humana, y de tal manera afecto a la felicidad del individuo o a su desgracia real o presunta», «que no vacilamos un momento en asentir completamente a la doctrina de la Iglesia, siempre luz, siempre verdad y siempre en el fiel de la balanza entre todos los derechos; de que el consentimiento debe pedirse; que el hijo tiene una obligación moral de solicitarlo; que las nupcias inconsentidas son repugnantes, pero que no debiera exigirse como requisito indispensable para el

3. *Examen crítico de las disposiciones del Código civil.*

El grupo de artículos numerados del 45 al 50 del Código es uno de los menos afortunados de nuestro primer texto legal; y tanto por su contenido injustificado como por su desdichada formulación técnica. Lo que se explica quizá por proceder del Proyecto de 1882, cuando aún no se habían dado las sabias instrucciones de la primera base de la Ley de 1888. En efecto, no se inspira en «el sentido y capital pensamiento» del «Derecho histórico patrio», ni se limita a «regularizar, allanar y armonizar» las leyes entonces vigentes, ni siquiera toma por guía el Proyecto de 1851; ha resultado una mezcla incoherente de alguna regla de este Proyecto, de la Ley de 1862, de disposiciones de origen extranjero, especialmente del Código portugués, combinadas con falta de criterio propio y en tal desconexión con los restantes preceptos del Código, que parece un cuerpo extraño engarzado en él por un caprichoso azar.

Esta carencia de unidad resalta, en cuanto se trata de saber cuál sea el fundamento y naturaleza de la licencia para contraer matrimonio. Los autores se han encontrado en la necesidad de concluir que no se deriva de la autoridad paterna ni de la tutelar, ya que se requiere licencia de los abuelos sin tener en cuenta su posible condición de tutor; se le calificará por ello de «intervención de la familia», por el «interés de la familia» y se dice que «su fundamento consiste sólo en ser miembros de la familia» (63). Se afirme esto o se diga sólo que no deriva de la patria potestad (64), se llegará necesariamente a resultados inadmisibles o ilógicos, pues la sistemática del Código sobre la situación de las personas gira en torno de la patria potestad y de la tutela. Bastará para convencerse con hacer una simple enumeración de casos.

La frase «al menor de edad que no haya obtenido la licencia» (artículo 45, 1.º) comprenderá a todos los menores, incluso a los emancipados, ya que la emancipación es referida a la salida de la patria potestad y de la tutela (arts. 167, 278, 315).

Al padre hay que pedir la licencia, a menos de faltar o de hallarse impedido (art. 46). No conoce el Código la figura del impedimento legal y, por tanto, ese «hallarse impedido» habría que referirlo al impedimento físico (como en el art. 1.441). Con lo que, si fuera cierto—como se dice—que la patria potestad no es tenida en cuenta, resultará imprescindible pedir licencia al padre en todos los siguientes casos: cuando esté privado de la potestad paterna por sentencia en causa criminal (arts. 169, 229, 170), o por senten-

matrimonio de los menores». ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Consentimiento (de los padres o curadores para el matrimonio de los hijos), ed. 1874. págs. 508-509.

(63) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, 1912, V, 1.º, págs. 465-466.

(64) MUCIUS SCAVEOLA, ORTEGA LORCA: *Código civil comentado*, ed. 1946, II, pág. 352; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, ed. 1903, I, páginas 255-257; MANRESA, CHAMORRO, ed. 1943, págs. 350-358; CASTÁN: *Derecho común español, civil y joral*, ed. 1941, III, pág. 476; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, III, 1, pág. 88.

cia firme en pleito de nulidad o divorcio (arts. 169, 70, 73) y cuando esté suspendida la patria potestad por tratar a los hijos con dureza excesiva o darle órdenes, consejos o ejemplos corruptores (artículo 171). No dejándose la posibilidad de oír a la madre en tales supuestos, aunque sea ésta la que tenga la patria potestad, ni tampoco al consejo de familia, en su caso. Del mismo modo, habría que atender al consentimiento de la madre y no al del consejo de familia, cuando a ésta, en los mismos supuestos, se le haya privado de su patria potestad y también en el de haber pasado a segundas nupcias (art. 172) (65).

Los abuelos son llamados en tercer lugar a dar el consentimiento, ejerzan o no la tutela, con lo que de este modo gozará exclusivamente de esta facultad el abuelo correspondiente, aunque haya sido excluido de la tutela por los padres (que para ello nombran tutor testamentario, art. 206) o por estar incurso en algunas de las causas que inhabilitan para la tutela o imponen la remoción del tutor (arts. 237, 238). También resulta de la letra de la ley la exclusión de las abuelas, aunque sean éstas las llamadas precisamente a la tutela de menores (art. 211, 3.º) (66).

Extraño y anómalo es, además, que respecto de «los demás hijos ilegítimos» (naturales no reconocidos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos) se exija siempre el consentimiento de la madre y abuelos maternos, cuando ellos carecen jurídicamente de familia (artículos 154, 302). Si bien es verdad que hay casos excepcionales en que la madre es legalmente conocida, también los hay en que es conocido el padre y a éste no se le menciona (art. 140). En fin, parece no tenerse en cuenta a los hijos de padres desconocidos y no educados en casas de expositos.

La privación de todo recurso contra la negativa de la licencia (art. 49) carece de justificación en nuestro Derecho. Fué una innovación lamentable de la ley de 1862, y hoy está en abierta contradicción con los principios básicos del sistema del Código. Este concibe la potestad del padre como «poder tuitivo», no arbitrario, sino otorgado «para el más fácil cumplimiento de los altos deberes que la naturaleza y la ley le imponen respecto a sus hijos» (67);

(65) De ello, las dudas y vacilaciones de la doctrina, autores mencionados en notas 63, 64 (en las páginas siguientes a las allí citadas), que han de abandonar repetidamente el criterio general para no llegar a consecuencias inadmisibles, por contrariar al sistema general del Código y al buen sentido; quizá lo mejor sería entender la referencia a padres y abuelos restringida a los que tengan la patria potestad o tutela. DE BUEN: *Notas a Curso elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*; trad. esp., 1922. I, pág. 381.

La desarmonía se extiende a los artículos que se refieren al artículo 46 (arts. 1.318, 1.329) y a su correlación con las disposiciones que utilizan los criterios generales (arts. 1.352, 1.384).

(66) Incongruencia interna es acudir a los abuelos para los hijos legítimos y a los abuelos maternos para los «demás hijos ilegítimos», y a los ascendientes para los naturales reconocidos y los legitimados por concesión real.

(67) Palabras de la Exposición de Motivos a la segunda edición del Código civil (31 julio 1889).

se priva de la patria potestad o se suspende su ejercicio cuando los padres tratan a sus hijos con dureza excesiva (art. 171); lo que lógica y acertadamente se interpreta comprendiendo «toda clase de actos que signifiquen, por parte del padre, abuso o exceso de autoridad, en daño de los intereses morales de los hijos» (68). ¿No es posible la dureza y el abuso al negarse el consentimiento?

Ha de añadirse, para juzgar el artículo 49, que su expresión tajante impide toda excepción, hasta las que pudieran parecer más congruentes con otros preceptos del Código. No se tiene en cuenta el segundo matrimonio del padre o madre, a pesar de lo sospechoso de su conducta en este supuesto (arts. 157, 168, 321), la disparidad de opinión del padre y la madre (a diferencia del Código francés), la que pueda darse entre los abuelos, ni entre el padre adoptante y los padres naturales.

Respecto al poder de veto del consejo de familia, han de hacerse semejantes observaciones. De las decisiones del consejo de familia se permite la alzada al Juez de primera instancia (art. 310). ¿Por qué se niega este recurso sólo en el caso de negativa del consejo? Tanto más cuanto ésta puede resultar de un acuerdo tomado sólo por dos votos (art. 305) y en contra del criterio del tutor y del protutor.

La posibilidad del abuso al negarse la licencia y de dañarse así irreparablemente al menor, no se puede ocultar a nadie. Se puede denegar indebidamente el consentimiento por error, por malquerencia, por arbitrariedad o hasta por un egoísta cariño; y también por motivos interesados o inconfesables. Téngase en cuenta, especialmente, los supuestos en que el matrimonio supone una pérdida económica para el padre o tutor. El padre, mientras el menor no se casa, tiene la administración y usufructo de los bienes de los hijos (arts. 159-163), y si niega la licencia no nace la obligación de dotar a su hija (art. 1.340). El tutor (que informará al consejo) goza de una retribución del 4 al 10 por 100 de las rentas o productos líquidos de los bienes del pupilo (art. 276), la que acaba automáticamente al terminar la tutela.

Debe también considerarse que el daño causado a los menores puede ser no sólo el de un aplazamiento azaroso, sino tener carácter de irremediable y decisivo para la persona, por ejemplo, al tratar de contraerse el matrimonio en peligro de muerte, antes de marchar a una guerra y estando encinta la futura mujer (69).

El requisito del consejo de los padres para el matrimonio de

(68) S. T. S. 14 octubre 1935.

(69) Dice Royo: «No cabe negar que en casos anómalos, pero posibles, la denegación puede ser arbitraria e interesada y causar grave daño al menor. Aunque la familiar sea la normalmente más blanda y beneficiosa autoridad, no cabe excluir por definición y apriori la posibilidad del abuso de la misma, por lo que considera preferible el sistema del recurso judicial. *Derecho de familia*, 1949, pág. 47.

los hijos mayores de edad (art. 47), impuesto ya por la ley de 1862, ha sido objeto de críticas bastante generales de los autores anteriores y posteriores al Código civil, como inútil en la práctica y casi siempre peligroso y perturbador de las buenas relaciones familiares (70). Mas la equivocación más lamentable de este precepto es que violenta a los padres, «sin admitirle evasivas ni excusas de ninguna claes» (71), colpcándolos en el dilema inexorable de aconsejar o desaconsejar, aunque carezcan de elementos para un juicio meditado (el prometido o prometida vive, p. ej., en otro país) o deseen evitar oponerse ostensiblemente al matrimonio, para no sembrar semillas de discordia respecto a sus relaciones con la futura familia.

Parece, pues, que debe suprimirse la exigencia del consejo; pero, en cambio, debería obligarse a que los hijos mayores comuniquen a su padre y madre el proyectado matrimonio, como debido tributo de respeto y obediencia (art. 154) y, especialmente, porque ellos son los que mejor—o quizá únicamente—pueden informar sobre la existencia de algún impedimento dirimente oculto.

Tampoco son aceptables las sanciones impuestas a los contrayentes que no hayan obtenido la licencia o el consejo, sobre todo la contenida en la regla 2.ª del artículo 50 (72). Cualquiera disposición legal, sobre todo cuando es penal, ha de tener una razón o porque que la justifique, y debe ser la sanción adecuada a la infracción cometida. La regla considerada, porque alguien contraiga matrimonio sin el debido consentimiento o sin pedir consejo a sus padres, impone la incapacidad activa y pasiva a los dos cónyuges—al inocente lo mismo que al culpable—para recibir del otro cosa alguna por donación o testamento. Pueden recibir, en cambio, bienes de los padres por donación o testamento (no es causa de indignidad, art. 756); los padres y abuelos (únicos posibles ofendidos) no pueden desheredarlos (no es causa para ello, art. 853), ni revocar las donaciones hechas (excepto en el caso del art. 1.333, 3.º). Más aún, la ley considera a los cónyuges como herederos forzosos

(70) GARCÍA GOYENA, I, pág. 63; GUTIÉRREZ, I, pág. 258; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 1926, IV, pág. 86; SÁNCHEZ ROMÁN, V, 1.º, págs. 473-474; CASTÁN: III, pág. 475; PUIG PEÑA: II, 1, pág. 86; COMAS: *La revisión del Código civil español*, 1895, I, págs. 205 y ss., II, pág. 137. El artículo 47 del Código civil fué derogado por la ley de 28 de junio de 1932, artículo 1.º, regla 1.ª que imponía como forma única la del matrimonio civil y restablecido al dejar de regir esta ley.

Especial molestia ocasiona la falta de consejo favorable en el caso de la hija mayor de edad y menor de veinticinco años, que hace preciso el depósito judicial, art. 1.880, 3.º, art. 1.901, L. E. C. corregidos conforme a los artículos 47 y 321 C. c.

(71) Según frase del art. 1.939 L. E. C., esta disposición interpreta la evasiva de modo contrario al R. D. de 16 de diciembre de 1863 al que, ello no obstante, MUCIUS SCAEVOLA considera vigente, II, pág. 361.

(72) SÁNCHEZ ROMÁN habla de «la enormidad de estas sanciones» que «repugnan a la moral y al buen sentido». V, 1.º, págs. 480-481; también la censuran: MUCIUS SCAEVOLA, II, pág. 170; VALVERDE, IV, pág. 110; PUIG PEÑA, II, 1, pág. 93; ROYO, pág. 49; COMAS, II, pág. 140 ss.

(arts. 807, 3.º, y 834-39) y herederos abintestato (arts. 940, 953 y 959). ¿Por qué excluirlos entonces de la sucesión testamentaria? Los mismos supuestos peligros de la seducción explicarían, quizá, que se declarasen inválidos donaciones y testamentos hechos al contraer matrimonio o inmediatamente después de celebrado, pero no los realizados después de un tiempo prudencial y menos bastan para negarles ineficacia para siempre y sin excepción. Menos aún se explican tales gravísimas sanciones cuando no se ha pedido el consejo por el hijo mayor de edad (73). El reducir los derechos hereditarios a la legítima viudal después de haber suprimido los gananciales es, en fin—como se ha dicho—negar sin razón y contradecir la misma unidad económica del matrimonio (74).

La extraña disposición de la regla 2.ª no parece, por tanto, tener ni la sombra de una justificación razonable, ni siquiera la del ejemplo seguido. Es cierto que la misma sanción se encuentra en el Código civil portugués (art. 1.063); pero es referida sólo al tutor y a su descendiente, cuando se case uno u otro con la persona tutelada; aquí (art. 1.058, 2.º) se explica el recelo respecto a un posible afán de lucro y a la indebida influencia del tutor; pero, naturalmente, la sanción no recae sobre el cónyuge inocente. El precedente portugués no sirve, por tanto, ni para aclarar ni para excusar la lamentable regla segunda del artículo mencionado.

La regla primera del artículo 50 ha sido también criticada. Con razón, cuando se aplica a los hijos mayores que contrajeron matrimonio sin pedir consejo. En cambio, se justifica en parte respecto a los hijos menores casados sin el debido consentimiento; la razón se puede encontrar en que el régimen de gananciales se establece con carácter dispositivo, a falta de capitulaciones matrimoniales (art. 1.315); al no poder hacerse estas capitulaciones sin la concurrencia de las personas que han de dar el consentimiento (artículo 1.318) se impondría el régimen de gananciales, lo que pudiera resultar contrario a la voluntad y al interés de los contrayentes, en fin, el régimen de separación no impide definitivamente la unidad económica del matrimonio y tiene ciertas ventajas, especialmente cuando es sospechosa la conducta del marido. Aunque quizá resulte demasiado severa, impidiendo en todo caso que los cónyuges se puedan acoger al régimen de gananciales.

La regla 3.ª es una disposición protectora, bienintencionada, pero peca por falta de claridad, en especial la referencia al derecho de alimentos.

En fin, los números 2.º y 3.º del artículo 45 merecerían tam-

(73) El artículo 1.333, 3.º, sigue otro sistema, pues no declara ineficaz a la donación hecha por razón de matrimonio, sino irrevocablemente revocable.

Otra anomalía es el que el menor queda exento de pena, según el Código penal (art. 474), si los padres aprueban el matrimonio, mientras que los mismos no pueden eximirle de las sanciones civiles.

(74) COMAS, II, pág. 142; SÁNCHEZ ROMÁN: V, 1.º, pág. 480.

La mujer que contraiga matrimonio de buena fe, habrá de ser dotada, según sus posibilidades, por «el contrayente doloso», art. 479 C. P.

bién una especial consideración. Su estudio excede del ámbito de este ensayo; bastaría señalar ahora la conveniencia de revisarlos y hasta de su posible supresión, si se les quiere poner de acuerdo con la realidad de la vida moderna y de las tendencias predominantes en las legislaciones más recientes (75).

4. *Legislación extranjera.*

No siempre útil, y, en ocasiones también peligroso, es tener la mirada siempre fija en la labor legislativa extranjera y en lo que dice la forastera doctrina. El buen sentido exige estimar preferentemente la propia tradición, las circunstancias nacionales y la opinión de los autores regnícolas. La prudencia aconseja también, por boca de los redactores del Código, considerar los precedentes en las legislaciones extranjeras y los progresos realizados en los otros países (76). En el tema que nos ocupa puede servir una referencia, aunque sea escueta, para recordar las legislaciones modernas que admiten recurso frente a la denegación del consentimiento, no conocen el requisito del consejo paterno y carecen de sanciones para quienes se han casado sin obtener el debido consentimiento.

El Proyecto de 1851—seguido en esto por la Ley de 1862—tomó como modelo a la doctrina francesa, pero consciente de que al hacerlo así se desviaba de la tradición española y del criterio legislativo de muchos países (77).

La concepción del Código francés se estima hoy reaccionaria (78) y puede considerarse en retroceso en la legislación moderna. En la misma Francia diversas leyes, en especial las de 17 de julio de 1927 y 4 de febrero de 1935, han favorecido el matrimonio en caso de disenso entre los llamados a consentir. La Ley de 2 de febrero de 1933 suprimió para los mayores de edad el requisito de pedir consejo a sus padres.

En el círculo de legislaciones influenciadas por el Código francés se advierte también el triunfo de ideas más progresivas. El Código civil holandés permite a los hijos apelar del disenso de los padres ante el Juez cantonal de su domicilio (arts. 99, 116, 2.º). El

(75) La regla segunda, dada por temor a la «turbatio sanguinis», no tiene en cuenta los peligros y daños—igualmente posibles—de una obligada demora del matrimonio. Hoy, dada la certidumbre de las pruebas sobre el embarazo de la mujer, parece debiera bastar un certificado clínico fehaciente de no estar encinta para permitir el matrimonio.

La regla tercera resulta un tanto anticuada y recuerda a la figura pintoresca del tutor descrito por Moratin; en todo caso, no parece deba conservarse respecto a los descendientes del tutor (éste pudiera utilizarla precisamente para impedir tal matrimonio) y no hay razón para sancionar a la persona tutelada y presunta víctima.

(76) Palabras de la base primera de la ley de 1888 y de la tercera de las disposiciones transitorias del Código civil.

(77) GARCÍA GOYENA cita, como contrarios al Proyecto, a los Códigos napolitano, sardo, holandés y prusiano, I, pág. 66.

(78) JULLIOT DE LA MORANDIERE, I, § 535, pág. 323.

Código civil italiano de 1942 ha mantenido la posibilidad de recurrir al Fiscal general del Tribunal de Apelación, y así «el matrimonio puede ser consentido» no obstante la oposición de quienes han de dar el consentimiento. No se requiere tampoco el consejo. Se mejora, además, la regulación antigua, concediendo la facultad de prestar «asentimiento» al matrimonio a las personas que ejerzan la patria potestad o lo tutela (art. 90). El Código mejicano, en caso de negativa de los ascendientes o tutores, permite recurrir al Presidente municipal (art. 151). El Código civil de Uruguay, con clara reminiscencia de la Pragmática de 1776, admite la posibilidad del recurso al Presidente del respectivo Tribunal de Apelación para que declare irracional el disenso (art. 110).

Dos de las más modernas disposiciones del Occidente europeo muestran esta misma dirección. La Ley matrimonial alemana de 20 de febrero de 1946 exige, para el matrimonio de los menores y de quienes tengan limitada su capacidad, el asentimiento («Einwilligung») de sus representantes legales, para que puedan celebrar matrimonio. En caso de negativa sin fundados motivos («triftige Gründe») el Juez de tutelas puede, a petición de los prometidos, conceder el asentimiento (art. 3.º). El Código civil griego, en vigor desde el 23 de febrero de 1946, dice que el menor de capacidad limitada ha de contar, para casarse, con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, de su tutor o curador; «en caso de negativa, la Justicia, después de oír a los parientes más cercanos, en tanto que sea posible, puede conceder autorización para el matrimonio, si así lo requiere el interés del menor» (art. 1.352).

5. Posibles modificaciones del articulado del Código civil.

Todos los apartados del estudio aquí hecho parecen coincidir en una misma conclusión. La concepción tradicional española y las más modernas tendencias legislativas están de acuerdo en exigir la previa licencia paterna y en conceder a los hijos de familia un recurso contra el ejercicio abusivo de la patria potestad, al negar sin fundamento consentir el proyectado matrimonio del menor. El texto del Código civil sobre la materia resulta, en su contraste, anacrónico, imperfecto e injusto. Todo aconseja, por tanto, volver a la concepción del Derecho canónico. Preocupado éste siempre, como ningún otro, en robustecer la justa autoridad de los padres y en defender al menor frente al peligro de las pasiones, no descuida—porque no es incompatible—hacer que se reconozca el valor de la persona humana, su dignidad como tal, y que se respete la libertad para tomar estado. Al cabo de los siglos la regulación canónica ha venido a encontrarse con que coinciden con ella (en esta materia) las tendencias legislativas consideradas más avanzadas del tiempo moderno.

Ahora cabe todavía preguntar sobre la conveniencia de hacer o no tabla rasa con el articulado del Código para recoger la anti-

gua doctrina española o para reproducir las disposiciones canónicas. La prudencia no lo aconseja. La armonización ordenada por el Concordato deberá hacerse del modo más completo hasta recibir en nuestra retrasada legislación el espíritu amplio y liberal (en su verdadero sentido) del Derecho canónico; pero nada urge en contrario y la razón recomienda mantener, en lo posible, el texto codificado. La forma, la numeración misma de los artículos de un texto legal prestigioso, no conviene abandonarla sin grave necesidad, pues una y otra ayudan a la más fácil aplicación y al recuerdo de las reglas, y, así, a transformarlas desde ser disposiciones postizas o extrañas, hasta hacerse hábitos de conducta, espontáneamente seguidos.

El propósito preliminar o preparatorio de este estudio ha terminado. Como complemento, para ofrecer un «monstruo» que facilite la tarea redactora de los encargados de esta labor, se añade un ensayo sobre las modificaciones posibles de los artículos 45 a 50 del Código civil.

Art. 45. Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad que no haya obtenido licencia y al mayor que no haya dado conocimiento de su proyectado matrimonio, en los casos determinados por la ley (79).

Art. 46. La licencia de que habla el número uno del artículo anterior deberá ser concedida por el padre o madre que ejerza la patria potestad o, en su defecto, por el consejo de familia. Si el consejo no está constituido, podrá suplirse su licencia del modo señalado en el artículo 49, para el caso de negativa injustificada (80).

Art. 47. Los hijos mayores de edad están obligados a poner en conocimiento de su padre y madre el proyectado matrimonio.

Art. 48. La licencia deberá acreditarse antes de la celebración del matrimonio por medio de documento que haya autorizado un Notario civil o eclesiástico o el Juez municipal del domicilio del solicitante o bien ante el mismo Párroco celebrante. Del propio modo se acreditará haberse hecho la comunicación a los padres.

Art. 49. Los llamados a conceder la licencia la harán o negarán sin razonarla.

No obstante la negativa de la licencia, podrá celebrarse el matrimonio canónico, hecha por el párroco la debida consulta al ordinario del lugar.

Los que celebren matrimonio civil podrán, en caso de dicha negativa, solicitar licencia del Presidente de la Audiencia. A tal efecto se abrirá expediente en el Juzgado o en los Juzgados mu-

(79) Los números 2 y 3, como se ha indicado, salen del tema de este trabajo; por eso no se recogen: también se ha señalado antes algo sobre la oportunidad de suprimirlos o modificarlos, nota 75.

(80) Este último párrafo se ha redactado teniendo en cuenta unas acertadas observaciones de Royo. págs. 46-47.

nicipales del domicilio de los futuros cónyuges, en el que informarán los padres, parientes y demás personas que se entienda conveniente llamar. El Presidente de la Audiencia, oído el Ministerio fiscal, concederá la licencia pedida, si la negativa anterior resultase injustificada.

Art. 50. Si a pesar de la prohibición del artículo 45 se casaren las personas obligadas a pedir licencia según él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código penal, quedarán sometidos a las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

2.^a Ello, no obstante, podrán acogerse al régimen de gananciales: durante la menor edad, concurriendo al otorgamiento las personas designadas para dar la licencia; en otro caso, por sólo los cónyuges, dentro del año siguiente a la mayor edad del más joven. En la escritura pública en que ha de pactarse se harán constar los bienes que cada uno de los cónyuges aporte (81).

3.^a Si uno de los cónyuges fuese menor no emancipado, hasta su mayor edad no podrá administrar sin el consentimiento (asistencia) de un tutor, que habrá de ser nombrado especialmente a este efecto (82).

4.^a En los supuestos del número tercero del artículo 45 se nombrará otro tutor y, en su caso, otro consejo de familia para que éste designe el nuevo tutor que ha de administrar los bienes de la pupila durante la menor edad de ésta (83).

(81) Se propone suprimir la desdichada regla 2.^a del vigente artículo 50 y sustituirla por una disposición que dé flexibilidad a la regla primera y evitar las posibles consecuencias injustas al imponer sin remedio el régimen de separación. Fue iniciativa de FUENMAYOR y se ha redactado (aunque posiblemente sin aprovecharlas bien), teniendo en cuenta indicaciones de CÁMARA, DÍAZ PASTOR, PEÑA, VALLET DE GOYTISOLO y algún otro asistente (que lamento no recordar) a las sesiones del Seminario del A. D. C.

(82) Parece aconsejable evitar que continúe administrando la misma persona, dada la previsible tirante relación que con ella tendrán los nuevos cónyuges. Sería mejor, por tanto, para la paz futura de la familia, el nombramiento de un tutor «ad hoc».

(83) La modificación propuesta es más de redacción que de substancia. Es de advertir que también habrán de corregirse, correspondientemente, las disposiciones correlativas del Código penal, arts. 474, 475, 477 y 478.

Esta reforma deberá hacerse según los principios propuestos y al mismo tiempo que la del C. C.: lo que especialmente importa, si se mantiene (como en el texto) la referencia del art. 50 del C. C. a lo dispuesto en el Código Penal.

La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil

AMADEO DE FUENMAYOR
Pbro. del Opus Dei
Catedrático excedente de Derecho Civil

SUMARIO: I.—*El Concordato y el régimen actual del Código Civil.*—1. Diferencias más notables entre el Código Civil y el Concordato. 2. Críticas españolas al Código Civil. 3. Aportación de la jurisprudencia. 4. Alcance de las novedades concordatorias. II.—*La transcripción en Italia y Portugal.*—5. Cuestiones debatidas en torno al Concordato italiano. 6. Líneas generales del sistema concordatorio portugués. III.—*El sistema del Concordato español.*—7. Naturaleza de la inscripción. 8. Modo de llevarla a cabo. 9. Legitimación activa. 10. Transcripción posterior a la muerte de uno o de ambos cónyuges. 11. Efectos del matrimonio frente a terceros. 12. El matrimonio *in articulo mortis*. 13. El matrimonio de conciencia. 14. El matrimonio de españoles en el extranjero. 15. El matrimonio bajo condición.

I. EL CONCORDATO Y EL CÓDIGO CIVIL

1. Es nuestro afán contribuir, mediante estas líneas, al estudio de las disposiciones que el Estado español debe dictar, en materia de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio canónico, para la ejecución del Concordato celebrado con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953.

Por eso, porque se trata de la reforma del Código Civil derivada del Concordato, nos parece oportuno determinar inicialmente, aunque con carácter provisional, las diferencias más notables entre los dos sistemas, que, a tal fin, han de ponerse en necesario parangón. Pronto veremos que las diferencias, aparentemente grandes si se comparan sólo los textos legales, son poco notables si nos atenemos al Derecho realmente vivido, aunque no por eso debamos concluir que el Concordato aporta poca cosa en la materia. Su aportación es por demás valiosa, pero—y esto es lo que desde ahora nos importa subrayar—no representa un cambio hondo en nuestro sistema vigente, sino más bien un progreso, un perfeccionamiento técnico, que no hace tabla rasa, ni mucho menos, del sistema de 1889. Y aun nos atrevemos a dejar sentado que la novedad intenta—y creemos que con acierto—dar cauce a las críticas que entre nosotros se formularon desde la primera hora con-

tra el sistema codificado y de que se ha hecho eco en buena parte la jurisprudencia, para limar sus contradicciones internas y para colmar, también, lagunas de importación.

Comencemos ya con el anunciado contraste de uno y otro texto.

El Código Civil se ocupa de la materia en sus artículos 76 a 79. El Concordato nos habla de ella en el artículo 23 y en las declaraciones de su Protocolo final relativos al mismo, que se comprenden bajo el apartado A) (1).

El artículo 23 del Concordato se corresponde con el 76 del Código.

El primero dice así: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.»

El artículo 76 del Código, por su parte, dispone: «El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes.

Fácil es advertir la mayor amplitud de la fórmula que emplea el Concordato al reconocer «plenos efectos civiles» al matrimonio canónico, pues el Código nos habla tan sólo, en el artículo 76, de «los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes», sin referirse para nada a los demás efectos civiles que de la unión pueden seguirse.

Más acusado es el contraste de las declaraciones del Protocolo con el artículo 77 del Código.

Este precepto—eje de todo el sistema codificado—dice a la letra: «Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro Civil. Con este objeto, los contrayentes están obligados a poner por escrito en conocimiento del Juzgado municipal respectivo, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos, el día, hora y sitio en que deberá celebrarse el matrimonio, incurriendo, si no lo hicieran, en una multa de 5 a 80 pesetas. El Juez municipal dará recibo del aviso de los contrayentes. Si se negase a darlo, incurrirá en una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100.

»No se procederá a la celebración del matrimonio canónico sin la presentación de dicho recibo al Cura párroco.

»Si el matrimonio se celebrare sin la concurrencia del Juez municipal o su delegado, a pesar de haberle dado aviso los contrayentes, se hará a costa de aquél la transcripción de la partida del matrimonio canónico en el Registro Civil, pagando, además, una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100. En este caso el matrimonio producirá todos sus efectos civiles desde el instante de su celebración.

(1) Dicho apartado se halla, a su vez, dividido en cuatro números. Al citar, en lo sucesivo, el Protocolo, lo haremos sencillamente con referencia directa a dichos números, prescindiendo del apartado A) y del encabezamiento «En relación con el artículo XXIII».

»Si la culpa fuese de los contrayentes por no haber dado aviso al Juez municipal, podrán aquéllos subsanar la falta solicitando la inscripción en el Registro Civil. En este caso no producirá efectos civiles el matrimonio sino desde su inscripción.»

Frente a él, las declaraciones del Protocolo puntualizan así nuestra materia:

En relación con el artículo XXIII:

«A) Para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro Civil correspondiente.

»Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos:

»1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles.

»2. La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella.

»A tal fin será suficiente la presentación en las oficinas del Registro Civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el Párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado.

»La citada inscripción será comunicada al Párroco competente por el encargado del Registro Civil.

»3. La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.

»4. Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas.»

La simple lectura de los textos conduce a destacar, como más notables, las siguientes diferencias:

a) Se establece la inscripción en el Registro civil, como único requisito para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico (2).

(2) No importa que el Protocolo emplee el término inscripción, junto al de transcripción, para referirse a la formalidad civil que se establece. Aquí la palabra inscripción se toma en amplio sentido.

En el sistema todavía vigente puede hablarse de transcripción en un doble sentido: a), para referirse a todos los supuestos en que el matrimonio canónico tiene acceso al Registro civil mediante la «transcripción del acta, o partida sacramental, extendida por el Párroco», es decir, en todos aquellos

b) Se suprime, por tanto, el requisito de la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico y los requisitos concomitantes del previo aviso al Juez municipal y del recibo de tal aviso (3).

c) En consecuencia, no se hace depender la eficacia del matrimonio de la falta de concurrencia del funcionario civil imputable a los contrayentes.

d) Se establece un plazo, que antes no existía, para la constancia del matrimonio en el Registro Civil, del que, en parte, se hacen depender sus efectos civiles: si la transcripción no tiene lugar dentro de los cinco días inmediatos a la celebración, «no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas».

e) Con la salvedad anterior, se dispone que «se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito registrarán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio».

f) Se determinan las personas legitimadas para solicitar la transcripción; pueden instarla las partes «o quien tenga un interés legítimo en ella».

g) Se previene el supuesto de transcripción posterior a la muerte de uno o de ambos cónyuges.

Frente a todo esto es de advertir, finalmente, que falta en el Concordato una referencia especial a los dos supuestos contemplados por los artículos 78 y 79 del Código Civil: «matrimonio canónico *in articulo mortis*» y «matrimonio de conciencia, celebrado ante la Iglesia».

2. Pocos preceptos de nuestro Código fueron tan criticados como los que constituyen el régimen de los requisitos civiles que acompañan a la celebración del matrimonio canónico. Y se comprende si se tiene en cuenta el carácter transaccional de la fórmula ideada por Alonso Martínez para lograr la concordia en un ambiente apasionado alrededor de los sistemas matrimoniales.

Ese carácter transaccional de la fórmula de Alonso Martínez fué declarado expresamente por quienes hubieron de defenderla al tiempo de discutirse el proyecto del Código Civil en las Cámaras colegisladoras.

Así, decía Canalejas, con la autoridad de su cargo de Minis-

casos en que el juez o su delegado no concurren, por cualquier causa, a la celebración y también cuando ha desaparecido el acta civil; b), para aludir a los supuestos—muy distintos de los anteriores—en que el acceso al Registro civil del matrimonio canónico tiene lugar mediante la «transcripción del acta civil» extendida por el funcionario asistente a la ceremonia, lo cual se da cuando asistió el propio juez, pero no llevó consigo el libro donde debe practicarse la inscripción, y cuando asistió, en su lugar, un delegado, que no puede, en modo alguno, realizar por sí la inscripción del matrimonio.

(3) Pero esto no quiere decir que se prohíba la presencia del funcionario civil en el acto de la celebración. Antes al contrario, se desea que acuda dicho funcionario para facilitar la inscripción del matrimonio: mas si no asistiere,

tro de Gracia y Justicia, que la fórmula de la base tercera y del articulado del Código era la necesaria fórmula de concordia, pues si no se supeditase a la inscripción—requisito civil—, la producción de efectos civiles no habría actuación de dos potestades, sino privativa de una sola (4).

Y ante el Congreso defendía el dictamen de la Comisión el diputado López Puigcerver (5) y hablaba también de concordia y transacción.

Concordia necesaria para apaciguar a los dos bandos en la lucha originada por la ley de 1870 sobre matrimonio civil y la revisión de que fué objeto con el cambio de orientación política, que hizo posible el restablecimiento del matrimonio canónico para los que profesaban la religión católica, pero que no pudo por menos de tener presente también la actitud de quienes, en la primera República, alborotaron el país con los primeros chispazos de laicismo, tan de moda entonces en los ambientes culturales europeos.

La Constitución republicana de 1869 había establecido, por su artículo 21, la libertad de cultos en el país, y declaró, en el 27, que «la adquisición y ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de la religión que profesen los españoles».

Consecuencia de tales preceptos fué la ley provisional de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870, que estableció como «forma obligatoria» para todos los españoles el matrimonio civil, aunque por virtud del bautismo estuvieran sujetos a la jurisdicción de la Iglesia en este punto.

Y ocurrió lo que nos cuenta Sánchez Román (6): «Durante la vigencia de la ley de Matrimonio civil hubo personas que se casaban *canónica y civilmente*, cumpliendo con su religión y con la ley; pero también es cierto que hubo otras, aunque pocas, que se casaban *civilmente*; otros, en su mayor número, que sólo contrajeron matrimonio ante la Iglesia y no faltó algún excepcional y lamentable caso de individuos que se casaron dos veces con diferentes mujeres, *canónicamente* con una y *civilmente* con otra.»

El Gobierno de la Regencia abordó el problema por medio de los Reales Decretos de 22 de enero y 9 de febrero de 1875. Derogada en su mayor parte la ley del Matrimonio civil, se restableció la legislación canónica como forma normal de eficacia civil para la celebración del matrimonio de los católicos.

por cualquier causa, no por eso se priva de eficacia civil al matrimonio canónico.

(4) En sus discursos ante el Senado, que pueden consultarse en el volumen *Discusión parlamentaria del Código civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889*, publicado por la Redacción de la Revista de los Tribunales, Madrid, 1889, págs. 587 y 813.

(5) Vid. *Diario de las Sesiones de Cortes*, núm. 81, 29 de marzo de 1881, pág. 2170.

(6) *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a ed., V, vol. 1.º, Madrid, 1898, páginas 432 y 433.

El Decreto de 9 de febrero estableció el deber del Párroco de comunicar, dentro del término de ocho días, al Registro Civil la celebración de cada uno de los matrimonios que autorizara para la transcripción de la partida sacramental del mismo; a tal fin deben los Párrocos remitir «noticia circunstanciada» a los jueces encargados del Registro. Y con referencia a los matrimonios canónicos contraídos a espaldas de la ley de 1870, estableció que la eficacia civil que ahora se les reconocía sería «sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceras personas a título oneroso».

Es también de notar que, según dicho Decreto, la prueba del matrimonio se haría mediante la partida sacramental, distinguiendo según se hubiera o no transcrito en el Registro Civil: en el primer caso, la prueba sería plena; en el segundo, debería «someterse a las comprobaciones y diligencias que dispondrán los reglamentos y a las que los tribunales consideren necesarias para comprobar su autenticidad» (7).

Poco después, en 17 de febrero de 1879, se dicta por Bugallal otro Decreto que priva de validez a las partidas matrimoniales no suscritas, de tal manera que no pueden hacerse valer ante los tribunales ni en la Oficina del Registro ni en ninguna otra de carácter oficial. Las partidas inscritas producirán todos sus efectos desde el día de la celebración del matrimonio.

Estos son los antecedentes que conducen a la ley de Bases y al Código Civil.

Un tratadista de la época (8), al hacer el balance de la evolución legislativa producida en el corto espacio de cuatro años, ponderaba las ventajas que—a su juicio—había producido la institución del matrimonio civil (una vez quedado en España vivo y vigente el matrimonio canónico como el único posible entre españoles católicos) y se refería al hecho de «dar cierta intervención, que antes no tenía, al poder civil en la grave cuestión del matrimonio», y añadía que «este punto ha de perfeccionarse más y más, y ha de producir muy provechosos resultados a proporción que la inteligencia entre las dos potestades sea más y más estrecha y franca y ambas se convenzan de la utilidad recíproca de marchar de consuno».

En este clima se explica que Alonso Martínez negociara oficialmente con la Santa Sede la Base tercera de la ley de 11 de mayo de 1880 relativa al sistema matrimonial. Por eso se llamó, aunque impropriamente, Base concordada; impropriamente porque carecía de los requisitos formales de un verdadero concordato.

(7) Merece consultarse la Sentencia de 28 de octubre de 1879, que no dió lugar al recurso entablado con el fundamento de inconstitucionalidad del Decreto de 9 de febrero de 1875, por haber derogado la Ley de 1870, votada en Cortes. La sentencia, tal vez poco correcta técnicamente, fué, por lo demás, oportuna en aquel ambiente enrarecido, de encontrados pareceres y luchas enconadas alrededor de los sistemas matrimoniales.

(8) CLEMENTE FERNÁNDEZ ELÍAS, *Notísimo Tratado histórico-filosófico del Derecho Civil español*, 2.ª ed., I, Madrid, 1880, págs. 418 y 419.

El segundo apartado de dicha Base decía así: «El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el reino por la Ley 13, título I de la Novísima recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil.»

La asistencia del funcionario civil al matrimonio canónico había sido propuesta en las Cortes de 1870 por Calderón Collantes, al oponerse al sistema de matrimonio civil obligatorio: «Estableced que el matrimonio católico celebrado por la Iglesia produzca efectos civiles, *aunque procuréis aseguraros de la verdad del acto*; poned allí un agente o un oficial civil que presencie las solemnidades, que dé testimonio, que certifique que, con efecto, se ha celebrado el matrimonio con arreglo a la creencia religiosa de los contrayentes, *el cual puede quedar registrado para producir los efectos civiles*» (9).

Se proponía—como se ve—un sistema que, respetando la celebración canónica, calmara los recelos de quienes veían con desconfianza la intervención de la Iglesia. Y el sistema se hacía girar—por virtud de ese recelo realmente anidado en algunos espíritus de la época—en la intervención efectiva, aunque también secundaria, del funcionario civil. No tanto se quería la inscripción en el Registro del Estado, como la inscripción del matrimonio celebrado ante la Iglesia y ante el funcionario civil.

Esto explica el desarrollo que se dió a la Base tercera en el articulado del Código. Se declara, de una parte, que «el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes» (art. 76), y en seguida—en el artículo 77—se ponen cortapisas a esta regla mediante un distingo: si el matrimonio se celebra sin la concurrencia del Juez municipal o su delegado, a pesar de haberle avisado los contrayentes, el matrimonio tiene acceso al Registro Civil mediante la transcripción de la partida sacramental a costa del Juez, y el matrimonio produce todos sus efectos civiles desde el instante de su celebración. Pero si la culpa fuera de los contrayentes por no haber dado aviso al Juez municipal, podrán aquéllos subsanar la falta solicitando la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, y en este caso no producirá efectos civiles el matrimonio sino desde su inscripción.

Parece resonar en este artículo 77 como un eco de las voces airadas de los partidarios del sistema civil obligatorio contra aquellos que, bajo la vigilancia de la ley de 1870, le opusieron tenaz resistencia y contrajeron tan sólo el matrimonio ante la Iglesia. Por eso se establece a la vez la presencia del Juez en la cere-

(9) Citado por SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, V, 1, pág. 439, nota 2.

monia nupcial, y se castiga el proceder de quienes no le avisan para que presencie el matrimonio. De aquí la limitación de efectos civiles—sólo desde la inscripción en los casos de inasistencia imputable a los contrayentes.

Con los datos que anteceden podemos ya recordar, aunque sólo sea brevemente, las críticas dirigidas contra el sistema codificado; críticas que tienen por objeto la fórmula misma de la Base tercera (necesidad de la presencia del funcionario en la ceremonia matrimonial) o el desarrollo de dicha Base en el articulado del Código Civil.

Contra el requisito de la presencia del funcionario se levantaron voces de la derecha y de la izquierda, de los debeladores del sistema del matrimonio civil obligatorio y de los partidarios acérrimos del mismo.

El Marqués de Vadillo (10) clamaba en el Congreso contra la presencia de un testigo no sacerdote, que siempre había de ser inoportuna. Y Danvila (11), en el mismo debate, denunciaba la exageración a que se había llegado en el articulado con la exigencia del recibo, lo cual, a su juicio, ocasionaría en los pueblos mil dificultades para los contrarios políticos del Juez municipal, que estará de caza o de viaje cuando pretendan formular el aviso, «y mientras tanto no se podrá celebrar el matrimonio canónico, porque no podrá presentar el interesado el recibo que debe extender y entregar el Juez municipal».

Azcárate, al preguntarse si el Juez municipal podría delegar en quien quisiera, se adelantó a la realidad de los hechos cuando afirmaba: «Entonces ya sé qué va a pasar, y es que... el funcionario que va a asistir a la celebración del matrimonio será o el sacristán de la parroquia o el alguacil del Juzgado» (12).

(10) *Diario de las Sesiones de Cortes*, núm. 69, 14 de marzo de 1889, página 1859.

(11) *Diario de las Sesiones de Cortes*, núm. 75, 21 de marzo de 1889, página 2007.

(12) Al comentar el art. 77, escribe MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, II, Madrid, 1889, pág. 145: «Como artículo de transacción entre doctrinas diametralmente opuestas e imposibles de armonizar, no responde a ninguna de ellas, y se aparta por igual de ambas sin satisfacer a los partidarios de una y otra. Los que piensan que el matrimonio es un sacramento verán siempre con disgusto y considerarán una ofensa a la Iglesia Católica la presencia en el acto de su celebración de un funcionario civil desprovisto de todo carácter sagrado, y que por pequeña que sea su potestad en tal acto, supone siempre una merma de las prerrogativas de esa misma Iglesia. Por el contrario, los que creen que el Estado tiene la innegable facultad de regular todos los actos de los individuos que a él pertenecen en su aspecto jurídico, no podrán menos de lamentar el desairado papel que por lo dispuesto en el artículo se hace desempeñar a los Jueces municipales. La intervención de éste en el acto de la celebración no tiene por objeto el reconocimiento del derecho del Estado, acabado de enunciar; no es su carácter, siquiera, el de actuario o notario de la fe pública, ya judicial, ya extrajudicial; no, su presencia obedece al *solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil*, esto es, su categoría de autoridad reducida a la de un simple amanuense. Es un artículo leonino, por decirlo así, con relación al Juez muni-

Que los hechos le dieron la razón lo dice el preámbulo de la Real Orden de 1 de agosto de 1906: «Ha podido comprobarse que si el precepto se cumple, se verifica en tal forma que apenas si es notada la presencia del representante del Poder Civil en uno de los actos más importantes y trascendentales de la organización social.

«Viene ocurriendo que... los jueces municipales delegan la intervención del acto en humildes o modestos funcionarios, la mayoría de las veces en los alguaciles o escribientes del Juzgado...; resultando lo más sensible que sólo en casos de matrimonios de elevada posición social sea el Juez municipal en persona el que asista, produciéndose bajo este otro aspecto un verdadero y poco edificante desequilibrio.» Y en su consecuencia, dispone el Real Decreto que «sea el Juez municipal el que concurra al acto de la celebración del matrimonio católico, y que únicamente en los casos de imposibilidad absoluta, de que habrá de darse cuenta al superior jerárquico, podrá delegar aquél en el Juez municipal suplente, Fiscal municipal y suplente y Secretario del Juzgado y suplente, procurando constantemente que su asistencia a la ceremonia religiosa sea de un modo ostensible y como testigo de mayor excepción de la misma».

Esto disponía la citada disposición, mas la práctica ha seguido un cauce diferente por razones fáciles de comprender. A ello aludía recientemente Valdés Villabella, quien nos dice que si la Real Orden de 1906 se observase, habría bastantes Jueces que no tendrían otra cosa que hacer, sobre todo en ciertos meses del año, que asistir a la celebración de matrimonios canónicos; y algunos días serían el Juez, el Secretario, el Fiscal y los tres suplentes los que a la vez actuarían en otras tantas bodas. Y añade: «Ya se sabe que no es esto lo que se viene haciendo. Y cuando el mismo Juez asiste a la boda lo hace no por razones de su cargo, sino en razón de su amistad con el novio o novia. Más todavía: de ordinario no representa al Juez funcionario alguno del Juzgado, sino un familiar o amigo de los contrayentes que es médico, o arquitecto, o capataz, o vigilante de minas» (13).

Con todo, los mayores ataques dirigidos contra el artículo 77 del Código se centran en la inscripción, por entender que la segunda parte de este artículo, y también los artículos 78 y 79, no

cipal que, parodiando la célebre frase de Federico de Prusia, le convierte en el primer servidor de la Iglesia. Cuando más, puede ser calificado de testigo inoportuno».

(13) *Los grandes inconvenientes del artículo 77 del Código Civil*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 206, 15 de septiembre de 1952, págs. 3 y siguientes. A la razón anterior—la grave extorsión que supone para el servicio judicial la asistencia a los matrimonios canónicos—añade otras dos en abono de la supresión de la misma: supone indirectamente una posible fuente de inexactitudes, y también una causa de perturbación moral, por cuanto algunos—por ignorancia o por influjo de varios años de prácticas republicanas—creen que el simple aviso al Juez, del día, hora y templo en que la boda va a celebrarse, constituye celebración del matrimonio civil.

son fiel desarrollo de la Base tercera y por la contradicción interna del sistema que se adopta.

Para no hacer enfadosa esta reseña nos fijaremos tan sólo en las críticas más notables.

Descuella, entre los civilistas, Sánchez Román (14), que ataca duramente el artículo 77. Nos dice que son contradictorios los preceptos del Código, dentro de este mismo artículo, puesto que deja sin *validez civil* el matrimonio canónico celebrado con ausencia del Juez municipal cuando sea culpa de los contrayentes no haberle dado aviso de su celebración, declarando que sólo producirá efectos civiles *desde la fecha de su inscripción en el Registro y no desde su celebración* cuando aquéllos usen del derecho que les otorga de subsanar la falta solicitando la inscripción del matrimonio en el Registro. Y se pregunta: ¿Cabe nada más arbitrario en las soluciones que se dan a cada una de estas hipótesis (15), más artificial y menos lógicamente subordinado, tanto a la efectividad de la intervención del Estado como a la *necesaria unidad de criterio* para el aspecto y eficacia *civiles* del matrimonio y su *medio de prueba*, que se hace variar tan considerablemente a nombre de motivos incidentales de escasísimo valor, como son los que el Juez municipal deje de asistir por culpa suya o por culpa de los contrayentes, para que en un caso valga el matrimonio y la prueba *canónica* del mismo, como si fuera *civil*, desde la fecha de su *celebración*, y en el otro no valga más que la *prueba civil* y desde la fecha de su *inscripción*?

Merece también recordarse la crítica formulada, al tiempo de discutirse el proyecto de Código Civil en el Senado, por el Obispo de Salamanca, que abordó el tema con notable agudeza (16). Para él, el artículo 76 desarrolla la Base tercera con fidelidad, mas no así los artículos 77, 78 y 79. En el artículo 76 se reconocen efectos civiles al matrimonio canónico y esto es lo que dice también la Base en cuestión, que deja al Estado la «regulación» de los efectos civiles, lo cual quiere decir que éstos preexisten (pues si no, no cabría regularlos) independientemente de lo que dis-

(14) *Estudios*. V. 1. pág. 443.

(15) Se había referido poco antes al supuesto de la inasistencia del Juez no imputable a los contrayentes, caso en que el matrimonio tiene eficacia civil desde la fecha de su celebración, una vez transcrito en el Registro civil la partida sacramental.

(16) Son dignas de leerse las críticas que—en torno a la inscripción tal como la recoge el articulado del Código—formularan en el Congreso Danvila y en el Senado el Conde de Canga-Argüelles, Silvela, Pisa Pajares, el Marqués de Trives y Durán y Bas. Este último entendía que era insuficiente la retroactividad de la inscripción, porque durante el tiempo que media entre la celebración y la posible inscripción puede sobrevenir la muerte de los cónyuges u otra dificultad. (*Discusión*, pág. 662.)

La incongruencia entre los artículos 76 y 77 es acusada también por DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, VI, Madrid, 1920, pág. 81; por CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 5.ª edición, III, Madrid, 1941, págs. 488 y 489, y por VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 2.ª ed., IV, Valladolid, 1921, págs. 124 y 125.

ponga el Estado. Pero el artículo 77 exige una condición—el Registro Civil—para que el matrimonio produzca efectos civiles, y los artículos 78 y 79 señalan un plazo perentorio para su inscripción, transcurrido el cual ya no cabe que produzca efectos civiles.

Para armonizar el articulado con la Base tercera, proponía dicho Prelado la fórmula siguiente: «Art. 76. El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, *pero no podrán ser probados y reconocidos mientras no se inscriban en el Registro civil*». Fórmula correctísima que acierta plenamente a nuestro juicio, al armonizar dos principios que parecen contradictorios: el reconocimiento por el Estado de la eficacia civil del matrimonio canónico y la necesidad de inscribirlo en el Registro civil. Bien decía el propio Obispo de Salamanca que si los efectos nacen del matrimonio como el agua de una fuente, su reconocimiento mediante el trámite estatal posterior, debe retrotraerse siempre al matrimonio que es su fuente y origen (17).

3. El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros han contribuído, con sus sentencias y resoluciones, a limar las asperezas del sistema codificado, abordando puntos de interés, que sin duda se tomaron en cuenta en los trabajos preparatorios del reciente Concordato.

La regla contenida en el párrafo final del artículo 77, al decir que en el caso de inscripción tardía en el Registro Civil, por no haber dado aviso los contrayentes al Juez Municipal, «no producirá efectos civiles el matrimonio desde su inscripción», ha sido interpretada benignamente para salvar las graves consecuencias de la irretroactividad.

Notable, entre todos, es la Sentencia de 15 de febrero de 1928. Se refiere «a la evidente antinomia que existe entre el artículo 76 del Código civil y los dos últimos párrafos del artículo 77, en los que al querer armonizar y unir las dos tendencias que se disputaban la primacía sobre si el matrimonio debía ser sólo un sacramento o un contrato, se subordinó aquél a éste, estableciéndose al efecto unas normas que necesitaron inmediatamente ser ampliadas, como lo fueron por la Instrucción de 26 de abril de 1889. Acude a un hábil argumento para paliar la culpabilidad de los contrayentes que no dieron aviso al Juez, por entender que la culpa fué también del Párroco que no les advirtió del deber de tal aviso, lo que le lleva a decir «que perteneciendo la culpa de omisión a tres personas distintas, no debe recaer hoy la pena consecuencia de ella sobre una sola persona», el recurrido, que se vería privado totalmente de la herencia del cónyuge difunto. Y concluye, después de otros razonamientos, «que la prohibición contenida en el último apartado del artículo 77 del Código Civil se refiere, *en cuanto a*

(17) Cfr. *Discusión parlamentaria*, págs. 567 y siguientes, 575 y 602.

perjudicar a los terceros interesados, sólo desde que se inscriba el matrimonio; pero en cuanto a los efectos civiles del mismo, con relación a la persona y bienes, deben retrotraerse completamente aquellos efectos a la fecha en que se celebró el matrimonio, porque, de lo contrario, sería crear una situación altamente perturbadora en el seno de las familias, ya que ni la mujer lo sería de su marido, ni podría comparecer en juicio debidamente representada por quien no era legalmente su marido, a pesar del vínculo sacramental, ni, en fin, los hijos pudieran ser legítimos durante el período de tiempo intermedio entre la celebración del acto matrimonial y su formularia inscripción en el Registro público del Juzgado municipal; y como quiera que no pudo, en modo alguno, ser la intención del legislador crear una situación tan absurda, anómala e indefinida y comprometedora de la paz familiar, *es preciso llegar a la conclusión conciliadora, equitativa y altamente moral,* de que una vez convalidado el matrimonio canónico por la inscripción en el Registro Civil, y prestando así el debido acatamiento a lo dispuesto por el Poder público, el Sacramento cobra toda su fuerza y vigor y queda de pleno derecho eficaz y válido desde el día de su celebración, opinión ésta que comparten ilustres tratadistas de Derecho civil.»

Con referencia a una demanda de pobreza en que el actor había ocultado su condición de casado, alegando en el proceso que su matrimonio fué celebrado canónicamente sin previo aviso al Juez municipal y sin constancia ulterior en el Registro Civil, el Tribunal Supremo dota de eficacia civil a tal unión en el punto discutido, como adverso al causante del incumplimiento del requisito. La sentencia de 16 de febrero de 1892 declara que «siendo canónico, y como tal perpetuo e indisoluble, el matrimonio del demandante, no puede menos de originar la comunidad de vida e intereses de los contrayentes que motiva el precepto del artículo 18 de la Ley procesal, sin que a ello pueda servir de obstáculo el no dar aviso previo al Juez municipal competente, ni cuidado de inscribirlo después en el Registro Civil, porque la omisión de tales formalidades de la ley substantiva, ni le imprime el carácter de los que la misma denomina secretos o de conciencia, *ni puede perjudicar otros derechos que los de los mismos que la infringieron.*» En igual sentido se pronuncia la sentencia de 21 de noviembre de 1916, dictada para un caso análogo.

La Dirección General, en su Resolución de 1 de julio de 1916, entiende que procede inscribir como hijos legítimos los habidos en matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil a su debido tiempo, pues de existir contradicción entre los artículos 76 y 77, por ser el último excepción rigurosísima del primero, habría de ser interpretado en el sentido de la mayor benignidad.

Sin embargo, la Resolución de 28 de diciembre de 1944, parece más rigurosa al decir: «que si no se transcribe el matrimonio por las razones que fuesen, producirá todos los efectos en concien-

cia, pero no civilmente, porque la legislación española sólo protege y admite los matrimonios que publica el Registro Civil, siendo, por lo tanto, idéntica la consideración de estos matrimonios a la que se concede a los secretos, mientras no se ordene su publicación». Decimos que esta Resolución contiene, al parecer, una doctrina más rigurosa, pero la realidad es que no alude para nada a la eficacia civil de un matrimonio tardíamente inscrito, sino a su eficacia antes de la inscripción, por lo que dice seguidamente que «la omisión de inscripción sólo puede dar lugar a la demanda de nulidad ante los tribunales eclesiásticos, pero no ante los de la jurisdicción ordinaria, porque no puede solicitarse la nulidad de un matrimonio, que, según las leyes civiles, no se ha celebrado. Téngase, además, en cuenta que la Resolución se refiere a un matrimonio canónico celebrado durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932.

La Resolución de 17 de julio de 1915 se limita a recordar lo establecido, por el inciso último del párrafo 2.º del artículo 78, aclarando que las partidas sacramentales de los matrimonios canónicos contraídos *in articulo mortis*, sin asistencia del Juez municipal o de su delegado, son transcribibles aún después de los diez días siguientes a su celebración, por más que, en tal caso, sólo producen efectos civiles desde la transcripción.

La sentencia de 22 de julio de 1901, recuerda que el matrimonio secreto de conciencia no inscrito «no produce efecto civil alguno, según el precepto del artículo 79 del Código civil». Se trataba de impugnar la personalidad de una señora que había comparecido en juicio sin licencia marital (18).

La jurisprudencia penal no ha tenido empacho alguno en dotar de eficacia al matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil para la estimación del delito de bigamia.

La sentencia de 27 de octubre de 1890 nos dice que «si bien es requisito indispensable para el ejercicio de los derechos civiles la inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico, el cual no concurre en el últimamente contraído por el procesado, dicha circunstancia no excluye que esté comprendido en el artículo 486 del Código penal que prevé y castiga especial y concretamente el delito de matrimonio ilegal, cuyo defecto subsanable no afecta a la virtualidad e integridad del vínculo».

La de 16 de noviembre de 1905 declara que «es inconcuso, puesto que el matrimonio canónico es hoy la única forma de unión conyugal reconocida y sancionada por el Código Civil, en su artículo 42, para todos los que profesan la Religión Católica, que incurre en la sanción penal del artículo 486, el que unido en ma-

(18) De esta sentencia y de las dos resoluciones citadas anteriormente—28 de diciembre de 1944 y 17 de julio de 1915—deduce MASA ORTIZ, *Del distinto valor de las inscripciones*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», XXIII, 1950, págs. 453 y 454, el carácter constitutivo de las inscripciones de matrimonio, lo que, a nuestro juicio, es incorrecto, según veremos más adelante.

trimonio secreto o de conciencia se casa públicamente o en secreto con otra persona, sin que la falta de inscripción en el Registro Civil afecte a su validez, aunque en tal caso les niegue efectos civiles el artículo 79 de dicho Cuerpo legal, *porque la omisión de tal requisito no compromete la esencia del matrimonio, ni como sacramento ni como contrato*». Doctrina que reitera la sentencia de 16 de marzo de 1920 al decir que no obsta al delito la falta de inscripción del primer enlace en el Registro Civil.

4. Si ahora volvemos al reciente Concordato, fácil será comprobar lo que decimos al comienzo de este trabajo: que las diferencias entre el nuevo sistema y el del articulado del Código son aparentemente notables si se comparan sólo los textos, mas no si nos atenemos al Derecho realmente vivido, viniendo a representar más bien un progreso técnico dentro de las líneas fundamentales del anterior.

Se caracteriza el ideado por Alonso Martínez por dos elementos fundamentales, de diverso signo, por razón de los objetivos que uno y otro venían a servir: la presencia del funcionario civil en la ceremonia religiosa, elemento de orden más político que jurídico, entonces oportuno para calmar la inquietud de los que se mostraban celosos frente a la Iglesia; y la inscripción del matrimonio en el Registro del Estado, elemento estrictamente jurídico, que mira a lograr, mediante el control de un único Registro, la seguridad y la certeza en punto tan importante como es cuanto afecta al estado de las personas.

Lo que ocurrió, al desarrollar la Base tercera, fué una de tantas incidencias que se producen cuando un factor político hace acto de presencia en ambiente apasionado, al tiempo de construir cualquier sistema jurídico. Lo que ocurrió fué sencillamente que se sacó de quicio la cuestión al dar demasiada importancia al requisito del previo aviso.

El Estado se invitó—a través del Código civil—a todas las bodas de los católicos. Y dijo, con fuerza de ley, algo parecido a lo siguiente: quien no curse invitación al Juez municipal, obra con grosería para mi sistema, y por eso yo privaré de efectos civiles a su matrimonio, porque sólo lo reconoceré a partir de la inscripción.

Eso—que era sacar las cosas de quicio—no prevaleció, porque la realidad, serena y fuerte, se impuso a las veleidades del legislador. Y vino la jurisprudencia y, con su sabiduría y su espíritu de equidad, limó las asperezas, dejando las cosas en su debido lugar: el matrimonio no inscrito, carece de eficacia práctica en la esfera civil, pero una vez que sea inscrito goza de pleno reconocimiento, salvo en lo que afecta a los terceros.

Y vino la realidad y dijo también que el incorrecto había sido el Estado al hacerse «invitado de honor» a través del Juez municipal. A otras cosas más propias de su función jurisdiccional esta-

ba él llamado, y por eso rara vez acudía a las bodas, probablemente sólo en aquellas ocasiones en que lo hubiera hecho como «invitado de amistad».

Ahora viene, con el Concordato, la supresión del requisito de la asistencia del funcionario civil, pero se conserva y se perfila el requisito de la inscripción en el Registro del Estado. Con ello se centra el tema en el elemento estrictamente jurídico, sin que la inasistencia del Juez al matrimonio sea un retroceso o un desdén para la autoridad estatal. En rigor, la presencia del Juez se exigía en el artículo 47 «con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción en el matrimonio»; fuera de eso nada podía, por lo que dijo la Resolución de 13 de diciembre de 1902, que el Juez «no tiene facultades para exigir a los contrayentes el cumplimiento de ninguno de los requisitos que deben preceder a dicho acto», o como, con frase no exenta de ironía, la calificaba Mucius Scaevola al comentar que «su categoría de autoridad estaba reducida a la de un simple amanuense». La presencia del Juez municipal, explicable entonces por el «prurito de conservar ciertas manifestaciones de la soberanía del Estado frente a la Iglesia» (19), no tiene hoy razón de ser a la distancia de casi un siglo de la Ley de Matrimonio civil, origen verdadero de aquel requisito. El sistema de inscripción consagrado en el Concordato español supone ciertamente por parte del Estado una actitud de confianza hacia las autoridades eclesiásticas encargadas de dar fe, en la partida sacramental, del hecho de la celebración; pero esa es la misma confianza que se aprecia en otros Concordatos concluidos por Estados no ciertamente confesionales (20).

Centrada la cuestión en el punto jurídico—único importante para el interés social—de la inscripción, todo discurre en el sistema concordatorio por cauces sencillos, de auténtica armonía entre los dos Poderes que contratan. Interesa a la Iglesia—y así lo hace el Estado—el reconocimiento del matrimonio como fuente única de donde nacen los efectos civiles. Interesa al Estado—y así lo hace la Iglesia—que se reconozca a la par que tales efectos no pueden actuarse, en la esfera civil, sin el previo trámite de la registración. El agua nace ciertamente de una sola fuente—el matrimonio—, pero ha de discurrir para quien quiera beberla por el cauce sencillo del Registro civil.

Cauce sencillo, porque la transcripción de la partida sacramental puede realizarse en todo tiempo—aun después de fallecer uno u otro cónyuge—y no sólo a instancia de éstos, sino a solicitud de «quien tenga un interés legítimo en ella». Es ésta una circunstan-

(19) VALDÉS VILLABELLA, op. cit., pág. 3.

(20) En el Concordato Colombiano tenemos un sistema semejante al español, pues exige la presencia en la ceremonia religiosa del oficial del Registro Civil, con el único fin de redactar el Acta de Matrimonio: repárese en que fué suscrito por el Cardenal Rampolla, siendo Pontífice León XIII, en 1887. Vrg. JUAN IGNACIO LARREA, *El matrimonio en los regímenes concordatarios*, Quito, 1953, págs. 41 y siguientes.

cia que no deben olvidar los que ven con infundado recelo la legítima intervención que la Iglesia otorga al Estado en punto de tanta trascendencia. Pero no se olvide tampoco que la intervención es muy modesta, ya que el control estatal se cifra en exigir la inscripción como título de prueba privilegiada, como medio técnico para justificar el ejercicio del estado ya nacido por el hecho de la celebración ante la Iglesia: es un simple título legitimado.

Eso es todo. Y no constituye novedad. No otra cosa es lo que quiso decir el artículo 327 del Código al establecer que «las actas del Registro *serán la prueba* del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otro en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda». Y eso es lo que dice, para nuestro caso, el artículo 53, cuando dispone «que los matrimonios *se probarán sólo por certificación del acta del Registro Civil*, a no ser que los libros de éste no hayan existido o hubiesen desaparecido, o se suscitase contienda ante los Tribunales, *en cuyos casos será admisible toda especie de prueba*».

El Registro no es el creador de los efectos civiles del matrimonio canónico; tales efectos derivan directa e inmediatamente del acto mismo de su celebración ante la Iglesia. Pero esos efectos no pueden hacerse valer sin la prueba correspondiente, y la prueba queda sujeta a la formalidad de la inscripción en el Registro.

Por eso es impropio—o, por mejor decir, perturbador—el hablar de retroactividad e irretroactividad a consecuencia de la transcripción. En rigor, antes de ella, los efectos no pueden justificarse, y por ello resultan inútiles en la esfera civil. Después de ella se hacen valer, aunque hubieran nacido con íntima y plena virtualidad antes de la registración.

A estas ideas responde el sistema del Concordato por contraste con el texto codificado, mas no con el Derecho vivido a través de las declaraciones jurisprudenciales. Quedan a salvo, como no podía ser menos, «los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas», con la excepción de los producidos en el plazo inicial de cinco días. Pero de ésta y otras cuestiones nos ocuparemos seguidamente al puntualizar el sistema que ahora se establece.

Sólo nos resta recordar lo que ya tenemos dicho. La supresión de la presencia del funcionario civil para el reconocimiento, por parte del Estado, de la eficacia civil del matrimonio canónico, no quiere decir que se prohíba la presencia de dicho funcionario en el acto de la celebración. La frase del Protocolo—sobre la que hemos de volver—, «esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente», indica el deseo de que el funcionario civil acuda al acto para facilitar la inscripción correspondiente, pero sin negar la eficacia civil si, por cualquier causa, dejara de concurrir. Con ello se hace girar todo el sistema sobre el elemento técnico de la inscripción, y se pone a su servicio la presencia del funcionario civil, desprovisto ahora de aquel prurito de orden político.

II. LA TRANSCRIPCIÓN EN ITALIA Y EN PORTUGAL

5. Antes de abordar el estudio del nuevo sistema concordatorio español nos parece de interés la referencia a los Concordatos italiano y portugués, que establecen un régimen semejante y que han sido objeto de análisis sutil por los tratadistas de tales países (21).

El Concordato italiano, de 11 de febrero de 1929, se refiere a nuestro tema en el artículo 34, que dice así:

«El Estado italiano, queriendo restituir a la institución del matrimonio, que es la base de la familia, una dignidad conforme a la tradición católica de su pueblo, reconoce al sacramento del matrimonio regulado por el Derecho canónico los efectos civiles.»

«Las proclamas del matrimonio se harán como antes, no sólo en la iglesia parroquial, sino también en el Ayuntamiento.»

«Inmediatamente después del matrimonio, el párroco explicará a los esposos los efectos civiles del matrimonio, dando lectura a los artículos del Código civil sobre los derechos y deberes de los cónyuges, y redactará el acta de matrimonio, de la que, en el término de cinco días, enviará copia íntegra al Ayuntamiento, a fin de que sea transcrita en el Registro del estado civil.»

El Estado italiano dictó las leyes de 27 de mayo y 24 de junio de 1929 (22) para la ejecución del artículo 34 del Concordato, y, por su parte, la Iglesia publicó, con fecha 1 de julio del mismo año, una Instrucción completa de la Sagrada Congregación de Sacramentos.

La doctrina ha sometido el sistema creado por el Concordato y desenvuelto por las normas citadas, a un análisis cuidadosísimo, siendo numerosas y notables las cuestiones debatidas. Nos referiremos solamente a algunas, y con la necesaria brevedad, por tocar más de cerca a nuestro objeto (23).

(21) Sobre el criterio que adoptan otros Concordatos en orden a la eficacia civil del matrimonio canónico, pueden consultarse PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado Nuevo. Los Concordatos ante el moderno Derecho público*, Madrid, 1940, págs. 506 y siguientes, y la monografía ya citada de JUAN IGNACIO LARREA.

(22) El nuevo sistema sustituyó el matrimonio civil obligatorio por el matrimonio canónico y civil facultativo. Esto trajo consigo la existencia de matrimonios canónicamente válidos, que por no ser susceptibles de transcripción, carecen de efectos civiles. El artículo 12 de la Ley de 27 de mayo la niega en estos tres supuestos: a), cuando una sola de las personas unidas en matrimonio canónico resulta unida por otro matrimonio válido a efectos civiles; b), cuando las personas unidas en matrimonio canónico resulten ya ligadas entre sí por matrimonio válido a efectos civiles, celebrado en cualquier forma; c), cuando el matrimonio canónico se celebre por quien sea interdicto por enfermedad mental. Estos matrimonios han dado ocasión a grandes polémicas, siendo la más notable la que gira alrededor de la *conditio viduitatis* para determinar si tales uniones la incumplen a efectos meramente civiles. Vid. BERTOLA, *Le condizioni "viduitatis" e "non nubendi" rispetto al matrimonio religioso*, en «Rivista di Diritto Matrimoniale», 1936, págs. 193 y siguientes.

(23) Sobre las diversas cuestiones controvertidas alrededor del Concor-

Celebrado el matrimonio, la ley exige del párroco el cumplimiento de dos obligaciones: la lectura a los contrayentes de los artículos del Código civil sobre los derechos y deberes de los cónyuges, y la remisión al Registro civil de la partida sacramental, dentro del quinto día (24).

Los intérpretes se preguntan acerca del alcance del requisito de la lectura de tales artículos, y mientras unos afirman que su incumplimiento hace imposible la transcripción (25), los más entienden que no constituye obstáculo para ello (26).

Esas dos obligaciones que al párroco se imponen en el régimen concordado, les hace plantear la cuestión de si queda investido del carácter de funcionario del Estado italiano. Algunos dicen que sí (27), otros atenúan la tesis diciendo que es un «órgano indirecto de la Administración del Estado» (28); pero los más le niegan tal investidura, que si se otorga por aquéllos es al solo efecto de exigirle responsabilidad penal (29).

dato, merece consultarse BOVA, *Matrimonio concordatario e sue controversie*, Milano, 1943. Sobre nuestro tema en particular, SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Roma, 1950.

(24) El artículo 8 de la Ley matrimonial (de 27 de mayo de 1929) exige —a diferencia del artículo 34, que habla de una copia—la extensión por el Párroco del acta «en doble original» y la remisión de uno de ellos al oficial del Registro.

(25) El partidario más decidido de este criterio es FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, II, Padova, 1939, págs. 173 y siguientes. Lo defiende también MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1948, págs. 92 y siguientes.

(26) D'AVACK, *La lettura degli articolo 130, 131 e 132 del Codice civile nella nuova legislazione concordataria relativa al matrimonio*, Roma, 1930; VASALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, pág. 148; SCHIAPPOLI, *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione concordataria italiana*, Napoli 1932, págs. 222 y siguientes; DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 7.ª ed., Milano, 1949, pág. 323; JEMOLO, *El matrimonio*, Torino, 1952, págs. 249 y siguientes.

(27) También se distingue en esta cuestión FALCO, *Corso*, II, pág. 94.

(28) MAGNI, op. cit., págs. 9 y siguientes, que desarrolla ampliamente esta doctrina.

(29) ESCOBEDO, *Se il parroco, che procede ad un matrimonio religioso poscia trascritto nei registri dello stato civile, sia pubblico ufficiale*, en «Giustizia Penale», 1933, II, cl. 1.473; SCHIAPPOLI, *Se il ministro del culto cattolico, che assiste ad un matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico sia pubblico ufficiale*, en «Giustizia Penale», 1933, col. 1.546.

También, entre nosotros, se llegó a calificar al Párroco de funcionario público al solo efecto de aplicarle el Código penal. Así se lee en una curiosa sentencia de 13 de junio de 1890. Tratábase de un caso ocurrido apenas estrenado el sistema del artículo 27 del Código civil. Un cura ecónomo en funciones de párroco se opuso «abierta y ostensiblemente a que el Juez municipal hiciera la inscripción de un matrimonio canónico que acababa de celebrarse, no permitiendo con actos, palabras y ademanes, que en sitio alguno de la iglesia se tomasen notas ni se escribiese nada»: así se dice en la sentencia, sin aclararnos la actitud que el Juez había tomado, y se le condena «por el delito que define y pena el artículo 382 del Código», porque se negó a dar la debida cooperación a un servicio público. «Y porque el párroco, al efecto requerido, es funcionario público en el sentido del artículo 416, puesto que los párrocos son nombrados por la respectiva y competente autoridad, y ejer-

A propósito del plazo de cinco días en el cual debe el párroco remitir el acta al Registro civil, se discute si el cómputo debe hacerse en relación con la transmisión o con la misma transcripción, entendiéndose algunos, como Magni, que dentro de los cinco días debe verificarse no sólo el envío, sino también la recepción por el oficial del estado civil, que es el destinatario del tal envío (30).

La transcripción realizada después de dicho plazo es calificada por la doctrina de «transcripción tardía», cuyo régimen es también controvertido por los autores.

El artículo 14 de la ley matrimonial dispone que «la transcripción del acta matrimonial omitida por cualquier causa *puede pedirse en todo tiempo por quien tenga interés*», cuando las condiciones exigidas por la ley subsistían al momento de la celebración del matrimonio y no hayan desaparecido sucesivamente. Los primeros comentaristas de la ley agitaron la cuestión de señalar las personas interesadas, entendiéndose en la reciente doctrina que están legitimadas los cónyuges, los hijos y, en general, las personas comprendidas en el círculo familiar, pero no quien tenga un interés puramente económico, como los acreedores o el fisco (31).

También se aborda el punto de si puede verificarse la «transcripción tardía» después de la muerte de uno de los cónyuges. Y aquí, como en los demás temas, encontramos los más diversos pareceres (32).

Dispone también el artículo 14 que «cuando la transcripción se pida una vez transcurridos los cinco días de la celebración, no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por los terceros».

De aquí deducen los comentaristas la retroactividad en las relaciones entre los cónyuges, pero limitada sólo a la materia civil, pues algunos autores (33) se inclinan por negar en la esfera penal, aun entre los cónyuges, la retroactividad, porque no caben —así lo afirman para estos casos— el delito retroactivo: no cabe

cen varias funciones de carácter eminentemente público, una de las cuales es, entre otras, la misma de autorizar los matrimonios canónicos, institución pública, aparte de su carácter religioso y sacramental, por hallarse reconocidos para todos los efectos civiles por la ley del Estado.»

(30) MAGNI, op. cit., págs. 118 y 119.

(31) JEMOLO, op. cit., pag. 281.

(32) MAGNI, op. cit., pag. 142. sólo admite la transcripción si el acta fué transmitida al Registro antes de la muerte de uno de los cónyuges, y si, además de ello, el oficial pudo comprobar la voluntad de ambas partes de que se hiciera la transcripción. A juicio de PETRONCELLI, *Corso di diritto ecclesiastico*, 2.ª ed., Milano, 1946, pag. 192, cabe la transcripción siempre que los cónyuges en el tiempo anterior a la muerte pudieron haberla solicitado por ser capaces de obligarse. DEL GIUDICE, op. cit., pag. 328, entiende que, no mediando pacto entre los cónyuges en otro sentido, cabe la transcripción a pesar de la muerte de uno de ellos, por estar claramente comprendidas en la frase «quien tenga interés», empleada por el artículo 14 de la Ley. JEMOLO, op. cit., pag. 283, exige que el cónyuge antes de morir manifieste su voluntad de solicitar la tardía transcripción.

(33) JEMOLO, op. cit., pag. 286; MAGNI, op. cit., págs. 142 y 143.

imputabilidad, después de la transcripción tardía, por los delitos de adulterio, bigamia ni violación del deber de asistencia familiar contra uno de los cónyuges durante el período que media entre la celebración y la transcripción, aunque la jurisprudencia ha declarado lo contrario más de una vez (34).

Un tema también discutido, en torno a la retroactividad de la tardía transcripción, es el referente a si la Administración puede repetir de la viuda las pensiones por ella percibidas desde la fecha en que se casó, cuando el matrimonio también ha sido transcrito posteriormente. Todo gira, para algunos, en torno a la condición de tercero que se observa en la Administración, por lo que entienden que debe aplicársele la irretroactividad; mas para otros la ley no habla simplemente de terceros, sino de «derechos adquiridos por terceros», y aquí no entra el caso discutido, por lo que concluyen en pro de la retroactividad (35).

No ha faltado tampoco la polémica en torno a si son o no son transcribibles en el Registro del estado civil los siguientes matrimonios canónicos:

- a) el matrimonio condicionado (36);
- b) el contraído por procurador (37);
- c) el celebrado «coram solis testibus» (38);

(34) Cfr. PITZORNO, *Gli effetti civili del matrimonio non ancora trascritto*, en «Giurisprudenza delle corti regionali» (parte penale), págs. 98 y siguientes.

(35) A favor de la retroactividad, JEMOLO, *Trascrizione tardiva di matrimonio e perdita di pensione vedovile*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1934, págs. 129 y siguientes; en contra, FALCO, *Corso*, pág. 194.

(36) La duda se plantea por la prohibición que establece el Código civil italiano de la condición y el término en el matrimonio, que algunos extienden también al matrimonio canónico por el carácter de orden público de aquella norma; y aun se añade que pendiente conditione no es verdadero sacramento, y por esto no cabe su transcripción en el Registro civil, al que sólo deben llegar los matrimonios sacramentos. Está por la negativa, entre otros, LOMBARDI, *Il matrimonio condizionato*, en «Rivista di Diritto Privato», 1933, I, pág. 206 y siguientes. A favor de la transcripción se manifiestan otros, por entender que debe garantizarse plenamente la retroactividad que al cumplimiento de la condición reconoce el Derecho canónico, lo cual no sería posible con la simple transcripción tardía, que no alcanza a los terceros: en tal sentido, BACCARI, *L'efficacia civile del matrimonio canonico*, Milano, 1939, págs. 111 y siguientes. Otros, como JEMOLO, *Il matrimonio*, pág. 250, califican el supuesto de teórico porque sólo se presenta en los casos de nulidad, es decir, cuando la autoridad eclesíastica declara que existe condición en un matrimonio ya transcrito.

(37) Para las que se oponen a la transcripción—entre los que figuran MAGNI, op. cit., pág. 127, y GANGI, *Il matrimonio*, pág. 122—es obstáculo insuperable el requisito que se impone al párroco de leer los artículos del Código civil a los mismos contrayentes. Pero en contra se dice que el requisito se cumple igualmente por la lectura ante el procurador, ya que el Estado sólo pretende con ello que se haga un recuerdo de su autoridad: cfr. PETRONCELLI, *Corso*, págs. 142 y siguientes.

(38) En apcyo de la tesis negativa se aduce la letra del artículo 5.º de la Ley matrimonial, que habla de matrimonio «celebrado ante un ministro del culto católico». Tal opina, por ejemplo, RAVA, *Lezioni di Diritto civile sul matrimonio*, Padova, 1933, pág. 406, y MAGNI, op. cit., pág. 84. Pero los más no conceden valor al argumento y admiten la transcripción en este caso, que, por otra parte, es contemplado por el núm. 34 de la Instrucción citada de la

- d) el matrimonio de conciencia (39);
- e) el celebrado en el extranjero por ciudadanos italianos (40);
- f) el de extranjeros que se contrae en Italia (41).

Y se discute igualmente si tiene acceso al Registro la disolución del matrimonio por consecuencia del privilegio paulino (42).

Veamos ahora una gravísima cuestión, que cabe enunciar en estos términos: ¿pueden los contrayentes oponerse, en algún caso, a la transcripción y privar, de esta manera, de efectos civiles al matrimonio canónico por ellos contraído?

Los partidarios de la opinión afirmativa la defienden, alegando que tal libertad de las partes garantiza un interés digno de tutela: el de las viudas que no quieren sea conocido su nuevo matrimonio para no perder las pensiones de viudedad; el de los militares y otros funcionarios públicos que no quieren pedir el necesario

Congregación de Sacramentos, disponiendo que tal matrimonio sea notificado por el párroco al oficial del estado civil: BACCARI, op. cit., págs. 126 y 127.

(39) A favor de la posibilidad de transcripción con eficacia retroactiva se pronuncia DE BERNARDIS: *Prova del matrimonio e conseguenze processuali della sua trascrizione tardiva*, en «Foro italiano», 1936, I, ccl. 542, que llega a admitir en tal caso la prueba del matrimonio por indicios. Otros admiten la posible transcripción (desde el momento en que deja de ser canónicamente secreto), por voluntad de las partes y en algún caso del Ordinario, a tenor del canon 1.106, siendo casi siempre aplicable, por razón del tiempo en que se produce, el régimen de la transcripción tardía: BACCARI, op. cit., pág. 133. Entienden otros, como VICARIO, *Del matrimonio di coscienza in regime concordatario*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1936, pág. 379 y ss., que no es posible la transcripción.

(40) Son mayoría los que admiten la transcripción por entender que el reconocimiento que hace el Concordato italiano de la autonomía de la iglesia, presupone la existencia de la Iglesia universal, y no cabe limitar ese reconocimiento a las actividades que desarrolla en el territorio nacional. GISMONDI: *Il potere di certificazione della Chiesa nel diritto italiano*, Milano, 1943, páginas 164 y ss. Pero otros sostienen que sólo pueden transcribirse los matrimonios celebrados en aquellos países donde el Estado reconoce a los ministros del culto católico el poder de asistir a la celebración del matrimonio con efectos civiles; así lo entienden MAGNI: *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, págs. 125 y ss., y JEMOLO: *El matrimonio*, págs. 253 y ss.

(41) Es mayoritaria la tesis afirmativa. Cfr. BOCO: *Le nuove leggi sul matrimonio e la loro influenza nel diritto internazionale privato italiano*. Roma, 1930, págs. 249 y ss., y BALDASSARI: *Il matrimonio dei cittadini all'estero rispetto all'ordinamento giuridico italiano*. Bari, 1931. Sólo se advierte por alguno que no son aplicables a este supuesto los principios de la transcripción tardía, porque en estos casos debe presentarse al oficial del estado civil, al tiempo de la celebración, un certificado expedido por la autoridad extranjera acerca de la posibilidad de contraer tal matrimonio según las normas concordatarias. MAGNI: *Gli effetti*, pág. 130.

(42) En favor de la transcripción se pronuncia GORINO CAUSA: *Il privilegio paulino nel diritto canonico en el diritto concordatario*, en «Il diritto ecclesiastico», 1933, pág. 252 y ss.; pero buena parte de los civilistas la niegan por entender que el matrimonio que la iglesia disuelve por el privilegio paulino es un matrimonio civil, y según la ley matrimonial italiana carece de efectos civiles el matrimonio religioso contraído por quien ya estaba ligado por un vínculo civil; tal es el caso de quien intenta contraer matrimonio canónico en uso del privilegio, aparte de negar que se haya reconocido a la iglesia, por el Estado italiano, tal potestad de disolución; en este sentido JEMOLO: *Il matrimonio*, pág. 263, y MAGNI: *Gli effetti*, pág. 177.

permiso gubernativo para contraer matrimonio, y lo contraen sin transcribirlo. Pero no se trata solamente de estas hipótesis, que brindan un fácil argumento sentimentalista, sino de otras muchas, por demás graves, que conducen al reconocimiento efectivo de un divorcio vincular civil del matrimonio canónico. Por eso la Iglesia se adelantó al peligro enunciado, disponiendo en la citada Instrucción de 1 de julio de 1929 que «los contrayentes no pueden oponerse regularmente a la notificación del matrimonio al Ayuntamiento a los efectos civiles, que debe el párroco verificar de oficio».

La doctrina inmediata a la ley matrimonial de 1929 negó valor jurídico al acuerdo de los contrayentes dirigido a privar de efectos civiles a su matrimonio religioso, por entender que siempre constituye un mal el matrimonio religioso sin eficacia civil, y apoyó su parecer en dos razones fundamentales:

- a) que el matrimonio es ajeno a la materia contractual;
- b) que no existía precepto positivo que permitiera dar cauce a esa facultad de los cónyuges para oponerse a la transcripción pedida por el párroco. Y ésta fué también la postura de la jurisprudencia (43).

Más tarde el tema fué revisado por algún autor (44) con base en las siguientes razones:

a) Es indudable que existen matrimonios canónicos no reconocidos por el Estado italiano. Luego debe distinguirse entre matrimonios canónicos susceptibles de transcripción y matrimonios no transcribibles.

b) De los principios que informan el Derecho público italiano, no desmentidos por la ley matrimonial, se deriva el principio de la «libertad matrimonial», por cuya virtud nadie puede quedar ligado civilmente si ha querido excluir los efectos civiles de un matrimonio canónico.

c) Lo anterior se confirma con lo dispuesto para la transcripción tardía, por el artículo 14 de la ley matrimonial, ya que tal transcripción no puede realizarse, entre otros casos, si uno de los contrayentes ha contraído después (pasado el término de cinco días que caracteriza esta transcripción) un matrimonio civil con tercera persona. Es decir, que en trance de transcripción tardía, las partes tienen libertad para negar eficacia civil al matrimonio canónico.

Las trascendentales consecuencias de tal doctrina no necesitan comentario alguno. Bastará decir que el propio Jemolo, que la defiende, trata de evitar las aberraciones a que puede conducir, con unas cuantas reglas limitativas: a) si al matrimonio ha precedido la solicitud de proclamas civiles y se remitió el acta matrimonial,

(43) Para el estudio de la jurisprudencia y de las distintas direcciones doctrinales, merece consultarse SCAVO LOMBARDO: *Ulteriori rilievi in tema di condizionabilità sulla trascrizione civile del matrimonio canonico alla volontà delle parti*, en «Il diritto ecclesiastico», 1949, págs. 333 y ss.

(44) Los principales representantes de esta doctrina son: DEL GIUDICE: *Manuale*, 7.ª ed., págs. 314 y ss.; MAGNI: *Gli effetti*, págs. 40 y ss.; y JEMOLO: *Il matrimonio*, pág. 269 y ss.

(dentro de los cinco días de celebrarse la unión canónica, no pueden los cónyuges oponerse a la transcripción; *b*) pueden hacerlo si no se pidieron aquellas proclamas; pero si callan acerca de la transcripción, el oficial del estado civil realizará *a posteriori* las publicaciones y transcribirá, porque lo normal es que el matrimonio vaya seguido de transcripción; *c*) pero si el acta se transmite después de los cinco días de las proclamas, es necesario para transcribir el expreso consentimiento de los cónyuges.

Debemos, con todo, repetir que la mayoría de los autores y la jurisprudencia (45) se inclinan a lo que es clara doctrina de la Iglesia: que las partes no pueden en modo alguno negar efectos civiles a un matrimonio religioso, pues no debe existir falta de correspondencia entre el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico.

Las polémicas que hemos reseñado sobre puntos concretos del sistema de transcripción—originadas en buena parte por el sistema matrimonial facultativo, y en parte también por alguna de las reglas del régimen de la transcripción—explican la variedad de opiniones acerca de un punto central—el de la naturaleza o función que en Derecho concordatorio italiano tiene la transcripción en el Registro civil del matrimonio canónico.

Para la inteligencia de las distintas teorías conviene tener en cuenta, además, dos textos legales—el artículo 34 del Concordato y el artículo 5.º de la ley matrimonial de 27 de mayo de 1929—y la declaración del Ministro Rocco a la Cámara de Diputados el 30 de abril, y al Senado, el 16 de mayo del mismo año.

El Concordato dice en el artículo 34, que el Estado italiano *reconoce al sacramento del matrimonio regulado por el Derecho canónico los efectos civiles*, y añade simplemente que el párroco «redactará el acta de matrimonio, de la que, en el término de cinco días, enviará copia íntegra al Ayuntamiento, a fin de que sea transcrita en el Registro del estado civil».

El artículo 5.º de la ley matrimonial utiliza fórmula distinta: «el matrimonio celebrado ante un ministro del culto católico, conforme a las reglas del Derecho canónico, produce, desde el momento de su celebración, los mismos efectos del matrimonio civil, cuando ha sido transcrito en los Registros del estado civil conforme a las disposiciones del artículo 9.º y siguientes».

El Ministro Rocco, en su Relación, decía: «la transcripción no es una simple registración probatoria, sino que constituye el acto esencial para la atribución de los efectos civiles, ya que en defecto de transcripción, el matrimonio canónico permanecería como acto puramente religioso, y de nada valdría probar la celebración si la transcripción no tuviera lugar».

Son tres, a nuestro juicio, las teorías más notables sobre el pun-

(45) Cfr. DI BLASI: *Matrimonio concordatorio e sua trascrizione*, en «Giurisprudenza italiana», 1948, IV, pág. 65.

to que nos ocupa: *a*) la que atribuye a la transcripción carácter constitutivo del vínculo civil; *b*) la que le califica de «acto de comprobación constitutiva»; *c*) la que ve en la transcripción una «conditio iuris» que suspende tan sólo la producción de efectos civiles, atribuyéndole, en principio, retroactividad.

La primera de estas teorías está representada especialmente por Jemolo (46). Después de advertir que el requisito de la transcripción no tiene en el sistema ningún equivalente, y que sólo con él adquiere el matrimonio valor civil, cita las palabras del Ministro Rocco, para concluir que la transcripción no tiene función de publicidad, sino carácter constitutivo del vínculo civil. Mientras el matrimonio no queda transcrito, no se adquiere la cualidad de cónyuge a ningún efecto en el ordenamiento del Estado. Por eso puede contraerse otro matrimonio sin incurrir en bigamia, aun en el caso de que el segundo matrimonio sea un matrimonio religioso con eficacia civil, llamado a desaparecer por el *impedimentum bigaminis*, y aun cuando en definitiva llegara el primero a transcribirse. Para este autor constituye excepción la retroactividad de los efectos civiles, que se produce en el caso de transmitirse el acta al oficial del estado civil dentro del quinto día.

Próxima a la anterior, aunque distinta, es la teoría que sostiene Magni. Su originalidad—nos dice él mismo—estriba en haber descubierto que la transcripción consiste en ser un procedimiento administrativo, «una declaración de ciencia de los órganos públicos» (47). Esto, unido a la doctrina, antes expuesta, de la autonomía de la voluntad de las partes en la producción de los efectos civiles del matrimonio canónico, que fué por él formulada antes que nadie, le lleva a distinguir dos negocios jurídicos en el matrimonio canónico con efectos civiles: *a*) el que las partes realizan ante la Iglesia: matrimonio con efectos exclusivamente canónicos; *b*) el que realizan con la mira puesta en la producción de los efectos civiles mediante la transcripción. Este segundo negocio depende del primero, que no es más que un presupuesto, pero que no lo lleva necesariamente consigo. Para él el matrimonio meramente canónico es tan sólo, a los ojos del Derecho italiano, un negocio lícito no perseguible en la esfera civil ni en lo penal, pero que si no va acompañado de la transcripción no crea ningún vínculo civil: las partes serán cónyuges canónicamente, pero ante la ley civil son libres, porque el matrimonio «no existe civilmente». Para él la transcripción se encuadra entre los «actos de comprobación constitutiva»: tiene carácter declarativo en cuanto al efecto civil de la voluntad y del vínculo de los contrayentes; y es constitutiva en cuanto entraña una atestiguación pública, una declaración de ciencia de los órganos públicos hecha de cierto modo y en cierta forma después de verificarse y perfeccionarse un negocio entre particulares. Después de haber empleado esta terminología. Magni pre-

(46) *Il matrimonio*, pags. 255 y 256.

(47) MAGNI: *Gli effetti*, pág. 45.

fiere cualificar la transcripción sin encuadrarla en ninguna categoría, y nos dice que es «*el negocio constitutivo esencial para la formación del «status», según el Código civil, sobre la base o, mejor, en función del vínculo canónico*»; se trata, en suma, de «un negocio para la derivación de efectos civiles del matrimonio canónico» (48).

Digamos, por último, unas palabras sobre la teoría de la «conditio iuris», que atribuye a la transcripción una naturaleza completamente distinta.

Las ideas fundamentales de que parte y sus más interesantes argumentos, son los siguientes (49):

a) Conviene cuidadosamente distinguir entre celebración del matrimonio canónico, extensión del acta matrimonial, remisión de la misma y transcripción en el Registro civil. Sólo ésta se realiza por el funcionario del Registro; en los otros tres actos intervienen exclusivamente el párroco o quien hace sus veces. Y porque la transcripción es imposible sin los tres actos que le preceden, no cabe decir que por ello se cree una nueva posición jurídica para los cónyuges: la transcripción nada tiene que ver con la constitución del vínculo matrimonial, que se origina exclusivamente por la celebración canónica.

b) El sistema concordatario acude al requisito de la transcripción como «un expediente de técnica legislativa» para asegurar que no se reconocen efectos civiles al matrimonio que no debe tenerlos según el Concordato.

c) La ley exige la transcripción no como prueba del matrimonio, sino como requisito indispensable para que le sean reconocidos los efectos civiles.

d) La transcripción opera como una «conditio iuris» de la eficacia civil del matrimonio canónico. Condición impuesta por la ley para suspender los efectos mientras no se cumpla. Pero *existente conditione*, la transcripción opera retroactivamente, poniendo de manifiesto todos los efectos civiles del matrimonio canónico ya producidos por la propia virtualidad de la celebración canónica, única fuente de tales efectos.

e) Por eso, *tempore medio*, no puede celebrar ninguno de los cónyuges matrimonio civil con un tercero, y si lo hiciera, tal matrimonio será nulo, toda vez que puede transcribirse, con eficacia retroactiva, el anterior matrimonio canónico.

f) La irretroactividad, en la transcripción tardía, en favor de los derechos adquiridos por terceras personas, es una excepción,

(48) MAGNI: *Gli effetti*, pág. 6.

(49) Figuran entre sus defensores: GRISOSTOMI MARINI: *Il diritto matrimoniale nelle recenti disposizioni legislative*. Roma, 1929, pág. 30; RAVA: *Il matrimonio secondo il nuovo ordinamento*. Padova, 1929, pág. 30, y *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*, Padova, 1933, pág. 465; VASSALLI: *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, pág. 152 y ss.; SCHIAPPOLI: *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione concordataria italiana*, Napoli, 1932, pág. 26.

que no contradice la naturaleza que se asigna a la transcripción, sino que la confirma por derivar de un principio distinto, del principio de publicidad, que también encontramos en el juego de la transcripción.

6. Próximo al italiano, pero con ciertas peculiaridades, es el sistema de inscripción en el Registro civil que rige en Portugal desde el Concordato de 7 de julio de 1940, cuyas normas se contienen en los artículos XXII y XXIII:

«Art. XXII. El Estado portugués reconoce efectos civiles a los matrimonios celebrados en conformidad con las leyes canónicas desde que el acta matrimonial sea transcrita en los competentes registros del estado civil.

»Las proclamas del matrimonio se harán no sólo en las iglesias parroquiales respectivas, sino también en las oficinas competentes del Registro civil.

»Los matrimonios *in articulo mortis*, en inminencia de parto, o cuya inmediata celebración sea autorizada expresamente por el Ordinario propio por grave motivo de orden moral, podrán ser contraídos independientemente del proceso preliminar de las proclamas.

»El párroco enviará dentro de tres días copia íntegra del acta del matrimonio a la oficina competente del Registro civil para que sea transcrita; la transcripción debe practicarse en el plazo de dos días y comunicarse por el funcionario respectivo al párroco dentro del día siguiente a aquel en que se realizó, con indicación de su fecha.

»El párroco que sin graves motivos dejara de enviar la copia del acta dentro del plazo, incurre en las penas de desobediencia cualificada; y el funcionario del Registro civil que no hiciera la transcripción en el tiempo debido, incurrirá en las penas que impone la ley orgánica del servicio.

»Art. XXIII. El matrimonio produce todos los efectos civiles desde la fecha de su celebración si la transcripción se hizo en el plazo de siete días. En otro caso, sólo produce efectos para terceros a contar de la fecha de la transcripción.

»La muerte de uno o de ambos cónyuges no es obstáculo para la transcripción.»

Para ejecutar el Concordato, el Estado portugués promulgó el Decreto-ley de 25 de julio de 1940.

Las líneas generales del sistema concordatario derivan de estas ideas fundamentales:

a) La separación de la Iglesia y el Estado, consecuencia del principio de inconfesionalidad del Estado y del reconocimiento de la libertad de conciencia.

b) El carácter facultativo del matrimonio canónico, que tiene

sentido distinto—como acertadamente indica Ayala (50)—para las dos partes contratantes. Lo establece el Estado en el artículo 1.º del citado Decreto de 1940: «El matrimonio podrá celebrarse ante los funcionarios del Registro civil, con las condiciones y en la forma establecida en la ley, o ante los ministros de la Iglesia católica, en armonía con las leyes canónicas.» La Iglesia, por el contrario, no admite ese carácter, y en el artículo 1.º de la Institución de la Santa Sede para la aplicación del Concordato determina: «A los católicos que pretenden contraer matrimonio no les está permitido por la Iglesia la celebración del llamado matrimonio civil, visto que el matrimonio religioso, celebrado en conformidad con las disposiciones del Concordato produce todos los efectos civiles, siendo por eso apto para conseguir su fin religioso y social» (51).

c) El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico dentro de ciertos límites y en determinadas condiciones, siendo la transcripción el cauce obligado para declarar tales efectos.

d) La distinción de dos grupos de matrimonios canónicos: comunes y urgentes. A su vez, los matrimonios urgentes se pueden distinguir en públicos y secretos. Son matrimonios urgentes: los celebrados por un motivo de conciencia en inminencia de parto, *in articulo mortis* o con la expresa autorización del Ordinario propio. Como advierte Figueiredo (52), los matrimonios celebrados por un motivo de conciencia no coinciden con los matrimonios de conciencia definidos en los cánones 1.104 y siguientes del Código de Derecho canónico, pues éstos son secretos y aquéllos pueden ser públicos. Todos los *matrimonios de conciencia* son matrimonios urgentes, pero no todos los matrimonios urgentes son matrimonios de conciencia. Por eso divide los matrimonios, para el estudio del régimen concordado, en públicos y secretos. Son públicos: 1) Los comunes. 2) Los urgentes no secretos. Son secretos: los urgentes que regulan los cánones citados.

e) La necesidad, en principio, de un proceso previo al matrimonio canónico, que se realiza ante el funcionario del Registro

(50) *Eficacia civil do casamento canonico*, en «Boletim da Faculdade de Direito», Coimbra, 1950, pág. III.

(51) Siempre que la Iglesia se ha visto en el caso de admitir, en un concordato, un sistema de matrimonio canónico o civil facultativos, se ha cuidado muy bien de recordar a sus súbditos la prohibición de contraer el llamado matrimonio civil. También lo hizo en Italia, mediante la ya citada Instrucción de la Congregación de Sacramentos de 1 de julio de 1929, en la que se dispone:

1.º Los católicos que deseen contraer matrimonio, están obligados gravemente a celebrar sólo el matrimonio religioso, que surte efectos civiles, por lo que no hay ninguna razón, disculpa o pretexto para omitirlo, habida cuenta de las cautelas de que lo ha rodeado la Iglesia para la obtención segura de su fin religioso y social.

2.º Los esposos católicos que osaren contraer civilmente, aunque fuere con intención de contraer más tarde el matrimonio religioso, serán tratados como públicos pecadores, y el párroco se registrará por la norma del canon 1.066.»

(52) *A concordata e o casamento*. Lisboa, 1940, págs. 12 y 13.

civil para averiguar si existe algún impedimento establecido por la ley civil, habida cuenta de que no coinciden los sistemas civil y canónico sobre impedimentos (53).

f) La necesidad, en principio también, de un certificado del funcionario civil, en el que conste, como consecuencia de dicho proceso, que puede celebrarse el matrimonio canónico porque también sería posible a las partes (desde el punto de vista del Estado) celebrar el matrimonio civil.

g) El principio general de que no conviene existan matrimonios canónicos sin efectos civiles.

Los anteriores principios y distinciones explican que no pueden lograr la transcripción en el Registro civil los siguientes matrimonios canónicos (54):

A) *Comunes.*

a) Los contraídos por afines en línea recta, cuando esa afinidad proviene de un matrimonio civil. Canónicamente sólo existe en este caso el impedimento de pública honestidad (canon 1.078), toda vez que no es reconocido como matrimonio el llamado matrimonio civil

b) El contraído por afines en línea recta, con afinidad canónica, en la hipótesis de haberse obtenido de la Iglesia la dispensa, cosa que raras veces ocurre.

c) El de los contraídos por los que no alcanzan la edad que establece el artículo 5.º del Decreto de 1940: dieciséis años para los varones y catorce para las mujeres.

d) El matrimonio del interdicto por demencia, declarada por sentencia firme o notoria, así como el celebrado por el que se divorció por motivo de enfermedad contagiosa reconocida como incurable, o de enfermedad incurable que lleve consigo aberración sexual.

e) El matrimonio de un cónyuge condenado por tentativa de conyugicidio con alguno de los condenados como autor o cómplice de la misma tentativa.

f) El matrimonio de quien está ligado por otro vínculo todavía no disuelto.

B) *Urgentes.*

a) Cuando respecto a alguno de los cónyuges se da el impedimento de matrimonio civil anterior no disuelto.

b) Cuando el impedimento es de interdicción por demencia declarada por sentencia firme.

(53) Las diferencias, sin embargo, son pequeñas en cuanto a los impedimentos dirimentes. Cfr. FIGUEIREDO: *Impedimentos do matrimonio perante a Igreja e perante o Estado*, en «Lumen», 1941, págs. 129 y ss.

(54) Vid. AYALA, op. cit., págs. 131 y 132.

Tratándose de matrimonios urgentes se observa que no se aplica en todo su rigor el principio—aplicado sin excepciones a los matrimonios comunes—de que sólo son susceptibles de transcripción los matrimonios canónicos celebrados entre personas que también hubieran podido casarse civilmente (siempre, repetimos, desde el punto de vista del Estado, según el sistema facultativo; no desde el punto de vista de la Iglesia) por no existir impedimentos civiles dirimentes.

En los matrimonios urgentes no se exige el proceso previo ante el funcionario civil ni el certificado de éste dado al párroco sobre la posibilidad «civil» de contraerlo, lo que se comprende por razón de la urgencia en celebrarlo. Esto lleva consigo el que de hecho se celebren algunos con impedimentos meramente civiles. El Estado, ante esta previsión, podía adoptar tres soluciones (55): 1.º Negar a estos matrimonios los efectos civiles desde que *a posteriori* se averiguase que no hubieran podido celebrarse civilmente. 2.º Atribuirles siempre efectos civiles. 3.º Atribuirles efectos en unos casos y negárselos en otros.

Y se eligió la tercera solución, cediendo la rigidez del sistema civil en algún supuesto en obsequio del principio de que no deben existir matrimonios canónicos sin efectos civiles. Basta comparar la relación de matrimonios canónicos y de matrimonios secretos a quienes se niega la transcripción, para ver que son muchos los casos en que se da acceso al Registro a una unión contraída canónicamente por el solo hecho de tratarse de un matrimonio urgente, pues no se le hubiese dado de haberse contraído como matrimonio común.

Si se compara el sistema portugués con el italiano, es fácil observar que en el primero se han resuelto varias de las cuestiones debatidas por la doctrina italiana.

Así, no cabe duda de que son susceptibles de transcripción los matrimonios de conciencia y los celebrados *in articulo mortis*, que muchas veces se contraen, o pueden al menos contraerse, *coram solis testibus*, a tenor del canon 1.098.

Tampoco puede discutirse la posibilidad de transcribir el matrimonio canónico después de la muerte de uno o de ambos cónyuges. Es punto expresamente resuelto en el artículo XXIII del Concordato.

Curioso es el caso a que se refiere el artículo 4.º del Decreto-ley de 1940: «matrimonio canónico *celebrado* entre los mismos cónyuges unidos por anterior matrimonio civil». Habla este artículo de celebración, pero, en rigor, como indica Ayala (56), en este supuesto «se constituye matrimonio canónico sin haber tenido lugar su celebración»: por el hecho del bautismo, el matrimonio civil queda elevado a la categoría de sacramento sin necesidad de celebración

(55) FIGUEROA: *A concordata*, pág. 15 y 16.

(56) *Eficacia civil do casamento canonico*, pág. 144.

ni de prestar nuevo consentimiento, y adquiere *ipso facto* la naturaleza jurídica del matrimonio canónico que antes no tenía ni podía tenerla por no estar bautizados los contrayentes. El artículo 4.º, con acierto, no habla en este caso de transcripción, sino de anotación.

Los cónyuges no tienen libertad para oponerse a la transcripción de un matrimonio canónico. El artículo 11 del Decreto-ley de 1940, tantas veces citado, impone al funcionario del Registro civil el deber de transcribir cuando el matrimonio sea comunicado por el párroco y también siempre que para ello «sea requerido por cualquier interesado o por el Ministerio Público».

La doctrina entiende que la frase «cualquier interesado» comprende a cualquier persona que pueda invocar un interés legítimo en la transcripción. Y aún añade que el funcionario del Registro puede practicarla de oficio cuando tenga noticia de algún matrimonio católico no inscrito, por el interés social que la transcripción entraña (57).

Dispone el artículo 13 del Decreto-ley de 1940 que «si durante la tramitación del proceso matrimonial llega a conocimiento del conservador que alguno de los contrayentes está ligado por matrimonio canónico no transcrito, se suspenderá el proceso y el conservador promoverá oficiosamente la transcripción.»

Al interpretar este texto se han enfrentado las tesis de Figueiredo (58) y de Pires de Lima (59).

Para el primero, el matrimonio canónico no transcrito es tan sólo impedimento independiente y por eso es válido el matrimonio civil que uno de los cónyuges casados canónicamente contraiga con un tercero antes de la transcripción; lo entiende así porque en otro caso tal matrimonio debería constituir un delito de bigamia, lo que no es verdad, y porque si fuera obstáculo para la validez no haría falta la transcripción del canónico para evitar el civil, pues bastaría con la prueba de su existencia.

Entiende Pires de Lima que tal interpretación es errónea y una consecuencia de la idea preconcebida de que en el conflicto de los dos matrimonios—el católico y el civil—debe darse a este último la preferencia. No cabe suplir la transcripción—como pretende Figueiredo—por la prueba del matrimonio canónico, porque en virtud del monopolio que el Estado ejerce sobre el registro del estado civil de las personas, la prueba del estado del casado no puede nunca hacerse sino después y a través de la transcripción; y concluye que el matrimonio civil posterior al matrimonio canónico no transcrito no hace a éste irrelevante, sino que éste hace nulo al matrimonio civil. El matrimonio católico deberá ser transcrito, porque al tiempo de su celebración no existía impedimento algu-

(57) Tal es el parecer de FIGUEIREDO: *A concordata*, pág. 69, y de PIRES DE LIMA: *Derechos de familia*, I, Coimbra, 1942, pág. 187.

(58) *A concordata*, págs. 85 y 86.

(59) *Op. cit.*, págs. 191 y ss.

no; y debe ser también irrelevante cualquier impedimento que surja después de la celebración.

A la tesis de Pires de Lima se adhiere Ayala (60) con argumentos propios muy interesantes; después de recordar que el impedimento de vínculo o es dirimento o no representa nada, y de recordar también que, según la legislación civil portuguesa, no pueden contraer matrimonio bajo pena de nulidad absoluta «los ligados por otro matrimonio aún no disuelto», nos dice que son válidos en Portugal los matrimonios contraídos en armonía con las leyes canónicas. La nulidad no depende de que sea conocido el impedimento de vínculo, aunque no es posible declararla mientras no se conozca la primera unión. Tampoco dependen la nulidad de que el primer matrimonio canónico tenga efectos civiles. Una cosa es la *existencia* del matrimonio, que no depende de su transcripción, y otra muy distinta el cauce para hacerla valer que no puede ser otro más que la transcripción. Concluye que el artículo 13 de la ley de 1940 es superfluo y aun perjudicial, porque puede dar lugar, como así ha ocurrido, a una interpretación contraria a las claras y coherentes normas de la legislación matrimonial portuguesa.

Digamos, finalmente, dos palabras acerca de la función que, según los autores, tiene la transcripción del matrimonio canónico en el Registro Civil.

Los más se inclinan por la teoría, que ya encontramos en la doctrina italiana, de la «*conditio iuris*» (61), afirmando: 1) que el Estado portugués reconoce, *en principio*, efectos civiles al matrimonio católico celebrado en los términos prescritos por el Derecho canónico; 2) el Estado exige la transcripción ante la necesidad de armonizar las condiciones de fondo y de forma que regulan el matrimonio en la legislación civil y canónica, a más de monopolizar el medio de prueba del estado civil de las personas mediante el Registro; 3) a los ojos de la ley civil, el matrimonio canónico no transcrito, lejos de ser un concubinato es un matrimonio válido, cuya eficacia *está en suspenso* en espera de la transcripción, porque el Estado quiere evitar la existencia de matrimonios canónicos sin efectos civiles; 4) la transcripción funciona como una «*conditio iuris*», que una vez cumplida permite hacer valer los efectos civiles, que se habían ya originado con la celebración del matrimonio canónicamente; 5) cumple, además, una función de publicidad, lo que explica la limitación de los efectos en cuanto a terceros si la transcripción se realiza después de los siete días que señala el Concordato (62).

(60) Op. cit., págs. 148 y ss.

(61) La defienden FIGUEIREDO: *A concordata*, págs. 17 y 82; FERREIRA: *O casamento segundo a Concordata*, Lisboa, 1942, pág. 11; DELLA ROCA: *Saggi di diritto pubblico portoghese*, Roma, 1944, pág. 115; CAMPOS COSTA: *Problemas controvertidos acerca da transcrição dos casamentos canónicos*, Coimbra, 1946, págs. 11 y ss.; AYALA: Op. cit., pág. 120 y ss.

(62) Ya vimos la tesis de FIGUEIREDO acerca de la posibilidad de contraer

Disienten de estas tesis Paulo Cunha (63) y Pires de Lima (64).

El primero sustenta también la teoría de la «conditio iuris», pero en tales términos que, en rigor, atribuye a la transcripción carácter constitutivo. Para él el sistema concordatario opera una «recepción» por la ley civil de cada uno de los matrimonios canónicos: antes de ella, el matrimonio celebrado según la ley canónica es tan sólo un hecho jurídico sin coloración; la transcripción recibe ese hecho y lo configura como matrimonio ante la ley portuguesa.

Para Pires de Lima, la transcripción exterioriza «la ratificación por el estado del matrimonio canónico y la consiguiente recepción de éste por el Derecho interno».

Ayala ha puesto de relieve con perspicacia que las tres posiciones de la doctrina en orden a la naturaleza de la transcripción revelan, en el fondo, otras tantas actitudes sobre el problema de las relaciones entre el ordenamiento canónico y el civil (65).

En la tesis de Pires de Lima se advierte la preocupación de superar la aparente contradicción que existe entre el Concordato, que reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, y el Decreto-ley de 1940 que prohíbe la transcripción de algunos de ellos. Por eso se le atribuye el carácter de ratificación del Estado a un acto nulo; pero si bien se mira el Decreto no considera nulo el matrimonio no transcrito, pues llega, incluso, a admitir y respetar los matrimonios de conciencia que, por regla general, permanecen ocultos; lo que el Estado hace es negar efectos civiles a los matrimonios que no reúnan ciertas condiciones. Y como la transcripción no tiene plazo, su recusación no es más que la continuación de ese estado suspensivo en que se encuentra un matrimonio válido con respecto a su eficacia civil.

En cuanto a la tesis de Paulo Cunha, no se comprende que un hecho sin «coloración» jurídica—el matrimonio todavía no transcrito—sea capaz, como vimos, para tener virtualidad de vínculo al amparo del artículo 13 del Decreto. En realidad, la única doctrina satisfactoria es la que sostiene la «recepción genérica» del matrimonio canónico dentro del ordenamiento jurídico portugués. La transcripción del matrimonio canónico presupone que tuvo lugar un matrimonio según las leyes canónicas, y determina que a partir de su celebración goza de eficacia civil, conservando su naturaleza de matrimonio canónico. Y así se comprende que la formación, condiciones y extinción sean enteramente reguladas por la ley canónica, y que la eficacia y los requisitos de que depende sean regulados por la ley civil.

matrimonio civil cualquiera de los cónyuges con otra persona mientras el matrimonio canónico no se transcriba. Esto contrasta con la doctrina de la «conditio iuris» que dice profesar, pues limita la eficacia de la transcripción en lo que se refiere a la relación entre las partes.

(63) *Direito de família*, II, Lisboa, 1941, pág. 12 y ss.

(64) *Direitos de família*. I, Coimbra, 1949, pág. 355, nota 1.

(65) *Op. cit.*, págs. 122 y ss.

III. EL SISTEMA DEL CONCORDATO ESPAÑOL

Veamos ya el sistema concordatario español para puntualizar el régimen que ahora se establece en orden a la eficacia civil del matrimonio canónico.

7. *Naturaleza de la inscripción.*—Comenzamos por este punto, aunque podría ser tratado también—y tal vez con mayor rigor sistemático—después de examinar cada una de las cuestiones que la transcripción lleva consigo. Nos ha parecido, sin embargo, más oportuno hacerlo en este lugar, pues teniendo ya desbrozado el camino con el estudio que precede sobre los sistemas italianos y portugués y con las sumarias indicaciones que hicimos acerca del concordato español, nos permitirá, sin duda, adoptar criterios seguros para la interpretación del nuevo régimen.

A nuestro juicio, la naturaleza de la inscripción resulta clara si se tiene en cuenta los fines que el Estado persigue mediante la exigencia del Registro Civil con referencia al matrimonio canónico.

Para nosotros estos fines son solamente dos: 1) el monopolio por el Estado de la prueba, a efectos civiles, de la celebración del matrimonio; 2) la constancia de tal celebración en un registro de carácter público.

Uno y otro son fines distintos, aunque se logran a través de un único instrumento: el Registro Civil. El no haber tenido presente la diversidad de estos dos fines es el origen de muchas cavilaciones y de oscuridades en el tema de la inscripción.

Y afirmamos que sólo se persiguen por el Estado español esos dos fines para advertir que, entre nosotros, la inscripción no viene a cumplir un tercer fin que se le atribuye en los sistemas italiano y portugués: el de ser para el Estado un medio práctico que le permite controlar caso por caso la aplicación del Concordato para ver si este o aquel matrimonio canónico entran en el acuerdo de la Iglesia y el Estado, por existir algunos matrimonios a los que se niega eficacia por alcanzar a los contrayentes algún impedimento de carácter civil. Este tener fin de la inscripción es consecuencia del sistema matrimonial facultativo derivado de la aconfesionalidad de aquellos Estados; sistema en cuyo juego aparece la noción de orden público, impidiendo que algunos matrimonios canónicamente válidos logren eficacia civil por ser contrarios a ciertos impedimentos, que, con ese carácter de orden público, sanciona el Estado de dos maneras: con la nulidad de las uniones civiles que los contravienen y con la simple privación de los efectos civiles de los matrimonios canónicos celebrados por las partes a pesar de tales impedimentos. La inscripción es la garantía de la observancia incondicionada de tales normas integrantes del orden público en materia matrimonial. Por eso, si bien no es cierto que la transcripción tenga carácter constitutivo de los efectos civiles para los matrimonios canónicos no afectados por

esas normas de orden público (únicos matrimonios susceptibles de transcripción), es indudable que tiene una función muy definida frente a los matrimonios canónicamente válidos que contravienen las normas de orden público civil: es una barrera infranqueable que les niega eficacia civil, aunque no determina invalidez, por cuanto no considera ilícitas tales uniones, que en otro caso serían tratadas como un concubinato.

En tales sistemas conviene distinguir dos grandes grupos dentro del matrimonio canónico no inscrito: los que no se inscribieron por incuria de las partes o por razones muy atendibles, y aquellos otros que no se inscribieron porque el Estado les cerró sin más el acceso a su Registro.

En nuestro sistema no cabe hablar de matrimonios canónicos no susceptibles de inscripción y se comprende por la confesionalidad del Estado español, que de nuevo consagra el artículo primero del Concordato al decir que «la religión católica, apostólica y romana sigue siendo la única en la nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la ley divina y el Derecho canónico». Nuestro sistema matrimonial no es facultativo: así resulta ya del artículo 42 del Código Civil, ahora reforzado por el Concordato al decir que «en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico».

La inscripción no tiene en el sistema concordatario español ese tercer fin que acabamos de indicar. No nos importa repetirlo porque creemos firmemente que la claridad acerca de este punto evita el peligro de aplicar en su exégesis principios que le serían extraños al trasladar—sin previo examen—alguna de las opiniones que encontramos en la doctrina italiana o portuguesa.

Dejando, pues, este tercer fin de las inscripciones, volvamos de nuevo a cada uno de los otros dos.

La inscripción, decíamos, representa el monopolio por el Estado de la prueba, a efectos civiles, de la celebración del matrimonio canónico.

Es un tema de prueba y nada más; aunque no de prueba vulgar, sino de prueba privilegiada. Por eso es exacta la expresión del artículo 23 del Concordato al decir que «el Estado español *reconoce plenos efectos civiles* al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico.» El Estado no *crea* los efectos civiles, sino que los *reconoce* simplemente, refiriéndolos, como a su única fuente de origen, a la celebración del matrimonio en conformidad con las normas de la Iglesia. Pero se añade—en el Protocolo—que «para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico *será suficiente* que el acta de matrimonio sea transcrita en el Registro Civil correspondiente».

La frase para nosotros subrayada *será suficiente* pudo ser sustituida por esta otra, tal vez más exacta: *será necesario sin otro*

requisito. La redacción que acoge el Protocolo, menos precisa, pero más simpática en cuanto demostrativa de la buena disposición del Estado hacia la Iglesia, quiere poner de manifiesto que la inscripción se exige como requisito de limitado alcance: como requisito para lograr la *constancia registral* de un matrimonio plenamente válido como formado al amparo de la legislación de la Iglesia. Eso se quiere decir, leyéndose entre líneas, que no se pretende poner ninguna traba—a diferencia de los sistemas italiano y portugués, que se tuvieron muy en cuenta al redactar el Concordato español—a la eficacia civil del matrimonio. Sólo se exige constancia en el Registro; nada más que eso: y, por tanto, todos los matrimonios que sean válidos para la Iglesia son también eficaces—sin excepción alguna—para el Estado con sólo cumplir, a efectos probatorios, el requisito de la transcripción.

De aquí se deriva un principio fecundo para la interpretación de nuestro sistema concordatario: el de facilitar al máximo la inscripción del matrimonio canónico para lograr lo que es objetivo claro del acuerdo entre las dos Potestades: que todo matrimonio pueda prácticamente desarrollar su eficacia civil, porque el matrimonio canónico es a la par una institución religiosa y una institución social, que tanto importa a la Iglesia como al Estado, que le acoge con el mayor interés para otorgarle plena tutela.

Pero volvamos a la función probatoria que la transcripción realiza.

Cuanto llevamos dicho en orden al limitado alcance del requisito de la registración que se exige al matrimonio canónico lo han expresado con pocas palabras Pérez González y Castán al decirnos: «A diferencia de lo que sucede en el Derecho civil alemán, la inscripción en el registro *no tiene valor alguno para el derecho privado sustantivo, sino sólo para la prueba del acto*», y recuerdan al efecto los artículos 53 y siguientes de nuestro Código Civil (66).

Frente a esta doctrina se alza la de quienes atribuyen *carácter constitutivo* a la registración civil del matrimonio canónico, y también el parecer de quienes llaman al acta del Registro Civil *título de estado matrimonial*.

La primera de estas opiniones—que cuenta con escasos partidarios (67)—no requiere, después de lo que llevamos dicho, especial refutación. Tan sólo nos interesa hacer constar que el carácter constitutivo tiene, para sus sostenedores, el mejor apoyo en la contradicción existente entre los artículos 76 y 77 del Código Civil, contradicción desaparecida en el reciente Concordato.

Mayor interés ofrece la teoría del título de estado. La defiende, enter otros, Royo Martínez, que la expone con gran clari-

(66) Anotaciones a KIPP y WOLF: *Derecho de Familia*, I, Barcelona, 1941, pág. 134.

(67) La dehenden MASA ORTIZ, en el estudio ya citado, y FERNÁNDEZ VIVANCOS, *Guía del Registro Civil*, Madrid, 1949, pág. 95.

dad (68). Nos dice este autor que para la constancia del *status familiaris* que origina el matrimonio, así como para proveer a los cónyuges de un *título de estado matrimonial* sirve el Registro. Por ello el matrimonio no se *prueba*, estrictamente hablando, sino cuando el título no existe o es contravertida la validez o la veracidad del mismo. Normalmente, el matrimonio se *acredita* a todos los efectos civiles mediante el acta que existe en los libros del Registro Civil, y ese acta, así como los certificados de la misma obtenidos, constituyen el título del estado matrimonial. La diferencia entre el simple medio de *prueba* y el *título* es patente. La *prueba* es un indicio, más o menos satisfactorio, demostrativo o vehemente de que un hecho ha tenido lugar, y tal indicio, por sí solo o puesto en relación con otros indicios de igual o diversa índole que lo corroboren o lo contradigan, permite y suscita la formación de un juicio acerca de la suficiencia demostrativa que debe ser atribuida a la prueba. El *título* acredita el hecho en él consignado, con eficacia tal, que la realidad de ese hecho no puede ser puesta en duda mientras el título subsista, por lo que toda contradicción del hecho ha de ir precedida o acompañada de la impugnación del título.

Si, como suele suceder, están tasadas por la ley los medios y circunstancias para impugnar un título o si el derecho a impugnarlo sólo se confiere a determinadas personas, el título produce respecto a estas personas, mientras que no lo impugnen, y respecto de todas las demás personas, en tanto que por quien pueda no se consiga la invalidación, una credibilidad plena e incondicional que excluye la viabilidad de toda duda o desconocimiento con eficacia jurídica.

Corolario de cuanto queda dicho—concluye Royo—es que mientras que la preconstitución de un medio de prueba se suele dejar a la iniciativa de los particulares, es el Estado quien cuida de preparar y expedir, a través de funcionarios dotados de fe pública, los títulos acreditativos de aquellos hechos cuya constatación es de interés general o público. Y tras indicar que el Código Civil no establece de modo expreso esta distinción entre simple *medio de prueba* y *título de estado*, la ve implícita en el artículo 52 al decir que los matrimonios (civiles meramente o canónicos) contraídos después de la entrada en vigor del Código Civil se probarán (a efectos civiles) «sólo por certificación del acta del Registro Civil»; este es, pues, el título de estado, suficiente por sí sólo para acreditar el estado civil de marido y mujer.

A la doctrina anterior nada de fondo tenemos que objetar por entender que expresa fielmente la función exacta del Registro Civil; sólo estimamos que la terminología no es afortunada, porque puede prestarse a confusión.

Creemos preferible la terminología de Federico de Castro, que

(68) *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, págs. 93 y ss.

habla en nuestro caso de «título de legitimación» (69). A su juicio, conviene distinguir para evitar confusiones, fáciles y frecuentes, tres significados en que puede emplearse la frase «título de estado»: 1. Como «causa iuris»; así se utiliza al decir, por ejemplo, que el título del estado de hijo es la procreación en matrimonio; 2. Como forma pública y solemne en que consta el estado civil; por ejemplo, en las partidas de los libros del estado civil; 3. Como el documento o documentos, de cualquier clase, con los que se puede probar el estado civil; así, por ejemplo, cuando se llaman títulos al acta de nacimiento, a un documento auténtico y a una sentencia firme (arts. 115 y 116 del Código Civil). Para distinguir estos tres significados convendría designarlos con nombres distintos, que podrían ser: *título de adquisición*, *título de legitimación* y *título probatorio*.

Y refiriéndose al título de legitimación, nos dice que en las situaciones jurídicas se puede distinguir, con más o menos claridad y precisión terminológica, entre el *título jurídico* y la *mera justificación de ejercicio*. En ciertas instituciones, la diferencia ha tenido tal importancia, que se ha podido aislar una *causa especial y propia para el ejercicio legítimo o normal* de las facultades derivadas de la titularidad y es lo que se puede denominar *título de legitimación*. El estado civil requiere particularmente que se destaque el título de legitimación, porque su necesidad de firmeza y general eficacia ha llevado a buscar el modo de evitar las dificultades y complicaciones que significaría la investigación de la realidad y validez de cada título de adquisición del estado civil y porque la intervención del Estado ofrece los medios para crear un modo fácil y claro de conocer las situaciones del estado civil con la seguridad suficiente para la vida jurídica normal.

Advierte también Castro que el *título de legitimación* no reemplaza, ni puede hacerlo, al *título de adquisición*, y como tal, no es siquiera un elemento o requisito de la adquisición; su significado y eficacia están en facilitar que determinadas circunstancias externas (las que constituyen el título de legitimación) bastan para que se puedan ejercitar las facultades de estado sin necesidad de comprobar la existencia del título de adquisición. En ciertos casos, para reforzar el valor del título de legitimación, se le eleva a requisito «sine qua non» para el ejercicio normal de las facultades, y anota que ésta parece ser la interpretación que hay que darle al artículo 77 del Código Civil, conforme a la jurisprudencia (sentencias de 16 de febrero de 1892, 21 de noviembre de 1916, 21 de noviembre de 1918 y, sobre todo, la de 15 de febrero de 1928); y, por otro lado, su falta limita su eficacia respecto a terceros (arts. 77 y 316 del Código Civil). El estado civil tiene dos títulos de legitimación: uno, normal y preferido, la inscripción o anotación en el Registro Civil, y otro, subsidiario o com-

(69) *Derecho civil de España*, II, 1, Madrid, 1952, págs. 78 y ss.

plementario, la posesión de estado (arts. 53 y 54 del Código Civil).

Cierto que la partida del Registro Civil no es un vulgar medio de probar; es algo más, un título de legitimación, la única e insustituible prueba, sólo suplible por otras cuando no haya existido aquélla o hubieren desaparecido los libros del Registro o se suscite contienda ante los Tribunales, pero tampoco crea una mera realidad jurídica material. Su alcance, concluye Castro, no puede exceder de su finalidad: ofrecer un instrumento técnico para que sea fácil conocer y para que sea más sencillo ejercitar las facultades que nacen de cada estado civil, del verdadero estado civil, y no hay por qué darle un alcance que contradiga su propio origen y naturaleza.

En resumen, entendemos nosotros que la transcripción es requisito exigido por la ley civil como *título legitimador*, a efectos civiles, del matrimonio canónico; es decir, como normal medio de prueba para el ejercicio de las facultades derivadas directamente del propio matrimonio canónico, que constituye el único *título de adquisición* de tales efectos.

De donde derivan los siguientes caracteres, que en este aspecto configuran la naturaleza de la inscripción:

a) *Es algo más que un vulgar medio de prueba*, porque no puede ser suplida sino en determinados casos (cuando los libros del Registro Civil no hayan existido o hubieran desaparecido: artículo 53 del Código Civil).

b) *Es un medio de prueba privilegiado* en cuanto favorece al que la invoca con la presunción de veracidad, imponiendo al que la niegue la carga de la prueba contraria, que podrá invocar entonces «toda especie de prueba» (art. 53 del Código Civil).

c) *Es el medio único para lograr el ejercicio de los efectos civiles* del matrimonio canónico, según dispone claramente el Concordato al decir que «para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico *será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro Civil correspondiente*».

d) Pero los efectos civiles han de referirse siempre, como a su causa y origen, a la celebración del matrimonio, no a la inscripción: «Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito *regirán a partir de la celebración canónica de dicho matrimonio*.» (Protocolo, núm. 4.)

Con ello ya hemos rozado el segundo de los fines que descubrimos en la inscripción: junto a ser un monopolio por el Estado de la prueba, a efectos civiles, de la celebración del matrimonio, señalábamos el de ser también el medio de dar constancia de tal celebración en un Registro de carácter público.

Ahora debemos hacer algunas indicaciones sobre la publicidad que la inscripción persigue:

Hablar de publicidad es tanto como decir presunción de veracidad. En este sentido puede afirmarse que la inscripción lleva

consigo el establecer la «verdad oficial» respecto a la existencia y consiguientes efectos civiles del matrimonio canónico.

El Registro «publica» el matrimonio canónico, pero no sólo en el sentido de permitir a cualquiera el informe acerca de su existencia. Esto, que podemos denominar publicidad formal del Registro Civil, es algo, pero no todo lo que el Registro persigue. Se quiere más: que todos los que tengan interés en cuanto hace referencia a la eficacia civil del matrimonio canónico, encuentren en el Registro, por virtud de la inscripción, una garantía.

Pero sería muy expuesto al error el creer que aquí todo gira alrededor de la figura del tercero, como ocurre en el Registro de la Propiedad.

Coinciden ciertamente ambos Registros en su afán de eliminar los peligros que para la vida jurídica entraña la clandestinidad. Pero la analogía no va más lejos de éste y algún otro punto de poca monta.

El designio de uno y otro Registro son muy diversos. Mira el inmobiliario a proteger la seguridad del tráfico amparando al tercero contra los riesgos de la clandestinidad. El civil tiene, por su parte, más altos alcances: quiere igualmente eliminar la clandestinidad, pero en obsequio de los intereses de los terceros y también de los propios cónyuges cuyo estado se publica.

Por eso la función legitimadora de la inscripción hace referencia no sólo a los terceros, sino antes que nada a los propios cónyuges, aunque los terceros necesitan apoyarse en el Registro si pretenden aprovecharse de cualquier derecho que reconozca como título originador el matrimonio canónico.

En el Registro inmobiliario, la figura del tercero aparece a partir de la inscripción. En el Registro Civil tiene especial relieve antes de ella.

Es este un rasgo que conviene examinar.

Poco encontramos en nuestras leyes acerca de la eficacia del Registro Civil en relación a terceros; es decir, acerca de los beneficios que obtiene el tercero de la inscripción.

Pero sí existe algún precepto que nos habla de la protección que el tercero merece por la falta de inscripción.

Dispone el artículo 316 del Código Civil que la emancipación habrá de anotarse en el Registro Civil, *no produciendo entretanto efecto contra terceros*. La Sentencia de 1 de octubre de 1910 declara que «no hay precepto que para la validez y eficacia de la emancipación exija la anotación previa, y sólo sí cuando ese requisito no se llena deja de producir efectos contra terceros». De donde resulta que el tercero no se toma en cuenta, en este caso, por el Registro Civil a partir de la inscripción sino justamente mientras la inscripción no se practica.

Algo semejante ocurre en tema de inscripción del matrimonio canónico: «Cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, di-

cha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas.» (Protocolo núm. 4.)

Ya había dicho el Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 77 del Código Civil, que su último apartado se refiere *en cuanto a perjudicar a los terceros interesados, sólo desde que se inscriba el matrimonio.* (Sentencia de 15 de febrero de 1928.)

El criterio que esta doctrina mantiene, en aplicación del régimen del Código Civil, coincide sólo en parte con el que ahora acoge el Concordato español, pues en éste la protección del tercero sólo se produce—con relación a los derechos por él adquiridos antes de ser transcrito el matrimonio canónico—cuando la inscripción se practica *una vez transcurridos los cinco días de su celebración.*

¿Cómo explicar criterio semejante? Porque parece que la protección de los terceros debería alcanzar a todos los supuestos y no sólo en los casos de «transcripción tardía».

A nuestro juicio, todo se explica si se tiene en cuenta el carácter propio de la publicidad que el Registro Civil organiza para el estado de las personas.

Supongamos, por ejemplo, que una mujer casada comprara, sin licencia de su marido, una cosa cualquiera a un tercero. Si al tiempo de celebrar este contrato el matrimonio figuraba ya transcrito en el Registro Civil, el marido podría ejercitar la acción de anulación que la ley le otorga en atención a su «soberanía familiar» como dice con frase expresiva la Resolución de 23 de abril de 1929. Claro se ve que, en este caso, la protección del Registro no alcanza al «tercero», sino al marido; es decir, a quien no fué parte en el contrato: el marido, que es «parte» en el matrimonio, «es tercero» respecto de la compraventa.

Pero si la compraventa fué celebrada antes de hallarse inscrito en el Registro tal matrimonio, habrá que distinguir: si la inscripción se realizara después de la compraventa, pero dentro de los cinco días de la celebración del matrimonio, el tercero vendedor se verá también sometido a los efectos de la impugnación que el marido solicite. En otro caso—si se practica tardíamente la transcripción—queda protegido el tercero y desprovisto de tutela el marido de la contratante.

Es evidente que, en el caso del matrimonio, la publicidad del Registro civil no tiene tanto por fin la protección del tercero, para ponerle a salvo de los inconvenientes de la clandestinidad, como la tutela de la familia, que puede experimentar perjuicios más graves por el hecho de permanecer oculto el matrimonio. El plazo de cinco días se establece por una doble razón: 1) para estimular a los cónyuges, o a cualquiera que tenga en ello un interés legítimo, a que promuevan la transcripción; 2) para que el perjuicio que los terceros puede alcanzar por la clandestinidad se limite a un corto espacio de tiempo. La ley parece estimar culpable la clandestinidad que dura más de cinco días—por ser plazo bastante

para lograr la transcripción—, y por eso en la transcripción tardía protege siempre al tercero. No lo hace anteriormente porque la finalidad del Registro no es sólo la tutela del tercero, sino también los intereses familiares, que son casi siempre de más subido valor a los ojos de la ley.

Digamos, por último, que la constancia en el Registro civil del matrimonio canónico—lograda mediante su inscripción—permite a todos apoyarse en el Registro como «verdad oficial». Esta es la publicidad material, que se traduce únicamente en las ventajas que el acta brinda a quien la esgrime: las ventajas de ser prueba y presunción jurídica *iuris tantum* del estado conyugal, ya que incumbe la carga de la prueba a quien la contradiga judicialmente (art. 53 del Código civil).

8. *Modo de llevar a cabo la inscripción.*—Leemos en el Protocolo final del Concordato que la *transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente.*

¿Qué alcance tiene tal declaración?

A nuestro juicio, el Concordato no ha tenido presente el detalle del procedimiento, propio de la previsión reglamentaria, sino las líneas fundamentales del sistema.

Al decir que la transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente, ha querido dejarse muy bien sentado el carácter de la transcripción, para que no se le atribuyan otros fines que los reseñados por nosotros al examinar su naturaleza jurídica.

Confirma este punto de vista la frase que precede a la declaración que examinamos, cuando declara que «para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico, *será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente.*»

Quiere decirse que, al efecto, no se exigirá ningún otro requisito; ninguno de aquellos que acompañan a la transcripción, o la preceden, en los sistemas italiano y portugués: proclamas civiles; examen del funcionario civil sobre impedimentos; certificado del propio funcionario, indispensable para que pueda el párroco proceder a la celebración del matrimonio hecha por el párroco al funcionario del Registro, etc.

Y se añade que, «no obstante, quedan convenidos los siguientes extremos: ...» En rigor, las novedades que se establecen o significan normas para llenar lagunas del sistema hasta ahora vigente (determinación de las personas que pueden instar la transcripción y momento en que puede practicarse) o son confirmativas de la naturaleza que ya tenía el sistema de transcripción (tal como había sido interpretado por la jurisprudencia), que ahora se aclara y se refuerza, si cabe, en el sentido que hemos indicado al hablar de su naturaleza.

Esto último representa la supresión de la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio. Refuerza la

naturaleza de la transcripción como mero «título de legitimación», al no hacer depender el reconocimiento de los efectos civiles de la circunstancia de no haberle dado aviso los contrayentes.

¿Quiere esto decir que, en lo sucesivo, no deberá darse aviso al Juez municipal y que éste no podrá hallarse presente en el acto de la celebración?

A nuestro juicio—y parece que en tal sentido se llevaron a cabo las negociaciones entre ambas Potestades—se ha buscado conseguir, con la fórmula que el Protocolo sanciona, un sistema de máxima armonía para lograr a un tiempo la independencia de la autoridad eclesiástica en lo relativo a la celebración del matrimonio canónico y la garantía de que el matrimonio será inscrito en el Registro civil, si a ello no se oponen razones particulares (tal es el caso del matrimonio secreto).

Entendemos que la frase «la transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente», conduce a mantener el previo aviso de los contrayentes al Juez municipal y la presencia de éste en el acto de la celebración. De tal manera se evita imponer al párroco la obligación de transmitir la partida al Registro civil, y se evita también que por descuido o negligencia los contrayentes no la transmitan tampoco. El modo más práctico de facilitar la inscripción—deseo evidente de la Iglesia y del Estado—es dejar las cosas como hasta ahora, con la única salvedad de que «en ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada *condición necesaria* para el reconocimiento de sus efectos civiles». (Protocolo, núm. 1.)

La presencia del funcionario civil continúa, con el carácter que le otorgaba el artículo 77 del Código civil: «con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil». Pero se suprime como requisito para el reconocimiento de la eficacia civil del matrimonio; ésta se enlaza directamente con la inscripción, cualquiera que sea el medio de practicarla: a través de la presencia del funcionario del Estado en el acto de la celebración, o mediante la transcripción ulterior de la partida sacramental solicitada por los contrayentes o pedida de oficio por el propio párroco.

9. *Legitimación activa*.—Dispone el Protocolo final, en su número 2.º:

«La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ello.

»A tal fin, será suficiente la presentación en las Oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado.

»La citada inscripción será comunicada al párroco competente por el encargado del Registro civil.»

El punto de mayor interés que esta declaración plantea es el

relativo a determinar lo que debe entenderse en la frase «quien tenga un interés legítimo en ello».

Pero, antes de examinarlo, se nos ocurre observar que de este número del Protocolo se extrae una consecuencia evidente en orden a la improcedencia absoluta de plantear entre nosotros aquella cuestión que vimos debatían los autores italianos: el de la autonomía de las partes para negar a su matrimonio los efectos civiles.

La transcripción puede exponerse «a requerimiento de cualquiera de las partes». Y no se pone, en este punto, limitación ninguna. Es tanto como decir que no se requiere el «consentimiento» de ambas partes para la registración civil. Recuérdese que éste era—con el llamado «principio de la libertad matrimonial»—el apoyo más firme de los que defienden la tesis favorable a tal autonomía. El número 4.º del Protocolo no habla para nada de consentimientos de ambas partes; antes, al contrario, declara expresamente que puede instar la transcripción cualquiera de ellas. Y no existe entre nosotros aquel principio de la «libertad contractual», corolario del sistema facultativo. Nuestro sistema matrimonial es de signo distinto, y por eso los efectos civiles acompañan a toda unión canónica, sin que puedan las partes oponerse a la transcripción para privarles de aquellos efectos. El caso del matrimonio de conciencia es caso especial, que discurre por cauces muy distintos de los que sirven de fundamento a la doctrina de la «autonomía».

Todo lo dicho nos lleva a creer que en nuestro sistema concordatorio se pretende favorecer al máximo la transcripción del matrimonio canónico, porque de esa manera se facilita el reconocimiento práctico de sus efectos civiles.

Por esta consideración, estimamos que hay que interpretar con generosidad la frase *o de quien tenga un interés legítimo en ello*.

Como acertadamente indica Castro, al estudiar el Registro civil (70), en las facultades dirigidas a *declarar* el estado civil predomina el principio de orden público; en las facultades para cambiar el estado civil o para impugnarle domina el carácter personal. Por ello, la facultad de hacer que se declare la realidad y que se rectifiquen falsas apariencias o mentidas afirmaciones la tiene toda persona que ostente para ello un interés legítimo, entendiendo por legítimo un interés de orden económico o moral.

¿Deberá aceptarse sin más que toda persona que tenga interés económico o moral en que el matrimonio conste en el Registro, pueda instar la correspondiente transcripción de la partida sacramental?

A nuestro juicio, esta interpretación amplia, que nos parece como regla general la más ajustada al texto concordatorio, ha de limitarse con una excepción: la que exige el peculiar carácter del

matrimonio secreto de conciencia, del que nos ocuparemos más adelante, volviendo entonces sobre el particular.

Repárese, finalmente, en la gran facilidad con que puede pedirse la transcripción, pues basta «la presentación en las Oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado».

Es también de notar que el Concordato se ha cuidado en no imponer al párroco ninguna obligación en todo lo que se refiere a los trámites para la eficacia civil del matrimonio canónico. No le impone la comunicación al funcionario del Registro: eso lo harán las personas que soliciten la transcripción, quienes obtendrán, al efecto, «una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco», pero esto no es un deber que le impone el Estado, sino la Iglesia, en el canon 1.103 del Codex Juris Canonici. Por ello, entendemos que no hay inconveniente alguno—antes parece muy respetuoso del criterio de ambas potestades—en que los párrocos comuniquen directamente al Registro civil la celebración del matrimonio. Es de recordar el artículo 3.º del Real Decreto de 9 de febrero de 1875: «Se ruega y encarga a los Reverendos Prelados dispongan que los párrocos suministren directamente a los jueces encargados del Registro civil noticia circunstanciada, en la forma que determinan los Reglamentos, de todos los matrimonios que hayan autorizado desde la fecha en que empezó a cumplirse la Ley citada de 1870 y de los que en adelante se autoricen.»

El texto del Protocolo se debe, sin duda, a querer evitar que pueda considerarse al párroco como funcionario público estatal, pues ya vimos que cuando se le atribuye tal carácter es como medio para exigirle responsabilidad de orden personal.

El Concordato extrema la nota en este punto, al añadir que «la citada inscripción será comunicada al párroco competente por el encargado del Registro civil».

10. *Transcripción posterior a la muerte de uno o de ambos cónyuges.*—Otra novedad interesante del Concordato es la previsión acerca de este punto: «La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.» (Protocolo, núm. 3.)

La norma constituye un argumento más para negar en absoluto entre nosotros el reconocimiento de autonomía en los cónyuges en orden a destituir de efectos civiles a su matrimonio canónico.

Y entraña también la imposibilidad de atribuir en el sistema concordatario español carácter constitutivo a la inscripción de las uniones celebradas en armonía con el Derecho canónico: si la inscripción fuera la causa productora de los efectos civiles, no se comprende cómo cabe pedirla después de disuelto el matrimo-

nio por la muerte de los cónyuges. Pero si la inscripción es el cauce para obtener tan sólo un «título legitimador», no se ve obstáculo en ello, porque los efectos civiles del matrimonio, ya producidos durante el matrimonio, pueda interesar hacerlos valer después de la muerte de los cónyuges.

11. *Efectos del matrimonio frente a terceros.*—Pero de donde resulta con mayor claridad la naturaleza de la inscripción es del número 4 del Protocolo:

«Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas.»

Establécese una regla y una excepción.

Regla general: Después de la inscripción entran en vigor (regirán) los efectos civiles que desde su celebración había ya producido el matrimonio canónico por su propia virtualidad, como su «causa». Podría hablarse aquí de retroactividad de la inscripción, pero nos parece término expuesto a confusiones, por lo que preferimos evitar su empleo.

Excepción: La transcripción tardía (la no solicitada dentro de los cinco días siguientes a la celebración del matrimonio) «no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas».

El examen de la excepción permite apreciar con claridad el alcance de la regla general.

Es de advertir, ante todo, que la transcripción tardía (término que nos parece sencillo y expresivo para denominar el supuesto) tiene lugar «cuando la inscripción del matrimonio *sea solicitada* una vez transcurridos los cinco días de su celebración». No importa el momento de la transcripción, sino el de su solicitud al funcionario del Registro, lo que nos lleva a creer que el nuevo régimen concordatario pretende estimular a los que tengan en ello interés a poner los medios a su alcance para obtener la transcripción, pero no les impone las consecuencias de su falta cuando se deben a causas que no les son imputables por no depender de su voluntad.

El punto de mayor importancia es la determinación del alcance que deba darse a la frase «derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas». Aquí es necesario precisar qué debe entenderse por «derechos adquiridos», qué sentido tiene la expresión «adquiridos legítimamente» y cuáles son las «terceras personas» cuyo perjuicio quiere evitarse.

Estimamos que el término «derechos adquiridos» es equivalente a la expresión «derechos nacidos» que emplean las reglas 1.ª y 4.ª de las disposiciones transitorias del Código civil, que, a

juicio de Castro, comprende no sólo los derechos subjetivos en estricto sentido, sino también «las situaciones jurídicas interinas que existan o hayan existido; no, en cambio, las meras expectativas o esperanzas (71).

¿Qué quiere decirse con la frase «derechos adquiridos legítimamente»? Porque lo mismo puede entenderse como expresiva de los derechos adquiridos de acuerdo con la ley, que como exponente de que tales derechos se hayan adquirido con particular legitimidad.

Creemos que en el Concordato la frase se ha empleado en este segundo sentido y podría haberse sustituido por esta otra: «derechos adquiridos, con buena fe, por terceras personas».

Lo entendemos así por el sentido que preside todo el régimen concordado; pero en todo caso puede llegarse a igual conclusión con sólo parar mientes en la causa justificativa de la protección que se procura a los terceros en el supuesto legal.

Afirma Puig Peña (72), al estudiar los efectos jurídicos de la inscripción en el Registro civil, que «la no inscripción de un hecho descarga al tercero de la necesidad de conocerlo, librándolo de las consecuencias de su ignorancia».

La falta de inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil puede determinar un estado aparente distinto del real en los cónyuges, que lleve a los terceros a tenerlos por no casados. Si un tercero adquiere derechos antes de la inscripción del matrimonio, sólo será digno de tutela cuando obró de buena fe (73). La interpretación contraria llevaría consigo el proteger la mala fe, no en perjuicio de la parte que contrató con el tercero, sino en perjuicio de la familia creada por el matrimonio no transcrito.

Esta es la interpretación más equitativa, la más acorde con nuestro sistema de Registro civil y la que mejor explica el empleo por el Concordato del término «derechos adquiridos legítimamente», ya que lo contrario conduce a sostener que el adverbio «legítimamente» pudo no incluirse en el texto sin mengua del sentido de la frase, y, como se sabe, hay que eliminar, en principio, cualquier interpretación que tenga por superflua alguna de las palabras empleadas en el texto interpretado.

Lo que no nos parece incluido en la expresión «derechos adquiridos legítimamente», es la necesidad de que se trate de adquisiciones a título oneroso. No estamos aquí en el sistema registral inmobiliario, que protege al que adquiere con base en el

(71) CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, Valladolid, 1942, pág. 577; vide también su doctrina sobre las «situaciones jurídicas interinas», págs. 517 y ss. de la misma obra.

(72) *Introducción al Derecho Civil español; común y foral*, 2.^a ed. Barcelona, 1942, pág. 309.

(73) Entiende CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, I, pág. 85, que sólo podrá beneficiarse con la convalidación del acto (afectado por la nulidad del estado civil) quien actúe de buena fe.

Registro contra el titular extrarregistral sólo en el caso de que aquél lo haya hecho a título oneroso y con buena fe.

En el supuesto del texto que comentamos no hay pugna entre dos titularidades, ni tampoco entre una situación registral y otra extrarregistral. La pugna se da—sobre la base de no haber inscripción del matrimonio—entre quien adquirió derechos de manos de un «cónyuge clandestino» y quien, en defensa del interés familiar, podría haber atacado el acto originador de tal adquisición del tercero si éste no estuviera tutelado por la circunstancia de no existir la «verdad oficial» del Registro. Se le protege en cuanto ignora la condición de cónyuge del contratante, con ignorancia insuperable, por no estar registrada tal condición; pero se le protege en todo caso, lo mismo si adquirió a título oneroso que si adquirió a título lucrativo. No encontramos, para la tesis contraria, justificación bastante. Sería, a nuestro juicio, restringir, sin razón alguna, la amplitud del texto del Protocolo. Otra cosa es la buena fe, que debe ser siempre exigida, so pena de ponernos en contradicción con los fundamentos mismos del principio de publicidad que rige toda la materia del Registro civil.

¿Quiénes son, finalmente, esas «terceras personas» cuyos derechos adquiridos protege el Concordato?

La cuestión, a nuestro entender, es sencilla. Son terceros, en este caso, todos los que no son partes del matrimonio; es decir, todos, menos los propios contrayentes.

¿Lo serán también los hijos? Creemos que sí, y en ellos podrá darse, en alguna ocasión, esa buena fe que nosotros exigimos para calificar de legítima la adquisición que se ampara, porque cabe pensar que ellos ignoraban que la persona de quien adquirirían fuera su padre o su madre.

Examinado el alcance de la excepción, podemos ya referirnos al rico contenido de la regla general, en la que se manifiesta espléndidamente la naturaleza de la inscripción.

Veamos la suerte de los efectos civiles del matrimonio que se produjeron—por virtud del matrimonio mismo—en el paréntesis que acotan la celebración canónica y la inscripción en el Registro.

En cuanto a los efectos patrimoniales, la cosa es clara. Podrán hacerse valer, por quien tenga interés en ello, todos estos efectos con el apoyo de la inscripción civil, que permite ahora obrar con el arma de ese «título de legitimación».

¿Y en cuanto a los efectos meramente personales?

Aquí se nos presentan dos supuestos de importancia: *a)* la suerte del matrimonio contraído por uno de los cónyuges con tercera persona durante el tiempo intermedio; *b)* la posibilidad de perseguir los delitos contra la fidelidad conyugal (adulterio y bigamia) o el de abandono de familia cometidos también en ese espacio de tiempo, es decir, antes de practicarse la transcripción.

A nuestro juicio, el matrimonio del primer supuesto será nulo,

a tenor de lo dispuesto en el artículo 51; y esto aun en el caso de transcripción tardía, porque no cabe hablar aquí—sería absurdo y monstruoso—de ningún «derecho legítimamente adquirido».

Tampoco nos cabe duda de que pueden perseguirse los delitos indicados. Tal es la doctrina del Tribunal Supremo, antes recordada, a propósito del delito de bigamia. ¿Pero no habrá algún obstáculo, propio del mecanismo del ordenamiento penal, que se oponga a esta solución?

Algunos autores italianos afirman, como vimos, que no pueden perseguirse los delitos cometidos por uno de los cónyuges antes de la transcripción, porque ello sería admitir «delitos retroactivos». Bien se comprende que tal parecer—que conduce a grandes aberraciones—trae su origen en la doctrina que ve en la transcripción el elemento *constitutivo* de los efectos del matrimonio en la esfera del Derecho estatal. Su argumento es tanto como decir que tales acciones no son punibles por no ser antijurídicas.

Que la antijuricidad es plena en tales casos, resulta de violarse las normas que amparan a los cónyuges y a la familia, normas que se aplican también con todo su rigor, aun antes de la inscripción, porque ésta lo único que hace es «legitimar» para el ejercicio de las facultades que nacen del estado de cónyuge y para la exigencia de los deberes que tal estado lleva consigo.

Y no cabe tampoco distinguir aquí entre la inscripción realizada en el término de los cinco días y la inscripción tardía, porque el invocar como posible obstáculo la excepción que ampara «los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas», sería nada menos que invocar un derecho a la impunidad (la de aquella persona con quien cometió el acto delictivo el cónyuge culpable).

12. *El matrimonio «in articulo mortis»*.—De él nos habla el artículo 78 del Código civil:

«Los que contrajeren matrimonio canónico *in articulo mortis* podrán dar aviso al encargado del Registro civil en cualquier instante anterior a la celebración, y acreditar de cualquier manera que cumplieron este deber.

»Las penas impuestas a los contrayentes que omitieren aquel requisito no serán aplicables al caso del matrimonio *in articulo mortis*, cuando conste que fué imposible dar oportunamente el aviso. En todo caso, para que el matrimonio produzca efectos civiles desde la fecha de su celebración, la partida sacramental deberá ser inscrita en el Registro dentro de los diez días siguientes.»

Cabe preguntar cuál será la suerte de este precepto después del reciente Concordato.

Creemos que deben distinguirse dos cuestiones diversas: a) el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico *in ar-*

ticulo mortis; b) las penas impuestas a los contrayentes que omitieran dar aviso previo al encargado del Registro civil.

En cuanto a la primera cuestión, es indudable que el matrimonio canónico *in articulo mortis* debe quedar sometido al régimen común; es decir, que si la inscripción en el Registro civil se practica en término de quinto día, producirá sus efectos a partir de la celebración; y si se practica posteriormente, quedarán a salvo los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas.

En cuanto a las penas de los contrayentes que no dieron culpablemente aviso al encargado del Registro, deberán mantenerse si se mantiene—lo que, en principio, nos parece correcto—un sistema general de sanciones para quienes travengan el requisito del previo aviso. Y por eso parece oportuna la salvedad de que «no serán aplicables al caso del matrimonio *in articulo mortis*, cuando conste que fué imposible dar oportunamente el aviso».

13. *El matrimonio de conciencia*.—Consideración distinta merece el matrimonio de conciencia, a que se refiere el artículo 79 del Código civil:

«El matrimonio secreto de conciencia, celebrado ante la Iglesia, no está sujeto a ninguna formalidad en el orden civil, ni producirá efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro.

Este matrimonio producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración, si ambos contrayentes, de común acuerdo, solicitasen del Obispo que lo haya autorizado un traslado de la partida consignada en el registro secreto del Obispado, y la remitieren directamente y con la conveniente reserva a la Dirección General del Registro civil, solicitando su inscripción. Al efecto, la Dirección General llevará un registro especial y secreto, con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darles publicidad, trasladándolas al Registro municipal de su domicilio.»

Para precisar este supuesto, conviene recordar la disciplina que el Código de Derecho canónico contiene en los cánones 1.104 a 1.107.

Llámase *matrimonio de conciencia* aquel que—sólo por una causa gravísima y urgentísima—puede el Ordinario (pero no el Vicario general sin mandato especial) permitir que se celebre sin proclamas y en secreto (canon 1.104).

Características, pues, de este matrimonio es el secreto con que se celebra, por razón de una causa gravísima y urgentísima; de ahí su nombre: matrimonio de conciencia o matrimonio secreto.

Del secreto que acompaña a tal unión habla el canon 1.105: «El hecho de permitir que se celebre matrimonio de conciencia lleva consigo la promesa y obligación grave de guardar secreto por parte del sacerdote asistente, de los testigos, del Ordinario y sus sucesores, y también de cualquiera de los cónyuges, si el otro no consiente en su divulgación.»

Mas tal obligación cesa para el Ordinario en los casos a que se refiere el canon 1.106: «La obligación de esta promesa no se extiende por parte del Ordinario al caso en que, de guardarse el secreto, haya peligro inminente de escándalo o de injuria grave contra la santidad del matrimonio, o si los padres no se preocupan de bautizar a los hijos habidos de tal matrimonio, o si los hacen bautizar expresando nombres falsos y no dando cuenta al Ordinario, en el plazo de treinta días, de la prole habida y bautizada y de quiénes son sus verdaderos padres, o si descuidan el darles educación cristiana.»

Quiere la Iglesia que en estos casos no se omita la constancia registral del matrimonio, pero dicta para ello una norma especial en el canon 1.107:

«El matrimonio de conciencia no debe anotarse en los libros acostumbrados de matrimonios y bautizados, sino en el libro especial que se guardará en el archivo secreto de la Curia, del que se hace mención en el canon 379.»

¿Cuál será la mente de la Iglesia en orden a la transcripción en el Registro civil de estos matrimonios?

Sabemos que para Italia, el número 41 de la Instrucción de la Congregación de Sacramentos de 1 de julio de 1929 dispuso que tales matrimonios de conciencia no sean notificados al oficial del estado civil, pero añadió también, en el número 42, que las partes, de común acuerdo (y el Ordinario, en los casos del canon 1106), pueden pedir en todo momento que su matrimonio sea notificado y transcrito en el Registro del estado civil.

¿Será éste el criterio aplicable entre nosotros?

Nada nos dice expresamente del matrimonio de conciencia el Concordato; pero creemos que es orientadora la frase ya examinada del Protocolo: «esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente». Referida al matrimonio secreto de conciencia, conduce a mantener para él el régimen actual, con el registro especial y secreto de la Dirección general hasta que los interesados soliciten darle publicidad, trasladando la inscripción al Registro municipal correspondiente.

El punto de mayor interés consiste en determinar quiénes pueden promover la transcripción del matrimonio canónico en el Registro civil, distinguiendo, a su vez, entre el Registro especial y secreto de la Dirección General y el Registro común y público del Juzgado municipal.

Todo gira, en esta materia, alrededor de la obligación de guardar secreto que acompaña al matrimonio de conciencia.

Veamos los distintos supuestos:

1.º Transcripción del matrimonio en el Registro secreto de la Dirección. Sólo pueden pedirla «ambos cónyuges, de común acuerdo», según previene el artículo 79 del Código civil, para lo cual han de solicitar del Obispado que autorizó el matrimonio

de conciencia un traslado de la partida consignada en el registro secreto del Obispado, y remitirla directamente y con la conveniente reserva a la Dirección general del Registro civil, solicitando su inscripción.

2.º Inscripción del matrimonio en el Registro municipal. Puede practicarse «a petición de ambos cónyuges» (Sentencia de 28 de junio de 1928), y también, muerto uno de ellos, el otro puede pedirla, siendo en este caso la Dirección general la que resuelve «en vista de los hechos y alegaciones» (Resolución de 20 de abril de 1910). Es de advertir que no se requiere, en todo caso, la previa inscripción en el Registro secreto de la Dirección general, pero si ésta existiera, no puede obtenerse directamente del Juez municipal la publicidad del matrimonio, sino mediante solicitud a la Dirección general, «debiendo, en consecuencia, los Jueces municipales, antes de proceder a la publicación de dichos matrimonios solicitada directamente de ellos por los interesados, participar la petición a dicho Centro por si se tratase de matrimonio ya inscrito en su Registro especial» (R. O. de 21 de febrero de 1922).

¿Puede solicitar también, después del Concordato, la transcripción de este matrimonio en el Registro civil «cualquiera de las partes o quien tenga un interés legítimo en ello»?

Aquí conviene distinguir entre la inscripción en el Registro de la Dirección general y en el Registro del Juzgado municipal. Creemos que lo primero sólo puede hacerse por ambos cónyuges de común acuerdo, pues sólo a ellos interesa realmente la constancia de ese Registro reservado, carente de publicidad.

Y en cuanto a la transcripción con publicidad en el Registro del Juzgado municipal, creemos también que todo se resuelve en la lectura de lo que el Protocolo indica: «A tal fin, será suficiente la presentación en las oficinas del Registro civil de *una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el Párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado.*» Si la transcripción sólo puede lograrse por uno solo de los cónyuges o por cualquier interesado, mediante la obtención de la copia del acta matrimonial extendida por el Párroco, es claro que éste la doneará—por cuanto no la posee—, siempre que el matrimonio permanezca en la etapa de «secreto canónico» y, por tanto, en el archivo secreto del Obispado. Pero podrá obtenerse—por uno solo de los cónyuges o por cualquier interesado—si este «secreto canónico» desaparece, e porque ambos cónyuges consienten en la divulgación del matrimonio (canon 1.105), o porque, dándose alguno de los casos del canon 1.106, el Ordinario estime oportuno publicar el matrimonio. Entonces, y sólo entonces, será posible la transcripción en el Registro del Juzgado municipal, mediante la presentación de la copia auténtica de la partida sacramental expedida por el Párroco. En otro caso, no puede lograrse del Párroco la necesaria

copia, y, por ello, se hace imposible la transcripción indicada (74).

Veamos, finalmente, cuál es el alcance de la transcripción, debiendo distinguirse de nuevo entre los dos supuestos: inscripción de matrimonio secreto en el Registro especial de la Dirección y constancia del matrimonio de conciencia en el Registro del Juzgado.

La primera inscripción carece, en absoluto, de publicidad, pero no por ello es irrelevante. La mencionada Resolución de 20 de abril de 1910, refiriéndose a ella, nos dice que es «una medida excepcional, provisional y de precaución, *encaminada, cuando los interesados lo desean, a suministrar, en su caso, transitoriamente, la prueba de los derechos y deberes nacidos del acto realizado, mientras subsistan las causas que obligan a los cónyuges a mantener secreto el matrimonio*».

Nos encontramos ante un caso claro que comprueba la distinción por nosotros establecida entre los dos aspectos que ofrece la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil: como título de legitimación y como medio de publicidad. Aquí obtienen las partes el título de legitimación para obtener, cuando lo deseen, «la prueba civil de los derechos y deberes del acto realizado»; pero privan a la constancia en el Registro civil de la nota de publicidad—que ordinariamente acompaña a la inscripción—, ya que de publicidad sólo puede hablarse a partir de la transcripción en el Registro del Juzgado.

En resumen, entendemos, con referencia al matrimonio secreto de conciencia:

1) Que debe mantenerse el régimen del artículo 79 del Código civil en todo lo relativo al modo de practicar la inscripción en el Registro secreto de la Dirección general y, en su caso, del Juzgado municipal competente.

2) Que debe, consiguientemente, limitarse la amplitud de la fórmula concordataria, permitiendo únicamente—a solicitud de cualquiera de las partes o quien tenga un interés legítimo en promoverla—la transcripción del matrimonio en los casos en que permite el Código de Derecho canónico la publicación del matrimonio de conciencia.

3) Que debe estimarse denegado lo dispuesto en el apartado primero del artículo 79 del Código civil, sometiendo el matrimonio de conciencia a la regla general del número cuatro del Protocolo. Sólo en el caso de transcripción tardía en el Registro municipal, podrá pretender el tercero que se le respeten los derechos que adquiera legítimamente antes de ella. Y en los demás casos—cuando la transcripción se realice dentro de los cinco días inmediatos a la celebración—se entenderá, sin excepción alguna, que los efectos civiles del matrimonio regirán a partir de la fecha de la celebración canónica.

(74) La sentencia de 28 de junio de 1928 habla de inscripción del matrimonio secreto ordenada por el Ordinario en los supuestos del canon 1.106.

14. *El matrimonio de españoles en el extranjero.*—Acerca de la posibilidad de inscribir en el Registro civil los matrimonios en el extranjero por españoles en forma canónica, no existe duda. Pero ¿en qué registro se practicará la inscripción? Por virtud de lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870, los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero se inscribirán en el Registro especial que han de llevar los agentes diplomáticos y consulares de España. La Real Orden de 4 de junio de 1915 declaró procedente la inscripción de los matrimonios celebrados por españoles en el extranjero cuando la soliciten los interesados, háyase celebrado el matrimonio con o sin asistencia del Cónsul y reconózcale o no eficacia civil la legislación del país en que tenga lugar; doctrina que reitera la Real Orden de 21 de julio de 1915. Y la de 16 de mayo de 1921 establece que los matrimonios celebrados por súbditos españoles, conforme a las disposiciones de la Iglesia católica, pueden ser transcritos en los libros del Registro civil, tanto a cargo de los Jueces municipales como de los Cónsules, siempre que aparezca indudable la nacionalidad española de los contrayentes o del contrayente varón, y que el documento que deba transcribirse por la autoridad eclesiástica competente y su autenticidad no ofrezca duda, puesto que, según los artículos 42, 75 y 76 del Código, los matrimonios canónicos producen todos los efectos civiles.

Pero cabe plantear una duda a consecuencia de lo prevenido en los artículos 24, 25 y 70 de la Ley de Registro civil, en cuanto disponen que se haga una copia certificada de las inscripciones practicadas en el Registro diplomático o consular, y que se remita a la Dirección general para que se reproduzcan en un Registro llevado en España: en la Dirección general si se trata de personas que no tengan domicilio conocido en España, o en el Registro del Juzgado municipal si tienen tal domicilio.

Para contar los cinco días que caracterizan la transcripción con efectos incluso frente a tercero, ¿habrá que tener en cuenta tan sólo la solicitud hecha ante el Registro diplomático o consular? Creemos que sí, por cuanto lo otro—el hacer la copia certificada para la constancia del matrimonio en los Registros radicados en España—es algo que compete a los agentes diplomáticos y consulares, y, por tanto, no puede hacerse depender de tal comunicación la virtualidad de la transcripción solicitada. No insistimos sobre el particular, porque no creemos que pueda seriamente plantearse cuestión acerca de tal punto (75).

(75) Lo mismo cabe decir acerca de los matrimonios *in articulo mortis* que la Ley del Registro Civil (artículos 71 y 72 en relación con los artículos 55 a 58) ordena que se inscriban en el Registro que, con carácter excepcional, han de llevar los contadores de buques de guerra, los capitanes o patronos de buques mercantes, los jefes con mando efectivo de Cuerpos militares y los jefes de lazaretos u otros establecimientos análogos. También ellos están obligados a remitir una o las dos actas originales para su inscripción, según los casos, en el Registro de la Dirección General o en el Juzgado correspondiente.

15. *El matrimonio bajo condición.*—Como se sabe, el matrimonio canónico puede celebrarse bajo condición. A ello se refiere el canon 1.092, cuyo número 3 dispone que la condición, una vez puesta y no revocada, «si versa acerca de un hecho futuro y es lícita, deja *en suspenso el valor del matrimonio*».

Y cabe plantear la duda acerca de si es susceptible de transcripción en el Registro civil tal matrimonio mientras la condición no sea cumplida. A nuestro juicio, la duda debe resolverse en sentido afirmativo, dado el sistema matrimonial que acoge el Concordato de reconocimiento pleno de la eficacia civil de cualquier matrimonio que se contraiga de acuerdo con las leyes eclesiásticas.

Cierto que, *pendente conditione*, cabe revocar el consentimiento matrimonial y celebrar lícita y válidamente matrimonio con otra persona, pero esto no puede ser obstáculo a la transcripción. Piénsese que, una vez cumplida la condición, se tiene por celebrado el matrimonio *ex tunc*, y, en tal caso, si se le niega la transcripción, se habrá hecho de peor condición a esta clase de uniones sin motivo suficiente.

Con todo, la cuestión es, en la práctica, casi bizantina, pues como advierte Lamas Lourido, «de hecho son rarísimos los casos de matrimonios condicionales con autorización de la autoridad eclesiástica. Si se estudian las causas matrimoniales de nulidad, conocidas por la *Sagrada Rota*, observaremos que siempre se trata de condiciones puestas sin conocimiento de dicha autoridad» (76).

Si la condición ha sido conocida por el Párroco, la hará constar en la partida sacramental, y anotará después, si los contrayentes le informan, el cumplimiento de la condición. Creemos, por tanto, que al Registro civil hay que trasladar, mediante inscripción y, en su caso, mediante la oportuna anotación, el contenido de la partida sacramental en los supuestos de matrimonio condicionado.

(76) LAMAS LOURIDO: *Consentimiento matrimonial canónico*, separata de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1953, pág. 61, que estudia el matrimonio condicional con gran detenimiento.

Matrimonio civil de acatólicos

GABRIEL GARCIA CANTERO
Doctor en Derecho. - Juez Comarcal

SUMARIO: I. Motivo de este trabajo.—II. Personas sujetas a la forma canónica del matrimonio.—A) En el capítulo «Tametsi» del Concilio de Trento.—B) En el Decreto «Ne temere» de 2 de agosto de 1907.—C) En el «Codex Iuris Canonici», según la primitiva redacción del canon 1.099.—D) Modificación introducida por el «motu proprio» de 1 de agosto de 1948.—III. Personas sujetas a la forma civil del matrimonio.—A) Indicaciones de Derecho comparado.—B) Matrimonio civil obligatorio.—C) Matrimonio civil facultativo o de elección.—D) Matrimonio civil subsidiario.—E) Historia del matrimonio civil en España.—1. Ley provisional del matrimonio civil de 18 de junio de 1870.—2. Decreto de 9 de febrero de 1875.—3. Código civil.—4. Ley de 28 de junio de 1932.—5. Legislación del Nuevo Estado español.—A) Restablecimiento de la legalidad anterior a la República.—B) Orden de 10 de marzo de 1941.—C) Periodo postconcordatario.—F) Prueba de la acatolicidad.—IV. Conclusiones.

I. MOTIVO DE ESTE TRABAJO

Un prestigioso compañero ha publicado en el primer número de *Pretor* un artículo (1) comentando la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de junio de 1951, en la que se hace aplicación de lo dispuesto en la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941. Según la citada Resolución, no es prueba suficiente de la acatolicidad de los contrayentes la certificación acreditativa de que los mismos fueron bautizados en la fe evangélica el año 1949. De esta suerte, comenta Antonio M. Luna (2), los dos solicitantes no pueden contraer matrimonio por ser acatólicos, y por no poder acreditar su condición religiosa tampoco pueden contraer matrimonio civil, so pena de que juren en falso no haber sido nunca bautizados en la Iglesia católica, con las consecuencias penales consiguientes, y salvo la posibilidad de obtener en el juicio declarativo correspondiente la declaración de su derecho civil para contraer matrimonio de esta clase. Centra luego su atención en la

(1) *La prueba del hecho negativo de la acatolicidad en el matrimonio civil*, págs. 31 y es.

(2) *Loc. cit.*, pág. 31.

citada Orden ministerial, criticando su artículo 1.º, poniendo de relieve la confusión que en él se produce de las cosas que se pueden con las que no se pueden probar, observando además que dicha Orden infringe la Ley de 12 de marzo de 1938 en cuanto que ésta dispuso el restablecimiento de la legalidad anterior a 28 de junio de 1932, de la cual no formaba parte norma alguna que exigiera prueba documental de acatolicidad ni tampoco la declaración de no haber sido bautizado.

Tanto la tesis central como algunas de las consecuencias derivadas de ella, contenida en el citado trabajo de Luna, nos parecen objetables (3), y por otro lado ocurre que el caso planteado no es sino un aspecto de un problema más amplio, hasta ahora no suficientemente aclarado. Debe distinguirse, en primer lugar, la cuestión de *capacidad*; esto es, dilucidar quiénes pueden contraer matrimonio «sub forma» canónica y quiénes «sub forma» civil; o, mejor aún, supuesto que las normas sobre el estado civil de las personas pertenecen al derecho necesario, quiénes—sobre la base de su propósito de contraer matrimonio—están obligados a observar la forma canónica y quiénes la civil. Sólo después de aclarado este punto se presenta la cuestión de la *prueba*.

Por otro lado, firmado el Concordato con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953, es de esperar un desenvolvimiento de sus normas por el Estado español (4), que, indudablemente, arrojará suficiente luz sobre este debatido problema.

Demostrada la oportunidad del tema, creemos conveniente exponer la doctrina canónica sobre la forma del matrimonio, haciendo luego unas referencias al derecho comparado, finalizando con la historia sumaria de las sucesivas fases por que ha pasado el matrimonio civil en nuestra Patria.

II. PERSONAS SUJETAS A LA FORMA CANÓNICA DEL MATRIMONIO

Teniendo en cuenta que no sólo por declaración legal (5), sino en la práctica la inmensa mayoría de los españoles profesan la re-

(3) También se contienen afirmaciones inexactas en el trabajo de nuestro también compañero MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 230, págs. 3 y ss., a quien refutó acertadamente JOSÉ PERE RALUY en el núm. 233 del mismo Boletín.

(4) Cumpliendo lo convenido el art. 36, 2.º, párrafo segundo, según el cual «el Estado español promulgará en el plazo de un año las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para la ejecución de este Concordato», sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, que dispone que «con la entrada en vigor de este Concordato se entienden derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes y reglamentos que, en cualquier forma, se opongan a lo que en él se establece».

(5) Art. 6.º del «Fuero de los Españoles»: «La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial». Art. 1.º de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado: «España, como unidad

ligión católica por haber recibido el bautismo en su infancia (6), el matrimonio de acatólicos será excepcional, de aquí que en primer lugar expongamos la regla general.

¿A quiénes obliga la forma canónica (7) del matrimonio? La historia del Derecho matrimonial de la Iglesia católica nos muestra una progresiva rigurosidad en la exigibilidad de la forma matrimonial canónica. Con desviaciones más bien de detalle, esa orientación puede observarse en el famoso capítulo *Tametsi* del Concilio de Trento, en el Decreto *Ne temere* de 2 de agosto de 1907, en el canon 1.099 del *Codex Iuris Canonici*, en el *Motu Proprio* de Pío XII de 1.º de agosto de 1948 y, finalmente—si bien esta disposición no presenta apenas interés para los españoles—, en el canon 90 del *Motu Proprio* de Pío XII de 22 de febrero de 1949, que estableció la disciplina del matrimonio para los orientales.

política, es un Estado católico...» Declaraciones que han sido refrendadas por el art. 1.º del Concordato, según el cual «la Religión Católica, Apostólica y Romana sigue siendo la única de la nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la ley divina y el Derecho canónico». Cf. sobre este punto el autorizado estudio del Emmo. y Rvdmo. Cardenal Primado, *El Catolicismo, Religión de la nación española*, en la revista española «Ecclesia», número extraordinario dedicado al Concordato, 31 de octubre de 1953. En cuanto a los territorios africanos de Soberanía española, el Protocolo final mantiene el régimen de tolerancia de cultos no católicos.

Para una mejor comprensión posterior del régimen matrimonial concordatario en Italia y Portugal, es de notar que la reciente Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, no establece claramente como religión oficial la católica, pues si bien su art. 7.º incorpora los Pactos de Letrán, el 8.º declara que «tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge», y que «le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano». Por su parte la Constitución portuguesa de 1933 establece en su art. 8.º el derecho de libertad religiosa, y en el 45 el de cultos, formulando claramente en el art. 46 «el régimen de separación en relación con la Iglesia católica», sin perjuicio de las relaciones diplomáticas con la S. S.; separación «antistosa» que ha sido mantenida en el Concordato de 1940. (Vide PÉREZ MIER, LAUREANO: *La Iglesia católica y el Nuevo Estado portugués*, «Ecclesia», núm. 67, página 1031 y ss.)

(6) Lo cual es cosa distinta de que todos sean buenos católicos y cumplan bien sus obligaciones. Puede verse en SANTAMARÍA, CARLOS: *Autour de l'Etat idéal*, documentos, núm. 10, pág. 77, las condiciones para que la confesionalidad jurídica lo sea también sociológica.

La discusión en torno al Estado católico y a la distinción tradicional entre la «tesis» y la «hipótesis» ha sido muy viva últimamente entre escritores católicos de Francia, Italia, Alemania y España; una abundante indicación bibliográfica sobre la materia se encontrará en el cit. trab. en nota, págs. 77-78. Debe tenerse también en cuenta el discurso del cardenal OTTAVIANI, pro-Secretario del Santo Oficio, sobre *Los deberes del Estado católico con la Religión*, reproducido en «Ecclesia», 1953, I, pág. 461, núm. 615.

(7) Nos referimos naturalmente a la forma jurídica del matrimonio canónico. Sobre la distinción entre la forma jurídica y la forma litúrgica, vide el estudio del P. REGATILLO, S. J.: *Nulidad del matrimonio por defecto de forma* contenido en el volumen *Las causas matrimoniales*, que recoge los trabajos de la IV Semana de Derecho Canónico, Salamanca, 1953, pág. 395. También sobre ese punto, MIGUÉLEZ, LORENZO: *Los matrimonios de los hijos de acatólicos*, REDC, 1948, III, pág. 1030.

A) Dados los inconvenientes de orden moral y jurídico que producen los matrimonios clandestinos, la Iglesia siempre se mostró contraria a ellos; sin embargo, hasta el Concilio de Trento no adoptó una actitud enérgica frente a los mismos. En la sesión 24 de este histórico Concilio se acordó lo siguiente:

«Aunque no se ha de dudar que los matrimonios clandestinos, hechos por el libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios firmes y verdaderos mientras la Iglesia no los hizo inválidos; y, por consiguiente, con razón han de ser condenados, como los condena con anatema el Santo Concilio, aquellos que niegan que son verdaderos y firmes, y aquellos otros que afirman que los matrimonios contraídos por los hijos de familia sin consentimiento de los padres son nulos, y que los padres pueden ratificarlos o anularlos; sin embargo, la Santa Iglesia de Dios los detestó siempre y los prohibió por justísimas causas.

Mas advirtiendo el Santo Concilio que aquellas prohibiciones ya no aprovechan por la desobediencia de los hombres, y considerando los graves pecados que tienen origen de los mismos enlaces clandestinos, principalmente de aquellos que permanecen en estado de condenación, mientras abandonada la primera mujer con la que habían contraído ocultamente, contraen públicamente con otra y viven con ella en perpetuo adulterio, al cual mal no pudiendo prestar socorro la Iglesia, que no juzga de lo oculto, si no aplica algún remedio más eficaz; por eso, siguiendo las huellas del Sagrado Concilio de Letrán, celebrado bajo el Pontificado de Inocencio III, manda que en lo sucesivo, antes que se contraiga el matrimonio, se denuncie públicamente tres veces por el Párroco propio de los contrayentes, durante tres días festivos consecutivos, en la Iglesia, en los divinos oficios solemnes de la Misa, entre quienes se haya de contraer matrimonio; hechas las cuales proclamas, si no se opone algún legítimo impedimento, procédase a la celebración del matrimonio públicamente en la Iglesia, donde el Párroco, interrogados el varón y la mujer, y entendido su mutuo consentimiento, o diga: «Yo os uno en matrimonio, en el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo», o use de otras palabras, según el rito recibido de cada provincia.

Y si alguna vez hubiese probable sospecha de que pudiese impedirse maliciosamente el matrimonio, si precedieren tales o tantas proclamas, entonces, o hágase solamente una proclama, o celébrese el matrimonio, estando presentes el Párroco y dos o tres testigos. Después, antes de consumarlo, háganse las proclamas en la Iglesia, para que si hay algunos impedimentos se descubran más fácilmente; a no ser que el mismo Ordinario juzgare convenir que se supriman las predichas proclamas; lo cual deja el Santo Concilio a su prudencia y juicio.

A los que intentaren contraer matrimonio de otro modo que estando presente el Párroco u otro Sacerdote por licencia del mismo Párroco u Ordinario, y dos o tres testigos, el Santo Concilio les

hace totalmente inhábiles para contraer así, y decreta que tales contratos son irritos y nulos, según que los hace irritos y los anula por el presente decreto.

Manda, además, que sean castigados gravemente, al arbitrio del Ordinario, el Párroco u otro Sacerdote que asistieren a este contrato con menos número de testigos, y los testigos que asistieren sin el Párroco o Sacerdote y los mismos contrayentes.

Además, el mismo Santo Concilio exhorta que no cohabiten en la misma casa los cónyuges antes de la bendición sacerdotal que se ha de recibir en el templo; y establece que la bendición sea hecha por el Párroco propio, y que por nadie puede ser concedida a otro Sacerdote licencia de hacer la predicha bendición, sino por el mismo Párroco o por el Ordinario; no obstando costumbre alguna, aun inmemorial, que más bien se ha de decir corruptela o privilegio.

Y si algún Párroco u otro Sacerdote, sea regular, sea seglar, aunque pretenda que le es esto lícito por privilegio o por costumbre inmemorial, se atreviera a unir en matrimonio o bendecir a los esposos de otra Parroquia sin licencia del Párroco de ellos, quede suspenso por el mismo Derecho mientras no sea absuelto por el Ordinario de aquel Párroco que debía asistir al matrimonio.

Tenga el Párroco un libro en el que escriba los nombres de los cónyuges y de los testigos y el día y lugar del matrimonio contraído, el cual guarde diligentemente consigo.

Finalmente, el Santo Concilio exhorta a los cónyuges que antes que contraigan, o tres días antes de la consumación del matrimonio, confiesen diligentemente sus pecados y se acerquen piadosamente al Santísimo Sacramento de la Eucaristía.

Si algunas provincias usan en esta cuestión de otras laudables costumbres y ceremonias, aparte de las dichas, desea vehementemente el Santo Concilio que se guarden totalmente.

Y para que estos tan saludables preceptos a nadie sean desconocidos, manda a todos los Ordinarios que, cuanto antes pudiesen, cuiden que este decreto se publique y explique al pueblo en cada de una de las iglesias parroquiales de sus diócesis, y esto hágase muchas veces el primer año y, después, siempre que conviniere.

Decreta, además, que *este decreto comience a tener su fuerza en cada parroquia después de los treinta días, a contar del día de la primera publicación hecha en la misma parroquia*» (8).

Sólo estaban, pues, sujetos a lo dispuesto en este capítulo del Tridentino los pertenecientes a las parroquias en que su publicación se había efectivamente realizado; y a medida que pasaba el tiempo, crecía la incertidumbre de su obligatoriedad, lo cual determinó múltiples intervenciones de la autoridad pontificia y de

(8) Tomamos la traducción de TORRUBIANO RIPOLL, JAIME: *Novísimas Instituciones de Derecho canónico*, 2.^a parte, Madrid, 1920, págs. 269 y 270.

las congregaciones romanas para precisar el ámbito de la ley tridentina.

B) Las deficiencias del capítulo «Tametsi» (9) fueron en gran parte subsanadas por el decreto «Ne temere», de 2 de agosto de 1907 (10), cuyas innovaciones en lo que respecta al sujeto pasivo de la ley, según expone Miguélez (11), son las siguientes: 1) La forma canónica del matrimonio se hizo obligatoria en toda la Iglesia latina para todos los matrimonios de católicos entre sí, considerándose católicos, para estos efectos, «todos los que fueron bautizados en la Iglesia católica y todos los convertidos a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hubieren después abandonado» (art. XI, § 1). 2) Se hizo, asimismo, extensiva para todos los matrimonios mixtos la obligatoriedad de la forma para la validez del matrimonio, pero entendiendo el concepto de «católico» y de «hereje» en el sentido expuesto; o sea, que bastaba haber sido bautizada una parte, aun en su infancia, en la Iglesia católica para que viniese obligada—y, por consiguiente también la otra parte, por razón de la indivisibilidad del contrato—a observar la forma canónica del decreto. Pero subsistían las excepciones establecidas en favor de los alemanes y húngaros por la *Provida sapientique*, siempre que los matrimonios se celebrasen en Alemania o Hungría, si bien el concepto de «católico» y «acatólico» debería tomarse del mismo decreto *Ne temere*. 3) En cuanto a los matrimonios de acatólicos dispuso el decreto que quedaban fuera del alcance de la ley.

Es decir, que, como comenta el mismo canonista, la Iglesia se mostraba, por una parte, benigna, no exigiendo a ultranza la aplicación de la forma canónica a todos los matrimonios mixtos, pero continuaba dando gran importancia al mero hecho de haber recibido el bautismo en la Iglesia católica, y en este punto se mostraba inflexible.

C) Promulgado el *Codex Iuris Canonici*, es preciso acudir al canon 1.099 para saber quiénes están sujetos a la forma matrimonial que el propio Código establece.

Según el citado canon:

«§ 1. Ad statutam superius formam servandam tenentur:

1.º Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex heresi aut schismate conversi, licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint, quoties inter se matrimonium ineunt.

2.º Idem, de quibus supra, si cum acatholicis sive baptizatis sive non baptizatis etiam post obtentam dispensationem ab im-

(9) Un resumen de ellas en TORRUBIANO: Obra cit., pág. 272; MIGUÉLEZ, por su parte, dice que los Obispos no urgieron la publicación en las parroquias de gran porcentaje de disidentes, quedando, por tanto, éstos y también los católicos de aquellas parroquias, exentos de la ley. (Loc. cit., pág. 1025.)

(10) Que el Real Decreto español de 9 de enero de 1908 mandó recibir y observar como ley del reino.

(11) Loc. cit. 1025 y 1026.

pedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus, matrimonium contrahant.

3.º Orientales, si cum latinis contrahant hac forma adstrictis.

§ 2. Firmo autem praescripto § 1, n. 1, acatholici sive baptizati sive non baptizati, si inter se contrahant, nullibi tenentur ad catholicam matrimonii formam servandam; item ad acatholicis nati, etsi in Ecclesia catholica baptizati, qui ad infantili aetate in haeresi vel schismate aut infidelitate vel sine ulla religione adleverunt, quoties cum parte acatholica contraxerint» (12).

Ninguna dificultad de interpretación importante ofrece este canon; así, la doctrina canonista unánimemente entiende (13) que están obligados a observar la forma prescrita en el canon 1.094 (14):

1.º Todos los bautizados en la Iglesia católica que permanezcan en su seno al contraer matrimonio, cuantas veces contraigan entre sí.

Este supuesto será el normal en países de población mayoritariamente católica, como España.

2.º Todos los convertidos al catolicismo, ya contraigan, a su vez, con conversos o con quienes fueron bautizados.

3.º Unos y otros, aunque con su posterioridad a su ingreso en la Iglesia católica por el bautismo, se hubiesen apartado de ella («licet sive hi sive illi ab eadem postea *defecerint*») (15).

(12) Canon 1.099: «§ 1. Están obligados a guardar la forma determinada en los canones anteriores: 1.º Todos los que han sido bautizados en la Iglesia católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí; 2.º Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos, estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos; 3.º Los orientales, si contraen matrimonio con latinos obligados a guardar esta forma; § 2. Quedando firme lo que se prescribe en el § 1, núm. 1, los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí, en ninguna parte están obligados a observar la forma católica del matrimonio; igualmente los hijos de acatólicos, aunque hayan sido bautizados en la Iglesia católica, si desde la infancia fueron educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad, o sin ninguna religión, siempre que contraigan matrimonio con parte acatólica».

(13) Cit., por ejemplo, BLANCO NÁJERA, FRANCISCO: *El Código de Derecho canónico traducido y comentado*; II: *Derecho sacramental*, Cádiz, 1945, comentario al canon 1.099, págs. 356-358; CHELODI: *I. Ius sacramentale iuxta codicem iuris canonici*, 3.ª ed. Tridenti, 1921, págs. 151-153; cardenal GASPARRI, PIETRO: *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, 1932, págs. 142-147; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, MANUEL: *La institución matrimonial*, C. S. I. C. Madrid, 1943, pág. 225; TORRUBIANO: *Obr. cit.*, págs. 288-290; VERMEERSCH, A. y CREUSEN, J.: *Epitome Iuris canonici*, II, 6.ª ed. 1940, págs. 283-284; WERZVIDAL-AGUIRRE: *Ius canonicum*, t. V, *Ius matrimoniale*, 3.ª ed. Romae, 1946, págs. 699-703.

(14) C. 1.094. «Solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebran ante el Párroco, o ante el Ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones que siguen y salvas las excepciones contenidas en los cánones 1.098 y 1.099». El canon 1.098 establece la forma extraordinaria del matrimonio canónico.

(15) TORRUBIANO: (*Obra cit.*, pág. 280), traduce la palabra subrayada por

Se ve clara la importancia que el bautismo en la Iglesia católica tiene a efectos jurídico-canónicos. Además de ingresar al bautizado en una Sociedad perfecta—«baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis» dice el canon 87—, le vincula para el futuro sujetándolo jurídicamente a la forma canónica del matrimonio cuantas veces lo contraiga, por la aplicación del canon 1.099, § 1, número 1.

Aun aquellas situaciones (herejía, cisma) en que el bautizado se coloca en actitud de rebeldía frente a la Iglesia, no implican la ruptura de todo vínculo jurídico-canónico con ella. El propio canon 87 continúa: «*nisi, ad iura quod attinet, obstet obex, alesiasticae communionis vinculum impediens, vel lata ad Ecclesia censura*». Observan, en efecto, Cabrerros-Alonso (16) que la persona, en el ordenamiento canónico se entiende, puede ser completa o incompleta; la primera es aquella que goza de todos los derechos y deberes que, según su estado o condición, le corresponden; mientras que se llama incompleta la persona que está sometida a las obligaciones, pero no tiene, o no puede ejercitar todos los derechos que le competen. Dos causas principales limitan la personalidad eclesiástica: el óbice y la censura. El óbice es un impedimento que nace necesariamente de la causa que lo produce, independientemente de la ley; por ejemplo, el cisma y la herejía, que separan del cuerpo de la Iglesia y consiguientemente impiden participar de sus derechos. La censura es un impedimento de derecho positivo humano, el cual a veces coincide con el óbice y corrobora sus efectos.

Se separa o abandona la religión católica tanto quien no practica otra alguna como quien ingresa en cualquier secta protestante, o en el budismo o sintoísmo. Hay que concluir, pues, que en el supuesto contemplado por la resolución de 28 de junio de 1951, el hecho de haber sido bautizados los solicitantes en la religión evangelista no les desliga de la obligación, en virtud de su anterior bautismo católico, de contraer matrimonio *sub forma* canónica; yerra, por tanto, Luna (17) cuando afirma que los referidos solicitantes de un matrimonio civil, «por ser acatólicos, no pueden contraer en España matrimonio canónico».

4.º Cualquiera de los comprendidos en los tres apartados anteriores cuando contraigan con parte acatólica (haya esta última recibido bautismo válido o no) después de obtener la correspondiente dispensa del impedimento de disparidad de cultos o de mixta religión.

«apostatar»; en la trad. de la B. A. C. (2.ª ed., pág. 411), como ya hemos visto en la nota 12, por «abandonar»; MIGUÉL (loc. cit., pág. 1027) habla por su parte de «no estar dentro de la Iglesia». Parece, pues, que debe entenderse en su sentido más amplio.

(16) Comentario al c. 87 en la trad. cit. del Codex I. C. de la B. A. C., 2.ª ed., pág. 37.

(17) Art. cit., pág. 31.

La aclaración que se hace en este apartado, en el sentido de ser indiferente que la parte acatólica haya sido bautizada o no, se explica porque algunas sectas cristianas (tal sucede con los cismáticos griegos) administran un bautismo válido para la Iglesia católica.

5.º Los católicos de rito oriental cuando contraigan con católicos de rito latino, sometidos, por su parte, a esta forma de matrimonio (18).

* * *

En cambio, según la primitiva redacción del canon 1.099, *no estaban* obligados a la forma matrimonial canónica:

1.º Los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí (canon 1.099, § 2).

Pero esta excepción se establece «firme praescripto § 1, n. 1», de suerte que el concepto de acatólico que aquí se supone tiene que ser el que expone Miguélez-Alonso (19): «los que ni fueron bautizados en la Iglesia católica ni jamás se convirtieron a ella», opinión que también comparten Gasparri (20), Wern-Vidal-Aguirre (21), Chelodi, casi con idénticas palabras (22), Torrubiano (23) e, implícitamente, Regatillo (24) y Miguélez (25).

Es verdad que el propio canon, al hablar de acatólicos «sive baptizati sive non baptizati», puede dar lugar a confusión al permitir la suposición de que existan acatólicos que hayan sido bautizados en la Iglesia católica que, por aplicación de este ca-

(18) Supuesto de hecho que apenas si ofrece interés para los españoles. Cfr. la declaración de la Comisión Pontificia de Intérpretes del Código de 8 de julio de 1948. Pero ahora habrá que tener en cuenta el canon 90 del *motu proprio* regulador del matrimonio para los orientales, en el que puede verse casi una reproducción del 1.099 del Cod. § 1 «Ad statutum superius formatum servandam tenentur: 1.º Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex haeresi vel schismate conversi, licet sive Hi sive illi ab eadem postea defecerint, quoties inter se matrimonium inxerunt; 2.º Iidem de quibus in núm. 1, si cum acatholicis, sive baptizatis sive non baptizatis, etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus, matrimonium contrahant. § 2. Firme autem praescripto § 1, núm. 1, acatholici baptizati, si inter se vel cum acatholicis non baptizatis contrahant, nullibi tenentur ad catholicam matrimonii formam servandam.»

(19) Comentarios a la 2.ª ed. del Cod. de la B. A. C., pág. 411.

(20) «Eximuntur qui nunquam ad Ecclesia catholica pertinuerunt, neque per baptismum in eadem oblatum, neque per conversionem.», o. c., pág. 144.

(21) «Hoc nomine acatholici hic intelliguntur, qui nullo momento vitae suae ad Ecclesiam petinuerunt neque per baptismum neque per conversionem», obra cit., pág. 701.

(22) Obra cit., pág. 152.

(23) «El concepto verdadero de acatólico es el de aquél que *nunca* perteneció a la religión católica, ni por haber sido bautizado en ella ni por haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. El que no pertenece a la Iglesia católica, después de haber pertenecido a ella de alguno de los modos dichos, no es conocido con el nombre de acatólico, rigurosamente hablando, sino de apóstata, y los apóstatas están sometidos a la ley de clandestinidad del Código. Obra cit., págs. 289-290.

(24) *Ius sacramentarium*, ed. secunda, Santander, 1949, pág. 822.

(25) Loc. cit., págs. 1026-1027.

non 1.099, § 2, no estén sometidos a la forma matrimonial canónica; y en tal error han incidido Luna (26) y López Alarcón (27). Pero, como ya vimos antes, al interpretar el párrafo 1, segundo, del propio canon, se trata de bautismo administrado en determinadas sectas cristianas, que puede ser válido para la Iglesia católica en cuanto que los así bautizados no precisan nuevamente recibirlo, pero que no significa sin más la sumisión a las normas del Derecho canónico.

2.º Los hijos de acatólicos, aunque hayan sido bautizados en la Iglesia católica, si desde la infancia fueron educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad o sin ninguna religión, siempre que contraigan matrimonio con parte acatólica.

La excepción aquí establecida era necesario consignarla, pues de no hacerlo así, tales personas quedaban sometidas a la forma canónica matrimonial en razón a su bautismo católico.

En cuanto al fundamento de esta excepción, Miguélez (28) explica que «en los países católicos los hijos normalmente se bautizan y se educan en la Iglesia católica a la que pertenecen sus padres; y lo contrario ocurre en los países acatólicos. Mas en aquellos otros países en que hay fuertes núcleos de católicos y disidentes abundan más los matrimonios mixtos, en los cuales a la celebración del matrimonio precede el compromiso de bautizar y educar toda la prole en la religión católica como prescribe el canon 1.061, número 2, compromiso que es fácil se cumpla por lo que se refiere al bautismo, y frecuentemente se deja incumplido en cuanto a la educación. Si a los hijos de esos matrimonios mixtos se les obligara a la forma canónica del matrimonio, sus matrimonios serían ordinariamente nulos, por hacer caso omiso de dicha forma».

Requisitos necesarios, según el propio autor, para que se produzca la excepción a la regla general que nos ocupa son: a) que fueran hijos de acatólicos, bastando para ello que lo fuera uno de los padres; b) que hubieran sido desde la infancia educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad o sin ninguna religión; c) que hubieran de contraer matrimonio con parte acatólica.

D) Pero hemos de tener en cuenta la modificación realizada en el canon 1.099 por el *Motu proprio* de S. S. Pío XII, de 1 de agosto de 1948 (A. A. S. de 16 de agosto), en virtud del cual se ha abrogado la cláusula final del párrafo segundo de este canon desde las palabras «Item ab acatholicis nati...» hasta el final (29).

(26) Loc. cit., pág. 32.

(27) Su citado trabajo está todo él presidido por la idea—inexacta como hemos visto—de que la afiliación a una secta acatólica hace perder toda vinculación con la Iglesia católica a efectos jurídico-matrimoniales. Pero—como antes vimos—de las obligaciones no se desliga salvo caso de dispensa por la Santa Sede, raras veces concedida.

(28) Loc. cit., pág. 1027.

(29) Acerca de este *motu proprio* pueden consultarse: LODOS, F., S. J.: *Contrayentes obligados a la forma canónica del matrimonio*, en la revista «Sal Terrae», marzo de 1949, pág. 159; ZALBA, M., S. J.: *Resumen canónico del*

Después de este importante decreto pontificio—primer caso de una derogación parcial de un precepto del *Codex Iuris Canonici*—, la obligación de contraer *sub forma canonica* se ha ampliado, y alcanza a sujetos que antes estaban exceptuados; concretamente, a los comprendidos en el apartado segundo últimamente expuesto. En adelante—desde el 1 de enero de 1949—sólo quedan exceptuados los acatólicos, o sea, quienes nunca han recibido bautismo válido en la Iglesia católica, ni en su niñez, ni en otra época de su vida. Se ha vigorizado, pues, la exigencia subjetiva de la forma canónica matrimonial (30).

Las razones que han movido a Pío XII a efectuar en el *Codex* la reforma mencionada aparecen expuestas en el preámbulo del *Motu proprio*: «El decreto *Ne temere*, promulgado por mandato de nuestro predecesor, de feliz memoria, Pío X, había establecido que todos los bautizados en la Iglesia católica, aunque después la hubieran abandonado, están obligados a observar la forma de matrimonio definida en el Concilio Tridentino. Pero para que no resultaran nulos los matrimonios de aquellos que, nacidos de acatólicos y bautizados en la Iglesia católica, hubieren crecido desde la edad infantil en la herejía, el cisma o la infidelidad, o sin ninguna religión, en el Código de Derecho canónico se estableció que tales bautizados no están obligados a guardar la forma canónica del matrimonio. Mas la experiencia de treinta años ha mostrado suficientemente que la exención de la guarda de la forma canónica del matrimonio no ha servido de provecho al bien de las almas; más aún, ha multiplicado con muchísima frecuencia las dificultades en la resolución de las causas; por lo cual nos ha parecido conveniente que la exención se revoque.»

Miguélez, en el estudio que ha dedicado especialmente a este *Motu proprio* (31), hace notar que en adelante se dispondrá de una norma práctica, objetiva y segura para poder juzgar de la validez o nulidad de los matrimonios celebrados por esas personas, ventaja que justifica, a su juicio, la modificación de la disciplina canónica (32).

Dada la trascendencia—antes ya notada—que adquiere la recepción del bautismo en la Iglesia católica, S. S. Pío XII exhorta en la misma disposición a la guarda escrupulosa de los cánones

trienio 1948-1950, en «Razón y Fe», nov. de 1951, pág. 403; edit. de «Ecclesia», 1948, II, pág. 395. Más bibliografía en la REDC, 1949, III, pág. 1096, y en lengua española el trabajo tantas veces citado de MIGUÉLEZ, L.

(30) Esta modificación del c. 1.099 no la ha tenido en cuenta LUNA en su citado trabajo; antes bien, trata de buscar apoyo en la cláusula derogada para robustecer su tesis. También debe entenderse derogada la Declaración que cita de la C. P. de Int. del C. de 20 jul. 1929. (Cfr. sobre esto último ZALBA, art. cit., pág. 404).

(31) Pág. 1028.

(32) En muchos casos había dificultad para determinar si el hijo de acatólicos, aunque bautizado en el catolicismo, había sido efectivamente educado en la herejía, etc. Cf. MIGUÉLEZ, loc. cit., págs. 1028 y ss.

nes 750 y 751 (33). De esta suerte, queda atenuada la restricción de libertad que implica el hecho de que la recepción del bautismo tiene lugar, generalmente, antes de llegar al uso de la razón, puesto que el Derecho canónico sanciona al bautizante con la ilicitud —esto es, con incurrir en responsabilidad—, cuando ha administrado el bautismo sin aquellas garantías que en lo humanamente previsible aseguren al nuevo católico una educación conveniente en su fe. En último término debe tomarse en consideración el fin de la Iglesia católica (34).

Por lo demás, la exigencia de la forma canónica, en los casos extremos, puede reducirse a la celebración del matrimonio ante el párroco y dos testigos, sin que sea menester ningún otro rito ni sacramento, ni tampoco que tenga lugar en el interior del templo, pudiendo realizarse simplemente en la sacristía o en otro lugar adecuado.

III. PERSONAS SUJETAS A LA FORMA CIVIL DEL MATRIMONIO

A) *Indicaciones de Derecho comparado.*—Hasta aquí hemos hablado exclusivamente de la obligatoriedad canónica de la forma matrimonial. ¿Quid de las personas sujetas a la forma civil del matrimonio?

En general puede decirse que si el Estado desconoce el Derecho de la Iglesia católica (35), o el de otras confesiones religiosas, a disciplinar el matrimonio, necesariamente ha de establecer una regulación propia del mismo, que será obligatoria para todos sus súbditos, con independencia de la religión que profesen.

(33) C. 750: § 1. Es lícito bautizar, aun contra la voluntad de sus padres, al hijo de infieles, cuando su vida se halla en tal peligro que prudentemente se prevé que ha de morir antes de llegar al uso de la razón; § 2. Fuera de peligro de muerte, con tal que se garantice su educación católica, es lícito bautizarlo: 1.º Si consienten en ello los padres o los tutores, o uno de ellos por lo menos; 2.º Si no tiene ascendientes, esto es, padre, madre, abuelo o abuela, ni tutores, o si han perdido el derecho sobre él, o no pueden ejercerlo de ningún modo. C. 751: Por lo que respecta al bautismo de párvulos, hijos de dos herejes o cismáticos, o de dos católicos que han caído en la apostasía, la herejía o el cisma, obsérvese en general las normas establecidas en el canon que antecede.

(34) Escribía la rev. «Ecclesia» en el editorial antes citado: «Interesa más salvar las almas que guardar conveniencias sociales efímeras o dar gusto a los cuerpos. Ama más quien, a pesar de los padres, bautiza a un niño moribundo, dándole una herencia feliz y eterna, que los padres que se obstinan, sabiéndolo o no, en enviarle a un limbo gris fuera de la ciudad sobrenatural. Ama más quien sigue considerando atados al cuerpo místico de Cristo, aunque sea con los mínimos lazos disciplinares y externos, que quien los considera definitivamente arrancados a él, dejándoles sueltos de trabas, libres de llamamientos, cortados y olvidados.»

(35) El c. 1.016 dice: «El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.»

El Estado puede ofrecer también sus propias normas matrimoniales a todos sus ciudadanos, y al mismo tiempo reconocer efectos civiles al matrimonio que se contraiga con arreglo al Derecho canónico, o al de otras confesiones religiosas.

Cabe, finalmente, que el ordenamiento jurídico estatal haga suyas las normas matrimoniales del Derecho canónico (si se trata de un país mayoritariamente católico), o del de otras confesiones religiosas, de suerte que las mismas personas que por Derecho eclesiástico están obligadas a la forma religiosa del matrimonio, lo estén también por el Derecho civil. Pero como pueden existir individuos que no pertenezcan a ninguna confesión, o a ninguna de las dominantes, o a la oficial en su caso, el Estado arbitra para ellos su propia forma matrimonial (36).

En el primero de los supuestos citados únicamente existirán matrimonios civiles o estatales; en el segundo habrá uniones religiosas con plenitud de efectos civiles, y uniones meramente civiles, también con plenitud de efectos, si bien puede ocurrir que algunas de estas últimas no sean tales para la Iglesia católica, por haber sido contraídas por quienes debían haberse casado canónicamente; en la tercera hipótesis se eliminan esas posibles divergencias apuntadas en el caso anterior, al ir paralelamente la norma jurídico-religiosa y el ordenamiento civil (37).

B) *Matrimonio civil obligatorio*.—Además de la Rusia soviética—cuyo sistema jurídico encaja tan difícilmente en los moldes occidentales (38)—, encontramos el matrimonio civil obligatorio en Francia y Alemania. En aquella, en virtud del principio sentado por la Constitución de 1791: «La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil» (tít. II, art. 7.^o); en ésta, como consecuencia de la Ley de 6 de febrero de 1875, cuyos principios, sin embargo, no pasaron totalmente al B. G. B. (39).

(36) Es el matrimonio que el Cd. can. denomina *legítimo* en el c. 1.015 § 3.

(37) La triple posibilidad que hemos indicado coincide sustancialmente con la clasificación que expone LERHMANN: (*Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft. Deutsches Familienrechts*, 2.^a ed., Berlin, 1948; hay trad. esp. de la «Rv. de Der. Priv.» Madrid, 1953), quien nos dice que cuando el Estado crea una forma matrimonial de Derecho civil se habla de matrimonio civil, distinguiéndose entre *Matrimonio civil subsidiario* cuando esta forma se prevé únicamente para grupos determinados (disidentes, judíos), o para el caso de que el sacerdote niegue el matrimonio eclesiástico. *Matrimonio civil facultativo* (electivo), en que a los contrayentes se les deja la elección entre la forma eclesiástica y la civil. *Matrimonio civil obligatorio* en que el Estado sólo considera válido el matrimonio concluido de acuerdo con las formas por él establecidas» (obra cit., pág. 45 de la ed. esp.).

(38) Cfr. *El matrimonio en la legislación soviética*, GARCÍA BARBERENA, TOMÁS: REDC, 1949, II, págs. 383 y ss.

(39) Nos dice en efecto LERHMANN que si no se hubieran hecho algunas concesiones al partido del Centro (católico), hubiera peligrado la aprobación del B. G. B. Cita entre aquellas: el utilizar la expresión «matrimonio civil» en lugar de «matrimonio» simplemente a fin de no excluir la posibilidad del matrimonio religioso; la inserción del llamado «parágrafo del Kaiser» (el 1.588); hacer recaer la esencia del acto en la mutua entrega de los contrayentes en

Parece interesante recoger testimonios de juristas de ambos países sobre su experiencia del matrimonio civil obligatorio. En Francia, escriben Planiol, Ripert, Boulanger (40), la mayor parte de las personas no se consideran casadas sino después de la ceremonia religiosa, pues para ellas la celebración civil es una formalidad necesaria para la constatación legal de la unión, pero rehúsan considerar que el cambio de consentimientos delante del oficial del Estado civil pueda responder a la naturaleza del matrimonio, hasta el punto de que se acostumbra a denominar *matrimonios civiles* solamente aquellos que no han sido seguidos del matrimonio religioso. Por su parte, Lehmann hace notar que (41) «el matrimonio, como íntima unidad de vida entre dos personas que con la propagación de la especie participan de la divina fuerza creadora, es por ello mismo también una vinculación de carácter religioso», y que «sería compatible que el Estado confiara a otra potestad—la Iglesia—los detalles relativos a los supuestos y formas de la conclusión del matrimonio, tal como aconteció durante toda la Baja Edad Media».

C) *Matrimonio civil facultativo o de elección*.—Suele ser el resultado de Concordatos o acuerdos con la Santa Sede, y entre los países que lo adoptan figuran Italia y Portugal (42), siendo particularmente interesante la regulación del llamado «matrimonio concordatario» (43), en el primero de los países citados.

En el Derecho italiano podemos observar el fenómeno apuntado por Romero Vieitez (44), consistente en la posibilidad de «señalarse con existencia objetiva, al lado del matrimonio canónico propiamente dicho, otro matrimonio canónico especial con eficacia civil, regido no solamente por el Derecho de la Iglesia, sino por normas especiales del Derecho positivo del Estado».

Hasta 1929, y desde la unificación legislativa, rigió en Italia el matrimonio civil obligatorio. El 11 de febrero de 1929 se firmó el Concordato o Pacto lateranense, cuyo artículo 34 iba a instaurar

lugar de referirse al pronunciamiento del funcionario; y admitir la separación de cuerpos junto al divorcio vincular. (Obra cit., págs. 45 y ss. de la ed. esp.)

(40) *Traité élémentaire de Droit civil*, 5.ª ed. 1950, I, págs. 284 y ss.

(41) Obra cit., pág. 43.

(42) Este estado es incluido por LEHMANN entre los que establecen matrimonio civil obligatorio; parece, sin embargo, que este autor desconoce el Decreto portugués de 25 de julio de 1940, dictado en aplicación o desenvolvimiento del Concordato con la S. S. de ese mismo año; en el art. 1.º del Decreto se declara facultativo para todos los portugueses el contraer matrimonio canónico o civil (naturalmente que la elección sólo es posible para los portugueses bautizados, pues para los no bautizados el matrimonio civil es obligatorio). El contraste entre el matrimonio concordatario y el meramente civil es aquí muy fuerte, pues este último admite el divorcio vincular.

(43) MAGNI, CESARE: *Gli effetti civili del matrimonio canonico*. Padova, 1948, prefiere esta denominación a la de «matrimonio concordatario».

(44) M. A. ROMERO VIEITEZ: *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, RDP 1941, pág. 77, nota 41. El subrayado es nuestro.

un régimen matrimonial, sustancialmente vigente todavía, pues en el artículo 82 del nuevo Código civil se dice: «Il matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico è regolato in conformità del Concordato con la Santa Sede e delle leggi speciali sulla materia», legislación especial constituida fundamentalmente por la Ley de 27 de mayo de 1929, vigente a excepción de sus cuatro primeros artículos. Por la Ley de 24 de junio de 1929 se reglamentó también el ejercicio de los cultos admitidos en el Estado italiano (45), y el matrimonio celebrado ante los ministros de esos mismos cultos, al que se refiere también el artículo 83 del Código civil.

En resumen—según sintetiza MESSINEO (46)—, en consonancia con la confesionalidad de los contrayentes y dentro de ciertos límites a libre elección de los mismos, tres son los regímenes matrimoniales con efectos civiles coexistentes y practicables en Italia:

a) El régimen fijado por el Derecho canónico, con tal que la celebración sea precedida, acompañada y seguida de determinados requisitos y actos. Rige para los que profesan el culto católico en cuanto se acojan al mismo, constituyendo el denominado matrimonio canónico-civil «concordatario», y mediante él se evita la duplicidad del rito de celebración.

b) El régimen practicable por quien profesa un culto acatólico admitido por el Estado (principalmente los cultos protestantes y el judío), con tal que la celebración siga un determinado procedimiento, distinto del caso anterior y caracterizado por una función más penetrante de la transcripción que la aproxima al simple matrimonio civil.

c) El régimen fijado por la ley civil, que en principio podría denominarse de los aconfesionales, pero que también puede utilizar cualquiera, pues para la ley civil no es obligatorio que el que profesa un culto siga el correspondiente rito de celebración del mismo. Se trata, en consecuencia, del matrimonio exclusivamente civil (47).

Por lo que se refiere al matrimonio canónico, la Ley de 1929 establece determinados requisitos para que produzca efectos civiles. Su artículo 6.º ordena al párroco ante el que vaya a contraerse que solicite también la publicación del matrimonio ante el oficial del Estado civil, el cual—a tenor del artículo 7.º—debe certificar que no resulta la existencia de causas que se opongan a la celebración de un matrimonio válido a efectos civiles; pero si se formula oposición, no puede expedir el certificado del *nulla osta*, comunicándolo así al párroco. La ley civil italiana regula los

(45) Téngase en cuenta la advertencia de la nota 5 sobre el régimen de relaciones entre la Iglesia y el Estado en Italia.

(46) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7.ª ed., 1, pág. 403.

(47) Advierte MESSINEO que en tanto esté vigente el Concordato y la Ley de Cultos admitidos el ordinamento del matrimonio civile... costituisce un tronco morto, quasi del tutto privo d'applicazione e per il quale manca l'elaborazione giurisprudenziale.

impedimentos de modo algo diverso que la canónica, pudiendo resultar que un matrimonio válido para la primera no lo sea para la segunda, y viceversa; por ejemplo, en el Código civil ni en el orden sagrado ni la solemne profesión religiosa dirimen el matrimonio, mientras que otro matrimonio anterior de cualquiera de los contrayentes, que sea válido civilmente, o entre los mismos esposos, igualmente válido (cfr. art. 12, núms. 1.º y 2.º de la Ley citada), impiden la transcripción y la consiguiente producción de efectos civiles del matrimonio posterior. Otra especialidad importante establece el artículo 8.º: «el ministro del culto ante el cual se celebra el matrimonio debe explicar a los esposos los efectos civiles del matrimonio, dando lectura a los artículos 143, 144 y 145 del Código civil». El acta matrimonial se redacta inmediatamente en ejemplar doble, uno de los cuales se entrega al oficial del Estado civil para su transcripción. Debidamente realizada ésta, el matrimonio canónico válido produce desde su celebración los mismos efectos que el matrimonio civil (art. 5.º).

Si en la doctrina se observa (48) que, por lo general, la regulación civil del matrimonio se hizo imitando (49) la forma matrimonial canónica, en el Derecho italiano quizá pudiera verse una actitud contraria, a saber, un esfuerzo del Estado por «nacionaliza» el matrimonio canónico, convirtiendo, en cierto sentido, al párroco en oficial del Estado civil, cuyas funciones parcialmente cumple (50). Sin duda, por esta razón Messineo (51), tratando de la naturaleza jurídica del matrimonio concordatario, niega que se haya producido un «reenvío recepticio», en virtud del cual el Estado hubiese hecho suyas, incorporándolas entre sus normas, las del ordenamiento matrimonial canónico. Por el contrario, prosigue el mismo autor, se ha mantenido el ordenamiento matrimonial italiano, tanto en el derogado como en el nuevo Código; deose entenderse—concluye—que «con la Ley matrimonial de 1929 el Estado italiano ha hecho una *remisión* formal al ordenamiento

(48) Respecto del actual ordenamiento matrimonial francés opinan PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (obra cit., 1, 283) que «les règles actuelles du mariage civil se rapprochent plus de celles du droit canonique que ne le faisait le Code Napoléon»; por lo que se refiere a nuestra Patria, COVIÁN afirma (art. *Matrimonio civil*. Enc. Jur. esp. XXII, 4) que «en nuestra primitiva Ley de Matrimonio civil, y no se diga nada en el Código, por altas razones de conveniencia, se ha procurado al posible acercar las leyes seculares con las disposiciones canónicas», y DUALDE: (*Los imperativos contractuales*, ADC, II-2.º, pág. 528), escribe: «Los artículos 56 y 57 del Código civil ofrecen una enumeración de los deberes conyugales, cuyo peso espiritual revela el art. 100 al prescribir que se lean en el momento de la contracción del matrimonio, sin duda en sustitución de la epístola de San Pablo...»

(49) Pero las ceremonias propias del matrimonio civil no son aptas para atraer la atención de los cónyuges sobre la gravedad del acto que están realizando; sin embargo, todas las tentativas hechas en Francia para dar mayor esplendor a esa ceremonia han fracasado. Cfr. lo que dicen PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, obra cit. 1, pág. 287.

(50) Compárese por ej. art. 107 C. con art. 8.º, pár. 1.º de la ley citada.

(51) Obra, tomo y ed. citadas, pág. 419.

matrimonial canónico, en el sentido de que ha reconocido la competencia exclusiva de la Iglesia católica para disciplinar con sus normas actuales, o con las que puedan existir en el futuro, el matrimonio que ella considera como sacramento, pero reservando a la transcripción del acta de matrimonio—de la exclusiva competencia del Estado—la atribución de los efectos civiles al matrimonio canónico».

D) *Matrimonio civil subsidiario*.—Es el sistema que la doctrina dominante entiende instaurado en España por el artículo 42 del Código civil.

E) *Historia del matrimonio civil en España*.—El establecimiento del matrimonio civil obligatorio, con la consiguiente introducción de la institución misma en nuestro ordenamiento, tuvo lugar en un período revolucionario; y parece que las turbulencias que acompañaron su nacimiento presidieron también su posterior evolución, pues siempre se han discutido con apasionamiento estas cuestiones, y concretamente la de las personas sometidas a esta forma matrimonial.

Para una mejor comprensión del problema parece conveniente estudiar las sucesivas fases por que esta institución ha pasado en nuestra patria; y para lograr la máxima objetividad, nos limitaremos casi exclusivamente a reproducir los textos legales respectivos sin apenas referencias doctrinales, lo que no impedirá que al final de este trabajo sentemos las conclusiones que se deduzcan de esta evolución legislativa.

1. *Ley provisional de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870*.—De su artículo 2.º se desprende que obliga a todos los españoles, bautizados o no, pues celebrado el matrimonio en forma distinta de la prevista en la misma Ley «no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes».

Su preámbulo reconoce la legitimidad de la legislación religiosa del matrimonio, pero, inspirada la Ley en la tesis de la separación del sacramento y del contrato, regula este último con total independencia de aquél. En su disposición final ordena que «el conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta Ley, corresponderá a la jurisdicción civil ordinaria, según la forma y el modo que se establezcan en las leyes de Enjuiciamiento civil. Las sentencias y providencias de los Tribunales eclesiásticos sobre todo lo que constituye el objeto de esta Ley no producirá efectos civiles. El único punto de conexión con la legislación canónica puede decirse que es la admisión de la ordenación sagrada y de la profesión solemne como impedimentos no dispensables por el Gobierno (art. 5.º, número 2.º); pero el artículo 8.º del Decreto de 1 de mayo de 1873 restringió bastante su alcance al disponer que tales impedimentos no se aplicarán—esto es, no obstarán el matrimonio—«en el caso

de que el interesado manifieste por escrito, ante la Audiencia judicial, que ha dejado de pertenecer a la Iglesia católica».

Vemos, pues, que el sistema matrimonial implantado por la Ley de Matrimonio civil es típicamente de matrimonio civil obligatorio. A lo dicho no se opone la atenuación introducida por la Circular de 20 de junio de 1874, que fué motivada por la enorme resistencia del pueblo al cumplimiento de aquella Ley (52).

2. *Decreto de 9 de febrero de 1875*.—En su preámbulo se hace referencia al «desacuerdo lamentable entre la opinión pública, inspirada por la fe religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil; desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula a la inobservancia de la misma ley, con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes», de donde resulta para el Gobierno «el deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este Santo Sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia», sin olvidar tampoco los efectos civiles «que han de reconocerse a los matrimonios meramente canónicos y a los consorcios exclusivamente civiles celebrados bajo el imperio de la misma ley». Para el futuro, «el Gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la Ley de 1870, con excepción de un solo capítulo que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede menos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído o lleguen a contraer los que, no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento».

Consecuentemente, se establece:

Art. 1.º «El matrimonio contraído o que se contrajera con arreglo a los sagrados Cánones producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 18 de junio de 1870.

Los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó a regir dicha Ley hasta el día surtirán los mismos efectos desde la época de su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas a título oneroso...

Art. 5.º «La Ley de 18 de junio de 1870 quedará sin efecto en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio ca-

(52) ROMERO VIEITEZ (loc. cit., págs. 69-70) pone en duda la afirmación corriente de ser la Ley del 70 la primera en introducir en España el matrimonio civil único, pues a la vista de la Orden-Circular de 1874 «es claro que este matrimonio religioso producía un efecto civil cuando menos: dar lugar al impedimento civil del vínculo». Es indudable, sin embargo, que hasta la mencionada Orden-Circular—que acaso iba contra el espíritu y la letra de la misma ley—no hay base legal para sostener semejante afirmación.

nónico, el cual se regirá exclusivamente por los sagrados Cánones y las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta que se puso en ejecución la referida Ley.

Exceptúanse tan sólo de esta derogación las disposiciones contenidas en el capítulo V de la misma Ley, las cuales continuarán aplicándose cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato del matrimonio.»

En cuanto a los matrimonios meramente civiles, el artículo 6.º ordena que «las demás disposiciones de la Ley de 18 de junio de 1870 no exceptuadas en el segundo párrafo del artículo anterior serán sólo aplicables a los que, habiendo contraído matrimonio civil, omitieren celebrar el matrimonio canónico, a menos que estuvieren ordenados *in sacris* o ligados con voto solemne de castidad en alguna orden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha de este Decreto, pero quedando a salvo, en todo caso, los derechos consiguientes a la legitimidad de los hijos habidos o que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de este Decreto, los de la potestad paterna y materna y los adquiridos hasta el día por consecuencia de la sociedad conyugal que habrá de disolverse».

De lo transcrito no aparece plenamente claro qué personas están sujetas a la forma civil del matrimonio, a partir de este Decreto, de evidente finalidad restauracionista. Derogada la Ley del 70 en cuanto al carácter obligatorio del matrimonio civil, no existe ningún precepto que nos diga las personas que pueden y deben utilizar la forma civil del matrimonio. Implícitamente, y a *sensu contrario*, podía encontrarse una respuesta en el párrafo primero del artículo 5.º, que se refiere a los sagrados Cánones y a las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta la entrada en vigor de la Ley del 70. También en el preámbulo se alude a quienes están imposibilitados de contraer matrimonio religioso por no profesar la religión católica (53). Pero la Real Orden de 27 de febrero de 1875, apartándose en cierto sentido de los sagrados Cánones, vino a sentar un criterio que había de perdurar hasta 1941, disponiendo que los Jueces municipales sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten no pertenecer a la Iglesia católica.

3. *Código civil*.—La tercera etapa de esta accidentada evolución, está constituida por la vigencia del Código civil, que todavía perdura tras la suspensión en el segundo período republicano, y que presumiblemente se halla en vías de modificación en este punto después del Concordato con la Santa Sede.

(53) Si el matrimonio civil se reserva a los que no pueden casarse por la Iglesia, es obvio que para contraerlo no basta alegarlo, sino demostrarlo. Obsérvese que el preámbulo utiliza ya la expresión «profesar la religión católica» que encontraremos en el art. 42 del Código civil.

El título IV de su libro primero se rotula *Del matrimonio*, y en su seno se cobijan tres capítulos, en disposición aparentemente sencilla, pero en el fondo bastante compleja (54), y que llevan por enunciados, respectivamente: *Disposiciones generales*, *Del matrimonio canónico* y *Del matrimonio civil*. Como preceptos fundamentales en la materia, nos encontramos con los artículos 42, 75 —completado con el Decreto de 9 de enero de 1908, que concedió el «pase» al Decreto *Ne temere*, y con el Real Decreto de 19 de mayo de 1919, que lo otorgó al *Codex Iuris canonici*—y 86.

¿Qué sentido y alcance debe darse al artículo 42? Rechazamos, por absurda, la interpretación que sostiene que el «deber» que este precepto formula no es jurídico, sino meramente de conciencia. La doctrina civilista reciente coincide en afirmar que el artículo 42 instaura el sistema de matrimonio civil subsidiario o de necesidad. Ahora bien, ¿debe entenderse que las mismas personas que por Derecho canónico están obligadas a contraer matrimonio de esta clase lo están también por el Derecho civil, de suerte que son inhábiles para casarse civilmente, o, por el contrario, la obligatoriedad civil es más atenuada que la canónica?

El problema es delicado, pues afecta a la conciencia, no sólo de los que han de contraer matrimonio, sino de los jueces que tienen a su cargo intervenir en la celebración de los matrimonios civiles. La base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888—reproducida casi literalmente en este precepto—parece que fué el resultado de una transacción entre los partidarios de una y otra forma de matrimonio, siendo negociada oficiosamente con la Santa Sede (55).

En el fondo, teniendo en cuenta el propósito restaurador de la legalidad anterior a la Ley del 70, que animaba el Decreto de 1875, creemos que late la doctrina canónica—la del capítulo *Tameisi*, por tanto, vigente a la sazón—sobre las personas sujetas a la forma canónica del matrimonio, determinándose por exclusión los sometidos a la civil. Lo que ocurre es que la expresión literal no concuerda con el espíritu de la ley (56); y de aquí la reserva de

(54) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., califica de «confuso» al título IV del libro primero de nuestro Código civil (*La institución matrimonial*).

Sorprende, ciertamente, que sólo la sección segunda del capítulo primero lleve por título el de «disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio», pues de no aplicarse también a las dos formas de matrimonio que el Código regula las secciones tercera a quinta, sobre el epígrafe del capítulo primero, a menos que sea el contenido de tales secciones meramente programático o filosófico; además, más adelante—artículos 76 y 81—se hace precisa una referencia a las citadas secciones cuarta y quinta, lo que prueba su aplicación a las dos formas de matrimonio.

(55) Que dió la siguiente respuesta: «Su Santidad aprueba todo cuanto en las dos partes de la Base se refiere al matrimonio entre católicos. La Santa Sede deja al Estado regular los efectos civiles del matrimonio. Con la siguiente aprobación no se entiende del mismo modo prejuzgada la doctrina de la Iglesia acerca del matrimonio de los heterodoxos; pero el Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno adopte las disposiciones oportunas.» La tomamos de R. VIEITEZ, locución cit., pág. 77, nota.

(56) «Profesar en religión» tiene más acusado matiz jurídico (cfr. art. 83,

la Santa Sede sobre el matrimonio de los heterodoxos; y de aquí también el que, a lo largo de su vigencia, se hayan podido mantener interpretaciones que en realidad significaban la instauración de un sistema matrimonial de tipo facultativo, contrario a nuestra tradición jurídica.

En nuestra opinión, creemos que puede sostenerse que el artículo 42, al menos en cuanto a las personas sujetas a la forma canónica, estableció una verdadera recepción material del Derecho de la Iglesia católica.

Recepción material (57) que aún más claramente alienta en el artículo 75 del Código civil, no obstante el parecer contrario de Romero Vieitez (58).

Finalmente, si el artículo 86 del mismo Cuerpo legal no exige ningún requisito para contraer matrimonio civil, ello es debido a que se remite al artículo 42 («los que con arreglo al artículo 42 hubieren de contraer matrimonio en la forma determinada en este Código...»), del cual, según hemos indicado, resulta, por exclusión, quienes pueden contraerlo.

La imprecisa expresión terminológica del artículo 42 ha permitido que, según las concepciones político-religiosas de los partidos turnantes en el Poder, se exigiese con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica y, en consecuencia, se diera mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil.

Gobernando el partido conservador recae la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 que niega el matrimonio civil a quien no

4.º, 237, núm. 12 del C. c.) que «profesar la religión católica». Esta última es más bien una expresión tomada del lenguaje corriente, que alude a una actitud personal, activa y exteriorizada, en relación con determinada religión, pero dice poco de la existencia o no de una vinculación jurídica a una sociedad religiosa. Apurando un poco el argumento pudiera decirse que alguno profesa el catolicismo (asiste a su culto, acepta sus dogmas, etc.) sin estar aun bautizado, y, por tanto, jurídicamente vinculado a la Iglesia Católica; en tanto que puede haber bautizados en ella que actualmente, de hecho, no profesan el catolicismo, no obstante seguir vinculados jurídicamente a la misma.

(57) Por lo tanto, no meramente formal como vimos ocurría en Italia, y en sentido inverso en el propio Derecho canónico (cfr. canon 1.529). Sobre esta última remisión, vide FUENMAYOR, AMADEO DE: *La recepción del derecho de obligaciones y de contratos operada por el Codex Iuris Canonici* en REDC, 1949, I, pág. 295, especialmente pág. 301.

(58) Loc. cit., pág. 77.

Pero está expresado antes de la Orden de 10-11-1941, pues si bien la mención y estudio, lo hace patentemente después de escrito su magnífico estudio, en una adición al mismo posterior.

Si algo quiere decir que las normas matrimoniales canónicas están admitidas como leyes del reino, significa precisamente esa recepción material de que hablamos nosotros. Es cierto que el Codex no está admitido como ley del reino, pero hacerlo en su totalidad sería un absurdo. Por otro lado, en la doctrina del c. 1.099—como observa PERE RALUY, loc. cit., pág. 5—está casi íntegramente reproducida la anterior doctrina que si es ley del reino, y no puede desconocerse que en el espíritu del art. 75 está contenida la posterior legislación canónica sobre esta materia, y así se interpreta paralelamente por la doctrina italiana. (Cf. MESSINZO, obra y tomos citados, pág. 419).

manifiesta, ante el encargado del Registro civil competente, que no profesa la Religión católica; en uno de los considerandos de su preámbulo se sienta la doctrina siguiente:

«... que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión católica y quieran contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil, que ordena el Código, *sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan* aquella Religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigírseles autorizando acto de tanta trascendencia que adoleciese del vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4.º del Código civil;

que de acuerdo con esta interpretación se han dictado repetidas Resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente *por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos*, que no profesen la Religión católica...» (59).

Bajo los liberales, siendo ministro el Conde de Romanones, se dicta la Real Orden de 27 de agosto de 1906, que por la Circular de 31 de agosto del mismo año se manda escrupulosamente cumplir (60).

Con un extremado radicalismo se resuelve que «no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código civil *declaración alguna relativa a la religión que profesan*, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece».

Como fundamentos de esta Resolución se aducen los siguientes:

«Que la Real Orden de 28 de diciembre de 1900... no es aplicación general, refiriéndose tan sólo a un caso especial.

Que la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualidad que más puede satisfacer la conciencia de los que pro-

(59) De prosperar esta interpretación, de hecho queda a expensas de una declaración incontrolada la forma matrimonial, con lo cual en realidad se establece el sistema de matrimonio civil facultativo, contra lo que entiende la generalidad de la doctrina y fué propósito del legislador, o al menos, se darán lugar a matrimonios civiles que la Iglesia no reconocerá como tales. Admite esto último ROMERO VIZTEZ (loc. cit., pág. 69, nota 10).

(60) Disposiciones muy alabadas por COVIÁN en su trabajo citado. Este autor postula en realidad el matrimonio civil obligatorio, partiendo de la errónea separación entre el sacramento y el contrato. Afirma también que una de las aspiraciones de Canalejas era el restablecimiento de la Ley del 70 con la introducción del divorcio vincular.

fesan la Religión católica y que por profesarla tienen la obligación de orden moral (61) de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

Que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los artículos 86 y 89 del Código civil, ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de estos requisitos ha sido considerada causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

Que la interpretación en este sentido de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la Comisión que defendieron el Proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución y, a mayor abundamiento, se ajusta a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distinga.

Que no obstante lo dispuesto por la Real Orden antes mencionada... se han celebrado matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos.»

Criterio tan avanzado no podía prosperar, pues ello implicaba la implantación expresa del sistema de matrimonio civil facultativo, extraño, como sabemos, al espíritu del artículo 42. Y antes de transcurrir un año, la Real Orden de 28 de febrero de 1907 dejaba sin efecto la de 1906, alegando en sus fundamentos que:

«... la Real Orden emanada de este Ministerio en 27 de agosto último... excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey.

Que además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial, otras muchas y graves perturbaciones causarían hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de rigurosa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales.»

Derogada la Real Orden de 1906, se vuelve al criterio sentado por la Dirección General en 1900; criterio que se mantiene igualmente en la Resolución de 28 de julio de 1913. En esta última se afirma ser «criterio constante de interpretación del citado artículo 42, con reducidas y efímeras desviaciones, que la declaración

(61) Decir que los católicos solo tienen obligación moral de contraer matrimonio «sub forma» canónica, es desconocer el carácter jurídico del *Codex Iuris Canonici*.

hecha por ambos o por uno solo de los que pretendan contraer matrimonio civil, de no profesar la religión católica, basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo», y que no es admisible «otra prueba» del estado de conciencia que «la solemne declaración del interesado».

4. *Ley de 28 de junio de 1932.*—Implantada la segunda República era de prever un cambio de orientación en materia tan fundamental como el matrimonio, impuesto como consecuencia de la ideología de los partidos políticos dominantes. La Ley de 28 de junio de 1932 instauró, en efecto, el matrimonio civil obligatorio para todos los españoles, con carácter único en cuanto a la producción de efectos civiles.

Poco antes de la indicada fecha, la Orden ministerial de 10 de febrero del propio año había dispuesto:

«Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y, en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen.»

Como observa Romero Vieitez (62), esta Orden «redujo el artículo 42 del Código civil a mera advertencia, de cumplimiento relegado a la libre decisión de los particulares, y al derogar la Real Orden de 28 de diciembre de 1900... pasó... a un sistema de matrimonio civil facultativo. Pero la Constitución de 1931 imponía en rigor, como forma única con eficacia para el Derecho positivo español, el matrimonio civil» (63).

El artículo 1.º de la Ley de 28 de junio de 1932 declara: «A partir de la vigencia de la presente ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo III del libro primero del Código civil.

Como complemento de ello se establece en el artículo 4.º que «la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de esta ley... Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de ésta serán resueltas por los Tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídos.»

Suprimidos los impedimentos de orden sagrado y profesión solemne, quedaba claramente establecido un sistema de unión civil obligatoria que ignoraba absolutamente el matrimonio religioso. Permitido el divorcio vincular por Ley de 2 de marzo de 1932, la legislación de la segunda República española fué más radical que la primera en su ataque a la concepción tradicional de la familia en España.

(62) Loc. cit., pág. 69.

(63) Obsérvese el parecido de esta Orden con la de 27 de agosto de 1906.

5. *Legislación del Nuevo Estado*.—Partiendo de supuestos ideológicos opuestos, el Estado nacido el 18 de julio de 1936 tenía que mostrarse radicalmente incompatible con la legislación matrimonial republicana. Sin consolidar todavía su victoria, por Ley de 12 de marzo de 1938 derogaba la de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación. Por su parte, la Ley de 23 de septiembre de 1939 hace lo propio con la de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones que la complementaron.

Sin embargo, en el punto que estamos estudiando, de qué personas están sujetas a la forma civil del matrimonio, se hace preciso distinguir en la legislación matrimonial del nuevo Estado tres etapas claramente definidas:

- a) Restablecimiento de la legalidad anterior a la República.
- b) Orden de 10 de marzo de 1941.
- c) Período postconcordatario.
- a) La disposición transitoria de la Ley de 12 de marzo de 1938 marca de modo claro y anuncia como inminente (64) la reforma del Código en la materia matrimonial; dice, en efecto, que «*hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el título IV del libro primero del Código civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de la publicación de la ley que se deroga*».

Romero Vieitez (65) ha observado que «la expresión de esta disposición final resulta claramente incorrecta: sólo parte del título IV del libro primero del Código civil había dejado de tener vigor; y en la fecha señalada de publicación de la Ley de Matrimonio Civil estaba vigente, por ejemplo, la Orden de 10 de febrero de 1932, que convertía el matrimonio civil de subsidiario en facultativo, la vigencia de la cual, contra el propósito del legislador, está reconocida literalmente en la fórmula usada».

Queda, pues, en vigor la *legislación vigente al tiempo de instaurarse la República*, que es lo que, sin duda, quiso decir el legislador. Componen aquélla fundamentalmente los preceptos del título IV del Código, complementados por las Reales Ordenes de 28 de diciembre de 1900, 28 de febrero de 1907 y 28 de julio de 1913.

En ejecución de la Ley de 1938 se dictó la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo del mismo año, que textualmente dice lo siguiente:

«En aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de 28 de junio de 1932 debe proveerse sin demora a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendiente y que deseen llevar a su fin los interesados.

(64) Hay escritores que parecen desconocer este matiz de transitoriedad insistiendo en el carácter de *restablecimiento* de la anterior ordenación jurídica. Así, por ejemplo, LUNA (trab. cit., págs. 34-36). No cabe duda que, ya para entonces, se preveía por el Gobierno un futuro Concordato con la Santa Sede.

(65) Loc. cit., pág. 77.

Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes Resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la Religión católica, debe exigirse para autoriar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la Religión católica por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos...

En su virtud dispongo:

Artículo 1.º Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 pueden seguir tramitándose y ultimarse *siempre que ambos contrayentes, o uno de ellos declaren expresamente que no profesan la Religión católica*; sin esa declaración no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles.

Art. 2.º Para reanudarse la tramitación de dichos expedientes, deberá proceder instancia de las partes interesadas, considerándose fenecidos los expedientes cuyo seguimiento no se inste en el plazo de treinta días, a partir de la publicación de la presente Orden.

Art. 3.º La tramitación de los expedientes referidos deberá sujetarse a las normas del artículo 100 del Código civil, con todos los requisitos en él comprendidos.»

De la lectura de esta Orden se desprende una doble consecuencia: 1.º Que, en principio, sólo atiende a una finalidad de derecho transitorio: destino que debe darse a los expedientes de matrimonio civil pendientes al tiempo de promulgarse la Ley de 1938. 2.º Que implícitamente es posible ver en ella una pauta para el futuro.

Seguimos, al parecer, en la misma línea de interpretación que la Real Orden de 1900 y concordantes, y cabe, por tanto, reproducir aquí los reproches que a aquélla se hacen (66).

La misma orientación perdura—si bien toca este punto incidentalmente—la Orden de 8 de marzo de 1939, referente a la nulidad de inscripciones en el Registro civil durante la dominación roja; en su artículo 2.º, letra G) se dice que la Orden de 22 de marzo anterior interpretó el artículo 42 del Código civil «en el sentido tradicionalmente admitido».

b) Una segunda e importante etapa se abre con la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941, dictada con deliberación del Consejo de Ministros, y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 1.º Los Jueces Municipales (ahora Comarcales y de Paz también) no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes o, en el caso de que esta prueba documental no fuere

(66) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ imputa a esta Orden una técnica defectuosa y desdichada, al par de constituir «una clara infracción del derecho de la Iglesia».

posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.

Art. 2.º Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden.»

La técnica de esta Orden no es muy depurada, pero su significado no es otro que la recta interpretación del artículo 42, tal como la hemos propugnado anteriormente, y como no lo habían hecho las Reales Ordenes de 1900, 1906 y 1907.

Así ha podido decir la Resolución de 17 de abril de 1950—en una consulta sobre matrimonio en el extranjero de españoles acatólicos—que «el artículo 42 del Código civil, al reconocer las dos formas, canónica y civil, de celebración del matrimonio, sienta una norma de carácter interpersonal, cuyo cumplimiento exige que para la aplicación de la forma civil se justifique la condición de acatólicos de los contrayentes, debiendo entenderse por tales, en consonancia con el artículo 75 del Código civil, que acoge plenamente el derecho matrimonial de la Iglesia, los que no hubieran sido bautizados en la Iglesia católica». Y la de 28 de junio de 1951 declara «no ser prueba suficiente de la acatolicidad de los contrayentes la certificación acreditativa de que los mismos fueron bautizados en la fe evangélica», pues constaba que antes habían recibido el bautismo en la Iglesia católica; y demostrado este hecho, se impone la denegación del matrimonio civil solicitado, con independencia de las restantes pruebas que aporten, salvo la de la dispensa concedida por la Iglesia católica de la forma matrimonial canónica, en cuyo caso ya se podría probar «acatolicidad» documentalmente a estos efectos (67).

Comentando la Orden citada de 1941 dice Romero Vieitez (68) que «acorta las distancias entre el Derecho general de la Iglesia católica y el civil español... Rectifica la interpretación anterior del artículo 42 del Código civil», cuya interpretación «debe ser relacionada con el canon 1.099 del *Codex Iuris Canonici*». Creemos que el propósito de esta Orden era no ya el de acortar las distancias, sino el de suprimirlas.

Se ha puesto en duda la legalidad de la introducción de una nueva causa de nulidad no prevista en el artículo 101 del Código civil (69), así como la legalidad de la Orden misma; objeción esta

(67) La Resolución de 28 de junio de 1951 parece tener el carácter de comunicada, pues no aparece en el Anuario de la Dirección, ni está recogida en la obra de LOZANO SERRALTA, M.: *Legislación del Registro civil*. Madrid, 1952. Nosotros la tomamos del trabajo citado de LUNA.

(68) Loc. cit., pág. 183.

(69) Hay que reconocer que el art. 101 no prevé esta causa de nulidad del matrimonio civil, que, por tanto, la objeción es fundada; a no ser que se pense que el art. 83-1.º deba ser puesto en relación con el 42, en cuyo caso aquel debía entenderse redactado así: «No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce también cumplidos, aunque se trate de no bautizados en la Iglesia Católica.»

última que, dada su trascendencia, nos obliga a detenernos en su análisis.

Luna (70) sostiene que la Orden de 10 de marzo de 1941 infringió la Ley de 12 de marzo de 1938, la cual restableció en su disposición transitoria la legalidad vigente al promulgarse la segunda Ley de Matrimonio Civil, entre cuyas normas ninguna exigía los requisitos que previene la Orden impugnada; por otro lado, continúa el propio autor, si bien el artículo 4.º de la Ley de 1938 autorizó al Ministerio para dictar las normas de ejecución de la ley, no le autorizó para infringirla.

Pues bien: no obstanté los argumentos aparentemente convincentes de Luna, creemos que no puede ponerse en duda la legalidad de la Orden de 1941, y las facultades del Ministerio de Justicia para interpretar—como antes lo había hecho—el artículo 42 del Código civil, dando instrucciones a los funcionarios encargados de los Registros civiles para la celebración del matrimonio civil.

Abonan esta postura las siguientes consideraciones:

La Ley de 1938 se limitó a restablecer, con cierto carácter de transitoriedad, la legalidad vigente al advenir la segunda República.

Con ello no elevó de rango jurídico a las disposiciones que formaban esa legalidad, sino que cada una de ellas conservó—como es obvio—el que la otorgaba la forma de su promulgación.

El citado restablecimiento se hacía con vistas a una futura modificación de la legislación matrimonial española.

Si bien la Orden de 22 de marzo se dictó en ejecución de la Ley de 1938, no sucedió lo mismo con la de 10 de marzo de 1941.

El Ministerio de Justicia podía derogar las disposiciones administrativas vigentes al instaurarse la segunda República sin infringir la Ley de 1938.

No hay, pues, contradicción entre esta Ley y aquella Orden, ni dilema legal alguno (71), pudiendo los Juzgados de Paz, Comarcales y Municipales tenerla en cuenta, sin temor a violar la Ley de 1938.

c) En el momento en que escribimos estas líneas una interrogante se abre en la legislación española sobre el matrimonio, pues una vez firmado el Concordato, el Gobierno español tiene plazo hasta el 28 de agosto de 1954 para dictar las normas necesarias para su ejecución, sin perjuicio (ver art. 36, párr. 2.º) de que automáticamente, con su entrada en vigor, hayan quedado derogadas toda clase de disposiciones que en cualquier forma se opongan al mismo.

(70) Loc. cit., pág. 34.

(71) Dilema que plantea LUNA (pág. 34): «Hoy los Juzgados se encuentran en el dilema de cumplir la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941, infringiendo el Código civil y sus disposiciones complementarias, hasta el 28 de junio de 1932, o cumplir el Código, infringiendo la Orden tantas veces repetida.»

Por lo que se refiere al tema de nuestro estudio, no parece, sin embargo, difícil anticipar qué personas quedarán sometidas en la nueva legislación a la forma civil del matrimonio.

No constituye novedad la declaración del artículo 23 del Concordato, disponiendo que «el Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», pues tal reconocimiento está contenido en el artículo 76 del Código civil; en el Protocolo final se hacen algunas explicaciones de este precepto: «Declaración en relación con el artículo 23. A) Para el reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente. Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos: 1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles. 2. La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella. A tal fin será suficiente la presentación en las oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado. La citada inscripción será comunicada al párroco competente por el encargado del Registro civil. 3. La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción. 4. Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas.» Lo añadido en el Protocolo final supondrá la necesidad de retocar el artículo 77 de nuestro Código civil, siendo de notar la novedad que representa el párrafo cuarto del apartado A), que parece literalmente tomado del párrafo tercero del artículo 14 de la Ley italiana de 1929 sobre el matrimonio concordatario (72). Sin embargo, de las disposiciones transcritas no resulta directa ni indirectamente ningún principio en materia de sujetos obligados al matrimonio civil.

Otros artículos del Concordato patentizan claramente un deseo

(72) Que dice así: «Qualora la trascrizione sia richiesta trascorsi cinque giorni dalla celebrazione, essa non pregiudica i diritti legittimamente acquistati dai terzi.»

Una fórmula semejante, pero no idéntica, utilizó el párrafo 2.º del artículo 1.º del Decreto de 9 de febrero del 1875: «Sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencias de ellos por terceras personas a título oneroso.» Se trataba de la concesión de efectos civiles a los matrimonios canónicos celebrados durante la ley de 1870.

por parte del Gobierno español de eliminar conflictos, de armonizar en lo posible los ordenamientos civil y eclesiástico en materia matrimonial, de aceptación por parte de aquél de las normas de este último. Tal cosa puede observarse examinando:

Ad artículo 23, apartado B), que dispone que «las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho canónico».

El primero de los cánones citados dice: «Exhorte el párroco gravemente a los hijos de familia menores de edad a que no contraigan matrimonio sin el conocimiento de sus padres o con la oposición razonable de ellos; y si no lo atiende, no debe asistir a su matrimonio sin consultar antes al Ordinario del lugar.» Dispone el segundo que «pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe».

La necesidad de poner de acuerdo la legislación civil con los cánones indicados, supondrá la modificación del artículo 45 y concordantes del Código civil, lo cual repercutirá también en el matrimonio civil, pues el artículo 45 se encuentra en la sección que establece disposiciones comunes para ambas formas de matrimonio, y eso aunque lo concordado deba entenderse referido exclusivamente al matrimonio canónico.

Ad, artículo 23, apartado C), según el cual «en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico».

Norma nueva en nuestro Derecho civil, y fundamental, pues representa la admisión explícita de la doctrina canónica sobre las personas que por Derecho civil quedarán sujetas a la forma matrimonial canónica (73).

Ad, artículo 23, apartado D), conforme al cual «en la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural».

Norma concordada que representa también una novedad, y que se explica en razón a que la Iglesia católica, si bien no tiene potestad jurídica sobre los todavía no bautizados, es defensora y custodia del Derecho natural, que obliga a todos los hombres, y en tal sentido puede concertar con los estados. Obsérvase, pues, que con este respeto al Derecho natural en materia de impedimentos, el Estado español puede regular, como tenga por conveniente, la institución matrimonial para los no bautizados en la Iglesia católica. Se tratará, pues, del matrimonio exclusivamente civil. A con-

(73) Algún ilustre canonista hace notar la incorrección del texto recordado en este punto, que sería más claro si dijese «matrimonio entre personas bautizadas y no bautizadas». (FERNÁNDEZ REGATILLO, EDUARDO, S. J.: *El matrimonio canónico en el Registro del Estado*, en «Ecclesia», 1953, II, pág. 512, núm. 642.)

Creemos que la redacción utilizada no supone diferencia de lo regulado en los cánones 1.060 y 1.071 del Codex, sobre impedimentos de disparidad de cultos y de mixta religión.

trario sensu se deduce que para todos los bautizados en la Iglesia católica se impone la forma matrimonial canónica.

Despréndese de este sumario análisis que hemos realizado de algunos artículos del reciente Concordato con la Santa Sede, que por parte del Estado español se han aceptado las normas matrimoniales canónicas, en lo referente a las personas que están sujetas a esa forma de matrimonio canónico, que será el único que producirá efectos civiles para las mismas. Queda, pues, reservado el matrimonio civil para quienes están excluidos de la forma matrimonial canónica.

Confírmase así el sistema de matrimonio civil subsidiario o de necesidad que trató de instaurar el artículo 42 del Código civil, y que por una defectuosa terminología no llegó a consolidar en toda su pureza (74).

No ha prevalecido, pues, en el reciente Concordato el sistema de matrimonio civil facultativo, vigente en la legislación concordada de Italia y Portugal, y que también en nuestra Patria postulaban algunos escritores recientemente (75).

Esperamos que en el desarrollo civil del Concordato tampoco prevalezcan las atenuaciones, poco conformes con el Derecho canónico, que introdujeron las Reales Ordenes, ya examinadas, de 1900, 1907 y 1913.

F) *Prueba de la acatolicidad*. — Es indudable que la Orden de 10 de marzo de 1941 ofrece una técnica defectuosa, aun gramaticalmente considerada; pero el mayor cúmulo de dificultades se presenta al partir de una concepción equivocada—implícita o explícita—acerca de los sujetos capaces por ley civil española de matrimoniar civilmente.

Si se entiende que un bautizado en la Iglesia católica, afiliado

(74) La interpretación que damos de una recepción material del Derecho canónico, se corrobora con las autorizadas palabras del Jefe del Estado en su mensaje personal a las Cortes que habían de aprobar el Concordato: «Conforme a las tradiciones católicas de nuestro pueblo, reconocemos plenitud de efectos civiles al matrimonio, elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento, disciplinado por el Derecho canónico, que es el fundamento de esa familia sobre la que se asienta la organización político-jurídica de nuestra nación.

Corresponde a la potestad de la Iglesia dictar leyes y juzgar en las causas referentes al matrimonio de los bautizados, en orden al vínculo, a la separación y demás cuestiones a la sustantividad sacramental; como es de la competencia del Estado la regulación de aquellas situaciones que afectan al aspecto civil del matrimonio. Sobre este principio regula el Concordato las respectivas y *coincidentes posiciones* de ambas potestades respecto a esta trascendental institución, en consonancia con las cuales *hacemos nuestras las normas de la Iglesia sobre el matrimonio sacramental*, con plenitud de efectos civiles...»

(75) ORTEGA PADRO, GREGORIO JOSÉ: Consideraba como probable que en el Concordato español se siguiese esta orientación. (Vide su comentario extenso a la obra de AYALA: *Eficacia civil do casamento canonico* Coimbra, 1950, en ADC, IV-3.º, págs. 1106 y ss., esp., pág. 1110); R. VALCARCE, FRANCISCO (*Matrimonio de españoles en el Extranjero*, R. D. Prccecal, 1953 2.º, pág. 183 y ss.); apunta tímidamente que el matrimonio civil facultativo o libre «representa el máximo respeto a la libertad individual» (pág. 190).

luego a cualquier secta protestante, puede con arreglo a la legislación civil (la canónica ya sabemos que le sigue vinculando) contraer matrimonio de esa clase, es evidente que la Orden citada presenta problemas casi insuperables: si carece de documento que acredite su actual acatolicidad, o el que le presente no le sea admisible; le está vedada la declaración jurada de no haber sido bautizado en la Iglesia católica; en cambio, quien nunca lo ha sido efectivamente, no tiene problema en prestarla y podrá contraer matrimonio civil. Pero esta desigualdad no pudo ser querida por el legislador (76).

Por el contrario, si entendemos, de acuerdo con el Derecho canónico, que la forma civil del matrimonio es accesible exclusivamente a los no bautizados, las dificultades de interpretación de la Orden citada se desvanecen casi totalmente.

Desde luego, resulta más fácil demostrar que se ha recibido el bautismo que el hecho contrario; de aquí que la prueba documental de acatolicidad sólo excepcionalmente se dará, no siendo—como declaraba certeramente la Resolución de 28 de junio de 1951—prueba suficiente de acatolicidad el certificado de un Pastor protestante acreditativo de haber administrado el bautismo en la fe evangélica a dos mayores de edad, pues, dadas las costumbres del pueblo español, no se demostraba así que con anterioridad no se hubiera recibido en la Iglesia católica. Mayor fuerza tendría una certificación análoga, pero de un bautismo administrado en la infancia, acompañada—en su caso—de otra negativa del párroco del lugar de nacimiento; demostrado, en efecto, que una persona no está inscrita en el libro de bautizados de la parroquia del lugar de nacimientos, que además recibió en su infancia el bautismo en una secta protestante, y que ahora según el rito de la misma desea contraer matrimonio con persona que se encuentre en parecidas circunstancias, hay certeza moral de que ambos no han recibido el bautismo en la Iglesia católica—resultado probatorio que es al que quiere llegar sin duda la citada Orden de 1941—. Mas ya puede notarse que tal acumulación de pruebas es difícil que concorra por ahora en la mayoría de los casos en nuestra Patria, salvo el caso de familias de tradición protestante; de tal suerte, queda como prueba única la declaración jurada de no haber sido bautizado (en la Iglesia católica, se entiende).

IV. CONCLUSIONES

Hay que reconocer que nuestra legislación matrimonial codificada es respetuosa con el Derecho canónico; sin duda, más que la de otros países católicos que concordaron también con la Iglesia el

(76) LÓPEZ ALARCÓN (loc. cit., pág. 6) acepta incomprensiblemente esta desigualdad de trato partiendo del supuesto erróneo que hemos indicado.

régimen matrimonial. De la práctica española puede decirse otro tanto.

No hay, sin embargo, obra humana perfecta, y la evolución histórica del matrimonio civil en nuestra Patria pone de relieve que una misma e idéntica redacción del artículo 42 del Código civil ha servido para dar pie a dispares interpretaciones: unas que implicaban un riguroso sistema de matrimonio civil subsidiario; otras, que atenúan esa rigurosidad derivando hacia formas de matrimonio civil electivo; algunas, finalmente, que implantaban efectivamente este último sistema.

Parece, sin embargo, que acto tan trascendental no debe quedar en la incertidumbre de una mudable interpretación administrativa. Mantener unos textos legales de dudosa expresión puede conducir a matrimonios válidos civilmente y que la Iglesia no acepte. La situación de reconocimiento de la Iglesia católica y del Catolicismo como religión oficial del Estado español, que se hace en el primer artículo del Concordato, no parece que aconsejen tales discordancias. Debe, pues, aprovecharse la favorable coyuntura de una modificación de nuestra legislación matrimonial para retocar los preceptos precisos de nuestro ya venerable Código civil.

Quizá baste, en el punto que estudiamos, con modificar el artículo 42 y adicionar en algunos extremos los artículos 86 y 101. A título de mera sugerencia presentamos a continuación la redacción que pudieran tener:

«Art. 42. La ley reconoce dos clases de matrimonio:

El civil, que tendrá lugar cuando ninguno de los contrayentes haya sido bautizado por la Iglesia católica, y que se celebrará conforme a las prescripciones de este Código; y

El canónico, que tendrá lugar en todos los demás casos, de acuerdo con el Concordato con la Santa Sede.»

A los números 1.º y 2.º del artículo 86 se le puede añadir otro, que diga:

«... 3.º Una declaración jurada de cada contrayente expresiva de no haber sido bautizado en la Iglesia católica.»

Al párrafo final del propio artículo se le puede adicionar lo siguiente:

«También se acompañará prueba documental de no haber sido bautizado en la Iglesia católica, en el caso de ser ello posible.»

Finalmente, al artículo 101 se le añadirá otro apartado que diga:

«...5.º Los matrimonios civiles cuando alguno de los contrayentes o ambos hubiesen recibido, previamente a la celebración del matrimonio, bautismo válido en la Iglesia católica.»

La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil

JOSE MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO
Catedrático de Historia de la Iglesia
y del Derecho Canónico

1. En el nuevo Concordato, a pesar de la extensa atención que dedica a los problemas de derecho matrimonial, no se ha hecho constar la afirmación expresa de que el matrimonio canónico sea obligatorio para los católicos españoles que pretendan quedar casados. Ello está reconocido por las disposiciones vigentes de nuestro derecho interno y es plenamente acorde con la línea ideológica que inspira el convenio, pero no se encuentra afirmado concretamente en el texto del mismo. El Estado español reconoce en él plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas canónicas y a las sentencias y resoluciones de las autoridades eclesásticas competentes en materia de matrimonio canónico, pero no aparece en sus artículos, ni en el Protocolo final, que se refiere también a problemas de esta materia, una norma semejante a la del artículo 42 del Código civil.

Se echa de menos, ciertamente, pues hubiera sido muy conforme con la tónica general del Concordato dejar sentados en el mismo, en norma de valor superior al de un mero precepto de derecho interno, los límites de la esfera de existencia que el Estado atribuye al matrimonio civil. Pero es que, además, era ésta una magnífica ocasión para mejorar y dejar perfilado y fijado, que buena falta le hace, ese precepto del artículo 42 del Código civil, cuyo alcance ha venido a estar, desde su promulgación, en un movimiento de avance y retroceso, como en vaivén de marea, determinado por simples Ordenes ministeriales.

2. En la Base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888, cuyo proyecto recibió la aprobación de la Santa Sede en cuanto se refería al matrimonio entre católicos, se disponía lo siguiente: «Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la Religión Católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.»

De acuerdo con esta norma, y ciñéndose literalmente a los términos de la misma, el artículo 42 del Código civil fué concebido

así: «La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión Católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.»

No resultó perfecto el texto, ni muchísimo menos; aparte de que habla de dos formas de matrimonio, canónico y civil, como si lo fueran de una misma cosa, y aun sin hacer caso de lo poco afortunado de la expresión usada para indicar la obligatoriedad del matrimonio canónico para los católicos que quieran casarse (1), lo peor es que el modo que tiene de designar a éstos es mencionar a los que «*profesan* la Religión Católica», en lo cual pudiera pretenderse un apoyo para eludir la obligación mediante una desafección que contradijera esa «profesión», alegando que ella supone una adhesión subjetiva. Seguramente no era ésta la intención de la Autoridad eclesiástica, que aprobó la Base, ni probablemente la del legislador civil, que la incluyó en el texto de la misma; en cuanto a este último, debe tenerse en cuenta aquella invocación de la Constitución que la Base contenía. Se trata, sin duda, del artículo 11 de la de 1876, que declaraba que la Religión Católica era la del Estado, lo cual supone lógicamente que la legislación matrimonial de éste, para los españoles súbditos de la Iglesia, no había de ser contraria a la legislación canónica. Por otra parte, el artículo 43 del Concordato de 1851, entonces en vigor, remitía para todo lo perteneciente a cosas eclesiásticas, no tocado en su texto, a la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente.

En realidad, la intención del legislador era sencilla: el matrimonio canónico es el que habían de contraer los católicos; sólo los acatólicos podrían utilizar el matrimonio civil. Pero no se expresó con la precisión técnica necesaria.

Probablemente se quiso incorporar al nuevo Código el sistema que, con afán pacificador, como en tantas otras cosas, había instaurado la legislación de la Restauración y venía siendo aplicado con orden y sosiego. La herida causada en los sentimientos católicos de los españoles por la Ley de 18 de junio de 1870, que había intentado introducir en el Derecho español la novedad, contraria a su espíritu y a su historia, del matrimonio civil obligatorio, negando al canónico los efectos civiles, había sido restañada por el Decreto del Ministerio Regencia de 9 de febrero de 1875, el cual hizo que el matrimonio contraído, o que se contrajese, conforme a los Sagrados cánones produjera plenos efectos civiles; pero este Real Decreto mantuvo, al mismo tiempo, la aplicación de la figura del matrimonio civil, regulada en la Ley de 1870, para los no católicos.

El principio básico de distribución está impreso con claridad rotunda en el preámbulo del Real Decreto, en el cual puede leerse: «Así cesará el matrimonio civil para todos los que puedan contraer el canónico; se conservará tan sólo aquella forma de contrato para los que no la puedan hacer consagrar por el párroco.» Pero, junto

(1) Véase en MONTERO: *El matrimonio y las causas matrimoniales*. 3.ª edición. (Madrid, 1941), págs. 70-71.

a estas frases, hay otras que revelan cierta confusión; por lo pronto, se dice que esos son «los que, no profesando la Religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo (su matrimonio) con el Sacramento», apoyando la necesidad del matrimonio canónico en esa profesión subjetiva; y en otro párrafo se habla de los «consorcios puramente civiles, celebrados, o que se celebren, al amparo de la Ley de 1870, por los que, no profesando la Religión Católica, o separándose del gremio de ella, no hayan sido, o dejen de ser, hábiles para casarse con la bendición de la Iglesia», según lo cual a los apóstatas les sería permitido el matrimonio civil.

Lo que hay de claridad y lo que hay también de confusión en este pensamiento podrán verse luego reflejados en el dilatado período de aplicación del artículo 42 del Código civil.

El caso es que el texto de este artículo no fué lo necesariamente preciso para evitar toda variación posterior en su alcance y que, siempre con la pretensión de que se aplicaba fielmente, ha permitido que se oscile en su interpretación desde el matrimonio civil subsidiario absoluto al relativo.

3. Ya cuando se discutió el proyecto en el Congreso llamó Azcárate la atención acerca de la imprecisión que iba a dejar en cuanto a la declaración de acatolicidad de aquellos a los que se permitiría el matrimonio civil, porque no se determinaba si ellos mismos serían quienes fuesen a declarar su acatolicidad o si ésta habría de ser declarada por la Iglesia.

A los pocos días de haberse promulgado el citado Decreto de 9 de febrero de 1875, el que restableció los efectos civiles del matrimonio canónico, dejando el civil sólo para los que no pudiesen celebrar su unión ante el párroco, por Orden de 27 del mismo mes de febrero de 1875, y ante las diversas interpretaciones que al dicho Decreto daban algunos jueces municipales, se comunicó a todos ellos que sólo podían autorizar «los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica». Este criterio fué mantenido también por la Dirección General de los Registros, en Orden de 19 de junio de 1880.

Después, ya bajo la vigencia del artículo 42 del Código civil, se siguió sosteniendo esa doctrina por las resoluciones de la Dirección General de los Registros, y una Real Orden, originada en la misma, de 28 de diciembre de 1900, denegando la solicitud de un particular que pretendía que se declarase que bastaba con la petición de los interesados para proceder al matrimonio civil, mantuvo que, estando «impuesta por el legislador a los que profesan la Religión Católica y quieren contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión y que,

por este motivo, no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigírseles (a los funcionarios) autorizando actos de tanta trascendencia que adoleciesen del vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4.º del Código civil». Estaba bien visto en esta resolución que el matrimonio civil, para ser válido ante el Derecho del Estado, requería entonces que los contrayentes no profesasen la Religión Católica y hasta se observa en su texto el matiz de que la afirmación que exige de los contrayentes para llegar a la unión civil de los mismos no es un acto de apostasía, sino la declaración de la existencia de un hecho, incluso pidiendo, a efectos de darle fuerza de prueba, siquiera resulta bien débil, la palabra de honor de los declarantes. Sin embargo, al no tener en cuenta más que la manifestación de éstos, y al fijarse sólo, con una interpretación puramente literal de las palabras del Código civil, en la falta de su profesión subjetiva, en la práctica venía a dejarse en la voluntad de ellos su matrimonio civil.

4. Llegó un momento en que a un Ministro de Gracia y Justicia le pareció que incluso pedir esto era pedir demasiado, y por Real Orden de 27 de agosto de 1906 se mandó: «que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa a la religión que profesen», y ello hablando, en contradicción evidente con el artículo 42 del Código, de «la *libertad* de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la Ley». Era, pues, sin rebozo, el matrimonio civil facultativo, o libre.

No podía mantenerse mucho tiempo en vigor una interpretación tan manifiestamente en contra del texto interpretado, y, a los pocos meses, otra Real Orden, de 28 de febrero de 1907, dejó sin efecto lo dispuesto en la anterior, afirmando que «excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración, a las Cortes con el Rey», y reconociendo las graves perturbaciones que causaría «hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal».

Quedó así restablecido el sistema de la declaración previa de los contrayentes de no profesar la Religión Católica.

5. En el año siguiente apareció una disposición, que hubiese podido ser muy fecunda si se hubiera querido utilizar en esta materia. Se trata del Real Decreto de 9 de enero de 1908, que concedió el *pase* al Decreto *Ne Temere*, emanado de la Sagrada Congregación del Concilio, en el Pontificado de Pío X, el 2 de agosto de 1907. En la parte dispositiva del Real Decreto, no sólo se concedía el *pase* al Decreto eclesiástico, sino que se añadía: «a fin de que se *cumpla y aplique como ley del Reino*», a cuyo objeto se inser-

taba íntegro a continuación. Pues bien, en el Decreto *Ne Temere*, en el cual se regulaba la forma del matrimonio canónico, se decía expresamente, y así constaba en la traducción aneja al Real Decreto (art. XI, § 1), que quedaban obligados a sus disposiciones «todos los bautizados en la Iglesia Católica y los convertidos a ella procedentes de la herejía o del cisma, aunque éstos o aquéllos después se separen de la misma, cuantas veces celebren entre sí esponsales o matrimonio». Recibida, pues, esta norma como ley del Reino, lo natural hubiera sido poner de pleno acuerdo con ella la del artículo 42 del Código civil, o al menos haber interpretado ésta conforme a tal criterio. No se hizo así, y lo prueba el hecho de que en otra Real Orden, originada en la Dirección General de los Registros, de fecha 28 de junio de 1913, se decía que «ha sido y es criterio constante de la interpretación del citado artículo 42, con reducidas y efímeras desviaciones (clara alusión a la Real Orden de 27 de agosto de 1906), que la declaración, hecha por ambos, o uno solo, de los que pretendan contraer matrimonio civil, de no profesar la Religión Católica basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo».

De todos modos, si ello se entendía que traía su fuerza del texto del dicho artículo 42, hay que reconocer que el Real Decreto receptor del *Ne Temere* no había revestido, dentro del derecho interno, la forma de norma jurídica de rango suficiente para derogar por sí misma el principio contenido en ese artículo del Código civil, que figuraba en la propia Ley de Bases.

6. La segunda República dió, primero la Orden de 10 de febrero de 1932, por la que se volvió al matrimonio civil libre, y después la Ley de 28 de junio de 1932, que estableció el obligatorio. Tampoco esta vez duró éste mucho en España, pues la Ley de 12 de marzo de 1938 derogó dicha Ley de 1932, como «una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles», al instituir aquella «ficción en pugna violenta con la conciencia nacional», y restableció la vigencia del Título IV, del libro I del Código civil, en el cual se halla el artículo 42, y todas las normas complementarias del mismo, que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley derogada.

Como en dicha fecha estaba vigente la mencionada Orden de 10 de febrero de 1932, que se había dado con la pretensión de ser complemento de dicho artículo, podía venir así a resultar esta Orden confirmada por la nueva Ley; por eso, pocos días después, se dictó la Orden de 22 de marzo de 1938, la cual, invocando expresamente que muchas resoluciones anteriores han mantenido que el artículo 42 del Código civil impone el matrimonio canónico a cuantos españoles profesan la Religión Católica, dispuso que sólo se autorizase el matrimonio civil cuando «ambos contrayentes o uno de ellos declaren expresamente que no profesan la Religión Católica».

Se había vuelto, pues, al sistema inmediatamente anterior a la

República ; pero era el momento de ver si tal sistema resultaba conforme con la legislación de la Iglesia, puesto que al mismo tiempo se estaban proclamando la ideología y el carácter netamente católicos del Estado español. Entonces, en lugar de reformar el texto del artículo 42 del Código civil, cuya defectuosa expresión había venido siendo base para todas las referidas interpretaciones, se quiso llevar a efecto la necesaria corrección por una nueva disposición ministerial interpretativa del mismo.

7. Así llegamos a la norma vigente. El complemento de la regla del artículo 42 del Código civil ha de buscarse en la actualidad en las disposiciones de la Orden de 10 de marzo de 1941. En ella se establece que «los jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos en que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión Católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios». Se ha adelantado bastante en la fijación del principio, pero tampoco esta disposición complementaria resulta libre de problemas ; está orientada mirando hacia la prueba de la acatolicidad, y son el concepto de la misma y las cuestiones que plantea esta prueba los que deben ser resueltos en el estudio del sistema que determina.

En el preámbulo de esta Orden se hace constar expresamente la finalidad que trata de cumplir : establecer el verdadero sentido de la disposición del artículo 42 del Código civil, aclarando la lamentable confusión producida por las diversas disposiciones administrativas, tantas veces contradictorias, con que se había vacilado en su interpretación, llegándose, incluso, en ocasiones, por sectarismo político, a enfrentarse con el verdadero sentido de dicho precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia. Alguna inexactitud puede señalarse en los párrafos de este preámbulo, como cuando echa de menos en el mencionado artículo 42 la distinción entre la acatolicidad de ambos o de uno solo de los contrayentes (que no es necesaria, porque basta con que uno de los cónyuges sea católico para que sea necesario el matrimonio canónico, con dispensa, en su caso, de los impedimentos de religión mixta o disparidad de cultos), o como cuando dice que el nuevo Código canónico fué incorporado a la legislación española por Real Decreto de 19 de mayo de 1919 (siendo así que lo único acordado por este Real Decreto fué la concesión del *pase* al nuevo Código, práctica de significación regalista, totalmente reprobable, pero no llegó a hacer que entrase a formar parte del ordenamiento civil) (2). Aparte de todo esto, es

(2) El R. D. de 19 de mayo de 1919 sólo dice que «se concede el pase» al Código, indicando que se hace de acuerdo con el Consejo de Estado, el cual había sido cedido conforme a la ley constitutiva del mismo. (La de 5 de abril de 1904, cuyo art. 27, núm. 3, establecía la necesidad de la consulta sobre

de justicia reconocer la buena intención que inspiró esta Orden de 10 de marzo de 1941 y la preocupación que revela por resolver en sentido cristiano una necesidad apremiantemente sentida.

En consecuencia, el criterio fundamental mantenido por esta Orden es más conforme con el Derecho de la Iglesia que todos los anteriores; sólo admite el matrimonio civil cuando los que van a contraerlo *no pertenecen* a la Religión Católica. Pero la prueba de la acatolicidad de ambos, necesaria para poder celebrar ese matrimonio civil, y que, por consiguiente, debe preceder al mismo, puede no ser cosa sencilla.

La Orden requiere la prueba documental de la acatolicidad de los contrayentes para que quede acreditado que no pertenecen a la Religión Católica. Ello supone la necesidad de acudir a dos técnicas especiales: la canónica, con la que habrá de encontrarse el criterio que determine quiénes no pertenecen a la Religión Católica, y la procesal, que servirá para hallar el medio de probar tal circunstancia.

8. Ese *no pertenecer* a la Religión Católica, que según dicha Orden permite a un español contraer matrimonio sin sujetarse a la forma de la Iglesia, significará lógicamente que no se halla sujeto a las normas de ésta, o que por ella misma está exento de la forma canónica.

La cualidad de miembro de la Iglesia se adquiere por el Sacramento del Bautismo. *Baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis* («por el Bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo con todos los derechos y obligaciones de los cristianos»), dice el canon 87 del *Codex Iuris Canonici* (3). El Bautismo, pues, sacramento que confiere gracia santificante y hace al bautizado parte de la unidad de la Iglesia, sociedad sobrenatural, que constituye el cuerpo místico de Cristo, produce también, como acto jurídico, la adquisición de la cualidad de sujeto del Ordenamiento jurídico de la Iglesia (4), la condición de *fiel* y la sumisión, con la suficiente edad y uso de razón, a las leyes meramente eclesiásticas, que no obligan a los que no lo han recibido. *Legibus mere ecclesiasticis non*

los asuntos del real patronato «pase y retención de bulas y breves pontificios»). Obsérvese lo distinta que es esta expresión de aquella otra que se emplea para incorporar a la legislación civil una ley canónica; así, por ejemplo, la del Decreto-ley de 1 de mayo de 1947 que declara expresamente «incorporado al ordenamiento jurídico español» el *Motu proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio*, de 7 de abril anterior, que restableció la Rota española.

Lo que sí debe afirmarse es que en la admisión como leyes del Reino a que se refiere, el art. 75 del Código Civil, deben sustituir a las disposiciones del Santo Concilio de Trento las que sobre materia matrimonial contiene el *Codex Iuris Canonici*.

(3) Utilizamos la versión castellana de MIGUÉLEZ-ALONSO-CABREROS (B. A. C., Madrid, 2.ª edic., 1947).

(4) CIPROTTI: *Personalità e battesimo nel diritto della Chiesa*. («Diritto ecclesiastico», 1942, págs. 273 y ss.) PETRONCELLI: *Diritto Canonico*, 4.ª ed. (Napoles, 1953), pág. 55.

tenentur qui Baptismum non receperunt, dice el canon 12 del *Codex Iuris Canonici* (5).

Pero el Bautismo es un sacramento que imprime carácter. (*Si quis dixerit in tribus sacramentis, Baptismo scilicet, Confirmatione, et Ordine, non imprimi characterem in anima, hoc est, signum quoddam spirituale, et indelebile, unde ea iterari non possunt, anathema sit*, «si alguno dijere que los tres sacramentos, Bautismo, Confirmación y Orden, no imprimen carácter en el alma, esto es, cierta señal espiritual e indeleble, por razón de la cual no se pueden reiterar, sea excomulgado», declaró el Concilio de Trento en el canon 9 de su Sesión VII) y el que lo recibe queda perpetuamente miembro de la Iglesia y sujeto a los deberes de cristiano (6). Por eso, aquel que, después de recibido el Bautismo, conservando el nombre de cristiano, niega pertinazmente algunas de las verdades que han de ser creídas con fe divina y católica, o las pone en duda, y por ello es hereje, el que rehusa someterse al Sumo Pontífice o se niega a comunicar con los miembros de la Iglesia que le están sometidos, y es por ello cismático, o el que abandona por completo la fe cristiana, siendo apóstata (*post receptum baptismum si quis, nomen retinens christianum, pertinaciter aliquam ex veritatibus fide divina et catholica credentibus denegat aut de ea dubitat, haereticus; si a fide christiana totaliter recedit, apostata; si denique subesse renuit Summo Pontifici aut cum membris Ecclesiae ei subiectis communicare recusat, schismaticus est*, define el § 2 del canon 1325 del *Codex Iuris Canonici*), o incluso el que llega a ser excomulgado *vitando*, al cual se debe evitar (*ipsum vitari debere*, dice el canon 2.258; *communione in profanis cum excommunicato vitando fideles vitare debent*, dice el canon 2.267), sigue siendo *subditi Ecclesiae* y estando sujetos a las leyes eclesiásticas. Lo que ocurre es que, por consecuencia de tales hechos, los que los cometen pierden el ejercicio de sus derechos subjetivos; por eso precisa el canon 87 que el bautizado tiene los derechos y deberes de los cristianos *nisi, ad iura quod attinet, obstet obex, ecclesiasticae communionis vinculum impediens, vel lata ab Ecclesia censura* («a no ser que, en lo tocante a los derechos, obste algún óbice que impida el vínculo de la comunión eclesiástica o una censura infligida por la Iglesia»). Así pues, *perenenen* a la Religión Católica todos los bautizados, aun los que luego apostatan.

9. Hay que tener presente, además, que el Derecho canónico ha establecido una forma sustancial para la validez del matrimonio y tiene determinado por una norma especial quiénes están obligados a esta forma (6 bis).

(5) PETRONCELLI: *I soggetti nell'ordinamento canonico*. («Diritto ecclesiastico», 1942, págs. 276 y ss. DEL GIUDICE: *Nozioni di Diritto Canonico* (Milán, 1949), pág. 41.

(6) PETRONCELLI: *Diritto canonico*, citado, pág. 57.

(6 bis) La forma sustancial hace notar D'AVACK que, por ser de derecho humano, podía limitarse, como se limitó, a los católicos, y que por eso para los

Ya sabemos que el artículo 11 del Decreto *Ne Temere*, de 2 de agosto de 1907, establecía que *omnes in Ecclesia catholica baptizatos, etiamsi ab eadem postea defecissent, teneri ad servandam matrimonii formam in Concilio Tridentino definitam* («todos los bautizados en la Iglesia Católica, incluso si después la abandonasen, están obligados a observar la forma del matrimonio definida en el Concilio de Trento»), y este principio es el que ha sido desarrollado en detalle por el canon 1099 del *Codex Iuris Canonici*, que constituye la norma vigente, según el cual están obligados a guardar la forma del matrimonio determinada en dicho Código: 1.º *Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eadem ex haeresi aut schismate conversi, licet sive hi, sive ille ab eadem postea defecerint, quoties inter se matrimonium ineunt* («todos los que han sido bautizados en la Iglesia Católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí») y 2.º *Idem, de quibus supra, si cum acatholicis sive baptizatis sive non baptizatis etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus matrimonium contrahant* («estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos, estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos») (7); por el contrario, y quedando firme lo establecido en el número 1.º, *acatholici, sive baptizati sive non baptizati, si inter se contrahant, nullibi tenentur ad catholicam matrimonii formam servandam* («los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí, en ninguna parte están obligados a observar la forma católica del matrimonio») (8).

Todos los bautizados en la Iglesia católica, o los que algún tiempo han pertenecido a ella, estarán, pues, sujetos a la forma católica del matrimonio cuando quieran casarse (9). El que ha sido

infieles y los cristianos acatólicos es suficiente atenerse a los requisitos de forma previstos por la propia religión o por la autoridad civil. (D'Avack: *Cause di nullità e di divorzio nel Diritto matrimoniale canonico*, I, Firenze, 1952, pág. 43).

(7) Aunque ello no es significativo para nuestro objeto, haremos constar que el *Codex* añade aquí que los de rito oriental, si contraen matrimonio con los de rito latino, están obligados a esta forma.

(8) Al promulgarse el *Codex Iuris Canonici* se contenía además en este canon una excepción al principio general, por la cual los nacidos de acatólicos, aunque hubiesen sido bautizados en la Iglesia católica, si desde la infancia fueron educados en la herejía, cisma o fidelidad, o sin ninguna religión, no estaban obligados a la forma católica cuando contrajesen matrimonio con parte acatólica, pero, atendiendo a los inconvenientes revelados en una práctica de treinta años, fué eliminada esta parte del canon por *Motu proprio* de 1 de agosto de 1948, manteniéndose así puro el principio del Decreto *Ne Temere*.

(9) La Comisión de Intérpretes del Código declaró, en 18 de enero de 1918, que éste había derogado la Constitución *Provida*, de 18 de enero de 1906, que contenía normas especiales para el Imperio alemán, extendidas a Hungría. Las declaraciones y decisiones relativas al canon 1099 pueden verse en REGATILLO: *Interpretatio et Iurisprudentia Codicis Iuris Canonici*. (Santander, 1949), páginas 383-387 y en MANS: *Legislación, jurisprudencia y formularios sobre el ma-*

semel catholicus ya no puede sustraerse a esa obligación. Y ello tanto si pretende contraer con un católico como con uno que no lo sea.

La forma del matrimonio civil sólo podía, por consiguiente, permitirle el legislador de 10 de marzo de 1941, si no quería enfrentarse con las leyes de la Iglesia, en los casos en que ninguno de los dos contrayentes hubiese sido bautizado en la Iglesia católica, ni hubiese estado sometido a ella en algún tiempo de su vida.

10. Ese *no bautismo* o *no conversión*, según los casos, no resultará fácil de probar, por su carácter negativo e indefinido. Es verdad que a la vieja regla *negativa non sunt probanda* ya de antiguo se le admitieron excepciones, en cuya teoría fué, por cierto, especialmente importante la labor de los canonistas (10). No sólo pueden ser probados los *negativa qualitatis* y los *negativa iuris*, sino, dentro de los puros *negativa facti*, aquellos en que hay *negativa coarctata loco et tempore* (cuando el hecho está definido por circunstancias de lugar y tiempo) y, de modo general, los *negativa proegnans* (los que contienen en sí una afirmación). El principio contrario a la prueba de los hechos negativos ha sido mantenido en varias sentencias del Tribunal Supremo, pero el caso es que existen normas en nuestro Derecho vigente que exigen la prueba de negativos, la más característica de las cuales es la que impone al que solicita el beneficio de pobreza la prueba de la falta de bienes (11). En realidad, como se ha hecho notar en la doctrina, los hechos positivos indefinidos tampoco pueden ser probados, y la imposibilidad de la prueba de los negativos de hecho indefinidos no se funda en su carácter negativo, sino en su carácter indefinido (12).

La circunstancia de no haber sido bautizado en la Iglesia católica y la de no haberse convertido a ella en algún momento, como el Bautismo o la conversión pueden haber sucedido en cualquier tiempo y en cualquier lugar, y como no es posible encontrarseles una circunstancia positivamente incompatible hacia la que se pueda desplazar el objeto de la prueba, sólo podrán apoyarse, de ordinario, en presunciones más o menos fuertes (como, por ejemplo, la aversión de los padres de aquella persona hacia la Iglesia Católica, seguida de la continua y activa actuación de él mismo en alguna secta disidente), pero no en una prueba plena.

Esta dificultad sube de punto cuando se exige de dichas circunstancias una prueba documental, como hace, en primer lugar,

matrimonio canónico, II (Barcelona, 1951), págs. 3, 18, 21, 25, 33, 117, 193, 270, 298, 326, 370, 375 y 397.

(10) Ver ENDEMANN: *Civilprozessverfahren nach der kanonistischen Lehre*, en «*Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*», 1891, pág. 253 y SALVIOLI: *Storia della procedura civile e criminale* II (Milán, 1927), pág. 410.

(11) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* II, 2 (Madrid, 1947), pág. 369.

(12) LESONA: *Teoría general de la prueba en Derecho civil*. Trad. de Aguilera de Paz, I (Madrid, 1928), pág. 178.

la Orden de 10 de marzo de 1941. No es verosímil suponer que el redactor de su texto estaba pensando en el documento expedido por un ministro de alguna secta acatólica, que demuestre el bautismo recibido en ella o la adscripción posterior a la misma, ni en un decreto o sentencia de excomunión (13), puesto que con facilidad había de alcanzársele que ello no podía ser suficiente. Tampoco se resuelve el problema probatorio con decir que el documento requerido es uno emanado de la autoridad eclesiástica, declarativo de que el interesado no se encuentra sometido a su jurisdicción (14), pues con ello no se hace sino trasladar la dificultad de la prueba a la que habría de verificarse ante dicha autoridad eclesiástica, para que ésta pudiese expedir tal documento. La prueba documental que la Orden requiere resulta, pues, prácticamente imposible; podría pensarse, a lo más, en unas presunciones documentadas, pero la documentación no daría más fuerza a la debilidad que, según acabamos de señalar, tienen dichas presunciones. La Dirección General de los Registros ha llegado a pensar (Resolución de 28 de junio de 1951) que la Orden de 1941 ha debido de referirse a la notoriedad de pertenecer a familias de confesión acatólica, pero ello no es prueba suficiente de la acatolicidad, según antes hemos indicado, ni menos la prueba documental que requiere dicha Orden (15).

La propia Orden de 10 de marzo de 1941 da un remedio para esta necesidad, al añadir que, en el caso de que dicha prueba documental no sea posible, presentarán los interesados una declaración jurada de *no haber sido bautizados*. Más acorde con el canon 1.099 hubiera sido decir de no haber sido bautizados en la Iglesia católica (pues los bautizados en alguna secta acatólica ya sabemos que no están obligados, según este canon, a la forma católica del matrimonio), ni haberse convertido a ella de la herejía o del cisma (pues los no bautizados en ella ya hemos dicho que, conforme al mismo, pueden quedar obligados a guardar esa forma si han efectuado alguna vez tal conversión).

Dada la extrema dificultad de la prueba documental exigida en primer término, esta declaración jurada supletoria se convierte en el medio ordinario de conseguir la admisión a la forma civil

(13) Esta es precisamente la prueba documental que acepta LÓPEZ ALARCÓN en unas breves notas sobre *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles* (publicadas en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» num. 230, año 1953, págs. 3 a 6).

(14) Así lo hace PERE RALUY: *Concepto de la acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil* (publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 233, año 1953, págs. 3 a 6).

(15) LÓPEZ ALARCÓN: (Loc. cit., pág. 5), cree que un acta notarial de notoriedad de acatolicidad puede producir en el expediente matrimonial los efectos probatorios que se atribuyen a los documentos públicos; PERE RALUY: (Loc. cit., pág. 6), le objeta, con acierto, que tal acta es inadecuada para justificar el hecho negativo en que se basa el concepto exacto de acatolicidad a estos efectos, porque dichas actas tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios y sería temerario afirmar que el hecho de no haber sido bautizada una persona es de tal naturaleza.

del matrimonio, y ha de notarse que ello no es, en realidad, más que el antiguo sistema de la declaración subjetiva de no profesar la Religión Católica, algo más precisado en el contenido de la declaración, y más reformada ésta por el juramento en que se apoya. Sin embargo, en una cosa se ha adelantado bastante: en que la referida Orden de 1941 hace depender de la exactitud de dicha declaración la validez y efectos civiles del matrimonio intentado. Se admite, pues, la prueba en contrario de la misma, la cual, como es de un hecho positivo, resulta perfectamente posible, y como no se indica quiénes pueden aportar esa prueba, la posibilidad para ello queda abierta a todo el que quiera hacerlo, sin necesidad de un interés concreto, sino simplemente por el carácter de orden público que reviste la materia.

Conviene resaltar que, cuando hace depender aquí el legislador la validez del matrimonio civil de la circunstancia de no haber sido *bautizados* los contrayentes, indica con ello que eso es lo que entiende por *no pertenecer* a la religión católica.

11. A partir de este momento, la Dirección General de los Registros ha venido colocando el criterio diferenciador en el hecho del Bautismo, pero limitándolo al *Bautismo en la Iglesia Católica*. En una Resolución de 28 de junio de 1951, ha dicho expresamente, al hablar de la declaración, exigida por la Orden de 1941, de no haber sido bautizados, «que esta última proposición se refiere, indudablemente, aunque no lo dice, a ser bautizados en la Iglesia Católica». Quizá sea esto por acercarse a la fórmula del canon 1099, aunque si, fijándose en el problema de la forma sustancial, atiende sólo a los bautizados en la Iglesia Católica, debería añadir a éstos los convertidos a ella de la herejía o el cisma.

En sus resoluciones de 8 de marzo de 1950, 5 de mayo de 1950 y 7 de julio de 1952, ha afirmado la Dirección el principio general, repetido con las mismas palabras en todas ellas, de que «conforme al artículo 42 del Código civil, interpretado por la Orden de 10 de marzo de 1941, los españoles que hayan sido bautizados en la Religión Católica sólo tienen una forma hábil para contraer matrimonio: el canónico»; y en la Resolución de 17 de abril de 1950 se adentró en el problema de la prueba, diciendo que «el artículo 42 del Código civil, al reconocer las dos formas, canónica y civil, de celebración del matrimonio, sienta una norma de carácter interpersonal, cuyo cumplimiento exige que para la aplicación de la forma civil se justifique la condición de católicos de los contrayentes, debiendo entenderse por tales, en consonancia con el artículo 75 del Código civil, que acoge plenamente el Derecho matrimonial de la Iglesia, los que no hubieran sido bautizados en la Iglesia Católica, probándose, de conformidad con la Orden de 10 de marzo de 1941, documentalmente tal circunstancia, o en otro caso mediante declaración jurada». La Resolución de 28 de junio de 1951 apunta, como ya hemos dicho, que «al hablar de prueba documental dicha Orden ha debido de referirse a la notoriedad de pertenecer a familias de

confesión acatólica y en tal supuesto debe estarse al juicio del encargado del Registro», pero esto, que no es nada convincente, como también hemos ya notado, no ha sido sostenido mas que esa vez, sin que pueda considerarse que constituye una doctrina firme de la Dirección. En las resoluciones de 5 de mayo de 1950 y 7 de julio de 1952 se entra además en el problema de la competencia para las dispensas, razonando en ambas que la dispensa de impedimentos «corresponde, cuando se trata de españoles bautizados, a las autoridades de la Iglesia, cuya dispensa debe ser considerada como suficiente por las autoridades extranjeras, ya que, si la ley extranjera se refiere a la dispensa hecha por la autoridad competente en España, hay que entender que la autoridad competente según las leyes españolas y para el supuesto de personas bautizadas son las autoridades de la Iglesia Católica, radiquen éstas en España o en el exterior».

12. Ni los términos del artículo 42 del Código civil, ni la Orden complementaria de 10 de marzo de 1941 tienen, como hemos visto, las condiciones que son de desear para fijar de modo adecuado, estable y conforme al Derecho canónico, la línea divisoria entre la necesidad que reconocen del matrimonio canónico y la posibilidad que conceden del matrimonio civil (16).

El artículo 42 del Código civil habla de dos formas de matrimonio, nombra expresamente los que deben contraer el matrimonio canónico, dejando sin mencionar a los que pueden celebrar el civil, y pone el criterio diferenciador en el hecho de *profesar* la Religión Católica; lo inadecuado de la formulación de este precepto ha sido reconocido en el preámbulo de la Orden de 10 de marzo de 1941, que habla de «la defectuosa redacción de dicho artículo», junto con «la también desacertada de otras disposiciones correlativas del mismo título IV, libro I, del Código civil». Sus defectos se ponen especialmente de relieve si se compara su texto, vago e impreciso, con el que dentro del Ordenamiento canónico cumple una función semejante, el del canon 1099 del *Codex Iuris Canonici*, tan concreto, ajustado y preciso.

La Orden de 10 de marzo de 1941 usa los términos *pertenecer* a la Religión Católica, *acatolicidad* y *no haber sido bautizado*, y tiene el inconveniente de que la determinación de punto tan importante como es la posibilidad del matrimonio civil esté en una

(16) Una muestra de que el texto de la O. de 10 de marzo de 1941 no tiene la claridad necesaria ni ha servido para cortar las interpretaciones descaminadas en la aplicación del principio general que se quiere mantener en ella, son las desacertadas conclusiones que ha formulado el señor LÓPEZ ALARCÓN (considera acatólicos, a los efectos de su admisión al matrimonio civil, a los excomulgados por sentencia o decreto y a todos los bautizados afiliados luego a sectas disidentes), las cuales dieron lugar al comentario que, con sano criterio y adecuado conocimiento del Derecho canónico, hubo de dirigir contra ellas en el propio «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», donde habian sido publicadas, el señor PERE RALUY. Uno y otro en los lugares antes citados.

simple Orden ministerial, fácilmente mudable; pues el artículo 42 del Código civil ya hemos visto que ha servido, según los momentos, con una elasticidad que revela su falta de precisión, para amparar un matrimonio civil *subsidiario absoluto*, un matrimonio civil *subsidiario relativo* y hasta un matrimonio civil *facultativo* (17). Sólo por un cambio de opinión en el Ministro del ramo puede, pues, cambiar, y de hecho ha venido cambiando así, el criterio en esta materia de tanta trascendencia, que bien merece la firmeza de una norma de rango legal, y aun de naturaleza concordataria.

La necesidad de una revisión de las normas del Código civil reguladoras de la materia se ha venido sintiendo y afirmando desde que, como fruto de la conciencia católica del Estado, se tiene especial empeño en que su legislación esté en perfecto acuerdo con la de la Iglesia. En la exposición de la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la del Matrimonio civil, se dice que de nuevo los preceptos del Código civil regularán la materia matrimonial «mientras el Estado español no determine la adopción de normas que lo modifiquen», y, en efecto, al declarar dicha Ley en vigor el título IV del libro I del referido Código y las normas complementarias del mismo que estaban vigentes al publicarse la Ley del Matrimonio civil de 1932, los declara vigentes «hasta tanto se dicten nuevas normas»; y más tarde, en el preámbulo de la tantas veces citada Orden de 10 de marzo de 1941 se afirma que los defectos del artículo 42 del Código civil y de otras varias disposiciones del dicho título IV del libro I del Código «exigen una revisión meditada de aquellos artículos».

13. En esta revisión, cuando se lleve a cabo, deberá ser modificada la fórmula del dicho artículo 42. El verbo *profesar* no es el adecuado para designar la relación entre el católico y la Iglesia, a efectos de considerarle obligado al matrimonio canónico. El Diccionario de la Real Academia le atribuye el significado de «ejercer una cosa con inclinación voluntaria y continuación de ella; creer, confesar», por lo cual, a los que han caído en apostasía, herejía o cisma no puede aplicárseles; siendo así que éstos también tienen, como sabemos, esa obligación.

(17) La doctrina llama matrimonio civil *obligatorio o necesario* al de aquellos países en los cuales sólo producen efectos civiles los matrimonios celebrados ante un funcionario del Estado y conforme a la regulación contenida en las leyes de éste; matrimonio civil *facultativo o libre*, al de aquellas legislaciones civiles en las que se conceden efectos, sin distinción, tanto al matrimonio canónico como al civil, o al de cualquier culto reconocido, de manera que puedan contraer el civil, a voluntad, los que lo deseen, sin que se tenga en cuenta para ello si son o no súbditos de la Iglesia; matrimonio civil *subsidiario relativo*, al que se concede para aquellos súbditos del Estado que no profesan una religión cuyos ministros puedan autorizar su unión, y matrimonio civil *subsidiario absoluto*, al que se otorga para aquellos que no pueden contraer el religioso porque se lo hace imposible la existencia de un impedimento no reconocido por la ley del Estado.

A propósito de los inconvenientes que presenta este término no es inoportuno recordar que fué el empleado en el Concordato con Colombia, de 1888, en cuyo artículo 17 se dice que «el matrimonio que deberán celebrar todos los que profesen la Religión Católica» producirá efectos civiles sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento; que por Ley de 5 de diciembre de 1924, a la que se llegó mediante acuerdo con la Santa Sede, se aclaró que no es aplicable esa disposición del Concordato «cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la Religión Católica», salvo si están ligados por órdenes sagradas o votos solemnes (18), y que recientemente se ha señalado que ello ha dado lugar a imposición de penas canónicas, porque así se revelan apostasías de la fe, a las cuales ha de aplicarse la excomunión del canon 2314, y a complicaciones y dificultades en la práctica, por la divergencia entre la legislación civil y la canónica respecto de los matrimonios civiles de los que hacen esa declaración, pues son válidos para aquélla y nulos para ésta, conforme al canon 1099 (19).

Más claro es el verbo *pertenecer*, pero resulta poco propio desde un punto de vista técnico.

Incluso emplear, sin más explicaciones, el término *acatólicos* (20) pudiera no ser a propósito para dejar fuera toda posibilidad de confusión. A esta palabra, que se encuentra varias veces en el *Codex Iuris Canonici*, se le ha dado en ocasiones distinto alcance; la misma Comisión de Intérpretes del Código declaró, en 17 de febrero de 1930, a propósito de la última parte del canon 1099, hoy suprimida, que debía entenderse que las palabras *ab acatholicis nati* comprendían también a los hijos de los apóstatas.

Desde luego, no puede bastar con la simple declaración de los

(18) La declaración de que se han separado formalmente de la Iglesia, hecha por los que van a casarse, dispone la dicha Ley colombiana que se comunique al Ordinario, sin que pueda celebrarse el matrimonio civil hasta pasado un mes de esta comunicación. En la Circular que la Nunciatura Apostólica en Colombia dirigió, por encargo del Secretario de Estado de la Santa Sede, a los Ordinarios de dicha nación con motivo de la nueva Ley, en fecha 13 de diciembre de 1924, en la cual expresamente se proclama la nulidad de esos matrimonios civiles y se expone la norma del canon 1099, se ordena que cuando el Ordinario haya recibido la noticia de la referida declaración de los contrayentes de haber abandonado la fe católica, procurará inducir a éstos a una más prudente determinación, haciéndoles ver la gravedad de las consecuencias a que se exponen y, si persisten en su propósito, aplicará el canon 2314, declarándoles incurso *ipso facto* en excomunión *speciali modo reservata Sactae Sedi*.

(19) RESTREPO URIBE: *Matrimonio civil de los apóstatas de la Fe católica*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana», 11, núm. 8, 1952, págs. 357 a 374.

(20) El concepto de acatólico a efectos de la exigencia de la forma católica del matrimonio es el que precisó CHELODI: (*Ius canonicum de matrimonio et de iudiciis matrimonialibus*, 5.^a edic., Vicenza, 1947, pág. 172): *qui nullo momento vitae suae, neque per Baptismum neque per conversionem Ecclesiae pertinerit*.

interesados de haber dejado de profesar la fe católica, pues ello sería, por parte del Estado, proteger la apostasía; ni aun con la más precisa, de que no son súbditos de la Iglesia, pues si la declaración sola sirviera para permitir el matrimonio civil, sería tanto como establecer éste con carácter de facultativo o libre.

14. La fórmula mejor será, sin duda, una remisión al Derecho canónico, declarando el Derecho del Estado que sólo podrán utilizar la forma civil aquellos que, cuando quieran casarse, no están obligados por el Derecho de la Iglesia a observar la forma canónica del matrimonio, haciéndose de tal modo una *referencia recepticia* a la norma canónica (la que esté vigente en cada momento) que determina los sujetos obligados a la forma eclesiástica, cuyo cumplimiento viene a quedar así exigido también por el Derecho civil, mediante esa recepción. El juicio de la Iglesia será, por consiguiente, el competente para determinar en cada caso si los contrayentes pueden, con arreglo a su legislación, usar válidamente la forma civil.

Pero ha de tenerse muy en cuenta en la legislación del Estado que vaya a ocuparse del matrimonio, que los bautizados que en ningún momento han sido católicos (bautizados fuera de la Iglesia y que nunca se convirtieron a ella), aunque no están obligados a la forma canónica de celebración del matrimonio, sí lo están a lo que el Derecho de la Iglesia establece en cuanto a los otros aspectos de la materia matrimonial (21); pues no hay que olvidar que entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que, por el mismo hecho, no sea sacramento (lo dice el § 2 del canon 1.012: *inter baptizados nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo p̄so sacramentum*) y que, por consiguiente, el matrimonio de los bautizados se rige, no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio (son también palabras del *Codex Iuris Canonici*, canon 1.016: *baptizatorum matrimonium regitur iure non solum divino, sed etiam canonico, salva competentia civilis potestatis circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus*).

15. El Concordato hubiera sido el lugar especialmente adecuado para dejar fijado de una vez el criterio determinante de la admisión al matrimonio civil (22), de acuerdo con la Iglesia y con las mayores garantías de permanencia e inatacabilidad, al res-

(21) Así están sujetos a los impedimentos, excepto al de disparidad de cultos, y esto por disposición expresa del canon 1070, como ha declarado la Rota Romana en sentencia de 25 de mayo de 1935.

(22) En el número que *Ecclesia* dedicó al Concordato, al poco de su ratificación, en el comentario dedicado a lo relativo al matrimonio, ya advirtió el P. REGATILLO la falta de una declaración explícita del mismo en este punto. (REGATILLO: *El matrimonio canónico en el registro del Estado*. «Ecclesia», número del 31 de octubre de 1953, págs. 36 a 38.)

guardo de los cambios de opinión de las autoridades administrativas. En su texto habría tenido perfecto encaje la adecuación entre la legislación civil y la canónica en esta materia, en la cual es muy necesario tener bien trazada una nítida línea que sea la divisoria entre las dos competencias.

La idea está, en realidad, implícita en el mismo. Si el Estado español «reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico» (art. 23), es natural que se los niegue al que se celebró *contra* dichas normas; si la legislación española ha de ser puesta *en armonía* con el Derecho canónico en materia de «reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas» (apartado C del Protocolo final, en relación con dicho art. 23), con más razón debiera hacerlo en lo que se refiere al matrimonio entre católicos; si «en la reglamentación jurídica del matrimonio entre los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la Ley natural» (apartado D del mismo Protocolo final), es lógico que en lo que se refiere al matrimonio entre bautizados no se disponga nada en contra de la Ley de la Iglesia.

La norma de distribución de competencia en materia matrimonial que han tenido en su pensamiento los autores del Concordato puede descubrirse sin dificultad, puesto que aparece reflejada en esa parte del Protocolo final que corresponde al artículo 23. En ella se habla de «reconocimiento por el Estado de los efectos civiles del matrimonio canónico» (apartado A), de «reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas» (apartado C) y de «reglamentación jurídica» por el Estado «del matrimonio para los no bautizados» (apartado D). En los dos primeros casos el Estado reconoce un matrimonio que pertenece a otra esfera jurídica; en el tercero regula por sí mismo una unión que corresponde a su círculo de atribuciones. Pues bien, los que pueden utilizar esta unión civil, los que no se considera que constituyen esas *personas católicas* de los otros dos apartados, son *los no bautizados*. De donde se desprende que el matrimonio civil, según la intención que revela el Concordato, sólo puede ser contraído por los no bautizados.

Conviene también parar mientes en el hecho de que el supuesto del apartado A corresponde al número 1 del § 1 del canon 1.099, el del apartado C al del número 2 de ese mismo parágrafo y el del apartado D al del § 2 de dicho canon. El texto canónico menciona a bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella, y el concordatario a bautizados, sin distinción; pero no se olvide que el canon 1099 se refiere sólo a la forma de celebración del matrimonio y el Protocolo a la reglamentación completa del mismo.

16. El criterio oficial del Estado español en esta materia ha sido explícitamente manifestado en el mensaje que Su Excelencia el Jefe del Estado envió a las Cortes cuando remitió a éstas el

texto del Concordato, para su aprobación, anterior a la ratificación del convenio. De dicho mensaje son estas palabras: «Corresponde a la potestad de la Iglesia dictar leyes y juzgar en las causas referentes al matrimonio de los bautizados, en orden al vínculo, a la separación y demás cuestiones relativas a la sustantividad sacramental; como es de la competencia del Estado la regulación de aquellas situaciones que afectan al aspecto civil del matrimonio. Sobre estos principios regula el Concordato las respectivas y coincidentes posiciones de ambas potestades respecto a esta trascendental institución» (23). El matrimonio canónico es, pues, el de los *bautizados*, y la consecuencia lógica que se desprende de ello es que a éstos no deberá concedérseles el matrimonio civil.

En el propio Concordato se ha comprometido el Estado español a promulgar, en el plazo de un año, las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para su ejecución (art. 36). Es una ocasión especialmente propicia para que, al revisar con tal objeto la legislación civil, se deje afirmado en una ley, con todo detalle y concreción, sustituyendo a los preceptos del artículo 42 del Código civil y de la Orden de 10 de marzo de 1941, y de conformidad con el espíritu del Concordato, con el Derecho canónico, con el criterio oficial del Estado y con nuestra tradición jurídica, el principio de que no podrán contraer matrimonio civil aquellos que, cuando quieran casarse, están obligados por el Derecho de la Iglesia a celebrar matrimonio canónico.

(23) Texto publicado en «Ecclesia», número del 31 de octubre de 1953, segunda columna de la página 57.

¿Puede disolverse el matrimonio canónico?

ELOY MONTERO GUTIERREZ
Catedrático de Derecho Canónico en la Universidad
de Madrid

La Iglesia ha admitido siempre la teoría de que el matrimonio goza de dos propiedades esenciales: la unidad y la indisolubilidad.

En los tiempos medios, la Escuela de Bolonia, siguiendo la teoría de Hincmerio, arzobispo de Reims, muerto en el año 882, se inclinó a la teoría de que el matrimonio se iniciaba solamente por el consentimiento matrimonial, pero que era perfectamente disoluble antes de ser consumado admitiendo varias causas de disolución del mismo, entre ellas, el voto, la afinidad sobrevenida, el cautiverio, el parentesco espiritual y hasta el matrimonio consumado subsiguiente.

Según la Escuela de Bolonia, el matrimonio se perfeccionaba por la cópula carnal que daba al matrimonio la razón de sacramento y su carácter de indisoluble, significando de modo perfecto la unión de Cristo con su Iglesia.

En esta Escuela militó el célebre Graciano que la expuso en su Decreto con algunas restricciones (1).

No tardó en reaccionar contra esta Escuela, la llamada Escuela de París, que defendió tenazmente que el matrimonio cristiano, no sólo se iniciaba, sino que se perfeccionaba también con el mero consentimiento, siendo desde entonces un sacramento indisoluble.

Así piensa, entre otros, Pedro Lombardo, Maestro de las Sentencias.

En el siglo XII el gran canonista Rolando Bandinelli se adhirió a la *copullatheoria* con la Escuela de Bolonia donde explicaba cánones; pero una vez que subió al Pontificado con el nombre de Alejandro III estableció una doctrina intermedia entre las dos célebres Escuelas, reconociendo en el matrimonio rato no consumado por cópula carnal un verdadero sacramento y en esto coincidía con la Escuela de París, pero negando en su indisolubilidad absoluta, en lo cual se adhería a la Escuela de Bolonia.

Así, pues, Alejandro III decretó en contra de la Escuela de Bolonia que el matrimonio rato no se podía disolver por el matrimonio subsiguiente consumado y en contra de la Escuela de Pa-

(1) *Decreto de Graciano*, q. 2.^a, C. XXVII.

ris, que el matrimonio rato no consumado podía ser disuelto por la causa del voto o afinidad sobrevenida, al menos pública (2).

A partir de aquella época la Iglesia no ha dudado de que puede ser disuelto el matrimonio rato no consumado de cristianos, y así lo hicieron de hecho Alejandro III e Inocencio III.

Más tarde, en el siglo xv, usaron de ese poder los Papas Martín V y Eugenio IV y así fué prevaleciendo en todo el mundo la disciplina canónica, según la cual el Pontífice tiene facultad para disolver el matrimonio rato no consumado en virtud de la profesión religiosa solemne en religión formal aprobada por la Iglesia y en casos particulares por multitud de causas.

Es bien sabido que el gran Pontífice Benedicto XIV estableció el *modus procedendi* en estas causas de matrimonio rato en su Constitución «*Dei miseratione*» que lleva la fecha de 3 de noviembre de 1741.

Hoy están vigentes las disposiciones del Código y las Reglas de la Congregación de Sacramentos promulgadas en su Decreto «*Catholica Doctrina*» de 7 de mayo de 1923.

El canon 1.119 del Código, dice así: «El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y una no bautizada se disuelve, ya *ipso jure* por la profesión religiosa solemne, ya por dispensa concedida por la Sede Apostólica mediante justa causa, bien a petición de los dos cónyuges, o bien a petición de uno de ellos, aun contra de la voluntad del otro.»

De lo que se desprende que el Pontífice puede disolver el matrimonio de dos católicos y también el de dos bautizados aunque sean acatólicos, v. gr., protestantes o cismáticos.

Asimismo tiene facultad el Pontífice para disolver el matrimonio no consumado entre una parte bautizada y otra no bautizada.

También se extiende el poder del Papa al matrimonio *legítimo no consumado*, o sea, el contraído por no bautizados siempre que cuando se disuelva se bautizase una de ambas partes, entrando de este modo en la jurisdicción de la Iglesia.

Es también digno de notarse que el Papa puede disolver el matrimonio contraído y consumado válidamente en la infidelidad, pero que permaneció inconsumado después de la conversión de ambos cónyuges; y esto porque aquel matrimonio se transformó en verdadero sacramento por el bautismo en los dos y siendo sacramento, es tan sólo un matrimonio rato, hasta que se consuma nuevamente.

El procedimiento a seguir está establecido en la Instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 7 de mayo de 1923, en cuyo preámbulo se dice que estas causas, que son promovidas por la benigna concesión de la Santa Sede accediendo a las peticiones del *orador* y no en virtud de acción contenciosa o criminal, no son estrictamente judiciales, sino más bien bien graciosas o admi-

(2) Cap. § 3, X-IV-4.

nistrativas, aunque hay que proceder en ellas con la mayor escrupulosidad para descubrir la verdad; de tal modo que, si aconteciese que no apareciese la verdad en el proceso, o por culpa del Tribunal o por engaño o desidia de los recurrentes o de los testigos, en el sentido de aparecer como rato el matrimonio, que en realidad había sido consumado, sería completamente nula la dispensa pontificia, por lo mismo que carecía de fundamento; y esto debe advertirlo el juez de modo solemne a cuantos intervengan en la causa, y, sobre todo, en el momento de prestar juramento previo las partes, los testigos y los peritos.

En las Reglas susodichas se establece que solo la Sagrada Congregación de Disciplina de Sacramentos es la competente para conocer de los hechos de la inconsumación del matrimonio y de la existencia de la causa para conceder la dispensa; que sin la autorización de la Santa Sede, ningún juez inferior puede instruir procesos en estas causas; y que en el caso de que un juez competente hubiese tramitado, por autoridad propia, un juicio de nulidad de matrimonio por la causa de impotencia y hubiese resultado probada no la impotencia, sino la inconsumación, transmitirá a la Sagrada Congregación todas las actuaciones juntamente con las preces de uno o de ambos cónyuges, pudiendo la Congregación valerse de aquéllas para sentencia *super rato et non consummato*.

Si las pruebas de la inconsumación que aparecieron en la causa no fueron suficientes, deben completarse antes, y en fin, si al tramitar en primera o segunda instancia una causa de nulidad de matrimonio por otro motivo, v. gr., por defecto de consentimiento, por fuerza y miedo, etc., no pudiese probarse la nulidad, pero hubiera surgido incidentalmente alguna duda muy probable sobre la inconsumación, podrán ambas partes, o una de ellas, elevar al Santo Padre la petición de la dispensa del matrimonio rato y no consumado; y en este caso se concede, por el derecho, al juez, facultad o delegación para instruir la causa, según las Reglas de la sagrada Congregación y sin necesidad de remitir a esta última las preces para obtener la concesión acostumbrada de facultades.

Tan sólo los cónyuges tienen derecho a pedir la dispensa de su matrimonio rato y no consumado. El *supplex libellus*, que ha de ir siempre dirigido al Romano Pontífice y que debe ser remitida a la Congregación de Sacramentos, ha de contener una exposición detallada de todo el hecho y de las causas que se alegan para obtener la dispensa.

Aunque no es necesario, conviene, sin embargo, que sea el Ordinario propio el que remita a la Santa Sede el *supplex libellus* acompañando su informe.

La Santa Sede concede después autorización a un Ordinario determinado para constituir un Tribunal instructor que ha de investigar sobre el hecho de la inconsumación del matrimonio y sobre la existencia de las causas alegadas.

Las causas de la inconsumación suelen ser la falta de verdade-

ro consentimiento en el matrimonio, la fuerza y el miedo, el odio, la aversión entre los esposos, nacidos desde el primer momento de la vida conyugal y la impotencia absoluta o relativa.

Las causas de dispensa que son necesarias para que el Papa pueda disolver válidamente el matrimonio rato no consumado, ya que obra en virtud de su potestad vicaria, son muy varias; por vía de ejemplo enumeramos las siguientes: prueba semiplena del defecto de consentimiento o de algún impedimento dirimente; impotencia dudosa, o dudosamente antecedente o dudosa y difícilmente curable; impotencia u otra clase de enfermedad sobrevenida; aversión de los cónyuges, sin esperanza de reconciliación; dilación voluntaria y demasiado prolongada de la consumación del matrimonio por culpa de uno de ambos cónyuges; peligro de perversión por ser una de las partes infiel o hereje; divorcio civil, obtenido por un cónyuge, sobre todo si le sigue el matrimonio civil, etc.

En estas causas se admiten varias clases de pruebas, pero principalmente las siguientes: la confesión jurada de ambos cónyuges; los testigos llamados *septimae manus* de ambas partes; los inducidos de oficio o a instancia de los cónyuges que conozcan tal vez intimidades matrimoniales; la inspección corporal hecha en debida forma por peritos; los documentos auténticos de todas clases, incluso cartas, fotografías, etc., y las actuaciones de los Tribunales civiles pertinentes, y, finalmente, los indicios y las presunciones.

El argumento principal, sin duda alguna, es el proveniente del reconocimiento corporal de ambos cónyuges, siendo siempre preciso el de la mujer, a no ser que sea totalmente inútil, v. gr., cuando consta con certeza que ha sido desflorada o cuando no pudo consumarse el matrimonio por falta de tiempo y de lugar.

Se llaman testigos *septimae manus* los siete testigos que deben presentar los cónyuges y que han de ser consanguíneos, afines o vecinos de buena fama, que puedan asegurar con juramento la probidad de los cónyuges, y, sobre todo, su veracidad en el asunto que es objeto del litigio; y se llaman así porque han de ser en número de siete por una y otra parte; si no pudiese algún cónyuge presentarlos en número de siete, bastará un número menor, pero expresando en los autos la razón de no presentar siete.

El testimonio de los testigos *septimae manus* es un argumento de credibilidad que corrobora las declaraciones de los cónyuges; pero no tiene fuerza de plena prueba si no se apoya en otros argumentos o adminículos. Claro es que merecerán tanta mayor credibilidad cuando sean más importantes los documentos o pruebas de su probidad. Estos testigos han de ser considerados como testigos de ciencia, teniendo entonces un gran valor, cuando deponen o declaran haber aprendido de los cónyuges o de los parientes más próximos, que el matrimonio ha permanecido inconsumado.

Digamos algo de la prueba instrumental.

Hay dos clases de instrumentos, unos *públicos* y otros *privados*. En esta clase de procesos el instrumento público principal es el certificado de haberse celebrado el matrimonio, que debe ser expedido por el párroco correspondiente. A este instrumento han de añadirse las actas y las sentencias del Tribunal Civil, si se hubiese agitado en este último alguna causa relativa al matrimonio de que se trata.

Entre los documentos privados se incluyen las cartas cruzadas entre las partes o entre éstas y otras personas y las atestaciones hechas por uno u otro cónyuge.

Ningún documento hace fe, si no consta que es auténtico y genuino. Los documentos privados v. gr., una carta, prueban en favor o en contra de su autor, lo mismo que su confesión extrajudicial, y su valor dependerá de las circunstancias, pero sobre todo del tiempo en que hubiesen sido escritos.

· Dos palabras sobre los *indicios y presunciones*.

El matrimonio no se presume nunca que haya permanecido inconsumado, por lo que debe investigarse con todo cuidado la causa de la inconsumación. El hecho de la cohabitación de los cónyuges constituye ya una *presunción juris* de haber sido consumado el matrimonio.

Los indicios y las presunciones tienen entre sí la relación de causa a efecto. El indicio es una señal de una cosa incierta, dudosa o desconocida, mientras que la presunción es un juicio que se forma por indicios, como signo de una cosa cierta. Así, pues, la conclusión deducida de los indicios ha de tener probabilidad, aunque hay ocasiones en que tan necesariamente sale del hecho la conclusión, que es completamente cierta la cosa unida con aquél. Tanto los indicios como las presunciones pueden ser leves, graves o gravísimos, según su mayor o menor relación con la causa de la inconsumación.

La prueba de «indicios o presunciones» está formada principalmente por el modo externo de vivir y por las circunstancias, en cuya virtud se puede argumentar, intentando demostrar que el matrimonio ha permanecido inconsumado.

Tanto los hechos como las circunstancias que indican algunas de las causas de la inconsumación, constituyen cierta presunción en favor de aquélla.

Tanto el juez como el defensor del vínculo tienen la obligación de deducir por medio de preguntas oportunas, la causa a que debe ser atribuida la inconsumación. En esto han de proceder con el mayor interés, porque es cosa de gravísima importancia, ya que los hechos y las circunstancias que indican una u otra de las causas, contribuyen a corroborar las pruebas practicadas por otra parte.

Tan sólo puede ser declarado concluso el proceso cuando el

defensor del vínculo declare que no tiene más que inquirir ni que alegar.

Una vez concluso el proceso, el juez no podrá publicarlo ni mucho menos dar sentencia sobre la inconsumación ni sobre las causas de dispensa.

Esto, no obstante, dice la Instrucción, que si las partes o cuando menos una de éstas pidiese después de la conclusión del proceso, que se le remitiesen los nombres de los testigos, o sus respuestas o algún documento alegando para ello causa grave, el juez, oído el defensor del vínculo y la parte a quien le interese, podrá acceder a aquella petición, si a ella hubiese lugar, pero siempre dentro de los límites de la necesidad demostrada y teniendo gran cuidado para excluir todo peligro de colusión y de corrupción o soborno; y, en todo caso, se hará constar expresamente en los autos la publicación del proceso o de alguna parte del mismo.

Ya concluso el proceso, se entregará todo lo actuado al defensor del vínculo, el cual hará todas las observaciones que estime oportunas, diciendo sobre todo si a su juicio se han guardado o no en la tramitación de la causa todas las reglas observadas por la Sagrada Congregación. Después se remitirán a la Sagrada Congregación de Sacramentos todas las actuaciones, juntamente con el voto del Obispo, o sede vacante del vicario capitular, o del administrador apostólico o de cualquier otro que hiciese legalmente las veces del Obispo y también con el voto del defensor del vínculo.

Con esto ha terminado la acción del juez instructor y es la Sagrada Congregación la que después tiene la palabra.

El caso es estudiado por ella, por sus consultores y por sus Cardenales con la mayor escrupulosidad, pero la dispensa del matrimonio rato y no consumado tiene que ser concedida directa y positivamente por el Papa mediante un rescripto en forma graciosa, que firma el Cardenal Prefecto de la Sagrada Congregación de la disciplina de Sacramentos o por otro Cardenal que haga sus veces, y por el Secretario o Subsecretario de la misma.

Es de advertir que ese rescripto surte efectos desde el momento en que el Papa concede la dispensa, siempre que en aquel momento fuesen verdaderas las preces en lo referente a la inconsumación del matrimonio y a las causas de la dispensa. Porque si faltase una u otra cosa, o la verdad de la inconsumación del matrimonio o la verdad de las causas alegadas, el rescripto carecería de valor y no aprovecharía a quien lo hubiese impetrado, por adolecer de vicio de *obrepción* o de *subrepción*.

Es conveniente saber que en ese rescripto de dispensa *super rato* va envuelta, aunque no se diga expresamente, la dispensa del impedimento de crimen proveniente de adulterio con promesa o atentación de matrimonio.

La sentencia de la Sagrada Rota Romana de 20 de marzo de 1926 enumera muchas causas para impetrar la dispensa: la impo-

tencia o enfermedad grave posterior a la celebración del matrimonio que impide el uso del mismo; el odio implacable entre los cónyuges; un segundo matrimonio atentado por uno de los cónyuges con tercera persona y también la probable impotencia antecedente que, no habiendo sido demostrada plenamente, es insuficiente para dirimir el matrimonio.

Según la sentencia del mismo alto Tribunal de 15 de enero de 1923, para demostrar la inconsumación hay un doble camino: o el hecho mismo se demuestra por la inspección corporal de ambos cónyuges o de uno de ellos, o por la confesión jurada de los mismos y por el testimonio *septimae manus* y por otros adminículos, o con auxilio de las declaraciones de testigos, o de documentos de los cuales aparezca ciertamente que los cónyuges nunca cohabitaron simultáneamente, ni estuvieron solos de tal suerte, que les faltase por completo oportunidad para consumir el matrimonio.

Coincidiendo con esto la misma Sagrada Rota Romana en su sentencia de 15 de octubre de 1928, dice que para la dispensa *super rato* se requiere justa causa y prueba plena de la inconsumación, la cual se obtiene por tres caminos o procedimientos: 1.º Por el argumento físico mediante el reconocimiento corporal; 2.º Por la llamada *coartada*, es decir, excluyendo cualquier posibilidad ofrecida a los cónyuges para consumir el matrimonio; 3.º Por argumento moral, es decir, por aseveración jurada de ambos cónyuges y avalada por el testimonio *septimae manus* por una y otra parte, y también por las declaraciones de los testigos presentados y por adminículos deducidos de diferentes circunstancias.

Claro es que el argumento moral no puede alegarse en aquella causa en que existiera discrepancia entre los cónyuges acerca de la inconsumación, sobre todo, cuando la *oratrix* no merece ninguna fe; así lo reconoce la Sagrada Rota Romana en su sentencia de 11 de agosto de 1931.

En esta clase de causas tiene mucha fuerza la confesión concorde de ambos cónyuges. Porque la inconsumación del matrimonio es de tal naturaleza que, ante todo y sobre todo, aparece necesariamente a los cónyuges y mediante éstos y por éstos a los extraños.

Así lo declara la misma Sagrada Rota Romana en su sentencia de 16 de julio de 1930.

Es también digno de notarse la Instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos que lleva la fecha de 27 de marzo de 1929 y que va encaminada a evitar la suplantación dolosa de las personas que intervengan en los procesos *super rato et non consumato*, sobre todo en las grandes ciudades. Por esto manda que el Tribunal identifique siempre a la persona, ya exigiendo un documento de identidad expedido por la autoridad eclesiástica o civil, o ya mediante testigos o de cualquier otro modo.

Tan sólo en el caso de que algún miembro del Tribunal cono-

ca personalmente a la persona, se prescindirá de la identificación, pero haciéndolo constar siempre en las actuaciones.

Cuando comparezca para declarar el perito que haya reconocido a alguna de las partes o a las dos, se presentarán éstas también, para que aquél certifique de que son las mismas personas que él inspeccionó.

Puede ocurrir que, a pesar de todo, haya habido sustitución dolosa de alguna persona y entonces se distinguirán tres casos: que el engaño se descubra mientras se instruye el proceso; que sea descubierto después de concluso el proceso, pero antes de remitirlo a Roma, y, finalmente, que se descubra después de haberse remitido a Roma las actuaciones.

En el primer caso, el juez ha de inquirir con toda diligencia si alguna de las partes procuró la sustitución dolosa; si la hubiese procurado la oratrix y no se opusiese la otra parte, el juez, oído el defensor del vínculo, decretará caducado el derecho de aquélla a seguir su instancia conservando el decreto entre las actuaciones. Si la otra parte se opusiera, el juez, consultando antes al defensor del vínculo, decretará si debe o no continuarse el proceso.

Si la sustitución dolosa de una persona hubiera sido hecha, no por la oratrix, sino por la otra parte, el juez después de oír al defensor del vínculo, decretará lo preciso para extinguir totalmente los efectos del dolo y para restablecer la verdad. Si las dos partes hubiesen procurado el engaño, el juez declarará y decretará que no puede seguirse adelante en el proceso, declarándolo concluso.

Cuando la sustitución dolosa hubiese sido obra, no de las partes, sino de otra tercera persona, el juez, aconsejado del defensor del vínculo, acordará lo preciso para evitar los efectos del fraude, a fin de que la verdad no sufra detrimento alguno.

En el segundo caso, o sea, cuando se descubriese la sustitución dolosa, ya concluido el proceso, pero antes de enviarlo a Roma, el Ordinario, oyendo al juez y al defensor del vínculo, decretará si la sustitución dolosa ha destituido o no de eficacia a todo el proceso o a parte del mismo, y si conviene hacer algún suplemento de actuaciones.

En fin, en el caso tercero, es decir, cuando el engaño hubiese sido descubierto después de enviar a Roma el proceso, el Ordinario, oídos el juez y el defensor del vínculo, acudirá inmediatamente a la Sagrada Congregación, haciendo las observaciones oportunas, y relatando las circunstancias del hecho, así como también la causa presunta y la ocasión del fraude.

Creemos haber dado a nuestros lectores una idea bastante exacta y clara del procedimiento a seguir en las causas de dispensa *super rato*.

La Ley sobre fincas manifiestamente mejorables

ALEJO LEAL
Registrador de la Propiedad

El Estado español retiene para sí, por considerarla función propia, la dirección de la economía nacional, y, por ende, la del sector económico agrario, dejando por regla general en manos de los particulares, es decir, de las empresas privadas, la realización del proceso económico, fundamentado en el principio de la propiedad privada, la cual constituye una de las instituciones básicas de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Sin embargo, y aparte los casos de participación directa del Estado en las realizaciones de la vida económica, que deben reputarse excepcionales por tesis, éste interviene mediante normas jurídicas en el proceso de la producción, de suerte que las innumerables unidades económicas productivas o empresas existentes están condicionadas no sólo por factores del orden económico, sino también por los de orden jurídico.

Una nueva muestra de esta intervención es la ley «sobre fincas manifiestamente mejorables» de 3 de diciembre de 1953 con la que una vez más se puede decir que el Estado «acude al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a su política», según expresó el preámbulo del Fuero del Trabajo.

Entre las causas finales de la interferencia estatal en la vida económica agraria, destaca la necesidad de aumentar la producción agrícola para elevar el nivel de vida de la población. Siguiendo esta directriz de la política económica, la ley que vamos a estudiar pretende operar sobre el factor fundamental de la producción agraria, la tierra, y sobre la forma de hacerla producir, imponiendo a las fincas rústicas en que concurren determinadas circunstancias, la obligación de realizar hasta cierto grado el esfuerzo necesario para aportar a la renta nacional frutos industriales y no meramente naturales, según se establezca en un plan a señalar para cada predio.

Los presupuestos de hecho de que parte la ley son principalmente tres: la insuficiencia de la producción agraria nacional en general, y, concretamente, la de ciertos frutos, para cubrir las necesidades de la población actual; la existencia de terrenos incultos susceptibles de cultivo agrícola; y la precisión de que para la

puesta en explotación de estos terrenos el Estado impulse, y en su caso supla, a la iniciativa privada.

La ley, por propia confesión, no trata de desarrollar una transformación general del agro español. Podemos añadir que no trata tampoco de planificar la economía agraria, ni de reorganizar la vida rural de amplias zonas o comarcas, ni mucho menos de redistribuir la riqueza nacional, ni por lo que se refiere a los medios de producción—en este caso la tierra—ni por lo que se refiere a los bienes de consumo. Tampoco trata de resolverlos en sentido estricto llamados problemas sociales, ni de constituirse en pieza de un estatuto jurídico permanente de la propiedad rústica. Otras leyes se han dictado y se podrán dictar sobre algunas de estas materias, pero la de que tratamos limita su ámbito de aplicación a las fincas en que concurren unas circunstancias de hecho que por ser dependientes de la voluntad humana—aunque pueden no serlo de la voluntad de los propietarios de las mismas—son susceptibles de modificación. Por eso el éxito de la ley será tanto mayor cuanto más pronto resulte inoperante porque deje de haber fincas que pudiendo cultivarse estén incultas. La ley, pues, está redactada en términos que parecen revelar una esencial transitoriedad, aunque su vigencia sea indefinida.

Examinaremos primeramente su contenido, haciendo al mismo tiempo algunos comentarios a sus disposiciones para tratar luego de poner de relieve su significación respecto de las instituciones jurídicas a que especialmente afecta.

I. EXAMEN SISTEMÁTICO DE LA LEY

La ley contiene 13 artículos relativos a la declaración de mejorables, expropiación y adjudicación de fincas incultas, y tres disposiciones adicionales referentes a fincas explotadas agrícola o forestalmente. A éstas se las sujeta a la obligación de intensificar el cultivo o de realizar mejoras concretas (construcción de viviendas para obreros, capilla y escuelas) cuando concurren determinadas circunstancias. Esta indicación basta para dar a conocer que aunque la finalidad de elevar el tenor de vida de la población, en especial en este caso de la rural, sea la misma en todas las normas de la ley, el no ser tales disposiciones adicionales de idéntica contextura ni trascendencia jurídicas que el articulado, referente a las fincas mejorables, nos induce a prescindir de aquéllas.

1. *Finalidad inmediata de la ley.*—La ley tiene por objeto «someter a un plan de explotación o mejora» a las fincas a que luego nos referiremos. El alcance de esta frase del artículo 1.º parece que debe ser el más conforme con una interpretación extensiva. El plan a que se refiere puede ser de explotación simplemente, de mejora del predio, o mixto de mejora y explotación. El problema

que se plantearía quien quisiera aquilatar si un simple plan de explotación puede ser impuesto, sería más teórico que de interés práctico, entre otros motivos, porque el término «mejora» empleado en la ley tiene, indudablemente, el significado extensísimo del lenguaje vulgar, comprensivo de cualquier perfeccionamiento de las cualidades de la finca. Así, pues, toda labor que se realice para poner a la finca en condiciones de cultivo agrícola, forestal o pratense, podrá reputarse mejora a estos efectos, sin que sea necesaria la realización de inversiones de capital o efectuación de gastos útiles en construcciones u obras que modifiquen las características del suelo o incorporen a éste otros bienes. Por ello, pueden considerarse como mejoras desde las obras de riego o drenaje hasta el descuaje de matorrales y la roturación, pasando por la ejecución de otras operaciones que, si no consisten como estas últimas en exclusiva inversión de trabajo, implican una participación del trabajo en mayor escala que la del capital, tales como la de plantación de olivos, intercalándolos con árboles de naturaleza forestal, que expresamente es mencionada en el preámbulo.

Es importante señalar que la sujeción de la finca al plan, aunque sea plan de explotación, es temporal. Pudiéramos decir que la obligación de hacer—llamémosla así, aunque como veremos no sea muy adecuada esta expresión—resultante de ese sometimiento, es de tracto único, de modo que una vez ejecutado el plan la finca vuelve al régimen común sin que el propietario pueda ser compelido a reiterar, en períodos sucesivos, los ciclos de cultivo que aquél hubiera previsto. Así se deduce claramente del hecho de que el plazo que se señale para la transformación acordada no podrá exceder de diez años, ni podrá obligarse al propietario a que la realice antes de cinco (artículo 4).

2. *Fincas sujetas a la ley.*—El ámbito objetivo de aplicación de la ley está expresamente definido mediante el señalamiento de las fincas sujetas a sus prescripciones y de las exceptuadas, resultando por exclusión cuáles sean las no sujetas.

Están sujetas a la ley y por consiguiente pueden ser «declaradas mejorables» las fincas en que concurren las siguientes circunstancias: 1.ª Que en su totalidad o en una parte importante estén constituidas por terrenos incultos. 2.ª Que la extensión de estos terrenos incultos sea como mínimo la que al efecto se señale en las disposiciones complementarias que se dicten. 3.ª Que dichos terrenos, «desde un punto de vista técnico y estrictamente económico, sean susceptibles de: a) Cultivo agrícola realizado por alternativas de plantas herbáceas o por plantación de especies arbóreas o arbustivas aprovechables por sus frutos. b) Incremento de su aprovechamiento forestal o dedicación del terreno a pastos permanentes mejorados o de larga duración, si careciesen de posibilidades agrícolas normales». Y 4.ª Que el cambio de desti-

no productivo contribuya a la defensa y conservación del suelo (art. 2.º)

Están exceptuados de la ley los montes y terrenos pertenecientes al Estado, Provincia, Municipio o establecimientos públicos, los cuales se seguirán rigiendo por su legislación especial (art. 1.º, párrafo 2.º)

Por consiguiente, no están sujetas a la ley todas las demás fincas, y por tanto las cultivadas en su totalidad o incultas sólo en parte no importante, aunque la explotación de las mismas no sea perfecta: y las incultas que no reúnan los requisitos antes relacionados.

3. *Procesos administrativos que se regulan.*—Para conseguir la mejora y explotación de las fincas incultas, la ley previene y regula una serie de actuaciones que creemos pueden agruparse formando tres procesos: 1.º El de «declaración de finca mejorable» que da nombre a la ley; 2.º El de expropiación; y 3.º El de adjudicación de la finca expropiada a un tercero. Estos dos últimos procedimientos, derivados cada uno del que le precede, no siempre habrán de tramitarse, ya que sólo ha lugar a seguirlos cuando el propietario no realiza el plan establecido en la resolución que pone fin al primero.

∖ Daremos una idea de cada uno de estos procesos, exponiendo sus líneas fundamentales.

A) *El proceso de declaración de «finca mejorable».*

a) *Su naturaleza.*—Constituye un procedimiento técnico o de gestión, y por tanto no es un procedimiento sancionador. Esta es la razón de que no se dirija contra una persona determinada que, en caso contrario, sería el propietario cuya finca está inculta, sino que se dirige directamente respecto de la finca, abstracción hecha de quien sea su propietario y de la diligencia con que haya ejercido sus facultades dominicales. Como consecuencia el acto administrativo que pone fin al procedimiento no constituye una resolución de condena o de absolución, sino que es meramente declarativa de una decisión del Estado, según la cual un determinado plan de explotación o de mejora ha de ser realizado en la finca.

Parece que la ley tácitamente establece la presunción de inculpabilidad, en el más amplio sentido, del propietario actual, pues aunque se refiere a terrenos que «de una manera ostensible acusan el abandono en que se encuentran», reconoce diversas causas de la falta de laboreo: la deficiente calidad de las tierras, su lejanía respecto de los centros de consumo, la dificultad de las comunicaciones, y la de hallarse rodeados de otros terrenos cuyo estado de abandono hace antieconómica la explotación de los entre ellos enclavados. Por eso manifiesta que su transformación exige

vencer muchas dificultades y otorgar estímulos a los que quieran cooperar en la labor de mejoramiento (preámbulo, párrafos 10, 4 y 5). De modo que, sin excluir la posible negligencia del propietario actual—que de manifestarse no sería jurídicamente punible si en el momento de incurrirse en ella no existiera una norma que la sancionara—se acusan causas sociales de ese abandono, e incluso, en algún supuesto, imputables a la Administración pública; pero en todo caso, carece de trascendencia aquélla para esta ley que sólo persigue modificar situaciones objetivas y no corregir actos individuales.

b) *Substanciación.*—El expediente se instruye por el Ministerio de Agricultura «de oficio o a requerimiento de la Delegación Nacional de Sindicatos» (art. 3.º); ha de estar debidamente motivado y sus notas fundamentales son las siguientes:

1.ª En cuanto al objeto a que ha de referirse: puede comprender una o varias fincas, pero en este caso deberá mantenerse a través de todas las actuaciones la oportuna distinción en cuanto a lo que afecte a cada una de aquéllas, ya que el Decreto que recaiga ha de hacer la declaración «en cada caso y para cada finca».

2.ª En cuanto a las garantías de los sujetos afectados: deben ser oídos «los interesados y quienes acrediten interés legítimo» (art. 3.º, párrafo 1.º); por lo que, a nuestro juicio, la audiencia ha de ser concedida: en todo caso a los propietarios y a los titulares de derechos sobre cuya situación ha de decidir el Decreto; y sólo cuando acrediten su interés a las demás personas. El interés de éstas podrá ser el inherente a cualquier situación jurídica que deba considerarse protegida, ya corresponda, por ejemplo, a los titulares de fincas o derechos sobre fincas colindantes no objeto del expediente, ya a titulares de establecimientos industriales, ya a entidades o asociaciones particulares que por cualquier causa legítima se sientan afectadas. Sin necesidad de que acrediten un interés privativo pueden ser oídas las Corporaciones oficiales, incluso las Entidades locales, así como las encuadradas en la Organización Sindical, ya que por estarles atribuida dentro de su respectiva competencia la tutela de intereses públicos o de intereses sociales, parece que deben considerarse legitimados para hacer alegaciones, aunque sólo para esto.

3.ª En cuanto a las garantías técnicas: que se emitan los informes técnicos oportunos sobre la concurrencia en el predio de las circunstancias a que se refiere el artículo 2.º y la viabilidad técnica y económica del plan de explotación o mejora a que haya de someterse la finca (art. 8.º, párrafo 1.º).

4.ª En cuanto a su conclusión, se infiere que el Ministro de Agricultura si estima improcedente la declaración de «finca mejorable», deberá dictar resolución en este sentido, poniendo así fin al expediente; y si estima acreditadas por los informes técnicos la concurrencia de las circunstancias y la viabilidad a que hicimos referencia en el párrafo anterior, deberá formular un proyecto de

Decreto, cuya aprobación propondrá al Consejo de Ministros (véase art. 3.º, párrafo 1.º)

c) *Resolución*.—El Decreto acordado en Consejo de Ministros constituye el acto administrativo que pone fin a la fase declarativa del proceso. El Decreto deberá expresar «en cada caso y para cada finca»: 1.º «La situación, cabida, linderos y cuantas otras circunstancias se consideren necesarias para la más clara individualización de la finca o parte de la misma a que la declaración se refiera»; 2.º «La declaración de finca mejorable»; 3.º «La situación en que habrán de permanecer, y, en su caso, modificarse o extinguirse los derechos de arrendamiento, servidumbre y demás de carácter posesorio que afecten a la explotación de la finca»; 4.º «Las líneas generales del plan de explotación o mejora que deba realizarse, determinando, si es posible y conveniente, la división de la finca, al efecto de establecer distintas unidades de explotación. En este caso, el plan de mejora se referirá especialmente a cada una de ellas, procurando que una de las unidades comprenda la parte de terreno normalmente explotada, incrementada con la extensión superficial del terreno inculto que resulte aconsejable agregar, al objeto de que el propietario puede hacer uso, sin menoscabo de las restantes unidades de explotación, del derecho de reserva que le concede el artículo 6.º»; y 5.º «La ayuda estatal que de acuerdo con las disposiciones vigentes se conceda» (art. 3.º, párrafos 1.º al 5.º)

La declaración de «finca mejorable» está atribuida a la potestad discrecional de la Administración, y contra el Decreto sólo puede interponerse el recurso de súplica ante el Consejo de Ministros (art. 3.º, párrafo 6.º)

d) *Efectos de la declaración*.—La finca declarada mejorable ha de experimentar cambios de orden económico como consecuencia de las inversiones a realizar y de la explotación a que ha de ser destinada, y, además, puede experimentar alteraciones en cuanto a los derechos de carácter privado de que sea objeto (extinción de servidumbres, por ejemplo) e incluso sufrir modificaciones en su propia realidad jurídica, es decir, en tanto que es «finca jurídica», por división o por segregación de alguna de sus partes.

El propietario de la finca que hasta el momento de la declaración de mejorable era titular de un dominio cuyas facultades de libre aprovechamiento y de libre disposición se desenvolvían con sujeción a los preceptos del Derecho común, en virtud de aquélla queda en situación excepcional en cuanto que resulta obligado a adoptar una decisión positiva o negativa respecto de la ejecución del plan, decisión que puede trascender a su misma titularidad sobre el predio. Su silencio mismo produce efectos jurídicos puesto que por expresa prevención de la ley el mero hecho de no manifestar el «deseo de realizar la transformación» determina la in-

clusión de la finca en el catálogo de las expropiables. (V. art. 7.º)

Realmente, más que constituir un acto administrativo—según hemos venido calificándolo en congruencia con la terminología empleada en el párrafo 6.º del art. 3.º a que antes hicimos alusión—el Decreto tiene el carácter de acto de Gobierno y constitutivo de un privilegio, entendiendo por tal toda «disposición jurídica creadora de un modo inmediato de una determinada situación jurídica» (1).

El propietario puede adoptar una de las siguientes actitudes: a) Efectuar él mismo la totalidad de las transformaciones determinadas en el plan; b) Realizar dichas transformaciones sólo en cuanto a alguna de las partes de la finca que, conforme al plan, puedan constituir unidades de explotación independientes; c) No realizar las transformaciones y pedir la reserva de la parte de la finca que se viniere explotando normalmente, incrementada con la extensión del terreno inculto que permita el Decreto agregar; y d) No hacer manifestación alguna de voluntad dentro de los plazos establecidos al efecto (párrafos primeros de los arts. 4.º, 6.º y 7.º) Las consecuencias que para el propietario se derivan de su decisión las examinaremos al tratar de la ejecución del Decreto. Pero ahora anticiparemos que del Decreto no nace ninguna obligación de hacer, en sentido estricto, cuyo deudor sea el propietario, titular de la finca al tiempo de su promulgación o adquirente posterior, excepto cuando éste sea el adjudicatario de la finca en la subasta celebrada como consecuencia de la expropiación. El propietario queda obligado a hacer la transformación cuando manifiesta su voluntad de realizarla. Pero tanto en este caso como en caso de adjudicación a un particular de la finca expropiada, del incumplimiento de la obligación no deriva su ejecución forzosa, como veremos, ya que la ley sólo prevé para esos supuestos la posibilidad de expropiar la finca e imponer una multa.

Muy interesante es destacar que el Estado no queda vinculado por su propia declaración o decisión, es decir, que no viene obligado a realizar el plan cuando no haya ningún particular que lo realice, sino que, en tal evento, puede destinar la finca al cumplimiento de fines colonizadores o a engrosar el Patrimonio Forestal del Estado cediéndola al Instituto Nacional de Colonización o al Patrimonio nombrado; y el ente cesionario podrá aplicar al predio el plan acordado u otro que sea más congruente con el plan de actuación del propio Organismo paraestatal, ya que la ley no dispone otra cosa. (V. art. 9.º, párrafo 5.º)

Respecto de los arrendamientos, servidumbres y demás derechos sobre los que el Decreto haya hecho algún pronunciamiento, la ley dice que «la ejecución de estos acuerdos se atribuye a la competencia de la Administración» (art. 3.º, párrafo 3.º) Pudiera

(1) DE CASTRO (F.): *Derecho civil de España*, T. I, Valladolid, 1942, pág. 77.

pensarse, en vista de ello, que los titulares de los mismos y el propietario de la finca tuvieran siempre que pasar por lo dispuesto en el Decreto en este punto. Sin embargo, creemos que no puede darse este alcance a lo resuelto, sino que por regla general en esta materia el Decreto debe considerarse permisivo cuando declare la subsistencia del derecho, imperativo pero condicional cuando disponga la modificación, y rigurosamente imperativo cuando ordene su extinción. Piénsese, por ejemplo, en el caso del arrendamiento que por voluntad de los interesados podrá extinguirse, aunque el Decreto establezca su permanencia o su modificación, y podrá modificarse sin ajustarse al Decreto cuando se haga en forma más favorable al plan de explotación.

Finalmente, en cuanto a las facultades de la Administración pública respecto de la finca es de señalar que la declaración de «mejorable» lleva implícita «la del interés social de la realización del plan de mejora a los efectos expropiatorios» del predio. (Véase párrafo final del art. 4.º)

e) *Ejecución del Decreto.*—El Decreto declaratorio, una vez firme, y, en su caso, el que resuelva el recurso de súplica, pone fin al primero de los procesos regulados en la Ley, pero no puede servir de cabeza al segundo de tales procesos, que es el expropiatorio, sino cuando las diligencias de ejecución del mismo den un cierto resultado.

Limitándonos a las líneas fundamentales de las normas atinentes a esta materia, diremos que:

1.º Si el propietario, dentro de los plazos legales, manifiesta su voluntad de ejecutar el plan íntegramente, queda obligado a presentar el proyecto de transformación y a ejecutarlo si fuere aprobado por el Ministerio, o a ejecutarlo con las modificaciones que éste estimara oportuno introducir en él; tiene derecho a recabar los anticipos y subvenciones que le fueran concedidos; puede ser sancionado con multa en caso de inobservancia de los plazos y ritmo previstos; y si no presenta el proyecto o no ejecuta los trabajos con sujeción al ritmo y plan aprobados, pierde el derecho a realizar la transformación en las condiciones beneficiosas establecidas en el Decreto, y puede pedir la reserva a que antes aludimos. (V. arts. 4.º, 5.º y 6.º)

2.º Si el propietario opta por ejecutar el plan sólo con relación a una parte de la finca que pueda constituir unidad de explotación independiente, su situación es análoga en cuanto a esta parte al caso anterior y en cuanto al resto del predio afectado por el Decreto al caso cuarto.

3.º Si el propietario pide la reserva de la parte de la finca normalmente explotada con el incremento legal, su situación respecto a esta parte es la del propietario de finca no sujeta a la Ley, y en cuanto al resto de la finca, la del caso siguiente.

4.º Si el propietario no manifestara, dentro del plazo legal,

su deseo de realizar la transformación o incumpliera las prescripciones del Decreto, toda la finca o, en su caso, la parte de la misma respecto de la que el propietario no cumpliera el plan y no le fuera reservada, se incluirá en el Catálogo de «fincas expropiables», que al efecto debe llevar el Ministerio de Agricultura, librándose certificación para su constancia en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal. La inclusión en el Catálogo tiene de vigencia cinco años como máximo. Dentro de este plazo, el Ministerio puede expropiar la finca, y el propietario, en tanto no se haya acordado la expropiación o solicitado ésta por un tercero, puede pedir que se le autorice a realizar la transformación, con pérdida del 50 por 100 de los auxilios concedidos (artículos 7.º y 8.º)

La inclusión de la finca en el Catálogo de las expropiables no altera el estado posesorio ni limita las facultades dominicales del titular, de tal suerte, que la finca seguirá en poder del propietario, y éste puede enajenarla. En este caso, el adquirente puede pedir que se le autorice a realizar la transformación igual que el anterior propietario, pero beneficiándose de todos los auxilios concedidos en el Decreto. (V. párrafo 4.º del art. 8.º) No obstante, «mientras la finca permanezca inscrita en el Catálogo, la cuota para el Tesoro de la Contribución territorial... experimentará un recargo del cien por cien de su importe» (párrafo 2.º del art. 8.º)

B) *El proceso expropiatorio.*

Las fincas incluidas en el Catálogo pueden ser expropiadas por el Ministerio de Agricultura (art. 8.º) La expropiación podrá acordarse de oficio o a instancia de quien se comprometa a realizar el plan y garantice el cumplimiento de esta obligación mediante la constitución de una fianza cuyo importe no sea inferior al décuplo de la renta catastral o del líquido imponible asignado al inmueble (art. 9.º, párrafo 2.º)

La tramitación del expediente en cuanto al justiprecio, pago y toma de posesión del inmueble se ajustará a lo dispuesto por la Ley de 27 de abril de 1946 sobre expropiaciones por causa de interés social (2), con la única salvedad de que para la valoración no se tendrán en cuenta los precios de venta, en la localidad, de fincas de análogas características, y sí sólo la renta media que la finca hubiese producido en los cinco últimos años, y la renta catastral asignada al inmueble, o el líquido imponible con que estuviere amillarado, fijándose como precio el producto de capitalizar al cuatro por ciento estos datos fiscales, salvo que este resultado fuere superior al de la capitalización al cinco por ciento de la renta media anual realmente producida durante el quinquenio

(2) Véase el estudio publicado en este ANUARIO (1952, página 1329), por MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA (J.): *La expropiación por causa de interés social en la Agricultura.*

precedente, en cuyo caso se aceptará este último valor. El precio fijado en el expediente expropiatorio lo será sin perjuicio de que, si sacada la finca a subasta el precio del remate y adjudicación fuere superior a aquél, sea entregada la diferencia al expropiado (arts. 9.º, párrafo 1.º, y 10), y si se cediera el inmueble al Instituto Nacional de Colonización o al Patrimonio Forestal del Estado, se satisfaga al mismo expropiado, como incremento del precio, un veinte por ciento de éste (art. 9.º, párrafo 5.º)

c) *El proceso de adjudicación de la finca expropiada*

Es característica notable de esta clase de expropiaciones que se consuman no para incorporar la finca a una obra pública, ni para resolver un problema social propiamente dicho, ni para destinarla al establecimiento de una empresa de interés nacional concretamente determinada, sino que se expropia a un propietario para atribuir la finca a otro particular indeterminado, y, a falta de éste, a un organismo paraestatal. El artículo 8.º de la Ley dice que las fincas inscritas en el Catálogo pueden ser expropiadas «para cederlas a un tercero que se obligue a la realización del plan de transformación, de acuerdo con las líneas generales contenidas en el Decreto de declaración, o, en su defecto, para destinarlas al cumplimiento de los fines colonizadores». Esa cesión a un tercero no es facultativa, sino que debe intentarse obligatoriamente, puesto que, últimada la expropiación, «el Ministerio de Agricultura sacará seguidamente a subasta la finca», según dispone el párrafo 3.º del artículo 9.º

De esta suerte, el adquirente inmediato de la finca, que es el Ministerio de Agricultura, como expropiante, sólo tendrá la titularidad temporal de ella, ya que no puede retenerla permanentemente, lo que equivaldría a nacionalizar o estatificar el predio.

El destinatario normal de éste ha de ser un particular que adquiera el dominio sin más limitaciones que la obligación de transformar el predio, por lo que el inmueble continúa sometido al régimen de propiedad privada. Sólo cuando no existe posibilidad de transferir el dominio de la finca a un propietario particular, el Estado ha de ceder la finca al Instituto Nacional de Colonización o al Patrimonio Forestal del Estado, o a ambos, que la adquirirán en concepto de bienes de propiedad privada de los mismos, pero el primero de estos organismos, conforme a las normas que rigen su actuación, habrá de intentar transferirla mediante su colonización a pequeños agricultores.

El Ministerio de Agricultura opera, pues, de un modo que tiene cierta similitud con la actuación del Instituto Nacional de Colonización, en su función meramente parceladora—no con su función colonizadora—, que esencialmente consiste en comprar

para vender sin ánimo de lucro y con un fin social (3), pero las diferencias en cuanto a los sistemas de fijación del precio, de pago de éste y de designación de adjudicatario son muy importantes, si bien no podemos, por no ser la ocasión oportuna, detallarlas.

Las principales normas de procedimiento que ha de seguirse para la adjudicación definitiva del inmueble son las siguientes: el Ministerio sacará a subasta la finca fijando como tipo de licitación el precio satisfecho al expropiado; «el inmueble se adjudicará al mejor postor», «pero en caso de empate en la cuantía de las ofertas, tendrá preferencia la persona que hubiese instado la expropiación»; si no hubiere licitador que cubra la postura mínima, el Ministerio de Agricultura, en el plazo de dos meses, podrá acordar la cesión del inmueble al Instituto Nacional de Colonización, al Patrimonio Forestal del Estado o a ambos organismos, satisfaciendo al expropiado el importe del tipo de subasta, incrementado en un veinte por ciento; transcurrido tal plazo de dos meses sin que se hubiere acordado la cesión aludida, el propietario expropiado podrá «recuperar la propiedad de la finca, previa devolución al Estado del precio recibido, en el caso de que la expropiación se hubiere incoado de oficio, y con deducción de la mitad del importe de la fianza constituida por el tercero, en el supuesto de que la expropiación hubiere tenido lugar a instancia de éste»; si el propietario expropiado, dentro del plazo de dos meses, si fuese requerido al efecto por la Administración, o de un año, si no media requerimiento—plazos que son de caducidad—, no ejercita el derecho a recuperar la finca, la Administración puede sacar la finca a segunda subasta, con deducción del veinticinco por ciento del tipo, y, en su caso, a una tercera sin sujeción a tipo (art. 9.º, párrafos 3.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º)

El adjudicatario queda obligado a presentar el proyecto de mejora dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la adjudicación, y si no lo hiciere, o no ejecutase la labor fijada para la primera anualidad, en el plazo y con el ritmo previsto, el Ministerio de Agricultura podrá expropiar nuevamente la finca por el mismo precio de adjudicación, disminuido en el importe de la multa que, conforme al artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, acordare imponer a aquél (art. 9.º párrafo 4.º). Esta multa no podrá ser inferior a cien pesetas por hectárea, ni superior a cien mil pesetas en total, según el citado artículo 8.º de la Ley sobre laboreo forzoso.

Cuando el adquirente en subasta transmitiere la finca por actos *inter vivos* antes de haber realizado el 50 por 100 de la trans-

(3) Téngase en cuenta que muy raras veces realiza el I. N. C. una tarea meramente parceladora, pues aun en los casos en que aplica la legislación específica de parcelación, normalmente también coloniza con arreglo a lo dispuesto en la Orden de 30 de mayo de 1945.

formación prevista en el proyecto de mejora, el Ministerio puede volver a expropiar el inmueble por el precio de adjudicación, abonando, además, al interesado el valor de las mejoras permanentes realizadas conforme al proyecto, previa deducción del importe de los auxilios que le hubieren sido otorgados por el Estado u organismos estatales (art. 9.º, párrafo 9.º)

II. LA LEY Y LA PROPIEDAD PRIVADA

1. *La propiedad en las leyes fundamentales de la nación.*— Del articulado de la Ley que, en lo esencial, hemos expuesto, resulta que ésta trata de fomentar la producción agraria, y para ello dicta normas que afectan a dos instituciones básicas del orden jurídico privado: la empresa y la propiedad privadas. La legalidad de estas normas es evidente, ya que no son sino aplicación de principios expresamente consignados en nuestro ordenamiento jurídico constitucional o «Leyes fundamentales de la nación». «La producción nacional—dice el punto XI del Fuero del Trabajo—constituye una unidad económica al servicio de la patria, y es deber de todo español defenderla, mejorarla e incrementarla. Todos los factores que en la producción intervienen quedan subordinados al supremo interés de la nación.» La empresa privada, según el mismo Fuero, es la unidad productora normal, pues el Estado sólo será empresario cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la nación (puntos VIII-1 y XI-4), correspondiendo la dirección de cada empresa a su respectivo Jefe, quien es responsable de ella ante el Estado (punto VIII-3).

Por lo que se refiere a la propiedad, merecen ser transcritos los textos que le consagran los fueros del Trabajo y de los Españoles, no obstante sus grandes coincidencias, porque entre ellos puede apreciarse también alguna interesante diferencia. El Fuero del Trabajo dice: «el Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la nación, cuyo intérprete es el Estado (XII-1). Y el artículo 30 del Fuero de los Españoles está así redactado: «La propiedad privada, como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común. La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.»

En ambos textos se habla de la propiedad privada como institución, y se la califica de medio o instrumento al servicio de un fin. La diferencia está en que el fin para el que la propiedad

privada es reconocida y amparada es el cumplimiento de «funciones», según el primero, y de «fines», según el segundo. Concedemos profunda significación a esta sustitución de palabras, porque implica la afirmación de que tanto el individuo como la familia y la sociedad tienen fines propios, que han de conjugarse con los ajenos, pero que no pueden ser absorbidos o aniquilados por los de otros; mientras que el mero reconocimiento de la existencia de funciones individuales junto a las familiares y a las sociales es de contenido equívoco, por cuanto que las funciones no son fines en sí y, por tanto, deben estar al servicio de algo, y este algo no es explícitamente designado en el párrafo transcrito del Fuero del Trabajo. Por otra parte, el Fuero de los Españoles contiene una referencia expresa a la «riqueza», en el sentido del objeto del derecho de propiedad, para declarar que no puede permanecer inactiva, con lo que viene a desarrollar un aspecto de la subordinación de la propiedad a las necesidades de la nación.

2. *Elementos para la crítica de la ley en relación con la propiedad.*—El comportamiento de la ley respecto de la «propiedad privada» sólo puede ser debidamente apreciado valorando adecuadamente tres elementos que estimamos esenciales. Estos son: 1.º el sometimiento de las fincas declaradas mejorables a un plan técnico-económico; 2.º la necesidad de que la explotación que el plan imponga sea rentable desde el punto de vista estrictamente económico, y 3.º la discrecionalidad de las facultades gubernamentales para apreciar la viabilidad del plan y decidir acerca de su ejecución.

Estos tres elementos afectan al contenido, límites y funciones de la propiedad, y atañen, respectivamente, de modo principal, a la función social de la propiedad misma, a su función individual y a la supremacía del bien común en caso de colisión de intereses; y en conjunto denotan que la ley, de conformidad con los Fueros antes citados, atribuye una comprensión o contenido naturalmente limitado al derecho de propiedad.

3. *La función social de la propiedad.*—Hemos deslizado una frase anfibológica, y que suele emplearse profusamente en la literatura dedicada a las teorías acerca de la propiedad. Aludo a «la función social de la propiedad». Recordemos que Hernández-Gil, hablando de las transformaciones del derecho de propiedad y de la asignación a éste de una función trasindividual, ha dicho que «lo que sea concretamente la función social, lo que en definitiva exija, no puede precisarse con rigor. Hace referencia a algo de generalidad, de colectividad... La función social, más que un concepto, es una idea; mejor que una idea, una intuición. Está llena de significado, pero también de significados. De ahí la multiplicidad de intenciones y de interpretaciones que ha recibido,

unas legítimas, pero otras recusables. Y de ahí que no pueda acogerse sin antes cotejar la etiqueta ideológica de las mentes que la propugnan. Empieza porque unos contemplan la función social desde el solo punto de vista sociológico, en el ancho cauce de los hechos y de los fenómenos. Para otros, la función social, lo que es y lo que envuelve, es una bandería política. No faltan quienes, contrariamente, quieren reducir la función social a una pura noción jurídica. Si en manos de los primeros se transforma en un libre decisionismo que puede ser devastador, por falta de sentido de la norma y de la medida, en manos de los segundos puede perder fecundidad y fosilizarse en el rigor de los preceptos. Por eso nosotros estamos con aquellos otros que la sitúan en el terreno de lo jurídico-social, es decir, en el punto de incidencia del *deber ser del derecho* con el *ser*, las vivencias y las exigencias de la realidad social de cada hora» (4).

La claridad de estas acertadas palabras nos releva de hacer cualquier clase de consideraciones sobre este aspecto de la cuestión. Otros aspectos de la misma van a servir de materia a que dediquemos nuestra atención como complemento.

Conviene, ante todo, sopesar los vocablos que componen la expresión «función social de la propiedad», comenzando por inquirir cuál es la propiedad a que se refiere. Esta «propiedad» puede ser una cosa, una institución, un derecho o un conjunto patrimonial. Y, sin embargo, muchas veces se ha usado aquella frase para aludir lo mismo a la función social del objeto del derecho de propiedad, que a la función social de la propiedad como institución básica del orden social, a la función social del dominio, derecho concreto de una persona sobre un bien, o a la función social de la riqueza o suma de bienes pertenecientes a una persona, que colocan a ésta en la posición relativa de «rico» conviviente con otros calificados de pobres.

Las cosas, a diferencia de las personas, no tienen un fin propio, sino que están subordinadas a un fin que les es extraño. En general, se ha dicho muy reiteradamente que las cosas existen para el hombre, es decir, han sido creadas para la satisfacción de las necesidades de la humanidad, y no exclusivamente para un individuo determinado. Sin embargo, hombres determinados se apropian cosas también determinadas. Ello ocurre cuando las cosas existen en cantidad limitada y tienen un valor para el sujeto, el cual, de ese modo, excluye a los demás del goce de la cosa apropiada. Tal ocurre con la tierra, que se fragmenta en múltiples predios, que componen las «finca rústicas» objeto del derecho de propiedad.

Sin embargo, esta apropiación no altera la naturaleza del ser de la cosa ni su destino original. Por eso puede decirse que

(4) HERNÁNDEZ-GIL (A): *La propiedad en el derecho y en la realidad actuales*. En «El orden social moderno», Madrid, 1948, pág. 118.

en cada cosa, según su peculiar dignidad, se da una vocación a servir a las necesidades de cualquiera que de ella tenga menester.

Pero existe una tensión variable en la relación que mantienen los dos términos que acabamos de mencionar, a saber: las «cosas» y las «necesidades», cuando se trata de bienes productivos, como es la tierra. Limitándonos al ámbito nacional, hemos de decir que toda la del territorio patrio, en conjunto, debe abastecer, en la manera más completa posible, a la población, y, por tanto, cada unidad productiva, cada finca, debe contribuir de la mejor manera posible a alcanzar esa meta. He ahí la función social del objeto de la propiedad, y por qué ese objeto, al que alude el Fuero de los Españoles con la palabra «riqueza», no puede permanecer inactivo, porque las necesidades nacionales actualmente demandan más productos que los que naturalmente produce la tierra. Es indiferente, pues, para el punto concreto de que ahora hablamos, quién haga producir a la tierra, si el propietario individual o una colectividad, o un mero detentador. Para que las fincas rústicas cumplan su función social basta con que por cualquiera se la explote convenientemente.

Ahora bien: según el común sentir de los hombres, el medio más adecuado para que los bienes cumplan su finalidad es una institución: la propiedad privada. Mediante ella, cada cosa debía, en términos generales, subvenir a las necesidades de una persona o de una familia, y la resultante sería la satisfacción total de la población, si hubiera bienes que atribuir a todos. El problema se planteó cuando la cantidad de bienes resultó inferior al número de personas aspirantes a su posesión. Sin embargo, la experiencia demostró que el mejor medio para satisfacer las necesidades de todos seguía siendo dicha institución. Mediante ella, el objeto sería primordialmente disfrutado por el propietario, y ulterior o mediatamente por los demás. La evidencia actual de este fenómeno no puede estar más patente, ya que hoy se produce para el mercado y no para unidades de consumo individualmente determinadas. Pero esto lleva consigo la exigencia de que la cosa, la tierra, produzca más que lo que el propietario necesita, y produzca cuanto sea susceptible de producir según las circunstancias que intervienen en el proceso de producción, para atemperarse a la demanda de productos. Llenar esa exigencia es misión que ha de cumplir la propiedad privada, y esa es su función social como institución. Esta no es, por consiguiente, algo contrapuesto a la función individual, sino que normalmente las dos funciones son paralelas.

Generalmente, la propiedad privada realiza hoy su función individual proporcionando al propietario frutos civiles o el producto en dinero de la enajenación de los frutos naturales o industriales del objeto de su dominio.

El primer grado de la función social de la propiedad, que

consiste en que por medio de ella los bienes sirvan a quienes no son sus propietarios, se cumple de ordinario, planteándose problemas solamente en cuanto a la justicia de los negocios jurídicos, en virtud de los que el propietario cede a otros el goce temporal de la cosa o les transmite los frutos. Pero el segundo grado de la función social, que impone el deber de explotar la cosa con la intensidad pertinente, según las circunstancias, no es siempre verificado.

Cuando la relación entre la cantidad de bienes producidos y las necesidades acusa un déficit de aquéllos, el Estado, como gerente del bien común, y en uso de las facultades que le competen para establecer el régimen de propiedad privada más conveniente, entre los justos, puede definir, dentro de ciertos límites, ese segundo grado de la función social de la propiedad, y entonces el deber moral o social del propietario se convierte en deber jurídico. Este es el caso de la Ley que comentamos.

La técnica jurídica, por otra parte, al plasmar cada uno de los elementos que integran el complejo en que consiste la institución «propiedad», configura el derecho que atribuye a una persona la plena potestad sobre una cosa, o sea, el dominio. Pero esta figura jurídica, como los demás derechos reales, se tallan por el Derecho privado, dando por supuesto, que han de corresponder a personas individualizadas, que han de ejercitarlos ordinariamente en el tráfico entre iguales, es decir, entre particulares o en relación con personas que, aunque sean de derecho público, actúan como personas privadas. De este modo, si la propiedad privada como institución es regulada o debe ser regulada por el Derecho público, o al menos su régimen debe resultar del conjunto del ordenamiento jurídico público, por ser una de las bases del orden social, y, por tanto, del orden jurídico y del orden económico, el derecho de propiedad o dominio está regulado por el Derecho privado. Pero el derecho de propiedad o dominio no por ello deja de estar condicionado por la «constitución jurídico-política», en su esencia, y por la «constitución económica», en cuanto a sus realizaciones prácticas.

La función social del derecho de propiedad, en esta acepción entendido, no es sino una derivación de la función social de la propiedad como institución. Pero lo mismo que el dominio, tienen que cumplir una función social los demás derechos reales y los derechos personales que se ejerciten respecto de las cosas. Por eso resulta incomprensible que en nombre de la función social de la propiedad se limiten las facultades del propietario y se tolere que los arrendatarios, por ejemplo, no sólo no hagan cumplir a la cosa, a las fincas arrendadas, su función objetiva, sino que contribuyan a su menoscabo. En cambio, resulta lógica la actitud de la Ley que comentamos al autorizar que, al mismo tiempo que se recorta la autonomía de la voluntad al propietario, se puedan modificar o extinguir los derechos reales limitativos

u otros que tengan por objeto al predio y sean incompatibles con el plan de explotación o mejora que se imponga a la finca.

He ahí que por este camino hemos venido a parar al mismo punto a que por otros han llegado muchos civilistas al revisar las críticas al art. 348 del Código civil. Este busca la claridad y la seguridad en las relaciones de coordinación entre particulares, y no las de subordinación al Estado o las de integración de los ciudadanos en una comunidad. Por eso dice, conforme a lo que debe decir, que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes». Así igual el titular que el que con el propietario contrata, conocen perfectamente hasta dónde llega su poder y cuáles son las consecuencias de sus actos; y al mismo tiempo se advierte que por encima de lo que conste en los títulos y en los libros del Registro de la Propiedad o resulte del estado posesorio, puede haber limitaciones que provengan de leyes de cualquier naturaleza.

Finalmente aludimos antes a una cuarta acepción de la palabra «propiedad». Según ella, en la frase «función social de la propiedad», significa posesión de bienes superfluos. La función social en este caso es tan diferente de la que corresponde a las acepciones antes tratadas que no hace falta que nos ocupemos de ella.

De todo lo que antecede resulta que la «propiedad» con la que hemos enfrentado a la ley es la propiedad-institución que en nuestro ordenamiento jurídico está considerada como institución dinámica o funcional, porque no puede estar inactiva, como tampoco lo pueden estar las cosas sobre que recae. Al mismo tiempo está considerada como institución social por ser una creación al servicio de la sociedad, pero este servicio no es directo, sino mediato, es decir, que lo cumple a través del propietario. Se reconoce que junto y por encima de los intereses sociales están los derechos de la personalidad.

Sólo, pues, en un sentido impropio puede considerarse a la propiedad-institución como mera «función social». Si se quiere hablar con rigurosa exactitud debe decirse que la propiedad tiene *una* función social, como tiene *una* función individual.

Si reflexionamos sobre la frase «la propiedad es una función social» o sobre el generalizado término compuesto «propiedad-función», observaremos que incluso gramaticalmente es de difícil inteligencia. Función es la acción o ejercicio de un órgano, la actividad de algo, sea persona o cosa material o inmaterial. La propiedad privada no es una actividad ni acción o ejercicio puros. Luego no es función. Es una institución que, como hemos visto, debe tener una función, o, por mejor decir, funciones. Pero es más: la institución, tal como la hemos diseñado, no actúa por sí misma, sino que actúa a través de los distintos derechos correspondientes a los propietarios o a otros sujetos. Son más bien estos derechos los que funcionan o se ejercitan. Pero es su respectivo titular quien los ejercita y en este sentido puede ser considerado

como funcionario privando a esta palabra de su significación jurídico-administrativa. Por eso la habitual aplicación de la actividad personal al ejercicio del derecho de propiedad puede ser calificada en cierto modo como profesión y así ha venido haciéndose durante mucho tiempo. Pero el propietario no es un funcionario público ni un funcionario social—valga la expresión por su grafismo—, ya que su función primordial es actuar en servicio e interés propio.

La locución «propiedad-función social» es de filiación conocida. La empleó Duguit al desarrollar la doctrina de Comte sobre la propiedad. Este a mediados del siglo pasado publicó su *Système de politique positive* en el que sostuvo que el principio de que cada ciudadano constituye realmente un funcionario público, se debe extender a la propiedad privada «en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y administrar los capitales con los que cada generación prepara los trabajos de la siguiente». Duguit emplea reiteradamente la frase «propiedad función», pero, sin embargo, es posible que lo hiciera con el propósito simplemente de dar énfasis a la expresión. Nos fundamos para lanzar esta hipótesis en que en la introducción a la conferencia que dió el año 1911 en Buenos Aires, titulada precisamente. *La propriété fonction sociale*, emplea otra frase de similar construcción: *propriété-spéculation*. He aquí el párrafo a que corresponde: «Podría caracterizar el estado en que os encontráis todavía diciendo que es el estado de la propiedad-especulación, pero que será seguido en una época que no puede estar muy alejada, por el estado de la propiedad-función» (5).

4. *Trascendencia de los elementos apuntados.* — Volviendo sobre el enjuiciamiento de la Ley, después de esta digresión hemos de valorar el primero de los elementos de que hicimos mérito, o sea el del sometimiento de las fincas a un plan de explotación o mejora. No ofrece dudas que constituye un acto de imperio para hacer cumplir a una categoría concreta de objetos (las fincas rústicas incultas), la función social que les corresponde. Por cuanto ese sometimiento no implica la socialización o colectivización en cualquier forma de los bienes, sino que se deja a la voluntad del propietario—titular de la finca al tiempo de la declaración de «mejorable»—, la ejecución por sí del plan, y caso de no realizarlo se le expropia el objeto para transferirlo a un tercero a quien se inviste de título dominical, la Ley demanda a la propiedad-institución el cumplimiento del segundo grado de la función social que le es inherente.

El segundo elemento a considerar, según dijimos, es que la explotación impuesta ha de ser económicamente rentable, o, como

(5) DUGUIT (L.): *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*. Paris, 1920, pág. 150.

también dice la Ley, ha de ser viable desde el punto de vista estrictamente económico. Esto quiere decir que el resultado económico de esa explotación sea positivo, produciendo una renta o utilidad dineraria para el propietario que ejecuta el plan. No bastará, pues, que los cálculos consignados en los informes técnicos prueben que el plan puede producir un aumento de productos agrícolas, sino que será necesario que acrediten también que ese aumento de producción es económico, reportando al propietario que lo obtiene un beneficio. La Ley no habla de la renta de la tierra, sino de que la explotación sea rentable. Pero por una parte encomienda siempre la ejecución del plan de explotación o mejora al «propietario». Si un propietario de la finca no lo realiza, es sustituido por otro propietario. De modo que la Ley no admite, ni menos propugna a estos efectos, la disociación entre la titularidad dominical de la finca y la de la empresa que haya de realizar el plan, puesto que no autoriza que éste se ejecute por quien sea o quiera devenir solamente arrendatario o titular de cualquier derecho distinto del dominio. El que no sea propietario tiene que convertirse, necesariamente, en propietario, salvo cuando aquél actúe en virtud de facultades que le haya conferido el propietario, en cuyo caso es un instrumento de éste sin personalidad propia en el orden administrativo.

Por tanto, la rentabilidad de la explotación ha de comprender la renta de la tierra y el interés de los capitales invertidos en realizar las mejoras, y no sólo el beneficio del empresario. Esto es lo congruente con todos los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro orden social e incluso con los postulados políticos del Estado, rindiendo así la Ley el fin inmediato e instrumental del Derecho que es, según DE CASTRO, «realizar prácticamente el ideal de vida de la dirección política del Estado» (6).

El derecho de propiedad no ha de ser mero título de tenencia pasiva de la tierra, sino que debe ser medio para que ésta desempeñe, del mejor modo posible, su misión de factor de la producción, pero factor rentable como los demás que intervienen en el proceso productivo en la proporción que en justicia a cada uno corresponda. Este es el motivo por el que dijimos que el elemento de la rentabilidad del plan atañe principalmente a la función individual de la propiedad que no sólo es compatible con la función social, sino que es necesaria para que ésta se pueda cumplir. La necesidad de que esa función individual se cumpla como previa o al menos concomitante con la función social explica y justifica que el Estado estimule la transformación de los bienes concediendo auxilios o beneficios de diversa naturaleza. Nuestra legislación de colonización prevé el otorgamiento de auxilios técnicos

(6) DE CASTRO (F.): *Derecho civil de España*. T.º 1.º, Valladolid, 1942, pág. 28.

y económicos, revistiendo éstos la forma de subvenciones, de préstamos sin interés o de anticipos cuyo beneficiario debe reintegrar satisfaciendo un módico interés. La Ley que comentamos dispone que en el Decreto se determine la ayuda estatal que para la ejecución del plan se concede.

El tercer elemento era la discrecionalidad de las facultades del Gobierno para declarar a la finca «mejorable». Ella no ataca a la esencia del derecho de propiedad. La discrecionalidad no equivale a arbitrariedad. Téngase en cuenta que el expediente ha de ser motivado y justificada la viabilidad del plan; que el hecho de que corresponda a las facultades discrecionales de la Administración la declaración de «finca mejorable» sólo tiene el alcance de dar inmediata permanencia a ésta evitando la situación de larga interinidad que llevaría consigo la interposición de recursos contencioso-administrativos; y, por otra parte, que el legislador estimando prudentemente las circunstancias debe forjar el arma más eficaz sin merma de la justicia para conseguir el resultado útil que demande el bien común.

III. LA LEY Y LA EMPRESA

El preámbulo de la Ley contrapone la «empresa» a la «propiedad», puesto que habla de «posponer el derecho del propietario al del empresario». Después de lo que dijimos anteriormente destacando que la Ley no tiende a desintegrar la propiedad y la empresa como entidades que hayan de encarnar en distintos titulares independientemente, es menester que demos una interpretación satisfactoria a aquella frase del preámbulo que es muy interesante dado el auge que la doctrina sobre la empresa disfruta. BALLARÍN, que en diversos de sus trabajos ha demostrado la relevancia que el concepto de empresa tiene dentro del Derecho agrario, ha escrito unas palabras que nos pueden servir para aclarar el sentido de la posposición aludida: «Como consecuencia de la primacía del concepto de empresa sobre el de propiedad, la primera obligación que se impone a todo propietario es la de crear una empresa productiva, o, al menos, la de prestar su tierra para tal objeto» (7). La primera de estas fórmulas es la que aplica la Ley.

Pero la significación del texto legal con relación a la empresa no se reduce a esto. La Ley no sólo trata de transformar las fincas para ponerlas en cultivo, sino que pretende organizar la explotación creando unidades de la magnitud conveniente para el óptimo resultado. Por eso prevé que el plan disponga la división de la finca declarada «mejorable» en varias unidades de explotación cuando sea posible, aunque la efectividad de esa división no

(7) BALLARÍN (A.): *El sentido humano del nuevo Derecho de la Agricultura*. (En el núm. 88 de la revista *Arbor* (abril de 1953, pág. 491).

tenga lugar sino cuando el propietario titular del predio al tiempo de la declaración no efectúe la transformación.

Esto significa que la Ley contribuye a la creación de nuevas empresas preocupándose de dotarla de base de sustentación adecuada (la nueva finca) y asegurándose de su viabilidad. Pero también la Ley autoriza la modificación de las empresas constituidas sobre la finca al disponer que el Decreto determinará la situación en que habrán de permanecer, o en su caso, modificarse o extinguirse los arrendamientos existentes sobre la finca.

La prenda sin desplazamiento en el Derecho portugués^(*)

INOCENCIO GALVAO TELLES
Catedrático de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa

1. OBJETO DE ESTE ESTUDIO

En los últimos tiempos, tanto en Portugal como en otros países, la prenda ha sufrido una curiosa evolución, separándose del modelo tradicional a que estaban habituados los juristas.

Me refiero a los casos o situaciones en que la ley consiente que la cosa pignorada continúe en poder de su dueño.

A quiere contraer un préstamo de B. B exige una garantía especial como aseguramiento del préstamo. A (o un tercero) ofrece como garantía una cosa mueble, pero desea conservarla en su poder, para no privarse de su uso. B acepta la garantía en esas condiciones. Su constitución ¿es legalmente posible? Aun cuando lo sea, ¿qué naturaleza tiene? ¿Es verdaderamente prenda? ¿No será más bien una hipoteca?

Este es el tema sobre que vamos a discurrir, procurando, sobre todo, reflejar el estado actual de la legislación portuguesa en este punto y las perspectivas que pueden abrirse a su futura evolución, en armonía con las enseñanzas del Derecho comparado.

Pero antes de tratar la cuestión en su estado actual será conveniente hacer un brevísimo recorrido histórico, hablando del pasado de la prenda en sí y en sus relaciones con la hipoteca, en los límites que aconseje la mejor comprensión y resolución del problema formulado.

Sobre la importancia de este problema, poco o nada hay que subrayar porque es obvia. Tiene un grande e indiscutible interés para la vida nacional e internacional todo cuanto afecte al desenvolvimiento y expansión de la garantía de las obligaciones y a su conveniente organización jurídica, porque un buen sistema de garantías facilita y fomenta el crédito y contribuye, por tanto, al fomento de la riqueza.

(*) Traducido por JOSÉ M.ª DESANTES.

2. RELACIONES ENTRE LA PRENDA Y LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho romano, la prenda (*pignus*), alcanzada la plenitud de su evolución, superadas las formas más débiles e indecisas del comienzo, aparecía como un derecho real sobre cosa ajena, mueble o inmueble, constituido en garantía de una deuda y que facultaba al titular para vender la cosa en satisfacción de su crédito.

Era esencial en la prenda la *entrega* de la cosa al acreedor. La entrega había de hacerse necesariamente. Si no se procedía, o en cuanto no se procediese a la entrega, no había prenda válida, porque la entrega *forma parte* de la misma estructura del contrato, al par del acuerdo de voluntades, como elemento constitutivo o integrante. La prenda era un contrato real, según la terminología romana: constituíase *re* por la entrega de su objeto.

El objeto pasaba, por tanto, a poder material del acreedor. *Quedaba bajo su detentación*. Pero el acreedor, además de la mera detentación como poder físico, tenía la *posesión* como poder jurídico. Esto es, podía utilizar los llamados remedios posesorios, en defensa de su posición relativamente a la cosa, contra las usurpaciones o perturbaciones arbitrarias, procedentes del mismo dueño o de terceros. Por ejemplo, si alguien le sustrajese el objeto empeñado, podía exigir su restitución, como legítimo poseedor.

De esta institución jurídica, por efecto de las necesidades económicas, se desprendió otra, que adquirió autonomía, aunque entre las dos continuasen existiendo lazos muy estrechos, hasta el punto de que los romanos no siempre las concebían como radicalmente distintas. Me refiero a la *hypoteca*, que pasó a contraerse al *pignus*, si bien incluso en los textos justinianeos las dos formas aparecen a veces confundidas, aplicándose a ambas la segunda de las designaciones indicadas.

Mas ¿cómo se originó la diferenciación de la hipoteca?

La explicación del hecho se encuentra en la conveniencia para los propietarios, en los arrendamientos de predios rústicos, de conseguir una garantía especial sobre los útiles agrícolas de los arrendatarios que asegurase el pago de las rentas. Los arrendadores deseaban y exigían la prestación de esa garantía, en ocasiones la única posible a falta de otros bienes. Pero si los renteros entregaban los aperos no podían cultivar. De nada les serviría el arrendamiento sin los instrumentos materiales necesarios para la explotación económica a que daba derecho.

El expediente utilizado consistió en admitir la constitución de la garantía *sin entrega* de los instrumentos agrícolas al propietario, acreedor de las rentas. Los aperos continuaban en poder de su propietario, y el acreedor ni de hecho ni de derecho adquiría posesión sobre ellos.

En realidad, a partir de este momento se creó una garantía nueva, a la que se dió el nombre de *hypoteca*.

El término es griego, pero la institución no es de importación helénica, sino resultado de una evolución espontánea e interna. En adelante coexistieron el *pignus* y la *hypoteca*: el primero, garantía *con posesión*; la segunda, garantía *sin posesión*.

El acreedor hipotecario no podía valerse de los medios posesorios. Entonces, si llegado el vencimiento el deudor no pagaba, si vencidas las rentas el arrendatario no las satisfacía ¿cómo hacía efectiva su garantía?

Para ello el pretor le concedió dos medios: el *interdictum, Salvianum* y, más tarde, la *actio Serviana*. A través de estos cauces, cuyo significado y extensión variaron con el tiempo, podía el acreedor obtener la posesión de que hasta entonces había estado privado. Y una vez alcanzada la posesión de los objetos sobre que recaía la hipoteca, pasaba ésta a actuar como prenda, equiparada a ella con el mismo régimen jurídico.

Es decir, las dos garantías se diferenciaban nítidamente en la fase inicial de constitución del crédito, cuando aún no estaba afectado de falta de cumplimiento, presente la posesión en la prenda, ausente en la hipoteca. Después, concedido al acreedor hipotecario el derecho a obtener judicialmente esa posesión y ya conseguida, las dos convergían en el mismo punto, sujetas ambas a las reglas de la institución pignoratícia. Esto explica las vacilaciones de los jurisconsultos en la unificación o diferenciación de las dos garantías.

La hipoteca, nacida en el ámbito del arrendamiento rústico y cuyo objeto se limitó a los instrumentos agrícolas, pasó a utilizarse rápidamente para otros casos y se extendió a toda clase de cosas, muebles o inmuebles.

Digamos como resumen de lo expuesto: En el Derecho romano la prenda y la hipoteca no se distinguían en atención a su objeto. Se distinguían exclusivamente por el hecho de otorgarse o no al acreedor la respectiva posesión. La misma cosa podía ser pignorada o hipotecada conforme a las conveniencias y a la voluntad de los interesados (1).

3. ANTIGUO DERECHO PORTUGÉS

En el antiguo Derecho portugués poco se legisló sobre prenda e hipoteca. Por eso, admitido como subsidiario el Derecho romano para rellenar las lagunas de las leyes y costumbres nacionales, se regía esta materia casi exclusivamente por él.

(1) Vid. por ejemplo, GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, quinta ed., págs. 767 y ss.; HUVELIN: *Cours élémentaire de Droit Romain*, tomo II, págs. 359 y ss.; JÖRS-KUNKEL: *Derecho Privado Romano* (trad. de PRIETO CASTRO), págs. 222 y ss. y bibliografía citada en las mismas obras.

En este aspecto la más antigua ley que se conoce es de Alfonso III, de 1274 ó 1275, sucesivamente incorporada más tarde a las Ordenaciones Alfonsinas (L. IV. Tít. 49), a las Manuelinas (L. IV. Tít. 3) y a las Filipinas (L. IV. Tít. 3). En virtud de esa Ley, si el dueño de la cosa hipotecada la enajenaba y el tercer adquirente entraba en su posesión, el acreedor podía exigir de éste ora *el cumplimiento de la obligación*, ora *la entrega del objeto*. El régimen era diferente del romano, que sólo concedía la segunda de esas facultades. La innovación hizo evolucionar la institución hipotecaria hacia la configuración que actualmente presenta, pues hoy la hipoteca, más desligada aún de la prenda que antaño, no da nunca derecho a reclamar la posesión del objeto, sino solamente a obtener el pago a través de él (2).

Otras normas se fueron publicando en relación más o menos directa con la materia; así, las leyes de Don Dionís, Don Juan I y Don Duarte sobre preferencia de los acreedores; y durante el reinado de Don José, la ley del Marqués de Pombal de 20 de junio de 1774, que contiene reglas sobre graduación de las hipotecas.

Pero a través de todo este conjunto de disposiciones legislativas la prenda y la hipoteca se conservaron fundamentalmente como estaban en Derecho romano, a cuya disciplina continuaban sometidas en todos los aspectos no aludidos en la legislación patria, que, con mucho, representaban el mayor número.

Finalmente, en 1836 se dió en la Historia portuguesa de la institución hipotecaria un hecho capital que vino definitivamente a mudar su aspecto. Me refiero a la publicación del Decreto de 26 de octubre de ese año, puesto en vigor por el Decreto de 3 de enero de 1837. Aquella disposición, en frase de Coelho da Rocha, «estableció entre nosotros la solemnidad del registro hipotecario, admitida e incorporada a los Códigos modernos y puesta en práctica con feliz resultado en casi todas las naciones» (3).

El sistema de registro que entonces se introdujo era muy confuso, trazado en términos poco claros e incoherentes. Lo cual indujo a Coelho da Rocha a escribir: «Como para nosotros los textos de la Ley ininteligibles o contradictorios son como si no existiesen, es fácil descubrir el motivo por el que a cada paso supli-

(2) La ley alfonsina que tanto contribuyó a la transformación de la garantía hipotecaria, fué promulgada a petición de los judíos. Alegaban éstos que en sus préstamos a los moradores de Santarem se estipulaba que no pudiesen los deudores enajenar los bienes gravados en garantía de esas obligaciones, pero que los deudores faltaban al cumplimiento de la cláusula, distrayéndolos por medio de venta o de otra forma. Don Alfonso decretó que el adquirente quedase obligado o entregase los bienes a los acreedores. La disposición se convirtió en Derecho general al pasar a los Códigos mencionados en el texto. Vid. GAMA BARROS: *Historia da Administração Pública em Portugal*, 2.ª edición, tomo VII, págs. 16-17.

(3) *Instituições em Direito civil português*, tomo II, nota DD al parág. 363 (pág. 726 de la 6.ª ed.). Cfr. CORREIA TELES: *Doctrina das Acções*, parágs. 168 y ss. (págs. 68 y ss. de la 3.ª ed. de 1837).

mos su doctrina con la del Código civil francés, donde creemos que nuestro legislador iría a beber: e incluso con la del Código de Cerdeña, donde se encuentran ya previstas algunas cuestiones que escaparon al legislador francés» (4).

Pero lo que importa subrayar, sobre todo, es que, por lo menos en la interpretación del citado jurisconsulto, se hizo exigible el registro en relación a *todas* las hipotecas para que pudiesen producir efecto frente a terceros. Y como el registro estaba entonces restringido a los inmuebles, las hipotecas pasaron también a considerarse limitadas a ellos.

Las hipotecas, aplicables anteriormente a todos los bienes, como las prendas, quedaron reducidas a los inmuebles. En contrapartida y por la innecesariedad e inconveniencia de que coexistiesen dos garantías para bienes de la misma especie se entendió que la prenda no tenía aplicación en los inmuebles.

Se mantuvo la antigua característica diferencial, la atribución o no de la posesión al acreedor, pero la distinción se hizo más nítida por la diversidad de objetos. De ahí que el mencionado Coelho da Rocha dijese que la prenda recae sobre bienes muebles que se entregan al acreedor y la hipoteca sobre bienes raíces que no se entregan (5).

Posteriormente apareció la Ley hipotecaria de 1 de julio de 1863, de técnica mucho más segura que las anteriores disposiciones.

4. LA PRENDA Y LA HIPOTECA EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS

Publicado el Código civil portugués en 1867, dió expresión legislativa clara al sistema de ideas que Coelho da Rocha extrajo de la confusa legislación anterior, sobre el ámbito y relaciones de la garantía pignoratícia y de la garantía hipotecaria.

Y así, definió la prenda en los siguientes términos: «El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación *entregando* al acreedor, o a quien le represente, algún objeto *mueble* para que le sirva de aseguramiento. Es lo que se llama prenda» (art. 855; confróntese artículo 858).

La prenda, por tanto, se constituye *entregando* al acreedor una cosa *mueble* en garantía de la deuda.

El acreedor por el hecho de la entrega adquiere la *posesión*

(4) Ob. y tomo cit., parág. 646 (pág. 507 de la 6.ª ed.). Hay que recordar que en la época en que Coelho da Rocha escribió, antes de la publicación del Código civil portugués, era legítimo y obligatorio el recurso a las legislaciones extranjeras en determinadas materias para suplir las lagunas e imperfecciones del Derecho nacional, en armonía con la llamada *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, y los *Estatutos da Universidade*, de 1772.

(5) Ob. y tomo cit., parág. 652 (pág. 489 de la 6.ª ed.).

sobre el objeto empeñado, y puede, en consecuencia, hacer valer y defender esa posesión por todos los medios oportunos admitidos en Derecho. Dice el artículo 860, número cuatro, que «el acreedor adquiere por la prenda el derecho a usar de todos los medios conservatorios de su posesión, incluso a perseguir criminalmente a quien le privase de la cosa pignorada, aunque fuese el propio dueño».

En cuanto a la hipoteca, su definición está contenida en el artículo 888, que la formula del siguiente modo: «Hipoteca es el derecho concedido a ciertos acreedores, a ser pagados con el valor de ciertos bienes *inmuebles* del deudor, y con preferencia a otros acreedores, hallándose sus créditos debidamente *registrados*.»

En contraste, pues, con el derecho pignoraticio, la hipoteca es propia de los bienes *inmuebles*, está sujeta a *registro* y no depende de la entrega al acreedor, que de ningún modo adquiere la posesión sobre los bienes, la cual se conserva enteramente en el propietario (6).

Tal era en líneas muy generales el estado de la materia al tiempo de la publicación del Código, en aquello que directamente nos interesa para los fines de nuestro estudio.

5. EVOLUCIÓN POSTERIOR

El sistema del Código civil, por su rigidez, se mostró en breve plazo inconveniente.

La separación radical entre la prenda y la hipoteca—la primera, derecho mueble; la segunda, derecho inmueble; una acompañada de la entrega; la otra sin entrega—, esa absoluta e incisiva distinción, hizo resurgir el viejo problema que hace dos mil años ya los jurisconsultos romanos tenían planteado y satisfactoriamente resuelto.

Por el hecho de la institución del registro y de su asociación con las hipotecas, las cosas muebles—no registrables—dejaron de poder ser hipotecadas. Sólo podían ser dadas en prenda. Pero ésta exigía su *entrega*. ¿Cómo dar, pues, en garantía las cosas muebles, de que el propietario no pudiese despojarse, sin gravísima perturbación?

Como garantía se pretende ofrecer un navío, un automóvil, una aeronave. No es preciso poner en evidencia los inconvenientes que resultarían de la necesidad de su entrega al acreedor.

La garantía versa sobre los instrumentos de la producción,

(6) Completando la evolución ha tantos siglos esbozada en la Ley de don Alfonso III antes citada, el Código negó al acreedor hipotecario el derecho, aún reconocido por COELHO DA ROCHA (tomo II, parág. 643), a exigir del tercero, poseedor de los bienes hipotecarios, su entrega. Lo que el acreedor puede hacer siempre es tan sólo ejecutar esos bienes, cualquiera que sea su poseedor (Código civil, art. 862; Cód. Proc. civ., art. 56, parág. 1.º).

como los utensilios agrícolas del labrador, el menaje de un hotel, etcétera. Entregarlos al acreedor será impedir la producción, y la garantía, en vez de ventajas, acarreará perjuicios al deudor, incapacitado para el ejercicio de su actividad lucrativa, y, de rechazo, al propio acreedor, a quien aquél, no pudiendo ganar dinero, más difícilmente pagará.

O imagínese también el caso en que los bienes, por su cantidad o por su naturaleza, son de transporte o almacenamiento difíciles, hipótesis en que tampoco al acreedor tiene interés en recibirlos.

Situaciones como éstas y otras semejantes suscitan aquella misma cuestión, que los romanos resolvieron creando la hipoteca, como garantía general, independientemente de la naturaleza del objeto y desvinculada de la necesidad de la entrega.

Pero hoy la hipoteca está, creemos que definitivamente, asociada a la técnica del registro, y por eso la evolución legislativa, en parte por lo menos, había de seguir, y siguió, otros rumbos.

Esa evolución se orientó en dos sentidos:

a) Creación de *hipotecas mobiliarias*, aplicables a bienes muebles a los que la institución del registro se amplió.

b) Admisión de casos de prenda sin desplazamiento.

De estos dos fenómenos, y principalmente del segundo, vamos a hablar.

6. HIPOTECAS MOBILIARIAS

La hipoteca mobiliaria, admitida desde el Derecho romano, vino a ser abolida, como vimos, por la sujeción de la hipoteca al régimen de publicidad a través del registro, reservado al comienzo a los inmuebles.

Pero con el transcurso del tiempo se organizó también un sistema de registro para ciertas cosas muebles, instrumentos de transporte con un estatuto de propiedad semejante al de los bienes inmuebles.

En relación a esos muebles, cesó la razón por la que se excluía la hipoteca mobiliaria y por eso ésta renació, haciéndose, inclusive, la única garantía susceptible de ser constituida convencionalmente sobre ellos. La institución hipotecaria se extendió en perjuicio de la prenda.

Es de notar que en todo este estudio hemos tenido presente principalmente el Derecho civil. Porque en materia mercantil existen desde hace más tiempo cosas muebles registrables, y como tales, susceptibles de hipoteca: los *navíos* (Cód. de com. de 1833, art. 1.316; D. de 26 de oct. de 1836; Ley de 1 de julio de 1863, art. 200; Cód. de 1888, en vigor, art. 584).

Pero posteriormente al Código civil se hizo la misma doctrina extensiva a los *automóviles* (D. núm. 18.479 de 18 de junio de

1930, art. 7, hoy sustituido por el D. núm. 21.087 de 14 de abril de 1932, art. 10; en las provincias de ultramar, D. núm. 39.231 de 2 de junio de 1933, art. 9) y a las *aeronaves* (D. núm. 20.062 de 25 de octubre de 1930, publicado en el *Diario do Governo* de 30 de julio de 1931, arts. 205 y 206) (7 y 8).

7. PRENDAS SIN DESPLAZAMIENTO

Simultáneamente con la evolución descrita en el número anterior se produjo otra, que consistió en que la Ley autorizase la constitución válida de la prenda *sin* entrega de su objeto al acreedor.

Esta nueva modalidad pignoratícia fué siendo consagrada sucesivamente en relación con varios casos en que las circunstancias y la premura del crédito la hicieron más necesaria.

Podemos citar, por lo menos, los siguientes casos:

a) *Operaciones de las Cajas de Crédito Agrícola Mutuo*.—La legislación reguladora del *crédito agrícola mutuo* consiente que la prenda se establezca sin transferencia del objeto a la Caja acreedora, quedando el dueño constituido en fiel depositario (Ley número 215 de 30 de junio de 1914, art. 28, parág. 3, y Decreto número 5.219 de 6 de enero de 1919, art. 301, parág. único; confróntese como disposición más antigua la Ley de 1 de marzo de 1911, art. 26, pág. 2).

b) *Operaciones de la Caja General de Depósitos*.—En las operaciones de *crédito agrícola* hechas por la Caja General de Depósitos y garantizadas con prenda, puede el objeto de ésta quedar en las manos del dueño como depositario. (Decreto núm. 8.162 de 29 de mayo de 1922, arts. 211 y 216.)

c) *Operaciones de la Caja Nacional de Crédito*.—La prenda en garantía de operaciones de *crédito agrícola o industrial a corto plazo*, de la Caja Nacional de Crédito, es válido, aunque el respectivo objeto quede en poder del dueño. (Decreto núm. 17.215 de 10 de agosto de 1929, arts. 7, 8 y 16; doctrina general de que se encuentran aplicaciones en los Decretos núm. 17.509 de 25 de octubre de 1929; núm. 17.594 de 11 de noviembre de 1929, y número 18.195 de 12 de abril de 1930.)

d) *Operaciones de establecimientos bancarios*.—La prenda *constituida en garantía de créditos de establecimientos bancarios autorizados* produce efectos sin necesidad de que el dueño del ob-

(7) Sobre las hipotecas mobiliarias vid. por ej. FERRARA JUNIOR: *L'Hipoteca Mobiliare*; ROYO MARTÍNEZ: *La hipoteca sobre bienes muebles*, y VALLET DE GOSTISOLO: *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento* («Revista de Derecho Privado», año XXXVII, núm. 435) y *Pignus tabernae* (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo VI, fasc. IV).

(8) Portugal intervino en la Convención relativa al Reconocimiento Internacional de los derechos sobre Aeronaves, firmado en Ginebra en 19 de junio de 1948, pero aún no lo ratificó.

jeto pignorado lo entregue. (D-L. núm. 29.833 de 17 de agosto de 1939, hecho extensivo a ultramar en 7 de junio de 1944; confróntese con disposiciones más antiguas, todas en relación con operaciones de crédito agrícola en ultramar, como la Ley de 27 de abril de 1901, art. 69; el D. núm. 5.809 de 30 de mayo de 1919, art. 68, parág. 2.º, y el D. núm. 18.571 de 8 de julio de 1930.)

Téngase en cuenta esta última hipótesis, de excepcional importancia por su amplitud y vasta proyección.

Siempre que se constituye prenda en garantía de deuda a un banco o entidad bancaria, es decir, siempre que el acreedor es un establecimiento bancario autorizado, que tiene precisamente por función fomentar el crédito, la garantía puede establecerse independientemente de que la cosa pignorada se entregue a su acreedor o a un tercero. El propietario—si así se pactase—la conservará en su poder y continuará haciendo uso de ella. No importa la cualidad del deudor—comerciante, industrial, agricultor o mero particular—ni la naturaleza de la deuda, y de ahí la gran frecuencia de la prenda sin desplazamiento en la vida jurídica y económica portuguesa (9).

8. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Las situaciones antes expuestas suscitan problemas de encuadramiento jurídico que deben ser considerados.

(9) Transcribimos el citado Decreto-ley núm. 29.833, no solamente por su mayor importancia práctica señalada en el texto, sino también porque fué redactado con plena conciencia de las dificultades técnico-jurídicas suscitadas por la materia, según se ve en su articulado y en el correspondiente *Relatório*, que merece ser leído:

«Art. 1.º La prenda que fuese constituida en garantía de créditos de establecimientos bancarios autorizados producirá sus efectos, ya entre las partes, ya en relación a terceros, sin necesidad de que el propietario entregue el objeto pignorado al acreedor o a otra persona.

»§ 1.º Si el objeto pignorado quedase en poder del dueño, éste será considerado, en cuanto al derecho pignoraticio, poseedor en nombre ajeno, y le serán impuestas las penas de hurto si enajenare, modificare, destruyere o distrajere el objeto sin autorización escrita del acreedor, y también si lo empeñase nuevamente sin que en el nuevo contrato se mencione de modo expreso la existencia de la prenda o prendas anteriores, que, en cualquier caso, son preferentes por orden de fechas.

»§ 2.º Cuando se trate de un objeto perteneciente a una persona jurídica, lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a sus administradores.

»Art. 2.º El contrato de prenda regulado en este Decreto constará en documento auténtico o documento autenticado, y sus efectos se contarán desde la fecha del documento, en el primer caso, y desde la fecha del reconocimiento auténtico, en el segundo.

»§ único. En el documento han de transcribirse obligatoriamente las disposiciones de los §§ 1.º y 2.º del artículo 1.º, incumbiendo al notario asegurar la observancia de este precepto.

»Art. 3.º Se exceptúa la prenda de créditos, de títulos de crédito, de cuotas y de cosas inmateriales, que, incluso cuando se dé en garantía de obligaciones bancarias, continuará sometida al régimen vigente hasta ahora.»

¿Se trata, efectivamente, de casos de *prenda* o de casos de *hipoteca*?

¿*Prenda sin desplazamiento* o *hipoteca sin registro*?

En el Derecho romano fueron precisamente hipótesis como éstas las que hicieron hacer la institución hipotecaria, diferenciándola de la pignoratícia. ¿No estaremos ante un fenómeno idéntico, traducido en la creación de nuevas *hipotecas mobiliarias* que añadir a las mencionadas anteriormente?

Se comprende la perplejidad. Aquí no es necesaria ni posible la inscripción en el registro, a la que la hipoteca quedó supeditada desde que se instituyó. Pero tampoco es necesaria la entrega del objeto, que en la *prenda* se juzgó siempre imprescindible, desde la más remota antigüedad.

La caracterización de las hipótesis en estudio como hipotecas mobiliarias ha tenido defensores (10), pero no es aceptable.

En la hipoteca el acreedor no tiene *posesión*. Así es hoy y así fué a través del tiempo. En el antiguo Derecho lo que el acreedor hipotecario podía pedir, dadas determinadas condiciones, era que la *posesión* le fuese atribuída; pero hasta entonces no poseía. Hoy ni siquiera ese derecho se le reconoce.

Por el contrario, el acreedor pignoratício tiene, y siempre tuvo, la *posesión* correspondiente a su derecho real de garantía, como expresamente se declara en el artículo 860, número cuarto, del Código civil.

Ahora bien, en los casos analizados, *el acreedor adquiere la posesión sobre el objeto, a pesar que éste no se le entregue.*

Este dato convence de que se trata, efectivamente, de *prenda*.

La *posesión* a través de su evolución se fué espiritualizando como poder jurídico, susceptible de pertenecer a persona diferente de la que está en efectivo contacto físico con la cosa. Es decir, no siempre está acompañada de *detentación* o poder material. Cuando uno es el *poseedor* y otro el *detentador*, el primero tiene solamente un poder ideal, que ejerce a través del segundo, pero que goza de la protección posesoria como si no existiera semejante escisión. El *detentador posee en nombre de otro*, a quien corresponde la *posesión* propiamente dicha o *en nombre propio*.

En la *prenda* sin desplazamiento es esta la situación.

El acreedor obtiene la *posesión* prendaria, respecto de la cual el propietario queda siendo mero *detentador*. El poder jurídico posesorio está en el primero, pero el correspondiente poder material está en el segundo. El dueño del objeto pignorado, a pesar de ser dueño, lo posee en nombre o representación del acreedor, en todo aquello que respecta al derecho real de *prenda*.

Investido en la *posesión*, aunque desprovisto de la *detentación*, el acreedor tiene a su alcance los medios específicos de protección

(10) Vid., por ejemplo, GUILHERME MOREIRA: *Instituições de Direito civil*, volumen II, 2.^a ed., pág. 325.

posesoria de que no dispone el acreedor hipotecario, como las acciones de prevención, manutención y restitución de la posesión, los embargos, la posesión judicial. (Cód. de Procedimiento civil, artículos 1.032 y sigs.)

Además, si el propietario distrajese o dispusese la cosa empeñada, cometerá el *delito de abuso de confianza*, porque ofende la posesión del acreedor, quedando, según los términos de la Ley, sujeto a las penas de hurto. (Cód. Penal, art. 543; cfr. art. 422.) Como simple detentador que es en lo tocante al derecho prendario y estando obligado a conservar y eventualmente a entregar el objeto, el propietario no puede libremente disponer de él, y si lo hiciese, incurrirá en responsabilidad criminal. La garantía *civil* se debilita, puesto que el acreedor no tiene una posición tan sólida como si el objeto se conservase en su mano. Pero esta variación está, hasta cierto punto, atenuada por la garantía *penal* que pende sobre el propietario como una amenaza.

9. TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN EN LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Surge ahora la interrogante, ¿cómo obtiene el acreedor la posesión del objeto pignorado si éste no se le entrega?

Las formas de transmisión posesoria se han espiritualizado y no es forzoso para efectuar la transmisión el acto físico de la entrega. Otros modos inmateriales conducen al mismo resultado. A la vez que la tradición *real*, existe la tradición *civil*, que también es causa legítima de adquisición posesoria.

El dueño de una determinada cosa la da en prenda, pero la conserva en su poder. No hay una transmisión material del objeto, pero existe una tradición jurídica de la posesión, que resulta de una actitud psíquica de los sujetos. El propietario, que hasta entonces poseía en nombre propio, pasa a poseer en representación del acreedor y poseedor, en nombre propio deviene este último. Se da un cambio en la intención, en el *animus* con que el propietario detenta el objeto: el *animus sibi habendi* cede paso al *animus alieno nomine detinendi*.

Esta transformación psicológica se materializa en dos actos jurídicos de sentido contrario: el *contrato de prenda* y el *contrato de depósito*. Por el primero, el propietario constituye, en beneficio del acreedor, el derecho real pignoraticio; por el segundo, el acreedor entrega la cosa en depósito al propietario. Las dos entregas, que normalmente corresponderían a esos contratos, se hacen innecesarias, pero la posesión se transmite como si se hiciesen.

Es superfluo decir que esta situación realiza el llamado *constitutum possessorium* (concreto) como un modo civil de *traditio*.

Es la misma orientación seguida claramente en el Decreto-Ley número 29.833.

En el parágrafo primero, artículo primero, establece que «si el objeto pignorado quedare en poder del dueño, éste será considerado, en cuanto al derecho pignoraticio, poseedor *en nombre ajeno*».

En su exposición de motivos se lee: «La elaboración de los conceptos no es función directa del legislador; pero conviene observar aquí que, a despecho de todas sus varias modalidades, la unidad conceptual de la institución pignoraticia subsiste. Hace poco tiempo fué hecho notar entre nosotros (11) y se encuentra en este dato, que es común a todos los regímenes legales de la prenda: la constitución de la garantía pignoraticia presupone la *desposesión del objeto pignorado*, y esta desposesión puede verificarse por los diversos modos de transmisión de la posesión que existen en Derecho. Uno de ellos es el *constitutum possessorium*, a que, en los términos expuestos, se amolda el régimen adoptado por esta disposición (12).

10. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

La prenda sin desplazamiento, no obstante, debe considerarse *excepcional*, como modalidad posible tan sólo en los casos en que la Ley la admita expresamente.

Es cierto que en ella el acreedor adquiere la posesión.

Pero la entrega, además de modo de transmisión posesoria, tiene una enérgica función, de la que la Ley no prescinde sino en los casos en que lo señala.

Esta función es doble.

En primer lugar, la entrega, colocando el objeto bajo el poder material del acreedor, hace mucho más sólida la posición de éste, que queda al amparo de dispaciones o distracciones. La amenaza penal, en la prenda sin desplazamiento, no siempre es suficiente para intimidar al propietario, y no puede hacerse efectiva contra los herederos del responsable. Y la Ley quiere proteger al acreedor contra sí mismo, no induciéndolo a conceder el crédito mediante una garantía válida, pero ilusoria. Y por eso, en su propio interés, sólo considera la prenda válidamente constituída mediante la entrega del objeto. Esta formalidad no es necesaria solamente para que el contrato produzca efectos con relación a terce-

(11) Por el Profesor PAULO CUNHA, en lecciones universitarias y en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Lisboa.

(12) La aplicación de la idea de *constitutum possessorium* se defiende también por MANUEL RODRIGUES en *A Posse*, tanto en la primera edición, con referencia a la legislación sobre crédito agrícola mutuo; como en la segunda, en relación con el Decreto-ley núm. 29.933.

ros, sino también para producirlos entre las partes. (Cód. Civil, artículo 858.)

En segundo lugar, y de modo reflejo, la entrega da a la prenda una *publicidad de hecho* que es ventajosa. Si el propietario pignora el objeto, pero lo conserva en su poder, como ninguna alteración de hecho ocurre, los terceros pueden fácilmente ser sorprendidos en su buena fe. Dado que la prenda no se exterioriza materialmente y no hay ningún registro donde conste, creen, naturalmente, que la cosa está libre, en esa errónea suposición adquieren derechos sobre ella y posteriormente se encuentran con la prenda, que siendo de fecha anterior, les es oponible (13).

Las ventajas de la entrega convencen realmente de que sólo puede ser dispensada cuando la Ley así lo autorice.

11. OTRAS SITUACIONES NO COMPRENDIDAS EN EL ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

El presente estudio, por su objeto, no comprende otras situaciones que pueden considerarse de algún modo afines a la examinada, pero distintas de ella.

Me refiero a la *prenda con entrega a tercero y a la prenda sobre bienes inmateriales*.

a) La *prenda con entrega a tercero* debe considerarse una situación normal admisible genéricamente, tanto en las relaciones comerciales como en las civiles (Cód. de com., art. 398; cfr. Código civil, art. 862).

El objeto pignorado es entregado a un tercero, que es su poseedor en nombre del propietario en cuanto al dominio, y en nombre del acreedor en cuanto al derecho pignoraticio.

Casos particulares, dentro de esta modalidad general, son los de prenda sobre *objetos en transporte* o *depositados en estaciones públicas* o en almacenes generales (Cód. de com., art. 398, parágrafo único).

b) La *prenda sobre bienes inmateriales*—como créditos, cuotas sociales, propiedad intelectual—también se constituye sin entrega, incompatible con la naturaleza ideal de su objeto. Pero, por la misma razón, no existe aquí transmisión de posesión, que solamente se ejerce en las cosas corporales.

Se trata de un problema diferente que roza parcialmente la cuestión de los derechos sobre derechos y que escapa a los límites de nuestro estudio.

(13) En Portugal no rige la regla de que en materia de muebles la *possession vaut titre*.

12. WARRANT

En otros países la prenda sin desplazamiento ha sido igualmente consagrada por las legislaciones.

Pero se presenta en general bajo la forma de *warrant*.

No aludimos al *récepissé-warrant*, que se refiere a las mercaderías depositadas en almacenes generales y que también se admite entre nosotros. Tal caso consiste en una prenda confiada a tercero, que la guarda por cuenta de ambos interesados (prenda con entrega a tercero).

Nos referimos al *warrant sans déplacement*, o simplemente *warrant*. Es un título de crédito que, al mismo tiempo, representa un crédito del portador y una prenda en garantía del mismo, establecida sobre determinados bienes que se conservan en poder de su dueño.

El *warrant* también realiza, pues, la idea de prenda sin desplazamiento. Creo que le es aplicable la construcción expuesta. Pero, como título de crédito, ofrece considerables ventajas. Circula libremente por medio de endoso y puede ser descontado en los bancos (14).

13. CONCLUSIÓN

Hemos llegado al fin de nuestras consideraciones.

La milenaria institución de la prenda ha sufrido transformaciones impuestas por las circunstancias de las épocas.

Hasta hace algunas décadas fué su rasgo constante la necesidad de entrega del objeto pignorado al acreedor.

En otro tiempo, cuando se quería crear una garantía real sin esa entrega, se recurría a la hipoteca, aplicable indistintamente a los bienes muebles y a los inmuebles.

Pero, establecida la publicidad a través del registro, la hipoteca quedó como privativa de los inmuebles a él sujetos.

La prenda tuvo entonces que evolucionar. Y la Ley consintió que en ciertos casos se constituyese sin entrega del objeto al acreedor, aun cuando se conservase la transmisión de la posesión a favor de éste, obtenida por medio de la tradición civil en la forma de *constitutum possessorium*. Estos casos son excepcionales.

En otras legislaciones, la misma modalidad pignoratícia se realiza a través de un título de crédito o *warrant* (no el relativo a los almacenes generales, sino el que supone la conservación del objeto en poder de su propietario).

Dadas las ventajas de la circulación inherentes a los títulos de crédito, el legislador portugués debe seguir el mismo camino.

Con tal voto cerramos este trabajo.

(14) Vid. *Le Gage Commerciale*, recientes estudios publicados bajo la dirección de HAMÉL, y bibliografía allí citada.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Conferencia del Dr. Bonet Correa en el Colegio Mayor de la Universidad de Murcia

El 20 de enero de 1954, dentro del curso de conferencias que sobre el siglo XIX se vienen celebrando en el Colegio Mayor «Ruiz de Alda» de la Universidad de Murcia, el doctor José Bonet Correa, Profesor Ayudante de Derecho Civil de la Universidad de Madrid y becario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pronunció una conferencia sobre la «Metamorfosis del Derecho Civil español en el siglo XIX».

El estudio del conferenciante comenzó refiriéndose al pensamiento filosófico sobre el que se instaura el sistema jurídico-civil del siglo XIX. Hizo alusión a la etapa culminante del racionalismo científico de la época, que trae su iniciación desde el Renacimiento. Analizó la filosofía racionalista—parándose en Kant y Hegel—que funda la naturaleza del Derecho no en un orden superior como manifestación del orden establecido por Dios, sino que con un violento golpe de timón cambia bruscamente de rumbo: del imperio de Dios salta al imperio de la razón, del *non est potestas nisi a Deo* al «Estado» como concreción del individuo y el Derecho como garantía mínima de libertad. Destacó cómo en lo político el liberalismo y la concepción del «Estado de Derecho» proclaman el principio de la autonomía de la voluntad, eje central de las relaciones jurídico-civiles del siglo XIX.

Examinado, posteriormente, el gran problema jurídico de la pasada centuria, la condificación, el doctor Bonet Correa entró en el análisis minucioso de la controversia de las escuelas alemanas, dentro de la pandectística, pasando a enjuiciar la otra importante corriente europea, la producida por el *Code Civil* de Napoleón, donde resaltó desde el punto de vista histórico y dogmático su sistema jurídico que formó el centro de un grupo de ordenamientos jurídicos similares.

El conferenciante aborda luego el estado de la cuestión en España. Después de hacer un examen crítico de la Novísima Recopilación se refirió al significado de la Constitución de Cádiz, que recoge el nuevo espíritu de la necesidad de una obra codificada frente a la compilada, y, por otro lado, a la influencia que tuvo en todos los movimientos liberales europeos. El Proyecto de 1851 es visto como una obra rigurosamente radical e intelectual. Las diversas vicisitudes ocurridas (con especial referencia a la cuestión foral) hasta concluir el vigente Código civil, son objeto de un somero análisis para llegar, por último, a una visión crítica de la propia doctrina española de la época en torno a lo logrado por el Código civil.

Inauguración del Curso en el I. N. E. J.

El día 25 del pasado mes de enero fué inaugurado con toda brillantez, en sesión solemne, el nuevo curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. El acto fué presidido por eminentes personalidades, entre las que se contaban los excelentísimos señores Ministros de Justicia y Educación Nacional, excelentísimo señor Presidente del Tribunal Supremo, excelentísimo señor Presidente del Consejo de Estado, excelentísimo señor Director del Instituto, etc.

Abierta la sesión por el señor Ministro de Justicia, el señor García Gallo, Secretario General del Instituto, dió a conocer la labor del mismo durante el pasado curso, labor—dijo—que si es grande, aún sería mayor o más amplia si las disponibilidades económicas lo permitiesen.

La conferencia inaugural corrió a cargo del profesor don Nicolás Pérez Serrano, acerca del tema «La reforma de lo contencioso-administrativo». Conocedor profundo de la teoría y en continuo contacto con la vida y las necesidades prácticas, la disertación del ilustre profesor y abogado fué de enorme interés, sutil profundidad y valiente enfoque. Ante la proyectada Reforma de lo Contencioso-administrativo, el conferenciante indicó algunos de los aspectos más necesitados de la reforma. Puso especial empeño en afirmar que la loable finalidad del procedimiento en cuestión no debe quedar reducida a la nada a consecuencia del proceder de la Administración, principalmente en lo relativo a la ejecución de sentencias.

Enumeró otras imperfecciones del actual funcionamiento del procedimiento Contencioso-administrativo, y propugnó porque en la Reforma proyectada se corrijan ciertas corruptelas y tengan los derechos de los particulares una garantía, tanto teórica como «real» y «efectiva».

Terminada su brillante lección por el profesor Pérez Serrano se declaró abierto un nuevo curso, en la corta pero ya eficaz vida del I. N. E. J.

CARLOS MELÓN INFANTE

«SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DES DROITS DE L'ANTIQUITÉ» VIII Sesión Internacional, Barcelona, 28 sep.-3 oct. 1953

La «Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité» tuvo en el pasado otoño su VIII Sesión Internacional, esta vez en Barcelona, concurriendo prestigiosas figuras del mundo de la Historia del Derecho. Aunque la iniciativa de celebrar una sesión internacional anual corresponde en conjunto a los miembros de la «Société» y en especial a su presidente, F. De Visscher, en lo que se refiere a esta VIII reunión es preciso destacar la afortunada gestión del entonces vicedirector de la Universidad de Barcelona y hoy catedrático de la Universidad Central, Juan Iglesias, sin el cual, probablemente, no hubiera tenido lugar en España este Congreso. Así pues, hemos de agradecer tanto a F. De Visscher como a J. Iglesias la feliz iniciativa de esta sesión internacional barcelonesa, en cuyo buen éxito tienen además tanta parte.

En lo que atañe a las comunicaciones aportadas, versaron sobre actos de última voluntad (que en un principio fué el tema general propuesto para esta VIII Sesión) las presentadas por U. E. Paoli (Universidad de Florencia), A. Latorre Segura (Universidad de Barcelona), De Visscher (Universidad de Lovaina), Sanmartí (Universidad de Barcelona), Fuenteseca (Universidad de Santiago), Santi di Paola (Universidad de Catania), Guarino (Universidad de Nápoles), D'Ors (Universidad de Santiago) y Dauvillier (Universidad de Toulouse). Paoli trató del pergamino de Dura-Europos, relativo al orden de suceder; Sanmartí del *episképtein* como acto de última voluntad; Latorre se ocupó de la situación del hijo ya nacido, en lo que se refiere a la herencia del padre, mientras se espera el nacimiento del póstumo; Fuenteseca, acerca de la *usucapio pro herede*; Santi di Paola, sobre *pro herede vel pro possessore possidere*; De Visscher trató del conflicto entre la sucesión testamentaria y el régimen de los sepulcros de familia; D'Ors, sobre el *testamentum porcelli* a propósito del testamento privado en la época postclásica; Dauvillier, sobre la influencia oriental en los testamentos de esa misma época postclásica, y Guarino, acerca del *testamentum per nuncupationem*.

Otras comunicaciones no versaron precisamente sobre temas sucesorios. Así, la de H. J. Wolff (Univ. de Maguncia), sobre el *apotimema* ático; la de Pigniol (Colegio de Francia), a propósito del llamado *Proceso de Justa*; la de Pugliese (Univ. de Milán), sobre el texto de Paulo, D., 45, 1, 49 pr., en relación con la imposibilidad de la prestación, sobrevenida estando en mora el deudor accesorio; la de Gaudemet (Univ. de París), acerca de la interpretación del Derecho por el emperador; la de Brasiello (Univ. de Bolonia), sobre la fisonomía del Derecho penal romano; la de Burdese (Univ. de Ferrara), acerca de los efectos de la consumición de dinero de otro hecha de buena fe; la de Sanfilippo (Univ. de Catania), en relación con unas curiosas alusiones al juriconsulto Pomponio en una fuente bizantina del siglo XI; la de Le Bras (Universidad de París), sobre las relaciones entre Teología y Derecho romano en la Edad Media, y, por último, la de J. Iglesias (hoy Univ. de Madrid), sobre el Derecho romano y sus complementos extrajurídicos, comunicación esta última que sirvió de brillante colofón a las que habían sido escuchadas en las sesiones precedentes. Todas ellas fueron oídas con gran interés y en muchas ocasiones fueron seguidas de un animado debate.

Fuera del interés y comentarios que suscitaron los temas que quedan reseñados, fué también objeto de especial conversación el problema de la «Nueva Historia general del Derecho romano en la Edad Media». La idea de realizar una revisión de la obra de Savigny fué hecha pública en la VII Sesión Internacional de la «Société d'Hist. de Droits de l'Antiq.», celebrada en Florencia en septiembre del 1952. Se pretende llevar a cabo una obra de colaboración internacional (con el significativo título provisional de «Nuevo Savigny»), bajo la dirección científica de E. Genzmer (Univ. de Hamburgo), y crear así un instrumento de trabajo que sustituya, o al menos complete, el libro, necesariamente anticuado, de Savigny.

Aun no presentando comunicaciones, participaron también en esta VIII Sesión otros muchos historiadores del Derecho, y especialmente romanistas, entre los cuales se contaban nombres de indudable prestigio. Deben ser aquí recordados Arangio Ruiz (Roma), Kaden (Ginebra), Beinart (Ciudad del Cabo),

U. Alvarez (Madrid), Caes (Lovaina), Pelsmaecker (Sevilla), Santa Cruz (Valencia), Senrion (Leyden), Grossara (Catania), Parrondo (Madrid), Monier (Paris), y Cardascia (Sarre) e Imbert (Nancy). Una especial mención merece también la señorita Marie-Thérèse Lenger (Bruselas), quien en todo momento fué la secretaria competente y sagaz que el Congreso requería.

Las sesiones, la presidencia de las cuales correspondió sucesivamente a Arango Ruiz, Le Bras, Kaden, Wolff y Beinart, tuvieron lugar en la Universidad, en la Abadía de Montserrat, en el Colegio de Abogados y en el Colegio Notarial. En estos centros y en general en todos los lugares que los congresistas visitaron fueron objeto de cordial y hospitalaria acogida. Junto con las entidades citadas, las autoridades de Barcelona y Tarragona dieron facilidades de todo orden y agasajaron amablemente a los participantes en actos cuya belleza tuvo aún mayor realce por la presencia de las distinguidas señoras de alguno de los congresistas.

J. A. ARIAS BONET

B) EXTRANJERAS

El derecho de la familia checoslovaca

La Asamblea Nacional de la República popular checoslovaca ha ido aprobando un conjunto de disposiciones fundamentales y complementarias, tendentes a cambiar, bajo la inspiración soviética, el anterior Derecho de Familia del país. El matrimonio se define como unión libre y permanente del hombre y la mujer, susceptible de servir a los intereses de sus miembros y de ser útil a la sociedad en su evolución progresiva. Única forma solemne de celebración es la civil ante el Comité nacional local, en presencia de dos testigos hábiles. Los futuros contrayentes vienen obligados a aportar la documentación precisa y a declarar que ignoran la existencia de impedimentos y que se hallan al corriente del estado de salud respectivo. Aunque no están prohibidas las ceremonias religiosas, sólo pueden tener lugar después del acto civil. Entre los impedimentos dirimientes figuran el ligamen, el parentesco en línea directa y en todos los grados, y en el segundo grado de la colateral, el parentesco legal y el trastorno mental o insuficiente desarrollo intelectual. Los menores no pueden unirse en vínculo matrimonial; por razones graves puede, sin embargo, autorizarse, si tienen más de dieciséis años. La nulidad puede ser instada unas veces de oficio y otras sólo a instancia de parte; declarada, supone que la unión no fue nunca celebrada, si bien las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con sus hijos quedan sometidas a las normas sobre divorcio.

Marido y mujer tienen idénticos derechos; deben vivir juntos, guardarse fidelidad y ayudarse mutuamente. Deciden, de común acuerdo, sobre todas las cuestiones familiares; en defecto de ese acuerdo, lo hace el órgano judicial. Los esposos deben contribuir al sostenimiento de la familia en proporción a sus posibilidades económicas; sin embargo, la aportación de medios puede ser compensada total o parcialmente con los cuidados personales dedicados a los hijos o al hogar. Los actos de cualquiera de los esposos, relativos a los asun-

tos ordinarios de la familia, obligan solidariamente a ambos, a menos que los Tribunales, por motivos graves, acuerden dejarlos sin efecto, y salvo, en este caso, los derechos de terceros. Los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio—con excepción de la sucesión hereditaria y la donación—se reputan parte de la comunidad legal. Su administración corresponde indistintamente a ambos; los actos «que excedan de la gestión habitual», exigen acuerdo. El acreedor del marido o de la mujer puede hacerse pago con los bienes de la comunidad. Este régimen legal del patrimonio conyugal cesa por decisión judicial pronunciada en vista de motivos graves, por interdicción de uno de los esposos y por disolución del vínculo. Para su liquidación se presume que ambos tienen una participación igual; sin embargo, en caso de divorcio, los Tribunales pueden reducir o privar de la suya a cualquiera de los cónyuges cuando se pruebe que su aportación a la comunidad fué mediocre o no existió, pero para esta resolución habrán de computarse también los cuidados dedicados a los hijos, y al hogar. La comunidad legal puede ser limitada por pacto. El divorcio puede fundarse simplemente en «desacuerdo grave y permanente» entre los esposos; a petición de ambos, la sentencia puede omitir todo pronunciamiento sobre culpabilidad.

Los padres vienen obligados a procurar el desarrollo físico y mental de sus hijos y a su sostenimiento y educación, así como a prepararles para trabajar según su capacidad en provecho de la sociedad. La obligación subsiste hasta que pueden valerse por sí mismos y atender al propio sostenimiento. El hijo que tenga bienes o ingresos propios, debe contribuir a los gastos familiares, si fuere preciso, y en tanto viva en el hogar paterno. Aun cuando no se hace diferenciación expresa entre clases de hijos, no faltan las habituales presunciones de legitimidad en favor de los nacidos dentro del matrimonio de sus padres y aún del plazo de trescientos días siguientes a su disolución.

La patria potestad, ejercida en común por el padre y la madre, supone el derecho y la obligación de dirigir los actos de los hijos, representarlos y administrar sus bienes. Debe ejercitarse «en interés del hijo y en provecho de la sociedad». El poder de representación corresponde indistintamente a cualquiera de los progenitores. Para los actos que excedan de una administración ordinaria necesitan la autorización judicial. Los productos de los bienes del hijo se destinan, en primer término, a su sostenimiento y educación; el excedente, a las necesidades justificadas de la familia. Los Tribunales pueden ordenar lo conveniente a la administración de los bienes de los hijos e incluso proveerles de un administrador dativo. Igualmente pueden suspender y aún suprimir el poder paterno en casos de «obstáculo permanente que impida su ejercicio», de abuso, o de negligencia.

La adopción crea entre adoptante y adoptado las mismas obligaciones que entre padres e hijos. No pueden ser adoptados los menores; se exige siempre el consentimiento del adoptado; una «conveniente diferencia de edad» debe mediar entre éste y el adoptante. La adopción pone fin a la potestad de los padres naturales, aunque no destruye totalmente los deberes alimenticios recíprocos. Puede ser judicialmente anulada «por motivos graves».

La tutela es siempre deferida judicialmente; se define como una «obligación de honor»; es inexcusable y la integra solamente el tutor, bajo la vigilancia de los Tribunales.

El Registro Mercantil Francés reformado

Un Decreto de 9 de agosto de 1953 modificó sustancialmente la anterior Ley de 18 de marzo de 1919, que estructuraba la institución publicadora. La medida ha suscitado en Francia una estimable bibliografía que intentamos resumir a continuación:

El régimen de 1919 estaba ya disociado de los propósitos que lo inspiraron y de las realidades económicas actuales del país. Concebido el Registro, en su origen, como instrumento de publicidad y medio de constatar oficialmente la existencia de los comerciantes definidos como tales en el Código de Comercio y de las Sociedades Mercantiles, no se hallaba en condiciones de satisfacer esa doble preocupación. Las menciones inmatriculadoras exigidas por la Ley han venido a resultar insuficientes. Las condiciones legales para el ejercicio del comercio, en particular las derivadas de la Ley de 30 de agosto de 1947, no tienen acceso a él. Las cancelaciones se dejan en la práctica a la voluntad de los interesados. El modo material de llevar el Registro, llevado de acuerdo con métodos arcaicos, acentúa la insuficiencia del sistema en los planos jurídico y estadístico.

El Decreto citado intenta remediar tales inconvenientes. Exige una más completa serie de menciones, cuya realidad habrá de comprobar el Registrador; hace imposible el ejercicio del comercio a las personas que hubieren sufrido determinado tipo de condenas, y permite obligar a los comerciantes al cumplimiento de los deberes inmediata o mediatamente coordinados con su condición de tales. Sin embargo, lo realmente importante es que, para servir a las necesidades del tráfico jurídico, ordena la inoposibilidad a tercero de menciones que no figuren en el Registro. Establece, en fin, una concordancia absoluta entre la inscripción y el ejercicio efectivo de la actividad mercantil al exigir la prueba de previa cancelación en el Registro de la inscripción de comerciantes, para derivar derechos civiles y administrativos subsiguientes a la cesación real.

En detalle, las nuevas normas establecen: Toda persona física o moral francesa o extranjera que tenga la condición de comerciante, según la Ley francesa, y ejerza actividad comercial en territorio francés, tiene el deber de inscribirse en el Registro Mercantil. Tal obligación afecta especialmente a todo individuo comerciante, aunque sea artesano y deba figurar en ese concepto en el Registro de Oficios; a las Sociedades mercantiles por su forma o por su objeto; a las empresas comerciales extranjeras que tengan sucursales en Francia; a las francesas de carácter público cuando tengan actividades industriales y gocen de capacidad civil y autonomía financiera, y a las agencias comerciales de Estados, establecimientos o colectividades extranjeras con sede en territorio francés.

Además de los Registros locales, a cargo del Secretario del correspondiente Tribunal civil o mercantil, existe uno Central, radicado en el Ministerio de Industria y Comercio de París con misión centralizadora. Calificada la solicitud de inscripción, se procede a practicarla con carácter de única; si el comerciante o Sociedad mercantil tienen varios establecimientos, se complementa con otros asientos sumarios de referencia. La inmatriculación y la cancelación

deben solicitarse en los dos meses inmediatamente siguientes a la iniciación o la cesación en el ejercicio del comercio.

La inscripción en el Registro implica la presunción *ius tantum* de que la persona física o moral inscrita tiene la condición de comerciante. La no inscripción priva de esa condición frente a terceros y frente a la Administración, en tanto no se practique. Sin embargo, el comerciante no inscrito no puede alegar tal circunstancia para exonerarse de sus deberes como tal. En tanto no tenga lugar la cancelación, quien aparece como titular en el Registro, es responsable de las obligaciones contraídas por su sucesor dentro del giro o tráfico normal del negocio. Los efectos positivos y negativos del Registro se aplican también a: 1) La revocación de la emancipación de un menor comerciante; 2) Las resoluciones judiciales definitivas declarando la interdicción de un comerciante; 3) El matrimonio de una persona comerciante y las sentencias de nulidad del mismo; 4) La demanda de separación de bienes presentada por la mujer de un comerciante; 5) Las sentencias de separación y de divorcio; 6) Los actos restableciendo entre los esposos la comunidad patrimonial interrumpida; 7) La declaración de que la mujer ejerce el comercio con independencia del marido, así como la oposición de éste a tal ejercicio; 8) Las sentencias definitivas declarando la inexistencia o disolución de una Sociedad Mercantil; 9) La cesación y revocación de poderes conferidos por una persona comerciante; 10) En las Sociedades de responsabilidad limitada, las cláusulas otorgando a los asociados intereses, incluso en ausencia de beneficios.

Un Reglamento especial determinará las condiciones de presentación de las demandas de inscripción, el detalle de las circunstancias que en las mismas deben consignarse y el enlace de los asientos entre sí dentro del mecanismo registral.

ARTURO GALLARDO RUEDA .

II.

El Concordato y las disposiciones vigentes

Circular número 9 del Tribunal Supremo (1)

Al promulgarse, por acuerdo de la Jefatura del Estado de 19 de noviembre último, la aprobación y ratificación del Concordato suscrito en 27 de agosto anterior entre la Santa Sede y el Estado Español, han venido automáticamente a incorporarse a nuestra Legislación Civil nuevas normas de inexcusable observancia para los Tribunales de Justicia, y, aunque su texto no adolece ciertamente de oscuridad, tanto en la letra como en el espíritu, el indudable alcance que necesariamente ha de concederse a sus prescripciones y la evidente trascendencia de lo concordado, singularmente en su aspecto procesal, en contraste con las ordenaciones hasta ahora en aplicación, aconsejan a esta Presidencia, en tanto no sean dictadas las disposiciones de derecho interno a que hace referencia el artículo XXXVI del referido Convenio, poner a contribución las facultades que, para el más exacto cumplimiento de las Leyes y el mejor desenvolvimiento de la función judicial, le están conferidas por las disposiciones orgánicas vigentes, señalando y subrayando las orientaciones más en consonancia con los elevados fines que la reciente vinculación entre los Poderes Eclesiástico y Civil persigue.

Importa destacar en preferente lugar el concepto fundamental de sociedad perfecta que a la Iglesia se atribuye por el artículo II y que preside toda la legalidad concordada, ya que ello sirve de presupuesto con legítimas derivaciones a los postulados que a propósito de su peculiar soberanía se dejaron ya traducidos en los Cánones 120, 1.553 y otros del *Codex Iuris Canonici* y se reflejan en las normas que para el mutuo respeto de la independencia de ambas Potestades se desenvuelven concretamente en los artículos XVI y XVII del Concordato.

Señalan estos últimos textos las distintas fórmulas de coordinación a que deberá atenerse la actuación judicial en sus relaciones con la jurisdicción eclesiástica, cuyo sentido, aunque ha de resultar obvio en principio para la acreditada competencia y rectitud de los llamados a su aplicación, no ha de parecer inoportuno subrayar, siquiera sea en sus más sustanciales matices, en este momento, sin perjuicio de las ulteriores instrucciones que la realidad aconseje dictar.

A tal efecto y siguiendo el propio orden en que la disposición concordada se pronuncia en los artículos citados, hecha abstracción de otras materias de carácter sustantivo, cuyo enjuiciamiento compete exclusivamente a la esfera autonómica del funcionario judicial, son de anotar las siguientes peculiaridades:

(1) La circular que publicamos ha sido dictada, en uso de sus facultades, por la Presidencia del Tribunal Supremo, con el fin de adaptar provisionalmente las disposiciones del nuevo Concordato con la Santa Sede, a las urgentes necesidades que se presentan, a reserva de cualquier otra instrucción definitiva sobre la materia, o de la promulgación de nuevas normas, de las que procuráramos dar cuenta a nuestros lectores.

ARTÍCULO XVI

Apartado 1.º Incorpora a nuestra Legislación este Apartado, en su aspecto procesal, la sustantividad del Canon 120 del Código Canónico, al exigir la previa licencia de la Santa Sede para el emplazamiento ante un juez laico de las personas en dicho Canon consignadas, cuales son «los Cardenales, Legados de la Santa Sede Apostólica, Obispos, incluso los titulares, Abades y Prelados Nullius y Superiores Supremos de las religiones de Derecho Pontificio», enumeración que excluye a los Oficiales y Mayores de la Curia Romana, respecto a los que la necesidad de licencia previa se circunscribe a aquellos casos en que se trate de asuntos pertenecientes a sus cargos.

La claridad del precepto excusa toda ampliación, como no sea la de significar que el procedimiento a seguir será el de la correspondiente exposición al Ministerio de Justicia para obtener por su conducto el consentimiento de que se hace antes mención.

Apartado 2.º Alude a asuntos o causas contenciosas sobre bienes y derechos temporales en que fueren demandados Clérigos y Religiosos. Como puede V. E. observar, la exigencia ha de entenderse en el sentido, no ya de una previa licencia, como en el caso a que el Apartado precedente se contrae respecto al Fuero de Prelados, sino tan sólo en el de la obligatoriedad de una previa notificación al Ordinario del lugar en que el procedimiento se instruya y la comunicación al mismo de las sentencias o decisiones que en el mismo recaigan.

Ocioso es advertir, por su evidencia, que aparte de la calidad de los demandados (Clérigos o Religiosos sin Fuero de Prelados) el precepto se contrae exclusivamente a bienes o derechos temporales, sustraídos por su naturaleza a la Potestad jurisdiccional excluyente de la Iglesia, ya que de no ser así, habría de resultar, no por fuerza del propio Concordato, sino por imperio de la misma Legislación Civil, una manifiesta incompetencia por razón de la materia, así como tampoco habrá de ser necesario razonar que el alcance del precepto llega a todo género de procedimientos, ya sean de índole civil, mercantil, social o contencioso-administrativo, con exclusión de los de orden penal, regulados separadamente.

En cuanto a la forma o trámite en que esas comunicaciones han de llevarse a efecto, si bien no existe una norma concreta que lo determine, parece inferirse que el Juez o Tribunal que conozca de los autos o recursos debe, de notificar por comunicación escrita al respectivo Ordinario, tanto la interposición de las demandas y recursos, como cuantas resoluciones se dicten y pongan término al procedimiento en cualquiera de las instancias o recursos, absteniéndose de hacerlo con respecto a todos aquellos proveídos que en el curso del proceso no revistan la apuntada característica. De todas esas notificaciones deberá dejarse la adecuada constancia en las diligencias de que dimanen.

Apartados 3.º y 4.º Se da por sentado en estos Apartados una elemental distinción en materia penal al aludir, por una parte, a aquellos hechos que exclusivamente violan una Ley Eclesiástica, para cuyo conocimiento y enjuiciamiento se reconoce la privativa competencia de los Tribunales de la Iglesia, sin posible ingerencia de la Potestad civil (Apartado 3.º), y, por otro, aquellos

supuestos que, constituyan o no a la vez, quebrantamiento de leyes eclesiásticas, estuvieran previstos y sancionados por las leyes punitivas del Estado, a cuyos órganos judiciales atribuye en todo caso la jurisdicción (Apartado 4.º).

Desde luego, no ha de ofrecer duda alguna la interpretación de referencia, ya que totalmente concuerda con lo estatuido, tanto por nuestro Código Penal de su artículo 1.º, como en los concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, doctrina muy en consonancia, asimismo, con la que se contiene en el Canon 2.198, núm. 3.º, según el cual «la Autoridad Eclesiástica persigue por su naturaleza el delito que sólo quebranta una Ley de la Iglesia, reclamando algunas veces, cuando la misma Autoridad lo juzgase necesario u oportuno el auxilio del brazo secular; la Autoridad castiga por derecho propio, salvo lo que se determina en el Canon 120—con la variante que para la adaptación a nuestro ordenamiento prevé el núm. 4.º del artículo XVI—, el delito que solamente quebranta una Ley de la sociedad civil, si bien la Iglesia tiene competencia sobre él por razón de pecado; el delito que infringe la Ley de una y otra sociedad puede ser castigado por ambas Potestades».

Materia, en cambio, que, por sus aparentes divergencias con la legislación hasta hoy en vigor, merece un muy especial estudio es la referente a la actuación judicial cuando el proceso penal haya de afectar a Clérigos o Religiosos.

Dispone para estos casos la voluntad concordada que la Autoridad judicial, antes de proceder, deberá solicitar, sin perjuicio de las medidas precautorias oportunas y con la debida reserva, el consentimiento del Ordinario respectivo, el que está facultado para denegarlo sin necesidad de expresar los motivos, cuando así lo estime conducente. Es decir, que cualquiera que fuere la naturaleza del hecho criminoso, entre los previstos en nuestra Legislación penal, por el que haya de procederse, bien se trate de delito o ya de simples faltas, de la competencia de la Justicia Municipal, tan pronto como surja una presunta responsabilidad contra las personas a que el Apartado se contrae, es imperativa la solicitud a la Autoridad antedicha, sin la que, si bien el procedimiento habrá de incoarse y seguirse en cuanto a la adopción de las prudentes medidas precautorias que se juzguen indeclinables, así como en caso de pluralidad de responsables ha de procederse contra los que no ostenten la condición de aforados, la actuación judicial deberá de quedar en suspenso respecto a éstos y condicionada al resultado de la consulta prevenida. La fórmula procesal que se ofrece como más indicada para evacuar ese trámite a que se subordina el sometimiento a acción penal, sea por razón de delito, conforme al artículo 384 de la Ley criminal, o sea por motivos de faltas, es la de una exposición por escrito al Ordinario, en la que a la vez se hagan constar las motivaciones de solicitud del consentimiento, así como la fijación de un término de extrema cortesía para la contestación, se formule la petición antedicha.

Pueden por tal motivo surgir tres distintas situaciones: 1.ª Que la autorización se deniegue; 2.ª, que se otorgue, y 3.ª, que no se obtenga contestación en ninguno de ambos sentidos en el plazo que se hubiere señalado. En el primer supuesto, la actuación judicial se limitará a unir a los autos el escrito denegatorio que a tenor del Apartado viene obligada la Autoridad Eclesiástica a remitir, y, sin ninguna otra averiguación ni diligencia, suspenderá definitivamente el procedimiento en cuanto al Clérigo o Religioso afecte. En

los restantes supuestos 2.º y 3.º, cualquiera que sea la forma en que de modo auténtico llegue a conocimiento del Instructor el asentimiento del Ordinario, y cuando no llegara a obtenerse, lo que no es de esperar, contestación alguna, el Instructor seguirá el procedimiento en la forma ordinaria, sin precisión de ninguna otra constancia en autos, mas que una fehaciente diligencia de haberse cumplido debidamente en tiempo y forma la prescripción canónica.

La bien acreditada discreción de nuestra Judicatura no ha de necesitar seguramente un mayor acuciamiento en su celo en cuanto la reserva y cautela que al respecto impone la letra del Texto concordado, una vez que, por otra parte, el secreto sumarial viene obligado conforme a la Ley procesal, pero ello no obstante no quiere esta Presidencia dejar de acentuar la trascendencia de ese punto de vista, en relación no tan sólo con las personas, sino con los sagrados intereses que representan y que por erróneos juicios pudieran resultar afectados por una conducta de innecesaria e imprudente publicidad.

El párrafo final del Apartado 4.º, con una visiblemente mayor razón de ley, reitera lo prescrito con respecto a las resoluciones civiles, al insistir en la obligación de comunicar al correspondiente Ordinario los resultados de la instrucción, exigencia que ha de entenderse referida a los pronunciados sobre procesamiento y a las sentencias definitivas del proceso.

Apartado 5.º Se diferencia en el mismo los casos de detención o arresto y los de cumplimiento de penas de privación de libertad por parte de Clérigos o Religiosos.

Por revestir la noción del arresto o detención un carácter provisional o interino, ha bastado a la voluntad concordada con hacer un llamamiento a la discreción judicial, en obsequio a la condición de los encartados, para que les sean guardadas, en tanto persista tal situación, las consideraciones adecuadas al estado y grado jerárquico, norma que, por su notoria elasticidad, ha de ser confiada a la rectitud y ponderación de los instructores en cada caso.

En cambio, el precepto, en cuanto al cumplimiento de penas privativas de libertad, ofrece otros matices, de entre los que en el momento presente, y hasta tanto que una nueva norma legislativa señale otras fórmulas de coordinación más concretas, ha de ser oportuno destacar el de que tales penas, o deberán ser cumplidas en la casa eclesiástica o religiosa que conjuntamente el Ordinario del lugar y la Autoridad judicial, o sea la Audiencia respectiva, designe, o, en otro caso, en locales distintos a los que se destine a los penados seculares, salvo que el aforado condenado hubiere sido privado de su condición eclesiástica expresamente.

Ninguna duda ha de ofrecer, por su claridad, el último párrafo de este Apartado, ya que no es otra cosa más que la exacta aplicación de la legalidad en vigor.

Apartado 6.º Constituye la doctrina de este Apartado sobre limitación de embargos una mera alusión al derecho positivo actualmente en vigor con respecto a la necesidad de atender, en los casos de traba de bienes, a la posibilidad de la congrua sustentación del que fuera objeto de embargo, con la sola diferencia de que, así como para los supuestos de hecho de un carácter general las Leyes españolas tienen establecidas casuísticas fórmulas en cuanto al módulo que ha de servir de base para la estimación de esa circunstancia, se deja en el Apartado de que se trata al arbitrio judicial la fijación cuantitativa

del beneficio, siempre que su aplicación afectare a eclesiásticos, marcando tan sólo como factores la honesta sustentación y el decoro del estado de quien fuere objeto de embargo, datos sobre los que no es posible señalar reglas fijas, quedando enteramente sometidos a la prudencia judicial, que deberá velar en todo momento para que su finalidad se cumpla, procurando también rectificar, cuando llegue la ocasión, lo que pudiera contribuir a enturbiar o contrariar el propósito que la disposición concordada persigue.

Apartado 7.º Ha de bastar para la aplicación del precepto que este Apartado contiene, su simple lectura, en contraste con lo que dispone el artículo 27 de nuestro Código Penal, en cuanto a calificación de penas, resultando evidente que, siempre que los Clérigos o Religiosos hubieran de comparecer como testigos ante Tribunal laico, en los casos en que se trate de delitos graves, no precisará la jurisdicción criminal de licencia alguna para su citación y obligada comparecencia; pero si el delito fuere de los castigados con pena de tal carácter por la Legislación del Estado, habrá de solicitarse inexcusablemente la licencia del Ordinario del lugar, en que el proceso se instruya para que el testigo que ostenta aquella condición comparezca. No habrá de resultar inoportuno en este último caso que para que puedan enjuiciarse debidamente, por parte de quien ha de conceder la autorización de comparecencia, la importancia de la declaración y su trascendencia en la investigación sumarial, se haga constar, siquiera sea sucintamente o en esencia, las motivaciones de la citación por las resultancias del proceso.

Precisa asimismo fijar la atención, en el inciso del Apartado de que se trata, según el que en ningún caso podrán los Clérigos o Religiosos ser requeridos por Autoridad Civil alguna para suministrar informaciones sobre personas o materias de que tuvieren conocimiento por razón de su sagrado ministerio, indicación concordada de un carácter preceptivo que no solamente reitera lo establecido en la Ley Criminal sino que al extenderla a toda clase de asuntos, responde a la independencia y garantía que debe rodear la misión de paz aneja al Ministerio Eclesiástico, que resultaría perjudicada si no se alejara de la contienda en todos aquellos supuestos en que el conocimiento se ha confiado al secreto de una conciencia sacerdotal.

ARTÍCULO XVII

La inmediata relación entre el artículo 17 del Concordato y el 324 de nuestro Código Penal, es tan diáfana que releva de especial comentario aclaratorio. Tan sólo habrá de aludirse a la prevención concordatoria para impedir y sancionar el público uso de hábito eclesiástico, no tan sólo por seglares, sino también por aquellos clérigos y religiosos a quienes hubiera sido prohibido por decisión firme de la competente Autoridad Eclesiástica. Con precisión acertada establece el Concordato que para ser perseguible en este último supuesto de hecho, es condición previa que la firme disposición prohibitiva haya sido comunicada oficialmente al Gobierno, por lo que el Instructor, antes de proceder, precisará o la excitación oficial en la que conste el cumplimiento del aludido trámite o la información previa que directamente y en forma auténtica se le suministre sobre tal aspecto, o bien, por último, que esa comunicación del Gobierno, haya aparecido recogida en una publicación oficial del Estado. En cualquiera de estos

casos habrá de llevarse al sumario la suficiente constancia. Inútil habrá de ser añadir que no rige para estos supuestos el artículo 16 del Concordato, ya que los trámites anteriores de la Jerarquía Eclesiástica lo suple o dispensa.

Merecerían además de lo expuesto una especial atención y estudio otros diversos aspectos, entre los que son de singular relieve los referentes a la noción y alcance de la inviolabilidad de los Lugares Sagrados y Religiosos a que se contrae el artículo 22 y la coordinación entre ambas Potestades jurisdiccionales en los supuestos previstos por los dos artículos siguientes, pero como en un principio se anota, es de conceptuar suficiente el recto criterio judicial para su adecuada inteligencia, a reserva de las ampliaciones que la práctica oportunamente aconsejase, por lo que esta Presidencia ha querido limitar estas iniciales observaciones a aquellos puntos de vista de la nueva ordenación que ha considerado más fundamentales y de una más inevitable conexión con la actividad judicial ordinaria, señalando orientaciones de sentido práctico en lo posible, no en función de enseñanza que pugnarían no sólo con la claridad de expresión del Texto Concordado, sino también con la formación técnica y espiritual de nuestra Magistratura, sino más bien y principalmente en significación acentuada del importantísimo interés y celo con que debe contribuirse al exacto cumplimiento de tan transcendental instrumento legislativo en todos los ámbitos de la Administración de Justicia.

Se servirá, en consecuencia, V. E. acusando recibo de la presente adoptar las oportunas determinaciones para que llegue a conocimiento de los funcionarios judiciales de ese territorio en todos sus grados jerárquicos y vigilar la ejecución de lo concordado, dando cuenta, en su caso, a mi autoridad, de las incidencias que con tal motivo llegaren a suscitarse o precisaren un superior asesoramiento.

Madrid, 28 de enero de 1954.

III. INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI, Rafael IZQUIERDO
y José Luis LLORENTE.

CONCORDATO ENTRE LA SANTA SEDE Y EL ESTADO ESPAÑOL. *Florado en la Ciudad del Vaticano el día 27 agosto 1953.* (Instrumentos de ratificación BB. OO. 19 noviembre y 7 diciembre.)

Artículo XXXVI. 2. Con la entrada en vigor de este Concordato se entienden derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes y reglamentos que en cualquier forma se opongan a lo que en él se establece.

El Estado español promulgará en el plazo de un año las disposiciones de Derecho interno que sean necesarias para la ejecución de este Concordato.

Disposiciones que afectan al Derecho civil.

PARTE GENERAL

LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIASTICOS: CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN.

Artículo IV. 1. El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato contituidas según el Derecho Canónico, en particular a las diócesis con sus instituciones anejas, a las parroquias, a las órdenes y congregaciones religiosas, las sociedades de vida común y los institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano; a sus provincias y a sus casas.

2. Gozarán de igual reconocimiento las entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en España por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el decreto de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado.

3. La gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes pertenecientes a entidades eclesiásticas o asociaciones religiosas y la vigilancia e inspección de dicha gestión de bienes corresponderán a las autoridades competentes de la Iglesia.

DERECHOS REALES**LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA.**

Artículo XXI. Cuando se trate de "objetos de mérito histórico o de relevante valor artístico": 4. La Santa Sede consiente en que, caso de venta de tales objetos por subasta pública, a tenor de las normas de Derecho Canónico, se dé opción de compra, en paridad de condiciones, al Estado.

DERECHO DE OBLIGACIONES**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL: LIMITACIONES LEGALES.**

Artículo XVI. 6. Caso de decretarse embargo judicial de bienes, se dejará a los eclesiásticos lo que sea necesario para su honesta sustentación y el decoro de su estado, quedando en pie, no obstante, la obligación de pagar cuanto antes a sus acreedores.

DERECHO DE FAMILIA**MATRIMONIO CANÓNICO: REQUISITOS PREVIOS.**

Declaración del Protocolo final en relación con el artículo XXIII.
b) Las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho Canónico.

MATRIMONIO CANÓNICO: EFECTOS CIVILES.

Artículo XXIII. El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Declaración del Protocolo final en relación con el artículo XXIII:

A) Para el reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta de matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente.

Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos:

1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles.

2. La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella.

A tal fin, será suficiente la presentación en las oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado.

La citada inscripción será comunicada al párroco competente por el encargado del Registro civil.

3. La muerte de uno o ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.

4. Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas.

MATRIMONIO CANÓNICO: NULIDAD Y DIVORCIO.

Artículo XXIV. 1. El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino.

2. Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente.

3. Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles, y ordenará—cuando se trate de nulidad, de dispensa “super rato” o aplicación del Privilegio Paulino—que sean anotadas en el Registro del Estado civil al margen del acta de matrimonio.

4. En general, todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieran sido comunicados a las competentes autoridades del Estado, las cuales prestarán, además, el apoyo necesario para su ejecución.

MATRIMONIO CIVIL: MATRIMONIO MIXTO: IMPEDIMENTOS.

Declaración del Protocolo final en relación con el artículo XXIII.

c. En materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico.

d. En la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural.

LA INSTITUCIÓN TUTELAR: EXCUSAS.

Artículo XIV. Los clérigos y los religiosos no estarán obligados a asumir cargos públicos o funciones que, según las normas del Derecho Canónico, sean incompatibles con su estado.

DERECHO DE SUCESIONES

CAPELLANÍAS.

Artículo XII. La Santa Sede y el Gobierno español regularán, en acuerdo aparte y lo antes posible, cuanto se refiere al régimen de capellanías y fundaciones pías en España.

Disposiciones que afectan al Derecho Procesal.

DERECHO PROCESAL CIVIL

EMPLAZAMIENTO.

Artículo XVI. 1. Los Prelados de quienes habla el párrafo 2.º del canon 120 del Código de Derecho Canónico no podrán ser emplazados ante un juez laico sin que se haya obtenido previamente la necesaria licencia de la Santa Sede.

COMPETENCIA.

Artículo XVI. 2. La Santa Sede consiente en que las causas contentiosas sobre bienes o derechos temporales en las cuales fueren demandados clérigos o religiosos sean tramitadas ante los Tribunales del Estado, previa notificación al ordinario del lugar en que se instruye el proceso, al cual deberán ser también comunicadas en su día las correspondientes sentencias o decisiones.

TESTIGOS.

Artículo XVI. 7. Los clérigos y los religiosos podrán ser citados como testigos ante los Tribunales del Estado.

EMBARGO (D. c., III).

TRIBUNAL DE LA ROTA: Lo confirma el artículo XXV.

DERECHO PROCESAL PENAL

En materia de Derecho Procesal Penal el artículo XVI contiene reglas en los números 4, 5 y 7 referentes al procesamiento y arresto de clérigos y religiosos, cumplimiento de las penas de privación de libertad y comparecencia como testigos.

Otras disposiciones

El artículo XX ha establecido la exención de impuestos y contribuciones estatales y locales para gran número de bienes y actividades eclesiásticas.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA PERSONA: EL DEBER DE RESPETO A LA PERSONA: LA FAMA: *Se regula, a efectos administrativos, la rectificación de cualquier inexactitud o equivoco, que afecten a una persona, difundidos en una emisión de radio* (Decreto 11 septiembre 1953; BB. OO. del 5, 8 y 9 de octubre).

A. EXPOSICIÓN: El artículo 1.º reproduce, aunque modificado, el 1.º del Decreto de 13 marzo 1953 que estableció el derecho de rectificación en la Prensa (1). El 2.º autoriza a la Dirección General de Radiodifusión y Delegaciones Provinciales del Ministerio de Información y Turismo para apreciar "con plenas facultades la procedencia de la rectificación en caso de desacuerdo por los interesados, así como la forma y condiciones en que esta rectificación haya de ser, en su caso, radiodifundida". El párrafo 2.º mantiene la independencia de estas sanciones respecto a las responsabilidades civiles y penales exigibles por los Tribunales de Justicia y las declaraciones que puedan hacer éstos sobre el derecho de rectificación establecido.

B. OBSERVACIONES: 1. Como ya el preámbulo expone, se admite "un mayor margen de discrecionalidad por parte de la autoridad encargada de tutelar este derecho" cuando se trata de la Radio, que el establecido en el Decreto ya citado referente a la Prensa (art. 2.º, párrafo 2.º).

2. En tanto el Ministerio de Información y Turismo no dicte las normas complementarias, conforme le autoriza el artículo 3.º, parece que se puede entender aplicable, en cuanto no se oponga, el Decreto de rectificación en la Prensa, y la Orden de 25 mayo 1953 que lo desarrolló.

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN INTERÉS DE LA RIQUEZA FORESTAL: *En uso de las facultades concedidas al Ministro de Agricultura por el artículo 7.º del Decreto de 13 de mayo último, y para su mejor cumplimiento, etc. a normas complementarias sobre cortas en montes de propiedad particular* (Orden de Agricultura de 21 septiembre 1953; B. O. del 28).

Respecto al Decreto mencionado, véase A D C, VI, III, pág. 687. En la presente disposición sólo se incluyen normas de tipo administrativo referentes a los trámites de notificación de la corta, formalización de la autorización, reconocimiento de la corta ejecutada, etc.

(1) Véase A. D. C. tomo VI, fascículo II, págs. 487 y ss.

2. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: *Se dictan normas complementarias al Decreto de 26 de junio último sobre limitación de plantaciones de agrios (Orden de Agricultura de 27 julio 1953; B. O. del 3 de septiembre).*

Se pone de relieve el aspecto penal del Decreto de limitación que ya se apuntaba en las disposiciones transitorias del mismo (1).

En efecto, toda plantación de agrios llevada a cabo sin autorización se considerará clandestina, y una vez comprobada por la Jefatura Agronómica su realización, se instruirá el oportuno expediente al agricultor, quien vendrá obligado a arrancar los árboles en el plazo de quince días. Transcurrido dicho plazo sin hacerlo, la Jefatura podrá considerar esta actitud de rebeldía para agravar la sanción económica (Ap. 8.º de la Orden de 27 de julio).

3. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA: *Se desarrolla la Ley de 5 noviembre 1940 sobre cultivo obligatorio (Orden de 8 octubre 1953; B. O. del 12).*

4. POSESIÓN: PÉRDIDA: *Se autoriza a la Dirección General de Regiones Devastadas para proceder al derribo de cuevas, chabolas, barracas y ruinas de edificios abandonados, existentes a la entrada de las poblaciones, incluso en determinadas condiciones, cuando estén habitadas (Decreto de 11 agosto 1953; B. O. del 7 de octubre).*

A. EXPOSICIÓN: El artículo 1.º atribuye a la Dirección General de Regiones Devastadas "la facultad de proceder al derribo de cuevas, chabolas, barracas y otras construcciones análogas deshabitadas, así como de las ruinas de edificios abandonados existentes a las entradas de las poblaciones y en las cercanías de carreteras de gran tránsito turístico, siempre que los Ayuntamientos carezcan de los medios necesarios para realizarlo". "En caso de estar aquellas habitadas, deberá previamente arbitrase la solución conveniente a fin de dar cobijo a sus pobladores". (artículo 2.º)

B. OBSERVACIONES: 1. Si las construcciones a que se refiere el artículo 1.º del Decreto están sobre terrenos de propiedad privada, su derribo puede afectar a posibles relaciones arrendaticias existentes sobre ellas.

2. Los ocupantes de estas cuevas, chabolas, etc., tienen una posición más desventajosa que la de precaristas en cuanto que su desalojo no exige proceso, pero como contrapartida se exige previamente al derribo proveerles de cobijo. Este requisito limita el ejercicio de la facultad concedida a la Administración para el adecentamiento de las ciudades.

III. Derecho de obligaciones

1. CONTRATO DE EXHIBICIÓN DE PELÍCULAS: LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN INTERÉS DE LA INDUSTRIA NACIONAL: *Como medida*

(1) Véase A. D. C., VI, III, pág. 686.

de protección a la industria cinematográfica nacional, se establece y regula la exhibición obligatoria de películas nacionales en los cinematógrafos del país (Orden de Información y Turismo de 11 agosto 1953; Boletín Oficial del 10 de septiembre).

Hay precedentes en las Ordenes de Industria y Comercio de 10 diciembre 1941 y 13 octubre 1944.

2. CONTRATO DE TRABAJO: *Se modifica el texto articulado de la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante (Orden de Trabajo de 23 julio 1953; B. O. del 2 del gsto).*

Pasado el plazo concedido por la Ley de Bases, se promulgó el texto articulado por Orden de Trabajo (Véase A. D. C. VI, I, pág. 197).

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: REGISTRO GENERAL: *Se crea en la Dirección General de los Registros y del Notariado este Registro general, que ha de establecerse en forma análoga al que funciona para las Sociedades Anónimas (Decreto de 22 julio 1953; B. O. del 12 de agosto).*

En la E. de M. del presente Decreto no se ha tenido en cuenta exactamente el tenor del artículo 2.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que al prohibir "adoptar una denominación idéntica a la de otra Sociedad preexistente", añade, "sea o no limitada", lo que implicaría en el futuro organismo registral una función omnicompreensiva respecto al control de nombres de cualquier clase de Sociedad.

Por todo ello, es de esperar que la autoridad competente perfile el Registro de nombres que hoy se crea, estableciendo una organización que dé cumplido desarrollo al citado artículo 2.º

Ya se ha manifestado la conveniencia de un Registro General de Sociedades, que absorba el de Anónimas y Limitadas, apuntándose la coyuntura favorable con la esperada promulgación del Reglamento del Registro Mercantil modificado ("Comentarios a la Ley de Sociedades Limitadas". Pablo e Hilario Salvador Bullón, Madrid, 1953).

2. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *Se subsanan errores cometidos al publicar la Ley de 17 de julio de 1953 (B. O. del 15 de agosto). (v. A. D. C., VI, III, págs. 692 y sigs.)*

3. CONTRATO DE TRABAJO: *Modificación del texto articulado de la Ley sobre Condiciones del trabajo en la Marina Mercante (v. D. c., III, 2).*

DERECHO PROCESAL

1. PROCESOS ESPECIALES: PROCESO EN MATERIA DE SEGUROS: *En virtud de las facultades concedidas al Ministro de Hacienda por el artículo 11 del Decreto de 17 mayo 1952, que refundió en uno solo los distintos Tribunales Arbitrales de Seguros entonces existentes, se aprueba el Reglamento del Tribunal Arbitral de Seguros (Orden de Hacienda de 10 agosto 1953; B. O. del 3 de septiembre).*

A. EXPOSICIÓN: 1. Organización.—El Tribunal Arbitral de Seguros, en el que se refunden los antiguos Tribunales del Seguro Obligatorio de Viajeros, de Seguros sobre la vida y de Seguros del campo, estará compuesto por dos Magistrados del Tribunal Supremo y por un técnico de la Dirección General de Seguros que reúna la condición de Letrado, así como un Secretario, también Letrado, nombrándose los cuatro miembros por el Ministerio de Hacienda (arts. 1.º y 2.º).

2. Competencia.—En materia de Seguro Obligatorio de Viajeros conocerá de todos los asuntos que le someta la Comisaría de este Seguro y de los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones del Consejo de Dirección y Administración de dicha Comisaría (artículo 6.º).

En relación con los Seguros sobre la vida conocerá de las discrepancias que surjan entre asegurados o beneficiarios y aseguradores y en las reclamaciones formuladas por estos últimos acerca de las deudas contraídas por los asegurados (art. 7.º).

En materia de Riesgos catastróficos su competencia se extenderá a las discrepancias que surjan entre asegurados aseguradores respecto a la aplicación de las Leyes de 24 junio 1941, 26 septiembre 1941 y 17 octubre 1941 y del Decreto de 5 de mayo 1944 (art. 8.º).

Finalmente, en relación con los Seguros del Campo, el Tribunal conocerá en las cuestiones derivadas del cumplimiento e interpretación de los contratos de Seguros entre los asegurados y las Entidades aseguradoras y en las referentes a los contratos de reaseguro, colaboración directa y retrocesión entre dichas Entidades y el Servicio Nacional de Seguros del Campo (art. 9.º).

3. Procedimiento.—a) En única instancia (casos de los artículos 7.º, 8.º y 9.º, letras a) y b).—El procedimiento podrá iniciarse con un escrito firmado conjuntamente por las partes expresando el desacuerdo entre ellas (art. 11). El Tribunal dará en este caso a las partes un plazo común de quince días para que formulen sus pretensiones por escrito, acompañando toda clase de documentos (art. 12). En general, el procedimiento que se sigue es el de incidentes, con la particularidad de que terminado el período de prueba, pasarán los autos a dictamen del Consorcio a que corresponda la cuestión debatida, por el plazo de diez días, y una vez devueltos, el asunto se trae a la vista (arts. 16 y 17).

Las costas, que deberán imponerse a una sola de las partes cuando

se apreciase temeridad, importarán—además del timbre y los gastos de tramitación del asunto—el tres por mil de la cuantía del negocio, sin que puedan ser inferiores a 100 pesetas (art. 25).

b) En los recursos de alzada (contra las resoluciones del Consejo de Dirección y Administración del Seguro Obligatorio de Viajeros).—El recurrente deberá comparecer ante el Tribunal dentro del término de treinta días a contar del siguiente al de la notificación de la resolución recurrida, bien por escrito o por comparecencia verbal. Recibido el expediente, el Tribunal lo pondrá de manifiesto al interesado para que en el plazo de diez días formule por escrito las alegaciones, presente documentos o proponga la prueba. Solamente podrá pedirse vista si la cuantía de la indemnización reclamada excede de 1.000 pesetas (arts. 28 y ss.).

Por último, se indica con relación a este procedimiento de alzada que se aplicarán como supletorios de su correspondiente capítulo, los preceptos del texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 8 de febrero 1952 (art. 39).

c) Disposiciones comunes.—Las partes podrán defenderse por sí mismas o por medio de letrado (art. 40); no podrán plantearse ante este Tribunal incidentes de nulidad de actuaciones o cualesquiera otros que sirvan de obstáculo a la continuación del procedimiento (art. 41); las resoluciones de este Tribunal serán firmes y ejecutorias (art. 47) y se ejecutarán en defecto de cumplimiento voluntario, utilizando el procedimiento administrativo de apremio (art. 48).

Las cuestiones de competencia que se planteen entre el Tribunal Arbitral y los órganos de la jurisdicción ordinaria se resolverán conforme a los artículos 72 y siguientes de la L. E. C. por una Sala compuesta del presidente y un magistrado de la Sala I del Tribunal Supremo y otro del Arbitral, designado por su presidente (art. 49).

Finalmente, se declara como derecho supletorio del Reglamento—salvo lo dispuesto en el artículo 39—las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los antiguos Tribunales Arbitrales de Seguros y, en su defecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 52).

B. OBSERVACIONES: El precedente más significado de este Reglamento y de Decreto que desarrolla es la Ley de 17 mayo 1940 que estableció el Tribunal Arbitral para el ramo de Seguros de Vida, extendiéndose más tarde a otras ramas (1). Es, por ello, aplicable a la presente disposición y en sus líneas generales la crítica que se hizo de aquella Ley (2).

El Reglamento actual tiene por finalidad principal la unificación administrativa y la coordinación del criterio resolutivo en las diversas ramas del Seguro. Hay que resaltar, en todo caso, los aspectos administrativos de este precepto; así cuando respecto al recurso de alzada se declara como derecho supletorio la Ley de lo Contencioso-administrativo o cuando injustificadamente se prescribe el apremio administrativo para la ejecución de sentencias del Tribunal Arbitral.

(1) En virtud del llamado Laudo de 27 de noviembre de 1940.

(2) Así Prieto Castro: *Dcho. Procesal Civil*, II, págs. 175 y ss.

OTRAS DISPOSICIONES

UTILIDADES: TARIFA 1.ª: NOTARIOS: *Se aclara y rectifica la escala contenida en el Decreto de 24 enero 1941, referente a la tributación de los Notarios por tarifa 1.ª de Utilidades. (Orden de 2 octubre 1953; Boletín Oficial del 11).*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: "El Reconocimiento de la Filiación Natural". Editorial Bosch, Barcelona, 1954; 248 págs.

Nos hallamos ante un estudio muy completo de los problemas que plantea el reconocimiento de los hijos naturales.

Comienza el autor exponiendo, en líneas generales, el concepto del reconocimiento en el Derecho romano y en el Derecho histórico español. Hace notar a este respecto que ni el Derecho romano, ni las Partidas, ni las leyes de Toro conocieron el reconocimiento, tal como se concibe en el Derecho actual. En el Derecho romano y en el de Partidas el reconocimiento sólo es un medio para constatar la filiación de sangre de los hijos extramatrimoniales "no naturales". En las leyes de Toro, en cambio, el reconocimiento (del padre) es un requisito para atribuir la condición de "naturales" a los hijos extramatrimoniales que no hubieren nacido "en casa del padre". En el Código civil, finalmente, el reconocimiento es un requisito o medio necesario para atribuir a los hijos naturales el estado de filiación. La condición legal de hijo natural no es ya consecuencia, sino presupuesto del reconocimiento.

El autor examina a continuación los sistemas francés, italiano y alemán acerca del reconocimiento, y pasa, enseguida, a estudiar las dos principales concepciones sobre el contenido del reconocimiento: la que lo concibe como una confesión de paternidad y la que lo considera como una manifestación de la voluntad del padre de tener al hijo como tal. Para Albaladejo el reconocimiento es una declaración de ciencia, una afirmación. Es, ciertamente, una declaración voluntaria, pero no una declaración de voluntad.

En consecuencia, sostiene el autor que el reconocimiento es, no un negocio jurídico, sino un acto jurídico, "strito sensu", semejante a los negocios jurídicos, puesto que sus efectos se producen "ex lege" y no "ex voluntate".

A propósito de la debatida cuestión de si el reconocimiento es o no título del estado de hijo natural reconocido, Albaladejo entiende que el reconocimiento, como acto jurídico que "constituye" el estado, es título en sentido material, es decir, fundamento de tal estado. Pero, en cambio, no es título formal del estado de hijo natural reconocido, porque título de estado (en el segundo sentido) lo es sólo el acta del Registro civil.

Analizanse, seguidamente, los caracteres del reconocimiento, su regu-

lación jurídica, clases, forma, sujetos y efectos del reconocimiento y, finalmente, la invalidez e ineficacia del mismo.

El estudio está certeramente enfocado y los problemas que el reconocimiento plantea, resueltos con notable agilidad y recto criterio; la redacción es clara y sencilla, hasta el punto de que el autor sacrifica, a veces, en aras de la claridad, la calidad literaria de su prosa.

El volumen contiene una lista de autores y obras consultados por el autor, que constituye una interesante guía bibliográfica para los estudiosos y profesionales que se interesen por esta institución.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino: "El negocio jurídico en Derecho romano".
Madrid, 1954. Editorial Revista de Derecho Privado; 125 págs.

Ursicino Alvarez, jurista verdadero—y ningún título conviene mejor a quien ostenta, con vocación derecha y saber emocionado, la profesión de romanista—acaba de brindarnos este libro, donde coinciden de nuevo la recia forma y la nutrida sustancia que descubriéramos en sus precedentes estudios.

La literatura romanística española cuenta desde ahora con una obra especial—independiente—sobre materia tan importante como es la del negocio jurídico. La obra trae a síntesis los resultados de las investigaciones anteriores, sea en el concreto campo del Derecho romano—trabajos de Betti, Longo y Scialoja—, sea también en el del Derecho moderno—estudios de Betti, Cariota Ferrara y Scognamiglio—.

Preocupación fundamental del autor es la de explicar con claridad "las soluciones romanas a un conjunto de temas con los que han de enfrentarse después los estudiantes en el terreno del Derecho civil". El objetivo perseguido por Alvarez resulta de todo puto afianzado, pero puede más la verdad que una tan loable confesión. Y verdad es que de este libro sacarán provecho no sólo los escolares, sino también todos aquellos que tengan trato con el Derecho.

En alguna ocasión hemos dicho que el Derecho romano vive todavía en nosotros, aunque no sea a *lo romano*. Y afirmación nuestra—y de otros que nos ganan en maestría—es la de que debemos dirigir la mirada a los juristas de Roma, porque ellos nos enseñan, de modo insuperable, qué es el Derecho y cuál la misión única y universal del *juris prudens*, del perito en materia jurídica.

Ursicino Alvarez comprueba aquí, en cuestiones particulares, el método con que trabajaban los juristas romanos, e indica la vía por la que ha de discurrirse en la hora de precisar mejor los conceptos jurídicos que tienen vigencia en el momento presente.

La obra se divide en cuatro apartados: A) *La dogmática moderna y su adecuación al Derecho romano* (págs. 3 y 4); B) *La aplicación de la norma y los supuestos de hecho: hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos* (págs. 4 y ss.); C) *Estudio especial de los actos jurídicos*

lícitos: el negocio jurídico (págs. 7 y ss.); D) *El tiempo como factor esencial ante el Derecho* (págs. 118 y ss.). En el fundamental apartado C), que es, lógicamente, el más extenso, se estudian el concepto y clases del negocio jurídico, sus presupuestos necesarios, su estructura y sus anomalías, la sustitución de personas y la representación, y, por último, la interpretación, la convalidación y la conversión de negocios jurídicos.

La utilización de una tal sistemática y el empleo de una técnica conceptual moderna no implican aquí una exposición *plana* al uso pandectístico. Lejos está del autor la intención de construir un cerrado sistema de conceptos que encuentre su encaje y asiento en una determinada época del Derecho romano. Por el contrario, desea reflejar las sucesivas modificaciones o mudadas perspectivas del Derecho de Roma en lo que toca al negocio jurídico.

Procediendo de esta suerte se logra una visión profunda de las nociones e ideas que históricamente entran en juego en el esquema general del negocio jurídico. Al propio tiempo—y esta es nota que no se ofrece de modo tan acusado en obras de análogo contenido—se evita el peligro de violentar los rasgos típicos de las soluciones particulares que nos brindan los juristas clásicos.

Insisto en que este nuevo libro de Ursicino Alvarez—maestro mío y ahora colega de la Universidad de Madrid—no es un simple trabajo de información para estudiantes. Es también una excelente y moderna obra de consulta para el privatista en general, y no es preciso decir que de ella se beneficiarán los mismos romanistas. Unas selectas referencias bibliográficas, sobre todo en puntos que han sido objeto de especial discusión, otorgan una mayor utilidad al libro.

Juan IGLESIAS

*Catedrático de Derecho Romano
en la Universidad de Madrid*

BATLLE VAZQUEZ, Manuel: "La propiedad de casas por pisos". Alcoy, 1954; 215 págs.

Hablar en España de propiedad de casas por pisos es recordar automáticamente el nombre del catedrático y rector de la Universidad de Murcia. Entre la bibliografía, cada vez más numerosa, que sobre el tema de la propiedad horizontal va apareciendo en nuestra patria, han conservado hasta hoy vigencia las palabras de Castán: "destaca, sobre todos, como estudio orgánico y sistemático que analiza el conjunto de problemas que suscita la estructura jurídica y la vida de esta institución el de Batlle". El presidente del Tribunal Supremo se refería al conocido trabajo del autor en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", completado a raíz de la publicación de la Ley de 26 de octubre de 1939, modificativa del artículo 396, con otro trabajo aparecido en la misma revista, en la que, siguiendo la sistemática del anterior, se comprobaba que la reforma propugnada por el profesor don Ignacio de Casso, acogía las ideas expuestas en el primer estudio.

Pero ha sido el mismo profesor Batlle quien se ha encargado de invalidar las palabras de Castán superando su propio trabajo anterior con este libro, muy por encima de todas las obras hasta ahora publicadas en España. La sistemática no ha variado, ni tampoco las conclusiones fundamentales y la idea que el autor tiene acerca de la naturaleza jurídica de la institución. El texto aparece, sin embargo, revisado y tan considerablemente ampliado que bien puede decirse con frase del propio autor que "casi ha hecho una obra nueva". En efecto, la ampliación se refiere tanto a los problemas ya tratados cuanto a los que de nuevo se insertan en los ocho capítulos de la obra, cuya enunciación da idea de que el trabajo redondea el estudio de este fenómeno jurídico de la vida contemporánea, tan útil y tan extendido en las zonas urbanas: historia, naturaleza, origen o nacimiento de la institución, determinación de las cosas comunes, régimen de la comunidad y de la propiedad privativa sobre los pisos, extinción de la propiedad y la institución ante el registro de la propiedad.

El libro mira hacia la teoría científica. Por eso termina con una bibliografía abundante y bien seleccionada. Pero tiene un alcance práctico, no sólo para los profesionales del Derecho, sino también para todos aquellos que de algún modo intervienen en la propiedad del artículo 396 desde antes ya de su nacimiento hasta después de su extinción. De ahí que las soluciones desciendan hasta el detalle, aunque se planteen siempre en un terreno doctrinal. De ahí también la claridad expositiva que el autor logra. Y, finalmente, la inserción de unos formularios, destilados entre los mejores publicados, para facilitar las minutas de los estatutos y reglamentos de la comunidad.

Personalmente disiento del autor en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución. No obstante reconozco que su teoría, que es la que se puede llamar clásica, es la más evidente, la más seguida doctrinal y legalmente, la que inspiró la Ley de 1939 y la actualmente más adecuada a la letra de la Ley. Esta discrepancia, que no es exclusivamente mía y que en breve tendré ocasión de exponer públicamente, no puede, como es lógico, restar en nada mi estimación por esta obra fundamental cuya publicación señala un paso decisivo en el estudio de este importante tema.

José María LESANTES GUANTER

BETTI: "Teoria generale delle obbligazioni". I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano, 1953. Editorial Giuffrè; 210 págs.

He aquí una nueva obra del egregio profesor Betti. Nueva por dos conceptos: por lo reciente de su exposición y publicación y por las nuevas perspectivas que aporta. La gran personalidad de su estilo, la sabiduría y prudencia jurídica de su pensamiento hacen que, quien como nosotros tuvimos la dicha de escuchar su magisterio, nos alcrocemos al volver a percibir el eco de sus anhelos y la exposición de sus ideas.

Esta "teoría general de las obligaciones" que ahora nos presenta el profesor Betti es el producto de dieciocho lecciones expuestas el pasado curso. En ellas se advierte un nuevo punto de vista desde el cual se contempla esta parte tan importante del Derecho civil: la "cooperación". La exigencia de cooperación entre los conciudadanos—nos dice en el prefacio—es la clave con la cual el jurista debe tratar de comprender el campo de las obligaciones, considerándolas en su función económico-social. Si dentro del Derecho civil hay un sector en el que se requiere del jurista la más alta sensibilidad social y la más íntima familiaridad, con aquella que llamaríamos—nos dice el autor—ética del Derecho, ello es propio de éste, de las obligaciones.

En esta obra, el profesor Betti, a pesar de su formación conceptualista, dentro de uno de los sectores de la pandectística alemana, se enfrenta con ella y trata de sopesar y ponderar los datos de la realidad empírica, el propugnar que en pocos campos se advierte, como sucede en este de las obligaciones, que la comprensión de la estructura jurídica postula una consideración teológica de las relaciones y una valoración comparativa de los intereses tenidos en cuenta por el Derecho. Esta dirección metodológica (1) encuentra su justificación al sostener que el Derecho objetivo no es un complejo de normas abstractas, alejadas de la vida social; el Derecho encuentra su fundamento, su razón de existencia en la misma vida humana de relación, en el complejo de relaciones que legaron los hombres en el desarrollo de su actividad. De ahí que su investigación la dirija Betti a la luz de esta idea constante: la necesidad de la cooperación de los ciudadanos.

El primer problema que se plantea, en cuanto a la constitución de relaciones obligatorias, es la diferencia esencial y práctica que existe entre la relación de derecho real y la relación de obligación. Dado el aspecto social del problema, concluirá que en las relaciones del derecho real se resuelve un problema de "atribución" de bienes, en las relaciones de obligación, por el contrario, es un problema de "cooperación". La idea de cooperación—manifiesta—es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las grandes cuestiones del Derecho de obligaciones.

En una noticia sumaria de la obra no se puede entrar a especificar cada uno de los problemas en ella propuestos, ni exponer todas las conclusiones sacadas, tan sólo podrán enunciarse las interesantes cuestiones tratadas en los ocho capítulos en que se desarrolla su estudio. Tales son: el problema social de las obligaciones; la crisis moderna de la cooperación; tipos de cooperación debida; intereses de las demás obligaciones y requisitos de la cooperación debida; falta de cooperación, imputabilidad del incumplimiento y riesgo profesional; resultado fallido de la cooperación y el problema del riesgo profesional; por último, el estudio de la sobrevenida excesiva onerosidad de las prestaciones y la exigencia de equidad de la cooperación en el reparto de los riesgos que sobrepasan el área normal.

(1) Esta posición metodológica ya fué mantenida por el autor en su precedente curso de lecciones a propósito de la *Interpretazione delle legge e degli atti giuridice*.

Con esta aportación (a la cual le seguirá otro volumen), el profesor Betti se presenta renovado, original y sagaz en el desarrollo que tradicionalmente se presentaba en estas cuestiones. No nos extraña, pues, al verle ahora defender una de las posiciones más avanzadas, dentro de las actuales perspectivas, que la dirección social aporta al nuevo sentido del Derecho. La riqueza de contenido que esta obra entraña y la originalidad de sus concepciones hacen de ella una aportación valiosísima para la actual ciencia del Derecho.

José BONET CORREA

BLOMEYER, Arved: "Allgemeines Schuldrecht". Verlag Franz Vahlen G. m. b. H., Berlín und Frankfurt a. M., 1953; 360 págs.

Hace algo más de un siglo que Savigny dijera que la parte general del Derecho de obligaciones tiene la particularidad de que sus fundamentos son los únicos que se pueden tener en cuenta al considerar las obligaciones siempre nuevas que ofrecen las necesidades siempre cambiantes de los tiempos (1). Quizá por ello, todavía antes de Savigny y después casi continuamente hasta hoy, la ciencia alemana se ha ocupado con especial predilección de lo general del Derecho de créditos. Blomeyer (Arved), ahora, hace a la ciencia jurídica europea el regalo de su libro sobre esta materia.

En el prólogo se hacen al lector dos advertencias. La primera, el propósito de exponer el Derecho de obligaciones, conforme a su aplicación actual, según la práctica de los Tribunales. La segunda, la pretensión de una exposición sistemática: "Ex iure quod est regula fiat".

El plan de la obra es el siguiente: La relación obligatoria; el origen, cambio y extinción de la obligación; la intervención de un tercero en la relación obligatoria; pluralidad de acreedores y de deudores.

El autor se había propuesto escribir un libro para estudiantes; pero, afortunadamente, nos ha dado también un estudio original y sobre bases distintas a las usuales en la ciencia alemana. El lector español lo apreciará, especialmente, al encontrar esa amplitud de visión que da la utilización discreta del Derecho comparado y de la Historia del Derecho. A ello se une la ponderada valoración de la doctrina (con referencia a la más moderna), debidamente contrastada con las aplicaciones hechas por la jurisprudencia. Especialmente interesa subrayar el acierto con que se compara el Derecho extranjero (francés e inglés, sobre todo) para iluminar cuestiones difíciles del propio Derecho, por ejemplo, sobre la eficacia obligatoria o dispositiva de la venta (pág. 13) y sobre la causa (página 88 y siguientes).

En un estudio sobre materia tan amplia es difícil destacar puntos concretos. Bastará a los limitados fines de esta referencia bibliográfica señalar que se recoge y aplica la fecunda idea de Siber de la relación obligatoria como un organismo (pág. 16), y que los juristas a los que inte-

(1) *Das obligationenrecht*, 1851, p. 3.

rese conocer el estado de la ciencia alemana (condensado y repensado críticamente con cuidado y envidiable prudencia) agradecerán la publicación de este libro; en él encontrará tratadas muchas de las cuestiones que más preocupan hoy a la doctrina, como, por ejemplo, el precontrato (2), cláusulas generales (pág. 85), contratos normativos (pág. 87) y dictados (pág. 109), contratos reales (pág. 105) y cesión de contrato (página 325).

R.

BORREL MACIA, Antonio: "La Persona Humana" (Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres). Casa editorial Bosch, Barcelona, 1954; 239 págs.

En su afán de devolver a los enfermos la salud perdida, de mitigar los sufrimientos de la humanidad doliente, la Medicina ha llevado a cabo o está a punto de conseguir notables progresos, muchos de ellos a base de aprovechar elementos de cadáveres humanos e incluso de trasplantar órganos de otros cuerpos vivos. Ante tales procedimientos quirúrgicos el jurista ha de preguntarse si deben subsistir las normas y principios legales que durante siglos han regulado el destino del cuerpo humano, en vida del hombre y después de su fallecimiento. Por otra parte, la eugenesia, la fecundación artificial, que ha superado ampliamente su fase experimental, la eutanasia, el ejercicio de deportes o juegos en los que el hombre expone su cuerpo a gravísimos riesgos (boxeo, motorismo, etc.), plantean problemas de orden biológico, ético, social y jurídico que es preciso abordar y tratar de resolver.

Borrell se enfrenta, en el volumen reseñado, con estos y otros agudos problemas, relacionados con el cuerpo humano, tratándolos con mucha ponderación y un criterio muy recto y sano, dentro de la más pura ortodoxia católica, apuntando soluciones, abriendo interrogantes, sopesando opiniones, haciendo sugerencias, esbozando, en una palabra, un ensayo de gran sutileza acerca de esta materia, casi inexplorada hasta ahora, que tanta y tan fundamental importancia reviste dentro del Derecho.

La obra contiene, además, un Apéndice que el autor dedica al estudio del derecho que la persona humana tiene sobre su propio nombre. Estudio que, a nuestro juicio, no está a la altura del resto del libro.

El volumen reseñado, no obstante esta última observación, es, sin duda, de un considerable interés jurídico y humano. Esperemos que Borrell Maciá nos brinde en un futuro próximo el fruto maduro y sazonado de sus estudios, de los que el presente ensayo es un prometedor anticipo.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

(2) Blomeyer es autor de un trabajo especial sobre el tema, citado en A. D. C. 6, 3.º (1953), p. 716, nota 5.

CASTAN TOBEÑAS, José: "La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad". Madrid, Editorial Reus, 1953; 173 págs.

Ya en un brillante discurso de apertura de los Tribunales, pronunciado por el profesor Castán como presidente del Tribunal Supremo español, en septiembre de 1950, se ocupó el autor de la idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines. Continuando la luminosa trayectoria entonces abierta, en el discurso correspondiente a este año judicial (1953-1954) ha vuelto a insistir una vez más en la trascendencia de esa fecunda idea, esta vez con relación a la formulación judicial del Derecho, tema que hoy preocupa a los mejores juristas.

Las conclusiones más sabrosas de este concienzudo y monumental estudio del maestro Castán puede resumirse así:

1.º Hay que abandonar la teoría que ve en la Ley sola y exclusiva fuente del Derecho: coexisten el Derecho legislado y el Derecho jurisprudencial; 2.º Hay que superar la contraposición entre Derecho estricto y la equidad, hermanando las exigencias de la Ley y de la vida; 3.º Tanto la Ley como la equidad son necesarias; 4.º La evolución jurídica marca una tendencia general hacia la humanización del Derecho; 5.º Ante la crisis actual del Derecho estricto, se dibuja una tendencia favorable a la equidad; 6.º No son serios los temores frente a los pretendidos peligros del arbitrio judicial; 7.º El ensanchamiento de la equidad judicial no es incompatible con la "primacía" de la Ley"; 8.º La idea de equidad, pese a su compleja elaboración doctrinal, ha llegado a ser un concepto preciso y autónomo, aunque ligado a la noción de justicia; 9.º Conviene sustituir la fórmula subjetiva y equívoca del arbitrio judicial por la más objetiva y clara del arbitrio de equidad; 10.º Afortunadamente en la tradición jurídica española está muy arraigado el uso del arbitrio judicial de equidad.

El profesor Castán termina haciendo suyas las palabras de Dualde: "Es de esperar que el siglo XX sea el del resurgimiento del poder judicial".

Sus conclusiones, muy ponderadas, porque no en vano se ha dicho que Castán es un "eclectico inteligente", significan, sin embargo, un gran avance con relación a las ideas, tal vez demasiado cerradas, que exponía sobre el problema de las fuentes del Derecho en las primeras ediciones del "Derecho civil español, común y foral", verdadero "book of authority" entre los civilistas españoles.

Juan Bautista JORDANO

CONTURSI LISI, Lycia: "Le Pertinenze". Padova. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1952; 156 págs.

Esta monografía cuenta como méritos innegables el ser la primera publicada en Italia sobre el tema después de la entrada en vigor del Código civil de 1942, acierto y profundidad en el planteamiento del problema y desarrollo de las cuestiones conexas. Sin embargo, cuando la auto-

ra, que se muestra partidaria de una posible reforma de la institución, intenta soluciones conclusivas, éstas nos parecen poco claras y escasamente fundadas. Contursi Lisi resolvería el problema de la relación de pertenencia mediante la creación, entre las cosas accesorias, de una categoría análoga a las "res mancipi" que sería objeto de específica tutela jurídica.

En la primera parte del trabajo la autora examina los resultados obtenidos por la doctrina anterior al Código civil de 1942, y no con una finalidad meramente informativa, sino que sobre los mismos elabora una gran parte de su estudio. Contursi se muestra muy poco conforme con la actual reglamentación, a la que achaca falta de dirección legislativa y el haber creado una categoría superflua y meramente doctrinal. Efectivamente, el Código civil italiano parece sancionar la relación de pertenencia en sentido unitario y objetivo, relación que produciría efectos de por sí, por ley e independientemente de cualquier consideración subjetiva, pero, en realidad, se enuncia un principio sin actuar sus lógicas consecuencias, como deduce la autora del examen de los artículos 819 y siguientes del Código civil. Comparando la actual reglamentación de las pertenencias con la que era posible deducir del Código civil derogado, aparece aquélla menos propicia que ésta al reconocimiento de una auténtica unidad jurídica resultante de una efectiva unidad de tipo económico. El elemento subjetivo continúa siendo fundamental, y precisamente en su virtud podrá cesar la unidad objetivo-económica característica de la relación de pertenencia.

En el capítulo tercero de la obra, la autora concluye por negar, a base de un detallado examen de los textos legales, la posible distinción actual entre pertenencia como relación de tipo ideal y la "pars rei" en la que aparece una vinculación física, e insiste en que el elemento jurídicamente relevante en la relación de pertenencia, tal como aparece regulada en la actualidad, es sobre todo una continuada manifestación de voluntad por parte del destinante.

Los tres últimos capítulos de este, en gran parte, brillante trabajo, están dedicados al comentario de las disposiciones que fuera del Código civil regulan las pertenencias y que son propias del Derecho procesal, marítimo y agrario.

Javier ALONSO MARTINEZ

DIEGO LORA, Carmelo de (Doctor en Derecho y Juez de Primera Instancia e Instrucción): "La consignación judicial (estudio teórico-práctico)". Bosch, Barcelona, 1952. En cuarto, 139 págs.

He aquí, en síntesis, el contenido de esta monografía, mucho más interesante por su tema que por el desarrollo del mismo:

I. "Introducción".—El autor pretende ver una inseparabilidad del Derecho procesal y el Derecho material referentes a la "consignación judicial", que, según él, se da en este proceso como en todos los demás especiales, por razón del derecho subjetivo material que en ellos se

hace valer. En cuanto a nomenclatura, acoge la expresada, si bien reconoce que la denominación técnica habría de ser: "proceso liberatorio de consignación". Contra la ubicación de las normas que la regulan (C. c., libro IV, tít. I, cap. IV, sección 1.^a), la institución es indudablemente procesal.

II. "Naturaleza jurídica de la consignación judicial en nuestro Derecho".—Recoge el autor la concepción general de la consignación como forma de pago (negocio jurídico, según Ruggiero) o, al menos, de extinción de la obligación (Pothier), desechando, como inadecuada a nuestro Derecho positivo, la mantenida por la doctrina alemana (von Thur, Enneccerus) y Pérez y Alguer, que ve en dicha figura un contrato (de depósito) "in favorem tertii" (el acreedor), incurriendo en el error de tomar el medio utilizado por la totalidad de la institución.

A) "Carácter procesal".—"...en nuestro Derecho la consignación judicial no es un negocio jurídico ni un medio anormal de pago: es un proceso liberatorio sustitutivo del pago que produce efectos análogos a los del mismo pago respecto a la obligación". Se trata del proceso especialmente configurado (por el C. c., artículos 1.178-1.180) para que el deudor halle protección a su auténtico "derecho al cumplimiento" (negado por Crome y mantenido por Ruggiero).

B) Fin y justificación.—El proceso de consignación tiene por fin "obtener el deudor la liberación de su obligación mediante la entrega judicial de la cosa debida". Su existencia viene justificada por la simple consideración de que, reconocido el derecho del deudor a cumplir su obligación (para liberarse del "periculum rei", poner fin al devengo de intereses, cancelar las garantías, etc.) y siendo precisa para el cumplimiento normal la cooperación voluntaria del acreedor, cuando éste se opone a recibir la prestación o las circunstancias lo impiden, es preciso arbitrar un medio para que la intervención judicial supla la del sujeto activo de la obligación.

III. "Formas procesales sustitutivas del pago: el proceso de consignación".—Nuestro Derecho no regula el cauce procesal de la consignación judicial (C. c., artículos 1.178 y 1.180), y su laguna ha sido integrada por la práctica con una doble solución: si no hay oposición a la pretensión del deudor (consignante), se trata de un acto de "jurisdicción voluntaria" (L. e. c., artículo 1.811), en otro caso, estaremos ante un proceso declarativo ordinario (L. e. c., artículo 481). El autor postula la sustitución de ese usual "expediente" por un verdadero "proceso" especial que—con eficacia no definitiva: posibilidad de ulterior proceso declarativo ordinario—resuelva sobre la liberación del deudor cuando éste prefiera su cauce sencillo al del siempre posible proceso declarativo ordinario.

IV. "Diferencias con otras consignaciones": A) Judicial.—El "proceso liberatorio de consignación", cualquiera que sea su procedimiento, o tramitación, presenta perfiles bien definidos frente al resto de las consignaciones judiciales (L. e. c., artículos 1.618, 2.º: requisito simultáneo a la demanda de retracto, 1.405 y 1.446: para evitar el embargo pre-

ventivo, 1.566: requisito simultáneo a la interposición de los recursos contra las sentencias condenatorias en los procesos especiales de desahucio; Ley de Arrendamientos urbanos, artículo 161: para “enervar la acción” o “rehabilitar el contrato” en los procesos especiales sobre resolución del contrato de arrendamiento de inmueble urbano por falta de pago de la renta, y Ley de 15 marzo 1935, artículo 29, segundo párrafo: lo mismo en arrendamiento de inmueble rústico): el consignante reconoce la existencia de su deuda e inicia y sigue el proceso con la pretensión de ser liberado de ella mediante este “procedimiento de pago”, lo que constituye el objeto principal y exclusivo del proceso.

B) “Bancarias”.—Al ingreso de la cantidad debida en la cuenta corriente del acreedor le ha reconocido la Jurisprudencia los caracteres de pago con arreglo al Código civil, artículo 1.172, sin que por ello se aproxime esta figura a la de la consignación judicial.

C) “Convencionales”.—No son formas sustantivas del pago sino modalidades de éste según lo expresamente pactado.

V. “Fuentes de su regulación”.—No obstante hallarse aludido en nuestro Derecho histórico (Partidas V, 14, 8), el “proceso liberatorio de consignación” fué totalmente preterido por la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que no impidió se diera en la realidad (Sentencias 26 noviembre 1866 y 1 febrero 1872). Creado, pues, por la práctica judicial, su construcción dista no poco de la perfección. He aquí las normas aplicables por su orden: 1.º Código civil, artículos 1.176-1.181, relativos a los presupuestos, el procedimiento, o tramitación, y los efectos, aunque sin agotar todos los problemas ni mucho menos. 2.º Ley de Enjuiciamiento civil, libro I. 3.º Jurisprudencia (que el autor recoge por orden cronológico al final de la obra, con expresión de los problemas abordados en cada sentencia). 4.º Práctica judicial, cuya legitimidad funda el autor en el Código civil, artículo 6.º, calificándola de “costumbre local” (“*usus fori*”), pero que—según él, y este es el “*leit motiv*” de la obra—debe ser corregida prescindiendo del usual “expediente” de jurisdicción voluntaria (error que sancionará el Código procesal de la Zona del Protectorado marroquí, artículos 1.516-1.519). 5.º Doctrina científica, principalmente juscivilista, pues los procesalistas no han prestado gran atención a esta figura.

VI. “Naturaleza procesal de la consignación judicial”.—El autor mantiene la tesis de que “el proceso liberatorio de consignación... es, en nuestro Derecho, un proceso especial de jurisdicción contenciosa (“*sic*”), a través de un oscuro y confuso—aún más que el tema, su exposición—estudio de la jurisdicción contenciosa frente a la voluntaria, tanto “en la doctrina” (donde se barajan autores de las más opuestas direcciones) como “en la Ley de Enjuiciamiento civil española”. Concretando aún más, se trata de un proceso constitutivo (de extinción).

VII. “Estudio del proceso liberatorio de consignación”.—Como en todos los demás procesos especiales por razón del derecho subjetivo material que en ellos se hace valer, las normas que rigen el que nos ocupa se hallan profundamente condicionadas por la situación jurídica ma-

terial sobre que se ha de decidir: liberación del deudor deseoso de cumplir su obligación (ver "I. Introducción").

VIII. "Presupuestos procesales".—Actuaciones extraprocerales anteriores a la deducción de la demanda:

A) "Ofrecimiento de pago".—Exige los mismos requisitos subjetivos (Sentencia 20 noviembre 1918), objetivos y de tiempo y de lugar que el propio "pago" (C. c., arts. 1.157 y ss.). Muy semejante al "acto de conciliación" (cuya forma puede adoptar), no puede identificarse con él. En cuanto a la forma, ninguna es exigida concretamente, pero cualquiera que sea la que revista, la oferta ha de ser real, efectiva, "consistente en que el deudor ponga a disposición del acreedor la cosa debida (C. c., art. 1.176: "admitir", y Sentencias 5 y 8 julio 1948, "ex analogía") incondicionalmente (Sentencia 27 noviembre 1906). Aparte el efecto que el ofrecimiento surte en el "proceso liberatorio de consignación", produce cierta eficacia jurídica material, sin llegar a equivaler al cobro por el acreedor (Sentencia 16 octubre 1902): excluye la "mora solvendi", constituyendo al acreedor en "mora accipiendi" (Sentencias 9 julio 1941, 5 junio 1944 y 21 junio 1947), e incluso—sostiene el autor, contra la jurisprudencia citada—suspende el devengo de intereses y transfiere al acreedor el "periculum rei". Cuando el acreedor no puede (ausente o incapaz) hacerse cargo del pago, cuando se ignora quién sea el acreedor, o cuando varios pretendan serlo, cuando se haya extraviado el título de la obligación, no se exigirá el previo ofrecimiento de pago (C. c., art. 1.176, segundo párrafo, y Sentencias 23 marzo 1929 y 12 enero 1943).

B) "Aviso" de su intención de consignar dado por el deudor a los interesados en la obligación, "como un último intento de avenencia", en evitación del proceso. Es exigido en todo caso (contra: Sentencia 12 octubre 1943): Código civil, artículo 1.178, primer párrafo "in fine". "Las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación", que el Código civil (art. 1.777, primer párrafo) designa como destinatarias del "anuncio", son todos cuantos, directa o indirectamente (acreedores del acreedor concursado o suspenso, posibles causahabientes del acreedor incapaz o ausente), principal o subsidiariamente, activa o pasivamente, tengan relación con la obligación que se va a extinguir. El "anuncio" puede adoptar cualquier forma: procesal (acto de conciliación con notificaciones por edictos en su caso) o extraproceraal (con la publicidad usual: periódicos, radio, pregones, en su caso), e incluso integrar un solo acto con el "ofrecimiento", a continuación de éste.

C) "Derecho comparado".—Expone el autor sucintamente el Derecho positivo al respecto de el Protectorado marroquí (cuya Ley procesal no exige el "anuncio"), Francia (idem), Italia, Alemania (no procesal y sin "ofrecimiento" ni "anuncio") y Suiza.

IX. "Supuestos procesales": A) "Causa".—Con bastante confusión de ideas acerca de tan impreciso concepto, el autor sostiene que la del "proceso liberatorio de consignación" viene integrada por dos causas: el derecho del deudor a liberarse y la imposibilidad de hacerlo extraproceraalmente.

B) "Juez competente".—Por tratarse de un proceso especial (inaplicabilidad de la Ley de Enjuiciamiento civil, art. 482 a 486: art. 481) y no habiendo norma que expresamente lo regule (C. c., arts. 1.178, primer párrafo: "la Autoridad judicial", y 1.180, primer párrafo: "Juez"), de acuerdo con la regla implícita en nuestro Derecho, corresponde conocer de este proceso a los órganos de la Jurisdicción ordinaria, siendo competentes, dentro de ellos, los Juzgados de primera instancia, y nunca (cualquiera que sea la cuantía de la consignación) los municipales (contra lo que preceptúa la legislación del Protectorado marroquí). En cuanto a la competencia territorial, es indudable que, en virtud del Código civil, art. 1.177, segundo párrafo, reside en el Juzgado en cuya circunscripción se convino el pago de la obligación que se quiere extinguir (fuero principal) o aquél en cuya circunscripción "existía" la "cosa determinada" en cuya entrega consiste la obligación "en el momento de constituirse" ésta o, por último, aquel en cuya circunscripción se encuentre el "domicilio del deudor" (C. c., art. 1.171, y Sentencia 24 enero 1948).

C) "Legitimación".—Activamente lo está, sin duda, el deudor (Código civil, arts. 1.176, primer párrafo, y 1.180); pero también "cualquiera tercero, aunque carezca de interés en la obligación" (C. c., arts. 1.158, primer párrafo, y 1.177, segundo párrafo, y Sentencias 20 junio 1914 y 23 marzo 1929), contra la opinión de Nart; no es preciso que sea "una misma persona la que realice la consignación y la que haga el ofrecimiento y el aviso previos". Pasivamente—aunque el silencio del Código civil pudiera inducir al error de creer que no existe tal parte procesal—está legitimado el acreedor o su representante (C. c., art. 1.162, y Sentencia 15 junio 1946) así como las "varias personas que pretendan tener derecho a cobrar"—en el supuesto específico previsto por el Código civil, artículo 1.176, segundo párrafo "in fine"—. De acuerdo con el Código civil, artículo 1.178, segundo párrafo, en la práctica se entiende legitimados a cuantos estén interesados en el cumplimiento de la obligación, convirtiendo la preceptiva "notificación" en un "emplazamiento".

X. "Actos procesales": A) "Demanda".—No es en este proceso—como en casi todos—el puro acto de iniciación, sino que comporta la pretensión. Se rige por la norma general de la Ley de Enjuiciamiento civil, artículo 524. Simultáneamente el deudor realiza la "consignación", "depositando las cosas debidas a disposición" del Juzgado (C. c., artículo 1.178, primer párrafo); con lo que dicho está que tal medio de extinción es sólo viable tratándose de obligaciones positivas cuya prestación consista en un "dare", lo mismo de dinero (con aplicación del Real Decreto de 24 diciembre 1906) que de otros bienes muebles (pudiendo constituirse depositario al Secretario, al propio deudor: Sentencia 8 octubre 1887, o a un extraño, y siendo aplicables por analogía bien la Ley de Enjuiciamiento civil, artículo 1.175, sobre depósito de los bienes del concursado, bien los artículos 1.409, 1.410 y 1.453, sobre embargos), que incluso de bienes inmuebles (aunque excluidos del contrato de depósito: C. c., art. 1.761, susceptibles de "secuestro": C. c., arts. 1.785 y

1.786, y L. h., art. 42, apartados segundo y décimo), nunca para obligaciones positivas cuya prestación sea un "facere" ni para obligaciones negativas. Una vez más contra la opinión dominante—que parte de la consignación judicial como "acto de jurisdicción voluntaria"—, el autor sostiene la necesidad de la representación por Procurador y la dirección por Letrado (Ley Enjuiciamiento civil, artículos 3.º y 10). El "acto de conciliación" previo no es preciso, porque su función es cumplida por el "ofrecimiento" y el "anuncio", aparte los casos que encajen en la Ley de Enjuiciamiento civil, art. 460, segundo párrafo, número 5.º Con la demanda presentará el deudor el documento que acredite la representación por su Procurador y cuantos justifiquen el cumplimiento de los "presupuestos procesales" ("ofrecimiento" y "anuncio"), la existencia de la obligación y demás datos en apoyo de su derecho, junto con copias de cada uno de ellos y de la demanda en número igual al de los interesados a quienes ha de ser notificada (L. e. c., libro II, tit. II, capítulo 1.º, sección cuarta).

B) "Admisión de la demanda y emplazamiento".—Cumplidos los anteriores requisitos, el Juzgado dictará una providencia admitiendo a trámite la demanda, aceptando la consignación efectuada y ordenando dar traslado de aquélla y emplazar a los interesados para contestarla en el de diez días (en la práctica, ante el silencio de la Ley; otras veces, por aplicación de la L. e. c., art. 377, cinco días), llevándose a efecto tal intimación de comparecencia de acuerdo con las normas generales (Ley de Enjuiciamiento civil, arts. 271, 272 y 274).

C) "Actitudes de los demandados".—Si no comparecen dentro del plazo, será decretada de oficio (R. D. de 2 abril 1924) su "rebeldía", realizándose los sucesivos actos de comunicación según las normas generales (Ley Enjuiciamiento civil, arts. 281 y ss.), sin que ello implique la estimación de la demanda (Sentencias 11 enero 1886, 27 noviembre 1897 y 4 mayo 1909). Caso de que comparecieren dentro del plazo (que será prorrogable para contestar), podrán mostrar su conformidad (allanamiento) o su disconformidad (oposición) con la pretensión del actor. En el primer caso (si el allanado tiene capacidad y legitimación), el Juzgado habrá de estimar la demanda (Sentencias 29 febrero 1888, 16 noviembre 1889, 18 abril 1901, 11 mayo 1904 y 22 enero 1908). En el segundo supuesto, el Juzgado fallará de acuerdo con los elementos de juicio obrantes en autos, sin posibilidad (no aludida en el C. c.) de recibimiento a prueba, reservando al actor, caso de no estimar su demanda, el derecho a acudir al proceso declarativo ordinario. El desistimiento del actor será siempre posible sin necesidad de que lo consientan los demandados, dada la provisionalidad de la decisión o este proceso especial.

D) "Aportación de pruebas".—Sólo cabe la práctica de la documental que el actor y los demandados deduzcan con sus demanda y contestación, respectivamente, y las que, por la vía excepcional de "para mejor proveer", acuerde el Juzgado (L. e. c., artículo 340). No existe período de prueba.

E) "Decisión judicial".—Adoptará la forma de sentencia. El plazo para

dictarla mantiene el autor (por analogía con la L. e. c., artículos 701 y 758, sin alegar razones convincentes) será el de cinco días, a contar de la declaración de rebeldía o de la providencia teniendo por contestada la demanda (en una y otra se mandará traer los autos a la vista para dictar sentencia). Será redactada conforme a las normas generales (Ley enjuiciamiento civil, artículo 372). En todo caso, cualquiera que sea su fallo, deberá "contener la reserva... de que las partes pueden acudir al juicio ordinario".

XI. "Diversos valores del fallo": A) "Valor jurídico formal: recursos".—La sentencia decisoria del "proceso liberatorio de consignación" es susceptible de los recursos de: "aclaración y adición" (que el autor califica de "remedio", según le definición de éstos de Plaza), "apelación" (que será admitido en ambos efectos) y "casación" (cuya procedencia, contra la doctrina jurisprudencial, mantiene, negando la adscripción de este procedimiento a la "jurisdicción voluntaria") por quebrantamiento de forma.

B) "Valor jurídico material".—No lo tiene la resolución que pone fin al "proceso liberatorio de consignación"; pero no tanto porque no sea un "proceso" sino un "acto de jurisdicción voluntaria" (doctrina de la jurisprudencia), cuanto por razón de la sumariedad y facilidad de su tramitación, compatibles con su auténtica naturaleza de "proceso", mas determinantes de la provisionalidad de su decisión.

C) "Valor liberatorio" de la sentencia declara bien hecha la consignación.—Se manifiesta en una doble dirección: liberación del deudor de toda responsabilidad (si bien del modo provisional y revocable que corresponde a la sumariedad de los trámites seguidos) y derecho del deudor a obtener la cancelación de la obligación principal y de las accesorias.

D) "Valor jurídico temporal".—Toda esta eficacia jurídica material de la decisión se retrotrae al momento en que tuvo lugar la consignación de lo debido, y no (contra la opinión de "Mucius Scaevola") al del ofrecimiento, que no hace sino extinguir la "mora debitoris" y crear la "mora creditoris". La retroactividad implica para el acreedor beneficios (frutos e intereses de lo consignado) y perjuicios (retribución del depósito, daños y pérdida de lo consignado).

XII. "Costas procesales".—Si bien el autor no duda de que el criterio de imposición de las mismas es el objetivo ("victus victori") cuando la consignación es declarada bien hecha, resulta ambiguo en cuanto a la norma vigente para el caso contrario (consignación que no es declarada bien hecha): ¿objetivo? o ¿subjeto? (págs. 112-113).

XIII. "Titularidad del depósito tras el fallo".—Sólo el acreedor tiene la disponibilidad de lo depositado, y puede usarla en favor del deudor deponente, pero como si se tratara de cualquier otra tercera persona: C. e., artículo 1.181, por lo que (contra las opiniones de Castán y Nart) no habrá aquí "novación" de la primitiva obligación (extinguida por el proceso liberatorio de consignación) ni cosa que se le parezca, sino creación de una nueva entre los mismos sujetos.

XIV. "Desistimiento".—El autor mantiene este término frente al de

“revocación”, que emplean los Derechos alemán e italiano en consonancia con el carácter más jurídico material de la actividad con él designada. Niega relevancia al desistimiento con respeto a la mora, en que para nada influyó tampoco el depósito, sino la oferta. Su eficacia se limita a la extinción del proceso en marcha, dejando abierta la posibilidad de su reproducción. La obligación continuará inmutable, si bien asimismo continuará la “mora accipiendi” que originó la oferta del deudor. Llevará implícita la condena del desistente al pago de las costas.

XV. “Depósito y consignación en Derecho comparado”.—En el Derecho español no pasa de ser el presupuesto indispensable del “proceso liberatorio de consignación” al momento de cuya realización se retrotraen los efectos liberatorios de su decisión favorable al consignante. En el Derecho alemán produce la transferencia de los riesgos al acreedor y una excepción dilatoria de el deudor y el fiador (o poseedor de la garantía real) frente a él si reclama el pago. Erróneamente dentro de este apartado XV, bajo el epígrafe “Crítica”, el autor compara el sistema de nuestro C. c. con el del alemán: aquél brinda la ventaja de la simplicidad del procedimiento sumario (aunque de efectos provisionales), éste, la no necesidad del ofrecimiento de pago, vinculando sus efectos en nuestro Derecho “mora accipiendi”) también al acto de la consignación; consecuentemente, el autor proclama las excelencias de un sistema que, conservando lo esencial del español, incorporara la característica ventajosa del germano.

José María GONZALEZ LOPEZ
Abogado

IGLESIAS, Juan: “Derecho romano. Instituciones de Derecho privado”. 2.^a edición, revisada; 2 volúmenes. Barcelona, Ediciones Ariel. 1953.

Con motivo de la primera edición de esta obra, nos ocupamos, en el propio ADC, de destacar su intrínseca valía y lo que ella representa en el campo del romanismo actual (1).

En el corto espacio de dos años aparece la segunda edición, que, frente a la primera, ofrece dos innovaciones: la nueva ordenación de la parte relativa al Procedimiento Judicial, que colocada al final de la obra en la primera edición, pasa ahora al capítulo III después de los dedicados en el Libro I al Sujeto del Derecho y al Negocio Jurídico; la otra innovación reside en una profunda revisión y ampliación de la bibliografía, robusteciendo de este modo uno de los más positivos méritos del trabajo.

Como españoles, y modestos cultivadores de la misma disciplina que el autor, no debemos dejar de destacar con orgullo la favorabilísima acogida que la obra de Iglesias ha tenido entre los romanistas extranjeros. Numerosas reseñas, aparecidas en las más autorizadas Revistas de la especialidad, han coincidido unánimemente en un juicio justificadamente laudatorio. DE VISSCHER, en los *Archives d'histoire du Droit Oriental. Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, tomo I (Bruselas, 1952), p. 578-581, comienza diciendo en su reseña crítica: “No dudo un momen-

(1) V. A. D. C. 4 (1951), 226-288 y 1544-1547.

to en colocar este nuevo Manual de Derecho Romano entre las mejores obras existentes de este tipo. Constituye, desde todos los puntos de vista, algo perfectamente logrado, y constituye un gran honor para la escuela española, de la cual su autor es uno de sus más jóvenes y brillantes representantes." En términos parecidos se producen BIONDO BIONDI, en *Studia et documenta Historiae et Iuris*, XVII (1951), p. 336-339; DE FRANCISCI, en *Iura*, 2 (1951), p. 211-214, respecto del vol. I, y SANFILIPPO, en *Iura*, 3 (1952), p. 269-271, respecto del vol. II; KUNKEL, en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 69 (1952), p. 535; VAN OVEN, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenes* (igual en *Revue d'histoire du Droit*), XX (1952), p. 334. En las Revistas españolas de Derecho han aparecido reseñas igualmente encomiásticas de SANTA-CRUZ TELJEIRO, en la *Revista de Derecho Privado*, 1952, páginas 87 y 88, y de FUENTESECA, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, XX (1950), 294-298, respecto del vol. I, y XXI-XXII (1951-52), 1396-97, respecto del vol. II; sin embargo, en estas dos últimas reseñas de FUENTESECA, hemos de confesar que predomina la exposición del contenido de la obra que comentamos, y la labor crítica respecto de algunas de las opiniones en ella mantenidas, sobre la apreciación del valor intrínseco que el trabajo posee y de la aportación que representa en el estudio del Derecho romano; aunque no por ello deja de dedicarse las frases encomiásticas que merece.

Con todo lo expuesto, puede apreciarse la valía del Manual cuya segunda edición hoy destacamos. Expresemos de nuevo nuestra confianza en que el talento y la laboriosidad de Juan Iglesias nos ofrezcan pronto otros frutos tan sazonados como el actual, que nos permitan renovar la sana satisfacción que hoy experimentamos.

Ursicino ALVAREZ SUAREZ
Catedrático de Derecho Romano
en la Universidad de Madrid

LANGE, Heinrich: "B G B Allgemeiner Teil". Juristische Kurz-Lehrbücher. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München und Berlin, 1952; 354 págs. (1).

Cada tipo de obras requiere que su autor tenga cualidades distintas. Ninguna quizá más exigente que la tarea de escribir un compendio. En pocas páginas se ha de recoger lo más substancioso de la doctrina, hacer una exposición completa de las materias y narrar con sencillez, de modo que la lectura sea fácil, sin que pierda por ello su contenido y su exactitud. Esto lo ha conseguido brillantemente Lenz, de modo que el principiante y el especialista lo estudiará uno y lo contrastará el otro con provecho y gusto. Resultado tanto más de admirar cuanto conseguido respecto a la parte general del Código civil alemán, tan abstracta

(1) Se inserta, en pliego separado, un Suplemento ("Nachtrag") con los cambios sufridos por el Derecho civil en 1953.

y doctrinaria. El autor, además, procura siempre que puede aligerar el texto y aclarar los conceptos mediante ejemplos escogidos.

La obra trata de todas las cuestiones fundamentales de la parte general: Derecho civil y Código civil, el Derecho, el poder jurídico (derecho subjetivo y sus límites, sujeto del derecho (hombre, asociación, fundación), objeto del derecho (las cosas), declaración de voluntad, negocio jurídico y contrato.

Como ya se ha indicado, se trata de un libro para estudiantes y sin otras pretensiones; no tiene notas ni referencias bibliográficas, excepto una somera bibliografía sobre Derecho civil. Ello no obstante, tendrá interés para círculos más amplios. Es una guía excelente para que los no alemanes conozcan con facilidad intrincadas cuestiones del Derecho alemán. Los que han seguido el pensamiento de Lange antes de la guerra tendrán elementos suficientes para advertir su evolución. En especial, pueden señalarse como dignas de atención su crítica contra la preponderancia del Derecho natural en la Alemania de la postguerra (pág. 33), el acentuar—frente a los nacionalismos—lo amplio del ámbito común de la problemática y las posibilidades de solución, fundamento del Derecho comparado y de los intentos de unificación (pág. 5), la caracterización del Derecho civil como el Derecho de la libertad de configuración, que se ha de construir en el futuro sobre el pensamiento de la igualdad de los ciudadanos y tener por fin la mayor libertad (págs. 2, 25), la defensa del derecho de la personalidad (pág. 163), el valor dado al concepto de abuso del derecho (págs. 94, 95, 106) y al fundamento del negocio (pág. 349).

R.

LOEVINGER, L. J.: "Una introducción a la Lógica Jurídica". Traducción y prólogo de José Puig Brutau. Casa editorial Bosch, Barcelona, 1954; 141 págs.

El libro reseñado contiene la traducción castelana, por lo general ágil y correcta, de un artículo de L. J. Loevinger, publicado por primera vez en el verano de 1922 en la revista "Indiana Law Journal".

La traducción va precedida de un prólogo del mismo traductor, en el que éste analiza a grandes rasgos el pensamiento del autor. "El pensamiento de Loevinger—dice—acerca de la realidad que designamos con la expresión de Ciencia del Derecho es muy avanzado. A nuestro juicio debe ser incluido en el movimiento de la llamada "jurisprudencia experimental", que trata de llevar a cabo una hazaña que todavía no sabemos si quedará frustrada o si será memorable. Cabe afirmar, a grandes rasgos, que se trata de aplicar a la experiencia jurídica el método de investigación propio de las ciencias naturales". Y agrega más adelante: "Es aconsejable mantener una actitud de cautela ante las nuevas orientaciones; pero, a nuestro juicio, hay algo que ha sido puesto en claro de manera definitiva y es la evolución constante de los sistemas jurídicos a través de la aplicación práctica de las normas que pretenden permanecer invariables. Por ello, el examen de lo que verdaderamente ocurre

en el proceso de aplicación del Derecho debe proporcionar el fundamento más adecuado al Derecho mismo como sistema normativo”.

“La doctrina angloamericana ha superado, en gran parte—dice también Puig Brutau—, la falsa creencia de que los jueces se limitan a descubrir el Derecho y aplicarlo. En cambio, en el Derecho continental todavía prevalece esta deformación de la realidad. Pero la ocultación tiene lugar, entre nosotros, de distinta manera: preferimos optar por la ficción, que consiste en obtener un nuevo sentido del mismo precepto a base de lo que llamamos “interpretación”. Puesto que se trata, ficticiamente, de hallar lo que se supone que el precepto ya declara, la doctrina más creadora no se preocupa del problema de la retroactividad de un nuevo punto de vista. Mientras los angloamericanos reconocen que la regla de estar a lo decidido (*stare decisis*) o de tener que seguir los precedentes es compatible con la posibilidad de revocarlos, nosotros, los continentales, ocultamos toda la fuerza creadora de la doctrina y de la jurisprudencia mediante la imputación de sus resultados al contenido de la Ley. En el Derecho continental y en el angloamericano vemos, pues, cómo han operado dos distintas maneras de ocultar una misma verdad”. “Resulta, pues, que la doctrina jurídica parece proponerse la misión de hallar en qué casos lo conveniente puede adoptarse por ser compatible con lo que está oficialmente proclamado como Derecho. Pero, ¿no sería preferible dedicar tanto esfuerzo a la investigación directa de lo que conviene resolver en vista del interés social? Las páginas de Loevinger—concluye Puig Brutau—constituyen una brillante contribución de la moderna lógica a esta finalidad práctica y realista, a base de una crítica implacable del razonamiento jurídico.”

A pesar del alegato de Puig Brutau, no podemos compartir el entusiasmo que demuestra por la obra de Loevinger y demás “avanzados” pensadores. La preocupación por la Metodología de la aplicación del Derecho—se ha dicho—es síntoma de decadencia de la Ciencia del Derecho—paralelo al abandono de la metafísica por los filósofos, que prefieren ocuparse de la metodología de las ciencias—, y demostración palpable de la influencia que han llegado a ejercer los prejuicios positivistas en el pensamiento de los juristas.

Se coloca en primer plano la Metodología, y se deja arrumbada y en la sombra la cuestión fundamental y decisiva, que es la de la naturaleza y fin del Derecho. La importancia del Método es incuestionable, pero no constituye un problema independiente, sino subordinado. Método significa dirección dada al conocimiento respecto a un objeto, camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica a la teoría. Es necesario saber a dónde se va antes de preguntarse cómo se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del Derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir. Pero ni Loevinger, ni Puig Brutau, consideran de interés la previa determinación de lo que es el Derecho. Puig Brutau cita complacido la observación de Beutel, que hizo notar que ningún físico se entretuvo en buscar una definición exacta de la electricidad en lugar de comprobar sus efectos. ¿Como si fue-

ra posible establecer entre el Derecho y la electricidad una comparación semejante! “De la misma manera—observa Puig Brutau—, un jurista se ha de ocupar de los efectos que produce la aplicación del Derecho y debe pensar que, como dijo Max Radin, quienes han aprendido un poco de humildad han abandonado la tentativa de definir el Derecho”.

Como dice el ilustre romanista italiano Bioudo Biondi (1), a quien cito de memoria, tenemos que persuadirnos de que, como nos enseñaron los romanos, la Ciencia del Derecho planea y trata de resolver problemas, no de lógica, sino de justicia concreta. Si nuestra ciencia no quiere ser vacía abstracción o ejercicio académico estéril, la lógica debe dirigirse a lo justo. El sistema será tanto más perfecto no en cuanto observe más rigurosamente las reglas del razonamiento y de la clasificación, sino, sobre todo, en cuanto sea sistema de lo justo. Volver a los métodos de la jurisprudencia romana no quiere decir renegar de la dogmática moderna, sino recordar que dogmática y método pueden calificarse de jurídicos sólo en cuanto tienden a alcanzar el fin del Derecho indicado por Celso, que es único, eterno y universal. La actividad del jurista—pueda o no calificarse de científica—no puede enderezarse más que a la busca y realización de la justicia.

Jaime SANCHEZ BLANCO

LUZZATTO, Ruggero: “La compraventa según el nuevo Código civil italiano” (Traducción de la primera edición italiana con notas sobre el Derecho civil español, por Francisco Bonet Ramón). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953; 572 págs.

No estamos acostumbrados a manejar obras de prosa tan sencilla y exposición tan clara y precisa como “La Compraventa”, de Ruggero Luzzatto. Podría decirse que no son precisos conocimientos jurídicos para leer, entender y asimilar este libro.

El autor expone lisa y llanamente el contenido de los artículos que en el nuevo Código civil italiano dedica a la compraventa, explicando con notoria claridad los precedentes históricos y el alcance y significado de sus preceptos y las cuestiones que pueden suscitarse, así como las soluciones que, a su juicio, cabría dar a las mismas.

Con particular relieve destaca las diferencias que separan al nuevo texto legal del Código derogado, haciendo una ponderada crítica de las innovaciones introducidas por aquél. Las páginas que el autor dedica a estas consideraciones críticas son, quizá, las más interesantes de todo el libro. Podrían señalarse a este propósito los comentarios que hace a la nueva regulación de la venta de cosa ajena—que representa, dice Luzzatto, una mejora legislativa—, del pacto de reserva de dominio en las ventas a plazo, del contrato preparatorio o promesa de venta, de la trascendencia jurídica de los motivos, de la rescisión por lesión “ultradividuum”, etcétera.

Sin embargo, el estudio y exposición de Ruggero Luzzatto, ni es un

(1) “Arte y Ciencia del Derecho” (prólogo, por Juan Iglesias. Traducción y estudio preliminar, por Angel Latorre). Ediciones Ariel, Barcelona, 1953.

trabajo de investigación, ni constituye una contribución valiosa a la doctrina constructiva, ni puede considerarse, por la ausencia casi absoluta de referencias bibliográficas, una obra de consulta. Su valor es grande, en cambio, desde el punto de vista didáctico y pedagógico.

La traducción de Bonet Ramón es muy correcta y las notas del mismo traductor sobre el Derecho civil español, claras, precisas y luminosas, hacen de este libro un instrumento de enseñanza muy útil para los estudiosos españoles.

Jaime SANCHEZ BLANCO

PUIG BRUTAU, José: "Fundamentos de Derecho civil", III, "Derecho de cosas". Barcelona, Bosch, 1953; 639 págs.

Un estudio general sobre los Derechos reales tropieza en España con especiales dificultades. Ciertamente, no es escasa nuestra literatura monográfica; de otro lado, tiene interés la apreciable tradición histórica y los modernos ensayos legislativos. Pero la dificultad estriba aún más en el carácter consagrado de muchos principios. Puig Brutau ha luchado. Aunque no pudiéramos decir más de su reciente obra, bastaría para respetarla su procurado y valiente choque contra la miseria de los tópicos.

El autor titula su obra "Fundamentos de Derecho civil"; pero con más exactitud podríamos decir que nos encontramos ante unos "Elementos críticos de Derecho civil". El primer volumen aparecido constituye el tomo III de la obra "Derecho de cosas". El libro abunda en consideraciones propias de la parte general intercaladas a través del texto cuando el desarrollo de la materia lo exige. Ello nos permite percibir claramente la posición conjunta del autor ante los problemas del Derecho civil. Es más, gracias a esto el lector queda convencido de que—como ya había podido apreciar en sus producciones monográficas—el autor goza de unas sólidas convicciones jurídicas y no es un dilectante ni un destajista del Derecho.

Podemos resumir en unos apartados los apreciables méritos de la obra:

1. En primer término, a Puig Brutau le domina una honda preocupación metodológica: La superación del "Derecho de profesores", que identifica con la Jurisprudencia conceptual, mediante el "Derecho de Jurista": Expresión pleonástica con las que se quiere recordar a la "Jurisprudencia de los Intereses". Aunque el autor expresa devoción por esta última, su posición, sin embargo, está más próxima al movimiento anglosajón del método experimental.

Ciertamente, resulta algo reiterativa la alusión al infecundo método conceptual. Conviene no olvidar que el Derecho es al mismo tiempo base y resultado de una técnica de conceptos, que por mucho que queramos "humanizar nunca será por entero patrimonio de las masas. Es inexacto intentar la construcción jurídica acomodando la exclusivamente a la deducción o a la inducción; la materia jurídica no obedece a leyes naturales y

tampoco a normas matemáticas. Se trata de una materia inestable, que tiene en cuenta siempre la libertad humana, pero que de otra parte obedece a una misión fundamentalmente educativa.

En todo caso es interesante el ensayo del autor, primero en nuestra Patria, que ha logrado comunicarnos la inquietud que un día sintieron los maestros de Tubinga.

2. Para conseguir este fin, el autor utiliza con frecuencia el método comparativo. Puede decirse con toda exactitud que lo emplea con una graduación precisa, sin reducirlo a una pedestre relación del artículo de Leyes extranjeras, ni elevarlo a la máxima consideración científica.

El autor aporta también una visión nueva en nuestros estudios: La atención esencial al derecho anglosajón, particularmente por lo que hace al sistema del "Common Law". Y con una particularidad interesante: Utiliza el "Common Law" en el mismo plano que los Derechos romano y germánico son estudiados normalmente por los juristas para la mejor inteligencia de nuestras instituciones. Ello está justificado teniendo en cuenta que el autor sincroniza con el mayor cuidado—algo poco prodigado, evidentemente—las diversas eras de aquellos derechos; y de otra parte, que según investigaciones harto conocidas, muchas instituciones del "Common Law" representan coincidencias actuales del Derecho romano histórico.

3. Otro aspecto realmente sorprendente en la obra de Puig Brutau es su encomiable empeño en estudiar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo separando cuidadosamente la doctrina y el comentario, la "Ratio Decidendi" y los "obiter dicta". Hay que apreciar en todo su valor este esfuerzo denodado, apoyado en el sistema del "Derecho del Caso" y cuyo ejemplo debiera cundir. A todas luces, sería conveniente despojar a las afirmaciones contenidas en los considerandos de las sentencias de ese sentido sagrado e intocable que tantos males ocasiona en la práctica: Males para los litigantes, expuestos a los juegos de dicción que pueden lograrse tras un examen microscópico de las afirmaciones judiciales; y males también para el juzgador que, inconscientemente sometido al fetichismo de la doctrina—respetable pero inoperante—del Tribunal Superior, olvida su función creadora y casuística.

4. El estilo de Puig Brutau es de una máxima claridad y de gran riqueza de vocabulario: Mérito no frecuente en nuestros autores, y que adquiere especial relieve por ser el catalán idioma nativo del autor.

Citas bien dosificadas y una bibliografía extranjera modernísima—particularmente interesante la alemana—completan el cuadro de una obra digna de nuestro brillante momento jurídico y punto de partida de indudables próximas inquietudes.

Junto a ello palidecen sin duda unos pequeños defectos que quizá obedezcan a cierta precipitación completamente excusable. Apenas pueden señalarse el olvido—tal vez procurado—de la teoría de Heck en la doctrina de los Derechos reales, y un cierto descuido en la selección de la bibliografía latina y española.

REVISTA DE REVISTAS

A. cargo de don José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

COLOMBO, Leonardo A.: *La II Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*. L. Tomo 70, 23 junio 1953; págs. 1-5.

Ofrécese una rápida visión de los temas tratados en el Consejo en cuestión, en materia de orden político, Derecho Internacional privado, Derecho Internacional público; termina el autor con alusiones a la labor futura y a la existencia de una comunidad jurídica americana.

CORNEJO, Ricardo R.: *Anotaciones para el Curso de Introducción al Derecho*. BDC. Año III, núm. 3, enero-marzo 1953; págs. 118-130.

Breves y superficiales consideraciones sobre la etimología de la voz "Derecho", sobre el concepto de éste (como ciencia y como arte), sobre su distinción en natural y positivo y sobre las divisiones que del mismo pueden hacerse.

El trabajo empezó en un número anterior del "BDC".

DERECHO COMPARADO: *Estatutos del Comité Internacional de*
BDC. Año III, núm. 3, enero-marzo 1953; págs. 166-170.

Transcripción de los Estatutos del Comité Internacional del Derecho comparado creado bajo los auspicios de la UNESCO y aprobados en Londres en 19 julio 1950.

GALLARDO RUEDA, A.: *Sobre el Derecho civil continental europeo*. RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953; págs. 98-108.

No podemos dar cuenta del contenido de este trabajo porque en el ejemplo de la "RIDC" que hemos manejado faltan los cuadernillos correspondientes a las páginas en que figura esta colaboración.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Deber Jurídico*. BI. Año VII, núm. 236, 15 julio 1953; págs. 3-6.

Comentarios y sugerencias provocados por un reciente trabajo del profesor Verdross, en el que se nota su desplazamiento del positivismo ortodoxo

hacia la posición insnaturalista, hacia la sumisión del ordenamiento jurídico a los postulados morales.

LEWALD, Walter: *Problème des Internationalprivatrechts*. NJW. Año 6, cuaderno 18, 2 mayo 1953; págs. 647-650.

Con el nombre de "Problemas de Derecho Internacional Privado", publica Lewald unas observaciones críticas y sugerencias en torno a la colección de trabajos publicados como homenaje a Martín Wolff en su ochenta cumpleaños: "Festschrift für Martin Wolff". Tübingen, Editorial S. C. B. Mohr, 1952, 413 págs (diez trabajos del Derecho civil y ocho del Derecho Internacional privado).

LÓPEZ NÚÑEZ, Carlos: *Esquemas metodológicos en orden a la investigación del Derecho romano*. ED. Volumen XIV, núm. 42, agosto 1953, págs. 444-486.

Divídese el trabajo en dos partes. En la primera el autor hace algunas consideraciones sobre el método y la metodología, y en la segunda va analizando los distintos métodos de investigación a fin de determinar el preferente en el estudio del Derecho romano: 1), método crítico en relación con el problema de las interpolaciones; 2), método comparativo; 3), método naturalístico u orgánico propuesto por Bonfante; 4), método sociológico, y 5), método dogmático.

De la perfecta armonización de lo histórico y lo dogmático surgirá una provechosa investigación del Derecho romano.

MOLINA PASQUEL, Roberto: *El Derecho angloamericano contemporáneo*. BDC. Año III, núm. 3, enero-marzo 1953; págs. 131-162.

El autor presenta el estado actual del "Common law" y del "Derecho legislado" en U. S. A. En cuanto al primero, se refiere a la labor de "reformulación" llevada a cabo por el American Law Institute a partir de 1923, en sus "Restatement". Para poner el "common law" más en contacto con la realidad se han reformulado las más importantes cuestiones (contratos, representación, Torts, Trust, garantías, etc.). Examinanse las instituciones reformuladas. En lo tocante al Derecho legislado es importantísima la formación del "Código de las Leyes de los Estados Unidos de Norteamérica", obra que se edita cada seis años y en la que se recogen los "Estatutos" o Leyes del Congreso

NIPPERDEY, Hans Carl: *Evolución del Derecho laboral en Alemania a partir de 1945*. RGLJ. Tomo XXVII (195), núm. 1-2, julio-agosto 1953; páginas 9-50.

A partir de 1945 cuatro fases pueden distinguirse en Alemania en la evolución del Derecho laboral: 1.ª Disposiciones dictadas por las Potencias ocu-

pantes (comisión aliada de control). 2.ª Disposiciones dictadas por los "Países" que forman la República Federal a partir de 1946. 3.ª Tendencia a la unidad con fusión de zonas americana e inglesa. 4.ª Existencia de la República Federal y promulgación de su Constitución.

A base de este esquema el autor examina los puntos que han sido objeto de preocupación de las normas, tanto constitucionales como generales: vacaciones, despido, salario, protección laboral, asociaciones, pactos colectivos, consejo de empresas, arbitraje, jurisdicción, colocación obrera, paro y relaciones internacionales.

RABASA, Oscar: *Los dos grandes sistemas jurídicos universales*. RJN. Año I, núm. 2, junio 1953; págs. 66-72.

Reproducción de ciertos pasajes de la obra de Rabasa, "El Derecho Anglo-americano" en la que considera que los dos grandes sistemas jurídicos de que directa o indirectamente derivan los demás son el sistema romano y el inglés.

2. Derecho de la persona

DIRIAN, Hans W.: *Die Bestellung von Abwesenheitspflegern für Kriegsvermisste*. NJW. Año 6, cuaderno 13-14, 27 marzo-3 abril 1953; páginas 492-493.

La enorme frecuencia con que en la actualidad los Tribunales de tutelas han tenido que nombrar curadores de ausencia para los desaparecidos en la guerra, ha puesto de manifiesto la necesidad de ampliar las funciones "de oficio" de tales Tribunales. Los parágrafos 1913 y 1921 del BGB han resultado desbordados por la realidad.

GOLDSCHMIDT, Werner: *La capacidad en el Derecho internacional privado argentino*. RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953; págs. 109-117.

No podemos dar cuenta del contenido de este trabajo porque en el ejemplar de la "RIDC" que hemos manejado faltan los cuadernillos correspondientes a las páginas en que figura esta colaboración.

GUTIÉRREZ BOTERO, Alberto: *La personalidad jurídica*. ED. Volumen XIV, núm. 42, agosto 1953; págs. 531-580.

Amplio estudio sobre las personas colectivas, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el punto de vista del Derecho colombiano. Examina el autor el concepto de persona y sus clases, los elementos integrantes de los entes colectivos, su naturaleza (referencia a las distintas doctrinas) y evolución histórica. Con referencia a la legislación colombiana bosqueja su existencia, clasificación, atributos (domicilio, nacionalidad) y capacidad.

HODLER, Christian: *Die Freiheit der Personen nach der neuen Europäischen Menschenrechtskonvention*. NJW. Año 6, cuaderno 15, 10 abril 1953; págs. 531-532.

La reciente ratificación por la República Federal de la "Convención europea para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales" de 4-XI-1950, da motivo al autor para ofrecer algunos breves comentarios sobre el artículo 5.º de la Convención: "Todo hombre tiene un derecho a la libertad y seguridad. Sólo se puede privar a un hombre de la libertad, y precisamente por la vía preestablecida legalmente, en los siguientes casos... (no inserta la enumeración). Comenta algunos de ellos.

LOZANO SERRALTA, M.: *La nueva ley de nacionalidad suiza de 29 de septiembre de 1952*. IJ, núm. 126, noviembre 1953; págs. 941-947.

Sucinta exposición de la Ley enunciada que abarca los aspectos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, ya por efecto de la Ley, ya por decisión de la autoridad. Los recursos que la Ley establece son de Derecho administrativo y no civil.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Los valores individuales en el Derecho público y privado*. RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 5, septiembre-octubre 1953; págs. 407-423.

En la hora presente nótase un claro retorno hacia el Derecho natural. Velada o sinceramente existe una reacción contra el positivismo en sus diversas facetas. El autor examina el problema en sus justos términos, se fija en la contraposición entre "utilitarismo" y "justicia", en los intentos de Kelsen de salvar su sistema positivista-geométrico, en el sacrificio del Derecho privado por el público, y en el decisivo papel que en aquél hay que reconocer a la autonomía de la voluntad. Ciertamente, en la actualidad la Filosofía y el Derecho se orientan ya hacia la protección del individuo y la salvaguardia de sus derechos humanos. Son decisivos dos documentos: la *Encíclica Summa Pontificalis* de Pío XII y la *Declaración universal de los derechos del hombre*.

ROMERO, Ramón: *Fuerza mayor*. RJN. Año I, núm. 2, junio 1953; páginas 49-55.

Breves sugerencias en torno la relación entre los conceptos de "fuerza mayor" y "caso fortuito", con especial referencia al Derecho de Nicaragua, al que el autor critica en este punto por lo impreciso de la terminología. Alusiones de Derecho comparado y a la doctrina.

TEIXEIRA, Evaristo: *O registo do estado civil e as autoridades extraterritoriais*. BMJ, núm. 36, mayo 1953; págs. 5-23.

El registro civil encomendado a los agentes acreditados en el extranjero plantea en Derecho internacional privado el problema de la eficacia o inefi-

cia de los actos inscritos en un triple aspecto: conforme al Derecho del Estado del agente, conforme al del Estado local y conforme a terceros Estados. Después de dar las ideas generales, estudia concretamente los casos de los agentes portugueses en el extranjero y de los extranjeros en Portugal.

3. Derechos reales

AIGLER, Ralph W.: *Constitucionalidad de las leyes sobre saneamiento de títulos de propiedad*. RIN. Año 5, núm. 17, enero-marzo 1953; págs. 5-24.

En ciertos "Estados" de los Estados Unidos, en la llamada Región del "Medio Oeste", para que un título de propiedad sobre un inmueble se considere saneado es preciso que el titular actual pueda retroceder a través de una serie de títulos hasta llegar a un titular cuyo derecho no se discute (generalmente el Gobierno). Recientemente se han dictado leyes que tienden a evitar esta especie de "diabolica probatio", facilitando el saneamiento del título del propietario actual y la transmisión de las fincas y purgando a éstas de cargas "antiguas".

Se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de estas leyes, la cual defiende el autor.

ANTONI, Jorge Sixto: *La energía nuclear en el Derecho*. RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953; págs. 31-45.

Después de referirse a la importancia de la energía nuclear, esboza los intentos de control de la misma por el Derecho internacional público. Con referencia a la Argentina, la considera dentro de las "fuentes naturales de energía" a que alude el artículo 40 de la Constitución. Estima el autor que es susceptible de concesión y después destaca cómo en la mayoría de los casos el Derecho argentino vigente es inservible para reglamentar los nuevos problemas que la energía atómica va a plantear.

ARGÜELLO, Rosendo: *No corre la prescripción extraordinaria contra un título inscrito*. RJN. Año I, núm. 2, junio 1953; págs. 61-65.

El breve trabajo es un comentario y justificación del artículo 1.730 del Código civil de Nicaragua, que determina la inadmisión de la consumación de la usucapión contra un título inscrito. Armoniza el precepto con los artículos 897, 2.º y 898, y propone su correcta interpretación.

CARBONELL, José F.: *Aspectos del derecho de retención en el Código civil argentino* RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953; págs. 45-75.

Comienza con el concepto y desglosa la institución de las figuras afines. Señala sus caracteres (legal, indivisible, accesorio, transmisible), sus presupuestos de ejercicio y la forma de este ejercicio (judicial, extrajudicial). Des-

pués de aludir ampliamente a sus efectos, hace referencia a las causas de extinción. Añade indicaciones bibliográficas.

DI GUGLIELMO, Pascual: *La propiedad industrial en el segundo Congreso de Derecho Comercial* L. Tomo 71, 11 julio 1953; págs. 1-3.

Con referencia a algunos puntos concretos, demuestra el autor la enorme urgencia con que debe modernizarse la legislación argentina en materia de propiedad industrial (Ley 11 octubre 1864).

DURÁN Y VENTOSA, Luis: *La real o supuesta evolución de la propiedad urbana*. RJC. Año LIII, vol. LXX, núm. 5, septiembre-octubre 1953, págs. 447-451.

Ante la frecuente afirmación de que la propiedad urbana está evolucionando hacia una nueva forma de ser, el autor reduce a sus justos límites este punto de vista estimando que ante todo es fundamental no desorbitar los derechos del inquilino, desnaturalizando su posición jurídica.

HAENSEL, Carl: *Das völkerrechtliche Argument in der aktuellen Rundfunkgesetzgebung*. NJW. Año 6, cuaderno 10, 6 marzo 1953, págs. 365-368.

El autor comenta algunas de las cuestiones que sugen del Proyecto de Ley sobre la Radiodifusión Federal. Se fija especialmente en lo relativo a la solución que ha de darse al hecho de que la radiodifusión está controlada por las autoridades de ocupación. (Ley 5 de 21 septiembre 1949.)

JAEGER: § 24 des Wohnungsbaugesetz in der Praxis der Wohnungsbehörden und Gerichte. NJW. Año 6, cuaderno 10, 6 marzo 1953; págs. 371-372.

El parágrafo 24 de la Ley de Construcción de Viviendas de 24 abril 1950 determina que a las viviendas libremente financiadas, para las que no se solicita un trato fiscal favorable, no se les aplica la Ley de Protección al arrendatario de 1942. El citado parágrafo 24, en la práctica, plantea cuestiones difíciles a las autoridades de la vivienda y a los Tribunales. A alguna de ellas alude el autor.

KRECH: *Anderung der Berliner Gesetz über die Umstellung von Grundpfandrechten und über Aufbaugrundschriften vom 9. 1. 1951*. NJW. Año 6, cuaderno 11, 13 marzo 1953; págs. 412-413.

Enumeración casi escueta de las modificaciones y nueva redacción que en ciertos pasajes ha sufrido la Ley de 9 de enero de 1951 sobre trasposición de derechos de pignoración inmobiliaria y sobre las deudas territoriales de una construcción. Las modificaciones son de Ley de 15-I-53.

MENDILAHARZU, Eduardo F.: *La convención universal de Ginebra de 1952 sobre Derecho de autor*. L. Tomo 71, 16 julio 1953; págs. 1-5.

Después de referirse a la génesis de la conferencia, examina uno a uno los textos aprobados por la misma (materias amparadas, equiparación de nacionales y extranjeros, formalidades, término de amparo, traducciones, concepto de publicación, etc., etc.). El trabajo no termina en este número.

MOUCHET, Carlos; RADAELLI, Sigfrido: *La convención universal sobre el derecho de autor*. RFDBA. Año VIII, tercera época, núm. 34, julio-agosto 1953; págs. 761-794.

“La convención universal sobre el derecho de autor” suscrita en Ginebra el 6 de septiembre de 1952 constituye un acontecimiento de extraordinario valor jurídico y cultural. Los autores examinan el Anteproyecto, así como las cláusulas de la Convención y los Protocolos anexos. Al final de su trabajo transcriben el texto de la Convención (consta de XXI artículos) y de los anexos.

PRAPROTNIK, Luis R.: *La codificación del Derecho argentino de prensa*. L. Tomo 70, 12 mayo 1953, págs. 1-5.

Consideraciones en torno a la cuestión, tomando en cuenta los modelos extranjeros y la iniciativa aprobada por el Primer Congreso Nacional (argentino) de Periodistas.

VILLACAÑAS GONZÁLEZ, Pedro: *La propiedad en sentido vertical*. RCDI. Año XXIX, núms. 302-303, julio-agosto 1953; págs. 481-503.

Ante el creciente incremento de la aviación, el autor ofrece en esta conferencia, recogida en la RCDI, unas breves, pero abundantes consideraciones sobre la propiedad en sentido vertical, con especial referencia al problema de la navegación aérea. Examina el C. c. y las legislaciones extranjeras, alude a las limitaciones de la propiedad y contempla la utilización interior y exterior del espacio aéreo nacional así como las concesiones aéreas. Abundantes citas de Legislación y referencia a Tratados internacionales.

ZACCARO, Carlo: *Personalismo e realismo nell'impostazione costituzionale della proprietà fondiaria*. IR. Julio-agosto 1953; págs. 299-308.

El régimen jurídico de la propiedad no es un problema simplemente abstracto, sino que roza la misma estructura del Estado y el orden jurídico por entero. Por eso es de tener en cuenta la orientación constitucional francamente dirigida hacia el personalismo en Italia. Pero es necesario situarse en un punto de vista objetivo, considerando a la propiedad separada del sujeto, al cual sirve, para fijarse en los otros elementos: objeto y contenido. Con esta perspectiva examina la proyección en la propiedad de los fundos, especialmente en cuanto se refiere a los contratos agrarios.

4. Obligaciones y contratos

BAQUERO PRECIADOS, Gregorio: *Algunas consideraciones sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos*. BI. Año VII, núm. 238 (5 agosto 1953), 239 (15 agosto 1953) y 241 (5 septiembre 1953); págs. 3-10, 3-8 y 3-13, respectivamente.

El autor, de forma clara y con fina ponderación de la realidad, ofrécenos unas sugerencias en torno a la L. A. U.: justificación y finalidad, crítica de la misma (la considera una Ley fracasada), reformas, problema de la vivienda.

BECHTOLD: *Anspruch des Heifers, insbesondere des Arztes, aus Hilfeleistung*. NJW. Año 6, cuaderno 13-14, 27 marzo-3 abril 1953, págs. 489-490

El Código civil alemán silencia la cuestión de si el mandatario o el gestor de negocios pueden exigir indemnización por daños que no consistan en "dispendios" (670 B. G. B.). Surge, pues, esta pregunta: si el mandatario sufre daños fortuitos de otro tipo, ¿puede ejercer pretensiones de indemnización? Antes de la Ley de 28-VI-35, al no existir un deber de actuar si existía peligro, se entendía que no. Pero, a partir de esa Ley, como había de "prestarse la ayuda" cuando lo exigía la "sensibilidad popular sana", la doctrina y la jurisprudencia entienden que caben pretensiones indemnizatorias.

A la fundamentación de las mismas (que no puede estar en 670 B. G. B.) dedica el autor algunas consideraciones.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *El arrendamiento de local de negocio. Resumen legislativo y jurisprudencial (enero-junio 1953)*. RDM. Vol. XVI, número 46, julio-agosto 1953; págs. 55-64.

Se refiere el autor a las soluciones jurisprudenciales atañantes al arrendamiento de local de negocio, en sentencias dictadas en el primer semestre de 1953. Alude a cuestiones relativas a: objeto del contrato, renta, venta del local, traspaso, oposición a la prórroga, resolución y jurisdicción y procedimiento.

BERTERMANN, Dr.: *Vereinbarter Mieterschutz*. NJW. Año 6, cuaderno 13-14, 27 marzo-3 abril 1953; págs. 490-491.

Por la Ley de Construcción de Viviendas de 24-IV-50 y por la Ordenanza Federal de 27-XI-51 han quedado fuera de las disposiciones sobre protección del arrendatario las relaciones arrendaticias de ciertas viviendas. El arrendatario queda, pues, expuesto a la denuncia del arrendador conforme al B. G. B. ¿Puede contractualmente pactarse el régimen de protección al arrendatario? El autor fundamenta la respuesta afirmativa.

DE MUNDO, José A. M.: *Contribución al estudio del empleo útil*. I. Tomo 71, 15 agosto 1953; págs. 1-2.

Deslinda el autor el llamado "Empleo Util" de los conceptos más amplios del enriquecimiento sin causa y de la gestión de negocios, analizando los artículos 2.306 a 2.310 del Código civil argentino.

DEVEALI, Gabriela: *El servicio doméstico y el trabajo en el hogar en la legislación social*. L. Tomo 71, 3 julio 1953; págs. 1-4.

Comienza aludiendo al porqué de la exclusión del contrato del ámbito laboral y a su escasa regulación; examina la Legislación extranjera y contempla algunos aspectos de la relación de servicio doméstico; especialmente se fija en el trabajo en el hogar.

DUNQUE PÉREZ, Jairo E.: *La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones*. ED. Volumen XIV, núm. 42, agosto 1953; páginas 487-509.

Estudio en pro de la tesis que considera a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. El autor se extraña del recelo con que esto suele admitirse, indicando la escasa diferencia entre las voluntades coordinadas (contrato) y la voluntad unilateral. En el primer caso, a su juicio, surge la fuerza vinculante del CONSENTIMIENTO; en el segundo de lo que él llama ASENTIMIENTO. Examina las críticas dirigidas contra la doctrina que ve una fuente de obligaciones en la declaración unilateral de voluntad, refutándolas.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Eudoro: *Prueba de las obligaciones*. ED. Volumen XIV, núm. 42, agosto 1953; págs. 405-419.

Como la mayoría de los Códigos civiles, el colombiano, al tratar de las obligaciones, dedica algunos artículos a la prueba de éstas, dedicando al particular normas que más que referirse sólo a la Prueba de las obligaciones, se refieren a la prueba en general. Analizar los preceptos referentes únicamente a la prueba de las obligaciones es el objeto del presente trabajo.

GRUND, Dr.: *Nochmals: Die Rechtsstellung des Untermieters bei vereinbarter Aufhebung des Hauptmietverhältnisses*. NJW. Año 6, cuader no 13-14, 27 marzo-3 abril 1953; págs. 491-492.

Para "lanzar" al subarrendatario, el arrendatario puede pactar con el arrendador la invalidación de la relación arrendaticia, y así el arrendador podrá exigir la entrega de la cosa del propio subarrendatario, conforme al parágrafo 556 del B. G. B. Tal pacto podría burlar la protección que al subarrendatario otorga la Ley, y el autor comenta la posible eficacia o ineficacia de este convenio.

HERMIDA LINARES, Mariano: *Interpretación de los arts. 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil*. RCDI septiembre 1953; págs. 629-649.

Entre el puro sistema espiritualista del artículo 1.278 y el sistema formalista establecido como excepción en los casos del artículo 1.280, el artículo 1.279 com-

plica el sistema contractual español, puesto que, aun sin llenar las formalidades preceptuadas para los contratos a que se refiere, éstos ya existen y producen efectos. Expone el autor las diversas opiniones doctrinales y clasifica por su tendencia a la jurisprudencia según que se pronuncie en un sentido espiritualista, formalista o ecléctico. A través de una interpretación del artículo 1.279, fundada en sus causas de imprecisión y en sus aplicaciones prácticas y del equilibrio entre el principio de buena fe y el de la forma, distingue, con respecto a este artículo, los efectos propios o típicos de cada clase de contratos y los generales a todos ellos. Para conseguir los primeros es necesario el cumplimiento de la forma. Para los segundos basta el mero consentimiento.

JORDANO BAREA, Juan-Bautista: *Los contratos atípicos*. RGLJ. Tomo XXVII (195), núms. 1-2, julio-agosto 1953; págs 51-90.

Estudio muy completo de la materia, dividido en los apartados que reseñamos: I, Perspectiva histórica y actual del contrato atípico. Destaca el autor cómo se pasó de la lista de contratos del D. Romano al concepto genérico del contrato, y cómo el contrato atípico brota de la realidad misma. II, Concepto del contrato atípico. Después de distinguir entre contrato innominado (sin nombre) y atípico (sin disciplina jurídica), alude a la tipicidad legal y social y define el contrato atípico como "aquel que, aun mencionado por la Ley, e tá desprovisto de una normación específica, a menos que la mención del contrato se haga por la Ley en tal lugar que se pueda inducir por vía de remisión la disciplina jurídica aplicable". III, Naturaleza y estructura (cuestiones de causa). IV, El contrato atípico frente a otras categorías contractuales (contrato simulado, indirecto, ilícito, fraudulento). V, Clasificación. Adopta ésta: Contratos atípicos puros y mixtos. Por último, en el apartado VI se refiere a cuestiones de regulación de los contratos atípicos y termina con un apéndice en que ofrece una lista de los principales contratos atípicos que la realidad ofrece.

LARENZ, Karl: *Ursächlichkeit der Untervlassung* NJW. Año 6, cuaderno 19, 8 marzo 1953; págs 686-687.

El B. G. H (Bundesgerichtshof) establece, en un fallo de 25-IX-52, esta doctrina referente a la causalidad de la omisión: La causalidad de una omisión no puede negarse si el resultado, no obstante la realización del acto, hubiese podido producirse por otras circunstancias ligadas a él, sino que sólo puede negarse tal causalidad si el resultado dañoso no hubiese podido tener lugar en un curso normal de los acontecimientos, sino antes bien solamente a causa de especiales circunstancias. El autor no comenta favorablemente el principio, en relación con el B. G. B. y la Z. P. O.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele: *Stato di necessità e risarcimento del danno*. DG., mayo-junio 1953. págs 167-172.

Estudia los problemas planteados por el artículo 2.045 C. c., que impone el deber de indemnizar por los daños causados en el salvamento propio o de otra

persona de un daño grave cuando el peligro no ha sido causado por el salvador y no es evitable de otro modo. La norma se opone al sistema general del C. c. según el cual se excluye la responsabilidad del deudor por causa que no le es imputable. Y plantea el problema de la atribución de la obligación cuando el peligro se ha causado por un tercero.

MANN, F. A.: *Währungszersplitterung und Währungsbestimmung*. NJW. Año 6, cuaderno 18, 2 de mayo 1953; págs 643-647.

La depreciación, cambio de valor, de forma de curso, patrón, etc., en la moneda, plantea problemas de gran dificultad no siempre bien resueltos por las legislaciones. El autor ofrece algunas consideraciones sobre estas materias, con referencias a la legislación alemana.

MOZO BRAVO, Ezequiel: *Extinción del arrendamiento por muerte del arrendador usufructuario*. NR. Año XXXII, núm. 865, 15 junio 1953; páginas 1-4

La Legislación especial en materia de arrendamientos no ha derogado el artículo 480 del Código civil. El autor se ocupa de la cuestión en los arrendamientos rústicos y urbanos, dando especial importancia a la Sentencia de 14 de mayo de 1952.

OGÁYAR AYLLÓN, Tomás, *Nulidad de la transmisión hecha por el dueño de la finca urbana a instancia del arrendatario (art. 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)*. RGLJ. Tomo XXVII (195), núms. 1-2, julio-agosto 1953; págs. 96-126.

Comienza el autor con una alusión a los efectos reales que produce la relación arrendaticia urbana para a continuación referirse al tanteo y retracto a favor del arrendatario (aspectos de un mismo derecho). En la tercera parte del trabajo se estudia la acción de nulidad de la enagenación otorgada al arrendatario por el artículo 67 de la L. A. U.: finalidad del artículo 67, crítica, acciones que reconoce, acción de nulidad, presunción de excesividad, simulación, requisitos y efectos.

Propugna la supresión y derogación total del aludido artículo 67.

PALMIERI, Vincenzo M.: *Sulla responsabilità civile per infermità trasmesse alla prole mediante la generazione*. IR. Año VI, núm. 1, enero-febrero 1953, págs. 26-32.

¿Puede reconocerse un ilícito civil en los padres (legítimos o naturales) cuando transmitan, en el acto de la concepción, a los hijos una enfermedad venérea?

Una Sentencia de 31 de julio 1950, dictada por un Tribunal de Piacenza, ha respondido que "sí". Esta sentencia, desde el punto de vista jurídico, ha provocado numerosos comentarios. El presente trabajo es más una crítica de la sentencia, considerada biológicamente.

PINTO RUIZ, José J.: *En torno a la llamada condición resolutoria tácita (artículo 1.124 C. c.)*. RJI. Año LII, vol. LXX, núm. 5, septiembre-octubre 1953; págs. 424-446.

El trabajo comenzó en el número anterior (julio-agosto 1953, pág. 303) de la misma revista y terminará en el de noviembre-diciembre de 1953. En el presente el autor se refiere a la aplicabilidad del artículo 1.124 en Cataluña; con la Jurisprudencia estima que debe aplicarse en aquel territorio. A continuación y bajo el nombre de "Presupuestos de aplicabilidad" estudia en general el mecanismo del artículo: ámbito de aplicación, existencia de la reciprocidad y caracteres que ha de reunir el incumplimiento para que entre en juego la facultad de resolución. Objetivamente estudia el incumplimiento en sus formas de mora cualificada, retardo voluntario, mora simple justificada, mora solvendi y mora accipiendi. Desde el punto de vista subjetivo no cree necesaria la existencia de culpa como requisito de la facultad resolutoria. Examina la Jurisprudencia.

POSSE, Mario: *Solidaridad activa*. RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953; págs. 9-30.

Como preparación ofréncense unas breves indicaciones sobre la solidaridad pasiva, criticando algunos aspectos de su regulación en el Código civil (argentino). Pasando a la solidaridad activa, el autor insiste con abundantes citas en que su única fuente está en la voluntad; estudia después los efectos fijándose en las relaciones entre los acreedores.

SÁNCHEZ BUSTAMANTE, Miguel: *La cláusula de inenajenabilidad temporaria a favor del beneficiario en actos a título gratuito*. RFDDBA. Año VIII, tercera época, núm. 34, julio-agosto 1953; págs. 719-736.

Fundamentalmente constituye el trabajo una interpretación del artículo 3.781 del Código civil argentino y su armonización con el artículo 2.613. Alude al origen de las cláusulas de no enagenar y a las posiciones de la doctrina acerca de la validez o no validez de ellas. Propugna su validez cuando beneficie al beneficiario, al testador o donante o a un tercero.

SANZ PÉREZ, Daniel: *El problema de los arrendamientos rústicos protegidos*. BI. Año VII, núm. 248, 15 noviembre 1953; págs. 3-7.

El autor se fija en algunos de los problemas que plantean estos arrendamientos, en base a la legislación que les es aplicable. Considera especialmente lo relativo a su terminación y el sistema de prórrogas. En estudio una regulación de estas cuestiones ofrece algunas sugerencias al legislador.

TORRENT, Pedro I.: *Posición del deudor mancomunado que paga íntegra la deuda. Subrogación legal en el caso*. RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953; páginas 76-82.

Después de distinguir en las obligaciones mancomunadas la "relación de obligación" y la "relación de contribución", examina las causas por las que

un deudor puede pagar íntegra la deuda y se enfrenta con la discutida cuestión de si se subroga o no en la posición del acreedor. Sostiene la tesis afirmativa.

TORRES AGUILAR, Juan: *¿Es posible la prescripción en el proceso resolutorio por falta de pago de la renta convenida?* RCDT. Septiembre 1953; páginas 656-663.

La acción resolutoria del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por falta de pago, no es posible entender de la excepción fundada en la prescripción extintiva parcial de las rentas por la sumariedad del procedimiento. En consecuencia, la consignación debe extenderse también a las rentas prescritas. La devolución de las mismas habrá de instarse en el proceso declarativo correspondiente.

VARELLI Carlo: *Sulla natura giuridica della mediazione*. DG, Mayo-junio 1953; págs. 161-166.

Si la mediación es una obligación o es una situación de hecho encontrará su origen, respectivamente, en el contrato o en la Ley. El autor se inclina por la primera hipótesis, rebatiendo con argumentos legales las opiniones contrarias.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Sub-rogação nos direitos do credor*. BMJ. Núm. 37, julio 1953; págs. 5-66.

Constituye uno de los trabajos encomendados por la Comisión de reforma del Código civil al autor, redactor de la parte de obligaciones en general. La estructura del trabajo viene impuesta por su finalidad. Después de un planteamiento general acerca de la naturaleza y clases de subrogación en los derechos del acreedor, va estudiando la conveniencia de adoptar o no cada una y las normas que habrán de regularla. De este modo se refiere en primer lugar a la subrogación voluntaria por consentimiento del acreedor y del deudor y a la legal, enumerando en esta última los casos en que la Ley debe admitirla. Al final de cada apartado inserta el proyecto de articulado conforme a las ideas expuestas.

VU-MAN-MAU: *La prohibition de la donation à cause de mort*. RTDC Año 52, núm. 2, abril-junio 1953; págs. 247-283.

El autor pone de manifiesto cómo, no obstante la enemiga de la doctrina y la Jurisprudencia, han surgido en Francia variadas e ingeniosas figuras que en el fondo son donaciones por causa de muerte. Tal tipo de donación no reglamentada en el Código civil, es sancionado con nulidad por la Jurisprudencia; a lo sumo, incrustándolas la nota de irrevocabilidad las configura a veces como donaciones con eficacia post mortem. Examina la historia del artículo 893 ("No se podrá disponer de los bienes a título gratuito más que por donaciones entre vivos o por testamento") y afirma que no obstante su redacción terminante "en

el D. francés actual, al lado de las donaciones entre vivos y los testamentos, existe, a pesar de la fórmula sibilina del artículo 893 C. c., un modo intermedio de disposición a título gratuito, la donación por causa de muerte bajo su doble aspecto tradicional: la donación mortis causa revocable, admitida formalmente por el legislador en ciertos casos, y la donación mortis causa irrevocable, tolerada por una jurisprudencia constante".

Se refiere a ambos tipos de donaciones mortis causa, citando como casos de la revocable las donaciones por causa de muerte hechas con ocasión o a continuación del matrimonio, y las donaciones por causa de muerte realizadas por estipulación o favor de tercero; como casos de las irrevocables enumera: donaciones subordinadas a la condición resolutoria de sobrevivencia del donante y donaciones afectadas por un término suspensivo o por una condición suspensiva.

En general, el autor, profesor de Hanoi, ve con buenos ojos la donación mortis causa.

5. Derecho de familia

BARATTA, Vincenzo: *La situazione giuridica della donna sposa e madre nella famiglia, esaminata nelle varie legislazioni*. DG. Año 68 (series III, a. IX), núms. 4-5, julio-octubre 1953; págs. 273-281.

Se trata de la comunicación hecha al LII Congreso de Notarios de Francia (Biarritz, junio 1953). Cuestión que está en trance de evolución en la mayoría de los países. Actualmente ve el autor tres grupos de legislaciones: a) Legislaciones que han abolido la incapacidad de la mujer casada y la institución de la autorización marital' (Escocia, Canadá, la mayoría de los Estados de U. S. A., China, Rusia). b) Legislaciones que reconocen a la mujer casada la capacidad de realizar actos jurídicos, pero consideran al marido cabeza de la familia (Alemania—hoy quizá debiera incluirse en el grupo anterior—, Francia, Italia, Suiza). c) Legislaciones que conservan la incapacidad de la mujer casada (Japón, Repúblicas Sudamericanas, Bélgica, Portugal, España).

El autor examina la institución de la autorización marital y se muestra partidario de la existencia de un "capo di famiglia".

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Capacidad de la mujer casada en el Derecho comparado* BI., VII, núm. 247, 5 noviembre 1953; págs. 3-4.

Señala en algunas legislaciones la evolución de los derechos de la mujer hacia la equiparación con el marido.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Estatuto matrimonial comparado*. BI. VII, número 246, 25 octubre 1953; págs. 3-5.

Enumeración meramente informativa y sucinta del régimen matrimonial en algunos países en relación a dos puntos concretos: esponsales y forma de matrimonio.

CANGINI, Tito: *La visita prematrimoniale*. IR. Año VI, núm. 1, enero-febrero 1953; págs. 16-20.

El senador Monaldi ha presentado al Senado italiano un proyecto de Ley en el que establece la obligación de los futuros cónyuges de someterse a un reconocimiento médico prematrimonial, como medio de lucha contra las enfermedades venéreas. El autor comenta el artículo 7 del Proyecto, ofrece indicaciones de D. comparado y no cree que en Italia sea conveniente tal sistema. Hace indicaciones respecto a los puntos de vista que, como jurista y cristiano, le parecen más adecuadas en torno a esa proyectada "visita prematrimoniale".

HOFFMANN, Werner: *Zum gegenwärtigen deutschen Staatsangehörigkeitsrecht unter Berücksichtigung der Scheidung und Aufhebung von Ehen italienischer Staatsangehöriger*. NJW. Año 6, cuaderno 15, 10 abril 1953; págs. 530-531.

Con gran brevedad alude el trabajo a algunas cuestiones de D. internacional privado relacionadas sobre todo con los efectos que la invalidación o divorcio de matrimonios italianos pueden tener en ocasiones en relación con la nacionalidad alemana de la mujer.

KEIDEL, Th.: *Zur Behandlung von Unterhaltsklagen ausländischer unehelicher Kinder gegen heimliche deutsche Wehrmachtangehörige*. NJW. Año 6, cuaderno 19, 8 mayo 1953; págs. 689-690.

Alude el autor a algunas de las cuestiones que han surgido con motivo de los nacimientos de hijos de individuos pertenecientes al antiguo Ejército alemán en los países que ocupó durante la guerra dicho Ejército. Se refiere a las Ordenanzas de 27-VII-1942 y a la de 9-VIII-1943, que resolvieron algunas de estas cuestiones. Se fija especialmente en las acciones de alimentos que los citados hijos interpongan contra sus padres (antiguos miembros de la Wehrmacht).

MARINA ENCABO, Juan Francisco: *Esponsales en Marruecos*. RCDI, Septiembre 1953; págs. 650-655.

Objeta el P. García Barrinso su creencia de que no existen esponsales en Marruecos, demostrando que existe un compromiso matrimonial, que, aunque con diversos efectos según las formalidades, prohíbe en general pedir a mujer que ya ha sido pedida, al que da valor esponsalicio.

REINICKE, D. Dr.: *Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung*. NJW. Año 6, cuaderno 19, 8 mayo 1953; págs. 681-685.

El artículo 3 de la Constitución de Bonn de 1949 equipara plenamente al hombre y a la mujer. El artículo 117, párrafo 1.º, determina que el Estado dictaría las normas adecuadas para adaptar el D. alemán al precepto constitucional, pero que en todo caso todas las normas que supongan una desigualdad

entre ambos sexos quedarían sin vigencia lo más tarde el 1 de abril de 1953. En esta fecha, pues, han quedado derogadas bastantes de las disposiciones del B. G. B. relativas al Derecho matrimonial de bienes, que eran inconciliables con el principio de total equiparación entre marido y mujer (artículo 3 Constitución). Como no se han dictado las normas que sustituyan a las derogadas se plantean en la realidad cuestiones difíciles. El autor se refiere a algunas de ellas en relación con el Derecho Legal de Bienes (derogado en buena parte) y con el Derecho convencional de bienes, indicando que en tanto se prolongue esta situación lo correcto es que los cónyuges vivan en el régimen legal de separación de bienes.

Alude después a cuestiones de costas, ejecución forzosa y a los problemas de transición.

REYES MONTERREAL, José María: *Audiencia del Consejo de familia en proceso de incapacidad*. RGD. Junio 1953; págs. 296-303.

Deducida la aparente contradicción entre el artículo 213 y 216 del C. c., puesto que se refieren a distintas instituciones y supuestos, ya que una cosa es la incoación del expediente de incapacidad y otra la declaración de incapacidad, acto procesal final. Planteado el primero, se ordena la constitución del Consejo de Familia, que solamente será preceptivo oír cuando llegue el momento de resolver el proceso de incapacidad.

6. Derecho de sucesiones

FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio: *Un supuesto interesante del artículo 811 del C. c.* RGD. Junio 1953; págs. 279-295.

Examen del alcance personal y real del artículo 811 para resolver un caso propuesto por el autor en el que concurren dos posibles reservatorios: un ascendiente y un colateral.

GUERET, Emilio I.: *El escribano penito-partidor*. RN. Año XVI, núm. 610. julio-agosto 1953; págs. 351-366.

Con citas legales y doctrinales el autor, haciendo un examen del mecanismo de la partición en Argentina, propugna la intervención del escribano como penito-partidor, en ciertos casos en que la actual legislación le ha preferido.

LAJE, Eduardo Luis: *La ausencia con presunción de fallecimiento y el Derecho sucesorio "mortis causa"*. RFDDBA. Año VIII, tercera época, núm. 34, julio-agosto 1953; págs. 737-760.

Examen sucesivo de las cuestiones que derivan de la declaración de muerte presunta en relación con el Derecho sucesorio mortis causa: eficacia de la fijación del día del fallecimiento, relación entre el ausente y sus herederos y le-

gatarios en el período de la posesión provisoria, juicio sucesorio, aceptación de la herencia, improcedencia de la separación de patrimonios, administración, existencia de legitimarios, partición y legados. Todo referido al D. argentino.

LÓPEZ NÚÑEZ, Carlos: *La idea romana de Sucesión*. ED. Volumen XIV, núm. 42, agosto 1953; págs. 421-441.

Con fines didácticos ofrécese un esquema en torno a las ideas romanas sobre la Sucesión. En un plano de absoluta y justificada elementalidad se refiere el autor al concepto de clases de la Sucesión, a la "successio per universitatem", a la naturaleza y contenido del derecho hereditario, a la evolución histórica de la sucesión hereditaria romana, para terminar con referencias a dos instituciones típicas del D. romano: la "bonorum possessio" y la "usucapio pro herede".

MARX, Hugo: *Die Grundregeln des amerikanischen Erbrechts und die Ausstellung eines Teilerbscheins nach § 2369 BGB*. NJW. Año 6, cuaderno 15, 10 abril 1953; págs 529-530.

Después de indicar que en U. S. A. el Derecho sucesorio es establecido por los distintos Estados y que no hay realmente un Derecho sucesorio federal, se refiere a la "letter testamentary" que se otorga al "executor" o "administrator" e indica cuándo podría, surgiendo cuestiones de D. internacional privado, expedirse en Alemania un certificado sucesorio parcial, existiendo patrimonio hereditario en el país. Alude al artículo 25 de la Ley de introducción al B. G. B.

SCUTO, Edoardo: *Contributto alla teoria dei legati ex lege*. DG. Año 68 (serie III, A. IX), núms. 4-5, julio-octubre 1953; págs. 241-272.

Comienza el autor con unas consideraciones sobre la sucesión a título particular, indicando a continuación los posibles casos de legados ex lege existentes en D. romano, común y alemán, fijándose en el "VORAU" del B. G. B. Cree que en el actual D. italiano existe la institución y examina los posibles casos: artículos 580 y 594, 196 y 198, 725 y 2.122 del Código civil y artículo 114 de la Ley de 28 de abril de 1938. En vista de estas normas define el legado legal como "una atribución patrimonial que supone una sucesión mortis causa a título particular, operada directamente por la Ley, en ventaja de una o de determinadas personas (específicamente cualificadas) en consideración a la estrecha relación o ligamen de ellas, por el estado de cónyuge o de hijo legítimo o natural con el difunto". Compara este legado con el testamentario y concluye afirmando sin titubeos la existencia del legado ex lege en el actual D. positivo italiano.

YORIO, Aquiles: *Partición hereditaria. Certificaciones*. RN. Año LVI, número 610, julio-agosto 1953; página 379-386.

Ligeras sugerencias sobre la partición, sus clases y la posición de los acreedores (de la sucesión y de los herederos), propugnando la exigencia previa de ciertas certificaciones antes de inscribir la partición en el Registro.

II. DERECHO HIPOTECARIO

DE LA RICA Y MARITORENA, Ramón: *Patología hipotecaria (Inmatriculación después de fracasado el expediente judicial para la reanudación del tractor)*. RCDI: Año XXIX, núms. 302-303, julio-agosto 1953; páginas 538-547.

El autor somete a la consideración del lector un caso que frecuentemente se presenta en la realidad y que no es de fácil solución; éste: al presentarse a inmatriculación una finca, aparece otra en los índices que coincide con la que se pretende incribir. Comentarios en torno al supuesto, alusión a la forma de conseguir en inscripción, oposición de tercero, etc.

PÉREZ VICENTE, Santiago: *Revisión del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*. IJ. Núm. 124, septiembre 1953; págs. 745-753.

Ante el uso y abuso que se hace del procedimiento privilegiado instaurado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ocurren frecuentes deformaciones y desviaciones de su verdadera finalidad. El autor propone una revisión del citado precepto, especialmente referida a acciones que pueden ejercitarse a su amparo, improrrogabilidad de términos, excepciones y presupuestos procesales, costas, indemnizaciones, etc.

RAMOS FOLQUES, Rafael: *El problema de la notificación a los anotantes posteriores*. RCDI. Septiembre 1953; págs. 609-628.

A través de argumentos basados en el examen de la doctrina, la jurisprudencia y la ley concluye que deben ser notificados *nominatim* de la existencia de la vía de apremio, los anotantes posteriores al crédito del ejecutante, pero anteriores a la nota marginal prevista en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario.

RUEZ ARTACHO, Juan: *Naturaleza y efectos de la nota marginal del Procedimiento judicial sumario, y de sus similares de los artículos 235 y 143 del Reglamento Hipotecario. Su importancia en el aspecto procesal y en el hipotecario*. RCDI. Año XXIX, núms. 302-303, julio-agosto 1953; págs. 522-537.

Comenta el autor la eficacia, mecanismo y efectos propios de las tres notas marginales a que aluden los artículos 131, 4.º de la Ley Hipotecaria y 235 y 143 del Reglamento Hipotecario. En cuanto a la primera, destaca su naturaleza de notificadora o intimidadora; en cuanto a la segunda, su esencia de condición resolutoria, y en cuanto a la tercera, estima defectuoso el artículo 143 del Reglamento Hipotecario.

VILLARES PICÓ, Manuel: *El principio de prioridad debe actuar al mismo tiempo que el principio de fe pública registral o inmediatez*. RCDI. Año XXIX, núms. 302-303, julio-agosto 1953; págs. 504-521.

Normalmente en nuestro sistema hipotecario el principio de prioridad actúa antes que el de fe pública. De desear sería que entrara en juego simultáneamente con éste o inmediatamente después de él. El autor propugna esta reforma.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

BENGICLEA ZAPATA, Jorge: *Contribución a la reforma del Código de Comercio. La Sistemática*. L. Tomo 70, 5 junio 1953; págs. 1-6.

Después de aludir a la necesaria reforma del Código de Comercio argentino, enfoca ésta desde el punto de vista de la sistemática. Sugiere las innovaciones que han de sufrir los distintos libros del Código actual y esboza un sistema para el futuro Código de Comercio.

EDER, PHANOR, J.: UÑO, Félix D.: *Reseña del Derecho mercantil en los Estados Unidos (año 1951)*. RDM. Vol. XV, núm. 45, mayo-junio 1953; págs. 391-406.

Indicaciones sobre la legislación, jurisprudencia y bibliografía mercantil de U. S. A. en el año 1951. Continúa discutiéndose el Anteproyecto de Código comercial.

HERRERO NIETO, Bernardino: *En torno a las reformas de estructura de la empresa alemana* RDM. Vol. XV, núm. 45; mayo-junio 1953; páginas 295-346.

Comienza el autor refiriéndose a la divergencia entre el concepto "empresa" y el concepto "sociedad", indicando cómo sobre aquella gravitan tanto el Derecho mercantil como el Derecho del trabajo. Esto en lo referente al aspecto teórico. En cuanto al que el autor llama aspecto positivo, las modernas empresas se organizan en base al derecho de representación; examen de los organismos de representación y de los acuerdos colectivos. La parte más extensa del trabajo está dedicada al aspecto histórico-positivo, dentro del cual se analiza la evolución histórica del derecho de organización dentro de la empresa alemana (etapa de preparación hasta 1920, de realización de 1922 a 1933, de consolidación de 1933 hasta 1951, de superación desde 1951), la Ley constitucional de 14 de octubre de 1952 y en la Ley sobre codeterminación de los trabajadores.

ORTONE, FRANCESCO: *Empresa individual de responsabilidad limitada*. L. Tomo 71, 24 julio 1953; págs. 1-7.

La idea de aplicar los principios de la limitación de responsabilidad a las empresas de un solo individuo da lugar a la "empresa individual de responsabilidad limitada". La aceptación de esta figura se impone en el Derecho

comercial argentino para hacer frente a las nuevas formas y tendencias. El autor examina los antecedentes y lamenta su no conversión en Ley.

PAILLAS, Carlos A.: *La empresa individual de responsabilidad limitada, en el Segundo Congreso Nacional de Derecho comercial*. RN. Año LVI, núm. 610, julio-agosto 1953; págs. 371-378.

La empresa individual de responsabilidad limitada ha preocupado últimamente a los escritores argentinos. Alúdese a las ponencias presentadas en torno a tal figura en el II Congreso de Derecho Comercial, y a la conclusión adoptada de que el legislador debe sancionar su existencia a fin de evitar, principalmente, la ideación de formas ficticias de Sociedades.

VARANGOT, Carlos J.: *El concepto de empresa en el II Congreso Nacional de Derecho comercial*. RFDBA. Año VIII tercera época, núm. 34, julio-agosto 1953; págs. 685-718.

La Empresa debe sustituir, como sujeto del Derecho comercial, al comerciante. Analiza el autor la teoría de la empresa en la Europa continental y con más amplitud la teoría de la misma en la América latina. Examen detenido de las afirmaciones del II Congreso Nacional (argentino) de Derecho Comercial en torno a este nuevo ente de la realidad jurídica, cuya formulación en el Código supondría un gran paso del Derecho comercial argentino.

2. Comerciantes y sociedades

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Alcance de la exención fiscal establecida en la 20.ª disposición transitoria de la Ley de Sociedades Anónimas*. RDM. Vol. XV, núm. 45, mayo-junio 1953; págs. 349-355.

La aludida disposición transitoria determina que "quedarán exentos de toda clase de impuestos y contribuciones" los actos y documentos precisos para que las Sociedades existentes bajo la vigencia de la legislación anterior se adapten a la nueva. Tal disposición, aunque parezca lo contrario, no entraña una total e ilimitada exención fiscal. Que no ha de entenderse tal beneficio de forma absoluta e incondicional, es la tesis que el autor sostiene y a la que dedica el trabajo.

PALAU TERRADA, Miguel: *Comentario al art. 222 del Código de comercio*. RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 5, septiembre-octubre 1953; págs. 452-457.

En el número 1.º del artículo 222 del Código de comercio son claramente distintos los supuestos de "continuación" y "subsistencia" de la Sociedad. Tanto para una como para otra hipótesis la Sociedad nunca podrá durar más que la vida del último "sobreviviente". A efecto del precepto sólo son "sobrevivientes" los socios que formaron la Sociedad con el socio difunto. No lo son los socios que tuvieron acceso a la Compañía por legítima sucesión del o de los premuertos.

SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo: *La protección de las minorías y la administración unipersonal de las Sociedades anónimas*. RDM. Vol. XVI, núm. 46, julio-agosto 1953; págs. 35-46.

El párrafo segundo del artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas ha querido, en la formación del Consejo, proteger los derechos de las minorías. ¿Ha conseguido tal finalidad? Es evidente que no, porque al poder confiarse la administración a una sola persona, las mayorías pueden evitar que las minorías ejerciten el derecho que les concede el artículo 71. El autor comenta el caso y propone posibles soluciones.

WINDEN, Kurt: *Satzungsbestimmungen über Zusammensetzung des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft*. NJW. Año 6, cuaderno 10, 6 marzo 1953; págs. 373-374.

Por el parágrafo 84 de la BVG (Bundesversicherungsgesetz) han recibido los dos primeros incisos del parágrafo 86, párrafo primero de la Ley de Sociedades por acciones la siguiente nueva redacción: "El consejo de vigilancia se compone de tres miembros. Los Estatutos pueden establecer un número superior; éste tiene que ser divisible por tres". Esta determinación estatutaria de la composición del consejo de vigilancia ("Aufsichtsrat") da lugar a dificultades y oscuridades en la práctica.

ZEPEDA, M. H.: *El formas de las Leyes relativas a Sociedades anónimas, emisión de obligaciones y constitución de hipotecas*. RJN. Año I, núm. 2, junio 1953; págs. 17-30.

Inserción de la propuesta que el autor ofreció a la VI Conferencia Internacional Americana y que ésta recomendó en su Resolución de 18 de febrero de 1928. Se propone una legislación uniforme que facilite y estimule la entera sujeción de las Sociedades organizadas con capitales extranjeros a las leyes del país en que ejercen sus actividades.

3. Cosas mercantiles

SUPERVIELLE, Bernardo: *La enajenación de la hacienda comercial*. SA. Año VIII, núms. 85-86, junio-julio 1953, págs. 251-312.

Comienza el autor lamentando la falta de una Ley que discipline la hacienda, por lo cual, dice, la cuestión de su enajenación habrá de ser resuelta por conjunta aplicación de leyes civiles y mercantiles. Después de indicar el carácter mercantil del contrato, se detiene ampliamente en su naturaleza y tipificación (bilateral, oneroso, comutativo, consensual) y estudia los requisitos de su perfeccionamiento (consentimiento, capacidad, objeto, causa). Estudia la formación y vicios del contrato y, a continuación, examina sus efectos y contenido.

El trabajo continúa en el número siguiente.

4. Obligaciones y contratos

BERNAL RESTREPO, Gustavo: *El contrato de transporte en la legislación mercantil colombiana*. ED. Volumen XIV, núm. 42, agosto 1953; páginas 581-606.

Se trata de parte de un trabajo aparecido en número anterior de "E. D." A su vez, continuará en el número siguiente. En la parte aparecida en el número que reseñamos, el autor se refiere a las relaciones del contrato de transporte con la locación y señala sus notas: a), en ocasiones se trata de una estipulación por otro; b), es un contrato de adhesión; c), es un contrato mercantil.

Examina después qué debe entenderse por "empresas de transportes" a que alude el número 7 del artículo 20 del Código de comercio colombiano.

EDER, Oskar: *Ist die Sicherrungsübereignung eines Kraftfahrzeuges dem Haftpflichtversicherer gem. § 71 VVG anzuzeigen?* NJW. Año 6, cuaderno 10, 6 marzo 1953; págs. 370-371.

So tiene el autor la tesis de que el aseguramiento de un automóvil ha de notificarse al asegurador de responsabilidad civil. Se apoya para tal afirmación en el parágrafo 71 de la Ley de Contrato de Seguro (VVG) que impone tal notificación en el caso de enajenación de la cosa asegurada.

Fundamenta brevemente su punto de vista.

PLAISANT, Robert: *Proyecto de Ley sobre contratos bancarios en Francia*. RDM. Vol. XVI, núm. 46, julio-agosto 1953; págs. 7-32.

Cada vez se nota más en el país vecino la falta de una regulación específica de los contratos bancarios. Va resultando imposible resolver los distintos problemas originados por la contratación bancaria, en base a preceptos del viejo Código de comercio. En 1952 se ha elaborado un Proyecto de Ley sobre contratos bancarios, dividida en cinco títulos y 84 artículos. El autor esboza rápidamente su contenido. He aquí la materia de cada título: I Depósitos bancarios (dep. irregular, transferencia bancaria, dep. de títulos). II Alquiler de cajas de seguridad. III Operaciones de crédito (apertura de crédito, anticipos sobre títulos, prenda sobre títulos, créditos documentarios). IV Contrato de cuenta corriente. V. Operaciones de descuento.

SÁNCHEZ GAMBAINO, Francisco Miguel: *La naturaleza y vicio propios de las cosas causa de exoneración de la responsabilidad del porteador*. RDM. Vol. XV, núm. 45, mayo-junio 1953; págs. 357-366.

Recoge el autor la norma que consagra esta exoneración en nuestras leyes, y tras desandar de otras figuras afines (caso fortuito, fuerza mayor, acto del acreedor o de tercero, defecto de embalaje o estiba) la "naturaleza" o "vicio" propios de la cosa les define diciendo: "Hechos que no proviniendo

de voluntad humana por acción u omisión, sino de procesos físicos o biológicos en que la influencia de los agentes o circunstancias externas concurre con las calidades intrínsecas de las propias cosas transportadas, afectan de modo inevitable a las mismas en el curso de la responsabilidad contractual del porteador, causándoles cualesquier género de daños o menoscabos en peso o volumen".

Señala algunos casos concretos de naturaleza o vicios propios y alude a la exigencia de prueba impuesta al porteador por el artículo 361 del C. de comercio.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *Dalla vecchia legislazione infortunistica alle attuali forme assicurative*. IR. Julio-agosto 1953; págs. 289-292.

Enumeración y análisis de las directrices que rigen el desenvolvimiento de los seguros sociales basada en motivos económicos y políticos y en la corriente de elevación del trabajo al puesto de preeminencia que le corresponde.

5. Derecho marítimo y aeronáutico

GIL MADORRÁN, José P.: *Las responsabilidades civiles derivadas de abordaje*. RJC. Año LII, vol. LXX, núm. 5, septiembre-octubre 1953; páginas 387-406.

Hace el autor un somero examen de los principales problemas que se plantean. Delimita claramente la jurisdicción competente indicando cuándo lo es la Jurisdicción militar de Marina y cuándo la ordinaria. Dentro de la primera examina el procedimiento y las medidas cautelares, y dentro de la ordinaria: naturaleza de la acción (acción real), determinación de la indemnización, limitación de la responsabilidad, existencia de seguro y medidas precautorias.

IV. DERECHO NOTARIAL

GUASTI, Alejandro: *La Funzione Notariale nel Settore degli Autoveicoli*. RIN. Año 5, núm. 17, enero-marzo 1953; págs. 25-33.

Juntamente con las naves y las aeronaves los automóviles constituyen hoy un tipo especialísimo de bienes muebles. Su especialidad deriva sobre todo de la posibilidad de ser inscritos en Registros Públicos. La legislación italiana organiza el Registro de automóviles por R. D. L. de 1927. La existencia del Registro permite la constitución de derechos reales y la transferencia de la propiedad al margen del desplazamiento posesorio. Destaca el autor las excelencias del sistema italiano y se refiere al R. D. L. de 3 de junio de 1940 que devolvió a los notarios, en relación con los automóviles, las facultades de autenticación.

THORENS, Jean Jacques: *El Notariado suizo*. RIN. Año 5, núm. 17, enero-marzo 1953; págs. 34-42.

Fiel a los propósitos de la Unión Internacional del Notariado Latino, el autor (Notario suizo) destaca algunos de los aspectos fundamentales del Notariado en Suiza, algunos de ellos íntimamente entroncados con las particularidades del país. Se refiere a la organización del Notariado, a los actos auténticos, a la Federación Suiza de Notarios, etc.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción

CORONAS, Juan Enrique: *Algunas consideraciones sobre la reforma procesal civil recientemente sancionada*. L. Tomo 72, 13 octubre 1953; páginas 1-4.

Examina el autor la reciente ley, incorporada al Código de Procedimiento en lo civil y comercial, de la capital federal, y que empezará a regir el 1 de febrero de 1954. La reforma ha tendido especialmente a una aceleración y simplificación del proceso y sus trámites (plazos, pruebas, resoluciones interlocutorias, facultades del Juez, etc.).

LOVATO, Juan J.: *Principios constitucionales del Derecho procesal*. BDC. Año III, núm. 3, enero-marzo 1953; págs. 5-118.

El autor transcribe los preceptos de las leyes fundamentales de diversos países que pueden interesar en el aspecto procesal. Se fija en la Constitución del Ecuador de 1946, en la Constitución de U. S. A. de 1787, en la Declaración de derechos de Virginia de 1776, en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en la Constitución española de 1931, en la mexicana de 1917, en la cubana de 1940, en la venezolana de 1947, en la uruguayana de 1951, en la soviética de 1936, en la carta de las Naciones Unidas y en la Declaración universal de los derechos del hombre aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

2. Parte general

ARAGONESSES ALONSO, Pedro: *Procedimiento para el exequatur de sentencias civiles extranjeras en España*. RIDC. Tomo II, núm. 3, 1953, páginas 83-97.

Este trabajo, cuando apareció en la "Revista Española de Derecho Procesal", fué reseñado por nosotros en este ANUARIO. (Vid. Tomo VI, fascículo 4.)

BEYER Wilhem R.: *Zur Frage des Beratungsgeheimnisses*. NJW. Año 6, cuaderno 13, 2 marzo 1953; pág. 654.

Breves sugerencias en torno a un trabajo de KOHLHAUS, al que hacemos referencia en esta misma sección.

GELSI BIDART, Adolfo: *Medidas para asegurar la efectividad de la sentencia* ("Contempt of court" y "astreintes"). RGLJ. Tomo XXVII (195), núm. 3, septiembre 1953; págs. 309-326.

El trabajo reproduce la comunicación presentada por el autor a la VII Conferencia Interamericana de Abogados.

Dictada una sentencia ha de procurarse que el obligado, si no voluntariamente, por lo menos de forma coactiva, efectúe la prestación "in specie". A éstos fines tienden las instituciones aludidas en el título del trabajo, a cuya descripción, diferencias y semejanzas se refiere el autor.

JORIO, Augusto: *La pubblicità della sentenza come mezzo di risarcimento del danno*. DG. Año 68 (serie III, A. IX), núm. 4-5, julio-octubre 1953; págs. 281-284.

En base al artículo 120 del Código de Procedimiento Penal italiano el autor ofrece algunas brevísimas sugerencias sobre la cuestión.

KAYSER, P.: *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*. RTDC. Año 52, núm. 2, abril-junio 1953; págs. 209-246.

Actualmente ya no discuten los juristas franceses el problema de la legalidad de la "astreinte". Ven en ella una útil creación de la práctica jurisprudencial, tratando de encontrar su verdadera naturaleza jurídica y eficacia. El autor examina sus clases y finalidades sucesivas y entiende que para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la institución han de considerarse previamente sus dos fases: 1) Condena a la "astreinte" y 2) Liquidación de la misma. En cuanto a la condena, el autor se fija en las relaciones jurídicas sancionadas por la "astreinte", y en la naturaleza de la condena. Con referencia a la liquidación entiende que su esencia es ser una medida "de contrainte", y examina las reglas del Derecho Común y las contenidas en la Ley de 21 de julio de 1949.

Termina refiriéndose a su naturaleza jurídica (medio de obtener del deudor la ejecución directa de la obligación) y a la semejanza y relación con otras medidas tendentes a los mismos fines que la "astreinte".

KOHLHAAS, Dr.: *Das Beratungsgeheimnis*. NJW. Año 6, cuaderno 11, 13 de marzo de 1953; págs. 401-404.

El secreto de la deliberación entre los miembros de un Tribunal que dictan una sentencia es un principio en el D. alemán. La sentencia se dicta como emanada unánimemente de los magistrados. El autor expone algunas sugerencias sobre las posibles ventajas e inconvenientes del sistema, fijándose en el supuesto de voto distinto por algún miembro del Tribunal.

SCHMIDT-LEICHNER, Dr.: *Zur Problematik des Parteiverrats* NJW. Año 5, cuaderno 11, 13 de marzo de 1953; págs. 404-407.

Partiendo de la doctrina sentada en un fallo del B. G. H. (viene a ser el Tribunal Supremo de la Alemania occidental) de 20-XI-52, estudia este trabajo.

el supuesto de hecho externo y el supuesto de hecho interno del "Parteiverrat" (prevaricación que comete el abogado que asiste a ambas partes).

TSCHISCHGALE, M. Dr.: *Die Einwirkung der Anwaltsvertretung auf die Gebührenberechnung*. NJW. Año 6, cuaderno 11, 13 marzo 1953; páginas 408-410.

La sustitución de un abogado por otro, representando éste a aquél en ciertos casos funciona de distinta forma, según que tal sustitución sea durante un cierto tiempo o caso a caso.

De forma distinta influye también en la computación de los honorarios y costas.

WILLMS, Günther: *Die Formen gerichtliche Bindung und der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8. 12. 1952*. NJW. Año 6, cuaderno 13-14, 27 marzo-3 abril 1953; págs. 481-484.

Enumera el autor las formas de unión jurisdiccional o unión de Tribunales, como antecedente para enjuiciar la decisión de 8-XII-52, dictada por el Tribunal Constitucional Federal afectante decisivamente a la materia.

3. Procesos especiales

BERRI, Mario: *Sulla riforma del giudizio di cassazione*. IR. Julio-agosto 1953; págs. 314-320.

Comentario al discurso de G. Macaluso en la inauguración del año judicial 1953, en el que se abogaba por la supresión de la Casación como juicio de legitimidad y su sustitución por una tercera instancia. El autor defiende la casación y expone las modificaciones que deben introducirse a su régimen actual para su mantenimiento.

BÖGNER, R.: *Einstweilige Vollstreckungseinstellung bei Vorbehaltsurteilen*. NJW. Año 6, cuaderno 11, 13 marzo 1953; págs. 411-412.

Puntos de vista del autor sobre la suspensión de la ejecución de aquellas sentencias en que se condena al demandado, pero con reserva de ulterior pronunciamiento sobre algunas cuestiones. Comenta los parágrafos 707, 719, 769 y otros de la Ordenanza procesal civil.

MATHIEU, Theodor: *Die Teilnahme eines Devisenröusländers an einem Konkursverfahren im Bundesgebiet*. NJW. Año 6, cuaderno 15, 10 abril 1953; págs. 525-527.

Estando interesado en el procedimiento concursal un extranjero, en cuestiones de divisas, surgen muy difíciles problemas, agravados por las disposiciones emanadas de las fuerzas de ocupación.

Al Tribunal concursal debían ampliársele en ciertos aspectos sus funciones.

REIDELBERGER, Dr.: *Die Verfassungsbeschwerde*. NJW. Año 6, cuaderno 10, 6 marzo 1953; págs. 861-865.

El párrafo 90, párrafo 1.º de la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación (occidental) de 12 de marzo de 1951, permite la llamada "Verfassungsbeschwerde" (queja constitucional). Esta queja puede interponerse por quien haya sido lesionado por el poder público en sus derechos constitucionales o en derechos equiparados a éstos. El autor parte de la idea de que la queja en cuestión no es una simple forma de asistencia jurídica adicional ante los Tribunales ordinarios o de la Administración, sino que, por el contrario, es "un recurso especial de protección para la eficacia procesal de los derechos constitucionales (derechos fundamentales reconocidos por la Constitución) o de los derechos a éstos equiparados".

Examina las más importantes consecuencias de esta afirmación.

RIESE, Otto: *Die Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*. NJW Año 6, cuaderno 15, 10 abril 1953; págs. 521-525.

Constituido el 4-XII-52 en Luxemburgo el Tribunal de la Comunidad Europea para el carbón y el acero, su primera misión fué la redacción de una Ordenanza que regulase el procedimiento ante él. A esta Ordenanza se refiere el trabajo. El autor examina la constitución y los principios que inspiran el procedimiento y se refiere después al procedimiento escrito, a la aportación de pruebas, al procedimiento oral ante el Pleno, a las costas, a los procedimientos especiales, a las excepciones, rebeldía, etc.

CLAVE DE ABREVIATURAS

A partir de este fascículo, en esta sección de Revista de Revistas, citaremos siempre las reseñadas conforme a la siguiente clave de abreviaturas:

- AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).

- IJ = Inormación Jurídica (Madrid).
 IR = Iustitia (Roma).
 IM = Ius (Milano).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 MDR = Monatschrift für Deutsche Recht (Hamburgo).
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 RC = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense (Managua).
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano).
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtidning (Estocolmo).

Si reseñásemos alguna revista que no figure en esta clave en la primera reseña indicaremos el nombre completo con su abreviatura correspondiente.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA

RESOLUCION DE 12 DE DICIEMBRE DE 1953

Certificación de servidumbre de pastos

Antecedentes.—El alcalde de la villa de El Bosque expidió certificación en la que consta que, “según obra en los documentos existentes en este Archivo municipal, como asimismo se desprende de la realidad de los hechos”, figura entre los bienes patrimoniales de aquel Ayuntamiento “una servidumbre de aprovechamiento comunal de pastos, fuera de la época de montanera, o sea desde el día primero de enero al treinta de septiembre de cada año”, sobre la finca denominada “Monte Albarracín”, término municipal de El Bosque; que en dicha certificación aparece que la referida servidumbre se constituyó por escritura otorgada en Madrid el 14 de mayo de 1884 ante el notario D. Cipriano Pérez Alonso y se mencionó ese derecho en el Registro de la Propiedad de Grazelema, siendo posteriormente objeto de inscripción separada y especial en virtud de escritura otorgada el 21 de marzo de 1920 ante el entonces notario de Grazelema; que a virtud de sentencia dictada por el juez de Primera Instancia de Grazelema el 22 de abril de 1922 se ordenó la rectificación en el Registro, tanto de la mención como de la inscripción separada y especial, en el sentido de que el aprovechamiento fuera en la época de la montanera, “o sea desde el 1.º de enero al 30 de septiembre de cada año”, lo que se cumplió; en la misma certificación se añadía que se expedía para obtener la inscripción del derecho real conforme a los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 del Reglamento.

Por motivos procesales fué objeto de doble calificación registral la certificación referida, y en ambos casos rechazada por dos Registradores diferentes, que en definitiva reducian a los dos siguientes los argumentos a) No ser aptas las certificaciones de dominio para la inmatriculación de los restantes derechos reales (entre los cuales se encuentra el de servidumbre), y b) no ser aplicable este procedimiento inmatriculador a casos como el presente en que existe título inscribible. La Dirección General de los Registros se ha pronunciado, en virtud de la interposición del recurso correspondiente contra la decisión del Presidente de la Audiencia Territorial, que revocaba la calificación registral, declarando:

A) *Que las certificaciones de dominio expedidas por determinadas Entidades y Corporaciones para inscribir las fincas que les pertenecan fueron introducidas por nuestra legislación “para el caso de que no existiere título escrito de propiedad”, “carácter que conservan claramente en la legislación vigente”.*

B) *Que las repetidas certificaciones son aptas para inmatricular el dominio de las fincas, pero no son adecuadas para inscribir “sua in re aliena”, que, como la servidumbre de pastos, por su naturaleza no pueden motivar la apertura de folio registral.*

C) *Que en la certificación administrativa no se alude a la destrucción de los documentos en que se constituyó la servidumbre, y que, en todo caso, sería necesaria la prueba de cumplida y solemne de la desaparición*

de los títulos y de que los mismos no pueden ser reconstituidos por los medios excepcionales establecidos para ella.

D) El documento no es inscribible, "sin perjuicio de que los Tribunales de Justicia puedan ordenar la rectificación del Registro, si así procediere".

Vid. Resoluciones 1.º junio 1943 y 5 diciembre 1945.

RESOLUCION DE 14 DE DICIEMBRE DE 1953

Certificación de dominio

Antecedentes.—Presentada una certificación de dominio expedida por el secretario del Ayuntamiento de Aliaga, con el visto bueno del alcalde, de una finca sita en la partida de "La Vega", se deniega la inscripción solicitada por "el defecto insubsanable de estar destinada la finca a plaza y no ser susceptible de inscripción, a tenor del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario". Con intervalo de seis días se presenta nueva certificación, expedida por el Vicecanciller y Vicesecretario de Cámara y Gobierno del Arzobispado de Zaragoza, con el visto bueno del Excmo. Sr. Arzobispo, solicitando la inscripción, a favor de la Iglesia, de la misma finca rústica, la cual dió origen a la siguiente nota calificadora: "Denegada la inscripción solicitada por el defecto insubsanable de haber sido pedida la inscripción de la misma finca por el Ayuntamiento de esta villa, indicando que le pertenece por cesión de la Iglesia y estar destinada a plaza y no ser susceptible de inscripción esta clase de bienes, a tenor del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario". Interpuesto recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia, confirmó la nota del Registrador, y la Dirección General de los Registros, resolviendo el problema planteado, ha dictado:

A) Que el principio de prioridad, "definitivamente regulado en nuestra legislación" (sic), impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí.

B) Que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y a la doctrina de la misma Dirección General de los Registros sobre el principio de legalidad, los Registradores, para calificar, atenderán a los documentos presentados y a los asientos del Registro, y deberán examinar los títulos relativos a los mismos bienes pendientes de despacho, para procurar en todo caso el mayor acierto, evitar litigios y conseguir la necesaria armonía entre los asientos y los derechos de los interesados.

C) Que agotados los efectos del asiento de presentación del título presentado en primer lugar, ha de remediarse por el Registrador copia de los asientos contradictorios a la autoridad que certificó, para que, si lo juzga conveniente, comunique al juez de Primera Instancia las expuestas copias y antecedentes, a fin de que cumplidos los trámites señalados en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, dicte la resolución que proceda.

Revoca el auto apelado y devuelve el expediente para que pueda cumplirse lo antes indicado.

Vid. Resoluciones de 31 marzo 1950 y 22 octubre 1952.

JURISPRUDENCIA

SALA PRIMERA

1. Sentencias

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Domingo IRURZUN, Sebastián MORO y Jaime SANCHEZ-BLANCO.

DERECHO CIVIL

I. Parte General.

1. DERECHO TRANSITORIO: LITIGIOS PLANTEADOS BAJO LA VIGENCIA DEL DERECHO ANTERIOR. (Véase S. 25 junio 1953, III, 16.)

2. VICIOS DE LA VOLUNTAD: EN LA FORMACIÓN Y EN LA DECLARACIÓN: LA INTIMIDACIÓN: PRESCRIPCIÓN SANATORIA: *No puede confundirse la intimidación, que es un vicio en la formación de la voluntad, con la simulación, que lo es en la declaración. La intimidación no origina un acto inexistente o radicalmente nulo, sino anulable, al que es aplicable la prescripción sanatoria del art. 1.301 del C. c. [Sentencia 25 junio 1953.]*

El T. S. declara haber lugar al recurso, fundándose en las consideraciones siguientes: "...claramente se deduce la existencia de una letra de cambio por él aceptada por la intimidación que le produjo la intervención de organismos marxistas a los que no podía resistir, y en consecuencia no puede entenderse que se haya producido indicio (sic. léase vicio) de la declaración de voluntad, sino de formación de la misma, a los que se refiere y enumera el artículo 1.265 del C. c., al decir que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, y esto es así cuando consta un título cambiario que reúne los requisitos exigidos para su validez y entre ellos la aceptación del librado, pero su voluntad de aceptar, que requiere no sólo la inteligencia o discernimiento, sino también la libertad o dominio de sí mismo, está afectado por el miedo—vis compulsiva—, que impidiendo su libre determinación le obliga a realizar aquel acto jurídico sin que pueda confundirse con la simulación—vicio de la declaración de voluntad—, en la que existe conformidad o acuerdo entre los autores del acto jurídico para engañar a terceras personas, realizando aparentemente el que no quieren o encubriendo otro distinto, realmente querido..." (Considerando 2.º)

"... que declarado erróneamente por la sentencia recurrida, que la letra de cambio es radicalmente nula o inexistente, que ningún lapso de tiempo puede subsanar, rechaza la prescripción opuesta por el demandado; pero que si, por el contrario, dicha letra está únicamente afectada por un vicio que invalide el consentimiento como requisito esencial del contrato, es de aplicación la prescripción sanatoria regulada en el artículo 1.301 del C. c., que fija el plazo de cuatro años para el ejercicio

de la acción de nulidad, que empezará a contarse en los casos de intimidación desde el día en que ésta hubiera cesado, y habiendo transcurrido, procede estimar el motivo... casando en consecuencia la sentencia recurrida." (Considerando 3.º).

OBSERVACIONES: La situación jurídica interina (del tipo de las que carecen de firmeza) que surge cuando en la formación de la voluntad negociada incide la violencia moral, se caracteriza porque, aun estando viciada la voluntad, esta voluntad existe. "Qui coactus, voluit tamen". De aquí arranca que la "vis compulsiva" o intimidación no determine la nulidad radical del negocio, sino solamente su nulidad relativa, la anulabilidad. El negocio es impugnabile. Pero también sanable, ya por ratificación, ya por convalencia, ya por la extinción de la acción de impugnación o acción de nulidad.

Cuando la persona en cuya protección es acordada la atribución de la acción de nulidad, deja pasar el plazo de cuatro años señalado en el artículo 1.301 sin ejercitarla, la acción se extingue, y el negocio anulable queda convalidado. En este caso suele hablarse de "prescripción de la acción de nulidad". Parece más exacto hablar de caducidad.

No es ocasión para insistir sobre las conocidas diferencias entre prescripción y caducidad. Baste decir que artancando de la Sentencia de 30 de abril de 1940, el Tribunal Supremo consagra la clara distinción en las de 17 de junio de 1948 y 25 septiembre 1950.

La Sentencia de 31 de octubre de 1906 dice que "la acción de nulidad de un contrato tiene término marcado para su ejercicio". Prescindiendo de la impropiedad del empleo de la palabra "término", es clara la idea de caducidad referida por el T. S. al plazo de cuatro años en la acción de nulidad. No es otra la idea de los autores cuando definen la caducidad como "la fijación de un plazo útil de ejercicio". En el mismo sentido favorable a la idea de caducidad, Manresa (Comentarios VIII, 733) cuando dice que el artículo 1.301 revela el "propósito, claro y enérgicamente expresado, de que la acción de nulidad sólo dure cuatro años". (D. I.)

3. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: FACULTADES CONFERIDAS EN UN PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO: *En un poder otorgado en el Condado de Bronx (U. S. A.) con amplias facultades, entre ellas, la de desahuciar colonos e inquilinos, va implícitamente incluida la de comparecer en juicio.* [Sentencia 24 junio 1953.]

"Que el poder conferido por el actor don... a su esposa y que luego ésta substituyó en favor de procuradores comprende facultades amplísimas desde la administración de los bienes, percibir alquileres, etc., desahuciar inquilinos y colonos, hasta reclamar a la administración, gestionar lo que, a su juicio, conduzca a la mejor defensa, conservación y garantía de los bienes de aquél y firmar documentos públicos y privados que sean precisos al ejercitar las facultades antedichas y cualesquiera otras complementarias, y si se atiende a que tales poderes son redactados ante un notario del Condado de Bronx (Estados Unidos de América del Norte); preciso es reconocer que, si bien no consignan cuanto se acostumbra en España, en las facultades expresadas van implícitamente incluidas las de comparecer en juicio, pues la facultad para desahuciar, en cuyos juicios precisa en general la concurrencia del procurador y las extensas de la defensa de los derechos y bienes del actor,

implican por sí mismas, con el poder firmar los documentos precisos para ejercitar dichas autorizaciones y cualesquiera otras complementarias, que la voluntad del actor era que su mujer le representara incluso ejercitando acciones judiciales, por lo que, al sustituir los poderes no hizo, al reclamar cuanto estimaba le era debido, sino defender los derechos del poderdante, y por consiguiente, el recurso debe quedar desestimado." (Considerando 4.º)

4. PRUEBA: DOCUMENTO PRIVADO: *El artículo 1.225 del Código civil, al establecer que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes, claramente hace referencia a los documentos suscritos por los litigantes y no a los relativos a personas extrañas al juicio.*

POBREZA: SIGNOS EXTERIORES DE RIQUEZA: EMBARGO DE BIENES: *Aun estando embargados los bienes del solicitante o cedidos judicialmente, no procede la concesión del beneficio de pobreza, cuando existan signos de riqueza, teniendo en cuenta que su determinación es materia que corresponde al Tribunal de instancia, el cual la realizará valorando a su juicio la prueba practicada. [Sentencia 25 mayo 1953.]*

5. PRUEBA DE PRESUNCIONES: ENLACE PRECISO Y DIRECTO ENTRE EL HECHO DEMOSTRADO Y EL QUE SE TRATA DE DEDUCIR: *Falta todo fundamento para aceptar la alegación de que no se ha estimado el enlace preciso entre el hecho demostrado de la posesión y el que se trata de deducir (donación), cuando el elemento de hecho —posesión en concepto de dueño— no está demostrado ni reconocido en la sentencia recurrida; y cuando falta el fundamento lógico para esa presunción, porque del hecho de la posesión no se infiere fatal y directamente que ésta tenga su origen en una donación contradictoria en el pleito. [Sentencia 13 octubre 1953.]*

OBSERVACIONES: La doctrina contenida en esta Sentencia no presenta especialidad alguna ni supone novedad respecto de la prueba de presunciones, pues ratifica la extensa jurisprudencia recaída sobre la materia.

Sólo en cuanto al hecho que se trata de deducir—una donación inmobiliaria—, conviene hacer una advertencia.

Es claro que el litigio—surgido bajo el régimen de la legislación catalana—, no hubiera podido plantearse en la común, por el carácter formal constitutivo o de "forma dat esse rei" que tiene la donación de inmuebles en el Código civil. La inaplicación en Cataluña del artículo 633 es base primordial del pleito.

Lo que sí es de lamentar, en relación al caso concreto, es que los términos en que se planteó el recurso no han exigido del Tribunal Supremo ninguna declaración sobre el valor formal de la insinuación de donaciones en el Derecho catalán y, concretamente, sobre si coexisten en Cataluña las normas indígenas con las romanas, o si éstas han quedado derogadas. Es sabido que la doctrina duda y que las Sentencias de 24 de abril 1894 y 7 abril 1916, no han resuelto la cuestión. (D. I.)

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO: EXPROPIACIÓN FORZOSA POR INTERÉS SOCIAL: SUBSISTENCIA DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE 1879, EN LO QUE DE MANERA EXPRESA NO SE MODIFIQUE POR LA DE 27 DE ABRIL DE 1946: *En un caso de expropiación de finca rústica por interés social, es de absoluta inapreciación la pretendida infracción de los números 3.º y 4.º del art. 2 de la Ley de Expropiación forzosa de 1879, pues sobre justiprecio y pago, a que se refieren aquéllos, la Ley de 1946 ordena un procedimiento peculiar y distinto, y [la subsistencia de las normas que rigen sobre la expropiación por utilidad pública se refiere a todo aquello que en la nueva Ley de expropiación por interés social, de 27 de abril de 1946, no se modifique de una manera expresa. [Sentencia 8 abril 1953.]*

2. PROPIEDADES ESPECIALES: AGUAS PÚBLICAS: COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA: *En materia de aguas públicas, los Tribunales de Justicia son competentes cuando las reclamaciones se fundan en títulos de carácter civil, como en el caso de autos, en el que se ejercita la acción reivindicatoria, reclamando la posesión de un derecho—de uso de ciertas aguas públicas— adquirido por prescripción de veinte años. [Sentencia 12 junio 1953.]*

3. POSESIÓN: ALCANCE DE LA MISMA. (Véase S. 27 noviembre 1952, III, 22.)

III. Obligaciones.

1. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: *No puede hablarse de sumisión expresa, cuando, aun figurando ésta entre las condiciones generales típicas de un contrato se encuentra en ellas consignada de manera tan defectuosa que es presumible que la parte contraria no la haya podido conocer ni, por tanto, aceptar. [Sentencia 6 mayo 1953.]*

2. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: REQUISITOS PARA SU APLICABILIDAD. (Véase S. 6 octubre 1953, III, 6.)

3. RETRACTO LEGAL DE COLINDANTES: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO: *El no haberse hecho la consignación al promover el acto de conciliación, nada obsta para que produzca efecto, si se ha llevado a cabo antes del plazo de nueve días desde la inscripción de la transmisión en el Registro. [Sentencia 21 febrero 1953.]*

OBSERVACIONES: El carácter preceptivo que tiene la consignación del precio de venta de la finca, para que prospere la acción de retracto, no implica simultaneidad con la presentación de los documentos precisos. Basta con que, presentados éstos dentro del limitado plazo legal, se haga también dentro de éste, aun separadamente, la consignación y quede el precio a disposición del demandado.

No contradice esta doctrina las de las Sentencias de 12 junio 1966, 10 marzo 1946 y 27 enero 1950, pues si en éstas se desestima la acción de retracto, no es porque se dejara de consignar al promover o al celebrar el acto de conciliación, sino porque no se consignó dentro del indicado plazo.

Incidentalmente, la Sentencia confirma la conocida doctrina de la aplicabilidad del retracto de colindantes en el derecho catalán. (D. I.)

4. MANDATO: EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS CON ABUSO DE PODER. (Véase S. 1 junio 1953, 29.)

5. COMPROMISO: ART. 793, 3.º LEC: NEGOCIO QUE SE SOMETE AL FALLO Y SUS CIRCUNSTANCIAS: EXTRALIMITACIÓN DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES: *Los puntos sometidos al laudo sólo pueden ser los designados en la escritura de compromiso, y no en otros actos o documento, salvo que a ellos se remitan claramente los interesados en la misma escritura. No hay términos hábiles para declarar la existencia de extralimitación en un laudo, cuando lo sometido a los amigables componedores fué "resolver las diferencias surgidas entre ... por virtud del contrato celebrado en 1.º de febrero de 1944, con exclusión de las cuestiones a ventilar, en su caso, en posible juicio de desahucio", sin más concreción, pues al faltar la base inicial precisa para la comparación, es imposible, lógicamente, para el Tribunal el declarar si hay o no extralimitación.* [Sentencia 28 mayo 1953.]

6. ARRENDAMIENTO DE SOLAR: LEGISLACIÓN APLICABLE: *No pueda calificarse de local de negocio la edificación de una sola planta existente en un solar arrendado, cuando no tiene las condiciones de habitabilidad que exige, para tal calificación, el artículo 1.º de la LAU.*

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: REQUISITOS PARA SU APLICABILIDAD: *Para que los actos propios creen o modifiquen determinadas obligaciones, es preciso que constituyan por sí solos una convención que cause estado y que entre el hecho realizado y la interpretación que se le dé, exista una relación clara y directa que no se preste a diferentes y fundadas interpretaciones.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO: *La voluntad de los contratantes no es suficiente para dar o negar a lo arrendado el concepto jurídico de solar, a los efectos de determinar la legislación aplicable al arriendo del mismo, por ser de orden público la razón de quedar excluidos de la regulación de la LAU, por lo que para estimar que lo arrendado es un solar, un local de negocio o una vivienda habrá que atender a la realidad de lo arrendado, calificándolo conforme a la Ley.* [Sentencia 6 octubre 1953.]

7. ARRENDAMIENTO URBANO DE TEMPORADA: CALIFICACIÓN: *El artículo 2.º de la LAU ha de interpretarse liberalmente, no bastando para que se dé la hipótesis legal en la contienda, que el arrendatario no tenga su residencia habitual en el lugar donde la finca radica, sino que, conjuntamente*

con esta circunstancia ha de concurrir la de que el contrato se haya celebrado limitando su duración a la temporada de verano.

ARRENDAMIENTO PACTADO POR EL USUFRUCTUARIO DE LA FINCA: *El contrato de arrendamiento estipulado por el usufructuario está regido en todos sus efectos menos el de la prórroga por la LAU, pues el artículo 480 del Código civil continúa vigente.* [Sentencia 8 junio 1953.]

La usufructuaria de una finca urbana en P. la alquila a una persona que vive en I. y sólo la usa los días festivos y la temporada de vacaciones. El propietario la vende en subasta y el inquilino quiere ejercitar el derecho de retracto, invocando los artículos 63, 64, 65 y 160 L. A. U. y 1.518, con sus concordantes del Código civil.

El adquirente se opone, amparándose en el artículo 480 del Código civil y en los 2, 63, 64 y disposiciones transitorias 22 y 23 de la L. A. U.

En la primera instancia se accede a la demanda de retracto. La Audiencia confirma en todas sus partes la sentencia apelada. El actor interpone recurso por injusticia notoria ante el T. S., basándose, entre otros, en los siguientes motivos: 1) El artículo segundo de la L. A. U. no debe interpretarse literalmente sino finalistamente para concordarlo con el espíritu de toda la ley, excluyéndose en consecuencia la protección del contrato debatido.

2) El contrato de arrendamiento otorgado por un usufructuario no puede conceder al arrendatario el derecho de retracto, pues su otorgamiento infringiría el artículo 480 del Código civil al afectar al propietario, que no intervino en el contrato en lo referente a su derecho de propiedad.

El T. S. *desestimó* el recurso declarando: "... que los principios fundamentales de nuestro derecho respecto a la propiedad y a libertad de contratación, consagrados por el Código civil en sus artículos trescientos cuarenta y ocho y mil doscientos cincuenta y cinco, han sufrido limitaciones esenciales por la legislación especial de arrendamientos urbanos ante la necesidad social de mantener al inquilino en el goce o uso de su vivienda, como elemento necesario para su vida, pero si tal necesidad justifica que se limiten las facultades del propietario que constituyen la esencia del derecho de propiedad, tal limitación no se halla del mismo modo justificada cuando lo que se trata de proteger no es la morada, vivienda o habitación donde un individuo o una familia tiene habitualmente su asiento, sino aquellas otras residencias ocupadas por el inquilino por razones de comodidad o conveniencia o, como dice el preámbulo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aquellos contratos de arrendamiento celebrados para finalidades distintas y complejas en los que no hay razón para cohibir la libre voluntad de las partes en su otorgamiento, pero no obstante lo lógico de tal razonamiento es lo cierto que el legislador no ha querido deducir del principio fundamental en que la legislación de arrendamientos urbanos se inspira todas sus consecuencias y por eso ni en las varias disposiciones que precedieron a la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en esta Ley se hace la declaración que sería la consecuencia natural de tal principio, a saber, que los locales arrendados que no constituyeran la morada o vivienda habitual de un inquilino y fueran dedi-

cadav a otra finalidad quedarán excluidos de la legislación especial y sometidos a la común, porque tal declaración hubiera afectado a numerosas situaciones establecidas y mantenidas muchas de ellas durante largo tiempo, produciendo desahucios numerosos con la perturbación consiguiente, y no solamente no se ha hecho nunca tal declaración de una manera expresa, sino que hay preceptos en la L. A. U., como son su artículo setenta y nueve y su disposición transitoria número veintitrés, que prevén la existencia de viviendas arrendadas no ocupadas por el arrendatario y habitualmente deshabitadas las que dicha ley no exc'uye de su ámbito, antes al contrario resuelve las situaciones producidas por la existencia de tales viviendas con arreglo a las disposiciones de la misma y por todas estas consideraciones no cabe admitir que sea errónea la interpretación dada por la Sala sentenciadora al artículo segundo de la L. A. U. ni que haya infringido por indebida aplicación los sesenta y tres y sesenta y cuatro de la propia ley y procede la desestimación del primer motivo del recurso." (Considerando 2.º)

8. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE ESPECTÁCULOS: REQUISITOS PARA QUE EL ARRENDATARIO GOCE DEL BENEFICIO DE PRÓRROGA FORZOSA: *La duración del arrendamiento de dos años con anterioridad al 1.º de enero de 1947, que da derecho al arrendatario de industrias o negocios de espectáculos, como los cinematógrafos, a la prórroga forzosa, no es el pacto anterior a esa fecha de duración mayor de dos años, sino la realidad de la posesión arrendaticia, cualquiera que fuera lo pactado sobre ese plazo y antes de la fecha mencionada.* [Sentencia 9 julio 1953.]

9. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CALIFICACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO. (Véase S. 6 octubre 1953, 6.)

10. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCALES DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO A EFECTOS PROCESALES: *Afirmando categóricamente una de las partes que el local arrendado era un local de negocio, afirmación aceptada implícitamente por la otra parte, que no la impugnó al contestar a la demanda, y seguida bajo tal supuesto toda la tramitación del juicio en su primera instancia, no puede variarse tal situación procesal, ni durante la segunda instancia, ni mucho menos dentro del recurso de injusticia notoria.* [Sentencia 10 diciembre 1952.]

11. MODIFICACIÓN DE LA RENTA: POR SER SUPERIORES A LAS QUE FIGUREN COMO BASE IMPOSITIVA DE LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL: REQUISITOS: JUSTIFICACIÓN DE HABER DECLARADO LAS RENTAS PERCIBIDAS: *Para probar que la declaración a la Hacienda de las rentas percibidas se hizo dentro de los plazos establecidos en las leyes fiscales, al objeto de evitar la novación automática prevenida en el artículo 133 de la LAU, es eficaz la diligencia del Registro de entrada del Ayuntamiento, si la finca de que se trata radica en un término municipal donde no existan Delegación ni Subdelegación de Hacienda.* [Sentencia 9 diciembre 1952.]

12. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN DEL SOCIO POR MUERTE DEL ARRENDATARIO: REQUISITOS: *La facultad que el art. 73 de la LAU concede al socio del arrendatario fallecido para continuar el arrendamiento, no es aplicable cuando los pactos de la Sociedad entre ellos existentes se mantuvieron secretos entre los socios.*

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO ILEGAL: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: CÓMPUTO DEL MISMO: *Limitándose la sentencia recurrida a declarar la existencia del traspaso del local arrendado hecho por la arrendataria, sin los requisitos legales, sin que la sentencia determina la fecha en que se realizó el traspaso, falta la base indispensable para establecer el momento desde el cual pudo ser ejercitada la acción de resolución del arriendo y, por tanto, falta también la base para determinar si al presentarse la demanda había transcurrido o no el plazo de la prescripción.* [Sentencia 26 junio 1953.]

13. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN DEL SOCIO POR MUERTE DEL ARRENDATARIO: INTERPRETACIÓN DE SU ALCANCE: *El derecho concedido por el artículo 73 de la LAU al socio del arrendatario para continuar el arriendo por muerte de éste, no es aplicable por analogía al socio de la Sociedad arrendataria que se extingue por disolución.* [Sentencia 27 junio 1953.]

El T. S. declara que *ha lugar* al recurso de injusticia notoria interpuesto por el arrendador, fundándose en que "la interpretación dada por la Sala... a los artículos 13 y 73 de la L. A. U., en el sentido de que es aplicable al caso el aludido precepto en el que se dispone que por el mero hecho de la muerte del arrendatario de local de negocio ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero y, a falta de éste o de su deseo de continuar el arrendamiento, el socio, es de todo punto inadmisibile, porque no es lícito extender la interpretación de un claro precepto legal a casos evidentemente no comprendidos en él, y el artículo 73 se refiere al caso de muerte del arrendatario; pero aquí se trata de la disolución de una sociedad particular que tiene su origen, no en un acaecimiento previsible, pero totalmente involuntario como es la muerte, mientras que el de disolución (sic.) tiene su exclusiva causa en la voluntad de las partes que acuerdan poner fin al contrato y, por lo tanto, no se puede en modo alguno invocar el artículo 13 de dicha ley, que se refiere a que en aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que la ley regula, no aparece expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía, pues tal analogía no existe entre una y otra situación, como ya tiene declarado este Tribunal en su jurisprudencia, sin que valga hacer argumento en este punto a la razón de la ley, porque los casos son totalmente distintos y porque no cabe suponer que, tratándose de una sociedad, el legislador, que tuvo presente el caso de la muerte del socio, no tuviera también el de la disolución de sociedades tan frecuente en la vida mercantil."* (Considerando 4.º)

14. TANTEO Y RETRACTO A FAVOR DEL INQUILINO POR ENAJENACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO: VENTA DE PARTE DE UNA FINCA: *Dentro de la generalidad del art. 68 de la LAU, que se refiere a la venta o cesión de la vivienda o local de negocio arrendado, corresponde a los Tribunales, apreciando las circunstancias de cada caso en que lo enajenado no coincide, por exceso o por defecto, con lo arrendado, determinar en justicia las condiciones de aplicación de dicho artículo.* [Sentencia 24 enero 1953.]

El T. S., en el presente caso, declaró *no haber lugar* al recurso, considerando que en la sentencia recurrida se hizo buen uso de la doctrina extractada, pues "... teniendo en cuenta la escasa entidad de la parte enajenada en relación, tanto de la superficie, como de la utilidad de lo arrendado; la falta de unidad entre ambas partes, ya que la enajenada se agregó al arrendamiento para facilitar el paso a habitaciones de servicio transformadas después en oficina que fueron también agregadas posteriormente a lo arrendado, y la circunstancia de hallarse dicha pequeña parte comprendida dentro del perímetro formado por los muros del piso bajo izquierda adquirido por don M. G., arrendatario del mismo y al que, por lo tanto, también alcanza el criterio de protección atribuido a la ley reguladora de la materia, se ha estimado con acierto que, así como la jurisprudencia ha extendido la aplicación del artículo 63 citado a casos de enajenación a un tercero no arrendatario de partes integrantes de lo arrendado con lo que formaba una entidad objetiva, no podía extenderse al caso de autos, en el que, como se ha dicho, se dan las circunstancias contrarias." (Considerando 2.º)

15. ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO TRANSMISORIO DEL LOCAL ARRENDADO: PLAZO PARA EJECUTARLA: *El plazo concedido al arrendatario por el artículo 67 de la LAU para ejercitar la acción de nulidad del contrato de una emisión del local arrendado, por presumirse excesivo el precio contractua, es de sesenta días naturales, contados desde la fecha en que pudo ejercitarse el retracto.*

ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO TRANSMISORIO DEL LOCAL ARRENDADO: PLAZO PARA EJECUTARLA: *La aplicación por analogía del artículo 50 de la LAU al plazo para ejercitar la acción de nulidad de que se trata en esta sentencia, no es procedente porque el plazo de dicha acción está determinado expresamente y con precisión en el artículo 67, y porque, además, no existe analogía alguna entre los elementos de ambos preceptos, toda vez que la acción regulada por el artículo 50 no es de anulación, sino de retracto; se concede al arrendador, no al inquilino, y no está motivada por la venta de local arrendado, sino por el irraspaso del arrendamiento.* [Sentencia 30 junio 1953.]

16. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO EN EL DERECHO ANTERIOR: *Según lo prevenido en los apartados c) y a) del artículo 15 del Decreto de 21 de enero de 1936 y Decreto de 29 de diciembre de 1931, no asiste al arrendatario, en caso de resolución del con-*

trato por necesidad del propietario, otro derecho que el de las indemnizaciones establecidas en dichas normas.

DERECHO TRANSITORIO: *Los litigios planteados durante la vigencia del derecho anterior han de ser resueltos conforme a sus normas.*

CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *No es dable confundir una cuestión nueva con la que, aunque no debatida en la instancia, es en realidad el punto cardinal del pleito para determinar si es o no viable la pretensión de la demanda. [Sentencia 25 junio 1953.]*

17. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: REQUISITOS: *Conforme previene el artículo 76 de la LAU, transcurrido el plazo por el que se hubiese pactado el arrendamiento de vivienda, podrá el arrendador negar la prórroga del contrato por necesitar la vivienda para sí, pero no escogiendola a su arbitrio; sino guardando el orden que señala el artículo 79 de la mencionada Ley y, una vez hecha la selección, notificando de forma fehaciente al inquilino afectado la necesidad en que se halla de habitar la vivienda, sus causas y la razón por la que la ha elegido, expresando las circunstancias de prelación concurrentes en los restantes inquilinos y ofreciendo de manera formal la indemnización de un año de renta, todo ello con un año de antelación a la fecha en que desee ocupar la vivienda.*

ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *La notificación es un requisito fundamental y una de las condiciones de viabilidad para el ejercicio de la acción del arrendador, y por ello la Ley establece las circunstancias esenciales que en ella deben concurrir, arrojando, en cuanto a la forma, que se haga de manera fehaciente, y en cuanto al fondo, que contenga los elementos que definen el derecho del arrendador, ya citados, sin que pueda admitirse ninguna alteración o modificación en dichos elementos.*

ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: VALOR DE LA NOTIFICACIÓN CON DATOS INEXACTOS: *Cuando la notificación contiene datos inexactos carece de validez jurídica y la falta uno de sus requisitos esenciales a la acción de resolución del contrato que, por tanto, no puede prosperar. [Sentencia 25 junio 1953.]*

18. ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: NECESIDAD DEL PREAVISO: *Hecha con los requisitos legales la notificación que exige el artículo 82 de la LAU, expresándose en ella la necesidad de la vivienda para un hijo del arrendador que proyectaba casarse, no es preciso nueva notificación después de contraído efectivamente el matrimonio, aunque el juez desestimase la demanda interpuesta antes de celebrarse el matrimonio, por haber estimado necesario para el éxito de la acción entablada, que el matrimonio estuviese ya celebrado o, al menos, que hubiese indicios claros de celebrarlo.*

ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: CUÁNDO EXISTE NECESIDAD: *La afirmación, hecha por el arrendatario, de que la vivienda que ocupa el arrendador tiene suficiente número de habitaciones para que con él conviva su hijo, recién casado, no desvirtúa la causa de necesidad alegada (la del apartado c) del artículo 77 de la LAU), como fundamento de la acción, porque no hay ninguna norma por la que pueda imponerse al propietario la obligación de convivir con la nueva familia constituida por su hijo.* [Sentencia 7 julio 1953.]

19. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DE NECESIDAD DEL PROPIETARIO: AMPLIACIÓN DEL NEGOCIO Y MAYOR PROSPERIDAD DEL MISMO: *No implica ampliación del negocio, sino simplemente mayor prosperidad de la industria, el hecho de estar el local requerido de desalojamiento por su propietario en una vía comercial donde puede exhibir con mayor facilidad sus productos.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: OFERTA DE VENTA: *El hecho de requerir al demandante para que desalojara el local o, en otro caso, para que lo comprara, no indica, ni de él puede presumirse, inexistencia de necesidad.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *Es ineficaz, para justificar la necesidad de ocupar el local de su propiedad, el requerimiento para desalojar hecho al propietario por el dueño del local en que el primero ejerce su industria, cuando dicho requerimiento no ha sido notificado fehacientemente, ni reúne las condiciones exigidas en el artículo 90 de la LAU.* [Sentencia 8 julio 1953.]

20. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESERVA LEGAL EN LOS CASOS DE DERRIBO VOLUNTARIO: INNECESARIEDAD DE DECLARACIÓN: *El derecho que el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 concede al arrendatario desalojado por el derribo voluntario del inmueble para su reconstrucción de volver a ocupar el local resultante, no desaparece por no haberse hecho en el juicio de desahucio mención alguna respecto a él, puesto que, sobre no ser el de desahucio el procedimiento adecuado por su naturaleza sumaria para tal declaración, es ésta innecesaria por estar la reserva impuesta por la Ley.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESERVA LEGAL EN LOS CASOS DE DERRIBO VOLUNTARIO: RENUNCIA TÁCITA: *No implica renuncia tácita a dicho derecho de reserva el haber adquirido el arrendatario parte del solar resultante del derribo, cuando ello, por su extensión, no impide la recuperación posesoria y más aún teniendo en cuenta que el abandono de los derechos que toda renuncia supone no debe deducirse de presunciones más o menos fundadas, sino de actos que claramente la patrocinen.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESERVA LEGAL EN LOS CASOS DE DERRIBO VOLUNTARIO: SUBSISTENCIA DEL DERECHO DE TRASPASO: *Subsiste con el derecho de reserva el derecho de traspaso concedido al arrendatario por el propietario en el momento de concertar el contrato.* [Sentencia 20 junio 1953.]

21. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: TRASPASO INCONSENTIDO. (Véase S. 5 junio 1953, 26.)

22. ARRENDAMIENTO URBANO: CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS NO CONSENTIDAS: REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *El permiso concedido al antiguo arrendatario de un local de negocio para realizar en él ciertas obras, no autoriza a realizarlas a un nuevo arrendatario, que lo es en virtud de un nuevo contrato, en el cual se estipula que el inquilino no podrá realizar obras sin permiso escrito del propietario.*

ARRENDAMIENTO URBANO: CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS NO CONSENTIDAS: REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *De hecho de que, viviendo el arrendador en el mismo edificio donde se han realizado las obras y estando, por lo tanto, presente a su ejecución, no haya llevado a efecto ningún acto que revelase su oposición a las mismas, no puede deducirse la existencia de un consentimiento presunto.*

ARRENDAMIENTOS SUCESIVOS: *El contrato de arrendamiento celebrado con el hijo del anterior arrendatario, en vida de éste, no puede estimarse como continuación del arrendamiento anterior, cuando no hay en aquél ninguna declaración en que así se consigne, ni la menor alusión a los actos celebrados con el anterior arrendatario.*

POSESIÓN: ALCANCE DE LA MISMA: *Para juzgar del alcance de la posesión, no basta tener en cuenta la mera tenencia de la cosa, sino que hay que atender, además y sobre todo, al concepto o título por el que se tiene.* [Sentencia 27 noviembre 1952.]

A) El 1 de enero de 1929 se celebró un contrato de arrendamiento del local de autos, en el que figuraba como arrendatario el señor A., y en el cual se estipulaba que, en caso de fallecimiento del señor A., se reconocería como inquilino a su hijo, el señor AB., en las mismas condiciones, estableciéndose asimismo que el arrendatario no podría realizar obras en el local arrendado sin permiso escrito del propietario. El 30 de diciembre de 1931 el arrendador concedió al señor A. el permiso para realizar determinadas obras, extendiéndose al efecto un documento privado. Sin embargo, el arrendatario señor A. no llevó a cabo su propósito y las obras autorizadas no se efectuaron.

En esta situación, el 30 de septiembre de 1933, en vida del señor A., se celebra un nuevo contrato de arrendamiento del mismo local, en el que figura como arrendatario el señor AB., hijo de A., estableciéndose en este segundo contrato, lo mismo que en el anterior, que el inquilino no podría realizar obras sin el permiso escrito del arrendador.

Sin embargo, el señor AB., estimando que el permiso concedido a su padre, señor A., era suficiente para ello, comienza, continúa y acaba las

obras proyectadas a vista, ciencia y paciencia del arrendador, que, por cierto, habita en el mismo edificio en que se realizan las obras.

Concluidas las obras, el arrendador entabla demanda contra el arrendatario, señor A.B., solicitando la resolución del arrendamiento, basándose para ello en la causa 5.^a del artículo 149 de la L. A. U. Absuelto el demandado en primera instancia, el demandante interpone recurso de injusticia notoria y opta más tarde por el de apelación ante la Audiencia Territorial de Valencia, la cual, constituida en Sala de discordia, dicta sentencia confirmando en todas sus partes la apelada.

Interpuesta de nuevo el recurso de injusticia notoria el T. S. declara en la sentencia que reseñamos *haber lugar* al recurso, sentando en sus considerandos la doctrina que queda extractada más arriba.

B) Nos parece correcta, desde un punto de vista lógico, la argumentación del T. S. Entre la concesión del permiso, concedido al primer arrendatario y la realización de las obras por el segundo se otorgó un nuevo contrato de arrendamiento, de tal suerte que el nuevo arrendatario no podía considerarse como continuador del mismo arrendamiento, y esto, a pesar de que en el primer contrato se previera la posibilidad de que el hijo del arrendatario continuara en el arriendo y con las mismas condiciones que su padre, al morir éste. Al otorgar el segundo contrato, en vida aún del señor A., su hijo, el señor A.B., renunció al derecho de subrogarse en el primer arriendo. Por consiguiente, la autorización concedida por el arrendador al titular del primer arrendamiento no podía ser utilizada por el titular del segundo.

Ahora bien, desde el punto de vista de la equidad e incluso de la ley, nos parece excesiva la conclusión que el T. S. deduce de tales premisas. No debe olvidarse que, como dice Biondo Biondi, (*"Arte y Ciencia del Derecho"*, trad. esp., Barcelona, 1953), la ciencia del derecho plantea e intenta resolver problemas no de lógica, sino de justicia concreta. La conclusión será tanto más perfecta, no en cuanto observe más rigurosamente las reglas del razonamiento y de la clasificación, sino, sobre todo, en cuanto sea justa. En el presente caso parece claro que estaba en el ánimo de todos que el hijo del primer arrendatario—que ya era prácticamente arrendatario antes de celebrar el nuevo contrato, cuya sucesión en el arrendamiento estaba prevista en el contrato otorgado por su padre, que se limitó a realizar las obras que habían sido permitidas a éste, que lo hizo a la vista, ciencia y paciencia del arrendador—, era, realmente, un continuador del mismo y único arriendo, no habiendo tenido el segundo contrato más trascendencia que la de reconocer la sucesión que, de hecho, ya se había producido. Así lo entendió el juzgador de primera instancia y lo confirmó, aunque "en Sala de discordia", la Audiencia. Y si esto fué así, y aunque no lo fuera estrictamente, no debe olvidarse que, conforme al artículo 1.258 del C. c., los contratos, una vez perfectos, "obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

23. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La variación de la situación de un tabique de separación entre dos departamentos del piso arrendado como un todo, sin distinción de destino de cada una de sus partes, alterando las respectivas dimensiones de dichos departamentos y la supresión de otro tabique, con la consiguiente desaparición de un pasillo, son obras que modifican la configuración del local arrendado, por lo que su realización sin consentimiento del arrendador y sin entregársele ni poner a su disposición cantidad alguna, determina la resolución del contrato de arrendamiento, conforme a la causa 5.ª del artículo 149 de la LAU. [Sentencia 6 diciembre 1952.]*

24. ARRENDAMIENTO URBANO: CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *Las obras realizadas por el arrendatario, consistentes en levantar una planta sobre la antigua casa y un edificio y dos cobertizos en el jardín, no sólo rebasan la autorización concedida para hacer obras de reparación, sino que alteran la configuración del inmueble arrendado. [Sentencia 8 junio 1953.]*

25. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITO: FIJACIÓN DE UN PRECIO CIERTO: *El requisito de la fijación de un precio cierto para el traspaso del local de negocio debe estimarse cumplido por el hecho de indicar el arrendatario en la carta dirigida a los arrendadores el precio que le había ofrecido el presunto adquirente, añadiéndose en la propia carta que el oferente, por su propia cuenta, les entregará (a los arrendadores) el porcentaje establecido por la Ley.*

TANTEO DE LOS ARRENDADORES CON MOTIVO DE UN TRASPASO PROYECTADO: REQUISITOS: *Para el éxito de la acción de tanteo ejercitada por los arrendadores con motivo del proyectado traspaso del local de negocios arrendado, no es preciso que aquéllos se comprometan a destinarlo durante un año a negocio de la misma clase que el explotado por el arrendatario, cuya limitación sólo es aplicable al tercer adquirente. [Sentencia 29 enero 1953.]*

El T. S. declara no haber lugar al recurso de injusticia notoria, afirmando:

“Que en la aludida carta—cuyo alcance ha sido el problema primordial del debate—se comunica a los arrendadores la existencia de un postor que ofrece doscientas mil pesetas por el traspaso y doscientas cincuenta mil por las instalaciones y enseres; se les advierte, al mismo tiempo, que el oferente, por su propia cuenta, les entregará el porcentaje establecido por la ley, percibiendo él, íntegramente, la totalidad de las cantidades expresadas, y se les agradece, por último, a la mayor brevedad, su conformidad o reparos.” (Considerando 2.º).

“Que la Sala sentenciadora, ateniéndose al texto transcrito y a los actos anteriores, coetáneos y posteriores, acreditados por la prueba practicada, afirma, explícitamente, que está justificada la decisión de traspasar; porque, si bien en el documento referido se emplea la palabra deseo y no la de decisión, de los términos de aquél se desprende que la

hubo, puesto que, de otro modo, el recabar de los arrendadores su conformidad, carecería, según el Tribunal de instancia, de la eficacia a que ha de tenderse siempre en los negocios jurídicos; máxime cuando la conformidad interesada no puede ser otra, en este caso, que la aceptación del traspaso por los propietarios, y los reparos el ejercicio del derecho de tanteo." (Considerando 3.º)

"Que esto sentado, al atribuir a la palabra deseo el significado de decisión, que implica los términos de la declaración de voluntad del recurrente, y deducir de su sentido que la finalidad de ésta no fué otra que la notificación a los arrendadores de su propósito de traspasar, fijando así, de manera precisa y razonada, su alcance jurídico, tal interpretación ha de ser la premisa obligada de esta resolución, en tanto no se demuestre que es errónea; supuesto que no se da en el presente caso en el que el recurrente, sobre apoyarse, inexactamente, en que el fallo no reconoce que hubiese tal decisión, se limita a oponer su criterio privativo, frente al de la Sala, sosteniendo en definitiva, sin razonamientos convincentes, ni circunstancias que lo fundamenten, que lo perseguido por el demandado fué sólo comprobar la postura de los arrendadores frente al deseo de traspaso." (Considerando 4.º)

26. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: APORTACIÓN DEL ARRIENDO A UNA SOCIEDAD: *La aportación a una Sociedad de personalidad distinta a la natural del arrendatario aportante y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado constituye una cesión del derecho arrendaticio, que si se verifica sin los requisitos legales del lugar a la resolución del contrato.* [Sentencia 5 junio 1953.]

27. DERECHO DE TRASPASO: ADJUDICACIÓN FORZOSA DEL MISMO: *La adjudicación forzosa en pago de deudas del derecho de traspaso que corresponde al arrendatario-deudor, implica la enajenación del arrendamiento a favor del adjudicatario o rematante en subasta pública, para efectividad de la deuda sobre el precio ofrecido por el traspaso.*

DERECHO DE TRASPASO: REQUISITOS: CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS EN LA VÍA DE APREMIO: *Los requisitos que el artículo 45 de la LAU exige para el traspaso de locales de negocio, deberán cumplirse, dentro de la vía de apremio, en la siguiente forma: Los comprendidos en los apartados a) y b), consignando lo necesario en los correspondientes edictos y en la escritura pública otorgada para el traspaso; los de los apartados c) y d), notificando al arrendador, tanto la resolución de sacar a subasta pública el traspaso, como la mejor postura ofrecida en ella, con suspensión del remate, para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo o de participación en el precio que al arrendador corresponden; y los de las letras e) y f), otorgando escritura pública el arrendatario-deudor, o el juez, de oficio, y haciendo la consiguiente notificación al arrendador dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento.* [Sentencia 18 junio 1953.]

28. DESAHUCIO: *El hecho de que el demandado de desahucio, al interponer el recurso de apelación, no acredite tener satisfechas ni consigne judicialmente las rentas vencidas y las que deba adeantar, determina la inadmisión del recurso o la nulidad de su admisión, y, por tanto, es causa suficiente también, para desestimarlo, cualquiera que sea el momento procesal en que el defecto sea denunciado o advertido.* [Sentencia 10 noviembre 1953.]

29. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL: *Aun existiendo causas de desahucio, el arrendador no puede por sí solo resolver el contrato, sino que necesita para darlo por terminado la correspondiente declaración judicial accionada por las partes que intervinieron en el arrendamiento.*

MANDATO: EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS CON ABUSO DE PODER: *Los actos que realiza el mandatario abusando del poder conferido por su mandante carecen de eficacia jurídica, y, por tanto, no pueden considerarse rescindiendo el arrendamiento por un acto abusivo del encargado del arrendatario.* [Sentencia 1 junio 1953.]

V. Sucesiones.

1. HERENCIA INDIVISA: SEMEJANZA A LA COMUNIDAD: *El patrimonio hereditario constituye una especie de comunidad de bienes mientras permanece indiviso, aplicándosele muchas de sus normas, entre ellas los artículos 394 y 397 del Código civil.*

RETRACTO DE COLINDANTES: *En materia de retractos, comunidad de bienes y herencia indivisa se rigen por normas análogas.* [Sentencia 9 junio 1953.]

2. TESTIGOS TESTAMENTARIOS: SU VECINDAD EN TESTAMENTOS NOTARIALES Y NO NOTARIALES: *La Ley de 1.º de abril de 1939 excluye el requisito de la vecindad o domicilio de los testigos sólo respecto de los testamentos notariales; pero dicha exigencia del párrafo 3.º del artículo 681 del Código civil subsiste para los testigos en actos de última voluntad no autorizados por dicho funcionario.* [Sentencia 19 octubre 1953.]

"... la ley de primero de abril de 1939... hace siempre referencia a los documentos notariales () no considera necesario que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento... cuando aseguran que conocen al testador, y el notario conozca a éste y aquéllos, lo cual evidencia quedar excluidos los casos cuando no media la intervención del fedatario; () deroga las disposiciones que se opongan a la ley aludida, las cuales no pueden ser otras que las relativas a leyes o reglamentos de la institución notarial (), en nada afecta la referida ley al número tercero del artículo 681 del Código civil, en relación con el 700." (Considerando 3.º)

3. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA: DESIGNACIÓN DEL FIDEICOMISARIO POR EL PROPIO FIDUCIARIO: HEREDAMIENTO PREVENTIVO: *A falta de otra declaración de voluntad, en el propio heredamiento preventivo que hace el mismo fiduciario, aun siendo anterior al fallecimiento del fiduciante, queda hecha tácitamente la designación del fideicomisario, que se dejó al arbitrio del fiduciario dentro de cierto límite.* [Sentencia 10 noviembre 1953.]

A) Otorgado en capitulaciones matrimoniales un heredamiento preventivo regido por los principios de masculinidad y primogenitura, y fallecido intestado el padre heredante, le sucede el hijo mayor. Fallece éste a su vez bajo testamento abierto en el que instituye a su madre "no a su libre arbitrio, sino con la condición de que los transmita (los bienes) a uno de mis hermanos como heredero, prefiriendo los varones a las hembras, y dote a los restantes como quiera". Por último fallece la madre, sin testamento y sin hacer, por tanto, expresa designación del fideicomisario.

El hijo mayor de los supérstites toma posesión de los bienes hereditarios y es demandado por uno de sus hermanos, que exige la división de aquéllos entre demandante y demandado, como herederos fideicomisarios.

Desestimada la demanda, la Audiencia, en apelación, revoca la sentencia anterior; e interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo *da lugar* al recurso, considerando:

"Que con el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, se acusa que la sentencia recurrida infringe los artículos 675, 1.218, 1.281, 1.282 y 1.287 del C. c., relativos a la forma en que han de interpretarse las disposiciones testamentarias y los contratos, con aplicación al testamento otorgado por el heredero, hijo de los heredantes en las capitulaciones matrimoniales, en favor de su madre, con el carácter de heredera fiduciaria con facultad de designar como fideicomisario a uno de los hermanos, y no habiendo hecho uso de esta facultad, es preciso interpretar cuál fué la voluntad del testador conforme al artículo 675 del citado Cuerpo legal, y examinada tal disposición testamentaria, bien se advierte que en ella guió al testador el mismo propósito que inspira la legislación y costumbre catalanas de evitar la división del patrimonio familiar, disponiendo que sea uno solo el heredero fideicomisario, y pugna con la voluntad de quien dispuso de sus bienes por acto de última voluntad, el admitir que puedan ser dos los sucesores, cuando expresa que quiere que sea uno sólo, y dada la analogía, o más bien paridad que existe entre la sucesión contractual de los padres de los litigantes y el fideicomiso contenido en el testamento que se discute, preciso es concluir que el testador quiso dejar sus bienes a un solo heredero fideicomisario y, por tanto, que su herencia, ni puede dividirse entre dos de los hermanos, ni abrirse la sucesión intestada, llegando así a una mayor división del capital hereditario." (Considerando 3.º)

"Que al no haber hecho la designación la heredera fiduciaria, se ha de tener en cuenta que el heredamiento preventivo contenido en las ca-

capitulaciones matrimoniales de los padres es conjunto, que en él los dos futuros contrayentes regulan la sucesión de los bienes de los dos, creando un nexo que no se puede desconocer, y, en consecuencia, al no existir una disposición contraria, aquel heredamiento cobra su vigor y ha de entenderse que ha existido una designación tácita en favor del hermano mayor, por lo que procede estimar el primer motivo del recurso, sin que sea necesario tratar de los segundo y tercero, que se formulan para el supuesto de desestimación del primero." (Considerando 4.º)

Y en la segunda sentencia:

"... que por las razones expuestas en la sentencia de casación, procede estimar en interpretación del testamento ... y de conformidad con lo establecido en el artículo 665 del C. c., que la omisión por la fiduciaria de designar el heredero fideicomisario entre los hermanos del testador con preferencia de los varones, hace aplicables las normas establecidas en el heredamiento preventivo contenido en las capitulaciones matrimoniales de los padres comunes de demandante y demandados, según el cual heredará el hijo mayor varón del matrimonio, a falta de otra designación hecha en testamento o de otro modo". (Considerando 1.º)

B. OBSERVACIONES.—Dos puntos distintos conviene distinguir en esta sentencia: a), interpretación testamentaria, y b), designación del fideicomisario y eficacia del heredamiento.

En realidad, los dos problemas, aunque conceptualmente distintos, son difícilmente separables. Y acaso el primordial error de la sentencia casada (aparte el olvido de que el "heredamiento resuelve la sucesión de ambos cónyuges heredantes"), sea el haber pretendido separar dos cuestiones tan íntimamente ligadas.

Ambas se conjugan armónicamente por el Tribunal Supremo, en contra de la sentencia recurrida, combinando la indiscutible voluntad del testador—coincidente, además, con la orientación general de la legislación foral catalana en orden a la indivisión del patrimonio familiar—y la eficacia del heredamiento.

El testamento instituye heredera a la madre del causante con facultad (y obligación, conjuntamente) de designar entre sus hijos, hermanos del testador, el definitivo destinatario de los bienes. Al fallecer la madre sin hacer tal designación expresa y posterior, la Audiencia se encuentra con el grave problema del destino de los bienes. Por un lado, es clara la voluntad del testador de que su herencia no se divida. Por otra, entiende que falta la designación del fideicomisario.

Olvidando la existencia del heredamiento otorgado por los padres del causante, o en la equivocada creencia, acaso, de que su eficacia se agotó al fallecer el padre heredante, la Audiencia se encuentra en un callejón sin salida y decide la división del caudal relicto entre dos hermanos varones del causante, prescindiendo de las hembras y de otro varón que fué dotado por su madre. Peregrina solución que parece forjada en un deseo de respetar la validez del testamento, junto a una creencia en la imposibilidad de cumplirlo. De donde surge este fallo en el que ni se prescinde del testamento ni se le da fiel cumplimiento, interpretándolo en sentido absolutamente contrario a su tenor literal.

El Tribunal Supremo declara infringido el artículo 675 C. c., pues es evidente que el testador quería evitar la división del patrimonio. Pero ¿quién ha de ser ese único titular del caudal hereditario, haciendo la designación del fideicomisario? Aquí está el meollo del problema. Es cierto que la fiduciaria no hizo la elección a partir de su toma de posesión de

los bienes. Pero también es cierto que la designación de tal persona estaba hecha muchos años antes, en sus propias capitulaciones matrimoniales, por medio del heredamiento preventivo en ellas establecido. Heredamiento que, como dice el considerando 4.º antes transcrito, "es conjunto, y en él los dos futuros contrayentes regulan la sucesión de los bienes de los dos".

"Es evidente—dice el escrito de recurso, cuya lectura recomendamos—que los bienes que constituían el patrimonio de .. (del causante) pasaron a su vez a integrar el de su madre sin otra limitación que la de que ésta, a su vez, los transmitiera a uno de sus hijos varones; y como ésta ya tenía previsto en sus capítulos matrimoniales a cuál de sus hijos varones había de pasar todo su patrimonio, tanto el que poseía en aquella fecha como el adquirido de cualquier forma en momento posterior, es lógico que ninguna necesidad tenía de proveer de nuevo sobre este extremo."

No obstante, el fallecimiento del padre heredante, el heredamiento subsiste y conserva su eficacia para regular la sucesión de la madre heredante, la cual, en forma preventiva había instituido heredero al mayor de sus hijos varones.

Y rigiendo el heredamiento el destino sucesorio de los bienes presentes y futuros del heredante, es claro que la designación automática de heredero que en él se contiene decide también la persona del fideicomisario. La fiduciaria utiliza la facultad que el causante le confirió para designar el fideicomisario, no modificando las normas contenidas en su heredamiento.

La sentencia que comentamos contiene en su considerando 1.º dos frases que creemos necesario puntualizar. La primera se refiere a la naturaleza jurídica del heredamiento, al que califica de "Institución contractual de naturaleza mixta de donación inter vivos y de última voluntad", regreso a la vieja tesis de carácter híbrido o hermafrodita del heredamiento que estimamos definitivamente superada por la de la institución de heredero hecha en contrato.

Y más adelante afirma que con el heredamiento preventivo "se evita la sucesión intestada y mantiene la tradición tan acentuada en Cataluña de salvar la integridad del patrimonio, designando como sucesor al más apto para mantener el prestigio de la "Casa pairal", sin perjuicio de poder modificar el heredamiento estipulado, si así fuera conveniente, otorgando testamento que le prive de eficacia, cuya facultad se reservan normalmente". La facultad de testar designando heredero distinto del que resulte de las reglas de prelación contenidas en el heredamiento, no se la reservan los heredantes normalmente en el preventivo. Se la reservan "siempre". De aquí arranca, precisamente, el carácter preventivo o supletorio de este heredamiento, cuya eficacia está supeditada o depende de que los heredantes no designen testamentariamente otro sucesor. (D. I.)

DERECHO MERCANTIL

SOLICITUDES DE JUNTA GENERAL DE SOCIEDAD ANÓNIMA: COMPETENCIA: CAMBIO DE DOMICILIO: INHIBITORIA: PROCEDIMIENTO.

SOLICITUD: Para pedir la convocatoria de la Junta general de una Sociedad Anónima es competente el juez del lugar del domicilio de la Sociedad, sin que pueda perjudicar al actor el cambio de domicilio mientras no haya sido inscrito en el Registro Mercantil.

INHIBITORIA: PROCEDIMIENTO: *No puede legalmente la Audiencia, al conocer, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 en relación con el 87 de la LEC, al recurso de apelación contra el auto del juez requirente desistiendo de la inhibitoria, practicar prueba para mejor proveer.* [Sentencia 26 mayo 1953.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general

POBREZA: SIGNOS EXTERIORES DE RIQUEZA: EMBARGO DE BIENES. (Véase Sentencia 25 mayo 1953, D. C. I, 4.)

III. Recursos.

CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA. (Véase S. 25 junio 1953, D. C. III, 16.)

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA DE LA LAU: CUESTIONES NUEVAS. (Véase S. 10 diciembre 1952, D. C. III, 10)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

BARBERENA, Tomás G.: *Matrimonios mixtos.*

CABREROS DE ANTA, Marcelino: *Reconocimiento de la personalidad civil a las personas jurídicas eclesiásticas.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El matrimonio de los hijos.*

FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil.*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Matrimonio civil de acatólicos.*

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil.*

MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy: *¿Puede disolverse el matrimonio canónico?*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

LEAL, Alejo: *La Ley sobre fincas manifiestamente mejorables.*

TELLES, Inocencio Galvao: *La prenda sin desplazamiento en el Derecho portugués.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.